

UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS

TITULO : LA INCONSISTENCIA DE LA ALEGACIÓN DEL ERROR DE TIPO EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL.

PARA OPTAR : EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR : HERNAN ALEJANDRO MAGNO CAPARACHIN

ASESOR : Dr. ISAAC WILMER MONTERO YARANGA

LÍNEA DE INV. INSTITUCIONAL : DESARROLLO HUMANO Y DERECHOS

FECHA DE INICIO Y CULMINACIÓN : AGOSTO 2020 – AGOSTO 2021

HUANCAYO – PERU

2022

ASESOR:

DR. ISAAC WILMER MONTERO YARANGA.

DEDICATORIA:

A Dios, San Pedro, mis padres y hermanos por su amor incondicional y por todo el afecto que me brindan para salir adelante como profesional.

AGRADECIMIENTO

Expreso mi agradecimiento al asesor de esta tesis, por la dedicación y apoyo al presente trabajo, por el respeto a las sugerencias e ideas, por la dirección y el rigor que ha tenido conmigo. También, agradezco a mi asesor metodológico, Dr. Gian Carlos Mantari.

Agradezco, a mi alma mater Universidad Peruana los Andes, y cada uno de mis catedráticos, que me brindaron todo su tiempo y sus enseñanzas.

CONSTANCIA

TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN POR EL SOFTWARE DE PREVENCIÓN DE PLAGIO
TURNITIN

El Director de la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, hace constar por la presente, que el informe final de tesis titulado:

“LA INCONSISTENCIA DE LA ALEGACIÓN DEL ERROR DE TIPO EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL.”

AUTOR (es) : HERNAN ALEJANDRO MAGNO CAPARACHIN
ESCUELA PROFESIONAL : DERECHO
FACULTAD : DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ASESOR (A) : Dr. ISAAC WILMER MONTERO YARANGA.

Que fue presentado con fecha: 21/02/2022 y después de realizado el análisis correspondiente en el software de prevención de plagio Turnitin con fecha: 21/02/2022; con la siguiente configuración del Software de prevención de plagio Turnitin:

- Excluye bibliografía.
- Excluye citas.
- Excluye cadenas menores a 20 palabras
- Otro criterio (especificar)

Dicho documento presenta un porcentaje de similitud de **23 %**

En tal sentido, de acuerdo a los criterios de porcentajes establecido en el artículo N° 11 del Reglamento de uso de software de prevención del plagio, el cual indica que no se debe superar el 30%. Se declara que el trabajo de investigación: Si contiene un porcentaje aceptable de similitud.

Se otorga la presente constancia a solicitud del interesado, para los fines convenientes.

Huancayo, 03 de marzo del 2023.



Dr. Antonio Oscuvilca Tapia
DIRECTOR DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN
DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CC.PP.

CONTENIDO

DEDICATORIA:	iii
AGRADECIMIENTO.....	iv
CONTENIDO	v
RESUMEN.....	ix
ABSTRACT	x
INTRODUCCIÓN	xi
CAPÍTULO I.....	14
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	14
1.1. Descripción del problema.....	14
1.2. Delimitación del problema	19
1.2.1. Delimitación espacial.....	19
1.2.2. Delimitación temporal	19
1.2.3. Delimitación conceptual.	19
1.2.4. Delimitación social	20
1.3. Formulación del problema	20
1.3.1. Problema general	20
1.3.2. Problemas específicos.....	20
1.4. Justificación de la investigación.....	20
1.4.1. Social.....	20
1.4.2. Científica – teórica.....	21

1.4.3. Metodológica	21
1.5. Objetivos	21
1.5.1. Objetivo General	21
1.5.2. Objetivos Específicos.....	21
CAPÍTULO II	23
MARCO TEÓRICO.....	23
2.1. Antecedentes de la investigación	23
2.2. Bases teóricas	34
2.2.1. Delito de violación sexual.....	34
2.2.2. Error de tipo	37
2.2.3. Evolución de la teoría del error.....	41
2.2.4. La teoría de la culpabilidad en particular.....	43
2.2.5. Contradicciones de la teoría de la culpabilidad. Delimitación entre error de Tipo y error de prohibición.....	47
2.2.6. Discusión sobre la distinción entre error de tipo al revés y error de prohibición al revés	50
2.3. Marco conceptual	58
CAPÍTULO III.....	60
HIPÓTESIS.....	60
3.1. Hipótesis.....	60
3.1.1. Hipótesis General.....	60
3.1.2. Hipótesis Específicas:	61

3.2. Variables.....	61
CAPÍTULO IV	63
METODOLOGÍA	63
4.1. Método de investigación	63
4.2. Tipo de investigación	65
4.3. Nivel de investigación.....	65
4.4. Diseño de investigación	65
4.5. Población y muestra	66
4.5.1. Población.....	66
4.5.2. Muestra	66
4.6. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	66
4.6.1. Técnicas de recolección de datos	66
4.6.2. Instrumentos de recolección de datos	67
4.7. Técnicas de procesamiento y análisis de datos	68
4.8. Aspectos éticos.....	68
CAPÍTULO V	70
RESULTADOS.....	70
5.1. Presentación de resultados	70
5.2. Contratación de hipótesis.....	86
5.2.1. Contratación de la hipótesis general.....	86
5.2.2. Contratación de primera hipótesis específica.....	87

5.2.3. Contrastación de segunda hipótesis específica	88
5.3. Discusión de resultados.....	89
CONCLUSIONES	95
RECOMENDACIONES	96
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	97
ANEXOS.....	99

RESUMEN

El tema de investigación aborda básicamente el estudio el error de tipo penal que se refiere a los elementos que forman parte del tipo penal, que pueden ser fácticos, subjetivos y valorativos, todo esto se encuentra a nivel de la tipicidad. Dicha teoría se evalúa en la presente en cuanto a su modo de aplicación en los delitos de violación sexual a menores de edad. El problema general de la presente es: ¿cómo influye la inconsistencia de la alegación del error de tipo formulada por el imputado para la calificación del tipo penal de violación sexual?, siendo su objetivo general: determinar cómo influye la inconsistencia de la alegación del error de tipo formulada por el imputado para la calificación del tipo penal de violación sexual. La hipótesis general planteada fue que: la inconsistencia de la alegación del error de tipo formulada por el imputado influye para la calificación del tipo penal de violación sexual. Los métodos generales que se utilizaron fueron el método inductivo-deductivo, siendo su tipo de investigación la de carácter jurídico social, el nivel de investigación es de tipo explicativo, de diseño de investigación no experimental y de carácter transversal. Como conclusión de la presente investigación se ha mencionado lo siguiente: se ha determinado que la inconsistencia de la alegación del error de tipo formulada por el imputado influye para la calificación del tipo penal de violación sexual. La evaluación del error de tipo en nuestra jurisprudencia local aún está desarrollando sus directrices como figura jurídica, se evidencia la falta de experiencia en la aplicación de la figura jurídica del error por parte de los juzgadores en razón que no les permite discriminar cuándo la existencia es real o falsa.

PALABRAS CLAVES: Error de tipo, Delito de violación sexual, Error de tipo vencible, Error de tipo invencible.

ABSTRACT

The research topic basically addresses the study of the criminal type error that refers to the elements that are part of the criminal type, which can be factual, subjective and evaluative, all this is at the level of typicity. Said theory is evaluated herein in terms of its application in crimes of rape of minors. The general problem of the present one is: how does the inconsistency of the allegation of the type error formulated by the accused influence for the qualification of the criminal type of rape?, Being its general objective: to determine how The inconsistency of the allegation of type error formulated by the accused for the qualification of the criminal type of sexual violation, influences. The general hypothesis raised was that: the inconsistency of the allegation of type error formulated by the accused has a direct and significant influence on the qualification of the criminal type of rape. The general methods used were the inductive-deductive method, being its type of investigation that of a social legal nature, the research level is explanatory, non-experimental research design and cross-sectional in nature. As a conclusion of the present investigation, the following has been mentioned: it has been determined that the inconsistency of the allegation of the type error formulated by the accused has a direct and significant influence on the qualification of the criminal type of rape. The evaluation of the type error in our local jurisprudence is still developing its guidelines as a legal figure, the lack of experience in the application of the legal figure of the error by the judges is evidenced because it does not allow them to discriminate when existence is real or false.

KEY WORDS: Type error, Rape crime, Beatable type error, Invincible type error.

INTRODUCCIÓN

El título de la investigación es el siguiente: “La inconsistencia de la alegación del error de tipo en los delitos contra la libertad sexual”, siendo el propósito: investigar si existe inconsistencia en los alegatos formulados por la defensa técnica en relación al error de tipo en los delitos contra la libertad sexual. Asimismo, como problema general se ha establecido el siguiente: ¿cómo influye la inconsistencia de la alegación del error de tipo formulada por el imputado para la calificación del tipo penal de violación sexual?, siendo su objetivo general: determinar cómo influye la inconsistencia de la alegación del error de tipo formulada por el imputado para la calificación del tipo penal de violación sexual. La hipótesis general planteada fue que: la inconsistencia de la alegación del error de tipo formulada por el imputado influye para la calificación del tipo penal de violación sexual.

Debe señalarse que “el error consiste en la falsa representación de la realidad, determinada por la ignorancia, es decir, por no haber tenido la parte de conocimiento de todas las circunstancias que influyen en el acto concertado, o por la equivocación, es decir, por no haber valorado exactamente la influencia de tales circunstancias” (Prado, 2020, p. 99).

Cabe aquí, distinguir “entre el error y la ignorancia, en el primero se da un conocimiento acerca de un punto en particular, pero, éste no va acorde con la realidad o verdad de las cosas, mientras que el segundo, se trata de una falta de conocimiento total, esto puede deberse a la falta de instrucción, capacitación, descuido o una simple negligencia. La ignorancia consiste, en suma, en una falta completa de conocimiento” (Roxín, 2019, p. 33), mientras que el error es un conocimiento incompleto o un conocimiento falso.

El error de tipo surge cuando se desconoce alguno de los elementos que constituyen el tipo objetivo. “Tal como señala el art.14 o del Código Penal, ocurre error sobre el tipo cuando en la comisión del hecho se desconoce: un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrava la pena. Con el término elemento, se alude a los que conforman la

tipicidad objetiva del tipo legal (elementos referentes a: el autor, la acción, el bien jurídico, aspectos descriptivos y normativos, causalidad)” (Sánchez, 2019, p. 133).

Los métodos generales que se utilizaron fueron el método inductivo-deductivo, enfoque cualitativo, siendo su tipo de investigación de carácter jurídico social, el nivel de investigación es de tipo explicativo, diseño de investigación no experimental y de carácter transversal.

Asimismo, la **presente tesis se encuentra dividida en cuatro capítulos**, siendo su estructura la siguiente:

“En el primer capítulo denominado Planteamiento del problema, se desarrolla la descripción de la realidad problemática, formulación del problema, justificación de la investigación y la delimitación de la investigación. Ha sido fundamental poder explicar por qué el tema de investigación seleccionado constituye una problemática que viene aconteciendo en las investigaciones que realiza el Ministerio Público”.

“En el segundo capítulo denominado Marco teórico de la investigación, se desarrollan ítems como: antecedentes de la investigación, marco histórico, bases teóricas de la investigación, marco conceptual y marco legal”.

“En el tercer capítulo denominado Metodología de la investigación, se desarrollan aspectos como: métodos de investigación, tipos y niveles, población y muestra, diseño de investigación, técnicas de investigación e instrumento, y técnicas de procesamiento y análisis de datos”.

“En el cuarto capítulo denominado Resultados de la investigación, se consideran los siguientes ítems: presentación de resultados y la discusión de resultados”.

Como resultado general de la investigación se ha hallado que, “los operadores del proceso (jueces, fiscales y vocales) no aplican en los procesos penales a su cargo los aspectos dogmáticos de la teoría del error en sus variantes de error de tipo, error de prohibición y error de comprensión culturalmente condicionado, en los casos por violación sexual de menor

cuando el agente actúa con desconocimiento o conocimiento equivocado del algún elemento del tipo objetivo o que su hecho estaba prohibido o que dada su cultura es normal tener prácticas sexuales a temprana edad. Asimismo, desprotegen derechos fundamentales y vulneran garantías procesales que consagra la Constitución Política en su artículo 139”.

Como conclusión general, se menciona que, se ha determinado que la inconsistencia de la alegación del error de tipo formulada por el imputado influye para la calificación del tipo penal de violación sexual. La evaluación del error de tipo en nuestra jurisprudencia local aún está desarrollando sus directrices como figura jurídica, se evidencia la falta de experiencia en la aplicación de la figura jurídica del error por parte de los juzgadores en razón que no les permite discriminar cuándo la existencia es real o falsa.

EL AUTOR

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Descripción del problema

Desde una perspectiva general se menciona que error es el desconocimiento o la falsa apreciación que se tiene de una situación en general, de tal forma, que en el campo del Derecho Penal, “viene a ser una discordancia entre la apreciación del agente con la realidad, es decir el sujeto activo desconoce de la presencia de algún elemento objetivo del tipo penal, generándose una divergencia entre lo que quiere hacer el sujeto y lo que realmente hace, descartándose, por ello, el dolo en relación al hecho objetivo que se desconoce” (Prado, 2020, p. 39).

El agente no comprende, “en el aspecto social y jurídico en el que se encuentra, el sentido material de su comportamiento, es decir ni se imagina que está delinquiriendo. El error puede ser sobre un hecho constitutivo de la infracción penal” (Bernaes, 2019, p. 83), esto es sobre un elemento esencial del “tipo básico”, pudiendo ser este error invencible en caso de que “el sujeto no habría podido evitarlo de ninguna manera, por lo que en estos casos no hay dolo ni imprudencia, excluyéndose, según nuestra legislación, la responsabilidad penal; del mismo modo el error puede ser vencible, en aquellos casos en el que el sujeto en ejercicio de un comportamiento diligente promedio, atendiendo a las circunstancias del hecho y las y las cualidades personales del autor podría haber

evitado el error” (Sánchez, 2019, p. 99), en estos caso se da la ausencia del dolo, pero si hay imprudencia, al proceder con un comportamiento negligente, infringiendo normas de cuidado que le eran exigibles.

En la práctica judicial, específicamente en los procesos que versan sobre violación sexual de menor de edad, es común que el imputado utilice como estrategia defensiva al error de tipo para excluir o atenuar su posible responsabilidad penal. El argumento que se suele utilizar es que el sujeto activo desconocía la edad de la persona agraviada, por lo que no cabría imputar el hecho como violación de menor de edad, sino como violación sexual en su modalidad básica o, de ser el caso, no habría de atribuirse delito alguno.

A modo de marco teórico, el error de tipo constituye una exclusión de la imputación subjetiva del hecho por el desconocimiento del agente sobre alguno de los elementos típicos del delito. En ese sentido, (Bramont-Arias. 2011) sostiene que “el error de tipo recae sobre un elemento objetivo del tipo, el sujeto piensa que está realizando un hecho lícito, pero objetivamente ha realizado un tipo penal” (p. 122).

Existen dos tipos de error de tipo (conforme lo regulado por el art. 14 del CP): error vencible, que propicia una atenuación razonable de la pena, y error invencible, que excluye completamente la responsabilidad.

Para graficar este concepto, se tiene, por ejemplo, el caso de un sujeto que acude a un club nocturno, se encuentra con una muchacha y, en la misma noche, realizan el acto sexual. Al culminar la cita, el sujeto, sorprendido, se entera de que la muchacha era menor de edad, a pesar de que ella aparentaba más edad. En este caso, el sujeto actuó con ausencia de dolo, es decir, “por un error que impide al autor conocer el peligro concreto de la realización del resultado” (Caro, 2010, p. 111). Por estas razones, el error de tipo constituye un error sobre el conocimiento de los hechos: un error fáctico.

Sin embargo, no basta con alegar este desconocimiento, sino que el juez debe valorar integralmente las circunstancias del caso: ha de analizar la prueba documental, las pericias (acta de entrevista en cámara Gesell y el certificado médico legal), los testimonios y las declaraciones de los implicados. Por ejemplo, en el R. N. N.º 600-2020 Lima se aprecia este escenario de la siguiente manera:

“Sexto. Se advierte y así, es alegado por el recurrente, que la agraviada, al brindar sus manifestaciones tanto a nivel preliminar (cámara Gesell, f. 34) como en juicio oral (Sesión de Audiencia N.º 3, del 22 de octubre del 2019, f. 310), señaló que en la fecha de los hechos le comunicó al sentenciado que contaba con dieciséis años de edad. Sin embargo, para establecer que efectivamente nos encontramos ante un desconocimiento del sujeto, capaz de configurar un error de tipo por parte del agente penal, no basta con que el sentenciado haya obtenido por parte de la menor una respuesta con una edad distinta a la que verdaderamente posee” (Fundamento Jurídico Nro. 10).

En conclusión, el error de tipo para casos de violación sexual requiere un análisis exhaustivo de las circunstancias en las que la persona agraviada y el agente se encontraban al momento de los hechos, de la situación de vulnerabilidad de ella y de las normas culturales del lugar. Además, el análisis que deberá realizar el juez se centrará en la diligencia del agente para evitar cometer el delito de violación. Una simple alegación sobre el desconocimiento de la edad de la menor no basta para atenuar o excluir la responsabilidad penal en aplicación del art. 14 del CP.

El error de tipo en nuestro ordenamiento jurídico está tipificado en el artículo 14 del CP. El cual establece la definición de lo que es error de tipo y error de prohibición. El artículo 14 del CP nos precisa en cuanto al error vencible y el error invencible, sin

embargo, el error de tipo lo identificamos como el desconocimiento o falso conocimiento de un elemento típico y la sanción posible a establecer al presentarse una de estas figuras dentro del cometido penal o el análisis jurídico del mismo. Además, que el error de tipo puede recaer sobre cualquier elemento descriptivo o normativo del tipo objetivo, se debe de tener en cuenta si el agente ha percibido equivocadamente un elemento típico.

Tal es el caso de configurarse el error de tipo vencible o invencible. En el primero se castiga el tipo penal a título de culpa, en el segundo, se excluye la responsabilidad. Pero debemos de reconocer la diferencia entre error de tipo y error de prohibición para no caer en semejanzas o posibles contradicciones en cuanto al tema de investigación.

El problema se presenta cuando se genera la inconsistencia de la alegación, el recurso de nulidad N° 3481-2012-Lima emitió una sentencia en la cual establece que “la proximidad de la menor a los 14 años de edad hace razonable la alegación del error de tipo”. Sentencia que puede generar mucha discusión posible en cuanto a la aplicación del error de tipo además de la relación que se mantiene con el delito de violación sexual de menor de edad.

La casación N° 4-2016-La Libertad demuestra que la aplicación del error de tipo invencible puede generarse a través de una publicación falsa en red social de la agraviada, sustentando que el procesado actuó en la creencia que la menor de edad contaba con más de catorce años de edad. Identificando que el error de tipo sugiere límites de interpretación y criterios posibles de aplicación del derecho penal como ultima ratio.

Asimismo, dentro del contexto vinculado a nuestra realidad, “muchas veces los fiscales por presión tanto mediática, por instituciones o familiares de los menores, acusan drásticamente en virtud a la edad de la víctima, además basado en el análisis documental

concuenda con los especialistas; ya que se observó que los jueces se versan en la edad de la presunta víctima, por tanto es imprescindible que si existiese una invocación a error este debe ser investigado meticulosamente debido a que el delito de violación sexual de menores entre 10 y 14 años, es un tema de cuidado y de prudencia” (Prado, 2020, p. 34).

En tal sentido, debe indicarse que, se ha podido observar cómo muchas veces ciertos abogados utilizan la figura del error de tipo, como mecanismo dogmático a fin de poder alegar que sus defendidos supuestamente incurrieron en un error de percepción a efectos de alegar que por este medio no se habría cometido el tipo penal de violación sexual, pero sin que exista un acervo probatorio adecuado, quedando esto sólo como alegaciones conceptuales sin mayor evidencia, lo que puede entenderse como una manifestación de la inconsistencia de la alegación del error de tipo.

