

Configuración del error de tipo en el delito de secuestro: Si la prueba de ADN demuestra que el procesado es el padre biológico del menor sustraído y no existe certeza ni verificación objetiva de que otra persona lo haya reconocido como hijo(a) o que él tenga conocimiento al respecto, corresponde la absolución

1. El artículo 14 del Código Penal prevé la institución del error de tipo. Al respecto, el primer párrafo del artículo mencionado diferencia dos clases de error de tipo; el primero de ellos, es el **error invencible**, que se da cuando el error no se hubiese logrado evitar ni aun aplicando la diligencia debida, excluye la responsabilidad del autor. El segundo, denominado **error vencible**, que se presenta cuando el agente pudo haber evitado el resultado observando el debido cuidado que las circunstancias le exigían, se sanciona como imprudente si estuviera previsto legalmente.

2. Existiendo la posibilidad biológica que el procesado sea el padre de la criatura presuntamente agraviada, tenía como legítima la expectativa de dicha paternidad y por ende, "el derecho" o "la justificación" para llevársela, devolviéndola al cuidado de su madre el mismo día, lo que en el peor de los casos representaría un error sobre un elemento de tipicidad objetiva, pues, en el delito de secuestro el comportamiento consiste en privar a otro de su libertad, **sin derecho, motivo ni facultad justificada**.

3. En el presente caso se demostró finalmente que en efecto, el procesado era el padre biológico y que por ende, tenía razones para pensar que poseía derechos sobre la menor, derivados de dicha paternidad.

Lima, veintidós de septiembre de dos mil veintidós

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por la **Novena Fiscalía Superior Penal de Lima**, contra la sentencia del treinta de diciembre de dos mil veinte (folios 334/346), expedida por la Tercera Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima. Mediante la misma se absolvió a [REDACTED], de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito de secuestro agravado, en agravio de la niña identificada con [REDACTED] (1 año y 7 meses) y dispuso el archivo definitivo del proceso; con lo demás que contiene.

Intervino como ponente el juez supremo **GUERRERO LÓPEZ**.

CONSIDERANDO

Primero. Marco legal de pronunciamiento

El recurso de nulidad está regulado en el artículo 292 del Código de Procedimientos Penales (en adelante, C de PP) y constituye el medio de impugnación de mayor jerarquía entre los recursos ordinarios del ordenamiento procesal peruano¹. Está sometido a motivos específicos y no tiene (salvo las excepciones de los artículos 330 y 331), efectos suspensivos de conformidad con el artículo 293 del mismo texto procesal. El ámbito de análisis de este tipo de recurso permite la revisión total o parcial de la causa sometida a conocimiento de la Corte Suprema, tal y como lo regula el contenido del artículo 298 del C de PP.

Segundo. Imputación fáctica y jurídica

2.1. Hechos

Según los términos de la acusación fiscal (folios 258/270) se atribuye a [REDACTED] ser autor del delito de secuestro agravado, al haber privado de la libertad personal a la menor identificada [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] **veintidós de octubre de dos mil diecinueve, aproximadamente a las 9:00 horas**, en circunstancias que encontrándose en la agencia de la empresa [REDACTED], ubicada en [REDACTED] [REDACTED], junto con sus dos menores hijas [REDACTED] de 7 años de edad y de la menor [REDACTED] 1 año y 7 meses de edad, así como de su pareja sentimental, el acusado [REDACTED], tenían la finalidad de comprar pasajes con destino a Ica.

Es en las circunstancias descritas, que el acusado [REDACTED], aprovechando la afluencia de pasajeros que en ese momento existía en la agencia de transporte mencionada, y que la madre de las niñas se

¹ Cfr. MIXAN MASS, Florencio, en SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. *Derecho procesal penal*. Lima: Grijley, 2014, p. 892.

encontraba comprando los pasajes respectivos, procedió al secuestro de la menor [REDACTED] llevándosela con rumbo desconocido, con la finalidad de obligar a su pareja sentimental [REDACTED] [REDACTED] no viaje y se quede en la ciudad de Lima.

