

¿Error de tipo o de prohibición?

El caso “C., N.O s/ Abuso sexual con acceso carnal” bajo la óptica de la teoría del delito.

Georgina Rigatuso¹

SUMARIO: I.- Introducción; II.- Antecedentes del caso: imputación y fallo de primera instancia; III.- Acuerdo de Cámara; IV.- Queja ante la CSJSF; V.- Reflexiones Finales.

RESUMEN: El presente artículo analiza, a partir del estudio de un reciente caso de la justicia de la provincia de Santa Fe, el concepto de error, la distinción entre error de tipo y de prohibición y su aplicación en el caso en concreto. El caso bajo estudio muestra la importancia y relevancia de aplicar la dogmática penal en la resolución de los casos judiciales

PALABRAS CLAVE: Revocación. Absolución. Error de prohibición.

I.- Introducción

Dentro de la teoría del delito uno de los aspectos más complejos de explicar en el ámbito académico-doctrinario y de aplicar por parte de los operadores de la justicia, es el tema del “error”. Para los seguidores de las enseñanzas del Dr.

¹ Abogada (Universidad Nacional de Rosario), Especialista en Magistratura (Universidad Católica Argentina), Doctoranda en Derecho (UCA), Adscripta en la Cátedra de Derecho Penal 1, Facultad de Derecho (UNR). Actualmente trabajando en Apoyo a Magistrados en el Colegio de Jueces de Segunda Instancia de los Tribunales Provinciales de Rosario (Provincia de Santa Fe, Argentina). Contacto: georgina_rigatuso@hotmail.com

Zaffaroni², existen dos clases de errores: uno que se encuentra a nivel de la tipicidad y otro, a nivel de la culpabilidad. En el primero, el error puede recaer sobre alguno de los elementos del tipo objetivo, eliminando el dolo si se trata de un error invencible y restando solo la posibilidad de considerar una eventual tipicidad culposa si se trata de un error vencible -siempre que se encuentre prevista la estructura típica para el delito que se trate-; y en el segundo recae sobre la comprensión de la antijuridicidad y también puede ser vencible o invencible³. Más allá de su relevancia temática, rara vez se encuentran en la práctica judicial casos que se resuelvan aplicando alguno de ellos.

En este marco, el presente artículo tiene como objetivo describir y analizar, a la luz de la teoría del delito, el controvertido fallo “C., N. O. s/Abuso sexual con acceso carnal”⁴ de la Cámara de Apelación Penal de Rosario que fue resuelto aplicando el concepto de “error de prohibición” y que la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe recientemente confirmó, rechazando la queja interpuesta por el Ministerio Público de la Acusación el 21 de diciembre de 2021.

A dichos fines, comenzaremos relatando los antecedentes del caso, la sentencia de primera instancia y, finalmente, lo resuelto en segunda instancia, donde los magistrados intervinientes resolvieron absolver al imputado al concluir que no pudo comprender la criminalidad de su conducta. Finalmente, aludiremos a lo resuelto por el Máximo Tribunal Provincial y, por último, expondremos unas reflexiones finales al respecto.

II.- Antecedentes del caso: imputación y fallo de primera instancia.

A modo de introducción, cabe poner de relieve la acusación formulada oportunamente por el Ministerio Público de la Acusación al imputado C.,N.O, la que consistió en: “haber mantenido relaciones sexuales con acceso carnal con la niña G.,L.M de 12 años de edad, con quien convivió en el domicilio sito en calle Moreno N° 1408 de la localidad de Timbúes durante el lapso de tiempo

² Zaffaroni, Eugenio Raúl, Slokar, Alejandro y Alagia Alejandro, Manual de Derecho Penal, Parte Gral, 2da Edición, Bs. As, Ediar, 2006, pág. 413 y sig.

³ Zaffaroni sostiene que si el error de prohibición es invencible elimina la culpabilidad del injusto y si es vencible sólo puede tener el efecto de atenuar el grado de culpabilidad del mismo. Ob cit.

⁴ Cuij nro. 21-06907254-9 de la Oficina de Gestión Judicial de los Tribunales Provinciales de Rosario.

comprendido entre el 15 de Diciembre de 2017 y el 23 de Julio de 2018, resultando como consecuencia de dichas relaciones sexuales el embarazo de la niña G., L.M".

Luego de transcurrido el juicio oral y público, el 4 de diciembre de 2019, por fallo nro. 916, el Dr. Juan José Tutau, del Colegio de Jueces de Primera Instancia del Distrito Judicial N° 12 de San Lorenzo -Pcia de Santa Fe- resolvió condenar a C.,N.O como autor penalmente responsable del delito de Abuso Sexual con acceso carnal a la pena de Siete años y seis meses de prisión efectiva, enmarcando el accionar del imputado en las previsiones del artículo 119, primer y tercer párrafo y 45 del Código Penal.

