

El artículo 199 del Código Penal y el "error facti"

Por H. H. A. COOPER

Resumen.— Examen dogmático-jurídico del efecto del error sobre la edad del sujeto pasivo en el delito de violación presunta en el Código Penal peruano. Advierte que para los autores peruanos, Angel Gustavo Cornejo y Raúl Peña Cabrera, es evidente que la conciencia expresa o implícita de la edad del sujeto pasivo constituye una de las características fundamentales del tipo y el error acerca de la materia, no proveniente de negligencia, produce los efectos anticipados por el artículo 87 del citado código. Disiente de este criterio el doctor Octavio Torres Malpica, quien en su Código Penal, considera que no cabe como medio de defensa sostener que el acusado de delito sexual creía que la agraviada era mayor de edad. Analiza la ejecutoria principal que está fundada en criterio semejante. (S.X.A.)

El tema del error, en todas sus manifestaciones, sigue dando lugar a discusiones profundas e inacabables entre los juristas. (1) Aún en materia de terminología, es difícil encontrar una firme base común entre los más versados jusfilósofos. El planteamiento y las soluciones propuestas para casos individuales en el Derecho Penal se diferencian, notablemente, entre ellos; y la consideración analítica y didáctica del tema depende, fundamentalmente, de la teoría del delito adoptada por el exponente. La cuestión del error como eximente o atenuante se vincula con los más hondos problemas de la sistematización del régimen legal y su tratamiento varía según si se adopta la teoría del dolo; la teoría de la culpabilidad y si ésta es normativa o psicológica; la distinción entre *error juris* y *error facti*; y la aceptación de distinguos jurídicos entre el error y la ignorancia. Se han pro-

(1) El tratamiento más completo de la materia, con amplísima bibliografía y riguroso análisis crítico, se encuentra en el "Tratado de Derecho Penal" de Luis Jiménez de Asúa, Editorial Losada, (1962), Tomo VI, págs. 306/669. En el idioma español, esta obra debe considerarse como la fuente básica de la materia, en la que se hallan resumidos todos los debates y teorías con la aguda crítica del recordado maestro.

puesto soluciones generales, muchas de ellas muy atractivas y persuasivas, a fin de armonizar las diferentes teorías sobre el tratamiento del error en materia penal. Ha de reconocerse que, por eruditos que fuesen estos ensayos, los resultados sólo sirven para poner mayor énfasis en las divisiones que siguen existiendo entre los que parten de las distintas premisas. Aceptando pues que es utópico siquiera pensar todavía en una sola teoría del error en materia penal, universalmente aplicable, y advirtiendo los peligros que cada estudio profundo nos ha demostrado, no se puede esperar mas que una consistencia interna, de modo que las soluciones propuestas en cuanto al error en casos particulares guarden relación con la teoría general de la responsabilidad penal del sistema jurídico, bajo el cual se los está tratando. Un régimen penal de carácter híbrido, como es el del Perú, cuyos elementos se derivan de una diversidad de fuentes, (2) es peculiarmente susceptible, en la práctica, a esas divergencias que revelan la esencial desarmonía entre sus componentes. Lejos de tener un interés solamente académico, en un asunto tan fundamental como es el de la responsabilidad penal la adopción de soluciones que no armonizan bien con el resto del sistema, pudiera dar lugar a patentes injusticias. Aquí no pretendemos ninguna armonización a través del régimen penal peruano en materia de error ni mucho menos la elaboración de una teoría general del error que pudiera satisfacer los anhelos de los perfeccionistas. Lo que sí se propone es un examen minucioso de un aspecto de la forma en que opera el Derecho Penal Peruano con respecto al error, en que la solución dada, judicialmente, se diferencia en mucho de las encontradas en otros regímenes ibero-americanos comparables, solución que tampoco concuerda bien, como se demostrará, con los principios fundamentales del mismo régimen peruano. El ejemplo escogido es de índole netamente práctica y la solución correcta, es decir conforme a lo dogmático del Derecho penal peruano, contribuiría a mejorar la administración de justicia en este campo. Escuetamente, se propone examinar la cuestión del efecto del error sobre la edad del sujeto pasivo en el delito de violación presunta, tipificada y penada en el Artículo 199º del Código Penal peruano, modificado por el Artículo 3º del Decreto-Ley 17388. (3)

(2) Este fenómeno, muchas veces comentado por este autor, puede confirmarse en cuanto a la Parte Especial por medio de referencia al Código Penal anotado de Luis Bramont Arias, U.N.M.S.M., Lima, 1966.

(3) Véase, "comentario crítico sobre el Decreto Ley 17388": H. H. A. Cooper, Revista de Derecho y Ciencias Políticas, U.N.M.S.M., Año XXXIV, (1970), núm. III, págs. 560/569.

El texto del artículo principal que está por considerarse reza así:

"Será reprimido con penitenciaría o prisión no menor de dos años, el que hubiere hecho sufrir el acto sexual o un acto análogo a un menor de dieciséis años.

La pena será de penitenciaría no menor de tres años, si la víctima es un discípulo, aprendiz o doméstico del delincuente, o su descendiente, su hijo adoptivo, o hijo de su cónyuge, o su pupilo o un niño confiado a su cuidado".

Desde el punto de vista del presente tema, las modificaciones introducidas mediante el Decreto-Ley 17388 revisten ciertos caracteres de importancia por cuanto sirven de ilustración, de como agudos problemas en la política criminal son suscitados a veces por soluciones jusfilosóficas aparentemente aceptables. El texto de la modificación reza: (4)

"Modifícase el Artículo 199° del Código Penal, en los siguientes términos: Será reprimido con pena de muerte el que hubiere hecho sufrir el acto sexual o un acto análogo a un menor de siete o menos años de edad.

Será reprimido con penitenciaría o prisión no menor de cinco años, si la víctima fuera una de las personas a que se hace referencia en el párrafo siguiente y tuviera entre siete y dieciséis años de edad. La pena será de penitenciaría no menor de diez años cuando tratándose de estos menores, se produzca la circunstancia agravante a que se refiere el párrafo siguiente.

Constituye circunstancia agravante de responsabilidad, si la víctima es un discípulo, aprendiz o doméstico del delincuente, o su descendiente, su hijo adoptivo, o hijo de su cónyuge, o su pupilo o un niño confiado a su cuidado".

Antes de entrar en una consideración detallada de la materia de que nos vamos a ocupar, debemos hacer unas observaciones preliminares acerca de estas dos disposiciones. El Artículo 199° tiene su inspiración en el Anteproyecto suizo de 1916, cuyo tenor sigue literalmente. (5) Al reflexionar sobre cuestiones de

(4) Véase, también, el Decreto Ley 18140, (Publicado en esta Revista, Año XXXIV, núms. I-II (1970) pág. 222, lo que esclareció ciertos aspectos mal redactados.

(5) Artículo 166, Anteproyecto suizo reza: "Celui qui aura fait subir l'acte sexuel ou un acte analogue a un enfant moins de seize ans sera puni de la réclusion".

error relacionadas con este Artículo, es pertinente recalcar que el dispositivo peruano tiene así sus raíces en el pensamiento del gran jurista suizo Carlos Stoos. Este jurista se sitúa entre los que exigen del delincuente la voluntad completa y la conciencia plena. (6) El Código Penal suizo rechaza la responsabilidad objetiva y el delito de prohibición absoluta. (7) El Artículo 3° del Decreto-Ley 17388 no modifica en absoluto la base jusfilosófica de este tipo sino introduce, de conformidad con la corriente prevaleciente en su época, (8) unas modificaciones sobre la represión, las que acentúan sin embargo, las diferencias entre ciertos elementos del tipo cuando se los analice desde el punto de vista del error. En cuanto a la represión misma, sólo cabe observar que la introducción de la pena de muerte, el aumento de las penas privativas de la libertad y la alta pena mínima que limita con rigor la discreción judicial en la individualización del castigo, hacen imperativa una noción exacta del papel que juega el error en este campo del derecho. No sería demás agregar que la nueva política penal la que implica un criterio severo con respecto a la represión de esta clase de delitos no se ha dirigido a modificar los presupuestos en que se basa el error como atenuante en el Derecho Penal peruano, y, menos aún, ha creado así una clase de delitos de prohibición absoluta. Tampoco influye mayormente en la consideración de nuestra cuestión principal el largo intervalo que separa la dación de estas dos disposiciones. Si bien es cierto que los animados debates en torno a la materia del error durante los últimos treinta años han contribuido, inmensurablemente, al esclarecimiento de su naturaleza jurídica y efectos, no menos cierto es que el problema por examinarse no exige ninguna solución distinta, en nuestros días, de la que hubiera sido conforme cuando recién se había redactado

(6) Véase, Luis Jiménez de Asúa, "La unificación del Derecho Penal en Suiza", Hijos de Reus, Madrid, 1916, Pág. 185: "Hay intención —dice la Exposición de Motivos—, cuando la infracción se realiza con conciencia y voluntad. «La conciencia —dice Zürcher— debe abrazar en el sujeto, la representación de su actividad propia (acción u omisión) y la del resultado. Asimismo la voluntad no debe sólo referirse a la actividad, sino que también debe ser querido el resultado».