Asimismo, puede indicarse que es en ese contexto que el tema referido “a las partidas de nacimiento y redes sociales coadyuvan a justificar el desconocimiento de la edad de las víctimas, ya que la primera se imposibilita determinar la edad de las menores produciendo una duda con la edad, mayormente este tipo de sucesos ocurren en los pueblos alejados de la ciudad” (Carrillo, 2019, p. 99). Asimismo, en la actualidad “las redes sociales es el medio que se encuentran al alcance de los menores edad entre 10 y 14 años, por ende, son quienes más la utilizan y muchas veces ingresan información falsa a fin de poder registrarse. Por lo tanto, estos medios pueden ser aprovechados a fin de eximir responsabilidad de los agresores” (Puente, 2020, p. 29).

Se puede plantear que “los abogados litigantes utilizan el error de tipo a fin de beneficiar a su defendido a sabiendas que no hubo un error, con el solo fin de eximirlo de responsabilidad, cabe mencionar que si bien es cierto puede existir un consentimiento por parte de la presunta víctima pero muchas veces esto es producto a una seducción por

parte del sujeto los cuales se benefician que las menores a pesar de no parecer una niña más de 14 años invocan el error por el solo hecho del registro de las redes sociales, ya que es un medio en el cual se facilitan los encuentros entre las víctimas” (García, 2018, p. 99).

Es por ello, que la investigación se centrara en la inconsistencia de la alegación del error de tipo, y como es que los operadores de justicia analizan casos relacionados al error de tipo para demostrar la influencia negativa o positiva de dicha figura jurídica penal. Y la forma en la que se deberá absolver casos relacionados a la inconsistencia en la alegación del error de tipo en los delitos de violación sexual.

1.2. Delimitación del problema

1.2.1. Delimitación espacial

La investigación se realizó, región Junín.

1.2.2. Delimitación temporal

La investigación se efectuó en periodo 2020, en la que se aplicó la Encuesta a la muestra de estudio.

1.2.3. Delimitación conceptual.

- Error de tipo vencible.
- Error de tipo invencible.
- Delito de violación sexual.
- Indemnidad sexual.
- Libertad sexual.
- Invalidez del consentimiento de los menores en el acto sexual.
- Consentimiento de la víctima.

- Error de comprensión.
- Peritaje psicológico.

1.2.4. Delimitación social

Para efectos de la investigación se ha considerado en relación a este ámbito haber considerado abogados litigantes especializados en Derecho Penal.

1.3. Formulación del problema

1.3.1. Problema general

¿Cómo influye la inconsistencia de la alegación del error de tipo formulada por el imputado para la calificación del tipo penal de violación sexual?

1.3.2. Problemas específicos

1. ¿Cómo influye la inconsistencia de la alegación del error de tipo vencible formulada por el imputado para la calificación del tipo penal de violación sexual?
2. ¿Cómo influye la inconsistencia de la alegación error de tipo invencible formulada por el imputado para la calificación del tipo penal de violación sexual?

1.4. Justificación de la investigación

1.4.1. Social

Respecto de su justificación, se puede señalar que la presente tesis es importante porque a través del estudio realizado se ha pretendido contribuir a las víctimas del delito de violación sexual a menores, a fin que puedan tener como argumento de defensa, que debe aplicarse correctamente a la teoría del error de tipo, como parte del derecho a la defensa, siempre que exista una adecuada motivación de cómo el error de tipo debe configurarse, habiéndose analizado que este aspecto es sustancial para establecer la pena a quién incurre en este tipo penal.

1.4.2. Científica – teórica

La presente investigación se justificó desde un aspecto teórico porque ha pretendido contribuir al debate doctrinal respecto cómo se aplica la teoría del error de tipo en los delitos de violación sexual. Ha servido para estudiar y verificar si los jueces al momento de emitir sentencia aplican adecuadamente la teoría del error en los delitos de violación sexual de menores de edad. La investigación permite incentivar a los operadores del proceso apliquen la teoría del error, proponer alternativas viables que permitan conocer la realidad socio-jurídica, y permitirá conocer aspectos de otras realidades jurídicas que en el futuro se puede sugerir incorporar al Código Penal Peruano.

1.4.3. Metodológica

La investigación propuso a nivel metodológico el diseño de un instrumento de investigación, denominado cuestionario, de acuerdo a los criterios metodológicos de las variables y dimensiones de estudio. Dicho instrumento de investigación sirve para que futuros investigadores respecto al tema de estudio propuesto puedan aplicarlo.

1.5. Objetivos

1.5.1. Objetivo General

Determinar cómo influye la inconsistencia de la alegación del error de tipo formulada por el imputado para la calificación del tipo penal de violación sexual.

1.5.2. Objetivos Específicos

1. Establecer cómo influye la inconsistencia de la alegación del error de tipo vencible formulada por el imputado para la calificación del tipo penal de violación sexual.

2. Establecer cómo influye la inconsistencia de la alegación error de tipo invencible formulada por el imputado para la calificación del tipo penal de violación sexual.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación

A nivel nacional se presentan los siguientes trabajos de investigación:

(Cuba, 2017) Con su tesis titulada: “Los criterios para la aplicación del error de tipo en los delitos de violación sexual de menor”. Sustentada en la Universidad Nacional de Trujillo, Perú, para optar el título profesional de Abogado. Planteó como objetivo: “Determinar los criterios usados por los jueces de juzgamiento de Trujillo para estimar o no la aplicación del error de tipo en el delito de violación sexual de menor de 10 a 14 años de edad, entre los años 2008 a 2016” (p. 44). Los métodos de investigación fueron: inductivo – deductivo, hermenéutico – jurídico, analítico – sintético y analítico - comparativo. Los instrumentos de investigación fueron: fichas de registro. Siendo las siguientes sus conclusiones:

“En el delito de violación sexual de menor de 14 años lo que se protege no es la libertad sexual sino más bien la indemnidad sexual, esto es, como lo refiere el Acuerdo Plenario N° 04-2008/CJ-116: La preservación de la

sexualidad de una persona menor de edad o incapaz, que no está en condiciones de decidir sobre una actividad sexual. Un sector de nuestra doctrina considera que ello no se ajusta con la realidad de nuestra sociedad, pues es sabido que estos menores inician sus actividades sexuales incluso por debajo de ese límite establecido por la ley, de tal forma que postulan por la reducción de la edad del consentimiento sexual, siguiendo a otro sector de la doctrina argentina que argumenta en ese mismo sentido. No solo nuestra realidad social es la única fuente que el legislador toma en cuenta al momento de emitir las leyes penales, pues existen otras que nos permiten sostener que la edad de 14 años es el límite apropiado para el consentimiento sexual. La psicología del desarrollo enseña que desde las edades de 10 a 14 generalmente el menor desarrolla cambios físicos en sus órganos sexuales primarios y secundarios. además de procesos psicológicos asimismo, en la mayoría de las legislaciones penales de Hispanoamérica, incluso en Europa, la edad del consentimiento sexual es partir de los 14 años en adelante máxime si el CP Español mediante LO1/2015 elevó la edad del consentimiento sexual de los 13 a los 16 años por haber sido considerado tanto por el Comité de los Derechos del Niño (2007) como por el Consejo de Europa sobre la protección de los niños y niñas contra el abuso sexual y explotación sexual infantil, una de las edades más bajas en el continente Europeo” (p. 199).

De acuerdo a lo mencionado por el trabajo citado, podemos afirmar en relación a nuestra investigación que un error es la ignorancia del sujeto activo “sobre parte o todo de los elementos de la imputación de un delito, es decir, su desconocimiento de un tipo penal, debido a una percepción de la realidad distorsionada, en ese contexto podemos afirmar que el sujeto es inducido a ese error, a consecuencia de aquella concepción errada

por el sujeto quedara excluido de responsabilidad penal, puesto que cualquier persona habría incurrido en el mismo error por una equivocada o falsa interpretación del hecho”.

(Flores, 2019) Con su tesis titulada: “Importancia de la pericia antropológica en la determinación del error de tipo en el delito de violación sexual de menor de edad, Arequipa 2018”. Sustentada en la Universidad Tecnológica del Perú, Arequipa, para optar el título profesional de abogado. Planteó como objetivo: “establecer la importancia de la pericia antropológica en la determinación del error de tipo en el delito de violación sexual de menor de edad” (p. 22). Los métodos generales de investigación fueron: exegético, funcional y dogmático. El tipo de investigación fue: descriptivo. El instrumento de recolección de datos fue: cuestionario. Siendo las siguientes sus conclusiones:

“En la presente investigación se ha logrado establecer la importancia de la pericia antropológica, por cuanto ayuda a esclarecer la aparente edad física del menor de edad como agraviado en un delito contra la libertad sexual, ya sea por criterios de apariencia física, sociales, estado de madurez, culturales entre otros. Estos factores muchas veces implican que la defensa del acusado, invoque el error de tipo, aduciendo que se encontraría en un estado de excepción, basado en las condiciones fácticas, las cuales permitan decaer en la punibilidad dolosa, y mediante la prueba antropológica, se podría reunir los requisitos básicos para la determinación de un error de tipo. Se ha logrado identificar los elementos de la pericia antropológica, en el sentido que las pericias antropológicas tienen como prelación al hombre, es decir es un estudio profuso, por cuanto no todos los seres humanos somos iguales, partimos de apariencias físicas distintas, en algunas ocasiones estos

caracteres físicos guardan relación con la edad, pero en algunas ocasiones no están sujetas a la edad, por razones de genética” (p. 109).

La citada tesis se relaciona con la presente en el sentido que menester indicar que “es factible indicar que el agente en esta situación a pesar de una debida prudencia y cuidado sobre sus actos incurrió en un delito debido a una mentira o engaño por parte de la agraviada, lo exime de toda responsabilidad en este caso por un error invencible o se le atenúa la pena por la imprudencia o negligencia por parte del agente siendo un error vencible”.

(Alcalde, 2017) con su tesis titulada: “Apreciación de las características psicosociales de los violadores de menores”. Sustentada en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, para optar el Grado Académico de Magister en Derecho con Mención en Ciencias Penales. Planteó como objetivo: “determinar si en el ámbito teórico-práctico existe una característica psico-social más resaltante en la mayoría de violadores sexuales de menores de edad en nuestra capital” (p. 33). El método de investigación fue: descriptivo - explicativo. Las técnicas de recolección e información fueron: documental, de campo y estadísticas. Siendo las siguientes sus conclusiones:

“Los agentes del delito de violación sexual de menor son sujetos que si bien es verdad presentan ciertos rasgos psicopatológicos en su personalidad formadas a lo largo de su vida, estas, en la totalidad de la muestra no afectan su capacidad intelectual, ni volitiva (por lo que no dejan de ser culpables del delito), por lo que en líneas generales se les puede reprochar su conducta típica. También se concluye de la presente investigación, que ninguno de los agresores sexuales de la muestra, presentan deficiencia intelectual o Retraso

mental de algún tipo. De la muestra no se ha podido corroborar que el agresor sexual haya sufrido abuso sexual en su infancia, por lo que, salvo este punto, el maltrato y abandono en la niñez es un factor que, si hemos podido constatar en la mayoría de los casos analizados, y que aunado esto a los párrafos precitados se comprueba nuestra hipótesis nro. 1 de la presente investigación. De la muestra analizada no se ha podido encontrar en ningún caso a una mujer como agresoras de este delito sexual, pese a que como lo indicamos en nuestro Marco Teórico, si es factible tener a una mujer como sujeto activo de este delito sexual, más aún con la redacción que ostenta hoy en día nuestro artículo 170 y 173 del Código Penal” (p.109).

La citada tesis se relaciona con la presente en el sentido que muchas veces determinan una eximente de responsabilidad con cierto temor, “debido a que a la ejecución de un acto reprochable sin haber tenido conocimiento se increpa por la parte denunciante, ya que estos consideran que se debería aplicar una sanción condenatoria por el simple hecho de la comisión del acto ilícito”.

(Callupe, 2018) Con su tesis titulada: “Error de tipo en los delitos de violación sexual de menores entre 10 a 14 años en el Perú 2017”. Sustentada en la Universidad César Vallejo, Lima, para optar el título profesional de abogado. Planteó como objetivo: “analizar los criterios para aplicar el error de tipo en los delitos de violación sexual de menores entre 10 y 14 años, en el Perú – 2017” (p. 39). El enfoque de investigación fue: cualitativo. El tipo de investigación fue: descriptivo. El diseño de investigación estuvo basado en: Teoría Fundamentada. El instrumento de recolección de datos fue: guía de entrevista, guía de encuestas y guía de análisis documental. Siendo las siguientes sus conclusiones:

“En base a los especialistas el supuesto jurídico general resulta acertado debido a que los magistrados realizan una sentencia condenatoria sin antes haber tomado en cuenta las pericias que reúnan los requisitos formales, donde se compruebe que el imputado vulneró el derecho a la indemnidad sexual Artículo 14 del Código Penal. Asimismo muchas veces los fiscales por presión tanto mediática, por instituciones o familiares de los menores, acusan drásticamente en virtud a la edad de la víctima, además basado en el análisis documental concuerda con los especialistas; ya que se observó que los jueces se versan en la edad de la presunta víctima, por tanto es imprescindible que si existiese una invocación a error este debe ser investigado meticulosamente debido a que el delito de violación sexual de menores entre 10 y 14 años, es un tema de cuidado y de prudencia. Dicho resultado está basado en las entrevistas a especialistas en el ámbito penal, y además en el análisis de los documentos, como son sentencias y casaciones, donde precisan dichos puntos controvertidas” (p. 193).

La citada tesis se relaciona con la presente en el sentido que plantea que el error de tipo en la edad de la víctima elimina la tipicidad, “puesto que, al existir desconocimiento o equivocación involuntaria, por parte del sujeto activo se excluye de responsabilidad, debido a que no existe la intención o voluntad por parte del sujeto activo al momento de la comisión ilícita, por lo tanto, al no estar presente el dolo o culpa, se exime la culpabilidad y queda absuelto de todo cargo”.

(Burga, 2019) con su tesis titulada: “La aplicación del Derecho Penal del enemigo en la declaración como prueba anticipada en los casos de víctimas de violación sexual de menores”. Sustentada en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo,

para optar el título de Abogada. Planteó como objetivo: “determinar jurídicamente si la declaración de la víctima (menor de edad) de violación sexual, como prueba anticipada, es una expresión del derecho penal del enemigo” (p. 33). La investigación está basada en el estudio de: doctrina y jurisprudencia. Utilizó como método de estudio el de carácter hermenéutico jurídico, de diseño transversal, de nivel de investigación explicativo. Siendo las siguientes sus conclusiones:

“La declaración de las víctimas menores de edad en los casos de delitos de violación sexual como Prueba Anticipada no es una manifestación del Derecho Penal del Enemigo, propiamente dicha. Sin embargo, no deberá facultarse al Fiscal para ofrecerla como tal en todos los casos, toda vez que se estaría llevando al imputado a una potencial desventaja, restringiendo sus derechos a la defensa eficaz y el debido proceso, vulnerando potencialmente la presunción de inocencia. En vista de que en nuestro ordenamiento jurídico el único medio para salvaguardar la declaración de las menores víctimas de violación sexual es la Cámara Gesell, podemos concluir que mientras no se implementen otros mecanismos más modernos que la reemplacen, debe utilizarse para el juzgamiento de los delitos de violación sexual en menor de edad, pues de lo contrario se llegaría a colaborar con la impunidad, la misma que debe ser erradicada” (p. 103).

La citada tesis se relaciona con la presente en el sentido que el citado investigador hace una distinción entre el error de tipo y prohibición, “puesto que el primero de ellos se carece de dolo, es decir; que tuvo desconocimiento de que está infringiendo un delito, en el caso de menores de 14 años, un claro ejemplo es cuando la menor no parece de la edad que posee y mediante engaños hace creer al individuo que tiene 16 años, el cual aparenta por su talla es ahí donde el sujeto activo hace una distorsión de la realidad”.

A nivel internacional se presentan los siguientes trabajos de investigación:

(Maza, 2018) con su tesis titulada: “El error de prohibición en el ordenamiento jurídico nacional es susceptible de aplicación”. Sustentada en la Universidad Central del Ecuador, Quito, para optar el título de Abogado. Planteó como objetivo: “determinar el error de prohibición en el ordenamiento jurídico es susceptible de aplicación, cuando el COIP no diferencia entre error vencible e invencible” (p. 30). El diseño de investigación fue: explicativo. El método de investigación fue: descriptivo. Los métodos teóricos de investigación fueron: histórico – lógico, inductivo – deductivo El instrumento de recolección de datos fue: cuestionario. Siendo las siguientes sus conclusiones:

“El error de prohibición ha evolucionado sobre la base del desarrollo de las concepciones entorno a la culpabilidad, desde su desconocimiento, proporcionado por las ideas psicológicas hasta su aceptación por las normativas, en especial las mismas, que determinan llevar a cabo la figura del error de prohibición. De este modo, el error de prohibición viene a constituirse como un principio fundamental para la valoración de la pena, y al mismo tiempo un límite al poder punitivo que consecuentemente se ha superado el famoso principio de la presunción del conocimiento de la ley penal. El Derecho Penal es un mecanismo utilizado para regular la convivencia humana, por eso construye órganos especializados creados por el Estado y su misión es proteger bienes jurídicos que atenten contra la dignidad del ser humano. No obstante, que el ejercicio del poder punitivo del Estado tiene sus límites que se derivan de derechos constitucionales que a su vez sirven para evitar todo acto de represión contra los derechos humanos” (p. 99).

La citada investigación se relaciona con la presente en el sentido que expone que “la persona realiza su conducta dentro de un marco normativo penal, y las formas para verificar el resultado de su acción son el dolo y culpa. Por consiguiente, por ser la violación sexual es un delito netamente doloso, este debe de comprobarse de acuerdo a la actuación del sujeto, y conforme a ello se aplicará la pena adecuada al responsable de la comisión del delito”.

(Vasco, 2016) con su tesis titulada: “Transformaciones del tipo penal de violación y de los sujetos de la relación procesal en el Ecuador 2005- 2015”. Sustentada en la Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, para optar el título de Magíster en Derecho Procesal. Planteó como objetivo: “conocer el papel que desempeñan los sujetos de la relación procesal en el delito de violación sexual” (p. 10). El método de investigación fue: analítico. De diseño no experimental, de nivel de investigación de carácter descriptivo. Siendo las siguientes sus conclusiones:

“Una vez que se ha realizado el estudio del tipo penal de violación, se ha podido constatar la historia de la violencia sexual se inició desde el inicio de la humanidad, teniendo a la mujer como un elemento vulnerable dentro de la estructura social. Al inicio del establecimiento de las relaciones entre hombre y mujer, no existía el sentimiento como se lo conoce en la actualidad, sino que únicamente los seres humanos disfrutaban de su sexualidad como un hecho eminentemente natural. Con el apareamiento de los feudos, el hombre decide cambiar la promiscuidad que existía hasta ese momento, por una relación monogámica que le permita mantener las propiedades que había adquirido y para ello necesitaba conocer a su descendencia. Estos cambios siempre tenían al hombre como un eje primordial y a la mujer como el ser

que debía cumplir con los designios y la voluntad de quien ejercía el poder”
(p. 151).

La citada investigación se relaciona con la presente en el sentido que indica que “este error en el tipo penal permite la exclusión de una responsabilidad, puesto que fue inducido por una causa o situación que perjudico al agente activo. A diferencia del error de prohibición”.