III.- Acuerdo de Cámara

Apelada la sentencia de baja instancia por la defensa, celebrada la audiencia de impugnación respectiva e integrado el Tribunal de Alzada por los Dres. Javier Beltramone, Gustavo Salvador y Bibiana Alonso, el 15 de septiembre de 2020, por Acuerdo nro. 769, deciden revocar el fallo apelado y disponer la absolución del acusado por el delito de Abuso sexual con acceso carnal, considerando que el mismo incurrió en un error de prohibición⁵ invencible, al no poder comprender la criminalidad de su conducta.

En el primer voto, el Dr. Beltramone, precisó que el núcleo central del agravio -ya que las relaciones sexuales fueron admitidas tanto por el imputado como por parte de la menor, radicaba en justipreciar si las mismas fueron realizadas antes de cumplir los 13 años de edad y, en caso que si así ocurriera, determinar la existencia de un margen -dentro del tipo penal acuñado en el artículo 119 de nuestro catálogo represivo- si había existido un error de tipo en el cual el justiciable quedara amparado -cuestión que previamente había sido rechazada por el Magistrado de baja instancia- o, en su caso, si existía un error de prohibición, dilucidándose si el mismo resultaba vencible o invencible.

A tal fin, el Magistrado aclaró que no se puso en crisis, ya que quedó debidamente acreditado, que el imputado (de 24 años) conoció a la llamada G., L.M., que para aquel entonces tenía 11 años de edad y cursaba quinto grado en la Escuela 217 José María Cullen de la localidad de Timbúes, cuando vivía a una cuadra y media de la familia del encartado. Que se fueron a vivir juntos y durante el transcurso de dicha convivencia la menor quedó embarazada, efectivamente el 8 de

⁵ En el error de prohibición, el agente sabe lo que hace pero cree que no está prohibido o que está permitido.

noviembre de 2017, es decir, cuando todavía no había cumplido los trece años de edad.

En consecuencia, rechazó también este Juzgador, como lo hizo el de baja instancia, el planteo defensivo que pretendía encuadrar la conducta del encartado en un error de tipo, al sostener que el justiciable no sabía o pudo no saber la edad de la niña. Para desestimar dicha postulación consideró que ninguna duda cabía respecto a la edad de la menor, lo que tornaba imposible que C.,N.O. desconociera tal situación (cabe aclarar que entre las pruebas incorporadas al debate surge del testimonio de numerosas personas que el imputado hasta la iba a buscar a la niña a la salida de la escuela).

Sin embargo, cuando el Juez se abocó a analizar el error de prohibición, afirmó que resultaba admisible advertir que C.,N.O. no supiera que la conducta desplegada era ilícita, amén de saber que G., L.M. tenía 13 años de edad.

Cabe adelantar que tanto los Dres. Beltramone, como el Dr. Salvador, segundo votante, entendieron que si bien en el caso había una conducta típica y antijurídica por parte del acusado, al llegar al análisis de la culpabilidad -último eslabón a analizar dentro de la teoría del delito- se evidenciaba que el imputado no había comprendido la antijuridicidad de la misma, incurriendo en un error de prohibición, al que tildan de “invencible”.

Para arribar a dicha conclusión, el Tribunal de segunda instancia valoró los elementos probatorios incorporados en el juicio oral, poniendo especial énfasis en los numerosos testimonios de quienes prestaron declaración durante el juicio. A tal fin ponderó el relato de la presunta víctima en cámara gesell -quien no refirió ningún episodio de violencia, engaño o sujeción-, del imputado, del padre de la menor, de familiares, de profesionales intervinientes (licenciada en comunicación social, trabajadora social, ginecóloga, psicólogas, titular de la Dirección Provincial de Promoción de los Derechos de la Niñez, etc) y vecinos. Asimismo, tuvo particular consideración en lo declarado por el círculo social que ambos frecuentaban, remarcando que todos sabían que el justiciable y la menor mantenían una “relación de pareja consentida” -pese a la irregularidad de la situación-, destacando que tampoco nadie dudó que C.,N.O. pudiera abusar de L.M.G. Y nombra a los padres de ambos, los hermanos del inculpado, la gente de la iglesia a la cual concurrían juntos, la escuela y la ginecóloga de la menor, ya que el imputado la acompañaba para controlar su embarazo y hasta el propio padre de la menor sabía que su hija estaba embarazada del ahora acusado.

