

Error de prohibición invencible en los casos de abuso sexual con acceso carnal, cuando la víctima es menor de 13 años

Sofia Crivello¹

El error de prohibición es el desconocimiento, dentro de la situación concreta, de la ilicitud de la conducta que se está llevando a cabo, por parte del autor de la misma. En su obra, los Dres. Zaffaroni, Alagia y Slokar reseñan que:

La persona que no puede saber - o a la que no puede exigírsele que sepa o comprenda- en la situación concreta, que está actuando de un modo objetivamente ilícito, no puede estar sujeto al poder punitivo sin violar reglas elementales de racionalidad y el principio de legalidad. Esto da lugar a la existencia de errores que excluyen la culpabilidad o errores exculpantes (Zaffaroni, Alagia, Slokar, 2005: 725).

Por su parte, Roxin sostiene que existe un error de prohibición cuando el sujeto, pese a conocer completamente la situación o supuesto de hecho del injusto, no sabe que su actuación no está permitida por el ordenamiento.

¹ Doctoranda en Derecho por la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES). Especialista en Derecho de la Defensa y Garantías Constitucionales por la Universidad Nacional del Litoral (UNL). Escribana por la Universidad Siglo XXI y abogada por la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. Docente adjunta de Derecho Penal (parte general) en la carrera de Abogacía y docente adjunta de Derecho Laboral en la carrera de Contador Público, ambas en la UCES. Becaria de la Fundación Universitaria del Río de la Plata (FURP) en 2019. Empleada del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. sofiacrivello@gmail.com

El error de prohibición sólo afecta a la valoración jurídica global; el error sobre circunstancias particulares, con base en razones fácticas o jurídicas, es siempre un error de tipo.

El legislador argentino ha configurado el error de prohibición invencible como causa de exclusión de la culpabilidad (vale destacar que el error será vencible cuando las causas que lo han motivado puedan haberse subsanado de haberse tomado los recaudos necesarios, o invencible, cuando no importa qué esfuerzo se le exija al autor, siempre hubiera incurrido en error). Así las cosas, el error de prohibición invencible generará la absolución del imputado y el error de prohibición vencible, una atenuación en su pena. En particular, el error de prohibición no afecta al dolo del sujeto, sea vencible o invencible.

Nuestro código penal, expresamente, no dice donde legisla el error, ya sea de tipo o de prohibición. Sin perjuicio de ello, la doctrina y la jurisprudencia, entienden que las distintas clases de error se encuentran legisladas en el art. 34 inc. 1 del código penal que establece:

ARTICULO 34.- No son punibles:

1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones [...]

La doctrina y la jurisprudencia entienden que cuando se refiere al error sobre la comprensión de la criminalidad del acto, en realidad está hablando del error de prohibición. Lo que no se ha legislado, dejándose al arbitrio de los jueces, es qué ocurre con la vencibilidad e invencibilidad de dicho error.

Ahora bien, una vez desarrollado el concepto de «error de prohibición invencible» como excluyente de culpabilidad, corresponde analizar críticamente su aplicación a partir del fallo «C., N. O. s/ Abuso sexual con acceso carnal», dictado por la cámara de apelación penal de Rosario y confirmado posteriormente por la corte suprema de justicia de la provincia de Santa Fe, al rechazar la queja interpuesta por el ministerio público de la acusación el 21 de diciembre de 2021.

En dicho caso, el imputado fue acusado de haber mantenido relaciones sexuales con acceso carnal con «G., L. M.», una niña de 11 años de edad, con quien convivió entre el 15 de diciembre de 2017 y el 23 de julio de 2018. Fruto de esa convivencia, la menor resultó embarazada. En primera instancia, el 4 de diciembre de 2019, se condenó a «C., N. O.» a la pena de siete años y seis meses de prisión efectiva por el delito de abuso sexual con acceso carnal, encuadrado en los artículos 119, primer y tercer párrafo, y 45 del código penal.

Sin embargo, al resolver la apelación presentada por la defensa, la Cámara integrada por los Dres. Beltramone, Salvador y Alonso, revocó el fallo y absolvió al imputado. Los jueces consideraron que «C., N. O.» había incurrido en un error de prohibición invencible, ya que no pudo comprender la antijuridicidad de su conducta.

En su voto, el Dr. Beltramone sostuvo que la cuestión central no radicaba en la existencia del acto sexual —reconocido por ambas partes—, sino en determinar si este ocurrió antes de que la niña cumpliera 13 años, y si, en tal caso, el imputado actuó bajo un error de tipo o un error de prohibición. El magistrado descartó la existencia de un error de tipo —es decir, desconocimiento de la edad de la menor— dado que estaba acreditado que el imputado conocía a la niña desde que esta cursaba quinto grado, y que incluso la iba a buscar a la escuela. Por el contrario, consideró que lo relevante era evaluar si el imputado comprendía la ilicitud de su accionar, concluyendo que no fue así.

Tanto Beltramone como Salvador coincidieron en que, si bien la conducta era típica y antijurídica, faltaba el último elemento de la teoría del delito: la culpabilidad. Valoraron para ello testimonios diversos —de la presunta víctima, del imputado, de familiares, profesionales de distintas áreas y vecinos— que daban cuenta de una convivencia «consentida» por el entorno, sin manifestaciones de violencia, coerción o abuso.