(Rojas, 2020) con su tesis titulada: “Autonomía y libertad sexual de los adolescentes y la proporcionalidad de la pena en el delito de violación”. Sustentada en la Universidad Nacional de Loja, Ecuador, para optar el título de Abogado. Planteó como objetivo: “realizar un estudio doctrinario y normativo del derecho a la autonomía y libertad sexual de los adolescentes entre 13 y 14 años y la proporcionalidad de las penas en el delito de violación” (p.21). El tipo de investigación fue: jurídico social. El instrumento de recolección de datos fue: guía de entrevista. Siendo las siguientes sus conclusiones:

“El Ecuador como Estado Constitucional de derechos y justicia reconoce el derecho a la libertad sexual a todas las personas, incluidas los adolescentes, como sujetos de derechos y obligaciones, con capacidad suficiente para discernir y tomar decisiones libres, voluntarias y responsables con autonomía y determinación inclusive en aspectos vinculados a su vida sexual y reproductiva. El Código Orgánico Integral Penal expresamente establece que, a efectos de los delitos de naturaleza sexual, no será relevante el consentimiento de la víctima, sin excepción alguna, lo que vulnera el derecho de los adolescentes de entre 13 y 14 años a la toma de decisiones libres, voluntarias y responsables. La tendencia en la legislación penal de países de América Latina es las penas elevadas para delitos sexuales, agravadas incluso

cuando la víctima es menor de edad. Sin embargo, creemos que el Derecho Penal existe para contener el poder punitivo del Estado y no para sobredimensionarlo y tratándose de una ciencia dialéctica que debe responder al espíritu de los tiempos, no puede soslayar una realidad tan evidente e innegable en la sociedad actual, como es el hecho de que los adolescentes son actores sexuales” (p. 108).

La citada investigación se relaciona con la presente en el sentido que plantea que “los procesos de violación a menor de edad debe ser evaluada en todos sus contextos a fin que no se produzca vulneración para las partes procesales, ya que pueden existir justificaciones de causa por parte del investigado, ya que tal como lo menciona el magistrado en el párrafo citado el sujeto puede caer en un error por la apariencia de la víctima en esta situación nos encontramos ante una falsa o distorsionada realidad”.

(Machuca, 2019) con su tesis titulada: “El delito de violación en el código penal ecuatoriano”. Sustentada en la Universidad del Azuay, Cuenca, para optar el grado de Magister el Derecho Penal. De enfoque cualitativo, empleó el método científico, de diseño no experimental, de nivel explicativo, de tipo jurídico dogmático.

Siendo las siguientes sus conclusiones:

“La libertad sexual debe ser entendida como la capacidad de actuación que le asiste al individuo con el solo imperio de su voluntad de disponer ante si y frente a los demás integrantes de la comunidad con libertad de elegir, aceptar o rechazar las pretensiones que se produzcan en la esfera de su sexualidad. Delito sexual es toda conducta o comportamiento que atenta contra los derechos básicos fundamentales de las personas: a la vida, la libertad, la integridad y la dignidad humana; y, se manifiesta con conductas agresivas,

temporales o permanentes que buscan lesionar a una persona que se encuentra o se coloca en condiciones de inferioridad” (p. 109).

La citada investigación se relaciona con la presente en el sentido que expone que en los caso de violación sexual a menores de catorce años de edad, “en donde se invoque el error de tipo, debe de haberse analizado enfáticamente, corroborando con los medios de prueba los cuales sustenta la existencia de un eximente de responsabilidad, debido a que diversos abogados maliciosamente acuden a esta institución como una causa de justificación a fin de evadir la responsabilidad penal, logrando liberar al procesado y posteriormente vulnerando el derecho a la indemnidad sexual del menor”.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. Delito de violación sexual

Según (Peña, 2014) este tipo de delitos “a diferencia de los códigos penales anteriores tenemos que ya no se tiene como tal a la moral sexual, al honor sexual o a la honestidad, sino a la libertad sexual” (p. 88).

(Reyna, 2015) plantea que “la manera en que es protegida de cualquier determinación, acoso, amenaza, o daño externo. Esto es lo que puede ser llamado autoridad sexual el control continuado sobre la propiedad e integridad e individual” (p. 19).

Es necesario que “la libertad sexual comience desde la propia autonomía del hombre, desde la dirección de esa esfera hasta la conformidad con el juicio como una manifestación de la voluntad exteriorizada por acciones concretas e involucrando a otro ser humano, para finalmente los actos como materia objeto de su propio cuerpo no es culpable de derecho penal, a menos que esté obligado a hacerlo mediante coacción o amenaza” (Caro, 2016, p. 48).

Entonces, “en el caso específico de violación contra menores, lo que está protegido son los daños sexuales del menor, ¿qué son los daños sexuales? es la protección del desarrollo sexual libre y normal del niño antes de cualquier ataque, o la protección de la integridad física y psicológica del niño contra los ataques que pueden dañar su desarrollo sexual normal” (Reyna, 2015, p. 72).

“La medida típica consiste en obtener acceso a un menor (menor de 14 años). El acceso puede ser vaginal, anal u oral. También realice otras acciones similares insertando objetos o parte del cuerpo en la vagina o el ano del bebé” (Caro, 2016, p. 48).

“El delito de violación por menores también se conoce como presunta violación porque no permite evidencia de lo contrario. En cuanto a la finalización, esto se hace con la penetración completa o parcial del pene (o cualquier parte del cuerpo o cualquier objeto)” (Reyna, 2015, p. 77) en la vagina, el ano o la boca del niño. "Significa con acceso carnal u otro acto similar. Será posible cuando haya indicaciones y el comienzo del ataque al bien legal que protege la ley. Por ejemplo, una sátira intenta practicar el acto sexual u otro análogo de una niña o un niño menor de catorce años y es hora de que lo separe de su ropa íntima y trate de penetrar y empatizar con los genitales de la víctima” (Caro, 2016, p. 65).

En este sentido, “el abuso sexual se entiende como cualquier comportamiento o comportamiento que socava los derechos fundamentales básicos de las personas: a la vida, la libertad, la integridad y la dignidad humana” (Reyna, 2015, p. 69). Se manifiesta con comportamientos agresivos, temporales o permanentes que “intentan dañar, humillar, perjudicar, expresar dominio o

presión sobre una persona o personas que se encuentran o se encuentran en condiciones inferiores” (Luzón, 1996, p. 133).

Esto “toma muchas formas: física y mentalmente, por ejemplo cuando alguien: lo obliga a tener relaciones sexuales con compulsión, usa el chantaje en la escuela, en el hogar y / o en el trabajo para obtener beneficios sexuales, lo daña físicamente durante los actos sexuales, agrega sus genitales, usando objetos o armas en niveles intra vaginales, anales y orales, obligándote a tener relaciones sexuales con otras personas” (Reyna, 2015, p. 89).

Mientras que el abuso sexual "se caracteriza por el uso de la fuerza y el control de la situación mediante el uso de la fuerza. El agresor o los agresores usan armas y amenazas. A menudo se comete en lugares aislados o se beneficia de la ausencia de vigilancia. En la mayoría de los casos, el agresor es desconocido. ser deliberado o relajado "(Castillo, 2015, p. 51). La rendición se caracteriza por el hecho de que se planificó previamente.

La violación “es un delito que depende de un organismo privado. Se inicia por el despido de la persona ofendida o su representante legal. Sin embargo, si se investiga otro hecho y surge la manifestación espontánea de la víctima o el representante legal, el acto ha dejado de depender de un organismo privado para hacerlo público; por lo tanto, la instrucción debe continuar agregando esta coagulación o testificando si es apropiado” (Caro, 2016, p. 89).

“Por lo general, estos eventos casi siempre carecen de testigos oculares, y la prueba debe hacerse de otras maneras. Por lo tanto, debemos actuar con mucho cuidado para documentar los detalles, lo que en conjunto puede llevarnos a recopilar evidencia o evidencia” (Caro, 2016, p. 77).

Entre estos procedimientos, la declaración amplia y detallada de la víctima es crucial. Recuerde que no es una parte, y si su declaración coincide con otras circunstancias o pruebas, su valor puede ser de importancia fundamental para emitir un juicio.

2.2.2. Error de tipo

Si bien se puede afirmar que “los adolescentes utilizan sus recientes habilidades cognitivas para construir teorías acerca de la vida sin embargo estas teorías son ingenuas por la falta de experiencia en los adolescentes muestran tendencias al egocentrismo, asumiendo que solo su opinión es la correcta” (Bartra, 2020, p. 33).

Según (Zaffaroni, 2014) el error de tipo es el fenómeno “que determina la ausencia del dolo cuando, habiendo una tipicidad objetiva, falta o es falso el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo” (p.54). Así quien “cree que está disparando sobre un oso y resulta que no se trata de un oso, sino de su compañero de casería, quien se apodera del abrigo que está en el perchero del café y sale con él, en la creencia que se trata de su propio abrigo” (Roxín, 2019, p. 33).

En el derecho penal pueden distinguirse “entre cuatro tipos de error según el objeto jurídicamente relevantes al cual se refieren: el error de tipo, el error de prohibición, el error sobre circunstancias justificantes y el error sobre circunstancias excluyentes de la culpabilidad. Es la consecuencia de haber receptado la doctrina finalista de la acción en la teoría del delito, y se encuentra regulado en el Art. 14, del CP” (Prado, 2020, p. 22).

(Reátegui, 2011) señala que “en el terreno de los delitos sexuales alegar un error de tipo tiene relevancia, pues siendo que la edad es un dato objetivo, puede estar sujetos a equívocos” (p. 166).

De acuerdo a (Mir, 2000) en el caso específico de la valoración del error de tipo “se ha de tomar en cuenta el conocimiento de los detalles de la vida de la víctima, se toma en cuenta la relación sentimental que existía entre el inculpado y la víctima, cuando tiempo duro esta relación y si dentro de ese periodo de tiempo el inculpado tuvo conocimiento que la agraviada tenía menos de 14 años” (p. 44).

(Bacigalupo, 2010) hace la diferencia “entre el error de tipo y error de prohibición, por el hecho que este último caso el autor no desconoce los elementos de la descripción típica, sino de del hecho de estar prohibida” (p. 79). El error de tipo pues alude a una falsa representación que el autor hace de los hechos.

En conclusión, podemos “afirmar según los archivos revisados que el error de tipo; es el conocimiento no deseado por el agente activo del delito que hace algo que no quiere hacer y que dicha acción esta descrita como delito, sin saber que está haciendo la acción y sin saber que está cometiendo dicho delito, es decir, no tiene dolo en su conducta” (Sánchez, 2020, p. 90).

Viendo de la perspectiva del tipo de error, (Bacigalupo, 2007) nos hace referencia al tipo vencible “es aquel “error” en cual el agente puede salir del “error” si tiene el cuidado debido” (p. 155). El debido cuidado se entiende como el acto prudente promedio. Si no actúas con el cuidado del ciudadano promedio, el chico se vuelve culpable. Para esto, el crimen debe existir, ya que no será atípico.

Se considerará un delito culpable. Se presenta cuando la acción realizada por la persona podría haber sido evitada por el agente, si se hubiera actuado con el debido cuidado. Es decir, ocurre cuando el agente podría evitar el error si hubiera actuado con cautela; Por lo tanto, la consecuencia es que será tratado

como un delito. Artículo 14 del Código Penal "Si es posible, el delito es punible como culpable cuando así lo prescribe la ley"

Entramos a la consideración de la imprudencia, "en definitiva, el error vencible excluirá el dolo, pero no la imprudencia, el error vencible es aquel que hubiese podido evitarse si se hubiera observado el debido cuidado por lo que puede considerarse error imprudente" (Puertas, 2020, p. 29).

(Zaffaroni, 1997) expone acerca de la idea de la imprudencia "en efecto el error es evitable cuando el autor observando el cuidado exigido hubiera conocido o conocido correctamente las circunstancias ignoradas o falsamente representada" (p. 144).

Con ello, en opinión de (Mancini, 1998) "se ha dirigido la ley a dar un apoyo importante a la posición que exige en el delito culposo un deber individual de cuidado (determinado por las capacidades y conocimientos del autor), en oposición a un deber objetivo de cuidado" (p. 144).

El error vencible es el que "se hubiera podido evitar de observar el debido cuidado; el nivel de exigibilidad para definir dicho cuidado se determinará poniendo en relación las circunstancias materiales del hecho y las subjetivas del sujeto es decir sus circunstancias sociológicas y culturales, a la vista de sus conocimientos técnicos profesionales jurídicos y sociales, así como la posibilidad que el sujeto tiene de ser instruido o asesorado sobre su actuación profesional o particular" (Roxín, 2019, p. 99).

(Mir, 2000) sobre el error de tipo invencible define que "es el error por el cual el agente activo así hubiera actuado con el cuidado debido nunca hubiese salido del error, ejemplo: Pedro dueño de varios bancos está siendo amenazado de muerte por un grupo de terroristas que le están solicitando dinero" (p. 111).

En la configuración típica del Art. 173,2, “excluye tanto el dolo como la culpa siendo que la conducta del autor que actúa bajo esta clase de error no será objeto de sanción penal toda vez que el hecho es atípico y excluye la responsabilidad tal como lo desarrolla el RN N° 1809-2014 Lima Norte del 18/09/2014” (Bartra, 2020, p. 90).

“La ausencia de adecuada condición personal permite establecer que la falsa percepción y/o el falso conocimiento superan el carácter diligente del autor y que, en tal sentido, no puede superar el error sobre la edad del sujeto pasivo correspondiendo más bien dicha actuación a un caso de error de tipo invencible” (Puertas, 2020, p. 44).

Nuestra jurisprudencia en el EXP. N°559-97-LIMA del 22/12/97 “refiere que el error de tipo en la configuración típica del Art. 173,2, ocurre cuando el autor al momento de los hechos ilícitos desconoce la minoría de edad del sujeto pasivo, considerando que si este hubiese obrado con el debido cuidado habría superado el error en el que estaba incurriendo” (p. 99).

El error vencible e invencible de la edad del sujeto pasivo como elemento objetivo del tipo en el Art. 173,2-, “se determina mediante el criterio del debido cuidado o debida diligencia. En las ejecutorias supremas recaídas en el RN N°365-2014- Ucayali del 12/12/2014 y el RN N° 63-04-la libertad del 01/10/2004, sostiene que el error en la edad del sujeto pasivo se determina por una percepción y/o un errado conocimiento respectivamente” (Prado, 2020, p., 90).

En otras palabras: “a) El autor incurre en una falsa percepción de la edad debido a que el sujeto pasivo por su apariencia representa tener una edad superior a la de 14 años. b) El autor incurre en un falso conocimiento cuando es inducido

por el sujeto pasivo a creer falsamente en una edad superior a la de 14 años” (Prado, 2020, p. 111).

2.2.3. Evolución de la teoría del error

“La regulación actual del error en ambos países distingue entre error de tipo y error de prohibición (art. 14 CP peruano, art. 14 CP español, §§ 16 y 17 StGB): conforme a la definición habitual, el primero sería aquel que recae sobre los elementos que conforman el tipo de injusto. El error de prohibición incidiría sobre el significado antijurídico de la conducta una vez que se conocen los elementos típicos” (Puertas, 2020, p. 83). La delimitación entre ambas clases de error ha sido acogida asimismo en el *Corpus Juris* para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea, en su artículo 11, y el mismo esquema parece seguirse en el texto que contiene las propuestas de lo que se ha dado en llamar “eurodelitos”, “para la armonización del Derecho penal económico en este marco, estableciendo esta última regulación, de manera expresa por primera vez en un texto legal, aquello que debe ser abarcado por el dolo del autor cuando el tipo penal contiene elementos normativos o elementos en blanco” (Puertas, 2020, p. 38).

Las teorías que intentan “determinar el objeto del dolo a partir de la delimitación entre error de tipo y error de prohibición se conocen como la *teoría del dolo* y la *teoría de la culpabilidad*. La *teoría del dolo* parte de una concepción del dolo como *dolus malus*, que abarcaría la totalidad del lado subjetivo del hecho y que sería objeto de análisis en el nivel de la culpabilidad” (Prado, 2019, p. 90). El error acerca de cualquiera de estos extremos recibiría el mismo tratamiento jurídico-penal: “la exclusión de la pena del delito doloso y la aplicación de la pena

correspondiente al delito imprudente, en su caso, o la impunidad” (Luzón, 1996, p. 114).

El tratamiento penal más desfavorable para el autor “que yerra sobre la prohibición tendría su origen en la denominada *función de llamada* del dolo” (Salazar, 2003, p. 83).

“La existencia de un hecho típico y antijurídico condicionaría asimismo la posibilidad de apreciar la legítima defensa, así como de imponer una medida de seguridad a los inimputables que actúan inmersos en un error de tipo invencible. Por otra parte, el grado de conciencia que se exige al autor es diferente en ambos niveles de la teoría del delito” (Prado, 2020, p. 90), mientras que “en el ámbito del tipo se exige el conocimiento de los elementos que lo conforman, en el ámbito de la culpabilidad, bastaría con que el autor *podiera conocer* la prohibición para afirmar el dolo” (Luzón, 1996, p. 55).

Ahora bien, “para comprender el error de tipo es importante saber qué es la tipicidad y cuáles son sus elementos objetivos. La tipicidad es verificar si una conducta puede subsumirse a un tipo penal, en otras palabras, es adecuar la conducta al supuesto de hecho del tipo, por otro lado, los elementos objetivos son aquellos cuya comprensión no dependerá de una norma, sino que se perciben por los sentidos y se plasman en la realidad” (Prado, 2020, p. 56), siendo los siguientes:

“a) La acción típica. - Es la base de la conducta punible, es la concreta conducta activa u omisiva que describe el tipo, por ejemplo, matar en el delito de homicidio” (p. 90).

“b) Los sujetos. – Puede ser sujeto activo o sujeto pasivo, el sujeto activo es el autor de la conducta típica que describe el tipo, mientras que el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico vulnerado por la conducta del sujeto activo” (p. 90).

“c) El objeto material. – Sobre el que recae la acción típica, por ejemplo, la laptop que fue hurtada, en delitos contra el patrimonio. El objeto material es la laptop y el bien jurídico protegido es el patrimonio” (p. 90).

“d) Circunstancias. – Lugar, tiempo y modo de ejecución” (p. 90).

Siendo así y, en palabras de la Corte Suprema, “el error de tipo es aquel error o ignorancia sobre uno o todos los elementos que integran el tipo objetivo – la calidad del sujeto activo, la calidad de la víctima, el comportamiento activo u omisivo, las formas y medios de la acción” (Casación Nro. 194-2019), “el objeto material, el resultado, la relación de causalidad y los criterios para imputar objetivamente el resultado al comportamiento activo u omisivo–. A lo que se debe agregar que este error puede recaer sobre cualquiera de los elementos del tipo objetivo, ya sean descriptivos o normativos” (Prado, 2020, p. 33).

2.2.4. La teoría de la culpabilidad en particular

“Esta evolución ha producido un desplazamiento de las cuestiones objeto de controversia en materia de error. No cabe hablar, sin embargo, en contra de lo que sería de esperar, de una reducción de los puntos polémicos, sino más bien de todo lo contrario” (Puertas, 2020, p. 74).

En el marco “de un sistema clásico y neoclásico del delito la cuestión se limitaba a la determinación de los errores que excluyen el dolo, así como a la definición de los presupuestos exigibles para ello. El desplazamiento del dolo al

tipo y el desarrollo de la teoría de la culpabilidad tuvieron como consecuencia que, a la exigencia de establecer el objeto de referencia del dolo, se uniera la necesidad de determinar la ubicación sistemática que ha de tener el error en el nivel del injusto o de la culpabilidad” (Prado, 2020, p. 93).

Por otra parte, “el nuevo punto de vista no se ha impuesto completamente. El sistema final del delito y sus consecuencias en materia de error convive en la actualidad con concepciones diferentes: algunos autores mantienen el dolo en la culpabilidad” (Sánchez, 2019, p. 99). Otros, “si bien asumen que el dolo es relevante ya en el tipo de injusto, consideran que la regulación del error resultaría compatible con los postulados de la teoría del dolo” (Cobo del Rosal, 2000, p. 45).

