

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: ERROR DE HECHO EN EL DELITO DE VIOLACIÓN

RESUMEN: En el presente informe investigativo se analiza la figura del error de hecho específicamente en los delitos de violación. A los efectos se realiza un análisis doctrinal donde se abordan los principales componentes del error de hecho y su diferenciación con el error de prohibición. Asimismo, se incorpora un artículo donde se explica de forma detallada la aplicación del error de hecho al delito de violación. Finalmente se anexa la normativa y jurisprudencia respectiva, donde se analiza la figura en cuestión, así como un caso de error de hecho en relaciones consentidas con menor de edad.

Índice de contenido

1. Doctrina.....	2
a. El Error de Hecho y de Derecho en la Doctrina.....	2
b. Error e Ignorancia.....	2
c. Error de hecho y error de derecho.....	3
i. El principio "Ignorantia iuris nom excusa". Su carácter relativo.....	4
ii. Deficiencias en el contenido de la separación tradicional del error.....	4
d. Significado del error sobre el tipo y sobre la prohibición. 5	
i. El error de tipo vencible e invencible.....	6
i.1 El error sobre las causas de justificación.....	7
ii. El error de prohibición directo e indirecto.....	9
iii. El error de comprensión.....	9
iv. El error de prohibición sobre las circunstancias objetivas del estado de necesidad exculpante y las otras	

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

causas de exclusión del reproche.....	10
e. Evolución Jurisprudencial de la Casación.....	11
f. El Error de Hecho en el Delito de Violación.....	17
2. Normativa.....	24
a. Código Penal.....	24
3. Jurisprudencia.....	25
a. Error de tipo- Concepto y distinción con el error de prohibición.....	25
b. Error de prohibición-Concepto, alcances y análisis del directo, indirecto y diferencia con el error de tipo.....	27
c. Error de Tipo en Relaciones Consentidas con Menor de Edad.	29

DESARROLLO:

1. Doctrina

a. El Error de Hecho y de Derecho en la Doctrina

[CHIRINO, Alfredo y HOUED, Mario]¹

"El problema del error y sus derivaciones ha constituido desde hace mucho tiempo uno de los aspectos que mayor controversia suele generar en el área del derecho penal- parte general-, no solo por los efectos que evidentemente repercuten en la determinación de los elementos estructurales del delito para obviar una eventual sanción, sino por la propia complejidad que el tema entraña. Con relación a lo primero cabe advertir que lo menos idóneo sería (dentro de una adecuada relación de política criminal y teoría del error) someter a privación de libertad a un sujeto que incurrió en un hecho punible a causa de ese fenómeno -sea éste por error de tipo o de prohibición, particularmente inevitables, según veremos-, pues se reconoce que aquélla no es necesaria en tales casos como retribución (prevención general) ni como resocialización o reeducación (prevención especial) si es que seguimos las líneas de los falsos dilemas planteados entre "seguridad jurídica" o "defensa social" que hemos examinado en otras oportunidades.

Ello es así porque quienes actúan motivados en el error, normalmente están integrados a la cultura de la sociedad en que conviven o por lo menos el conflicto que presentan no es del todo insuperable, además de que la intimidación a los individuos que en un futuro pudieran realizar sus actos en las mismas circunstancias, no obliga a que la amenaza consista -necesariamente- en que se les restrinja su libertad.

En lo que se refiere a la naturaleza del error y su discutida complejidad lógicamente constituye el producto de nuestra reflexión, pues no parece que las correspondientes leyes penales y en consecuencia la jurisprudencia nacional, hayan seguido la orientación que la moderna teoría del delito ha desarrollado en los últimos años para superar la anticuada distinción entre error de hecho y error de derecho. Ese es el motivo que nos ha impulsado a materializar este breve estudio, teniendo como soporte un reciente fallo de la Sala de Casación Penal, donde precisamente se analizó dicho cuestionamiento.

b. Error e Ignorancia

Ciertamente cabe admitir que el error y la ignorancia son dos fenómenos que desde un punto de vista psicológico y aún filosófico pueden ser diferenciados; pero jurídico-penalmente, por tener los mismos efectos, esa distinción no tiene trascendencia.

De tal modo, pues, reconociendo que el error es el conocimiento falso acerca de algo, y que la ignorancia es la falta de conocimiento de algo partiremos del supuesto que no hay razón válida para darles un tratamiento diferente. Antes bien, siendo que el error es el concepto que comúnmente se emplea en la legislación y en la doctrina, con un contenido amplio que abarca la ignorancia, así debe ser comprendido.

c. Error de hecho y error de derecho

En la Exposición de Motivos del Código Penal vigente (Ley N° 4573 de 4 de mayo de 1970 que empezó a regir un año después, en el mes de noviembre), se dice con relación al tema de nuestro interés, entre otras cosas, lo siguiente: "Adoptamos el texto recomendado por el Código Penal Tipo para Latinoamérica, en cuanto al error de derecho, que suscitó un largo debate de la comisión redactora del anteproyecto. Es claro que la causa de inculpabilidad prevista tiene su precisa limitación porque el error de derecho, para que tenga valor legal, debe ser invencible porque si no lo es, trae como consecuencia una simple atenuación de la pena. La expresión invencible debe interpretarse en el sentido de que si bien nadie puede alegar ignorancia de la ley, de acuerdo con el artículo 129 de la Constitución, ella misma expresa: "salvo en los casos en que la misma autorice" y el texto que sugerimos aplica la excepción apuntada. También es lógico que el error de derecho no puede versar sobre conceptos esenciales y básicos que la misma Constitución ampara, como lo son la vida, la libertad o la propiedad."

Con anterioridad -en la misma exposición de motivos- la Comisión redactora afirma, al referirse al error de hecho, que se trata de una auténtica causa de inculpabilidad, en la que no existe dolo alguno, aunque contempla la posibilidad de que pueda provenir de culpa. Con sustento en las razones apuntadas, fueron incluidos el error de hecho y el error de derecho (artículos 34 y 35 del Código Penal, respectivamente) como causas de inculpabilidad, receptando la discutible distinción entre "error facti" y "error iuris" que ya inclusive en la época de la aprobación del Código mencionado, estaba siendo objeto de revisión. Debe reconocerse, sin embargo, que aún no se había perfilado en todos sus contornos la delimitación conceptual del problema del error (analizado desde la

óptica de las características del tipo y del contenido de la prohibición) lo que inclusive hoy día no deja de ser motivo de polémica, en especial para quienes continúan ubicando el dolo y la culpa como elementos de la culpabilidad.