Debe indicarse además que en su huida el encargado se llevó consigo una mochila (color verde) que contenía en su interior prendas de vestir de la madre de las menores y de sus hijas, dejando en poder de [REDACTED] [REDACTED]. Estos hechos quedaron corroborados con las cámaras de seguridad colocadas al interior del local de la empresa de transportes, donde se logró observar [REDACTED] retirarse con la menor niña agraviada y que la madre de la menor, al no poder comunicarse con este, a las doce horas con treinta minutos del veintidós de octubre de dos mil diecinueve, denunció el hecho ante la División de Investigación de Secuestros-Dirincri PNP.

Posteriormente, a las 13:30 horas del veintidós de octubre de dos mil diecinueve, personal policial de la División de Investigación y Secuestro se constituyó al inmueble del procesado (que registra en sus documentos de identidad), ubicado en el Asentamiento Humano "[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] a las 14:42 horas, la madre de la menor agraviada recibió una llamada telefónica [REDACTED] perteneciente al hermano del procesado [REDACTED], donde corroboró que su hija se encuentra en poder del procesado [REDACTED], por lo que siendo las 17:50 horas, nuevamente la madre de la menor recibió otra llamada telefónica [REDACTED] [REDACTED] de propiedad de [REDACTED], acordando la madre de la menor agraviada con el procesado para encontrarse en las inmediaciones de la [REDACTED] en el distrito del Rímac, para entregarle a su menor hija agraviada, pero amenazándola que ante cualquier movimiento sospechoso o presencia policial, no volvería a ver a su hija, por lo que, siendo las 21:00 horas del mismo día veintidós de octubre del dos mil diecinueve, la madre de la menor agraviada se apersonó al citado lugar, donde la policía observó a un sujeto con las mismas características físicas del

procesado, se encontraba vestido con las mismas prendas que portaba al momento de cometer el secuestro y llevaba consigo una mochila (de color verde), además se encontraba cargando a una menor de edad (de sexo femenino), por lo que se procedió a su intervención policial, instantes en que se hizo presente la señora [REDACTED] (progenitora de la menor agraviada) y reconoció plenamente al procesado como el autor del hecho, por lo que fue trasladado a las instalaciones de la DIVINSE-DIRINCRI-PNP, para las investigaciones del caso.

2.2. Calificación jurídica

Los hechos se han calificado como delito de secuestro agravado previsto y sancionado por el artículo 152 del Código Penal vigente a la fecha de suscitados, que establecía (bajo los alcances del Decreto Legislativo 982):

Artículo 152. Secuestro

Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de veinte ni mayor de treinta años **el que, sin derecho, motivo ni facultad justificada, priva a otro de su libertad personal**, cualquiera sea el móvil, el propósito, la modalidad o circunstancia o tiempo que el agraviado sufra la privación o restricción de su libertad.

La pena será no menor de treinta años cuando:

[...]

La pena será de cadena perpetua cuando:

1. El agraviado es menor de edad o mayor de setenta años.

[...] [Resaltado y subrayado agregado]

Tercero. Fundamentos del recurso (folios 360/374)

La fiscalía solicitó la nulidad del juzgamiento y la realización de un nuevo juicio oral, sobre la base de los siguientes fundamentos:

3.1. La Sala Superior yerra al considerar el error de prohibición en la conducta del procesado, sin tener en cuenta que su acción típica se acreditó con: **a)** el acta de visualización de CD, de la que se aprecia cómo él se llevó a la menor del terminal de transporte; **b)** el desplazamiento policial realizado para lograr ubicar a la menor; **c)** el Parte N.º 1311-2019-DIRNIC-DIRINCRI PNP-DIVINSE-IC-DEPINEXT-E, con el que se dio cuenta de las averiguaciones

realizadas por la policía para lograr encontrar [REDACTED], en la que se describen dos llamadas realizadas por dos teléfonos celulares pertenecientes a sus familiares, amenazando inclusive por uno de ellos a la madre de la menor que de avisar a la policía nunca más vería a la menor.

