

## *El error en la edad de la víctima en el abuso sexual\**

Por Rubén E. Figari

Una cuestión un tanto controversial se plantea con respecto al error en la edad de la víctima, circunstancia ésta que ya se avizoraba con atinencia a la antigua denominación del delito de violación y sigue teniendo vigencia pues la reforma no aventa dicho conflicto.

Es así que de acuerdo a los antecedentes que hacen mención tanto Buompadre<sup>1</sup> como Clemente<sup>2</sup> la jurisprudencia se inclinaba por tres soluciones en torno a la cuestión:

1) Estaban los que calificaban la conducta como violación, tal el caso de la postura minoritaria de Daireaux<sup>3</sup>, quien entendía que no se podía calificar el hecho como estupro, ya que la víctima no era mujer mayor de doce años (antigua redacción) configurándose, como se anticipara, el delito de violación, pues el error se fincaba en un aspecto accidental<sup>4</sup>.

Asimismo, en similar línea de criterio se encontraba la postura de Zaffaroni, quien entendía que el hecho encuadraba en una violación impropia, empero se debía aplicar la pena prevista para el delito de estupro, porque el error del sujeto activo estaba referido a una falsa suposición de un atenuante que determina un reproche<sup>5</sup>. De esta manera se resolvió en la causa "Aquino Ortega, Sebastián M."<sup>6</sup>.

2) Por su parte los que consideraban que la conducta era atípica, estimaban que el error del sujeto activo respecto a la edad del pasivo impedía la calificación de la conducta como violación debido a que la edad (menor de doce años) impedía el encuadre del hecho como estupro<sup>7</sup>. Chiappini se inclinaba por esta postura aduciendo que se estaba en presencia de una laguna normológica, de una insuficiencia jurídica, una grieta en la pantonomía penal que en la especie no comporta un *minimum* (cuantitativa y cualitativamente hablando) de ética.

---

\* Artículo publicado en el sitio web: <http://www.carlosparma.com.ar>.

<sup>1</sup> Buompadre, Jorge E., *Derecho penal. Parte especial*, t. 1, Bs. As., Mave, 2000, p. 349 a 351.

<sup>2</sup> Clemente, José L., *Abusos sexuales*, Córdoba, Lerner, 2000, p. 112 y 113.

<sup>3</sup> CApel Mercedes, "Ariz y Muñoz, Juan J.", 11/4/58, JA, 1958-II-362. *Error sobre la edad de la mujer de menos de doce años: violación, estupro o hecho atípico*, JA, 1990-II-6 y siguientes.

<sup>4</sup> "El error no fue esencial en cuanto no le pidió a Ariz 'comprender la criminalidad del hecho' y carece, en consecuencia, de virtud dirimente. Y, en lo que a la culpabilidad del nombrado respecta, ella no puede ser otra que la del art. 119, inc. 1°, del Cód. Penal, pues la acción no se adecua típicamente a las condiciones objetivas puestas por el art. 120 y sí a las puestas por aquél".

<sup>5</sup> Zaffaroni, Eugenio, *Manual de derecho penal*, Bs. As., Ediar, 1977, p. 480 y siguientes.

<sup>6</sup> CNCrimCorr, Sala IV, "Aquino Ortega, Sebastián M.", 24/5/77, JA, 1977-IV-76, secc. índice, sum. 1.

<sup>7</sup> Esta solución fue adoptada por la mayoría en CApel Mar del Plata, "Martínez, Raúl F.", 23/8/60, JA, 1961-I-521; CNCrimCorr, Sala III, 8/8/75, "López, Ramón R.", JA, 1976-III-7. Así también por el voto minoritario en CPenal Rosario, Sala I, 26/10/78, "Vitemar Peralta, Santiago", JA, 1981-II-267.

“Sabemos que estos ‘vacíos’ legislativos tornan atípicas las conductas; que justamente cuando suceden –o son imaginados– revelan la ‘laguna’ en el plexo normativo. Y acá no se trata de una circunstancia sobreviniente a la ley, sino, lisa y llanamente, de una imprevisión del legislador, que no puede enmendarse pretorianamente ni aun invocando a la equidad”<sup>8</sup>.