i. El principio "Ignorantia iuris non excusa". Su carácter relativo

Para diferenciar el error de hecho y el error de derecho, normalmente se tomaba como punto de partida la aplicación del principio, muchas veces contenido en las diversas legislaciones, que establece que nadie puede alegar ignorancia de la ley (contemplado en nuestra Carta Magna en el artículo 129, aunque deja a salvo los casos que la misma ley autorice). Lo anterior obligó a hacer una distinción de las circunstancias que integran la ley penal, cuyo error o ignorancia podían o no conducir a una situación de inculpabilidad. Sin embargo, pese a que aún hoy día se cuestiona la naturaleza de dicho principio (si debe conceptualizarse como una presunción; si expresa el carácter obligatorio de la ley penal; o si -por el contrario- constituye una exigencia de carácter político, social o procesal), de él no puede más que admitirse su carácter relativo, para no incurrir en un excesivo formalismo que imponga condición de inexcusabilidad aún en casos extremos en que se olvida la más elemental realidad psicológica. En efecto, si la doctrina tradicionalmente ha señalado dos excepciones al principio de inexcusabilidad (una por razón de las personas y otra en atención al precepto violado), es porque en situaciones límite la obligación de conocer la ley no puede ir más allá de lo que es racionalmente aceptable, siendo atendible que se reconozca, además del desconocimiento sobre el hecho, el que puede producirse con relación a la norma (por ejemplo el extranjero que ignora que en nuestro país es ilícito fabricar licor aún para su propio consumo).

ii. Deficiencias en el contenido de la separación tradicional del error

La moderna doctrina afirma que son básicamente dos inconvenientes en los que incurre el criterio que para resolver la cuestión relativa a la eficacia excusante del error parte del distingo entre el desconocimiento de derecho y el del hecho, señalando su poca viabilidad y su inexacta diferencia esencial.

En primer término porque refiriéndose el orden jurídico a elementos fácticos (transformando las cuestiones del acto en problemas jurídicos) no es posible desarrollar una apropiada distinción entre la falta de conocimiento del hecho y el error de derecho. Así por ejemplo los llamados elementos fácticos del tipo

no están desprovistos de una valoración jurídica, lo que ha llevado a Maggiore a afirmar que no se concibe un error de derecho que no se resuelva, en última instancia, en uno de hecho. En segundo lugar queda claro que la indicada separación es puramente artificial desde que hemos reconocido que entre una y otra clase de error no podemos señalar diferencia esencial alguna que permita delimitar conceptualmente ambas especies: "por ejemplo se puede tener cocaína sin autorización, ya sea por ignorar que la detención de esa droga está prohibida o por desconocer que esta sustancia es cocaína... en ambos casos se ignora que la materia poseída está sometida a una determinada reglamentación jurídica."

Tales cuestionamientos han originado que el criterio distintivo entre las clases de error se traslade de la causa del desconocimiento hacia al objeto afectado por éste, siendo que cuando se trate o refiera a un defecto en la consideración de un elemento particular del tipo penal (esto es que se incurre, al realizar el hecho, en un error sobre algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción) estaremos en presencia de un error de tipo que afecta el dolo (cuando es invencible o inevitable), dando lugar a tipicidad culposa si es vencible o evitable. Pero si el error se produce porque el sujeto cree que lo que hace no es contrario al orden jurídico, dará fundamento al denominado error de prohibición que cuando es inevitable eliminará la culpabilidad, y si es evitable podrá atenuar la pena prevista para el hecho.

d. Significado del error sobre el tipo y sobre la prohibición

El Voto 446-F del 25 de setiembre de 1992 comienza el camino de una nueva etapa de la jurisprudencia de casación reconduciendo los esfuerzos interpretativos hacia el problema de la acción, pero, esta vez analizándola desde una perspectiva de su relevancia típica.

Es por ello, que la Sala de Casación ha tratado de dibujar los contornos del problema de la acción en el Código Penal tratando de deslindar las cuestiones que pertenecen al tipo, las dificultades que forman parte del análisis de la antijuridicidad y, en última instancia, dejando las bases, fundamentales para la construcción de los elementos de la reprochabilidad a partir de los requisitos de la capacidad de culpabilidad definidos en el artículo 42 del Código Penal.

La Jurisprudencia de la Sala había venido intentando lograr esta integración de los diversos temas de la Parte General (al menos los más arduos) dejando algunas líneas aproximativas las que, sin embargo, han beneficiado más a la sistemática del dolo, que al planteamiento de la tipicidad culposa.

Dentro de este amplio contexto de problemas jurídicos, todos ellos relacionados con la teoría estratificada del delito, resaltan en orden de importancia los problemas del error, los cuales, por sus características tan singulares han sido mantenidos en cierto olvido por la jurisprudencia, hoy vuelven a un plano de primerísima importancia.

A primera vista podría pensarse que las dificultades del tema del error no tienen que ver con la aplicación cotidiana de la Ley Penal, sino que son solo supuestos dogmáticos en los que se contienen reglas interpretativas totalmente desligadas de la letra de la Ley y, por ende, inaplicables o, al menos, intransferibles al medio costarricense. No obstante, el Voto 446-F subraya la extraordinaria cercanía de la problemática del error para el trabajo habitual de la Administración de Justicia. Para comprobar este acerto, basta echar un vistazo a la evolución jurisprudencial generada a partir de finales de los años ochenta, donde fácilmente puede encontrarse el error y sus diversos matices legislativos como fenómenos de utilidad práctica extraordinaria.

La tesis seguida por la Sala se orienta hacia la construcción del andamiaje estructural del dolo como voluntad realizadora del tipo penal, voluntad, resulta claro, que presupone un conocimiento de lo que se quiere y una representación de los efectos concomitantes de la conducta. Tal apreciación se sustenta en la redacción actual de los artículos 18, 30 y 31 del Código Penal, los cuales unidos en su función definitoria del tipo subjetivo, tal y como lo dice la sentencia en comentario, "... establecen una relación inescindible entre el hecho tipificado (denominado en doctrina tipo objetivo) y el aspecto intencional del mismo (dolo, culpa o preterintención)."

Lo que se expone a continuación no es más que un plan inicial para la discusión de la teoría del error en el derecho penal costarricense. Y no puede ser de otro modo, ya que los problemas que acarrea dicha teoría obligarían a ocupar mucho más espacio que el que tenemos disponible en esta Revista. Sin embargo, pretendemos caracterizar la complejidad de los aspectos básicos que se ponen de manifiesto en nuestra Ley Penal con el fin de despertar el interés de los juristas costarricenses sobre este tema.

i. El error de tipo vencible e invencible

La doctrina costarricense ha empezado a tomar partido por una definición del dolo avalorado, es decir, sin ninguna consideración sobre la antijuridicidad. Este punto de vista ha obligado a estructurar la dinámica de la interpretación de la Ley Penal a través de una serie de consideraciones sobre los elementos

volitivos y cognoscitivos de la acción.

Aún cuando no se acepte que el punto de partida del análisis penal lo sea la relevancia de la acción (tesis que cada vez tiene menos adeptos en doctrina), casi todos los autores sostienen que una acción incompleta, es decir, que le falte el conocimiento o la voluntad no puede ser configurativa de un tipo penal.