A ello se une el hecho de que “existen importantes discrepancias acerca de si una falsa representación ha de ser ubicada en una u otra constelación del error. El acuerdo sobre esta cuestión se reduce a los ejemplos recogidos habitualmente en los manuales para ilustrar esta solución: así, se califica como error de tipo el error” (Puente, 2020, p. 111), acerca del carácter “ajeno” de la cosa o acerca de la condición de “documento” “del objeto que se falsifica. No obstante, respecto de otros muchos elementos, las posiciones son encontradas en lo que respecta a su calificación como error de tipo o de prohibición” (Puertas, 2020, p. 37).

Entre ellos destacan las referencias al carácter “contrario a derecho o ilegal de la conducta, o a la falta de autorización para realizarla y, en general, todos aquellos elementos que ponen de manifiesto la contradicción con el ordenamiento jurídico” (Salazar, 2003, p. 166).

Más allá de ello, se parte de la “tesis de la sustituibilidad”, “conforme a la cual se considera que el elemento en blanco puede ser sustituido por el contenido

de la norma de complemento, sin que el sentido del tipo se vea modificado con esta operación. En relación con los elementos normativos del tipo se exige una valoración paralela en la esfera del profano” (Vásquez, 2020, p. 90), para afirmar “la concurrencia del dolo. La última premisa es que la regulación del error resulta de aplicación a todos los ámbitos del Derecho penal sin excepción” (Cerezo, 1998, p. 73).

En segundo lugar, “con la falta de fundamento para exigir puntos de referencia diferentes para el dolo respecto de las distintas remisiones normativas. En tercer lugar, con la falta de plausibilidad de los criterios empleados para determinar el objeto del dolo” (Velarde, 2020, p. 90). Y, por último, “con la propia imposibilidad de llevar a cabo la delimitación entre conocimiento del tipo y de la prohibición en la mayoría de los casos” (Cobo del Rosal, 2000, p. 35).

“En el marco de la teoría de la culpabilidad, la inclusión de una remisión normativa concreta en la categoría de elemento normativo o de tipo penal en blanco condiciona aquello que debe ser conocido por el autor” (Roxín, 2019, p. 90), para afirmar la responsabilidad dolosa:

“a) El elemento normativo constituiría un elemento típico que, conforme a los postulados de la teoría de la culpabilidad, debería ser conocido por el autor para actuar con dolo. El desconocimiento de la norma de complemento constituiría, por tanto, un error de tipo excluyente del dolo. Más allá de ello, la apreciación del dolo del autor se supedita a la comprensión del significado social del hecho. No resultaría, por tanto, suficiente, el mero conocimiento de los hechos, ni se requiere tampoco una subsunción exacta en el término legal” (Prado, 2020,

p. 99): bastaría con que se haya producido una “*valoración paralela en la esfera del profano*” o un “*juicio paralelo en la conciencia del autor*”.

b) En lo que respecta a los tipos penales en blanco, “el conocimiento del tipo requeriría de la lectura conjunta de los elementos del tipo que se encuentran separados, de manera que formen un tipo unitario” (Salazar, 2003, p. 93).

Esta determinación “del objeto del dolo atendiendo al carácter de la remisión presupondría poder distinguir de manera clara entre ambas clases de remisiones. Ello no resulta fácil, ya que el objeto de referencia sería el mismo, al menos respecto de aquellos elementos normativos que introducen una remisión a una norma jurídica” (Sánchez, 2019, p. 30).

“Las numerosas aportaciones en este sentido no ofrecen una solución satisfactoria. La mayor parte de la doctrina atiende a si el legislador ha llevado a cabo la tipificación de la conducta por sí mismo –elemento normativo– y en qué casos delega esta función, norma penal en blanco” (Prado, 2020, p. 92)

Estas dificultades “llevaron al desarrollo de nuevas fórmulas que, sin embargo, en la medida en que constituyen reformulaciones de esta idea, no estarían exentas de problemas” (Cerezo, 1998, p. 77).

“La dificultad en la delimitación, así como la influencia que la misma tiene en materia de error, parece tener como consecuencia que la clasificación se lleve a cabo, en no pocas ocasiones, en función de tratamiento del error que se considera más justo en el caso concreto: así, no sería la calificación como elemento normativo o tipo penal en blanco la que determinaría las consecuencias penales que ha de tener el error sino, más bien a la inversa, sería el tratamiento del error

que se considera adecuado en el caso concreto lo que determinaría la inclusión en una u otra categoría” (Prado, 2020, p. 33).

“Al margen de la efectiva posibilidad de delimitar entre elemento normativo y norma penal en blanco, la exigencia de conocimiento diferente en cada caso resulta asimismo cuestionable” (Prado, 2020, p. 99), la decisión del legislador de regular él mismo “una materia o de remitir a otras normas –ya sea para complementar el tipo penal o para ayudar a su interpretación– no constituiría la base adecuada para una construcción teórico-dogmática del error” (Cerezo, 1998, p. 66).

“Desde la teoría de la culpabilidad se parte de la base de que la misma tendría una vigencia general, ofreciendo resultados satisfactorios respecto del conjunto del ordenamiento. Frente a esta idea, un sector doctrinal se aleja de sus postulados respecto del Derecho penal accesorio. Algunos autores propugnan la aplicación de la teoría del dolo a los errores sobre la prohibición que se producen sobre normas pertenecientes a este ámbito de regulación” (Puente, 2020, p. 119). El motivo sería que, al no tener estas normas un correlato en una norma moral que goza de reconocimiento social, “la información de la que el autor dispone a partir del conocimiento de las circunstancias del hecho no resultaría suficiente para motivarle a omitir su conducta” (Salazar, 2003, p. 93).

2.2.5. Contradicciones de la teoría de la culpabilidad. Delimitación entre error de Tipo y error de prohibición

“Respecto de los elementos normativos, resultaría extremadamente difícil distinguir entre la valoración paralela que se exige para la afirmación del dolo y

la valoración que se identifica ya con el conocimiento del carácter antijurídico de la conducta” (Velarde, 2020, p. 90)

“Esta forma de proceder llevó a un destacado sector doctrinal a redefinir el objeto del dolo, conforme a criterios que poco tenían que ver con la valoración paralela, con el objeto de ofrecer una cobertura teórica a lo que venía aplicando el BGH (Código Penal Alemán por sus siglas)” (Salcedo, 2020, p. 119). “Para ello se emplean diferentes fórmulas en las que, sin embargo, resulta posible reconocer una vuelta a la antigua jurisprudencia del RG (Corte Suprema de Alemania): en este sentido, resulta cognoscible la reducción del objeto del dolo a los hechos por parte de una serie de autores” (Puertas, 2020, p. 73), “lo que supondría una vuelta a la delimitación entre error de hecho y de Derecho; mientras que otros autores reconocen el efecto excluyente del dolo al error sobre normas ajenas al Derecho penal” (Cerezo, 1998, p. 55).

Como se ha señalado, “un sector doctrinal aplica los postulados de la teoría del dolo a los errores de prohibición que se producen sobre normas del Derecho penal accesorio. Otros autores, partiendo de la aplicación general de los postulados de la teoría de la culpabilidad, intentan desarrollar criterios” (Fuentes, 2020, p. 92), que permitan determinar si la existencia de “la norma de complemento del tipo penal forma parte o no del tipo penal en el caso concreto en que el legislador introduce un tipo penal en blanco” (Cerezo, 1998, p. 66).

Con base en estas propuestas, “el tratamiento del error sería equivalente al que se desprendía de la aplicación de los postulados de la teoría del dolo. Ello afianza la impresión de que, si bien la pugna entre la teoría del dolo y la teoría de la culpabilidad ha perdido relevancia en la actualidad” (Puente, 2020, p. 90), en

lo que respecta a sus postulados generales “(siendo pocos los autores que se atreven a tomar partido abiertamente por la primera), lo cierto es que los resultados de esta teoría vuelven a ser discutidos al hilo del debate sobre el error en las normas penales en blanco” (Salazar, 2003, p. 89).

La proximidad de los niveles de la tipicidad y la antijuridicidad queda patente igualmente en el desarrollo por parte (Roxín, 2000) “de la categoría de los elementos del deber jurídico” (p. 66). En opinión de este autor, “los elementos de valoración global se distinguirían de los elementos normativos porque el conocimiento de los primeros se identificaría con el conocimiento de la antijuridicidad formal de la conducta” (Velarde, 2020, p. 90).

De este modo, elementos tales como “conforme a Derecho” del § 113, “sin autorización” del § 202, entre otros, o “reprochable” del § 240 II, no solo servirían a la descripción del hecho (Cobo del Rosal, 2000), sino que incluirían también el juicio sobre la antijuridicidad. (Jakobs, 1997) ya se aproximaba “a esta solución basándose en la idea de que algunos de los elementos contenidos en los tipos penales constituirían elementos del deber jurídico, relativos a la antijuridicidad – el error sobre los mismos recibiría el tratamiento de un error sobre la prohibición” (Carrión, 2018, p. 12).

Las excepciones a la aplicación de las reglas de la teoría de la culpabilidad son tan amplias “–sobre todo en el Derecho penal accesorio–, que hacen cuestionarse el hecho de que la aplicación de esta teoría constituya la regla” (Salazar, 2003, p. 90).

2.2.6. Discusión sobre la distinción entre error de tipo al revés y error de prohibición al revés

a) La tesis de la inversión lógica:

La tesis de distinción entre el error de tipo y de prohibición al revés no solo cae en las incoherencias del binomio “protección de bienes jurídicos-prevención general”, “sino que, a su vez, se ve involucrada en la nebulosa distinción entre el error en los elementos normativos del tipo y el error de prohibición, cuya delimitación, en un caso práctico, depende de la valoración que hace el autor de su propio comportamiento” (Puertas, 2020, p. 38).

Este discurso tiene su razón de ser en uno de los “dogmas” más importantes del Derecho Penal actual, esto es, “el carácter independiente entre injusto y culpabilidad. Con el caso arriba propuesto, se puede disipar de mejor modo las dificultades en su comprensión” (Cancho, 2013, p. 63).

Así, la pregunta que se formula es: si la falsa comprensión del autor sobre la “ajenidad”–elemento cofundante del artículo 185 del CP peruano (artículo 242 del CP alemán)– “recae en un elemento normativo del tipo o tiene que ver con el error de prohibición. Naturalmente, las voces mayoritarias sostendrán que se trata de un elemento normativo del tipo, pero las cosas se tornan complicadas cuando el agente sobrepasa los límites de interpretación, cuyo esclarecimiento depende en su mayoría de las remisiones que se hagan a otras disciplinas del Derecho, en este caso al Derecho Civil” (Puertas, 2020, p. 55).

En el caso, el agente sobrepasó los límites de interpretación del concepto de “ajenidad”, “ya que, de acuerdo a su representación, consideraba que los restos de

dientes de oro que sustrajo de la persona incinerada contaba con algún propietario, y estaba convencido en perpetrar un hurto, pero *ex post*, después de un estudio pormenorizado, vía remisión al Derecho Civil, se llegó a establecer en dichos supuestos la carencia de dominio: *res nullus*” (Puertas, 2020, p. 19).

Se seguirá pensando que dicho error pertenece al ámbito del tipo y, por lo tanto, “se postulará una tentativa inidónea como error de tipo al revés, o que dicho error en realidad corresponde al campo del error de prohibición y, por lo tanto, de conformidad con el denominado error de prohibición al revés, que el comportamiento no es doloso o es sencillamente atípico, y que a pesar de que el agente quiso cometer un delito no pudo, siendo este un delito putativo” (Jakobs, 2013, p. 83).

La deliberación de si el error corresponde al tipo o a la culpabilidad no ha sido fundamentada “con rigor por la tesis de la inversión lógica. Es así que la inversión lógica recayó principalmente en la concepción subjetiva de imputación de la tentativa, de tal manera que cuando el Tribunal Supremo alemán tuvo que resolver casos similares, en los cuales el agente hacía una falsa interpretación de una norma y tenía la seguridad de estar cometiendo un delito, sancionaba mayormente por tentativa inidónea, a pesar de que *ex post* se determinaba que el agente nunca habría podido perpetrar dicho delito, ya que la interpretación de la norma era falsa” (Puertas, 2020, p. 79).

Así, a modo de ejemplo, “citemos una sentencia más del Tribunal Supremo alemán, cuya solución se valió de la tesis de la inversión lógica. El acusado había fabricado y puesto en el tráfico jurídico falsas marcas de partes de productos comestibles separados. El Tribunal consideró que las marcas de partes de

productos comestibles separados no se les pueden considerar como documentos, sin embargo, si el agente los tomó por documentos, a pesar de que en realidad no lo son, se les sancionó por tentativa inidónea de falsificación de documentos (...). Esto quiere decir que el elemento documento corresponde al tipo, consecuentemente, al realizarse la operación lógica del error de tipo al revés, se afirma la existencia de tentativa inidónea punible” (Puertas, 2020, p. 48).

En otra sentencia, “el Tribunal Supremo alemán expresó, por el contrario, que cuando el autor cree estar en una posición de garante, que en realidad no existe, y asegura cometer un hecho punible, se trata de un delito putativo. Se argumentó que la creencia de la posición de garante no es un elemento del tipo, sino mandatos que corresponden al Derecho en general, por lo tanto, el caso ha de solucionarse de conformidad con el error de prohibición al revés” (Puertas, 2020, p. 17).

“La jurisprudencia alemana se encontró nuevamente con el problema de distinción entre la tentativa inidónea como error de tipo al revés y el delito putativo como error de prohibición al revés en el caso propuesto de los dientes de oro. En este caso, el agente extiende la interpretación del elemento ajenidad” (Puertas, 2020, p. 18).

Que la extensión en la interpretación del elemento “ajenidad” corresponda “al tipo o funde error de prohibición hace depender al Tribunal alemán, más que de criterios dogmáticos, de exigencias sociales de punición” (Cerezo, 1998, p. 73).

“Para satisfacer dichas exigencias sociales de punición es muy aparente la aplicación de la tesis de la inversión lógica del que se vale el Tribunal alemán. Sin embargo, no se sabe qué requisitos exige para que un comportamiento en el cual

el agente hace una errónea interpretación del elemento ajenidad sea considerado como tentativa inidónea” (Puertas, 2020, p. 37).

b) La tesis del error jurídico en el estadio previo de la tipicidad penal:

Se trata en este caso de las características que se encuentran previas al tipo, cuya interpretación y esclarecimiento nos remiten a otras áreas del Derecho. El primero en sostener esta postura fue (Blei, 2000), quien indica “que siempre se presentará tentativa cuando el error reside en la valoración normativa del autor en el estadio previo de la tipicidad, por aquello que el autor ha creído entender correctamente” (p. 88).

(Herzberg, 2000) continuó la defensa de esta teoría, “señalando que en lo que se refiere a las características, por ejemplo, de la ajenidad” del artículo 242 del CP alemán (artículo 185 del CP peruano), se trata de la remisión de conceptos” (p. 99). “En tanto el error del autor resida en la interpretación de una norma de remisión en el estadio previo de la tipicidad, fundamentará siempre un comportamiento doloso y, a su vez, una tentativa inidónea” (Puertas, 2020, p. 80).

“Por el contrario, se presenta un delito putativo cuando el entendimiento del Derecho por el autor está en contradicción con el asiento característico de la decisión fundamental del legislador, por ejemplo, quien considera que el aprovechamiento de su propio bien, cuya propiedad tiene que ser transferida a otra persona es apropiación ilícita. En este supuesto, el autor yerra –según Herzberg– en la decisión fundamental del legislador” (Jakobs, 2013, p. 70), dando a entender con ello que si el agente idea cometer un delito que está más allá del tipo.

Según esta teoría, “los cambios legislativos y de interpretación que se dan en los conceptos de remisión no afectarán en la interpretación del tipo penal en particular, por lo tanto, también vale *mutatis mutandi* cuando se presenta un desconocimiento del autor en el campo de remisión. Con esto está convencido Herzberg de haber podido fundamentar que el error jurídico en el concepto de remisión corresponde a los alcances del estadio previo de la tipicidad y, por lo tanto, no puede tratarse de un delito putativo” (Jakobs, 2013, p. 79).

“Regresando al ejemplo que propusimos, en que el agente se apodera de los dientes de oro estando convencido de su ajenidad: es suficiente, para admitir en este caso la tentativa, la intención criminal del agente y que el elemento ajenidad sea un concepto de remisión. Para esta teoría es indiferente si en el tiempo de los hechos, según el Derecho Civil, el objeto sustraído estuvo bajo la propiedad o no de alguna persona” (Cerezo, 1998, p. 77).

Por cierto, “de acuerdo a la interpretación del Derecho Civil, con anterioridad al deceso de la persona, los dientes de oro le pertenecían al fallecido como parte integrante de su cuerpo. Después del deceso, no significa que los restos del fallecido de acuerdo a la sucesión universal se transfieran al dominio de los herederos” (Jakobs, 2013, p. 89). Naturalmente, “puede ser que se den otro tipo de interpretaciones en el Derecho Civil sobre ajenidad, como los hay, pero ello no es determinante para admitir o no tentativa según la teoría del estadio previo del error” (Jakobs, 1997, p. 73).

c) La tesis de la impunidad de todos los errores jurídicos incriminatorios por sí mismos:

Una tesis contraria fue desarrollada por Burkhard, quien remitiéndose a (Roxín, 2000), sostiene “que todos los errores en un estadio previo conducen siempre a sostener un delito putativo. Quien se apropia de un bien a consecuencia de una falsa interpretación, tomándolo como ajeno, solo comete un delito putativo” (p. 88).

Esta concepción se funda en la tesis de que cada desconocimiento de normas jurídicas está asociado con una extensión del campo de protección del Derecho Penal. (Jakobs, 1997) señala: “la afirmación de que el error en el ‘concepto de remisión’ conduce hacia una tentativa inidónea no es convincente: Esto traería consigo que las fronteras de punición del Derecho Penal sean dependientes de las técnicas de remisión de la ley penal (...)” (p. 110).

“Sería falso decir cuando alguien se apropia de una cosa, que es a consecuencia de un error en la deliberación de la norma que la tome por ajena, y que su error no está comprendido en el concepto de ajenidad, sino solo sobre las normas de traslación de propiedad en el estadio previo a dicha característica” (Jakobs, 2013, p. 88).

En realidad, el agente entiende la “ajenidad” como algo diferente que el legislador, cuando a consecuencia del error en la interpretación afirma la existencia de una característica. “

La extensión (Derecho) de los elementos normativos del tipo depende de las normas constitutivas para tal efecto. “A un error sobre dichas normas jurídicas le corresponde por eso *eo ipso* la extensión de los elementos normativos de las características del tipo y con ello también del ámbito de aplicación de la tipicidad” (Roxín, 2000, p. 81).

(Jakobs, 1997) plantearía, por ejemplo, en el caso propuesto del “apoderamiento de los dientes de oro” la característica “ajenidad” como concepto de remisión sustituible” (p. 92).

Si la interpretación de “ajenidad” conduce a que los objetos sustraídos en el caso de los “dientes de oro”, no tenían ningún propietario, no hay otra posibilidad que admitir la figura del delito putativo.

Seguidamente, acota (Roxín, 2000) una segunda crítica en contra de la tesis de (Jakobs, 1997) advirtiendo que “dicha concepción trae como consecuencia la ampliación de la punibilidad. Cuanto más complicado es un campo de remisión más difícil se hace la posibilidad de información jurídica” (p. 144). Si una persona, ¡por desconocimiento de las normas tributarias, cree de manera errónea estar cometiendo una defraudación fiscal, según la tesis de Herzberg, se tendría que sancionar al agente por tentativa de dicho delito; dicha solución no es aceptable” Puertas (2020, p. 73).

d) La tesis de la solución diferenciada:

Esta tesis es planteada por (Roxín, 2000) quien teniendo en cuenta las dos concepciones anteriores, “trata de alternar y recoger sus bondades haciéndolas político-criminalmente satisfactorias, pero sin dejar de ser también una tesis psicologicista, porque lo determinante para establecer si se trata de tentativa inidónea o delito putativo se hace recaer en la mente del autor” (p. 81).