El Dr. Salvador, en particular, profundizó el análisis desde una perspectiva sociológica y contextual. Argumentó que, si bien el caso no se encuadra estrictamente en el «error culturalmente condicionado», las condiciones de vulnerabilidad de ambos —el imputado y la menor— habilitaban una lectura ampliada del concepto. Así, concluyó que no podía exigirse razonablemente al imputado que

comprendiera que su conducta constituía un delito. Evaluó también que, pese a las advertencias recibidas, «C., N. O.» no alcanzó a representar la gravedad de su accionar, lo que reforzaba el carácter invencible del error de prohibición.

Por su parte, la Dra. Alonso adhirió al criterio absolutorio, destacando que, si bien los fundamentos de sus colegas diferían, la solución adoptada era coincidente.

Frente a esta decisión, el ministerio público interpuso queja ante la Corte Suprema de la Provincia, la cual fue rechazada. El máximo tribunal consideró que las críticas fiscales —centradas en la imposibilidad de consentir por parte de una menor de 13 años— no lograban desvirtuar el análisis fáctico y dogmático realizado por la Alzada. Afirmó que no se configuraba ninguna hipótesis de arbitrariedad que habilitara la apertura de la instancia extraordinaria. Asimismo, descartó que la resolución incurriera en estereotipos de género o supusiera una vulneración de estándares internacionales en la materia, resaltando, en cambio, que los jueces habían tenido particularmente en cuenta el contexto de vulnerabilidad de ambos involucrados.

En definitiva, por mayoría de sus miembros (Falistocco, Erbetta, Gastaldi, Netri, Gutiérrez y Spuler —estos dos últimos en disidencia—), la Corte ratificó la absolución del imputado, avalando la interpretación realizada por el tribunal de alzada en cuanto a la existencia de un error de prohibición invencible.

El fallo en cuestión presenta una interesante —y polémica— aplicación del error de prohibición invencible como excluyente de culpabilidad en el marco del delito de abuso sexual con acceso carnal contra una niña menor de trece años.

El análisis de la cámara recurre a consideraciones contextuales, culturales y sociológicas, invocando el entorno de vulnerabilidad y marginalidad donde se desarrolló el vínculo entre el imputado y la víctima. Este enfoque introduce un componente de «error cultural» atenuado, en el cual se argumenta que el contexto social del imputado le impidió tomar conciencia del reproche penal. Sin embargo, esto resulta altamente debatible. Si bien es legítimo analizar el entorno del autor al valorar su reprochabilidad, extender el desconocimiento del derecho penal básico —como lo es la protección de la integridad sexual

de niños/as menores de trece años– a un caso como éste, puede abrir una peligrosa puerta hacia una relativización del bien jurídico protegido, en este caso, la libertad y el desarrollo sexual de los menores.

La invocación de que «nadie del entorno advirtió la ilegalidad», o que la relación era socialmente tolerada, no debe ser determinante a la hora de excluir la culpabilidad. De otro modo, podríamos legitimar situaciones en las que el consentimiento social suplante al derecho, lo cual es inadmisibles en un estado de derecho.

Si bien el fallo menciona la perspectiva de género, el análisis realizado prioriza la situación del imputado por sobre la protección reforzada que debe recibir una niña víctima de violencia sexual. En lugar de centrarse en la falta de autonomía sexual de la menor y el carácter estructuralmente desigual de la relación, el fallo pone el foco en la supuesta «ausencia de violencia» y en la «aceptación social» del vínculo, invisibilizando así el deber del Estado de proteger a niñas y adolescentes frente a relaciones abusivas, aún si son presentadas como «consensuadas».

I. Conclusión

Frente a la disyuntiva entre una absolución por error de prohibición invencible y la aplicación literal del artículo 119, tercer párrafo del código penal -que prevé una escala penal alta, para el acceso carnal con menores de trece años, independientemente del consentimiento-, es posible adoptar una posición intermedia, más acorde con los principios de culpabilidad, proporcionalidad y justicia material.

Desde esta perspectiva, aun reconociendo la existencia del delito de abuso sexual con acceso carnal en los términos del artículo 119, puede sostenerse que el caso amerita una respuesta penal más moderada, como la que prevé el artículo 120 del código penal, que sanciona los abusos sexuales simples con una pena mucho menor (6 meses a 4 años), si bien tipifica conductas distintas.

Esta postura encuentra fundamento en los principios constitucionales de proporcionalidad, culpabilidad y humanidad de la pena. El derecho penal debe ser sensible a las particularidades del caso concreto, y aunque ello no signifique desproteger a las víctimas

ni legitimar relaciones asimétricas, tampoco puede permitir que el castigo se transforme en una reacción desmesurada ante situaciones de marginalidad, ignorancia o inmadurez afectiva como las que podrían observarse en el caso de «C., N. O.»

Esta solución intermedia no niega la existencia del delito ni la necesidad de sanción, pero propone adecuar la respuesta punitiva al marco subjetivo y social en el que ocurrió el hecho. En este sentido, permite superar el falso dilema entre impunidad o pena desproporcionada, y se alinea con una visión del derecho penal centrada en la culpabilidad por el hecho y no en la mera lesividad del resultado.

II. Bibliografía

- Roxin, C. (2006). *Derecho penal. Parte general* (p. 861). Thomson Civitas.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar, A. (2005). *Derecho penal. Parte general* (p. 725).
- Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario. (2020, septiembre 15). *C., N. O. s/ abuso sexual con acceso carnal*.
- Corte Suprema de Justicia de Santa Fe. (2021, diciembre 21). *C., N. O. s/ abuso sexual con acceso carnal*