Trayendo esta comprobación al área de acción de la tipicidad penal, no existirá dolo, ni tampoco culpa, si no hay congruencia en los elementos objetivos y subjetivos que forman parte de cada uno de estos tipos penales. Así, el aspecto conativo (de la voluntad) en el tipo doloso o culposo, debe guardar plena concordancia y coherencia con lo conocido por el autor (aspecto del conocimiento). Si falta alguno de estos niveles de análisis, ahora dentro del contexto de la tipicidad, la conclusión lógica es que no existirá dolo o la culpa correspondiente, y por ende no podrá concluirse que aquella acción se adecue al tipo penal.

Es así que un error que radique sobre los elementos que están establecidos para que el tipo penal exista, "según su descripción", acarree, indefectiblemente una ausencia de dolo. El autor debe actuar con un conocimiento efectivo, actual o actualizable, de los elementos del tipo objetivo; si este conocimiento falta o se encuentra afectado no puede haber dolo, que es otro requisito para que el delito exista según su descripción.

La vencibilidad o invencibilidad del error alude a la puesta en ejercicio del deber de cuidado para superar las condiciones que inducen ese error. De esta manera, entonces, si el autor tiene algún problema para comprender alguno de los elementos del tipo objetivo (la ajenidad de la cosa en el hurto, la inmediatez del cumplimiento de la orden en el delito de desobediencia a la autoridad, etc.) y aún empleando todo el deber de cuidado que le es exigible dicho error aún permanece, estamos en presencia de un error invencible de tipo que acarrea, como resultado, que desaparezca el dolo y la culpa que pueda acarrear el hecho realizado. En sentido contrario, si el autor, empleando todo el deber de cuidado, hubiera podido superar el falso conocimiento o ignorancia de los elementos del tipo objetivo; entonces, sí existe tipicidad culposa paralela, se aplica esta última, de no existir, el hecho quedaría atípico totalmente.

i.1 El error sobre las causas de justificación

Nuestro artículo 34, segundo párrafo, tiene el mismo inconveniente de otras legislaciones, orientadas en postulados que ubican el dolo con un conocimiento de la antijuridicidad, ofreciendo la

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

misma solución del error de tipo para el error sobre la concurrencia de una causa de justificación.

La mayor parte de la doctrina latinoamericana, quizá siguiendo la sistemática propuesta por Welzel, Maurach, Kaufman y Hirsh, ha optado por aceptar un error de prohibición indirecto cuando el sujeto actúa en la creencia errónea que se encuentra en una causa de justificación. Este postulado, propio de una teoría estricta de la culpabilidad, establece que el dolo no desaparece si el sujeto cree erróneamente que actuó con una causa de justificación, ya que el injusto está completo, esto es, la conducta es típica y antijurídica, pero, si el error es invencible, lo que desaparece es el reproche que ha de hacerse al sujeto. Evidentemente, y siempre dentro de esta propuesta, si el error es vencible (aplicando el deber de cuidado exigible al sujeto) se ha de imponer un reproche menor. Así la respuesta dada al problema tiene consecuencia directa en la graduación del reproche.

Nuestro Código a diferencia de esta tendencia dogmática, insiste en plantear la solución a los problemas de justificación putativa desde el punto de vista del error de hecho (artículo 34 del Código Penal. En consecuencia, si el sujeto pudo vencer la falsa suposición de justificantes empleando un deber de cuidado exigible según las circunstancias, habría que aplicar la tipicidad culposa correlativa. Esta última propuesta proviene de la teoría limitada de la culpabilidad que pone el mayor interés en el disvalor de la acción, ya que el sujeto quiere obrar conforme a derecho pero con un falso conocimiento o ignorancia sobre el tipo permisivo.

Esta solución legislativa tiene dos problemas, primero no toma como un hecho revelador que el examen de las causas de justificación siempre se realiza ex-post facto, es decir, posteriormente al ejercicio de la causa de justificación y, en un segundo lugar, que cuando un sujeto actúa bajo una causa de justificación efectivamente está realizando una conducta dolosa. Siendo así la respuesta legislativa de nuestro Código parece orientarse en dirección opuesta a la teoría estricta de la culpabilidad.

El Voto 446-F, tantas veces citado, plantea claramente que la falsa suposición de atenuantes o causas de justificación "...no elimina el aspecto volitivo y de conocimiento de la acción del autor, ya que éste desea y conoce que realiza el hecho típico, su falso conocimiento e ignorancia consiste en suponer que tiene una causa de justificación que en realidad no existe." Concluyendo que aplicar las reglas del artículo 34 sería desaplicar para el caso concreto, las consecuencias previstas en el artículo 31 del Código Penal, ya que este último artículo plantea y clarifica la función del dolo avalorado sin ninguna relación con la antijuridicidad y

sí con el tipo penal. La creencia errónea en la existencia de una causa de justificación afecta el reproche del injusto y no la constitución del injusto.

ii. El error de prohibición directo e indirecto

La definición del error de derecho que contiene el numeral 35 del Código Penal establece que el falso conocimiento o ignorancia debe recaer sobre la situación o "hecho" que se realiza no está sujeta a pena, según el Voto que comentamos esto "...quiere significar directamente que el sujeto debe creer falsamente que el hecho no está sujeto a pena, lo que puede suceder cuando: a) El sujeto actúa sin saber que lo que realiza se encuentra dentro del ámbito prohibitivo de la Norma; b) el sujeto que actúa considera que el Ordenamiento Jurídico le concede un permiso para su actuación; c) El sujeto que actúa piensa que está dentro del ámbito de una causa de justificación cuando en realidad no lo está." La jurisprudencia está aceptando la existencia de los tres supuestos los cuales, dicho sea de paso, ofrecen serios problemas interpretativos en otros sistemas legislativos como el argentino, donde, por ejemplo, un solo artículo contempla, unidos, fenómenos distintos que nada tienen que ver con el error y que obligan a difíciles ejercicios interpretativos.

Es de destacar que la jurisprudencia ha optado por la nomenclatura moderna del error sobre la prohibición indicando que "...el error directo recae sobre el conocimiento de la Norma prohibitiva (el "No quitarás el terreno a otro ciudadano", norma penal antepuesta al tipo penal de usurpación, por ejemplo), mientras que el error indirecto, viene a significar la falsa suposición de la existencia de un permiso que la ley no otorga, y los problemas de justificación putativa..." Esta escogencia conceptual viene a resolver situaciones sumamente arduas que la estructura del Código no necesariamente está complicando sino más bien facilitando al intérprete.

iii. El error de comprensión

La Sala de Casación, incluso, abrió la puerta al error de comprensión, al cual define como un "..., tipo cualificado de error que afecta la comprensión de la antijuridicidad." Indudablemente este tipo de error tiene consecuencias en la reprochabilidad y obliga a una reducción del reproche cuando es vencible, y cuando es invencible a una desaparición de ese reproche.

El error de comprensión, tal y como lo postula este criterio, funciona en aquellos casos donde el sujeto que actúa le es posible conocer que su conducta está prohibida y que carece de permisos,

pero, a pesar de eso, no le es exigible la internalización de ese conocimiento.