Siguiendo esa lógica, se aludió al testimonio prestado por el imputado, quien en su primera declaración el 16.7.2018 dijo: “estuve con ella, la conocí mucho antes por el padre, no sabía que tenía 12 años, creí que era más grande y cuando quedé embarazada fuimos al Hospital, ahí me enteré y yo nunca quise hacer nada, siempre me presenté, estábamos juntos porque ella me quería y teníamos una relación. Estábamos juntos de un principio (...) cuando ella se vino a vivir conmigo el padre lo dejó en la declaración de la comisaría de que se fue a vivir conmigo. Sé que G., L.M. iba al colegio, no sé a qué grado iba, sé a qué colegio asistía, sabía que la madre de G., L.M no vive con ella que vive en el Chaco...”.

Por otra parte, cabe resaltar el voto del Dr. Salvador, quien consideró que el presente caso escapaba a un exclusivo enfoque jurídico, en el entendimiento que el mismo no podía serlo solamente desde el punto de vista punitivo o normativo, sino que además debía hacerse desde el análisis sociológico, analizando el texto normativo no solo desde la óptica de quien es imputado de un delito, sino también teniendo en cuenta el contexto en el que se desarrolla lo que se cataloga como “delito”.

En primer lugar, coincidió que el caso no podía enmarcarse en un error de tipo, considerando que el encartado efectivamente conocía la edad de la menor, entendiendo a continuación “...que independientemente de la teoría del delito que se adopte (esto es causalista o finalista), dichos argumentos no resultan ni suficientes, ni los apropiados para considerar que no se logró una configuración de un error de prohibición”.

En consecuencia, descartado el error de tipo se dispuso a evaluar si existía en el caso la posibilidad de exigírsele al imputado que pudiera comprender que lo que estaba llevando a cabo era una conducta ilícita que le deparaba una sanción muy severa desde el punto de vista punitivo y, que como consecuencia de ello, le hiciera reflexionar en su comisión.

En ese orden de ideas, entendió que los mismos testimonios en que se apoyó el A quo para considerar acreditado en C., N.O. el efectivo conocimiento de la edad de la niña al momento de los hechos, servían -a su entender- para extraer datos que revelaban que tanto el imputado, como el círculo íntimo que los rodeaba a ambos, lejos estaban de comprender que la vinculación existente entre el imputado y la menor y más precisamente los actos sexuales que pudieran haber tenido lugar entre ellos constituía una conducta que, respecto del encartado, contrariaba las normas de derecho.

El A quo analizó que si bien el caso no encuadraba en un error de prohibición de lo que tradicionalmente se conoce como “culturalmente condicionado”, el sub júdice poseía rasgos o características que, por el contexto social en el que se llevó a cabo la conducta inculpada, como así también por el marco referencial del ámbito de vulnerabilidad en el que tanto la joven como el imputado desarrollaron sus vidas, nada obstaría a incluirlos dentro de esa categoría.

Puso de relieve el comportamiento conductual del acusado durante todo el período de tiempo que transcurrió desde el inicio de la relación entre él y la niña, su acompañamiento durante el embarazo, destacándose incluso una negativa a la interrupción voluntaria del mismo en oportunidades que les fuera aconsejado por distintos profesionales que intervinieron en el caso desde el conocimiento del embarazo de la joven. En igual sentido, valoró el involucramiento de parte de la familia del encartado en todo ese tiempo, lo que evidenciaba -a su criterio- que hubo un convencimiento en que lo acontecido para llegar al estado de gravidez y el mantenimiento de dicha situación, no obedeció a un acto -que en su comprensión de las normas- pudiera ser considerado abusivo, sino que por el contrario, resultó ser el fruto de una “relación de pareja”, que se “mostraba” en todo tiempo y ámbito como tal.

Concluyó que el análisis de dichas conductas permiten considerar que, en las especiales circunstancias de la causa, C.,N.O no pudo comprender -conocer más internalizar- que su conducta encuadraba perfectamente en un tipo penal, como lo pretendía el Fiscal del caso.

Por otra parte, el Dr. Salvador se expidió sobre la perspectiva de género que el caso ameritaba, citando doctrina al respecto, para luego concluir que “...no se acreditó con certeza que el encartado haya ejercido acto alguno de manipulación, intimidación, coacción o violencia que torciera la voluntad de la niña de comportarse o no de determinada manera”.