También se enrolaba en esta postura Buompadre dando dos razones, en primer término, se estaba ante una hipótesis de error esencial excluyente del dolo de violación, ya que el autor *creía* que la víctima era mayor de doce años y en segundo término porque al ser aquélla menor de doce, faltaba uno de los elementos objetivos del delito de estupro, lo cual provocaba la exclusión como tipo delictivo provocando de esta manera una zona de libertad que en virtud del principio *nullun crimen* no podía ser integrado por vía analógica<sup>9</sup>.

3) Finalmente los que estimaban que se estaba en presencia del delito de estupro ya que había un error *factis* esencial con respecto a la figura de violación pero no excluía el dolo porque la protección de la honestidad femenina excede esa mínima edad llegando hasta los quince años (anterior redacción).

De modo que el error sobre la circunstancia del hecho inherente al tipo de la violación es accidental y los actos cumplidos encuadran en otro tipo de la ley penal. Tal opinión se sostenía por la mayoría en “Ariz y Muñoz, Juan J.” y otros precedentes<sup>10</sup>.

4) Cabe consignar la postura que enuncia Clemente, quien de acuerdo a la anterior normativa del art. 120 entendía que el sujeto que mantenía acceso carnal con una niña menor de doce años, suponiéndola mayor de esa edad y menor de quince, realizaba un hecho cuya punibilidad dependía de una doble alternativa: según que la menor fuera o no mujer honesta y, paralelamente, según sea la creencia que acerca de ello se hubiese formado el autor, así si la víctima era mujer honesta, y era conocida como tal, se daba la figura del estupro simple consumado, pero si era creída deshonesto, el hecho era impune por falta de dolo. Si la víctima era deshonesto, pero tomada por honesta, había una tentativa inidónea de estupro simple, y si era sabida deshonesto, el hecho era impune por falta de dolo<sup>11</sup>.

En razón del nuevo texto del art. 120 Buompadre razona de la siguiente forma: el error en que incurre el autor por creer que la víctima tiene más de trece años de edad (cuando en realidad tiene menos), descarta la aplicación del tipo penal previsto en el art. 119, párr. 3°, por inexistencia de una conducta dolosa. Sin embargo, quedaría un remanente de tipicidad con relación al tipo del art. 120, que exige en la víctima menor de dieciséis años. Pero, como esta figura reclama, además de este elemento cronológico un elemento subjetivo adicional que acompaña el obrar del autor

<sup>8</sup> Chiappini, Julio O., *Cuestiones de derecho penal*, La Plata, Platense, 1982, p. 88.

<sup>9</sup> Buompadre, *Derecho penal. Parte especial*, t. 1, p. 350.

<sup>10</sup> SC Tucumán, “G., J. C.”, 15/4/44, *JA*, 1944-III-336; ST Chubut, 15/6/73, “P., J.”; CNCrimCorr, Sala IV, “Aquino Ortega, Sebastián M.”, 24/5/77, *JA*, 1977-IV-76, secc. índice, sum. 1; CPenal Rosario, Sala I, 26/10/78, “Vitemar Peralta Santiago”, *JA*, 1981-II-267; SCBA, 27/12/57, “G., R. E. y otros”, *JA*, 1959-V-49; SCBA, 4/10/56, “B. y C., A., LL, 88-173; C3ªCrim La Plata, Sala III, 10/8/51, “A., O. E. y otros”, *JA*, 1951-IV-355, *LL*, 64-350; ST Misiones, 31/12/58, “D., R.”, *JA*, 1959-III-336.

<sup>11</sup> Clemente, *Abusos sexuales*, p. 113, nota 166; Tenca, Marcelo A., *Delitos sexuales*, Bs. As., Astrea, 2001, p. 125, citando a Sancinetti en “Estupro y estupro impropio (violación)”, “Doctrina Penal”, 1978-333 y siguientes.