La clasificación de este error, indudablemente, acarrea la aceptación del criterio de los redactores del Código los cuales tomaron en cuenta la posibilidad de un error de derecho producto de una cultura diferente o de la "rusticidad" del autor.

Así, el planteamiento de la Sala obliga a aceptar que el legislador quiso ubicar el error de derecho como un problema de culpabilidad, pues, la "...consecuencia sistemática es que la pena debe atenuarse de acuerdo al artículo 79. Tal redacción no deja duda sobre la intención del legislador de que los problemas del mal llamado "error de derecho" tuvieran como efecto reducciones del reproche, reducciones que resultan plenamente compatibles con la fundamentación de la culpabilidad en aspectos de comprensión del carácter ilícito del hecho y de la capacidad de determinación conforme a tal comprensión que contiene el artículo 42 del Código Penal..."

iv. El error de prohibición sobre las circunstancias objetivas del estado de necesidad exculpante y las otras causas de exclusión del reproche

El tema del estado de necesidad exculpante ha empezado a figurar como estructura legislativa que ofrece singulares dificultades de interpretación, no solo por su ubicación en el Código Penal (junto con la coacción y las amenazas) sino por el grave yerro de utilizar el Código Argentino para explicar las consecuencias del mismo cuando tiene una regulación distinta en aquél país.

Es así como los problemas del miedo insuperable ya han empezado a ser vistos como "circunstancias reductoras" del umbral mínimo de autodeterminación del sujeto, antes que meros problemas de vis compulsiva. El cambio no ha dejado de tener consecuencias inmediatas, ya que si el miedo insuperable (tal y como ha sido entendido por la jurisprudencia de Tribunales y jueces) tiene una tal entidad y actúa sobre el autor, no será un problema de "capacidad de autodeterminarse sino propiamente una circunstancia a ser valorada como una fuente de error de prohibición sobre las circunstancias que hacen nacer para el caso concreto un estado de necesidad exculpante.

No deja de tener interés la discusión sobre este tipo de error toda vez que aún no se ha entendido en nuestro medio que la naturaleza jurídica genérica para todas las causas de exclusión del reproche no es otra más que la de ser supuestos distintos de la inexigibilidad de otra conducta. Cuando el autor no puede deslindar, por problemas de comprensión de la norma, que el hecho

está sujeto a pena, o que concurre una permisión que en realidad no existe, en esencia, está actuando bajo la hipótesis de una exclusión del reproche por inexigibilidad de otra conducta. Como hemos dicho, el reproche jurídico penal no es puramente subjetivo (en cuanto a la relación entre el autor y su acto) sino que tiene un componente objetivo que se concentra en la comprobación de que el autor debe sufrir una pena porque pudiéndose motivar en la norma para actuar distinto no lo hace.

El terreno del error de prohibición empieza a ser visualizado como una herramienta definitoria de los límites del reproche jurídico penal y, en consecuencia, como un ámbito enorme que requiere delimitación, cosa que ha comprendido bien la jurisprudencia costarricense. Sin embargo, esta actitud no descarta la posibilidad de incluir el error sobre las circunstancias objetivas que excluyen el reproche (en cualquiera de sus causales) como un error de prohibición indirecto, así acarrearía un problema de conocimiento de la desaprobación jurídico-penal del acto.

Esta solución es plenamente consecuente con los requisitos exigidos para el análisis del juicio de reproche que provienen del artículo 42 del Código Penal, esto es, la capacidad de comprensión del carácter ilícito del hecho y la capacidad de determinarse de acuerdo a esa comprensión. Y es consecuente desde que el error sobre las causas de exclusión del reproche indudablemente afecta el nivel de comprensión y así puede ser motivado el error tanto por circunstancias que han de medirse en cada caso particular, en el caso concreto y para el individuo que ha actuado.

Por el momento, sirva la reflexión anterior para alertar sobre la existencia de esta posibilidad legal a fin de que sea utilizada para enfocar no solo los problemas provenientes del miedo insuperable como también aquellos provenientes de psicopatologías de la más variada índole, las cuales, en nuestro medio, siguen sin ser bien comprendidas, quizá por brindar demasiada atención a los problemas de imputabilidad tal y como vienen planteados en las pericias médico-psiquiátricas.

e. Evolución Jurisprudencial de la Casación

La Sala de Casación Penal ha venido estableciendo, poco a poco, los contornos definitorios de la teoría del error en el derecho penal costarricense. Esta labor ha sido verificada a partir de la interpretación de los elementos del tipo objetivo de desobediencia a la autoridad (artículo 305 del Código Penal). Este tipo penal, por sus características, ha obligado a deslindar el área de acción del error de tipo y de prohibición, pero sin postergar la discusión fundamental sobre el problema del tipo penal y de la reprochabilidad, temas añejos y que le dan sustento al marco

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

global de la tesis que ha venido siendo mantenida por la Sala y que recientemente ha producido un planteamiento globalizante que pretende orientar la interpretación de la Ley Penal conforme a los límites del principio de legalidad constitucional.

Dicha Sala ha definido el problema del error de tipo como un análisis de circunstancias que pertenecen al tipo objetivo pero que requieren una cierta claridad al momento del examen judicial. Así se ha entendido que el autor no puede alegar desconocimiento de los elementos del tipo objetivo cuando la ley que prescribe el deber de actuar (la orden legal) es clara y taxativa. El Voto No. 174-F de las nueve horas treinta minutos del tres de mayo de mil novecientos noventa y uno, en la causa seguida contra O.R.F. por el delito de desobediencia en perjuicio de la Autoridad Pública, se orienta por este cauce, pero deja planteado el problema del análisis judicial de los casos de "error de hecho" como problemas referidos a los elementos del tipo objetivo, esto es, los requisitos necesarios para que el delito exista según su descripción. En el caso del delito de desobediencia a la autoridad, que fue el tipo aplicado en la especie, la orden provenía de una Ley, misma que integraba la norma antepuesta al tipo y cuya tipicidad penal debía ser conocida a nivel de los elementos cognativos del dolo.

En esta misma línea se orienta el Voto 197-F de las nueve horas del diez de mayo de mil novecientos noventa y uno, en la causa seguida contra Y.L.M. por el delito de desobediencia en perjuicio de la Autoridad Pública. Aquí se vuelve a retomar el problema de los elementos que integran el aspecto cognativo del dolo, concretamente de las circunstancias que componen el tipo penal y que se conocen a nivel de tipo subjetivo. En el cuadro fáctico demostrado por el Tribunal de Mérito, el falso conocimiento o ignorancia no se dan ya que la autora conocía con claridad estos componentes del ilícito de desobediencia, y actúa con pleno deseo de realizar el tipo, conciente de las consecuencias de la infracción de la norma. Un detalle que quedó sin analizar en este caso lo fue si el consejo legal del abogado puede entenderse como una apertura de las posibilidades de error sobre la necesaria ejecución y obediencia de una orden, sobre todo cuando el mismo profesional ha dicho a su cliente que no deje entrar a nadie a llevarse los objetos a ser embargados; sin embargo, este detalle quedó de lado al no probarse fehacientemente esta circunstancia del consejo legal, la cual pudo variar el problema de fondo sobre la vencibilidad del error, sobre todo si se toma en cuenta que la mujer pudo haber creído falsamente que su actuar no estaba sujeto a pena porque incluso su consejero legal le había indicado que evitara la entrada de cualquier persona. Esta última circunstancia apartaría la problemática del error de tipo (sobre las

circunstancias que deben conocerse del tipo legal a nivel de tipo subjetivo) y se convertiría en un error de prohibición directa.