3.2. Tampoco se tuvo en cuenta lo dicho por la madre de la víctima a escala preliminar, respecto a que la agraviada es [REDACTED] y se encuentra reconocida por este, por lo que el cambio de versión en juicio sobre que tendría dudas de la paternidad y que podría ser del procesado, toda vez que mantuvo una relación sentimental a distancia con este "cuatro meses atrás", no se condice con la edad de la víctima que al momento de los hechos tenía un año y siete meses, tanto más si el acusado no ha iniciado ningún proceso legal para reclamar la paternidad de esta, y sus afirmaciones respecto a que la hija mayor (13 años) o la agraviada (1 año y 7 meses) son sus hijas, pero que no las pudo reconocer porque estaba preso, no se condice con sus antecedentes, en tanto estuvo libre cuando nació la primera y la madre negó que sea su hija, y respecto a la menor agraviada, como se tiene dicho, tiene otro padre que la ha reconocido. La finalidad del cambio de versión de la denunciante es evitar que se le imponga cadena perpetua.

3.3. La sala omitió analizar el móvil del secuestro, que como lo dijo la denunciante [REDACTED] fue con la finalidad de retenerla y evitar el fin de su relación sentimental, dado que un día antes le manifestó que regresaría a Ica con su esposo [REDACTED], además en el juicio manifestó su temor de que la agraviada estuviera con él porque amenazó con matarse y a la pequeña también, temor que no tendría razón de ser si fuera cierto que él se comportaba como padre, menos lo hubiera denunciado ante la policía y hubiera negado que este fuera el padre.

3.4. La sala tampoco consideró que del contenido del acta de verificación, visualización, captación de imágenes y transcripción de contenido del equipo celular N.º 956 495 690 se pudo verificar el reclamo que realizó la denunciante [REDACTED] para la entrega de su menor hija, no apreciándose que [REDACTED] se refiera a la menor agraviada como su sobrina, mucho menos como hija del

acusado. Asimismo, ni la declaración [REDACTED], ni de [REDACTED] (parientes del procesado), respecto a que conocen a la denunciante desde hace 16 o 17 años y que siempre la veían con el encausado como su novia en la casa del Callao o en reuniones familiares en San Juan de Lurigancho, se condice con lo denunciado [REDACTED] que ni los números de los familiares tenía al momento que ocurrieron los hechos y tuvo que ser la policía, a través de las redes sociales, que pudo averiguar los datos y teléfonos de algunos de los familiares del procesado. Tampoco la versión de estos testigos se condice con lo señalado por la denunciante y el procesado que refieren que se hospedaron en un hotel y no en las casas del Callao o San Juan de Lurigancho.

3.5. En atención a lo señalado, la responsabilidad penal por el delito de secuestro de la menor estaba acreditado.

Cuarto. Análisis jurídico fáctico

Control formal

4.1. La decisión cuestionada fue leída en audiencia pública del treinta de diciembre de dos mil veinte (folios 347/348), interponiendo recurso de nulidad al día siguiente el Ministerio Público, y fundamentándolo el once de enero de dos mil veintiuno, esto es, dentro de los diez días establecidos por el numeral 5, del artículo 300, del Código de Procedimientos Penales, por lo que se encuentra dentro del plazo legal.

Análisis de fondo

4.2. Es pertinente establecer que este Supremo Tribunal se limitará a resolver lo expresado en los agravios invocados en el Recurso de Nulidad, de acuerdo a lo prescrito en el numeral 1, del artículo 300, del Código de Procedimientos Penales² (principio conocido como *tantum appellatum quantum devolutum*), teniendo en

² **Artículo 300. Ámbito del recurso de nulidad**

1. Si el recurso de nulidad es interpuesto por uno o varios sentenciados, la Corte Suprema solo puede confirmar o reducir la pena impuesta y pronunciarse sobre el asunto materia de impugnación.