(el aprovechamiento de la inmadurez sexual del sujeto pasivo), el delito sólo quedaría configurado en la medida en que concurren ambas exigencias. Si el autor, en cambio, obró en la creencia de que la víctima tenía más de dieciséis años de edad, el tipo quedaría eliminado por ausencia de culpabilidad dolosa<sup>12</sup>.

Gavier entiende que el autor debe saber que la víctima, en el caso del abuso sexual o éste con acceso carnal, es menor de trece años, ya que la creencia errónea de que tiene más edad excluye su culpabilidad, pudiendo desplazarse la adecuación al art. 120, siempre que concurren todas las exigencias del tipo mencionado. No obstante la desaprensiva o negligente ignorancia y la duda sobre la edad de la víctima, no excusan al autor que deberá responder a título de dolo eventual<sup>13</sup>. Así también lo entienden Nuñez<sup>14</sup>, Creus<sup>15</sup> y Arocena<sup>16</sup>; en contra Breglia Arias y Gauna quienes sostienen que no procede el dolo eventual sino que hay un error vencible de tipo, y no admitiéndose la forma culposa, la conducta es impune<sup>17</sup>.

Sentada la premisa de que el error de tipo es un fenómeno que determina la ausencia de dolo cuando, habiendo una tipicidad objetiva, falta o es falso el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo. De ello se observa que no existiendo un querer en la realización del tipo objetivo no hay dolo, consiguientemente la conducta es atípica, debe considerarse que si bien hay una tipicidad objetiva no hay una tipicidad subjetiva por ausencia de dolo, entendido éste como el querer la realización del tipo objetivo y cuando no se sabe que se esté realizando ese tipo no puede existir un querer y no hay dolo, allí hay error de tipo.

A esto agrega Zaffaroni que: “No obstante, hay un caso en que no es posible relevar el error de tipo, porque se trata de supuestos en que el autor tiene conocimiento de elementos pertenecientes al tipo objetivo que son comunes tanto para la figura básica como para una figura atenuada, sólo que supone que también se dan los de la figura atenuada, cuando en realidad se dan solamente los del tipo básico. Así, por ejemplo, un sujeto quiere tener acceso carnal con una menor y cree que se trata de una mujer honesta mayor de doce y menor de quince años (anterior redacción), cuando en realidad es una niña de once años que lo ha engañado respecto de su edad.

Estaría dada objetivamente la tipicidad del art. 119, inc. 1º (anterior redacción –violación impropia–), pero el sujeto creía que se daba el supuesto del tipo atenuado del art. 120 (anterior redacción –estupro–). Si se tratase de tipos independientes, no cabría duda que la conducta quedaría impune, porque no puede darse la tipicidad objetiva de un tipo y subjetiva de otro y con eso pretender construir una u otra tipicidad, pero en los casos que mencionamos –insistimos– se trata de atenuantes que reconocen una misma figura básica. De allí que la solución sea aquí diferente.

Creemos que la falsa suposición de atenuantes conduce necesariamente a una asimetría dentro del sistema, pero que, puestos en la disyuntiva de elegir entre la

<sup>12</sup> Buompadre, *Derecho penal. Parte especial*, t. 1, p. 351.

<sup>13</sup> Gavier, Enrique A., *Delitos contra la integridad sexual*, Córdoba, Lerner, 1999, p. 22.

<sup>14</sup> Nuñez, Ricardo C., *Tratado de derecho penal*, t. III, vol. II, Córdoba, Lerner, 1988, p. 266.

<sup>15</sup> Creus, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, t. I, Bs. As., Astrea, 1992, p. 199.

<sup>16</sup> Arocena, Gustavo A., *Delitos contra la integridad sexual*, Córdoba, Advocatus, 2001, p. 51.

<sup>17</sup> Breglia Arias, Omar - Gauna, Omar, R., *Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. I, Bs. As., Astrea, 2001, p. 911.

afirmación en lo objetivo o en lo subjetivo para los efectos de la tipicidad, nos debemos inclinar por lo objetivo, porque así lo impone la seguridad jurídica.