Este concepto, que exige del delincuente la voluntad completa y la conciencia plena, es criticado o defendido según la actitud que se tome en el debate que suscita el problema de la concepción de la culpabilidad. Y en pág. 186, "Haciendo consistir —dice Stoos— en el hecho de saber y de querer el crimen, el Proyecto se conforma con las teorías cantonales y con la doctrina reinante. En su Grundzüge expuso los motivos que a su juicio milita contra la teoría llamada de la representación".

(7) Véase. Code Pénal Suisse Edition Romande, Librairie Pavot, (1942). pág. 18. "Art. 18. Le CPS s'inspire du principe «pas de peine sans culpabilité», sauf rares exceptions, il s'écarte du système de la répression fondée sur la seule matérialité des faits".

(8) Véase, los considerandos de dicho Decreto Ley y el comentario citado supra nota 3.

el Código, y la nueva legislación no cambia en nada la figura. Las agudas exégesis, y, en particular, los cambios de nomenclatura nos pueden ayudar en nuestro entendimiento de la materia; pero no cambian ni el problema ni sus posibles soluciones. Por cuestiones de nomenclatura y clasificación sistemática, no hemos de detenernos en el presente estudio, pero podemos notar de paso una preferencia por el término "error de tipo" por ser éste más explícito y por encuadrarse, dentro de él, con la mayor precisión, la figura que acá planteamos. Para fijar con exactitud desde un principio nuestra posición, citamos al ilustre maestro español, Luis Jiménez de Asúa en que "todo lo que se halle acogido en el precepto legal (no en la sanción) es error de tipo, eliminadas las condiciones objetivas de punibilidad que, por lo demás, son ajenas al tipo *sensu stricto*". (9)

Caben, también, algunas observaciones acerca de la naturaleza y alcances de ciertos de estos delitos contra la libertad y honor sexuales. Nada más natural y necesario, hay para la continuación de la especie, que el deseo del hombre de yacer con una mujer a fin de tener acceso carnal con ella. (10) La ley peruana no castiga en sí la simple fornicación fuera de matrimonio. La Jurisprudencia española reciente expresa acertadamente, que "como manifestación del derecho a la libertad sexual, toda mujer soltera, capaz de consentir, puede espontáneamente disponer de su intimidad carnal en el orden del derecho entregándose a varón, en conjunción de sexos, constitutiva de pura y simple fornicación". (11) El orden jurídico, en atención a la tutela de esta libertad, reglamenta y limita el ejercicio de estas prácticas, estimuladas e impulsadas por los instintos más primitivos de todo ser viviente. Las pautas de la ley canalizan estos impulsos, encausándolos dentro de los límites que permitan el logro de determinados objetivos sociales. La ley no pretende modificar el impulso básico, pero sí lo controla. Para la debida apreciación del error en este campo, es menester dar la necesaria importancia a este fenómeno natural en el hombre y a las lógicas limitaciones del ordenamiento jurídico al respecto. El delito de violación presunta, en una forma u otra, es común a casi todos los desarrollados sistemas jurídicos del mundo; (12) se basa en la necesidad

(9) Ob. cit. Supra nota I, pág. 541.

(10) Véase, "Sex offenses: a clinical approach", Bernard Glueck, Sr. Law and Contemporary Problems, Vol. 25 (1960), pág. 279, citando a Maserman..

(11) Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXIII, Fasc. II, mayo-agosto MCLXX, pág. 4441: S. 16 mayo 1968.

(12) Véase, "Sex offenses: an anthropological approach", Clellan S. Ford, Law and Contemporary Problems, Vol. 25 (1960), pág. 235.

de proteger esa preciosa libertad sexual contra las depredaciones que de otro modo, inevitablemente, sufrirá. El hombre normal, impulsado por los más poderosos instintos primitivos que se relacionan con la misma perpetuación de la raza humana, no tiene ningún mecanismo inhibitorio natural que le permita discriminar, acorde a los criterios artificiales de la ley. El régimen jurídico mediante estas disposiciones restrictivas reconoce, tácitamente, la superioridad del hombre rapaz ante esta situación y ante la debilidad natural del sujeto pasivo de sus pretensiones. Tal sujeto, con los sentimientos apenas formados, no puede ejercer por sí mismo aquella libertad sexual porque los instintos y deseos del pretendiente se imponen, inexorablemente, por su superioridad, sea física o intelectual. (13) La ley acepta como hecho esta inmadurez y erige contra el despojo una barrera que es la "capacidad de consentir", concepto jurídico que tanto vale por edad como por incapacidad física, mental o situacional. El orden jurídico, en esto como en todo lo demás, es sumamente artificial en el sentido de que sus preceptos no guardan ninguna relación necesaria con los hechos de la vida real. Es de gran importancia para el presente tema reparar en que la edad que algún sistema legal reconozca a fin de establecer esta "capacidad de consentir" es cosa variable, arbitraria; no natural y artificial. En otras palabras, es un postulado de la ley positiva que refleja las consideraciones supraleales que motivan la política penal de Estados particulares. Es así que la edad de consentimiento, en esta clase de delitos, se ha fijado en el Perú a los dieciséis años, mientras que en otros países, como por ejemplo la Argentina y Cuba se le ha fijado en los doce años. (14) Lo importante, desde el punto de vista de nuestro tema, (15) es que no existe, por la influencia del "total complejo de cultura" sobre la mente del ser masculino, una conciencia colectiva de un precepto universal que prohíbe el acto sexual con una persona de menos de dieciséis años, en el sentido de que

(13) Véase, "Reasonable mistake of age: a needed defense to statutory rape", Larry W. Myers, Michigan Law Review, Vol. 64, 1965/66, págs. 119/120.

(14) En Colombia la edad es 14 años. Nada mejor para ilustrar los caprichos de la ley en este asunto que la posición en los Estados Unidos de Norteamérica. Los distintos Estados han fijado la edad de consentimiento como sigue: 7 años: un Estado; 12 años: dos Estados; 14 años: un Estado; 16 años: veintitrés Estados; 17 años: un Estado; 18 años: veintiún Estados; 21 años: un Estado. Se fijó la edad en 10 años bajo el antiguo "Common Law". Véase, también, Peco, "El delito de violación" La Ley, Tomo 5 (1937) Sec. Doct. pág. 45.

(15) Véase, "Tratado de Derecho Penal", Edmundo Mezger, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, (1935), Tomo I, págs. 337/338.

existe, por ejemplo, una conciencia del precepto que nos manda a respetar la vida de otros seres humanos. Sin embargo, argüimos que, por la universalidad de similares nociones de cultura y su difusión por todas las sociedades, en una forma u otra, existe la conciencia, en todo hombre normal, (16) que le es prohibido realizar el acto sexual con personas de corta edad, la cual variaría, efectivamente, de conformidad con los preceptos concretos de la sociedad particular en que él vive. La demostrada universalidad de tales creencias es la medida en que el orden jurídico ha triunfado en sus esfuerzos para superar los instintos brutos del ser humano, educándole para desempeñar un papel responsable dentro de una sociedad políticamente organizada. Podemos postular, entonces, lo siguiente: que cada hombre normal tiene deseos de yacer con una mujer y que la ley reconoce y respeta esos deseos aunque los limita y controla; que el hombre normal en virtud de su sometimiento al orden jurídico tiene conciencia de la naturaleza general de las prohibiciones de yacer con mujeres de corta edad aunque el conocimiento de los preceptos legales concretos al respecto sean imperfectos; que esta conciencia modifica la conducta y modo de pensar del hombre normal introduciendo en él un elemento de cautela marcadamente diferente de sus instintos naturales. La experiencia humana nos enseña la validez de estos postulados y la jurisprudencia tanto del Perú como de otros países la reconoce. De ahí se desprende un punto de importancia fundamental para nuestro análisis.

Una figura penal consiste, excluyendo la parte que se atañe a la represión, no sólo en la acción u omisión objetivas penadas, sino en el elemento intelectual pertinente que las acompaña. El tipo, nos dice Graf Zu Dohna, (17) "es la síntesis de aquellas características que debe reunir una acción para conducir a una pena", y que "adecuación típica significa la peculiaridad de una acción, consistente en que presenta las características de un tipo particular de delito". El penalista chileno Sergio Politoff (18) observa, certeramente, que "el tipo no es

(16) La pedofilia es una aberración bien reconocida por la medicina forense: véase, por ejemplo, "La dinámica de delito", Enrique Altavilla, Editrice Torinense, (1953), Tomo II, pág. 99. Buen ejemplo literario es el personaje Humbert de la novela *Lolita* de Nabokov.

(17) "La estructura de la teoría del delito", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, (1958), pág. 16.