[...]

cuenta que el derecho a la impugnación constituye el ejercicio de un derecho fundamental y la competencia del órgano de revisión, está delimitada objetiva y subjetivamente, precisamente por los cuestionamientos expresados en los medios impugnatorios (agravios), salvo los supuestos excepcionales de nulidades absolutas.

4.3. El cuestionamiento radica en específico en que la conclusión expresada por la Sala Superior respecto al error de tipo vencible con el que habría actuado el encausado no se condice con lo actuado en el proceso, toda vez que no se tiene por acreditada su paternidad respecto a la víctima, dado que cuando se produjo el hecho la madre de la menor sostuvo que el padre es Iván Rodríguez, quien la ha registrado, además que no contaba con los números de alguno de los parientes del procesado que denotara familiaridad.

4.4. Como se ha pronunciado esta instancia en otras decisiones jurisdiccionales (Recursos de Nulidad N.º 145-2019/Lima y N.º 1740-2017/Junín), en nuestro ordenamiento legal existe una figura jurídica que incide en el elemento subjetivo del tipo penal: el error de tipo, cuya regulación se encuentra en el artículo 14 del Código Penal. Al respecto, el primer párrafo del artículo mencionado diferencia dos clases de error de tipo. El primero de ellos, “el error invencible”, que se da cuando el error no se hubiese logrado evitar ni aun aplicando la diligencia debida, excluye la responsabilidad del autor. El segundo, denominado “error vencible”, que se presenta cuando el agente pudo haber evitado el resultado observando el debido cuidado que las circunstancias le exigían, se sanciona como imprudente.

4.5. En general, el error de tipo es el error, la ignorancia o desconocimiento real sobre uno o más elementos configuradores del tipo objetivo. Como sostiene Villavicencio³:

[...] **Puede ser que el sujeto activo no haya comprendido algún elemento típico, que existe objetivamente** (falta de representación), o **lo comprenda de manera diferente de lo que es en la realidad** (representación falsa). El error puede recaer

³ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal. Parte general*. Lima: Editorial Grijley, 2006, p. 361.

sobre cualquiera de los **elementos descriptivos**, pero si el agente careció de una valoración que le haya permitido comprender el significado del elemento típico, el error recae sobre los **elementos normativos** [...] **Un error de tipo puede referirse a sus elementos de hecho como de derecho** [...] **El error de tipo excluye el dolo, consecuentemente, al estar ausente el elemento dolo, se configura como una causal de ausencia de imputación subjetiva.**

Con similar importancia, debe ponderarse lo explicado por el profesor García Caveró⁴:

[...] El error es la cara opuesta al conocimiento con el cual se sustenta la imputación subjetiva. Dentro del error se distinguía tradicionalmente el error sobre los hechos y el que se deriva de un desconocimiento del derecho, siendo únicamente el primero capaz de excluir el dolo (*error iuris nocet*) esta regla se flexibilizó primero para el caso de los errores de derecho que estaban referidos a leyes extrapenales, por lo que también en estos casos se admitió la posibilidad de excluir el dolo. La negación de toda relevancia al error de derecho penal se mostró, sin embargo, poco compatible con el principio de culpabilidad si es que este error era invencible. Por esta razón, la ordenación del error dejó de girar en torno a la distinción entre hecho y derecho, y pasó a distinguirse en función de la conducta (error de tipo) y la valoración de la conducta (error de prohibición). El primero recae sobre los elementos que conforman el tipo del injusto, mientras que el segundo está referido al significado antijurídico de la conducta. Si bien nuestra exposición utiliza la terminología de esta última clasificación, lo cierto es que sigue otro criterio de distinción: "desconocimiento del significado del hecho" y "desconocimiento de la ley penal".