Finalmente, evaluó si el error de prohibición en el que había incurrido el justiciable era vencible o invencible. A tal fin, consideró que resultó probado que el imputado fue alertado por varias personas de las consecuencias de su accionar y nunca pudo entender la gravedad de lo que estaba haciendo y lo que le deparaba el hecho de persistir en su conducta, arribando a la conclusión que se estaba en presencia del último supuesto, por lo que debía excluirse la culpabilidad del imputado y no reducirse el ámbito de reproche (consecuencia de los errores vencibles).

Finalmente, la Dra. Alonso adhirió a la solución arribada por ambos colegas preopinantes, poniendo de relieve que ambos llegaron por idéntico camino pero por diferentes votos.

IV.- Queja ante la C.S.J.S.F.

La Fiscalía llegó en queja al Máximo Tribunal Provincial⁶ luego que la Alzada por auto nro. 918 del 19 de noviembre de 2020 rechazara el recurso de inconstitucionalidad interpuesto.

En su resolución, la Corte comenzó anticipando que la queja no iba a prosperar. Seguidamente, explicó que las críticas de la Fiscalía que giraron en torno a insistir en la idea de que la víctima, en razón de su edad, no pudo consentir el hecho juzgado, no lograron rebatir el meduloso análisis que el A quo efectuó tanto desde lo fáctico como desde la dogmática penal, al no demostrar que las apreciaciones efectuadas por la Alzada encuadren en alguna hipótesis de arbitrariedad o que puedan deparar caso constitucional idóneo para operar la apertura de la instancia de excepción.

Siguiendo esa lógica, el Alto Tribunal consideró que los Jueces, tras efectuar un detallado repaso de las circunstancias fácticas que enmarcaron el caso, lo analizaron desde la teoría del delito, concluyendo que sin perjuicio de constatarse la conducta, su tipicidad y antijuridicidad, era la configuración del último componente sistemático de ese esquema lo que la Fiscalía no había logrado acreditar en autos.

Señaló que no pasó desapercibida la deficiente formulación de agravios efectuada por la Fiscalía, al postular sus críticas sobre un enfoque erróneo de la cuestión, reiterando la discusión de un tema -presunto consentimiento de la víctima- que había sido descartado manifiestamente por los Magistrados intervinientes.

En ese sentido, adujo que “el invocado vicio de falta de motivación suficiente se desvanece, pues del pronunciamiento se desprenden con claridad cuáles fueron las particularidades de la causa que llevaron a colegir que el imputado no pudo comprender la criminalidad de su conducta, así como las razones por las que se concluyó que, en el marco analizado, el error era inevitable”.

Agregó que “tampoco cuentan con asidero en las constancias de la causa las genéricas alegaciones de la impugnante en orden a que la decisión atacada pudiera

⁶A.y S., T. 314, pág. 161.

presentar fundamentos basados en prejuicios y estereotipos, con inobservancia de una perspectiva de género”, considerando que la Fiscalía no alcanzó a demostrar en concreto cómo la valoración judicial pudo significar alguna afectación a los derechos de la víctima. Asimismo, sostuvo que los Jueces en todo momento tuvieron en consideración la extrema vulnerabilidad que enmarcaba la vida de la joven, pero entendieron que la misma lejos estaba de ser achacable al imputado, en tanto que de las constancias de la causa no se desprendía que el hecho se hubiera perpetrado con aprovechamiento de tal condición o que de algún modo éste hubiera evidenciado una actitud de abuso o preeminencia sobre G.,L.M.

En efecto, se explicó que a lo largo de la resolución, los Camaristas hicieron particular hincapié en la compleja situación de vulnerabilidad que afectaba al imputado y a la menor, repasando las condiciones en las que se habían conocido -vecindad-, lo que habían atravesado juntos -convivencia y embarazo- y el modo en que cada uno de ellos lo había experimentado. Agregó que tales elementos, lejos de ser apreciados por los Jueces a tenor de su particular subjetividad -como afirmó la impugnante-, fueron meritados partiendo de lo manifestado por los propios involucrados en orden a que la relación entre ambos era buena, tomando también en consideración lo informado por las profesionales que los entrevistaron y dieron acabada cuenta de que ellos se mostraban como una pareja y de que G., L.M y su padre hablaban de una relación consentida.

Advirtió que los agravios traídos a consideración de la Corte se reducen a discrepar con la significación dada por la Alzada a los medios de confirmación producidos, es decir, el grado de convencimiento de cada uno y a la interpretación normativa, temáticas que -como es sabido- no constituyen cuestión constitucional alguna. Añadió que tampoco se demostró que la Cámara hubiera soslayado las reglas de la sana crítica racional o incurrido en algún absurdo normativo, por lo que consideró que el fallo impugnado no puede ser descalificado como acto jurisdiccional válido. Precisó, además, que “dicha respuesta no puede variar con base en la doctrina de la gravedad institucional, puesto que con la genérica invocación que la recurrente hace al respecto no logra persuadir a la Corte de que la cuestión debatida revista interés institucional, comprometiendo de manera directa a la comunidad”.