(18) "Los elementos subjetivos del tipo legal", Editorial Jurídica de Chile (1965), pág. 62.

otra cosa que una ilicitud particular". Una teoría de delitos, a distinción de una teoría general del delito, exige una rigurosa individualización de tipos que se logra mediante la respectiva diferenciación entre los elementos objetivos y subjetivos, o sea entre la conducta externa y la cualidad intelectual que la acompaña. A veces, el elemento intelectual cobra especial importancia en esta tarea por ser el único distinguido entre tipos. Por ejemplo, tomando "matar a un hombre" como el núcleo del tipo "homicidio", se ve que en muchos casos es el elemento intelectual anexo que sirve como el solo distinguido entre las diversas clases de homicidio. La acción, que es el núcleo del delito, es igual tanto en el Artículo 150º del Código Penal como en el Artículo 156º; lo que es diferente es el elemento subjetivo. Es pertinente, en conexión con el presente estudio, advertir que en algunas figuras complejas la distinción tipológica es, a veces, objetivamente señalada mientras que en otras la distinción es puramente subjetiva. Este punto resalta de una comparación entre el homicidio simple, tipificado y penado por el Artículo 150º del Código Penal con el homicidio calificado, configurado en el Artículo 152. Lo que distingue este último delito, en algunas de sus formas, descansa en una circunstancia objetiva, por ejemplo el uso de veneno para matar, mientras que en otros casos la distinción es puramente subjetiva y depende de la asociación de la conducta con un elemento intelectual especial, como por ejemplo "matar por lucro". En realidad, estas figuras complejas son constituídas por un número de distintos tipos que comparten por conveniencia sistemática, una sola ubicación en el instrumento normativo. La figura representada por el Artículo 199º del Código Penal es, precisamente, uno de esos complejos que así abarca diferentes ilicitudes particulares. El artículo 3º del Decreto-Ley 17388 sirve para poner en relieve la diversidad de tipos que encuentran lugar en la figura patrón debajo de su unidad superficial. Para los efectos de un estudio sobre error, es menester hacer una separación de tipos porque los elementos subjetivos, que son los componentes afectados por la incidencia del error, son diferentes en cada caso.

El núcleo del tipo que estamos examinando es "hacer sufrir el acto sexual o un acto análogo a un menor de dieciséis años". Sin pretender agotar las posibilidades, es preciso distinguir entre cuatro tipos comprendidos en esta figura, es decir:

- a) Hacer sufrir el acto sexual a un menor de dieciséis años; (19)
- b) Hacer sufrir el acto sexual a una menor de dieciséis años;
- c) Hacer sufrir un acto análogo a un menor de dieciséis años;
- d) Hacer sufrir un acto análogo a una menor de dieciséis años.

Se ve que la figura planteada como delito tiene ciertos elementos de vital importancia en cada uno de estos ejemplos, es decir (i) la naturaleza de la acción; (ii) el sexo del sujeto pasivo; y (iii) la edad de dicho sujeto. Según la combinación de estos elementos se producen delitos muy distintos en carácter y efectos sociales en el campo que ahí nos concierne. No es necesario detenernos en esta oportunidad con una consideración de esos efectos aunque tendremos que volver a examinarlos posteriormente. Aquí lo que nos interesa es indagar sobre el elemento intelectual que deba acompañar cada una de estas manifestaciones del delito-tipo. El Código mismo no nos dice nada al respecto, pero como observa Politoff, (20) "no son las palabras de la ley sino su espíritu lo que importa para la comprensión del delito-tipo". (21) Cabe citar, y hacerlas nuestras, otras atinadas palabras del mismo autor: (22) "compartimos la idea de que los elementos subjetivos del tipo conciernen al disvalor del acto, a su dañosidad social, al mal en que el injusto consiste, pero estimado todo ello en plano abstracto y descriptivo del tipo, no en la concreta lesión de los bienes jurídicos". Nuestra consideración del tema del error, abarcado por este estudio, partirá de la proposición de que hay una diferencia esencial, y no de grado, entre "el mal en que el injusto consiste", comparándose el tipo (b) arriba, cometido en agravio de una menor que ha cumplido ya los quince años de edad y por ejemplo el tipo (d), cometido en agravio de una menor que recién ha cumplido los siete

(19) Es necesario, esquemáticamente, incluir esta figura a causa de la terminología del mismo Código, pero como se ha interpretado las palabras "acto sexual" en el sentido invariable del acceso carnal normal con persona femenina, se precluye, necesariamente, la realización de tal acto con "un menor". Debe notarse que la expresión "acceso carnal", tiene una significación más amplia que abarca el acto anormal: Peco ob. cit. supra nota 14, pág. 43.

(20) Ob. cit. supra nota 18, pág. 35.

(21) Estas acertadas palabras deben entenderse por referencia a su propio contexto. No constituye una licencia para interpretar, procesalmente, las palabras del Código en el juzgamiento de casos particulares.

(22) Ob. cit. supra nota 18, pág. 63.

años de edad. En el caso menos extremo, se ve una distinción, más sutil, pero no menos notable entre el mismo tipo (b) por referencia a la edad del sujeto pasivo en el ejemplo escogido. Lo importante es aislar y caracterizar esta esencial diferencia.

Postulamos que la diferencia en ambos casos se halla en lo que ya se ha escrito sobre los reconocidos deseos del hombre normal. La menor de quince años puede aparentar mucho más, aún bajo el escrutinio profesional de los médicos legistas, (23) y es núbil; la menor con apenas los siete años cumplidos, salvo en los casos más extraordinarios en nuestro medio, (24) no puede despertar en el hombre normal ni la impresión de ser de edad núbil ni los instintos sexuales normales correspondientes. Argüimos, entonces, que el elemento subjetivo del que quiera yacer con una menor con los quince años cumplidos es de índole totalmente distinta del que quiera yacer con una menor que sólo ha cumplido los siete años. Esta diferencia tiene que reflejar necesariamente en el reproche anexo al tipo penal. El reconocimiento de este hecho psicobiológico debe orientarnos en nuestro tratamiento de los casos en que el sujeto activo hace una errónea apreciación de la edad de la víctima. Dado el hecho de que en el Perú se ha establecido los dieciséis años como la edad de consentimiento, mientras que en otros países, como la Argentina, son los doce años el límite reconocido para estos fines, puede preguntarse a qué edad se le puede atribuir al sujeto activo esa "normalidad" de motivación que ha de reconocerse. Objetivamente, la ley positiva de cada país señala estos límites, pero para la apreciación de los elementos subjetivos con relación al error es preciso adoptar otro criterio más práctico que se ajuste más a las realidades de la vida. Preferimos la pauta ofrecida por Massari: (25) "Cuando en el Derecho Penal la ley exige, para que el delito exista, efectiva conciencia de todos los antecedentes normativos del precepto penal, es cuestión de resolver-

(23) Véase, por ejemplo, La Ley, Tomo 35, Fallo de la Suprema Corte de Tucumán, pág. 398: "Está probado por confesión y demás elementos de juicio que el procesado tuvo contacto carnal con la menor A.C., cuya partida de nacimiento indica que tenía 9 años a la fecha del hecho. Examinada la ofendida por médicos de policía del Consejo de Higiene, hacen estos oscilar su edad, por apariencia física y constitución anatómica, entre 12 y 16 años cronológicos".

(24) Véase, por casos excepcionales de desarrollo físico anormal: "Sex offenses: the medical and legal implications of sex variations" Sexual Precocity, Karl M. Bowen and Bernice Engle, Law and Contemporary Problems, Vol. 25 (1960), págs. 299/301. Puede notarse, también, el curioso caso de la niña peruana, Lina Medina: "Medicina Legal", Flaminio Favero, Martins, Sao Paulo, 3ra. Edc. Tomo II, pág. 178.

(25) Citado por Jiménez de Asúa, ob. cit. supra nota 1, pág. 400. En el mismo sentido se expresa Von Hippel, citado pág. 403.

lo caso por caso". Volveremos a este punto al considerar, concretamente, los efectos de error tanto en el Artículo 199º como en el Artículo modificadorio. Jiménez de Asúa cita a Manzini diciendo que, (26) "quien vive en un determinado lugar tiene obligación de informarse, cuando desarrolla una actividad cualquiera, de los límites y de las condiciones establecidas por la ley territorial. Si descuida este deber, asume con ello mismo, el riesgo de la propia ignorancia la cual no podrá por consiguiente, ser invocada por él como excusa". Este postulado es supra-jurídico y también lo es la lógica extensión de la imputación al sujeto activo del conocimiento de sus efectos en su caso. Su aplicación a la cuestión que estamos considerando corresponde, en forma general, a las realidades de la vida social-jurídica del Perú. En términos prácticos, mientras que podríamos aceptar que el sujeto que realizó el acto sexual con una menor de quince años cumplidos "estimaba que realizaba un acto lícito", difícilmente podríamos aceptar tal suposición en el caso del que realizaba el mismo acto prohibido con una menor de sólo siete años cumplidos.

Debemos interpolar unas cuantas palabras acerca del trato general del error en el Derecho Penal peruano. El Artículo 87º del Código Penal dispone:

"En los casos de infracciones cometidas por una errónea apreciación de los hechos no provenientes de negligencia, o por ignorancia o error no culpables sobre el carácter delictuoso de un acto que el agente hubiera considerado lícito, el juez podrá disminuir la pena hasta límites inferiores al *minimum* legal.

La ignorancia de la ley penal no modificará en ningún caso la represión de delitos que tengan señalada pena mayor que la de prisión".

El Código Penal peruano no considera el error como causa eximente sino como simple atenuante, planteamiento que se ha calificado, con bastante razón, como "grave defecto". (27) Sin embargo, la atenuante es de gran importancia práctica en los casos que estamos considerando porque faculta al juzgador para imponer una pena debajo del *minimum* legal que es de cinco

(26) Ob. cit. supra nota I, pág. 397.