4.6. Desde luego, **el error de tipo invencible** tiene como efecto el excluir la responsabilidad penal o anular una circunstancia agravante. Mientras que **el error de tipo vencible** requiere la observancia de deberes objetivos de cuidado, esto es, de las capacidades del agente de verse en la posibilidad de valorar correctamente un hecho, siendo sancionada únicamente si el delito ampara una modalidad de responsabilidad culposa.

4.7. Esta Sala Suprema, en la Sentencia de Casación N.º 742-2016/Ica, identificó los elementos que se deben tener en cuenta al momento de analizar

⁴ GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal. Parte general*. Lima: Ideas Solución Editorial S.A.C., tercera edición, mayo 2019. págs. 540 y 541.

un supuesto de error relevante, desde la valoración del conocimiento del agente:

- a. En el caso de la “prueba del conocimiento” exige analizar el contenido de las denominadas reglas de la experiencia y de forma más precisa, de aquellas que pueden denominarse “reglas de la experiencia sobre el conocimiento ajeno”, que **servirán para determinar, a partir de la concurrencia de ciertos datos extremos, qué es lo que se representó en una persona en el momento de llevar a cabo una determinada conducta.**
- b. El parámetro para decidir sobre la corrección de una determinada regla de experiencia no puede ser otro que la existencia de amplio consenso social en torno a su vigencia.
- c. A fin de verificar el error de tipo —vencible o invencible— se deberá tener en cuenta, según las reglas de la experiencia, que **en el agente existió una falsa representación de la realidad ex ante a la conducta imputada.**

Esta situación se genera cuando el agente desconocía alguno de los elementos normativos y descriptivos que conforman el tipo penal como: la calidad del sujeto, de la víctima, el comportamiento activo u omisivo, las formas o medios de comisión de la acción, el objeto material, el resultado, la acción de causalidad y los criterios para imputar objetivamente el resultado al comportamiento activo u omisivo; pudiendo el error recaer en cualquier elemento del tipo penal [resaltado agregado].

4.8. En efecto, la Sala Superior analizó la conducta del imputado desde el enfoque del error de tipo vencible (no de prohibición, como alegó la parte recurrente), dado que, si bien su conducta estaba orientada a evitar que la madre de la agraviada viaje de Lima a la ciudad de Ica y de alguna manera retenerla en esa decisión, actuó en su convicción de ser el padre biológico de la menor agraviada, conclusión a la que arribó luego de lo actuado en el juicio oral,

puesto que la madre de la agraviada reconoció que si bien se encuentra registrada con el apellido de su expareja [REDACTED], no tiene certeza de que la menor sea hija de éste o hija del procesado, con quien reconoce mantiene una amistad desde la adolescencia, y una relación de pareja también de carácter informal y esporádica, y no como sostuvo de solo cuatro meses, con el ingrediente consistente en que, estaba separada de su esposo en Ica desde hace aproximadamente cuatro años (ver declaración de folios 20/23).

4.9. A criterio de esta instancia, el razonamiento efectuado por el Colegiado Superior se encuentra motivado y arreglado a ley, dado que como se actuó en juzgamiento, la conducta del procesado, más allá del móvil de querer que no viaje la madre de la agraviada a la ciudad de Ica, este se llevó a la menor bajo una creencia certera de que dicha menor es su hija, así lo ha afirmado durante todo el proceso, lo cual ha sido corroborado con los testimonios de [REDACTED] quienes han señalado con firmeza que conocen a la denunciante y a la agraviada, pues la primera es pareja del encausado [REDACTED] (desde hace 16 o 17 años atrás) y la segunda es su hija, además de afirmar también, como lo sostiene el procesado, que la otra de las hijas mayores de la denunciante también es su hija, pero que de dicha paternidad se enteró después de seis años, y la razón por la que no reconoció a ninguna de las menores se debe a que estuvo purgando una condena en el penal de ocho años hasta el 2017.