Roxín crítica la tesis de (Jakobs, 1997) del “error jurídico en el estadio previo de la tipicidad” (p. 80), señalando que, si se hiciera responsable por tentativa a cada autor que cree estar cometiendo un delito, interpretando

erróneamente, por ejemplo, el ámbito de los delitos tributarios, se tendría consecuencias indeseables. Ello conduciría a una enorme ampliación de la punibilidad que político-criminalmente no es plausible.

Piénsese, por ejemplo, dice (Roxín, 2000) en un falso juramento “que hace el agente ante un policía incompetente. Según la teoría del estadio previo” el autor sería castigado por tentativa inidónea, de conformidad al artículo 154 del CP alemán, lo que no es convincente” (p. 14).

Sin embargo, (Roxín, 2000) advierte “que más de una característica de la norma que hace referencia al estadio previo es de otro tipo. Así, atribuye el concepto de ajenidad únicamente a la propiedad o a la copropiedad de otra persona” (p. 144). Quien interpreta bien el concepto de propiedad ajena “tiene, en su caso, dolo en la lesión de la propiedad. La complejidad y amplia cantidad de normas que regulan la creación de la propiedad no corresponden a la tipicidad de los delitos contra el patrimonio y, consecuentemente, el desconocimiento de su correcta interpretación tampoco haría cambiar la existencia de la tentativa” (Puertas, 2020, p. 55).

e) Solución normativa del denominado error de tipo al revés y del error de prohibición al revés:

A continuación, expondremos “los criterios de imputación que ya habíamos empezado en alusión a los fundamentos del racionalismo jurídico y sus consecuencias dogmáticas. Las categorías dogmáticas del error de tipo al revés y del error de prohibición al revés, que intentan distinguir entre la tentativa inidónea punible y el delito putativo, hacen recaer la punición en el nivel subjetivo de imputación” (Puerta, 2020, p. 77).

“Esto tiene una explicación: la tipicidad del delito tentado contiene, al igual que la tipicidad del delito consumado, componentes objetivos y subjetivos. Sin embargo, los componentes objetivos en los delitos tentados son incompletos, por eso es que se requiere como requisito tener conocimiento de la representación del autor, para determinar qué tipo penal se le tendría que imputar al autor” (Jakobs, 2013, p. 76).

Así, cuando el agente dispara contra una persona y la bala pasa silbando por la cabeza de la víctima “se puede saber” “de acuerdo a la representación del autor, si quería quitarle la vida, lesionarlo o simplemente quería gastarle una broma. Únicamente cuando cumpla los requisitos de la tipicidad subjetiva, cabe continuar con la evaluación de la tipicidad objetiva. En la tipicidad objetiva ha de determinarse el momento de la ejecución del plan del autor en la realización del tipo” (Jakobs, 2013, p. 60).

De conformidad al esquema de la doctrina tradicional, “el lugar donde será evaluado la tentativa inidónea punible y el delito putativo es en el primer nivel, esto es, en la tipicidad subjetiva. Si el autor se ha decidido por la comisión de un hecho delictivo que da la impresión de no reunir los requisitos de tipicidad, se tendrá que evaluar si el comportamiento es de tentativa inidónea punible o de un delito putativo” (Puertas, 2020, p. 73).

2.3. Marco conceptual

Alegación del error de tipo

Para (Pariona, 2020) “el error de tipo no es un problema de antijuricidad o culpabilidad, sino de tipicidad, es el error del actor sobre las circunstancias fácticas, es decir, existe una desavenencia entre la concepción del actor y la realidad. Se trata pues de una

atipicidad dolosa, ya que no existe conocimiento y voluntad de cometer el tipo penal, por lo tanto, no hay dolo” (p. 49).

Alegación del error de tipo vencible

Para (Abanto, 2019) “el error de tipo invencible excluye el dolo y, si es vencible, fundamenta en su caso el castigo por imprudencia” (p. 134).

Alegación del error de tipo invencible

Según (Rojas, 2017) “el error de prohibición invencible excluye la culpabilidad y, si es vencible, permite atenuarla, pero no afecta en nada el tipo de injusto del delito cometido” (p. 16).

Acto sexual contra la voluntad de una persona

A decir de (Salinas, 2019) “es el acto sexual de penetración vaginal o anal practicado contra la voluntad de una persona, mediante la utilización de la violencia física, sustancias tóxicas (alcohol, drogas, etc.) o una grave amenaza” (p. 140).

Tipo penal de violación sexual

De acuerdo a (Salinas, 2019) “el delito de violación sexual se constituye como la realización del acto sexual mediante violencia o amenaza, por lo tanto, lo que se castiga no es la cópula en sí, sino el empleo de esos medios” (p. 110).

Vulneración de la libertad o indemnidad sexual

Para (Rojas, 2017) “cuando estos delitos afectan a menores o incapaces, que todavía no han desarrollado su propia personalidad sexual, se habla de indemnidad sexual. No se puede hablar de libertad sexual, ya que no disponen aún de la determinación necesaria sobre su vida sexual. El término libertad sexual se acondiciona más a los delitos sexuales

contra personas mayores de edad o contra los que se considera que han llegado al pleno desarrollo de su personalidad sexual” (p. 91).

CAPÍTULO III

HIPÓTESIS

3.1. Hipótesis

3.1.1. Hipótesis General

La inconsistencia de la alegación del error de tipo formulada por el imputado influye para la calificación del tipo penal de violación sexual.

3.1.2. Hipótesis Específicas:

1. La inconsistencia de la alegación del error de tipo vencible formulada por el imputado influye para la calificación del tipo penal de violación sexual.
2. La inconsistencia de la alegación error de tipo invencible formulada por el imputado influye para la calificación del tipo penal de violación sexual.

3.2. Variables

- Variable independiente:

Alegación del error de tipo.

- Variable dependiente:

Calificación del tipo penal de violación sexual.

- Operacionalización de las variables:

VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	INDICADORES
<p>VARIABLE INDEPENDIENTE</p> <p>Alegación del error de tipo.</p>	<p>“El error de tipo es el fenómeno que determina la ausencia del dolo cuando, habiendo una tipicidad objetiva, falta o es falso el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo” (García, 2017, p. 81).</p>	<p>-Alegación del error de tipo vencible.</p> <p>-Alegación del error de tipo invencible.</p>
<p>VARIABLE DEPENDIENTE</p> <p>Calificación del tipo penal de violación sexual.</p>	<p>“El que, con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías”. (Oré, 2011, p. 165).</p>	<p>-Vulneración a la integridad física de la víctima.</p> <p>-Vulneración de la libertad o indemnidad sexual.</p>

CAPÍTULO IV

METODOLOGÍA

4.1. Método de investigación

a) Métodos generales:

Se utilizó el método inductivo y deductivo. El método inductivo consiste en: “es aquella que va de los hechos particulares a afirmaciones de carácter general. Permite analizar casos particulares a partir de los cuales se extraen conclusiones de carácter general. Es muy importante por cuanto fundamenta la formulación de las hipótesis, la investigación de leyes científicas y las demostraciones” (Dolorier, 2008, p. 112). En tanto el método deductivo consiste en: “aquella que parte de datos generales aceptados como válidos para llegar a una conclusión de tipo particular. Mediante ella se aplican los principios descubiertos a casos particulares, a partir de un enlace de juicios” (Bazán, 2010, p. 90).

Método que ha sido empleado en la presente investigación para conceptualizar las variables de estudio propuestas, considerando en este particular caso, el estudio de la inconsistencia de la alegación del error de tipo formulada por el imputado para la

calificación del tipo penal de violación sexual, que constituyen los elementos teóricos más relevantes en la tesis.

b) Métodos particulares:

- Método exegético:

Según (Valderrama, 2015) el método exegético “es el estudio de las normas jurídicas artículo por artículo, dentro de éstos, palabra por palabra buscando el origen etimológico de la norma, figura u objeto de estudio, desarrollarlo, describirlo y encontrar el significado que le dio el legislador” (p. 180).

Se ha empleado para comprender de qué manera la norma fija literalmente la regulación normativa del error de tipo y la calificación del delito de violación sexual.

– Método sistemático:

Para (Valderrama, 2015) este método “introduce la idea de que una norma no es un mandato aislado, sino que responde al sistema jurídico normativo orientado hacia un determinado rumbo en el que, conjuntamente con otras normas, se encuentra vigente” (p. 17).

Se ha empleado para comprender de qué manera la norma fija en todo el ordenamiento jurídico, la regulación normativa del error de tipo y la calificación del delito de violación sexual, es decir, desde un plano más amplio.

– Método teleológico:

Para (Carruitero, 2014) este método “pretende llegar a la interpretación de la norma a través del fin de la misma, buscando en su espíritu, que es la finalidad por la cual la norma fue incorporada al ordenamiento jurídico” (p. 45).

Se ha empleado para comprender de qué manera la norma fija el fin de la regulación normativa del error de tipo y la calificación del delito de violación sexual, estudiando, la finalidad para lo cual ha sido creada la norma respecto a estas dos variables.

4.2. Tipo de investigación

Es de tipo jurídico social ya que “se centra en el análisis y solución de problemas de varias índoles, con especial énfasis en el análisis de la norma y su estudio en la teoría o corrientes doctrinarias” (Arnao, 2007, p. 62).

En este caso, se ha empleado este tipo de investigación porque se ha considerado realizar un trabajo de campo, considerando para ello, el hecho de haber practicado encuestas a determinados especialistas en derecho penal.

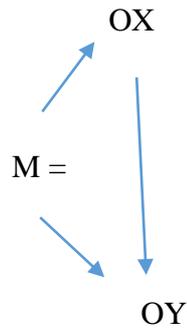
4.3. Nivel de investigación

De nivel explicativo, definido como el nivel de investigación que (Valderrama, 2015) “va más allá de la descripción de conceptos, fenómenos o del establecimiento de relaciones entre conceptos (...) su interés se centra en descubrir la razón por la que ocurre un fenómeno determinado, así como establecer en qué condiciones se da este, por qué dos o más variables están relacionadas” (p. 45).

El nivel de investigación seleccionado se ha propuesto porque en la investigación se ha pretendido buscar cuáles son las causas del tema de estudio, así como también el hecho de haber determinado las consecuencias de la formulación de alegaciones innecesarias del error de tipo.

4.4. Diseño de investigación

Se utilizó el diseño de la investigación de carácter no experimental, que según (Kerlinger, 1979, p. 32) “es cualquier investigación en la que resulta imposible manipular variables o asignar aleatoriamente a los sujetos o a las condiciones”. Que, en la presente investigación, las variables establecidas no se han manipulado de forma intencional y se han estudiado, así como se aprecian en la doctrina.



M = Muestra

OY= Alegación del error de tipo

OX= Calificación del tipo penal de violación sexual

4.5. Población y muestra

4.5.1. Población

La población se encuentra constituida por 50 abogados especialistas en Derecho Penal.

Se ha seleccionado este número de forma intencional por el investigador, ya que no existe actualmente un registro del número de abogados penalistas, aspecto que imposibilita poder seleccionar un número exacto en la población.

4.5.2. Muestra

La muestra se encuentra constituida por 50 abogados especialistas en Derecho Penal; por las mismas razones formuladas en la población.

4.6. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

4.6.1. Técnicas de recolección de datos

Como técnicas de investigación que se utilizaron en la presente, se consideraron al análisis documental y la encuesta.

El análisis documental es definido como “un conjunto de operaciones intelectuales, que buscan describir y representar los documentos de forma unificada sistemática para facilitar su recuperación. Comprende el procesamiento analítico- sintético que, a su vez, incluye la descripción bibliográfica y general de la fuente, la clasificación, indización, anotación, extracción, traducción y la confección de reseñas” (Arnao, 2007, p. 53).

Se ha empleado para poder analizar todo el conjunto de documentos relacionados a la investigación, tales como libros, revistas, artículos científicos, jurisprudencia, entre otros.

También se utilizó la encuesta, que es una técnica de investigación que “busca establecer relaciones entre el objeto analizado y lo que se pretende conocer o verificar de él. Para ello el investigador se vale de sus cinco sentidos, y puede utilizar elementos y maquinarias que amplíen su capacidad de análisis y que brinden mayor cantidad y calidad de datos” (Salazar, 2010, p. 53).

Se empleó para poder formular las preguntas dirigidas a la muestra seleccionada, a fin de obtener las respuestas relacionadas al tema de investigación.

4.6.2. Instrumentos de recolección de datos

El instrumento de recolección de datos que se consideró ha sido el cuestionario, que según (Tamayo, 2012):

“es un conjunto de preguntas diseñadas para generar los datos necesarios para alcanzar los objetivos propuestos del proyecto de investigación. El cuestionario permite estandarizar e integrar el proceso de recopilación de datos. El cuestionario puede aplicarse a grupos o individuos estando

presente el investigador o el responsable de recoger la información o puede enviarse por correo a los destinatarios seleccionados en la muestra.” (p. 65).

Se ha empleado a fin de recolectar los datos necesarios contenidos en las respuestas de los encuestados, considerando que el instrumento de investigación ha sido formulado de acuerdo a los indicadores de estudio.

4.7. Técnicas de procesamiento y análisis de datos

Para el procesamiento y análisis de los datos obtenidos y recabados producto de la aplicación del instrumento de investigación, se ha realizado un análisis descriptivo, considerando básicamente la interpretación de las teorías más relevantes. Asimismo, es importante señalar que en la parte de la contrastación se ha considerado emplear el software estadístico SPSS V. 25, a fin de validar las hipótesis formuladas.

4.8. Aspectos éticos

Al respecto, en el estudio se valorarán los principios éticos, los mismos que se establecerán en los consentimientos informados que deberán ser suscritos por los abogados que participen en la aplicación de los instrumentos de recolección de datos, estableciendo el respeto por la confidencialidad de los datos de los participantes, su intimidad y anonimato, se cumplirá con comunicar los detalles correspondientes.

“Los principios derivados de la ética son fundamentales al momento de aplicar los instrumentos de investigación en la muestra de estudio, y también para poder establecer el nivel de originalidad del mismo, ya que muchas veces se plantean estudios sin evidenciar y corroborar el aporte original que realiza el investigador sobre el tema planteado de estudio” (Garrido, 2018, p. 80).

CAPÍTULO V

RESULTADOS

5.1. Presentación de resultados

En el ítem presente desarrollaremos el aspecto práctico de la tesis, referido a la presentación de los resultados que se han obtenido a partir de la aplicación del instrumento denominado cuestionario:

- ÍTEM NRO. 01:

Tabla 1 ¿Considera que la alegación del error de tipo formulada por el imputado se realiza sólo para desvirtuar la imputación fiscal?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	20	40,0	40,0	40,0
	Si	30	60,0	60,0	100,0
	Total	50	100,0	100,0	

FUENTE: ENCUESTAS APLICADAS

ELABORACIÓN: EL INVESTIGADOR.

Interpretación: de lo recogido en la aplicación del instrumento de investigación realizada a 50 abogados especialistas en derecho penal, se puede observar que existe un porcentaje mayoritario menciona que la alegación del error de tipo formulada por el imputado se realiza sólo para desvirtuar la imputación fiscal.

¿Considera que influye significativamente la inconsistencia de la alegación del error de tipo formulada por el imputado para la calificación del tipo penal de violación sexual?

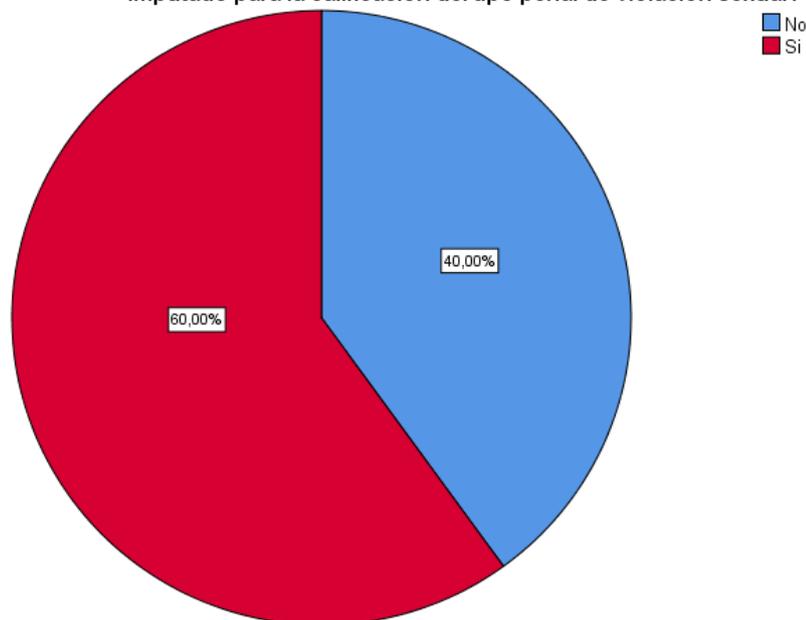


Figura 1

FUENTE: ENCUESTAS APLICADAS

ELABORACIÓN: EL INVESTIGADOR.

Interpretación: de lo recogido en la aplicación del instrumento de investigación realizada a 50 abogados especialistas en derecho penal, se tiene respecto menciona que la alegación del error de tipo formulada por el imputado se realiza sólo para desvirtuar la imputación fiscal, el 40,00% menciona que no, el 60,00% menciona que sí.

Se puede interpretar que “no se aplican los aspectos dogmáticos de la teoría del error en sus variantes como el error de tipo, error de prohibición y error de comprensión culturalmente condicionado; considero que no lo aplican por falta de conocimiento teórico dogmático”.

- ÍTEM NRO. 02:

Tabla 2 ¿Considera que la alegación del error de tipo se plantea a fin de demostrar que no se ha vulnerado la integridad física de la víctima de forma manifiesta?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	18	36,0	36,0	36,0
	Si	32	64,0	64,0	100,0
	Total	50	100,0	100,0	

FUENTE: ENCUESTAS APLICADAS

ELABORACIÓN: EL INVESTIGADOR.

Interpretación: de lo recogido en la aplicación del instrumento de investigación realizada a 50 abogados especialistas en derecho penal, se puede observar que existe un porcentaje mayoritario indica que la alegación del error de tipo se plantea a fin de demostrar que no se ha vulnerado la integridad física de la víctima de forma manifiesta.

Se puede manifestar que la mayor parte de encuestados ha indicado que “conoce mínimamente las diferencias en su estructura conceptúa de cada una de las modalidades del error, tampoco al parecer manejan los efectos jurídicos de cada uno de ellos”.

¿Considera que influye significativamente la inconsistencia de la alegación del error de tipo vencible formulada por el imputado para la calificación del tipo penal de violación sexual?

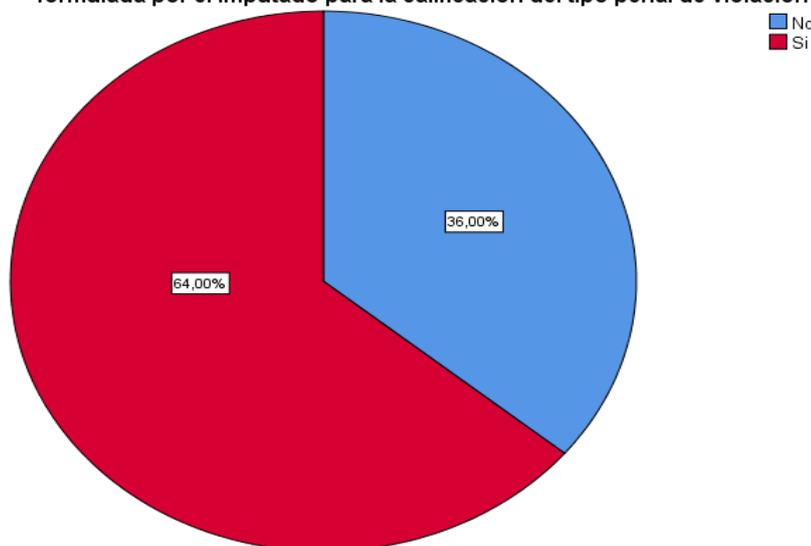


Figura 2

FUENTE: ENCUESTAS APLICADAS

ELABORACIÓN: EL INVESTIGADOR.