El tercer fallo, también de interés dentro de este contexto, lo es el voto No. 609-F de las once horas veinticinco minutos del siete de noviembre de mil novecientos noventa y uno, en la causa seguida contra R.M.M por el delito de desobediencia en perjuicio de la Autoridad Pública. En este voto se observó un caso en donde "lo que se incumplió no fue una orden, sino una obligación civil". El tribunal de conformidad con el cuadro fáctico contenido en el fallo, estableció que el Juzgado Penal de Osa dictó sentencia absolutoria a favor del encartado por el delito de hurto simple cometido en daño del Banco Nacional de Costa Rica. Sin embargo, ordenó al encartado la restitución del tractor en el estado en que lo recibió, a su legítimo propietario. Ahora bien, el problema radicaba en el alcance que da el juzgador a quo, a la restitución ordenada en la sentencia del Juzgado Penal. En este caso se aprecia que no se está en presencia del delito contemplado en el numeral 305 del Código Penal, pues no obstante que se hace referencia a la entrega, se observa que se trata más bien de un aspecto eminentemente civil y no penal, fijado en sentencia, ya que lo que se incumplió por parte del encartado, fue su obligación de restituir el bien al Banco Nacional de Costa Rica según se dispuso de acuerdo con el artículo 398 del Código de Procedimientos Penales. Dicho pronunciamiento en consecuencia, no constituía una orden, sino más bien una disposición de carácter declarativo sobre la existencia de la obligación de restituir el tractor al legítimo propietario, circunstancia a efectuarse a través de la vía civil. Resulta evidente que aquí ni siquiera se llega al análisis de la tipicidad legal (análisis de la adecuación al tipo descrito en la Ley Penal) toda vez que la conducta resulta no prohibida por la Norma Penal, la cual deja por fuera de la problemática penal aquellos aspectos puramente civiles, es decir, cuestiones que pertenecen a supuestos de hecho de otras normas tuteladas de manera distinta en otras zonas del Ordenamiento Jurídico. Si el análisis de tipicidad legal no se realiza, entonces la problemática del error de tipo no tiene incidencia en el análisis del caso.

El voto número 11-F, de las nueve horas con veinte minutos del diez de enero de mil novecientos noventa y dos, causa seguida contra J.H.M.Z. por el delito de desobediencia en perjuicio de la Autoridad Pública, la Sala vuelve a interpretar la ausencia de error de tipo cuando, a sabiendas, el autor desobedece la orden emanada de la autoridad competente para emitirla. La Sala quiso subrayar que la orden debe emanar de Autoridad Pública y que la acción debe de realizarse luego de haber sido notificada personalmente a quien debe obedecer, ya que estos son aspectos

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

señalados por el tipo objetivo del 305 del Código Penal. En este caso queda de lado la problemática del error, concretamente del error de tipo, ya que se dan los elementos necesarios, dentro del cuadro fáctico demostrado, para tener claridad que el autor efectivamente conocía las circunstancias necesarias para que el tipo objetivo y subjetivo existiera según su descripción, cumpliéndose todos los requisitos para tener afirmada, correctamente, la tipicidad penal.

En cuando a la conducta omisiva productora de una tipicidad dolosa de desobediencia a la autoridad, destaca lo planteado por el voto 118-F de las ocho horas treinta y cinco minutos del cinco de abril de mil novecientos noventa y uno, en la causa seguida contra T.V.A. por el delito de desobediencia en perjuicio de la Autoridad Pública. En la casación por el fondo, se tuvo como aspecto medular la orden impartida en sentencia recaída en juicio ordinario que se tramitó en un Juzgado Civil y que concluyó con sentencia que quedó firme el 24 de noviembre de 1986. La acusada no acató sin justificación alguna la orden clara y terminante de la autoridad competente de quitar las canoas. La Sala dijo, en esa oportunidad, que "...basta con la conducta negativa e injustificada de V.A. a cumplir la orden contenida en dicha sentencia, para que se configure el ilícito de desobediencia". Este fallo señala entonces, en primer lugar, la omisión de cumplir la orden como el componente descriptivo de la acción contemplada en el artículo 305 (conducta negativa), agrega, el aspecto de que no haya justificación en no cumplir la orden, en otras palabras, que la antijuridicidad de la conducta puede desaparecer cuando existe un tipo permisivo (causa de justificación) que deje el injusto incompleto, análisis que debe hacerse en el estrato correspondiente de la antijuridicidad. Este último aspecto podría también estar implicando para el caso concreto la posibilidad de errores que recaigan sobre la comprensión de la antijuridicidad, errores característicos del análisis de la reprochabilidad, es decir, que queda abierta la puerta para la existencia de errores de prohibición indirectos (sobre la falsa suposición de permisos que en realidad la Ley no concede). Por supuesto, por ser este último un análisis que pertenece a la reprochabilidad, concretamente al análisis de la comprensión del carácter ilícito del hecho (primer análisis exigido por el estudio de la reprochabilidad), ya deja por fuera cualquier problemática relacionada con la tipicidad, este análisis sobre la reprochabilidad viene a fundar el reproche del injusto al autor cuando el mismo es posible cumpliéndose los requisitos de que el autor haya podido comprender el carácter ilícito del hecho y haya podido adecuar su conducta a esa comprensión (segunda fase de análisis de la reprochabilidad).

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

La Sala de Casación Penal, esta vez en un caso por hurto, deslindó, producto de esta evolución jurisprudencial, y como un primer intento definitorio, los ámbitos del error de tipo y de prohibición, aprovechando, al efecto, una mala interpretación judicial de un problema de extraordinaria importancia. Este voto, el 503-F, de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del veintisiete de setiembre de mil novecientos noventa y uno, en la causa seguida contra C.P.P., por el delito de Hurto Simple, cometido en perjuicio de G.Ch.S., la Sala sostuvo que el alcance del artículo 31 del Código Penal es el que su propio texto indica: querer el hecho tipificado y que en el expediente quedó demostrado que la voluntad de la encartada se manifiesta únicamente para hacer abandono del hogar conyugal. Resulta importante subrayar que este fallo vuelve a establecer la necesidad de un análisis por estratos, fases o niveles a fin de indagar la existencia de un injusto reprochable. Plantea claramente que el análisis del dolo debe realizarse una vez que se ha detectado que hay una acción relevante para el Derecho Penal y, luego, puede establecerse si el conocimiento de lo que se realizaba no es reprochable por cuanto no se tenía comprensión de que el hecho no estaba sujeto a pena, análisis que se realiza en el juicio de culpabilidad. Este aporte resulta de gran utilidad ya que destierra de una vez por todas la creencia muy extendida en nuestro medio de que el dolo tiene un valor de antijuridicidad (dolo malo), para proceder a eliminarle cualquier contenido valorativo y obligar al juzgador a indagar, incluso antes del estudio del error, la existencia de la tipicidad penal con todos sus elementos.