Consecuentemente, el error consistente en la falsa suposición de una atenuante no podrá ser relevado a nivel de error de tipo. Conforme a nuestra decisión por lo objetivo de la tipicidad realizada, en el caso del sujeto que cometió violación creyendo que cometía estupro, consideraremos que la conducta es típica de violación. Si bien con esto excluimos a la falsa suposición de atenuantes del campo del error de tipo, con ello no termina la cuestión, porque resulta claro que la ley exige también —a nivel de la culpabilidad— la posibilidad de comprensión de la antijuricidad.

Por supuesto que se está refiriendo a la posibilidad de comprensión del injusto cometido, pero, si en lugar de la antijuricidad del injusto cometido, el sujeto sólo pudo comprender la antijuricidad de un injusto menor, debido a que se hallaba en un error invencible acerca de la magnitud de la antijuricidad del injusto que realmente cometía, nos hallaremos con que *se da un error de prohibición que no tiene por resultado excluir la pena, sino sólo dar lugar a la aplicación de la pena del tipo atenuado. Si el art. 34, inc. 1° excluye la pena cuando no se pudo comprender la antijuricidad de la conducta, cabe deducir que la atenúa en la medida correspondiente al tipo atenuado cuando sólo pudo comprender la antijuricidad de una conducta típica atenuada.*

Consiguientemente, pese a que quien tuvo acceso carnal con una menor cometió una conducta típica y antijurídica de violación impropia (art. 119, inc. 1°, anterior redacción), sólo cabe penarlo por estupro (art. 120, anterior redacción) porque sólo pudo comprender la antijuricidad del tipo atenuado del acceso carnal con menor<sup>18</sup>. Tal es la forma en que se resolvió, como se expresó más arriba, la causa “Aquino Ortega, Sebastián M.”.

En igual sentido se pronuncia Fontán Balestra<sup>19</sup>, pero al analizar la figura del estupro señala que la simple duda sobre la edad o la honestidad de la víctima (antigua redacción) no excluye el dolo. “A diferencia de lo que ocurre en la violación, donde el efecto del error sobre la edad de la víctima, cuando ésta es honesta, es la adecuación a la figura del estupro, aquí el autor cree cometer el hecho ilícito, puesto que la mujer que ha cumplido quince años puede consentir válidamente”.

Cabe acotar que se sabe que el error es el conocimiento falso acerca de algo y la ignorancia es la falta de conocimiento de algo, pero desde el punto de vista del derecho penal los dos tienen el mismo efecto.

Según Donna la falta de uno de los elementos del tipo objetivo determinado por la insuficiente edad de la víctima, impide admitir la eventual impunidad como delito tentado, como así también que el hecho signifique estupro consumado. En efecto, el sujeto activo que cree tener acceso carnal con mujer mayor de trece años y menor de dieciséis, y lo tiene con una niña menor de esa edad establecida por el art. 119, párr. 3° del Cód. Penal, lleva a cabo una acción con el fin de cometer un delito determinado (estupro), cuya consumación es imposible como tal por la falta de idonei-

<sup>18</sup> Zaffaroni, *Manual de derecho penal*, p. 480 y siguientes. Este ejemplo está eliminado en la edición de la obra correspondiente al año 2001, quedando sólo uno referido al caso de la extorsión, p. 553.

<sup>19</sup> Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de derecho penal*, t. V, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1992, p. 89.

dad del sujeto sobre el que recae la acción (art. 44, párr. último, Cód. Penal). “No hay motivos para dejar de pensar que quién ha dirigido su voluntad de realización a concretar un hecho que no pudo consumar, ya sea porque la imposibilidad provino del sujeto, del objeto atacado, o del medio empleado”.

De esta forma, Welzel cuando critica a la teoría de la ausencia del tipo dice: “la transformación de la voluntad de cometer un delito en un hecho exterior es, sin embargo, una tentativa, y aun en esos casos el autor cumple con ello”.