Interpretación: de lo recogido en la aplicación del instrumento de investigación realizada a 50 abogados litigantes especialistas en derecho penal, se tiene respecto que se considera que la alegación del error de tipo se plantea a fin de demostrar que no se ha vulnerado la integridad física de la víctima de forma manifiesta, el 36,00% menciona que no, el 54,00% menciona que sí.

Así, se puede manifestar que “está comprobado que los operadores del proceso (jueces, fiscales y vocales) no aplican en los procesos penales a su cargo los aspectos dogmáticos de la teoría del error en sus variantes de error de tipo, error de prohibición y error de comprensión culturalmente condicionado, en los casos por violación sexual de menor cuando el agente actúa con desconocimiento o conocimiento equivocado del algún elemento del tipo objetivo o que su hecho estaba prohibido o que dada su cultura es normal tener prácticas sexuales a temprana edad”.

- **ÍTEM NRO. 03:**

Tabla 3 ¿Considera que la alegación del error de tipo se plantea a fin de demostrar que no se ha vulnerado la indemnidad sexual de la víctima de forma intencional?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	12	24,0	24,0	24,0
	Si	38	76,0	76,0	100,0
	Total	50	100,0	100,0	

FUENTE: ENCUESTAS APLICADAS

ELABORACIÓN: EL INVESTIGADOR.

Interpretación: de lo recogido en la aplicación del instrumento de investigación realizada a 50 abogados especialistas en derecho penal, se puede observar que existe un porcentaje

mayoritario indica que la alegación del error de tipo se plantea a fin de demostrar que no se ha vulnerado la indemnidad sexual de la víctima de forma intencional.

¿Considera que influye significativamente la inconsistencia de la alegación error de tipo invencible formulada por el imputado para la calificación del tipo penal de violación sexual?

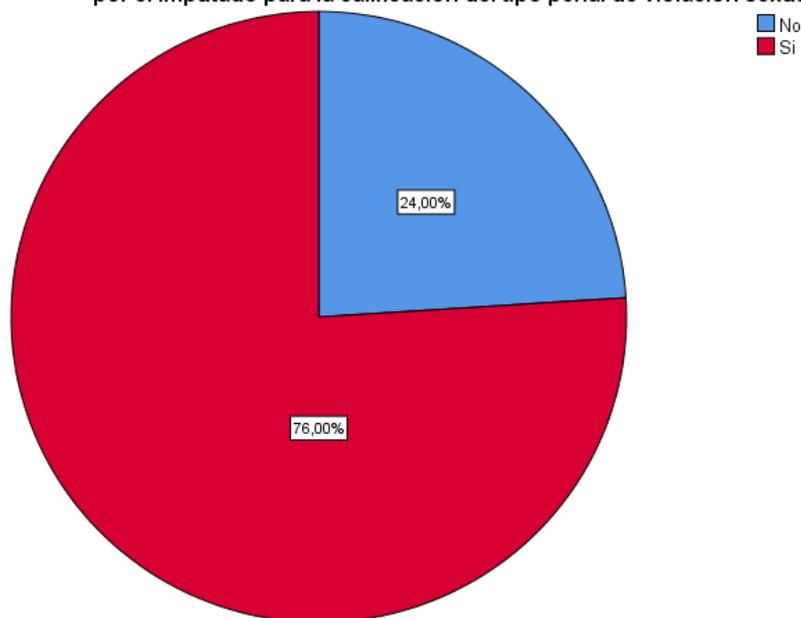


Figura 3

FUENTE: ENCUESTAS APLICADAS

ELABORACIÓN: EL INVESTIGADOR.

Interpretación: de lo recogido en la aplicación del instrumento de investigación realizada a 50 abogados especialistas en derecho penal, se tiene respecto que Considera que la alegación del error de tipo se plantea a fin de demostrar que no se ha vulnerado la indemnidad sexual de la víctima de forma intencional, el 24,00% menciona que no, el 76,00% menciona que sí.

Se puede interpretar que “la inaplicación de los aspectos dogmáticos de la teoría del error en sus variantes de error de tipo, error de prohibición y error de comprensión culturalmente condicionado en los casos por violación sexual de menor, se debe a que la mayoría de los operadores del proceso (jueces, fiscales y vocales) no los dominan, ni tampoco lo distinguen en forma correcta”.

- ÍTEM NRO 04

Tabla 4 ¿Estima que la formulación de la alegación del error de tipo se realiza sin considerar un análisis adecuado del contexto en el que se produjo la violación sexual ?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	31	62,0	62,0	62,0
	Si	19	38,0	38,0	100,0
	Total	50	100,0	100,0	

FUENTE: ENCUESTAS APLICADAS

ELABORACIÓN: EL INVESTIGADOR.

Interpretación: de lo recogido en la aplicación del instrumento de investigación realizada a 50 abogados litigantes especialistas en derecho penal, se puede observar que existe un porcentaje mayoritario expone que la formulación de la alegación del error de tipo se realiza sin considerar un análisis adecuado del contexto en el que se produjo la violación sexual

¿Estima que existe una adecuada determinación del error de tipo para sancionar los delitos de violación sexual?

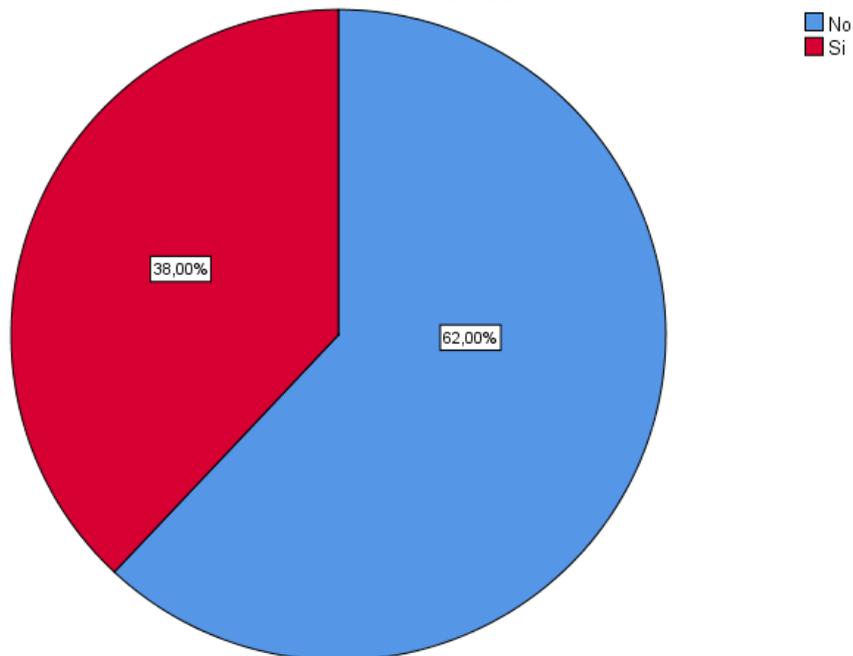


Figura 4

FUENTE: ENCUESTAS APLICADAS

ELABORACIÓN: EL INVESTIGADOR.

Interpretación: de lo recogido en la aplicación del instrumento de investigación realizada a 50 abogados litigantes especialistas en derecho penal, se tiene respecto que la formulación de la alegación del error de tipo se realiza sin considerar un análisis adecuado del contexto en el que se produjo la violación sexual, el 62,00% menciona que no, el 38,00% menciona que sí.

- **ÍTEM NRO 05**

Tabla 5 ¿Estima que la alegación del error de tipo como alegado de defensa muchas veces se plantea sólo con fines dilatorios?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	32	64,0	64,0	64,0
	Si	18	36,0	36,0	100,0
	Total	50	100,0	100,0	

FUENTE: ENCUESTAS APLICADAS

ELABORACIÓN: EL INVESTIGADOR.

Interpretación: de lo recogido en la aplicación del instrumento de investigación realizada a 50 abogados litigantes especialistas en derecho penal, se puede observar que existe un porcentaje mayoritario expone que la alegación del error de tipo como alegado de defensa muchas veces se plantea sólo con fines dilatorios.

“Las consecuencias que genera la inaplicación de los aspectos dogmáticos de la teoría del error en sus variantes de error de tipo, error de prohibición y error de comprensión culturalmente condicionad son; afectación a los derechos y garantías fundamentales del procesado, condenas injustas, reproche penal a hechos que resultan atípicos cuando se presenta el error de tipo”.

¿Estima que existe una interpretación adecuada para determinar el error de tipo en los delitos de violación sexual?

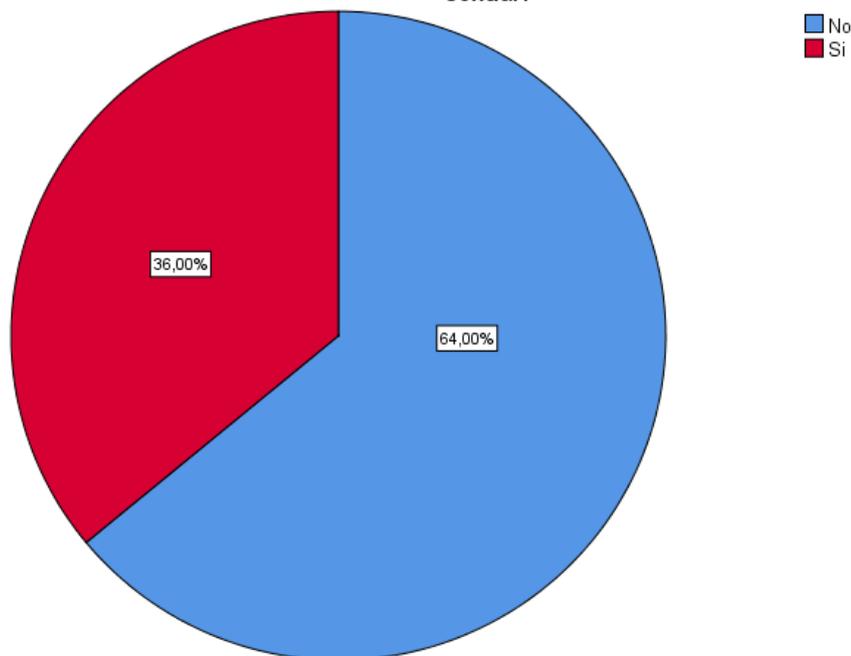


Figura 5

FUENTE: ENCUESTAS APLICADAS

ELABORACIÓN: EL INVESTIGADOR.

Interpretación: de lo recogido en la aplicación del instrumento de investigación realizada a 50 abogados litigantes especialistas en derecho penal, se tiene respecto que estima que la alegación del error de tipo como alegado de defensa muchas veces se plantea sólo con fines dilatorios, el 64,00% menciona que no, el 36,00% menciona que sí.

Así, “el reproche penal a hechos que constituyen injusto cuando se presenta el error de prohibición y error de comprensión culturalmente condicionado; que debieron aplicarse en casos concretos donde el agente procesado por el delito de violación sexual de menor actúo con desconocimiento o conocimiento equivocado de alguno de los elementos del tipo objetivo o en la creencia de que su conducta es lícita y/o que es su forma de vida de acuerdo a su cultura o costumbres del lugar donde reside; y deformación del propósito teleológico de la disposición penal”.

- ÍTEM NRO 06

Tabla 6 ¿Estima que el acto sexual contra la voluntad de una persona es calificado de forma objetiva frente a la alegación del error de tipo vencible formulada por el imputado?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	35	70,0	70,0	70,0
	Si	15	30,0	30,0	100,0
	Total	50	100,0	100,0	

FUENTE: ENCUESTAS APLICADAS

ELABORACIÓN: EL INVESTIGADOR.

Interpretación: de lo recogido en la aplicación del instrumento de investigación realizada a 50 abogados litigantes especialistas en derecho penal, se puede observar que existe un porcentaje mayoritario expone que el acto sexual contra la voluntad de una persona no es estimado de forma objetiva frente a la teoría del error de tipo.

“El artículo 14 del Código Penal establece que el error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación, pero su fuese vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley. Por otra parte, el artículo 173 de mismo cuerpo normativo establece que el delito de violación sexual de menor de 14 años está referida a aquel sujeto que comete el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías y siguientes supuestos que establece este articulado”.

¿Estima que el acto sexual contra la voluntad de una persona es calificado de forma objetiva frente a la alegación del error de tipo vencible formulada por el imputado?

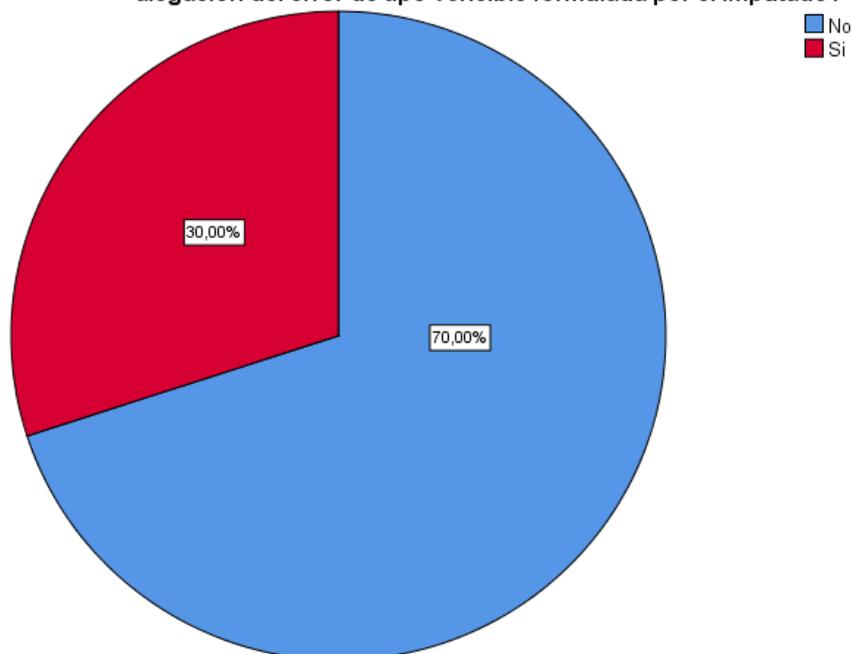


Figura 6

FUENTE: ENCUESTAS APLICADAS

ELABORACIÓN: EL INVESTIGADOR.

Interpretación: de lo recogido en la aplicación del instrumento de investigación realizada a 50 abogados especialistas en derecho penal, se tiene respecto que estima que el acto sexual contra la voluntad de una persona es calificado de forma objetiva frente a la alegación del error de tipo vencible formulada por el imputado, el 70,00% menciona que no, el 30,00% menciona que sí.

“Se puede interpretar que, en conjunto, cuando el error de tipo se aplica en el delito de violación sexual de menor de 14 años surgen estas interrogantes con la finalidad de encontrar los criterios que nos permitan dilucidar con justa razonabilidad si la actuación del sujeto agente estuvo influenciado por el error o por el conocimiento sobre la minoría de edad del sujeto pasivo”.

- ÍTEM NRO 07

Tabla 7 ¿Estima que el acto sexual contra la voluntad de una persona es calificado de forma objetiva frente a la alegación del error de tipo invencible formulada por el imputado?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	25	50,0	50,0	50,0
	Si	25	50,0	50,0	100,0
	Total	50	100,0	100,0	

FUENTE: ENCUESTAS APLICADAS

ELABORACIÓN: EL INVESTIGADOR.

Interpretación: de lo recogido en la aplicación del instrumento de investigación realizada a 50 abogados litigantes especialistas en derecho penal, se puede observar que existe un porcentaje mayoritario expone que el acto sexual contra la voluntad de una persona no es estimado de forma objetiva frente a la teoría del error de tipo invencible.

Se puede interpretar que, “en atención al delito de violación sexual de menor de 14 años, la doctrina generalmente sostiene que el error de tipo se determina cuando el agente actúa desconociendo la edad del sujeto pasivo y creyendo que contaba con más de 14 años. Asimismo, sostiene que la determinación del carácter vencible del error ocurre cuando el autor, actuando diligentemente, hubiese podido superar el error, eliminándose el dolo, pero subsistiendo la culpa, debiendo ser castigado a título culposo, pero como el delito de violación sexual de menor no admite ninguna modalidad culposa, su actuación por lo tanto queda impune”.

¿Estima que el acto sexual contra la voluntad de una persona es calificado de forma objetiva frente a la alegación del error de tipo invencible formulada por el imputado?

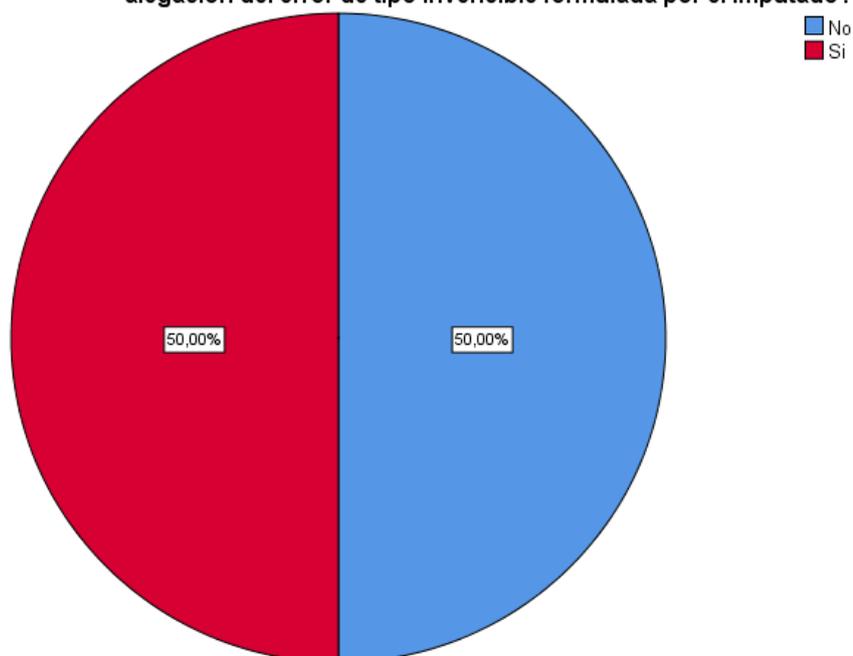


Figura 7

FUENTE: ENCUESTAS APLICADAS

ELABORACIÓN: EL INVESTIGADOR.

Interpretación: de lo recogido en la aplicación del instrumento de investigación realizada a 50 abogados litigantes especialistas en derecho penal, se tiene respecto que estima que el acto sexual contra la voluntad de una persona es calificado de forma objetiva frente a la alegación del error de tipo invencible formulada por el imputado, el 50,00% menciona que no, el 50,00% menciona que sí.

- ÍTEM NRO 08

Tabla 8 ¿Considera que la vulneración de la libertad o indemnidad sexual se interpreta adecuadamente cuando se alega error de tipo vencible?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado

Válido	No	30	60,0	60,0	60,0
	Si	20	40,0	40,0	100,0
	Total	50	100,0	100,0	

FUENTE: ENCUESTAS APLICADAS

ELABORACIÓN: EL INVESTIGADOR.

Interpretación: de lo recogido en la aplicación del instrumento de investigación realizada a 50 abogados litigantes especialistas en derecho penal, se puede observar que existe un porcentaje mayoritario expone que la vulneración de la libertad o indemnidad sexual no se interpreta de forma adecuada en los casos de error de tipo vencible.

Se puede interpretar que “la determinación del error de tipo vencible en los delitos sexuales contra menores de 14 años, se determina siempre y cuando las condiciones personales y la temporalidad superen, aventajen o derroten a la falsa percepción y/o el falso conocimiento”.