Es así como llegamos al Voto Número 446-F del 25 de setiembre de 1992 donde la Sala, partiendo del problema del dolo en el Código Penal, ensaya un marco interpretativo de los requisitos del conocimiento exigidos por el Derecho Penal costarricense. Este esfuerzo no solo resulta esencial para delimitar el ámbito de acción del error de tipo, sino que también explora con amplitud los problemas jurídicos intermedios de la tipicidad para concluir con los requisitos necesarios del juicio de reproche.

El examen que se realiza en esta sentencia de los problemas del dolo, delimitando las áreas de análisis del tipo y del reproche representa un aporte esencial para el desarrollo de un punto de vista basado en la más reciente jurisprudencia de la Sala Constitucional sobre los alcances del principio de culpabilidad y sobre los requisitos del análisis típico.

Resulta de obligada referencia la cada vez más fuerte presencia del artículo 39 de la Constitución Política como límite máximo de interpretación del tipo penal y de los alcances de las condiciones objetivas de punibilidad, lo que ha llevado a tomar conciencia de la necesidad de reconducir los esfuerzos del análisis judicial a

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

un rescate del derecho penal de acto, poniendo especial énfasis en la indagación del dolo como una voluntad realizadora del tipo ajena a cualquier criterio valorativo de antijuridicidad observando, dentro de este esquema constitucional, al tipo como una herramienta de indagación del bien jurídico y de la norma antepuesta a éste. Aspecto este último que obliga, en última instancia, a entender la norma como una herramienta para entender los alcances de la protección del Bien Jurídico y no como un dispositivo amplificador de la criminalización de las conductas vía interpretación judicial, conducta esta última contradictoria con los fines del derecho penal delineados por nuestra Carta Magna.

Era necesario que se plantearan los puntos básicos de la interpretación judicial del tipo a fin de entenderlo no como un mero instrumento legal que propicia el conocimiento de la incriminación, sino como una herramienta compleja que obliga al intérprete a encontrar en su estructura los aspectos que contribuyen a desarrollar y a perfilar los fines últimos y legitimantes de la actividad jurisdiccional en esta materia.

El tema de la reprochabilidad y sus elementos constitutivos también tiene su lugar en esta resolución, planteando una discusión de lege data que había sido definida parcialmente y que en este fallo trasciende la mera problemática del error de la prohibición para convertirse en el panorama genérico del tratamiento del reproche en Costa Rica.

Este fallo, indudablemente, causará un cambio trascendental en la forma de comprender el problema del conocimiento en el Código, fenómeno que manifiesta sus relaciones con el conjunto de problemas de la estructura de la acción y del injusto. La forma en que vaya a ser interpretado el elemento subjetivo del tipo penal, a partir de ahora, indicará la madurez que manifiesta la dogmática penal en nuestro medio, y, por supuesto, obligará a realizar estudios profundos sobre el acomodo de este nuevo planteamiento en las instituciones de la Parte General del Código.

Quedan otros temas sin plantear en este trabajo como lo son el análisis de los problemas del error de subsunción, el error sobre la punibilidad y los problemas de la medición de la pena que establece esta jurisprudencia, sin embargo, esperamos que las investigaciones que se motiven en la lectura de este fallo reciente hagan un aporte en este sentido y en las consecuencias prácticas de los postulados sobre los que se asienta, aportes que indefectiblemente contribuirán al desarrollo de una dogmática penal consecuente con los fines constitucionales que informan el trabajo de interpretación de la Ley Penal.

Como reflexión final habría que agregar que otros fines no dichos

de esta resolución podrían estar vinculados con una redefinición de las relaciones entre el Juez Penal y la Constitución, observando a esta última como un instrumento poderoso para "racionalizar" el ejercicio del ius puniendi del Estado y para brindar "efectividad" a la sentencia como respuesta al conflicto social planteado. Sin embargo, estos fines no dichos parecen estar presentes en todo lo que se hace actualmente en materia penal, donde ya comienza a vislumbrarse una preocupación por resolver las incongruencias de una acción exagerada del Sistema de Justicia Penal en todos los ámbitos de la vida de convivencia, volviendo los ojos a la propuesta del Derecho Penal como última ratio del Estado.

Esta última consecuencia del fallo debe ser vista en el panorama de los "vientos del cambio" que empiezan a soplar en nuestro país y que parecen reconducir la reflexión penal no tanto a un minimalismo penal sino más bien hacia una "racionalización" del ejercicio del derecho a castigar en aquellos ámbitos que sean realmente prioritarios para el proyecto social costarricense. Sea esta una discusión de la criminología o de la dogmática no interesa, debe ser una pregunta de todos los costarricenses de cara a la construcción de un derecho penal realizador de los fines que informan nuestro Estado de Derecho."

f. El Error de Hecho en el Delito de Violación

[GONZÁLEZ ALCÁNTARA, Juan Luis]²

"El trabajo inicia con una interrogante devastadora: "¿Cómo es posible para un hombre cometer un error de hecho sobre si una mujer consiente en tener relaciones sexuales?" Aclaran los autores que en tanto los errores de hecho ocurren en diversas situaciones, la relación sexual tiene cualidades que la distinguen de la mayoría de las otras situaciones, que son, en primer lugar, el hecho de que la mujer tiene una amplia gama de posibilidades de dar a conocer a la otra parte si quiere tener ese tipo de relaciones; y en segundo lugar, la relación sexual es una actividad en la que no se puede tener una opinión informal.

En este artículo, los autores demuestran que es posible cometer equivocaciones razonables (reasonable mistakes) con respecto al hecho de que una mujer dé o no su consentimiento para tener relaciones sexuales y centran su tesis en que los convencionalismos sociales (social conventions) son cruciales para distinguir entre creencias razonables y creencias irrazonables sobre este consentimiento.

Para hacerlo, estudian los medios que emplean las mujeres para expresar su consentimiento y afirman que la ley debería tomarlos

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

en cuenta. Señalan que cuando las ofensas criminales no requieren de la prueba de la intención de delinquir (*mens rea*), la única defensa es el error de hecho (*mistake of fact*) según lo han señalado los tribunales anglosajones: "Si el individuo (comisor) hubiera conocido las condiciones relevantes que hacen dañino su acto, éste deberá ser sancionado como si las conociera; pero si razonablemente no está consciente de ello, no es culpable del daño" (p. 96).

Hablan de la diferencia entre el derecho inglés y el americano: en el primero, quien cometa un error de hecho, aun siendo éste irrazonable, elimina la culpabilidad, a diferencia del segundo, en el que sólo el error razonable lo hace.