(27) Jiménez de Asúa, "El Criminalista", Tomo VIII, Tipográfica Editora argentina, (1948), pág. 102.

años en las más ordinarias circunstancias. Se observa que el artículo 87º trata tanto del error como de la ignorancia y algunos publicistas consideran que las dos cosas son equivalentes. Dice Jiménez de Asúa que, (28) "la ignorancia consiste, en suma, en una falta completa de conocimiento, mientras que en el error hay un conocimiento falso". Tratándose de la ignorancia y del error el profesor chileno Gustavo Labatut Giena escribe, (29) "en lo penal ambos términos son equivalentes, a diferencia de lo que sucede en el campo de la psicología". Comentando el mismo Artículo 87º, el profesor sanmarquino Luis Bramont Arias, en frases muy similares, observa, (30) "el error y la ignorancia, en materia penal, son equivalentes, a diferencia de lo que sucede en el terreno psicológico". No obstante la posible exactitud de estas observaciones en otros campos dentro del mismo Derecho Penal, parece que la distinción entre error e ignorancia sea de cierta consecuencia, tratándose del delito tipificado en el Artículo 199º del Código Penal. Escribe Carlos Fontán Balestra: (31) "el desconocimiento de la edad de la víctima no excluye la responsabilidad del agente. Podría, en cambio, el error excusable servir de eximente", y prosigue, con algo que merece comentario aparte, "pues en tal caso, no sería admisible que el autor hubiera procedido con el dolo específico que el delito exige, ya que, para este caso, como veremos, importa tanto el conocimiento de la edad de la víctima, como el conocimiento de la criminalidad del acto". El publicista colombiano, Humberto Barrera Domínguez, hace la misma distinción al escribir que (32) "una cosa es la ignorancia y otra diferente el error de hecho no imputable a negligencia. Por lo tanto si alguien alega ignorancia respecto a la edad del sujeto pasivo, dicha situación no lo exime de responsabilidad. Pero si el agente ha incurrido en error sobre la edad del sujeto pasivo, no debido a negligencia, no hay culpabilidad". Eusebio Gómez en su "Tratado" escribe, (33) "como ya se ha dicho, la ignorancia de la edad de la víctima no puede ser invocada como excusa por el sujeto activo. En cambio, el error acerca de la misma circunstancia excluiría el elemento intencional, es decir, la voluntad de tener

(28) Ob. cit. supra nota I, pág. 313.

(29) "Derecho Penal: Parte General", 3ra. Edc., Editorial Jurídica de Chile, (1958), Tomo I, pág. 173.

(30) Ob. cit. supra nota 2, pág. 188.

(31) "Delitos sexuales", Depalma, Buenos Aires, (1945), pág. 70.

(32) "Delitos sexuales", Temis, Bogotá, (1963), pág. 143.

(33) "Tratado de Derecho Penal", Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, (1940), Tomo III, pág. 91. Véase, también, Peco, ob. cit. supra nota 14, pág. 46.

concúbito con una persona menor de doce años". Con otras frases pero en el mismo tenor dictamina Ernesto Ure: (34) "El funcionamiento de la causa de inculpabilidad del error de hecho amparará esas especiales situaciones. No obstante, el agente no podrá excusarse en la falta de conocimiento de la edad de la víctima, sino en la creencia razonable, pero equivocada que tenía de dicha circunstancia. La ignorancia equivaldría a la duda y en tal supuesto, el hecho sería imputable a título de dolo eventual". Se ve, claramente, el dilema de estos autores: su planteamiento del tipo requiere, ineludiblemente, conocimiento de la edad de la víctima como una de las características más importantes de la figura penal. Igualmente, es cierto que la ignorancia precluye, en la forma más literal, tal conocimiento. Algunos, como Fontán Balestra han buscado refugio en la teoría de un dolo específico, mientras que otros como Ure y Sebastián Soler han preferido buscar su solución en el postulado de un dolo eventual en el sujeto que actúa con ignorancia. Escribe este último, (35) "En estos delitos, la edad suele jugar un importante papel. La relación de estos datos con el elemento subjetivo del delito se rige por las reglas generales de la culpabilidad. El error puede ser una excusa válida cuando reúne las condiciones necesarias. Basta en cambio, el dolo eventual con respecto a la duda posible de si la víctima tiene o no esa edad". Por nuestra parte, nos adherimos a esta última solución, porque si bien la "obligación" de Manzini ya advertida es supralegal, —en el sentido de que ningún presupuesto de esa índole se encuentra legislado en el régimen jurídico peruano—, la aceptación de su existencia y las consecuencias que emanan de ella nos obliga a reconocer que la "ignorancia" de este elemento del tipo equivale a una indiferencia la que atrae responsabilidad a título de dolo eventual. Por lo tanto, es importante retener la debida distinción entre error e ignorancia en este campo, tratando ésta como si fuera indiferencia, sea calculada o inconsciente, la que no atenúa en absoluto la responsabilidad en virtud del artículo 87º del Código Penal.

Ahora podemos considerar el tratamiento en el Derecho Peruano del error acerca de este elemento de la edad del sujeto pasivo de estos delitos sexuales. Cabe observar, sin que el reparo se considere redundante, que el texto del Código mismo no nos

(34) "Los delitos de violación y estupro", Ernesto J. Ure, Editorial Ideas, Buenos Aires, (1952), pág. 56.

(35) "Derecho Penal argentino", La Ley, (1945), Tomo III, pág. 346.

informa nada al respecto. No hay ninguna disposición semejante al Artículo 539° del Código italiano que reza:

“no se admite la ignorancia de la edad del ofendido, cuando se trata de menores de catorce años en los delitos contra las buenas costumbres”.

Igualmente, puede observarse que el Código no dice que, para configurar este delito, el actor debe tener conocimiento de la edad del sujeto pasivo. Sin embargo, advierte Angel Gustavo Cornejo (36) que, “basta la conciencia que el agente tenga de la edad de la víctima y la voluntad de realizar el yacimiento para integrar el elemento subjetivo del delito (artículo 199° del Código Penal)”. Este punto no es comentado ni por Juan José Calle (37) ni por Bramont Arias (38) pero el profesor sanmarquino Raúl Peña Cabrera, (39) refiriéndose al Artículo 199° del Código Penal y bajo el epígrafe “Elemento subjetivo” escribe: “es la conciencia y voluntad de yacer con un menor. Esto implica el conocimiento de la edad de la víctima y la información del carácter delictivo del hecho”. Prosigue, “la ausencia de estos conocimientos elimina el dolo. Ahora bien el error sobre la edad del sujeto pasivo no debe provenir de la negligencia”. (40) La voz “implica” es bien empleada porque sin ese supuesto de conciencia o por lo menos una indiferencia hacia la cuestión de edad la figura sería incompleta. Para estos dos autores peruanos, entonces, es evidente que conocimiento o conciencia expresa o implícita de la edad del sujeto pasivo constituye una de las características fundamentales del tipo y el error acerca de la materia no proveniente de la negligencia produce los efectos anticipados por el Artículo 87° del Código Penal. Si existiese semejante uniformidad de criterio acerca de la materia a través de la doctrina peruana, muy poca justificación habría por el presente trabajo. Empero en el Código Penal del distinguido comentarista Octavio Torres Malpica, entonces Vocal de la Corte Superior de Lima y actual Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de la República leemos: (41) “El error

(36) “Derecho Penal Especial”, G11, Lima, (1937), Tomo I, pág. 98.

(37) “Código Penal”, G11, Lima, (1924).

(38) Ob. cit. supra nota 2.

(39) “Derecho Penal peruano”, Parte Especial, Lima, (1964), pág. 215.

(40) Esta última advertencia es una referencia directa a las palabras del Artículo 87 del Código Penal.

(41) “Código Penal”, Editorial José Merino Reyna, (1965), pág. 80.

debe ser de hecho y no de derecho además debe ser sobre el carácter delictuoso de un acto y no sobre las circunstancias calificativas del mismo. De esto resulta inadmisibile que se pretenda como medio de defensa sostener que el acusado de delito sexual creía que la agraviada era mayor de edad". Pese al carácter abreviado del referido comentario y su ubicación en el texto debajo del Artículo 87º, es aparente que se refiere al delito tipificado en el Artículo 199º del Código Penal. El distinguido Vocal Supremo no cita su autoridad por esta proposición que parece contradecir lo divulgado ya por Peña y Angel Gustavo Cornejo, pero hay poca duda de que su aserto derive de una Ejecutoria Suprema del 24 de mayo de 1948, (42) tanto por la similitud del lenguaje como por el hecho de que no se encuentra publicado ningún otro fallo en la jurisprudencia peruana de igual tenor. Antes de entrar en un examen pormenorizado de este caso, a fin de ensayar una reconciliación entre las posiciones conflictivas, vale hacer unas observaciones sobre el mismo comentario de Torres Malpica. El Vocal Supremo no alega que el error acerca de la edad del sujeto pasivo no es de hecho sino de derecho; su objeción entonces, tiene que ser que esta circunstancia es irrelevante. Vamos a considerar, posteriormente, en detalle, las implicaciones jurídicas de tal proposición. Conviene permitir aquí una ligera digresión sobre error de hecho y error de derecho con relación al Artículo 87º del Código Penal. Jiménez de Asúa arguyó que la distinción en el Código peruano ha desaparecido. Escribió: (43) "Binding, Frank y Liszt sostienen que todo error es de hecho y de derecho y esa es la doctrina operante en Alemania. Respecto al Código del Perú el Artículo 87 (dejando a un lado el grave defecto de no haber considerado el error como causa eximente) lo legisla unificando esas dos clases". Para nosotros, cobran especial fuerza estas palabras del maestro español porque él las escribió precisamente en el contexto de un examen de su aplicación a problemas provenientes de este mismo Artículo 199 del Código Penal. Bramont Arias (44) acepta como correcto lo planteado al respecto por Jiménez de Asúa. En otra oportunidad, resumiendo el pensamiento germánico, el maestro español aseveró que, (45) "todos son errores de hecho y sólo importan a los juristas los que tienen reflejo en el derecho".