En consecuencia, no se excluye la punibilidad de la tentativa por ser inidónea; es decir, porque no pueda alcanzarse la consumación por la acción realizada por el autor. Ya hemos dado nuestra opinión sobre la tentativa inidónea, en el sentido de que es aquella que bajo ninguna circunstancia puede conducir a la consumación del delito, sobre la base de que los elementos típicos representados por el autor en su dolo no se encuentran presentes, ya sea que el objeto sea inidóneo o lo sea el medio, o en definitiva el propio sujeto. Con estos elementos podemos afirmar que la tentativa inidónea es punible, ya que el Código Penal ha seguido un principio subjetivo al sostener la idea del castigo de la tentativa inidónea (delito imposible, en la terminología legal) del art. 44 del Cód. Penal. Con lo cual, no hay duda de que estamos, en el tratado caso, en presencia de una tentativa inidónea de estupro, ya que manda, en todo caso, el dolo del autor<sup>20</sup>.

En lo atinente al error sobre la edad del sujeto pasivo se hace menester sentar algunos conceptos básicos para luego derivar en la dilucidación de cómo funciona aquel elemento en relación con las figuras progresivas que se han instituido en el art. 119.

Es así que queda claro que cuando el autor desconoce –ignorancia– o conoce en forma equivocada –error– la realización de alguno de los elementos del tipo, ya sean ingredientes descriptivos o normativos<sup>21</sup>, estamos ante el denominado “error de tipo” que funciona como excluyente del dolo insertado en el tipo subjetivo.

Entendemos que lo que no se advierte con nitidez en las exposiciones que han brindado los autores que se han citado *ut supra*, es la diferenciación, en cuanto al error de que se trata, en los casos del abuso sexual (figura básica) y el abuso sexual con acceso carnal (antigua violación) y el abuso sexual aprovechando la inmadurez de la víctima (estupro). La cuestión difiere en el primero y los segundos, pero más específicamente entre el abuso sexual simple y el abuso sexual con acceso carnal.

Pues, si bien el error en la edad de la víctima en el abuso sexual con acceso carnal puede dar lugar a alguna de las alternativas expuestas, nos inclinamos por la figura del estupro (art. 120) por las razones también expuestas por los que propugnan dicha tesis, la situación es totalmente diferente en el caso del abuso sexual simple, ya que justamente una de las características de dicha figura es que no haya habido acceso carnal, de modo tal que no se puede adoptar la misma filosofía que

<sup>20</sup> Donna, Edgardo A., *Delitos contra la integridad sexual*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 72.

<sup>21</sup> La exclusión del dolo que tiene lugar por la deficiencia cognoscitiva del autor abarca tanto los elementos fácticos o descriptivos como los normativos del tipo objetivo, de tal manera que el error de tipo puede tener una raíz de derecho en atención a que la bipartición entre error de hecho y error de derecho ya ha sido abandonada y tales categorías no coinciden siempre con las de error de tipo y error de prohibición.

para el caso del error en la edad en el abuso sexual con acceso carnal que podría configurar estupro.

En tal inteligencia en el abuso sexual, en caso de existir un error sobre la edad de la víctima, el accionar del sujeto activo sería atípico, pues excluiría la conducta dolosa<sup>22</sup> y no está contemplada la subsistencia para este caso de un tipo culposo, además que tampoco existe una figura atenuada, como se daría en la alternativa presentada entre la violación y el estupro. “La falta de adecuación del hecho concreto a la descripción abstracta contenida en el tipo penal –sea objetivo o subjetivo– nos pone en presencia de la *atipicidad* de la conducta del sujeto, que excluye su delictuosidad penal, aunque puede quedar subsistente su ilicitud (en su caso culposa) y la consiguiente responsabilidad civil resarcitoria”<sup>23</sup>.

© Editorial Astrea, 2003. Todos los derechos reservados.



---

<sup>22</sup> “No hay dolo en el autor en los casos de error o si el acto es realizado por otro motivo totalmente distinto que el sexual” (Donna, *Delitos contra la integridad sexual*, p. 37).

<sup>23</sup> Lascano (h.), Carlos, *Lecciones de derecho penal*, t. I, Córdoba, Advocatus, 2000, p. 306.