Aquí citan el famoso caso inglés de Regina vs. Morgan, en el que los acusados manifestaron que el esposo de la ofendida les aseguró que a ella le gustaba tener relaciones con varios hombres y que si gritaba era porque de ese modo se excitaba más. Los acusados fueron dejados libres porque se consideró que había habido un error al considerar que la mujer había dado su consentimiento. El error en este caso es irrazonable, pero ciertamente posible.

Prosiguen señalando que debido a los convencionalismos sociales, muchas equivocaciones deben considerarse errores razonables y los definen como la norma en que existe cierta presunción de que uno debe adecuarse. Por otra parte, dicen que son un conjunto de hechos (a *compris of facts*).

La forma de actuar en ocasiones trae implícita nuestra aceptación; por ejemplo, se presupone que uno pagará el servicio cuando toma un taxi y solicita que lo lleven a un determinado lugar, o cuando uno pide un café en un restaurante. El taxista y el camarero suponen que uno va a pagar y no necesitan preguntar para que uno lo confirme. Éstas son consideradas como formas de creencia universales y aceptadas en todo el mundo.

Nos hablan de otras situaciones en las que el silencio presupone una forma de aceptación, tal es el caso de una junta de consejo, en la que se les da la oportunidad a los consejeros para que expresen su consentimiento o desaprobación, y éstos se quedan callados.

Afirman que se llegaría a menos malos entendidos si universalmente dejara de considerarse al silencio como forma de expresión del consentimiento, o si fuera obligatorio expresar su aprobación por escrito, pero se dan cuenta que es algo imposible por los problemas que traería ello consigo.

Señalan que el delito de violación requiere de la falta de consentimiento para existir y mencionan que Stephen Schulhofer afirma que no debe permitirse que cualquier cosa que no sea un sí

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

explícito sea tomado como consentimiento para tener relaciones sexuales, y aplauden una reciente ley que dice: "Consentimiento significa que en el momento de la cópula haya palabras o actos indicando la libre aceptación a tener relaciones sexuales" [Wash. Code Ann. sec 9A.010 (6) 1981] (p. 110).

En este caso, si un hombre tiene relaciones sexuales sin una afirmación directa de consentimiento, tiene la intención de delinquir (*mens rea*) que condena esa ley y el único error posible de cometer sobre el consentimiento de la víctima, sería un error de derecho (desconocimiento de la existencia de una ley o de lo que ésta prohíba) y no de hecho, lo cual la legislación penal nunca reconoce.

Por eso señalan los autores que es muy importante reconocer cómo los convencionalismos sociales facilitan la expresión de consentimiento.

Aquí acuden a investigaciones de varios autores como Mónica Moore y Diana Butler [Predictive Aspects of Nonverbal Courtship Behavior in Women, *Semiótica* 76 (1989): 205-15, 206 (p. 114)], quienes encontraron 52 comportamientos no verbales de galanteo que las mujeres usan en bares de solteros y cafeterías de universidades, entre los cuales incluyen miradas directas, sonrisas, risas, inclinación de cabeza, besos, solicitudes de ayuda, tocar y acariciar de la contraparte. Las investigadoras concluyeron que en 90% de los casos, un observador podría predecir de ese comportamiento femenino, si un hombre se iba a acercar o no, y si la mujer iba a aceptar o no por lo menos una invitación.

Timothy Perper y David Weiss [("Proceptive and Rejective Strategies of U.S. and Canadian College Woman", *Journal of Sex Research* 23 (1987): 455-80)] (p. 116) concluyeron que frecuentemente las mujeres usan lo que ellos llaman comportamiento "proceptivos", es decir, comportamientos activos designados para solicitar u obtener de un determinado hombre, una oferta para tener relaciones sexuales y que incluye señales explícitas e implícitas.

Señalan que 87.20% de las mujeres que fueron estudiadas utilizan ese tipo de comportamiento proceptivo cuando desean influir en un hombre para que tenga relaciones sexuales con ellas por primera vez, y menos de 25% de ese 87.20% dijo que explícitamente pedirían a un hombre tener relaciones sexuales.

Resultados similares tuvieron Sandra Byers y Kim Lewis [("Dating Couples. Disagreements Over the Desired Level of Sexual Intimacy", *Journal of Sex Research* 24 (1988): 15-29, 26)] (p. 116) al concluir que muy comúnmente las mujeres usan métodos no verbales para dar su consentimiento a una relación sexual. 51% de los casos

estudiados mencionó uno de los siguientes como camino para señalar su interés en sexo: ofrecer una copa al hombre, invitar al hombre a un lugar privado que tenga un ambiente romántico, oír música o bailar, y conversar sobre tópicos no sexuales. Sin embargo, las mujeres se comportan del mismo modo cuando no desean tener relaciones sexuales, por lo que no debe creerse que ese comportamiento siempre denota aceptación. Por esa razón, un hombre que es invitado a tomar una copa al departamento de una mujer, puede estar inseguro del mensaje que ésta le está enviando.

Los autores señalan que a pesar de que muchos consideren que no pueda ser posible que un hombre cometa la equivocación de considerar que una mujer consiente el acto sexual al punto de iniciar la cópula, en la vida real pueden resultar varias situaciones:

Resultado 1:

Supongamos que M observa muchas estrategias proceptivas no explícitas de su pareja F que culminan en una invitación a su departamento. Si M inicia un acercamiento físico, tal como rodear con su brazo a F, ella podría acurrucarse (snuggle up to the man). M podría continuar avanzando y F recibir cada avance con más comportamientos proceptivos que inciten a M y a ambos a acabar teniendo relaciones sexuales sin haber otorgado consentimiento explícito.

Resultado 2:

Si M se ha equivocado y F no desea tener relaciones sexuales, podría surgir lo que Perper y Weiss llaman "estrategia de rechazo incompleto", en la que la mujer no desea terminar la relación con el hombre, pero por el momento quiere evitar una relación sexual con el hombre.

En este caso, si F desea que la relación continúe, podría reaccionar similarmente a la conducta proceptiva, permitiendo que M la acaricie y la bese, pero sin responder de un modo realmente cálido. Los investigadores tentativamente señalan que no todos los hombres pueden distinguir entre la seducción y la estrategia de rechazo incompleto, por eso M podría continuar hasta que como el sentido común nos dicta, en situaciones normales, una mujer que es asediada y enfrenta la posibilidad de tener relaciones sexuales contra su voluntad, no debe tener problema en mostrar explícitamente su rechazo con un rotundo no como en el resultado 2-a.

Como la realidad es más compleja que las ideas, asumiendo que M no desea ceder en su empeño de tener relaciones sexuales con F, pueden surgir otros dos resultados:

Resultado 3:

F puede ir aumentando en su rechazo incompleto, pero detenerse antes de decir no o de resistir físicamente.

Resultado 4:

F tiene relaciones sexuales con M como un modo de mantener la relación con él.