(42) Revista de Jurisprudencia Peruana, Tomo VI, (1948), pág. 348.

(43) Ob. cit. supra nota 27, pág. 102.

(44) Ob. cit. supra nota 2, pág. 189.

(45) Ob. cit. supra nota I, pág. 312.

Que la situación que hemos propuesto a considerar, era una de error de hecho, no tenía ni la menor duda Jiménez de Asúa, porque el mismo ha dicho, (46) "Hay error de hecho, cuando se yace con una mujer convencido de que tiene quince años, cuando en la desconocida verdad la joven tiene catorce años y diez meses". Sin embargo, hemos anunciado nuestra preferencia por el llamado "error de tipo", también predilecto del mismo ilustre autor, en parte porque hace más fácil la reconciliación deseada, en vista del lenguaje empleado tanto por el Vocal Supremo como por su fuente y, por otra parte, porque este concepto encuadra mejor nuestra propia interpretación. Es muy pertinente al presente punto, la aguda observación de Von Hippel: (47) "El llamado error de hecho (una breve expresión, usual hoy, pero de fácil mala inteligencia) es no sólo error sobre los hechos, sino desconocimiento de las características del tipo legal del concreto concepto del delito (siendo indiferente si esta especie es fáctica o jurídica)". Como hemos demostrado, la edad del sujeto pasivo, en todas las permutaciones, es una de las características del tipo legal. Citemos sobre este mismo punto las palabras de Helmuth Mayer: (48) "El conocimiento del autor debe abarcar las circunstancias jurídicas relevantes del hecho. Si el autor no tiene conciencia de una de estas características típicas falta el dolo en él". Sólo cabe agregar lo postulado por Graf Zu Dohna: (49) "Falta el dolo cuando el autor no ha contado con la concreción del resultado o no ha conocido la existencia de circunstancias de hecho que pertenecen al tipo". Estos consejos debemos tomárselos muy en cuenta al considerar qué significación debe acordarse a las dos expresiones, "carácter delictuoso de un acto" y "circunstancias calificativas del mismo". Dos observaciones más surgen del comentario del distinguido Vocal Supremo. Es de notar que él consigna el término "la agraviada" al sujeto pasivo del delito al tratar de este punto, así limitando el efecto de su pronunciamiento a lo configurado en los tipos (b) y (d) arriba. Esta limitación tiene una buena lógica que no es aparente de inmediato pero que guarda relación con nuestro argumento y deberíamos notar el punto. Finalmente, debemos reparar en un punto muy importante, en que el lenguaje de Torres Malpica es más amplio que el de la misma sen-

(46) Ob. cit. supra nota I, pág. 329.

(47) Citado por Jiménez de Asúa, ob. cit. supra nota I, pág. 517.

(48) Citado por Jiménez de Asúa, ob. cit. supra nota I, pág. 526.

(49) Ob. cit. supra nota 17, pág. 35.

tencia publicada o el del Sumario que resume lo decidido. Esta amplitud tiene el efecto de restringir la proposición básica: mientras que el sumario indica simplemente que el error no debe ser sobre la edad de la menor violada, o sea que el error puede referirse a cualquier edad, el Vocal Supremo limita el principio a la creencia de que la agraviada fuese *mayor de edad*.

Ahora podemos emprender un análisis de la ejecutoria del 24 de mayo de 1948, la que es, en realidad, el núcleo del problema. La Resolución Suprema es muy parca y debemos acudir al dictamen del Fiscal Supremo, Julio Villegas para poder desentrañar la motivación. En la parte material de su dictamen, el Fiscal expresa primero, que: "El Tribunal Correccional, considerando que la menor agraviada tiene un desarrollo físico que no corresponde a su edad, cree que el acusado sufrió una errónea apreciación de los hechos y que por lo tanto con arreglo al Artículo 87 del Código Penal la pena puede disminuirse hasta límites inferiores al *mínimum legal*, por lo que impone a Polo Rodríguez sólo un año de prisión". Sobre lo que pudiera haber motivado al Tribunal a tomar esta determinación, sólo podemos ofrecer nuestras propias conjeturas, porque mientras el Fiscal Supremo tuvo el expediente completo a su disposición, en momentos de esta investigación no ha sido posible encontrar en los archivos mas que las primeras cuarentidós fojas de un expediente de ciento cincuentinueve fojas. (50) Así se ha desglosado todo lo referente al juicio oral, incluyendo las vitales cuestiones de hecho votadas por el Tribunal. Sin embargo, de la parte restante se pueden hacer algunas observaciones muy pertinentes. Alejandro Polo Rodríguez, de veinte años de edad, sostuvo relaciones en tres oportunidades con la menor, M.B.C., una pariente, estando alojado en la casa de la familia de la víctima; este último hecho causó especial impresión al Fiscal Supremo. Según la partida de nacimiento obtenida por el Juez Instructor, la menor nació el 3 de julio de 1932 de modo que tenía catorce años y medio a la fecha del delito. Ella fue sometida a un reconocimiento por el médico legista para determinar su edad y su certificado indica, (51) "Que por su sistema dentario, el desarrollo de su sistema piloso del cuerpo, el de los órganos genitales, la consistencia del cartílago tiroides y demás características de

(50) El autor aprovecha esta oportunidad para agradecerle al Señor don Guillermo Bermúdez Vivar, Jefe de Archivo de la Corte Superior de Lima por su invalorable ayuda en facilitar la inspección de este expediente.

(51) Exp. 855/47, Primer Tribunal Correccional de Lima, Fs. 24.

su persona su edad es de 15 años aproximadamente". Al considerar el valor de esta pieza, se tomará en cuenta que la misma Corte Suprema ha decidido que debe consignar un margen de error de dos años más o dos años menos en esta clase de reconocimientos, (52) y es evidente que el Tribunal, al hacer su apreciación de las pruebas, consideró que la agraviada sí aparentaba más años que los acreditados por la partida o consignados por el peritaje. Este hecho fue determinante, y es probable que el Tribunal así razonara que el acusado se había equivocado en cuanto a la edad de la agraviada. Bien pudiera haberse equivocado el acusado, en las circunstancias, y el Tribunal tuvo base jurídica para imputarle tal error, (53) dándole el beneficio de la máxima "In dubio pro reo", pero las pruebas examinadas indican que ni por un instante reparaba el encausado en esta circunstancia de la edad de la víctima. El mostró la más clara indiferencia hacia la cuestión, la que es muy significativa en este caso porque el procesado contó con asesoramiento profesional desde el momento de prestar su instructiva. Efectivamente, nadie le preguntó sobre este punto de su creencia acerca de la edad de la agraviada, pero ni en el atestado policial (54) ni en la instructiva (55) manifiesta que creyera que ésta tuviese más de dieciséis años ni tampoco demuestra incertidumbre al respecto. En cambio, —y ahí se revelan las ingerencias del defensor letrado—, el acusado trató, desde el primer momento, de sentar dos puntos probatorios que, en el hecho, sólo hubieran servido para atenuar su responsabilidad hasta el límite inferior de la pena, o sea dos años de prisión, es decir; (i) que la agraviada consentía a los actos y que él no usó violencia de ninguna clase; y (ii) que él encontró a la agraviada ya desflorada. Ambos puntos fueron enérgicamente refutados por la agraviada, particularmente en el careo. (56) Hay elementos que hacen sospechar que el Tribunal no se convenció de la honestidad sexual de la agraviada. Puede mencionarse, por mayor abundamiento, que el acusado sabía que la agraviada era colegiala. Nuestra investiga-

(52) Revista de Jurisprudencia Peruana, Tomo XXV, (1967), pág. 830.

(53) Véase, el fallo de la Cámara de Apelaciones de Mercedes, J. A. 1958-II, pág. 363: "Clerto que el acusado no ha hecho referencia expresa alguna, en su recordada indagatoria, sobre la edad de la víctima, ni de la incidencia que el dato pudo tener en su conducta". El Tribunal Supremo, al considerar el hecho, no obstante esa omisión observó: "Debe recordarse que no es el objeto de proceso penal, la investigación de los cargos, sino el descubrimiento de la verdad".

(54) Exp. 855/47 Fs. 8.

(55) Exp. 855/47 Fs. 13/15.

(56) Exp. 855/47 Fs. 38/39.

ción deja establecido que, por lo menos durante la instrucción, el acusado no pensaba en términos de una defensa fundada en el Artículo 87º y que no hay evidencias de una errónea creencia acerca de la edad de la menor. Aunque existiesen circunstancias que le hubieran indicado que la agraviada tenía menos de dieciséis años, hay fuertes indicaciones que el acusado fue indiferente a la cuestión.