¿Considera que la vulneración de la libertad o indemnidad sexual se interpreta adecuadamente cuando se alega error de tipo vencible?

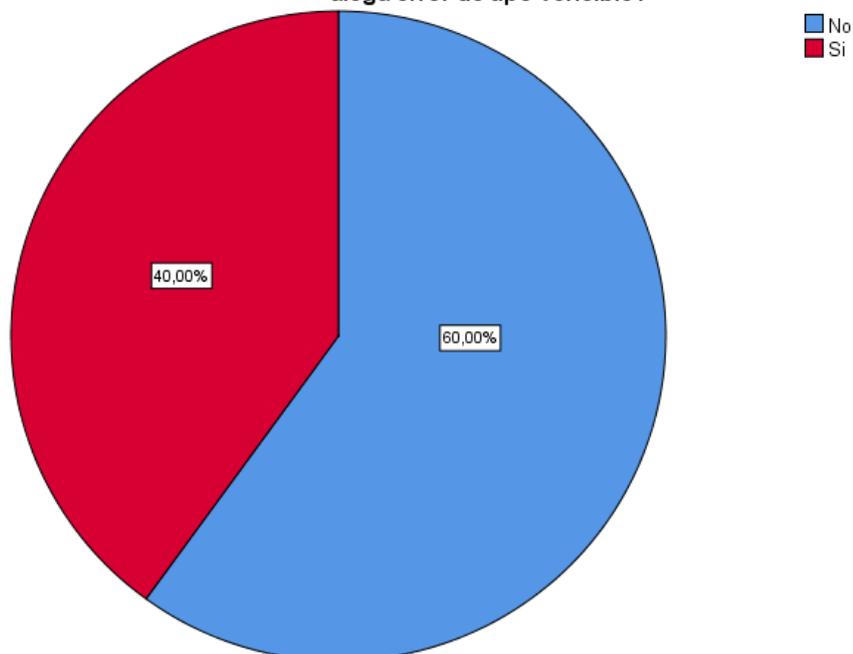


Figura 8

FUENTE: ENCUESTAS APLICADAS

ELABORACIÓN: EL INVESTIGADOR.

Interpretación: de lo recogido en la aplicación del instrumento de investigación realizada a 50 abogados litigantes especialistas en derecho penal, se tiene respecto que considera que la vulneración de la libertad o indemnidad sexual se interpreta adecuadamente cuando se alega error de tipo vencible, el 60,005 menciona que no, el 40,00% menciona que sí.

- **ÍTEM NRO 09**

Tabla 9 ¿Considera que la vulneración de la libertad o indemnidad sexual se interpreta adecuadamente cuando se alega error de tipo invencible?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	39	78,0	78,0	78,0
	Si	11	22,0	22,0	100,0
	Total	50	100,0	100,0	

FUENTE: ENCUESTAS APLICADAS

ELABORACIÓN: EL INVESTIGADOR.

Interpretación: de lo recogido en la aplicación del instrumento de investigación realizada a 50 abogados litigantes especialistas en derecho penal, se puede observar que existe un porcentaje mayoritario expone que la vulneración de la libertad o indemnidad sexual no se interpreta de forma adecuada en los casos de error de tipo invencible.

Se puede interpretar que, “en el delito de violación sexual de menor de 14 años, no es necesario verificar en el dolo del sujeto agente la presencia de un defecto volitivo, lo cual, si sería importante para determinar la existencia de un error de tipo vencible, a título culposo. De ahí que, el dolo que excluye el error de tipo en los delitos de violación sexual de menor, es el dolo cognitivo, esto es, el conocimiento sobre la referida minoría de edad, imputable al autor en

razón de los roles sociales que desempeña y que como tal, resulta inexcusable que se desvincule de tales conocimientos”.

¿Considera que la vulneración de la libertad o indemnidad sexual se interpreta adecuadamente cuando se alega error de tipo invencible?

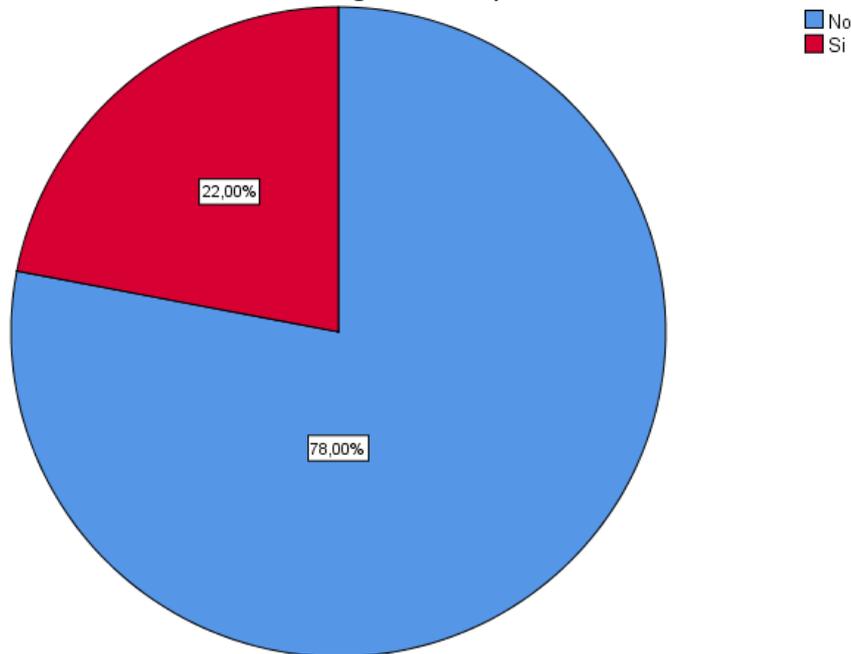


Figura 9

FUENTE: ENCUESTAS APLICADAS

ELABORACIÓN: EL INVESTIGADOR.

Interpretación: de lo recogido en la aplicación del instrumento de investigación realizada a 50 abogados litigantes especialistas en derecho penal, se tiene respecto que considera que la vulneración de la libertad o indemnidad sexual se interpreta adecuadamente cuando se alega error de tipo invencible, el 78,00% menciona que no, el 22,00% menciona que sí.

- ÍTEM NRO 10

Tabla 10 ¿Considera que la aplicación del error de tipo en los delitos de violación sexual se viene empleando de forma motivada?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	36	72,0	72,0	72,0
	Si	14	28,0	28,0	100,0
	Total	50	100,0	100,0	

FUENTE: ENCUESTAS APLICADAS

ELABORACIÓN: EL INVESTIGADOR.

Interpretación: de lo recogido en la aplicación del instrumento de investigación realizada a 50 abogados litigantes especialistas en derecho penal, se puede observar que existe un porcentaje mayoritario considera que la aplicación del error de tipo no es empleada de forma motivada en los casos de violación sexual.

¿Considera que la aplicación del error de tipo en los delitos de violación sexual se viene empleando de forma motivada?

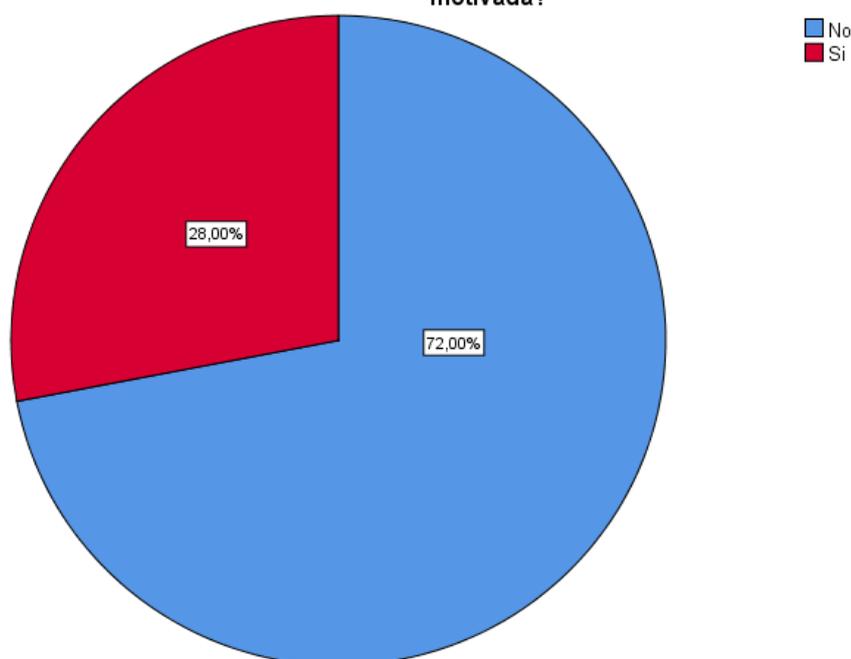


Figura 10

FUENTE: ENCUESTAS APLICADAS

ELABORACIÓN: EL INVESTIGADOR.

Interpretación: de lo recogido en la aplicación del instrumento de investigación realizada a 50 abogados litigantes especialistas en derecho penal, se tiene respecto que considera que la aplicación del error de tipo en los delitos de violación sexual se viene empleando de forma motivada, el 72,00% menciona que no, el 28,00% menciona que sí.

Se puede interpretar que, “los criterios que excluyen el error de tipo en esta clase de delitos sexuales son las circunstancias personales del autor referido a que contaba con las condiciones suficientes para conocer preexistentemente la edad del sujeto pasivo. Estas circunstancias personales son imputables por el rol social que desempeña y que están vinculados con la edad del sujeto pasivo”.

5.2. Contrastación de hipótesis

5.2.1. Contrastación de la hipótesis general

La inconsistencia de la alegación del error de tipo formulada por el imputado influye de para la calificación del tipo penal de violación sexual.

Por otro lado, “existe en nuestro país, como en muchos otros, discriminación del sexo femenino, toda vez, que existe una predisposición por restarle credibilidad a lo señalado por la propia víctima, sin darle valor a la prueba científica que corrobora el delito, así como tampoco se le da valor a la pericia psicológica realizada a ambas partes, resultando suficiente que la víctima se contradiga en algún aspecto de los hechos sucedidos en su agravio, para absolver de los cargos al agresor, por lo que ante la duda, el acusado es absuelto de los cargos, en el mejor de los casos aplicando el in du bio pro reo, caso contrario, mayormente se falla absolviéndolo, sin realizar un fundamento teórico de lo que constituye su aplicación” (Prado, 2020, p. 30).

Al respecto debe indicarse que, según el cuestionario aplicado, la alegación del error de tipo como alegado de defensa muchas veces se plantea sólo con fines dilatorios,

el 64,00% menciona que no, el 36,00% menciona que sí. Lo que se relaciona con la hipótesis formulada.

Esta situación, “resulta agravada cuando se trata de mujeres menores de edad que fueron violentadas por un pariente cercano, donde no sólo está en discusión la violación sexual, sino también el problema social y familiar que afrontará dicha menor, siendo muchas veces presionada por la misma familia para que cambie su versión, por ello es que luego de haber declarado preliminarmente como sucedieron los hechos, ya en juicio oral dará otra versión, con lo cual quedará resuelto el problema para el Juzgador” (Velarde, 2020, p. 88).

Asimismo, puede señalarse del cuestionario aplicado, que, existe un porcentaje mayoritario expone que el acto sexual contra la voluntad de una persona no es estimado de forma objetiva frente a la teoría del error de tipo.

5.2.2. Contrastación de primera hipótesis específica

La inconsistencia de la alegación del error de tipo vencible formulada por el imputado influye para la calificación del tipo penal de violación sexual.

“La libertad sexual tiene como objeto de tutela penal a las facultades o capacidades de la persona de determinarse espontáneamente en el ámbito de la sexualidad esta se configura como una concreción de la libertad personal, automatizada a partir de la esfera social en la que se desenvuelven los propios comportamientos sexuales. Es una concreción y manifestación individual de la libertad personal que expresa la facultad y el poder de auto determinarse de manera espontánea y sin coacción externa, abuso o engaño dentro del ámbito de las conductas sexuales” (Puente, 2020, p. 99), por lo tanto, en el uso de dicha libertad, toda persona tiene el derecho de decidir si desea o no tener acceso carnal con alguien de forma libre y voluntaria.

Así, es importante señalar, que, del cuestionario aplicado, se tiene respecto que estima que el acto sexual contra la voluntad de una persona es calificado de forma objetiva frente a la alegación del error de tipo vencible formulada por el imputado, el 70,00% menciona que no, el 30,00% menciona que sí. Cuestión que se vincula con el tema planteado, y que se halla expresada en la presente hipótesis.

Es claro que “el consentimiento expresado por el titular del bien jurídico opera como causa de justificación en materia de sexualidad y exime de responsabilidad penal para quien sostiene relaciones sexuales con ellos en pro de un sistema coherente, y opera desde los 14 años” (Prado, 2020, p. 23).

La protección de la indemnidad sexual está relacionada con la necesidad de proteger u garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente. “Para ello, como sucede en el caso de menores, así como son la protección de quienes debido a anomalías psíquicas carecen a priori de plena capacidad para llegar a tomar conciencia del alcance del significado de una relación sexual” (Rojas, 2020, p. 133).

5.2.3. Contrastación de segunda hipótesis específica

La inconsistencia de la alegación error de tipo invencible formulada por el imputado influye para la calificación del tipo penal de violación sexual.

Producidos los hechos de connotación criminal el conjunto factico debe ser conculcado (casado) en los marcos del “molde normativo” “preestablecido por la ley por el legislador competente autorizado constitucionalmente para fijar los lineamientos de la política criminal. Es claro que los jueces no dictan leyes, pero si han de interpretar y aplicar las que dicta el Parlamento en cuanto sean acordes con la Constitución y los principios fundamentales de los Derechos Humanos, de los que deriva toda la arquitectura jurídico penal de los sistemas democráticos” (Prado, 2020, p. 23).

Así, de los resultados obtenidos, puede indicarse que, se puede observar que existe un porcentaje mayoritario expone que el acto sexual contra la voluntad de una persona no es estimado de forma objetiva frente a la teoría del error de tipo invencible.

De ahí que “la operación lógica de subsumir los hechos en las normas penales ha de respetar la taxatividad para no extender los tipos penales por interpretación ni des tipificar conductas penales que la representación del pueblo en el parlamento ha considerado deben ser objeto de tutela penal con una expectativa preventiva y e sanción cuando corresponda” (Franco, 2019, p. 39).

Asimismo, puede indicarse que, según el cuestionario aplicado, se estima que el acto sexual contra la voluntad de una persona es calificado de forma objetiva frente a la alegación del error de tipo invencible formulada por el imputado, el 50,00% menciona que no, el 50,00% menciona que sí.

De ahí que “la labor legislativa consiste en más que dictar leyes aprobándolas tras los dictámenes y debates con la mayoría correspondiente; las leyes deben ser coherentes con el sistema, cabales, libres de ambigüedades, para motivar a la colectividad y para permitir una aplicación diáfana. La labor judicial consiste en aplicar racionalmente las leyes discernir en caso de conflicto de leyes e implicar las que colisionan con la Constitución” (Fernández, 2020, p. 49).

5.3. Discusión de resultados

En este apartado se va discutir los resultados obtenidos por otros investigadores citados en la tesis, en relación a los obtenidos por el investigador. Así, (Cuba, 2017) indicó que “en el delito de violación sexual de menor de 14 años lo que se protege no es la libertad sexual sino más bien la indemnidad sexual, esto es, como lo refiere el Acuerdo Plenario N° 04-2008/CJ-116: La preservación de la sexualidad de una persona menor de edad o

incapaz, que no está en condiciones de decidir sobre una actividad sexual Un sector de nuestra doctrina considera que ello no se ajusta con la realidad de nuestra sociedad, pues es sabido que estos menores inician sus actividades sexuales incluso por debajo de ese límite establecido por la ley, de tal forma que postulan por la reducción de la edad del consentimiento sexual, siguiendo a otro sector de la doctrina argentina que argumenta en ese mismo sentido” (p. 199).

La principal trascendencia de la distinción entre los elementos descriptivos y elementos normativos del tipo se produce precisamente en materia de error. Así, para el conocimiento de los elementos descriptivos es suficiente la percepción sensorial o el entendimiento lógico de las circunstancias de estos. Por ende, el error sobre este elemento (por ejemplo, la cosa, etc.) se da cuando el autor percibe con sus sentidos equivocadamente, v. gr. supone que dispara sobre una cosa, cuando, en realidad, lo hace sobre una persona.

(Cuba, 2017) con su tesis titulada: “Los criterios para la aplicación del error de tipo en los delitos de violación sexual de menor”. Siendo las siguientes sus conclusiones:

“En el delito de violación sexual de menor de 14 años lo que se protege no es la libertad sexual sino más bien la indemnidad sexual, esto es, como lo refiere el Acuerdo Plenario N° 04-2008/CJ-116: La preservación de la sexualidad de una persona menor de edad o incapaz, que no está en condiciones de decidir sobre una actividad sexual Un sector de nuestra doctrina considera que ello no se ajusta con la realidad de nuestra sociedad, pues es sabido que estos menores inician sus actividades sexuales incluso por debajo de ese límite establecido por la ley, de tal forma que postulan por la reducción de la edad del consentimiento sexual, siguiendo a otro sector de la doctrina argentina que argumenta en ese mismo sentido. No solo nuestra

realidad social es la única fuente que el legislador toma en cuenta al momento de emitir las leyes penales, pues existen otras que nos permiten sostener que la edad de 14 años es el límite apropiado para el consentimiento sexual.” (p. 199).

(Flores, 2019) mencionó que: “en la presente investigación se ha logrado establecer la importancia de la pericia antropológica, por cuanto ayuda a esclarecer la aparente edad física del menor de edad como agraviado en un delito contra la libertad sexual, ya sea por criterios de apariencia física, sociales, estado de madurez, culturales entre otros. Estos factores muchas veces implican que la defensa del acusado, invoque el error de tipo, aduciendo que se encontraría en un estado de excepción, basado en las condiciones fácticas, las cuales permitan decaer en la punibilidad dolosa, y mediante la prueba antropológica, se podría reunir los requisitos básicos para la determinación de un error de tipo” (p. 109).

“El elemento intelectual del dolo debe abarcar todas las circunstancias que integran la descripción del delito, aunque únicamente en sus rasgos esenciales, pues es imposible para el hombre común conocer todos los detalles de la realidad” (Puertas, 2020, p. 66).

También, cuando la ley agrega circunstancias para atenuar o agravar la pena de un delito (como es el caso del parentesco, “que transforma el homicidio simple del artículo 106 en parricidio del artículo 107 del Código Penal), es necesario el conocimiento de dichas circunstancias para afirmar la tipicidad del delito así calificado, aplicándose el mismo principio anterior, por ejemplo para cometer un parricidio basta saber que se mata a quien se conoce como el padre, por ejemplo, no los procesos fisiológicos que determinaron su paternidad” (Puertas, 2020, p. 63).

(Alcalde, 2017) explicó que: “los agentes del delito de violación sexual de menor son sujetos que si bien es verdad presentan ciertos rasgos psicopatológicos en su

personalidad formadas a lo largo de su vida, estas, en la totalidad de la muestra no afectan su capacidad intelectual, ni volitiva (por lo que no dejan de ser culpables del delito), por lo que en líneas generales se les puede reprochar su conducta típica. También se concluye de la presente investigación, que ninguno de los agresores sexuales de la muestra, presentan deficiencia intelectual o Retraso mental de algún tipo. De la muestra no se ha podido corroborar que el agresor sexual haya sufrido abuso sexual en su infancia, por lo que, salvo este punto, el maltrato y abandono en la niñez es un factor que, si hemos podido constatar en la mayoría de los casos analizados, y que aunado esto a los párrafos precitados se comprueba nuestra hipótesis nro. 1 de la presente investigación” (p.109).