4.10. Esta posición se mantuvo, llegándose a ordenar una prueba de ADN que se concretó, la cual si bien es cierto no llegó al momento de emitirse sentencia, si ha sido recabada antes de llevarse a cabo la presente vista de causa, la cual ha determinado fehacientemente que el procesado [REDACTED] es el padre biológico de la agraviada, y por tanto el error con el que actuó, en realidad era una apreciación respecto a un derecho inherente a su paternidad, con relación a lo cual, de ser el caso, puede aclararse en la vía y/o proceso que corresponda, sin embargo, aquella verdad no puede ni debe perderse de vista.

4.11. En ese sentido se aprecia razonabilidad y coherencia en la evaluación probatoria, y en consecuencia la decisión de absolver es correcta. Al evaluar el tipo penal alternativo de sustracción de menor, tampoco existen evidencias del conocimiento por parte del procesado respecto a la declaratoria de paternidad de la menor realizada por otra persona –en este caso, por Iván Rodríguez Ramos–, no encajando la conducta atribuida en aquel tipo delictivo, por lo que solo cabe la absolución.

4.12. Para llegar a esta solución es destacable también —aunque no lo haya esclarecido la Sala Superior— que en este expediente no existe partida de matrimonio – entre la madre de la menor, Karen Lila García Sandi e Iván Rodríguez Ramos – o la partida de nacimiento de la menor que demuestren fehacientemente esa paternidad y, sobre todo, que ello haya sido fehacientemente conocido por el encausado.

Si ello es así y existiendo la posibilidad biológica que el procesado sea el padre de la criatura presuntamente agraviada, tenía como legítima la expectativa de dicha paternidad y por ende, “el derecho” o “la justificación” para llevársela devolviéndola al cuidado de su madre el mismo día, lo que en el peor de los casos representaría un error sobre un elemento de tipicidad objetiva, pues, como se indicó en párrafos precedentes, en el delito de secuestro el comportamiento consiste en privar a otro, **sin derecho, motivo ni facultad justificada**, demostrándose finalmente que en efecto, era el padre biológico y que por ende, tenía razones para pensar que poseía derechos sobre la menor, derivados de dicha paternidad.

4.13. A la misma solución de absolución se llega si se considerase superada la tipicidad objetiva y subjetiva (comportamiento y dolo) y se evalúan los hechos a nivel de la antijuricidad a través de la institución del **error de tipo permisivo**. En efecto, en relación con este tema Claus Roxín⁵, cuando se refiere a las cuestiones del error en las causas de justificación, explica:

El error de tipo permisivo excluyente de dolo ha de distinguirse del error de permisión, es decir, la suposición errónea de una causa de justificación

⁵ CLAUS ROXIN. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Madrid-España: Editorial Civitas S.A. Traducción de la segunda edición alemana, 1997, págs. 589 y 590.

absolutamente inexistente. El error de permisión es de manera indiscutida según todas las teorías un error de prohibición. Su examen más detenido corresponde al ámbito de la responsabilidad. Aquí su trata solo de delimitar esta forma específica de error de prohibición del error sobre los presupuestos objetivos o materiales de una causa de justificación, que hay que tratar de modo completamente diferente. Existe un error de permisión en primer lugar cuando alguien invoca una causa de justificación que el ordenamiento jurídico no reconoce. El estudiante que perturba o interrumpe la clase cree p. ej., que sus coacciones están permitidas por un "derecho de huelga"; una mujer se hace practicar un aborto por un curandero, creyendo que eso está autorizado por su "derecho de autodeterminación"; un funcionario admite regalos porque piensa que eso está permitido por una causa de justificación del derecho consuetudinario. Estos errores no modifican para nada la concurrencia de coacciones, aborto o cohecho doloso, a lo sumo pueden excluir o atenuar la culpabilidad [...].