Concluyó que, conforme las falencias apuntadas, el impugnante no ha logrado demostrar que las apreciaciones efectuadas por la Alzada encuadren en alguna hipótesis de arbitrariedad, ni siquiera mediante el aducido apartamiento de los estándares internacionales en materia de género, por cuanto sus agravios no

presentan entidad suficiente como para abrir la instancia excepcional, cuyo propósito no es -como reiteradamente se ha sostenido- enmendar posibles errores o soluciones opinables, sino verificar la adecuación de los pronunciamientos emanados de los tribunales inferiores al ordenamiento jurídico fundamental.

En síntesis, la Corte, rechazó la queja interpuesta por mayoría de sus miembros Falistocco, Erbetta, Gastaldi, Netri, Gutiérrez y Spuler (éstos dos últimos en disidencia).

V.- Reflexiones Finales

Luego de haber analizado minuciosamente el fallo, varias cuestiones merecen ser destacadas.

En primer lugar, es dable destacar las particularidades del presente caso y de lo opinable de su resolución por la revocación de una condena a prisión efectiva de una persona que había sido declarada autora penalmente responsable de un hecho grave -abuso sexual con acceso carnal, cuya presunta víctima era una menor de edad que resultó embarazada- y que, como consecuencia, se dispuso la absolución del inculpado.

Segundo, estimamos que el fallo brinda una resolución al caso que -aún cuando pueda ser controvertida-, resulta relevante, ya que aborda un tema fundamental en la disciplina del derecho penal y, específicamente, dentro de la teoría del delito, como es el caso del “error de prohibición” y las consecuencias que el mismo presenta según sea vencible o invencible -como en el presente-.

En tercer término, consideramos valiosos los argumentos brindados por la Alzada para rebatir la sentencia de primera instancia, especialmente en los fundamentos brindados por el Dr. Salvador, quien no solo abordó la cuestión desde el punto de vista dogmático penal, sino que además fue más allá de la letra de la ley y efectuó un análisis contextual del caso en concreto, enmarcando la resolución del conflicto no sólo desde el punto de vista jurídico, sino también desde el sociológico y no perdiendo de vista el marco regulatorio de las víctimas vulnerables de este tipo de delitos y las mandas internacionales que obligan al Estado Argentino a juzgar con perspectiva de género.

Cuarto, entendemos que en el presente caso se realizó una “analogía in bonam partem del acusado”, ya que si bien se aclaró que la conducta típica y antijurídica del inculpado no encuadraba en un caso de error de prohibición de lo

que tradicionalmente se conoce como “culturamente condicionado”, se consideró que el sub júdice poseía rasgos o características que, por el contexto social en el que se llevó a cabo la conducta inculpada, como así también por el marco referencial del ámbito de vulnerabilidad en el que tanto la joven como el imputado desarrollaron sus vidas, nada obstaría a incluirlos dentro de esa categoría.

Por lo demás, cabe destacar que el fallo del Máximo Tribunal Provincial de la Provincia de Santa Fe avaló la resolución del caso efectuada por la Alzada, coincidiendo con la valoración realizada por la misma, resaltando que la resolución apelada no soslayó las reglas de la sana crítica racional, ni incurrió en ningún absurdo normativo, reiterando que dicha instancia excepcional no tiene como propósito enmendar posibles errores o soluciones opinables, sino verificar la adecuación de los pronunciamientos emanados de los tribunales inferiores al ordenamiento jurídico fundamental, lo que no se ha evidenciado en el caso.

Por todo lo expuesto, concluimos que la resolución analizada resulta respetuosa del principio de culpabilidad, como necesaria consecuencia de la legalidad, que impide el ejercicio de poder punitivo cuando el sujeto que realiza la acción no puede comprender su criminalidad, en otras palabras, que dicha comprensión fuese imposible. Sin embargo, no debe soslayarse que la no comprensión de la criminalidad de la conducta debe valorarse en relación al sujeto en concreto y sus circunstancias, por lo que advertimos que los Tribunales inferiores deben ser cuidadosos al tomar el precedente en estudio como una solución a seguir para casos similares, esto es, donde se presente un imputado mayor de edad relacionado con una niña menor como el caso de G., L.M.