Por cierto, esto no significa que “se requiera una conciencia enteramente despierta en todos los detalles, basta una conciencia atenuada e imprecisa. Tampoco es indispensable, para la existencia de dolo, un proceso mental enteramente claro (estar pensando en ello) respecto de todas las circunstancias en que el hecho tiene lugar; el que comete un delito no está necesariamente pensando mientras actúa: soy casado, soy funcionario público, etc., por eso la doctrina habla de una conciencia compartida o, tal vez mejor, de un saber que acompaña a la conciencia de la acción”.

(Callupe, 2018) indicó que: “en base a los especialistas el supuesto jurídico general resulta acertado debido a que los magistrados realizan una sentencia condenatoria sin antes haber tomado en cuenta las pericias que reúnan los requisitos formales, donde se compruebe que el imputado vulneró el derecho a la indemnidad sexual Artículo 14 del Código Penal. Asimismo muchas veces los fiscales por presión tanto mediática, por instituciones o familiares de los menores, acusan drásticamente en virtud a la edad de la víctima, además basado en el análisis documental concuerda con los especialistas; ya que se observó que los jueces se versan en la edad de la presunta víctima, por tanto es imprescindible que si existiese una invocación a error este debe ser investigado

meticulosamente debido a que el delito de violación sexual de menores entre 10 y 14 años, es un tema de cuidado y de prudencia. Dicho resultado está basado en las entrevistas a especialistas en el ámbito penal, y además en el análisis de los documentos, como son sentencias y casaciones, donde precisan dichos puntos controvertidas” (p. 193).

También interesa advertir que el error sobre los elementos normativos del tipo no debe confundirse con el denominado “error de subsunción”. Para ello, debe tenerse en cuenta que para afirmar el dolo se requiere que la “valoración paralela” se efectúe sobre las circunstancias del hecho, “esto es, sobre los hechos externos con su significado social, no individual. De este modo, las creencias erróneas que tengan origen en la definición inexacta de un concepto jurídico son irrelevantes para excluir el dolo, pues en estos casos concurrirá un error sobre la subsunción del hecho en la norma jurídica, que a lo sumo podrá fundamentar un error de prohibición”.

(Burga, 2019) mencionó que: “la declaración de las víctimas menores de edad en los casos de delitos de violación sexual como Prueba Anticipada no es una manifestación del Derecho Penal del Enemigo, propiamente dicha. Sin embargo, no deberá facultarse al Fiscal para ofrecerla como tal en todos los casos, toda vez que se estaría llevando al imputado a una potencial desventaja, restringiendo sus derechos a la defensa eficaz y el debido proceso, vulnerando potencialmente la presunción de inocencia” (p. 103).

De lo mencionado anteriormente se puede concluir que el error de tipo es aquel que recae sobre cualquiera de los elementos objetivos o las circunstancias del mismo, los cuales son necesarios para que un comportamiento sea punible, es decir, para que pueda estar subsumido en algún tipo penal. Puede recaer sobre cualquiera de los elementos descriptivos o normativos del tipo objetivo. Si el agente ha percibido equivocadamente un elemento típico, el error recaerá sobre los elementos descriptivos, pero si el agente

careció de una valoración que le haya permitido comprender el significado del elemento típico, el error recaerá sobre los elementos normativos.

(Maza, 2018) estableció que: “el error de prohibición ha evolucionado sobre la base del desarrollo de las concepciones entorno a la culpabilidad, desde su desconocimiento, proporcionado por las ideas psicológicas hasta su aceptación por las normativas, en especial las mismas, que determinan llevar a cabo la figura del error de prohibición. De este modo, el error de prohibición viene a constituirse como un principio fundamental para la valoración de la pena, y al mismo tiempo un límite al poder punitivo que consecuentemente se ha superado el famoso principio de la presunción del conocimiento de la ley penal.” (p. 99).

La inaplicación de los aspectos dogmáticos “de la teoría del error en sus variantes de error de tipo, error de prohibición y error de comprensión culturalmente condicionado en los casos por violación sexual de menor, se debe a que la mayoría de los operadores del proceso (jueces, fiscales y vocales) no los dominan, ni tampoco lo distinguen en forma correcta” (Jakobs, 2013, p. 63).

CONCLUSIONES

1. Se ha determinado que la inconsistencia de la alegación del error de tipo formulada por el imputado influye para la calificación del tipo penal de violación sexual. La evaluación del error de tipo en nuestra jurisprudencia local aún está desarrollando sus directrices como figura jurídica, se evidencia la falta de experiencia en la aplicación de la figura jurídica del error por parte de los juzgadores en razón que no les permite discriminar cuándo la existencia es real o falsa.
2. Se ha establecido que la inconsistencia de la alegación del error de tipo vencible formulada por el imputado influye para la calificación del tipo penal de violación sexual. En tal sentido, se ha podido evidenciar que dicha alegación muchas veces se formula sólo con fines dilatorios, sin mayor sustento probatorio que demuestre que el imputado incurrió en el error de representación.
3. Se ha establecido que la inconsistencia de la alegación error de tipo invencible formulada por el imputado influye para la calificación del tipo penal de violación sexual. Toda vez que se ha evidenciado que estas alegaciones no se fundamentan en criterios debidamente argumentados para sustentar la presencia del error en el imputado, ya que se ha vulnerado la indemnidad sexual de las víctimas de forma intencional, es decir, con dolo.

RECOMENDACIONES

1. Se sugiere establecer mecanismos de capacitación a los magistrados de todo el país, para una mejor aplicación de la teoría del error, haciéndoles conocer las costumbres propias de cada pueblo.
2. Se sugiere instalar un módulo de criminalística, donde exista peritos sociológicos y antropológicos que conozcan la realidad de dicha población y así coadyuvar a los magistrados.
3. A partir de lo observado, se ha cotejado que la inaplicación de los aspectos dogmáticos de la teoría del error en sus variantes de error de tipo, error de prohibición y error de comprensión culturalmente condicionado en los casos por violación sexual de menor, se debe a que la mayoría de los operadores del proceso (jueces, fiscales y vocales) no los dominan, ni tampoco lo distinguen en forma correcta, por lo que debe de difundirse en mayor medida la aplicación de la teoría del error de tipo

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alvarez, E. (1999). *Curso de derecho constitucional VI*. Madrid: Tecnos.
- Angel, J., & Vallejo, N. (2013). *La motivación de la sentencia*. Medellín: Universidad EAFIT.
- Ariano, E. (2006). *La Constitución Comentada*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Arnao, G. (2007). *Metodología de la Investigación. Ciencia y Procesos*. Lima: UCV.
- Balvín, L. (2008). *Estudios científicos y teorías metodológicas*. Lima: Santa Lucía.
- Bazán, D. (2010). *Metodología de la investigación. Razanamientos*. Arequipa: UNSA.
- Binder, A. (1993). *Introducción al Derecho Procesal Penal. 1era edición*. . Buenos Aires: Adhoc.
- Bustamante, R. (2001). *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Lima: Ara Editores.
- Caleira, P. (2015). *Definición de conceptos y metodología*. Lima: UNFV.
- Caro, C. (2009). *Comentarios al Código Procesal Penal*. Lima: Idemsa.
- Castillo, J. (2005). *Principios procesales penales*. Lima : Gaceta Jurídica.
- Castillo, J., Luján, M., & Zavaleta, R. (2006). *Razonamiento Judicial, Interpretación, Argumentación y Motivación de las Resoluciones Judiciales*. Lima: Ara Editores.
- Chávez, R. (2016). *Reflexiones sobre el Sistema Acusatorio: Una visión desde la práctica judicial*. Lima: Idemsa.
- Colomer, I. (2003). *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Corrales, M. (2009). *Metodología de la investigación*. Lima: Pacífico.
- Corsario, J. (2013). *Derechos constitucionales en el sistema interamericano de Derechos Humanos*. San José: Rapport.
- Dolorier, J. (2003). *Constitucion Política Comentada* . Lima : Gaceta Juridica .
- Figuroa, E. (2015). El derecho a la debida motivación. *Gaceta Jurídica*.

- Francia, L. (2001). *Derecho Procesal Penal*. Lima: UNMSM.
- Gallego, L. (2014). *Derecho de defensa como principio constitucional del sistema jurídico convencional*. Guatemala: Universidad San Carlos de Guatemala.
- Guerrero, L. (2011). *Fundamentos Teórico Constitucionales del nuevo proceso penal*. Lima: UNFV.
- Ibañez, P. (2011). *Tratado de Derecho Constitucional*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Mesía, C. (2011). *Debido proceso y derecho de defensa*. Bogotá: Lex.
- Montero, J. (2001). *Derecho probatorio*. Bogotá: Themis.
- Ortiz, C. (2008). *Metodología de la Investigación*. Lima : UCV.
- Paredes, M. (2013). *Constitución Política Comentada*. Bogotá: Código.
- Raguel, F. (2011). *Derecho de defensa en el proceso penal Chileno*. Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- Ramiro, D. (2010). *Derecho de defensa y constitucionalismo*. México D.F.: Atlas.
- Reátegui, J. (2014). *El control constitucional en la etapa de calificación del proceso pena*. Lima: Grijley.
- Reynoso, M. (2010). *Investigación Científica*. Lima: San Marcos.
- Salas, N. (2013). *La motivación como garantía penal. estudio doctrinario y situacional*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- San Martín, C. (2014). *Derecho Procesal Penal: Lecciones*. Lima: Palestra.

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA

Título: LA INCONSISTENCIA DE LA ALEGACIÓN DEL ERROR DE TIPO EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL.

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	INDICADORES	METODOLOGÍA
<p align="center">GENERAL:</p> <p>¿Cómo influye la inconsistencia de la alegación del error de tipo formulada por el imputado para la calificación del tipo penal de violación sexual?</p> <p align="center">ESPECÍFICOS</p> <p>¿Cómo influye la inconsistencia de la alegación del error de tipo vencible formulada por el imputado para la calificación del tipo penal de violación sexual?</p> <p>1.3.2.2. ¿Cómo influye la inconsistencia de la alegación error de tipo invencible formulada por el imputado para la calificación del tipo penal de violación sexual?</p>	<p align="center">GENERAL:</p> <p>Determinar cómo influye la inconsistencia de la alegación del error de tipo formulada por el imputado para la calificación del tipo penal de violación sexual.</p> <p align="center">ESPECÍFICOS</p> <p>- . Establecer cómo influye la inconsistencia de la alegación del error de tipo vencible formulada por el imputado para la calificación del tipo penal de violación sexual.</p> <p>1.4.2.2. Establecer cómo influye la inconsistencia de la alegación error de tipo invencible formulada por el imputado para la calificación del tipo penal de violación sexual.</p>	<p align="center">GENERAL:</p> <p>La inconsistencia de la alegación del error de tipo formulada por el imputado influye para la calificación del tipo penal de violación sexual.</p> <p align="center">ESPECÍFICAS</p> <p>-La inconsistencia de la alegación del error de tipo vencible formulada por el imputado influye para la calificación del tipo penal de violación sexual.</p> <p>La inconsistencia de la alegación error de tipo invencible formulada por el imputado influye para la calificación del tipo penal de violación sexual.</p>	<p align="center">INDEPENDIENTE:</p> <p>Alegación del error de tipo.</p> <p align="center">DEPENDIENTE:</p> <p>Tipo penal de violación sexual.</p>	<p>-Alegación del error de tipo vencible.</p> <p>-Alegación del error de tipo invencible.</p> <p>-Acto sexual contra la voluntad de una persona.</p> <p>-Vulneración de la libertad o indemnidad sexual.</p>	<p>MÉTODO DE INVESTIGACIÓN: Inductivo-deductivo, enfoque cualitativo.</p> <p>TIPO DE INVESTIGACIÓN: Investigación jurídica social.</p> <p>NIVEL DE INVESTIGACIÓN: Nivel explicativo.</p> <p>DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN: Diseño transversal, no experimental.</p> <p>TÉCNICAS DE RECOPIACIÓN DE DATOS: Encuesta.</p> <p>INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN Cuestionario</p>

MATRIZ DE OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	INDICADORES
<p align="center">VARIABLE INDEPENDIENTE Alegación del error de tipo.</p>	<p>“El error de tipo es el fenómeno que determina la ausencia del dolo cuando, habiendo una tipicidad objetiva, falta o es falso el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo” (García, 2017, p. 81).</p>	<p>-Alegación del error de tipo vencible. -Alegación del error de tipo invencible.</p>
<p align="center">VARIABLE DEPENDIENTE Calificación del tipo penal de violación sexual.</p>	<p>“El que, con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías”. (Oré, 2011, p. 165).</p>	<p>-Vulneración a la integridad física de la víctima. -Vulneración de la libertad o indemnidad sexual.</p>

MATRIZ DE OPERACIONALIZACIÓN DEL INSTRUMENTO

VARIABLE	INDICADOR	ÍTEM	TECNICAS E INSTRUMENTO	ESCALA DE MEDICION
Alegación del error de tipo.	Alegación de error como mecanismo de defensa.	¿Considera que la alegación del error de tipo formulada por el imputado se realiza sólo para desvirtuar la imputación fiscal?	Encuesta y Cuestionario.	Escala nominal.
	Alegación de error como medio probatorio.	¿Considera que la alegación del error de tipo se plantea a fin de demostrar que no se ha vulnerado la integridad física de la víctima de forma manifiesta?		
	Alegación de error como fin demostrativo.	¿Considera que la alegación del error de tipo se plantea a fin de demostrar que no se ha vulnerado la indemnidad sexual de la víctima de forma intencional?		
	Alegación de error sin fundamentación jurídica.	¿Estima que la formulación de la alegación del error de tipo se realiza sin considerar un análisis adecuado del contexto en el que se produjo la violación sexual?		
Calificación del tipo penal de violación sexual.	Alegación de error como mecanismo dilatorio.	¿Estima que la alegación del error de tipo como alegato de defensa muchas veces se plantea sólo con fines dilatorios?		
	Calificación objetiva del tipo penal.	¿Estima que el acto sexual contra la voluntad de una persona es calificado de forma objetiva frente a la alegación del error de tipo vencible formulada por el imputado?		
	Calificación objetiva del tipo penal en el error de tipo invencible.	¿Estima que el acto sexual contra la voluntad de una persona es calificado de forma objetiva frente a la alegación del error de tipo invencible formulada por el imputado?		
	Calificación de la vulneración de la libertad o indemnidad sexual.	¿Considera que la vulneración de la libertad o indemnidad sexual se interpreta adecuadamente cuando se alega error de tipo vencible?		
	Calificación de la vulneración de la libertad o indemnidad sexual en el error invencible.	¿Considera que la vulneración de la libertad o indemnidad sexual se interpreta adecuadamente cuando se alega error de tipo invencible?		
	Calificación del error de tipo de forma motivada.	¿Considera que la aplicación del error de tipo en los delitos de violación sexual se viene empleando de forma motivada?		

INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN

ENCUESTA

**UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS**

LA INCONSISTENCIA DE LA ALEGACIÓN DEL ERROR DE TIPO EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

AUTOR : Hernan Alejandro Magno Caparachin

INSTITUCIÓN : Universidad Peruana Los Andes

PROCEDIMIENTO A SEGUIR: Se le efectuará una encuesta, con el fin de conocer LA INCONSISTENCIA DE LA ALEGACION DEL ERROR DE TIPO EN LOS DELITOS CONTRA A LIBERTAD SEXUAL en los abogados litigantes especialistas en lo Penal.

Preguntas:

1. ¿Considera que la alegación del error de tipo formulada por el imputado se realiza sólo para desvirtuar la imputación fiscal?
 SI NO
2. ¿Considera que la alegación del error de tipo se plantea a fin de demostrar que no se ha vulnerado la integridad física de la víctima de forma manifiesta?
 SI NO
3. ¿Considera que la alegación del error de tipo se plantea a fin de demostrar que no se ha vulnerado la indemnidad sexual de la víctima de forma intencional?
 SI NO
4. ¿Estima que la formulación de la alegación del error de tipo se realiza sin considerar un análisis adecuado del contexto en el que se produjo la violación sexual?
 SI NO
5. ¿Estima que la alegación del error de tipo como alegado de defensa muchas veces se plantea sólo con fines dilatorios?
 SI NO

6. ¿Estima que el acto sexual contra la voluntad de una persona es calificado de forma objetiva frente a la alegación del error de tipo vencible formulada por el imputado?
() SI () NO
7. ¿Estima que el acto sexual contra la voluntad de una persona es calificado de forma objetiva frente a la alegación del error de tipo invencible formulada por el imputado?
() SI () NO
8. ¿Considera que la vulneración de la libertad o indemnidad sexual se interpreta adecuadamente cuando se alega error de tipo vencible?
() SI () NO
9. ¿Considera que la vulneración de la libertad o indemnidad sexual se interpreta adecuadamente cuando se alega error de tipo invencible?
() SI () NO
10. ¿Considera que la aplicación del error de tipo en los delitos de violación sexual se viene empleando de forma motivada?
() SI () NO

CONSENTIMIENTO INFORMADO

**UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS**

LA INCONSISTENCIA DE LA ALEGACIÓN DEL ERROR DE TIPO EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL.

AUTOR : Hernan Alejandro Magno Caparachin

INSTITUCIÓN : Universidad Peruana Los Andes

Introducción: Antes de participar en esta investigación, proporcionaré a usted la información correspondiente al estudio que se realizará a los abogados litigantes de la jurisdicción de Junín. Si luego de haber leído la información pertinente decide formar parte de esta investigación, deberá firmar este consentimiento en el lugar indicado.

PROCEDIMIENTO A SEGUIR: Se le efectuará una encuesta. Posteriormente se realizará una tabulación y análisis de los resultados obtenidos, con el fin de Conocer LA INCONSISTENCIA DE LA ALEGACION DEL ERROR DE TIPO EN LOS DELITOS CONTRA A LIBERTAD SEXUAL en los abogados litigantes en el Derecho Penal

CONFIDENCIALIDAD: Solo el investigador y el comité a interpretar tendrán acceso a los datos, su identificación no aparecerá en ningún informe ni publicación resultante del presente estudio.

PARTICIPACIÓN VOLUNTARIA: La participación en el estudio es libre y voluntaria. Usted puede negarse a participar o puede interrumpir su participación en cualquier momento durante el estudio.

CONSENTIMIENTO INFORMADO: He leído y entendido este consentimiento informado, también he recibido las respuestas a todas mis preguntas, por lo que acepto voluntariamente participar en esta investigación.

Nombres de la persona: _____

DNI: _____

Fecha: _____

Firma: _____

FOTOGRAFÍAS DE LA APLICACIÓN DEL INSTRUMENTO



CONSIDERACIONES ÉTICAS

Para el desarrollo de la presente Investigación se ha considerado los procedimientos adecuados, respetando los Principios de Ética y procedimientos según el reglamento de Grados y Títulos de la **FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS DE LA UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES**.

La información, los registros y datos que se tomaron para incluir en el trabajo de Investigación es Fidedigna. Por cuanto, a fin de no cometer fallas éticas, tales como el plagio, falsificación de datos, no citar fuentes bibliográficas, etc., se está considerando fundamentalmente desde la presentación del Proyecto, hasta la Sustentación de la Tesis.

Por consiguiente, me someto a las pruebas respectivas de validación del contenido de la presente Investigación.

COMPROMISO DE AUTORÍA

En la fecha, yo **Hernan Alejandro Magno Caparachin**, identificado con DNI N° 46469563 Domiciliado en **Jr. Milagro Sur S/N Mz F Lt. 3 - Distrito de Tarma - Provincia de Tarma**, estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, me **COMPROMETO** a asumir las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada “**LA INCONSISTENCIA DE LA ALEGACIÓN DEL ERROR DE TIPO EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL**”, se haya considerado datos falsos, falsificación, plagio, auto plagio, etc. Y declaro bajo juramento que mi trabajo de investigación es de mi autoría y los datos presentados son reales y he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.

Huancayo, 14 de octubre de 2021.



HERNAN ALEJANDRO MAGNO CAPARACHIN

DNI N° 46469563