El Fiscal Supremo continúa con una observación muy importante que tiende, más que nada, a desvirtuar la sentencia. Dice, y de hecho, pocos discreparían con el punto, "Una menor de 14 años de edad por desarrollada que sea, no puede aparentar más de 20 años". No está claro por qué el Fiscal escogió esta última edad para su premisa, pero se equivocó de tema porque la cuestión a la cual el Tribunal Supremo debe haber dirigido su atención es si aquella menor pudiera haber aparentado más de dieciséis años y es cierto que tal pregunta hubiera recibido una respuesta afirmativa. Como esta observación se relaciona tan estrechamente con el comentario del actual Vocal Supremo Torres Malpica, debemos prestarle nuestra esmerada atención. Es poco probable que el Fiscal escogiese los veinte años a la ventura y su propio resumen de lo decidido por el Tribunal Correccional no sugiere que esa edad figurara en sus conclusiones de hecho. La deducción del Fiscal es entendible sólo en base de una interpretación de su observación en el sentido de que la creencia del acusado acerca de la edad de la agraviada no revestía importancia, desde el punto de vista del dolo, porque dadas las provisiones del Artículo 201 del Código Penal y el dolo eventual atribuible en tal caso al acusado en virtud de ese Artículo, su errónea apreciación no salvará su responsabilidad. Esta interpretación cobra fuerza de la curiosa observación que el Fiscal se sintió obligado a agregar: "Si el violador repara en la edad de su víctima para graduar su responsabilidad, ésta sería mayor porque a sabiendas y bajo cálculos fríos realizaba el hecho punible". Requiere poca reflexión para percibir que lo que el Fiscal ahí advierte no es lógicamente posible: la edad de la víctima es un hecho inalterable para el comisor del hecho punible. El hombre cauteloso y honesto, como el chileno en el ejemplo propuesto por Jiménez de Asúa, (57) sí puede, legítimamente, salvar su responsabilidad, no mediante una realización del hecho punible sino evitándolo en absoluto, por esos mismos "cálcu-

(57) Ob. cit. supra nota I, pág. 461.

los fríos". No es posible jugar con el hecho para "graduar la responsabilidad". La interpretación ahí ofrecida es la única que salva la extraordinaria e inaceptable conclusión que tanto el Fiscal como la Corte Suprema misma se equivocaron sobre las características del tipo en cuanto a la edad de la víctima.

Hay dos puntos que considerar en virtud de la interpretación que hemos ofrecido. El primero atañe a las consecuencias de considerar irrelevante toda creencia referente a la edad del sujeto pasivo. A causa de su especial interés e importancia jurídica, proponemos reservar su consideración por el momento. El segundo punto es si, no obstante el error sobre la edad de la menor agraviada, Polo Rodríguez pudiera haber sido culpable alternativamente del delito tipificado y penado por el Artículo 201 del Código Penal. (58) De este problema, en distintas formas, se han ocupado los Tribunales argentinos, lo cual ha dado lugar a una jurisprudencia muy instructiva. (59) El punto en el presente caso es fácilmente despachado: al rechazar la defensa de error en este caso, la Corte Suprema declaró no haber nulidad en la condena fundada en el Artículo 199 del Código Penal. La cuestión de una condena alternativa no se presentó ante la consideración de la Corte. Empero aún en el caso hipotético planteado arriba, tal "transferencia" no hubiera sido posible por falta de tipicidad. El agente bien pudiera haber pensado que el sujeto pasivo tuviera más de dieciséis años, pero la realidad es que él sostenía relaciones con una menor de menos de los dieciséis años y el tipo representado por el Artículo 201 del Código Penal peruano pena cierta clase de relaciones con una agraviada de más de dieciséis años y menos de veintiún años. Es pertinente, llegada esta oportunidad, considerar la jurisprudencia de otros países que han tratado de este mismo problema jurídico. En un caso cubano comentado por Jiménez de Asúa, (60) el Tribunal Supremo falló en el sentido de que: "en el caso de autos, el recurrente sabía que el sujeto pasivo del delito perseguido, de violación, realizaba actos carnales voluntariamente con distintas personas y creyéndola además, según declara la sentencia 'por su aspecto físico, con más de doce años de edad', decidió tam-

(58) Este Artículo reza: "Será reprimido con prisión no mayor de dos años, el que sedujera y tuviese el acto carnal con una joven, de conducta irreproachable de más de dieciséis años y menos de veintiún años". Cabe señalar que el elemento subjetivo de este delito, tan distinto del de la violación presunta, implica, necesariamente, el engaño del sujeto pasivo.

(59) Los casos principales son: La Ley Tomo 35, pág. 350; J. A. 1951-IV, 13.387; La Ley Tomo 64 pág. 350; J.A. 1958-II, 362; J.A. 1961-I, 3342.

(60) Ob. cit. supra nota I., pág. 344.

bién ejecutar actos carnales con aquella, consignando a este respecto la Audiencia, 'que el procesado estimaba que realizaba un acto lícito' todo lo cual está demostrado de manera palmaria que el procesado no tuvo la intención dolosa de cohabitar con una menor que no había arribado aún a los doce años de edad puesto que actuó bajo la influencia del error que había recaído sobre las condiciones objetivas del delito de violación que afectan la parte perjudicada, ya que el comisor, no sólo ignoraba de manera absoluta la edad de la menor, sino que creía de buena fe y con fundamentos para ello, muy sólidos por cierto, que se trataba de una mujer mayor de doce años de edad". En el caso de un error genuino y de buena fe acerca de la edad del sujeto pasivo, el actor no tiene conciencia de realizar un acto ilícito: se cree en el derecho de hacer lo que la ley le permite. Aceptando como válida esa pretensión, sólo se le puede castigar en base de una responsabilidad netamente objetiva que pasa por encima de todas las consideraciones subjetivas del caso: este es el punto que hemos reservado para una consideración posterior. Sólo debemos observar con Antón (61) que "es la voluntad antijurídica, externamente realizada, lo que se castiga, y donde se castiga sin voluntad antijurídica, habemos de ver un residuo de responsabilidad objetiva". Cabe recalcar que el Código peruano requiere conciencia y voluntad (62) para el castigo de delitos intencionales, (63) como son los de la violación. Una sentencia argentina sobre este punto tiene sumo valor comparativo. En esta sentencia (64) se dijo, "pero, he aquí otro aspecto inherente a la tipicidad que habría de enfrentarse con igual decisión: la víctima no contaba con doce años de edad, mientras que la figura del estrupo los requiere como mínimo". Mas allá continúa el mismo Magistrado, (65) "si es verdad que la conducta del procesado resta e impresiona en apariencia dolosa en alto grado no lo es menos que por vía analógica es imposible encasillarla en aquel precepto positivo". El Tribunal Correccional en el caso de Polo Rodríguez decidió que él: "pudo creer que la menor agraviada tenía más de catorce años". Si el Tribunal Correccional hubiera decidido en seguida que, concretamente,

(61) Citado por Jiménez de Asúa, ob. cit. supra nota I, pág. 416.

(62) El gran maestro sanmarquino Manuel G. Abastos, en sus notas de Derecho Penal, 2do. Curso, pág. 84, señala que: "En cuanto a la voluntad criminal, ésta se halla representada por el conocimiento que el delincuente tiene de la menor edad de la víctima y de la ilicitud y monstruosidad de su acto".

(63) Artículo 81 del Código Penal.

(64) J.A. 1961-I, Núm. 3342, pág. 520.

(65) Dr. Misael Hernández Blanco, pág. 521.

esa creencia fuera que la menor agraviada tuviera más de los dieciséis años pero menos de veintiún años, el resultado hubiera sido, en términos de otro fallo argentino, (66) "un error factis esencial en cuanto a la figura típica", o en nuestra preferida terminología, un error de tipo. Otro Magistrado argentino en la sentencia anteriormente referida observa certeramente, (67) "de ahí que, aunque repugne a la moral, o a nuestros sentimientos, al no estar tipificado como estrupo (por falta del requisito de edad de la víctima, como bien lo destaca el Vocal preopinante) el hecho cometido por el reo (eliminado como "violación"), no encuadra en aquel "estanco" respresivo". La protección de la honestidad femenina en el Derecho Peruano se extiende hasta los veintiún años, y al postular conducta irreprochable en la menor agraviada, debe preguntarse si el que hace una errónea apreciación de la edad de la víctima en tal caso se hace acreedor de la pena correspondiente al delito de seducción. Hemos ya dicho que no comete ese delito y como dice el Magistrado argentino últimamente citado "aunque repugne a la moral, o a nuestros sentimientos", es el hecho que por falta de un elemento determinado del tipo no es posible sancionar la conducta del actor en estos casos. Sólo cabe añadir que la ley penal no reprime el elemento intelectual en si sino ese elemento en estrecha e inquebrantable asociación con la conducta típica. (68) Puede descartarse, entonces, en cuanto al Derecho Penal peruano la posibilidad de que a título de una errónea apreciación de la edad del sujeto pasivo de modo que si el actor pensara que la víctima tuviera más de dieciséis años pero menos de veintiún años tal actor se haría acreedor de responsabilidad por el delito menor, o sea por el delito de seducción en lugar del delito de violación. Pero ha de advertirse otra peculiaridad de la figura peruana insinuada antes. Es necesario considerar no solamente la protección del honor y libertad sexuales femeninos sino, por razones de tipicidad, es preciso pensar en el efecto de semejante error de edad en casos de que sea varón el sujeto pasivo de este delito. La sodomía ya no es penada por el régimen peruano sino en virtud del Artículo 199º del Código Penal y el Artículo 3º del Decreto-Ley 17388. La observación del Fiscal Supremo referente a la edad de veinte años correspondiente al agraviado de esta clase de deli-

(66) La Ley Tomo 35, pág. 398.