4.14. Sucede adicionalmente, que como el derecho no es matemática y como las teorías en plena discusión tienen por objetivo una mejor aplicación para la justicia del caso concreto, también encontramos otra línea de solución siempre con la misma conclusión de absolución, en las reflexiones del profesor Villavicencio⁶ sobre el error de prohibición indirecto dentro del análisis de la culpabilidad, específicamente en el segmento del conocimiento de la antijuricidad. Dice al respecto:

En el error de prohibición indirecto, el autor conoce la contradicción de su comportamiento con las normas jurídicas, pero supone erróneamente la presencia de una causa de justificación que no existe o le otorga una extensión distinta de la que tiene. Ejemplo: el sujeto quien cree que está permitido matar a alguien gravemente enfermo y que se encuentra desahuciado; o el caso de la joven violada que cree que es lícito abortar. [...]

Los supuestos de error de prohibición indirecto pueden ser: Primero, el autor supone erróneamente la existencia de una causa de justificación que la ley no reconoce. Aquí se incluye el error sobre los límites de la causa de justificación, es decir, el autor desconoce los límites jurídicos de una causa reconocida de justificación y extiende estos límites más allá de lo previsto por esta, alejándose de las consideraciones del legislador. Segundo, el autor cree erróneamente que se dan los presupuestos típicos de una causa de justificación, es decir "cree actuaren una situación objetiva de justificación que no existe".

⁶ VILLAVICENCIO T., Felipe. *Derecho penal. Parte general*. Lima-Perú: Editora Jurídica GRIJLEY E.I.R.L., 2006, págs. 618 y 619.

4.15. Ha de tenerse en cuenta de otro lado, que existe la posibilidad fáctica de que al momento de los hechos el encausado haya dudado de su paternidad y en ese contexto se haya llevado a la menor como señala el Ministerio Público, con el único ánimo de retener a su madre. En ese supuesto, estaríamos ante un **delito putativo**⁷, porque en términos dogmáticos (teoría del delito) al ser el padre biológico en el momento y contexto de los hechos, tenía ciertos derechos por lo menos como expectativa, no obstante la existencia de un supuesto reconocimiento de paternidad sobre la menor realizado por otra persona, hecho sobre el cual no se ha acreditado que el procesado tuviera certeza, máxime si no obra en autos, como se ha indicado, ni la partida de nacimiento de la menor ni la partida de matrimonio de la cual se podría deducir la presunción *Pater ist Est*⁸ (artículo 362 del Código Civil⁹).

DECISIÓN

Por estos fundamentos, acordaron:

I. Declarar, **NO HABER NULIDAD** en la sentencia del treinta de diciembre de dos mil veinte (folios 334/346), expedida por la Tercera Sala Penal para Procesos con [REDACTED], de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito de secuestro agravado, en perjuicio de la niña [REDACTED] (1 año y 7 meses) y dispuso el archivo definitivo del proceso; con lo demás que contiene.

⁷ Error de prohibición inverso en el que el sujeto cree equivocadamente que su conducta está penalmente prohibida pese a conocer correctamente los presupuestos concurrentes, pero no hay verdadero dolo, pues el contenido de lo representado no es algo desvalorado jurídicamente (como una relación homosexual libre entre adultos) o no es algo penalmente típico, aunque sea ilícito (como el adulterio). Por ello no hay tentativa, ni siquiera inidónea, sino solo una falsa creencia de que está prohibida una conducta que el derecho, o al menos el derecho penal, no prohíbe, y por eso se denomina *delito putativo* o *delito imaginario*, que es impune (Fuente: Diccionario panhispánico del español jurídico).

⁸ Es una presunción aplicable al derecho civil de familia, bajo el que se presume que el hijo nacido de la mujer casada siempre tiene como padre al esposo.

⁹ **Artículo 362. Presunción de hijo matrimonial**

El hijo o hija se presume matrimonial, salvo que la madre declare expresamente que no es del marido.

II. DISPONER se notifique la presente resolución a las partes apersonadas a esta instancia, se devuelvan los actuados a la Sala Superior de origen y se archive el cuadernillo.

Intervino la jueza suprema Carbajal Chávez, por licencia de la jueza suprema Castañeda Otsu.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

BROUSSET SALAS

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

CARBAJAL CHÁVEZ

GL/gc