(67) Fallo citado nota 64 supra, Dr. Juan A. Solari Brumana, pág. 521.

(68) Véase, "Toward a rational doctrine of criminal responsibility", H.H.A. Cooper, *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, Vol. 59, Núm. 3, pág. 345.

tos carece de sentido al pensar en un varón como víctima de dicho acto porque no hay delito en absoluto en este caso si el sujeto pasivo tuviera más de los dieciséis años. Con relación a un solo tipo no puede haber una norma sobre el efecto de error referente al sexo varonil y otra totalmente distinta por el sexo femenino. El problema de error sobre la edad de la víctima no puede resolverse en estos casos sino en base del postulado de una creencia genuina y de buena fé, no en el sentido de que el sujeto pasivo tuviese más de veinte años sino mas bien de haber tenido más de dieciséis años, creencia mucho más factible y de común experiencia. (69) Considerando en estos términos, la observación del Fiscal Supremo aquí criticada si no es errada en materia del Derecho aplicable, parece un sofisma que elude la cuestión por decidirse, la que es si el actor creía genuinamente y de buena fe que la menor víctima tuviese más de dieciséis años.

Ahora debemos encarar las consecuencias de considerar irrelevante el error acerca de la edad de la víctima. Primero, por la toma de esa posición se convierten los hechos incriminados en un delito de responsabilidad absoluta en todo lo referente a esta característica de la figura típica. En otras palabras, existe una prohibición absoluta de tener relaciones de la clase indicada con un menor de dieciséis años y la infracción de esa disposición sería reprimida en todo caso indiferente al elemento intelectual con que obrara el transgresor. En cuanto a este elemento del tipo, referente a la edad del sujeto pasivo, existiría una especie de responsabilidad absoluta de idéntica naturaleza con la que ha sido legislada, expresamente, en Italia, (70) disposición que provocó a Jiménez de Asúa a comentar (71) que, "Es una disposición absurda que deroga el principio de que el error destruye el dolo, y si es invencible, también la culpa. Por ende, se trata, en efecto, de un caso en que se exige responsabilidad sin culpabilidad". En la ausencia de una disposición taxativa en tal sentido en el orden jurídico peruano, la introducción de un principio tan contradictorio al espíritu del Código no es posible judicialmente y es de presumirse que el fallo comentado no tiene ese efecto. Una fuente impensada de referencia nos puede iluminar un poco este aspecto del problema. Con bastante razón dice Jiménez de Asúa (72) que, "el tradicionalismo del Derecho in-

(69) Véase, Myers, ob. cit. supra nota 13, pág. 125, nota 128.

(70) El mencionado Artículo 539 del Código Penal Italiano. Véase, "I Codici Penali", Giuffrè, Milano, (1964), pág. 555 y la Jurisprudencia citada.

(71) Ob. cit. supra nota I, pág. 263. Compárese Peco, ob. cit. supra nota 14, pág. 46.

(72) Ob. cit. supra nota I, pág. 401.

glés tiene estancada su elementalísima dogmática en estratos superados por el Derecho europeo e iberoamericano..." Y luego, tratándose, precisamente de esta controvertida cuestión del error, (73) "Como ese Derecho es tan confuso y, por venir de muy distintas épocas, contradictorio, hallamos poca armonía en algunas de las exposiciones de los aludidos autores". Ha de observarse que por familiarizado que estuviese el jurista extranjero con obras de los publicistas ingleses y norteamericanos, no sería posible captar el verdadero sentido de esa curiosidad, el "Common Law", sin aventurarse en la ciénaga que es la jurisprudencia inglesa, (74) desierto de almas perdidas en que sólo un abogado inglés podría sentirse cómodamente "en casa". Por esta razón, seguramente, el conocido caso inglés de Regina contra Prince (75) ha escapado a la atención de comentaristas de habla española tratándose de la materia del error. El punto decidido en ese caso es, precisamente, el que nos ocupa aquí y la importancia del caso es tal que el principio que la decisión dejó establecida ha influido desproporcionadamente en la formación de actitudes norteamericanas hacia la materia. Prince fue acusado del delito de raptó (abduction) tipificado y penado por la Section 55 de la "Offences against the person Act." 1861, por haber inducido a una menor de dieciséis años a cohabitar con él, así abandonando el hogar y control de sus padres. Prince tenía la creencia genuina y de buena fé —y el Jurado lo aceptó como hecho— de que la menor tenía dieciocho años de edad. Si la menor hubiera tenido en realidad los dieciocho años, Prince no habría cometido delito alguno de conformidad con la ley inglesa entonces vigente. No existía en aquella época ningún Tribunal de Apelaciones en lo Penal, pero el caso fue elevado en consulta a la "Court of Crown Cases Reserved", cuya opinión fue considerada, sin embargo, como un precedente de la más alta autoridad. El Tribunal, a la inglesa, discutía y planteaba, *obiter*, muchos casos análogos al hacer, lo que era, efectivamente, la elaboración de una política penal en el ejercicio de sus atribuciones interpretativas, respecto a la legislación materia de la apelación. Las más interesantes y persuasivas eran las observaciones de Mr. Justice Blackburn. El se puso a considerar la posición de un error similar sobre la edad del sujeto pasivo en el ca-

(73) Ob. cit. supra nota I, pág. 432.

(74) Véase "Diez ensayos sobre el Common Law", H.H.A. Cooper, Edit. Universo, Lima (1967),, págs. 31/46.

(75) (1875) L. R. C.C.R. 154.

so de dos artículos diferentes de la misma ley o sea la Section 50 y Section 51. El primer artículo penó como "felony" (76) el que tuviera acceso carnal con una menor de diez años mientras que el segundo reprimió como "misdemeanour", (77) con pena y accesorias mucho menores, el que tuviera relaciones con una menor de diez a doce años de edad. Postulando la aceptación como defensa válida de una errónea creencia respecto a la edad del sujeto pasivo en caso de estos delitos, Blackburn dijo: (78) "Resultaría monstruoso que un hombre que tuvo acceso carnal con una menor que tenía en realidad apenas diez años de edad pero a quien el actor tuvo fundamentos razonables para creerla con un poco más de diez años de edad, escaparía a toda pena. Interpretando la ley de esa manera, no podría condenársele por "felony", porque no tuvo conocimiento de que la menor tenía menos de diez años. Tampoco se le podría condenar por la "misdemeanour" porque, en realidad, la menor no tenía más de diez años". Esta es precisamente la situación considerada y resuelta por el Tribunal argentino, cuya solución jurídica acabamos de aplaudir. Desde el punto de vista de la lógica jurídica, la solución inglesa, que quedó como precedente, (79) es menos encomiadora y ante esas posibilidades "repugnantes", el Tribunal inglés rechazó la defensa como eximente y estableció que la creencia acerca de la edad era legalmente irrelevante, convirtiendo así el acto en un delito de responsabilidad absoluta en cuanto a la edad de la víctima. (80) Caben dos observaciones acerca de este proceder. La amplitud del papel interpretativo del juez inglés justifica, plenamente, el agregado de este elemento de responsabilidad objetiva al delito-tipo legislado. La falta de semejantes atribuciones en un Tribunal peruano rendiría tal actividad interpretativa inadmisibles. En segundo lugar, la ausencia de un límite inferior rígido de la pena permite a los Tribunales ingleses individualizar el castigo para así dar una atenuación ilimitada que sólo es posible en el ordenamiento jurídico peruano en virtud de la plena operancia del Artículo 87º del Código Penal. Para Inglaterra, el problema se solucionó, legislativamente-

(76) "El Derecho Penal en Inglaterra", H.H.A. Cooper, Revista de Ciencias Penales, Chile, en abril 1967, Nº 1, Tomo XXVI, págs. 29/30.

(77) Ibid.

(78) (1875) L.R. C.C.R. 171.

(79) De manera que todos los Tribunales inferiores fueren obligados a seguir el principio así establecido por la rigidez de esta regla procesal: Véase, Myers ob. cit. supra nota 13, passim.

(80) Véase, "The guilty mind in Criminal Law", J.C. Smith, Law Quarterly Review, 76, pág. 93. Véase, también, "A history of the Criminal Law of England", Sir James Fitzjames Stephen, Macmillan, (1882), T. II, pág. 117.

te, en parte unos años después (81) y la ley actual (82) dispone que la creencia de que la agraviada es mayor de dieciséis años sólo es una defensa válida en el caso de un hombre menor de veinticuatro años de edad en la primera vez que es acusado de este delito. El efecto de esta decisión judicial inglesa ha sido más complejo y duradero en los Estados Unidos de Norteamérica. (83) Por casi todos los Estados, ha sido adoptada la norma invariable, de que una errónea apreciación de los hechos referentes a la edad del sujeto pasivo aún inducida por la misma víctima, y por razonable y genuina que fuese, no exime al actor equivocado, aunque como cosa práctica puede servir para atenuar su responsabilidad. Estas son las inevitables consecuencias de una estricta construcción que excluye la conciencia y voluntad sobre esta característica tan fundamental del tipo.

El Fiscal Villegas, en el caso de Polo Rodríguez, tras hacer su observación acerca de la creencia sobre la edad en el asunto de autos concluyó, "y el error de apreciación a que se refiere el Código es sobre el carácter delictuoso de un acto". Antes de examinar esta proposición, debemos advertir que el distinguido Vocal Supremo Torres Malpica también dice. "Además debe ser sobre el carácter delictuoso de un acto" y agrega lo que no se encuentra en el fallo comentado, "y no sobre las circunstancias calificativas del mismo". Es en base de este aserto que Torres Malpica se ve obligado a rechazar la defensa de la defensa del que "creía que la agraviada era mayor de edad". Debemos señalar que las palabras "carácter delictuoso" son del mismo Artículo 87º, pero su contexto merece cuidadosa atención. La primera sección de este Artículo consta, efectivamente, de dos partes de carácter muy distinto. Se dispone que el Juez podrá disminuir la pena hasta límites inferiores al *minimum legal*:

- (1) En los casos de infracciones cometidas por una errónea apreciación de los hechos no provenientes de negligencia; o
- (2) Por ignorancia o error no culpables sobre el carácter delictuoso de un acto que el agente hubiera considerado lícito.

(81) Por la Criminal Law Amendment Act, 1885.

(82) Por la Criminal Law Amendment Act, 1922, y Sexual Offences, Act, 1956. Véase, "Halsbury's Laws of England", tercera ed., Tomo 10, pág. 751: No faltan quienes han querido suprimir esta defensa: Véase, "Sex offenses: The British Experience" J. E. Hall Williams, Law and Contemporary Problems, Vol. 25 (1960), pág. 336.

(83) Véase Myers ob. cit. supra nota 13 *passim*. Véase, también, "The mental attitude requirement in Criminal Law and some exceptions", James B. Haddal, Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science, Vol. 59 Nº I, (1968), págs. 12/13.

La primera disposición se refiere al llamado "error de hecho" o error facti mientras que la segunda, con su referencia al "carácter delictuoso" del acto es, claramente, "error de derecho". Así, como dice Jiménez de Asúa, se ve las dos clases o categorías de error comprendidas en una sola disposición. Sólo la primera parte es aplicable al caso del que obre creyendo que la menor tuviera más de dieciséis años y así es que en nuestra preferida terminología el error es de tipo y no de prohibición. Sin embargo, como demuestra Jiménez de Asúa, (84) "En última instancia, si llevamos tan lejos el concepto de lo prohibido y de lo que se cree no estarlo, todos los errores serían de prohibición. Quien cree que la muchacha con quien yace es mayor de quince años, está ejercitando un acto que supone *no* prohibido, por ende también ese error de hecho sobre la edad de la víctima, sería un error de prohibición". La verdadera distinción entre estos conceptos es diestramente iluminada por Hans Welzel: (85) "quien se apodera de una cosa de otro que erróneamente considera que es suya, se encuentra en error de tipo (no sabe que sustrae una cosa *ajena*). Pero el que cree tener derecho a tomarse la justicia por su mano y se apodera de una cosa ajena (por ejemplo, como acreedor frente al deudor insolvente) se halla en error sobre la antijuricidad de su hacer". El que por errónea apreciación de los hechos no provenientes de negligencia (para ajustarnos a las mismas palabras del Código peruano) cree hacer sufrir el acto sexual a una persona mayor de dieciséis años cuando no lo es, se encuentra en error de tipo: no sabe que está en relaciones ilícitas con un menor de dieciséis años. El que obre por ignorancia o error no culpables sobre "el carácter delictuoso" de su relación sexual con un menor de dieciséis años que el agente hubiera considerado lícito, se halla en error de prohibición, es decir error sobre la antijuricidad de su proceder: este es el caso reconocido por el Derecho peruano de *servinacuy* o estado prematrimonial de relaciones sexuales. (86) Errores sobre "circunstancias calificativas del acto" caerían, también, bajo la misma especie de "error de prohibición" y no pertenecen a la primera disposición referente, exclusivamente, a los errores de tipo. Convirtiéndolo nuestras contenciones en otra terminología podemos citar al profesor chileno Labatut: (87) "En realidad, el dualis-

(84) Ob. cit. supra nota I, pág. 551.

(85) Citado por Jiménez de Asúa, ob. cit. supra nota I, pág. 549.

(86) Véase, Revista de Jurisprudencia Peruana Tomo VIII, 1950, pág. 1292.

(87) Ob. cit. supra nota 29, pág. 175.

mo tradicional no tiene razón de ser: ambos tipos de error excluyen el dolo, por cuanto en uno y otro caso el agente obra de buena fé, convencido de que no ejecuta una acción antijurídica, de que no obra contra la ley", agregando, lo que compartimos, que "la duda y la incertidumbre no se identifican con el error". El artículo 87º del Código Penal peruano atenúa la pena tanto en el caso de error de tipo como en el caso de error de prohibición, de modo que cualquiera que fuese la clasificación del error sobre la edad del sujeto pasivo, si el agente cree de buena fe, que la víctima es mayor de los dieciséis años y si tal creencia es razonable según lo probado en autos, (88) el Artículo debe ser aplicado en su favor.

Sobre todo como dice Jiménez de Asúa, (89) "la doctrina del error descansa, toda ella en la imposibilidad de construir el elemento intelectual de la culpabilidad". Postula, doctrinariamente, que (90) "vemos imposible que el hombre que ignore o conozca imperfectamente las circunstancias fácticas, o su significación, ponga en juego las motivaciones de su voluntad en adecuación al fin, que es lo que fundamenta el reproche en que la culpabilidad consiste, o mejor dicho, que las motivaciones correspondan al resultado final que sobreviene". Dos observaciones de Reinhart Maurach encuadran, perfectamente, nuestro propio pensamiento acerca de este problema en el Derecho Peruano. Dice el jurista alemán: (91) "La esencia de la culpabilidad estriba en la insuficiente aplicación, por el autor, de los medios de que disponía para resistir la inclinación delictiva o, con expresión positiva, en el abuso de su capacidad de resistencia o de conocimiento". El que delinca por error esencial e invencible (92) no dispone de los medios para evitar estas consecuencias que hemos estado estudiando o los medios de que disponga son inadecuados en sí. Observa el mismo Maurach: (93) "El contenido de la culpabilidad está constituido por la abierta

(88) Con razón advierte Fontán Balestra: "claro está que es necesario contemplar estas situaciones con suma precaución, debiendo ser excepcional, la aplicación del principio y sólo para aquellos casos en que las circunstancias que rodean el acto, y las condiciones de la víctima, hacen lógicamente presumir que el autor tuviera la convicción de haber llegado al acceso carnal con persona mayor de doce años", ob. cit. supra nota 31, pág. 70. En el mismo sentido se declara Peña Cabrera.

(89) Ob. cit. supra nota I, pág. 330.

(90) Ibid.

(91) "Tratado de Derecho Penal", ediciones Ariel. Barcelona (1962), T. II, pág. 145.

(92) Los mismos términos del Artículo 87º del Código Penal precluyen la atenuación de la pena en caso de errores provenientes de la negligencia o sea por referencia a la previsibilidad.

(93) Ob. cit. supra nota 94, pág. 145.

rebelión contra la norma o por la reprochable indiferencia frente a las exigencias del Derecho, según que el sujeto actúa con actual, o potencial, desconocimiento del injusto". El régimen jurídico presupone una disposición hacia lo justo: una voluntad de obediencia. (94) Por esta razón en esta materia hemos de insistir en la debida distinción entre error e ignorancia. Esa "reprochable indiferencia" constituye la culpabilidad cuando el comisor del delito tipificado en el Artículo 199 del Código Penal obre sin reparar en la edad del sujeto pasivo. No debemos considerar que exista en cuanto a estos delitos lo que se ha caracterizado como un estado de "deshonestidad moral (moral turpitude)" (95) de modo que, con criterio exclusivamente objetivo, el agente obre "a su riesgo". (96) Sin embargo, deberíamos reconocer que el orden jurídico-social impone la obligación de "resistir la inclinación delictiva" mediante una diligente aplicación de los medios disponibles para así acatar las exigencias positivas. Hemos propuesto el criterio de normalidad para distinguir entre el caso del error sobre los distintos tipos comprendidos en el Artículo 199º del Código Penal y los comprendidos en la primera parte del Artículo 3º del Decreto-Ley 17388. Dentro de la pauta señalada, nos parece que exista amplio margen para la aplicación exacta y justa de lo legislado en el Artículo 87º del Código Penal en una forma que armoniza con los preceptos generales de la teoría de la culpabilidad en el Derecho Peruano.

(94) Véase, "La no exigibilidad de otra conducta en el Derecho Penal Peruano". H.H.A. Cooper, Pacific Press, Lima (1970), pág. 80.

(95) Myers ob. cit. supra nota 13, págs. 115/119.

(96) Véase Smith ob. cit. supra nota 80, pág. 92.