Esta última posibilidad de resultado trae a colación el significado de "consentimiento" dentro del contexto de la persecución del delito de violación.

Como se indicó anteriormente, la ley menciona la falta de consentimiento como una condición necesaria para la comisión del delito de violación; sin embargo, la doctrina reciente ha considerado que no lo es y que la violación debe entenderse como una relación sexual no deseada. Verlo de este modo se traduciría en un aumento exponencial en la incidencia de las violaciones.

Posteriormente ilustran las diferencias entre sexo no consentido y sexo no deseado con estos ejemplos:

Supongamos que M y F están solos después de haber salido juntos por tercera ocasión. M trata de iniciar una relación sexual; F declina; M se detiene, pero le explica a F que a pesar de que quisiera seguir saliendo con ella (he hopes to continue to date her), que considera que una intimidad sexual es esencial para una relación satisfactoria y que no volverá a salir con ella, a menos que acceda a sus demandas sexuales. Antes de ese ultimátum, F consideraba viables estas opciones:

- 1) Se seguirían viendo y saliendo juntos sin tener relaciones sexuales.
- 2) Se seguirían viendo y saliendo juntos teniendo relaciones sexuales, y
- 3) No se seguirían viendo ni saliendo juntos.

Suponiendo que F prefiere la opción 1 a la 2 o 3, pero cree que M ya desechó completamente la 1, ella debe decidir entre la 2 o la 3. Ella podría elegir la opción 3 diciéndole a M que no acepta salir en sus términos, pero si elige la opción 2, podemos decir que aceptó (existe consentimiento de su parte) por tener relaciones sexuales no deseadas, debido a que esa opción representa su voluntad, F ha consentido tener relaciones sexuales. Sin embargo, también podemos decir que en realidad no desea tener relaciones sexuales porque la 1 sigue siendo su primera opción.

Muchos actos sexuales caen dentro de la categoría de lo "consentido pero no deseado". Por una u otra razón, muchas mujeres y hombres acceden al sexo no deseado, y muchas mujeres reflejan en

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

esas ocasiones, un sentimiento de haber sido violadas. De esta forma podría sentirse F, si poco después de haber tenido relaciones sexuales, M decide no volver a verla más. Sin embargo, sentirse violada no es equivalente a ser violada.

Volviendo al resultado 3, el tema es más complejo, ya que F no expresó su falta de consentimiento y se volvió un participante pasivo en una actividad que hemos presupuesto que no aceptó.

En este caso, autores como Schulhofer consideran que debe considerarse violación, ya que no existió una indicación explícita de la existencia del consentimiento. Sin embargo, M está en la creencia de que esa aceptación existe.

Como se mencionó anteriormente, la evidencia empírica sugiere que la convención prevaleciente es que el consentimiento para tener relaciones sexuales es que las mujeres no piden explícitamente tener relaciones sexuales cuando lo desean. Incluso, parte de ese convencionalismo tiene residuos de la ideología victoriana de que las mujeres son actores pasivos y sin pasión en el acto sexual.

Si con esta convicción se describe a suficientes mujeres, el error de M, en este caso particular, podría considerarse razonable.

Los autores señalan que no podrían estar de acuerdo con Schulhofer y rechazan categóricamente la defensa de error de hecho de M por haber malinterpretado el rechazo incompleto de F y haberla tomado como una invitación sexual, ya que nunca comunicó expresamente esa falta de consentimiento.

En el resultado 2, es muy difícil que se considere como razonable el error, ya que existió resistencia física y un rotundo no. Sin embargo, en 1988 se hizo un estudio en una universidad de Texas, que demostró que 39% de alumnas habían dicho no cuando en realidad sí deseaban tener relaciones sexuales y 60.80% de mujeres sexualmente experimentadas señalaron que decían no cuando intentaban tener relaciones sexuales.

La razón -explican los investigadores- por la cual muchas mujeres dicen que no cuando realmente sí desean tener relaciones sexuales, es (señalaron 90% de las mujeres del estudio de Texas) debido a que no desean ser consideradas como promiscuas.

Similarmente, la forma de interpretación del rechazo físico es dependiente de cómo haya sido éste; es decir, si F quita la mano de M de su pierna, después de varias horas de besos y caricias previas a un acto sexual (foreplay) es muy diferente a la existencia de varios y repetidos rechazos físicos y verbales.

Consideran que probablemente en la era victoriana, la interpretación que las Cortes daban a la definición de violación hecha por Blackstone (acceso carnal a una mujer, hecho

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

violentamente y por fuerza y sin el consentimiento de ésta), señalando que la mujer debía resistir lo más que pudiera y que esa resistencia debía estar presente hasta el fin de la ofensa, la convención social era que si la mujer permanecía pasiva, estaba dando su consentimiento.

De igual forma, el conocimiento de la actividad sexual previa de la víctima parecería carecer de importancia, incluso muchos estados de la Unión Americana, se informa, han creado leyes que protegen a las partes de exhibir sus antecedentes sexuales, pero el conocimiento de actividades sexuales previas podría influir en la interpretación que M haga de las respuestas de F.

En conclusión, señalan Husak y Thomas, lo más deseable para prevenir los delitos sexuales es una mayor educación para que las mujeres hagan sus intenciones más claras y para que los hombres procedan más cautelosamente. Mientras tanto, es injusto que gente sea sancionada cuando su comportamiento es totalmente razonable.

Los profesores Husak y Thomas de los departamentos de filosofía y derecho, respectivamente, de la Universidad de Rutgers, en Estados Unidos, plantean con un enfoque distinto el tema de la violación, principalmente en los aspectos que se relacionan con lo que podría considerarse como "errores razonables". A diferencia de otros tratadistas, la combinación de esas dos ciencias permite observar puntos de vista en torno a cuestiones que los juristas regularmente no toman en cuenta o menosprecian, cuando se refieren a las causas que motivan lo que se conoce como violación, incluyendo la diferencia que se podría dar en el lenguaje común de la gente, toda vez que existen muchas confusiones sobre las causas del delito, cuestión que se complica cuando los valores sociales cambian, lo que también produce consecuencias en la modificación de la norma y la interpretación que los juzgadores hacen en el momento de dictar sentencia. Salvo los rasgos peculiares de la justicia penal de los países con derecho anglosajón (permanencia de los jurados), el delincuente se tiene que enfrentar a la opinión que prevalece, además de al fiscal para obtener una sentencia justa.

Los autores señalan que a pesar de que la cuestión de la violación pueda ser clara, la mayoría de las legislaciones permiten al acusado de violación defenderse bajo el argumento de que la víctima consintió en las relaciones. De esta premisa parten para explorar las cuestiones de cómo errores de hecho sobre el consentimiento pueden ocurrir y cómo esos mismos errores pueden afectar la responsabilidad por la violación. Se argumenta que ese tipo de hechos, por desafortunados que parezcan, pueden funcionar como defensa ante la acusación, siempre y cuando sean razonables, lo mismo que el motivo del error.

La tesis del estudio al que hacemos referencia se centra en señalar que los convencionalismos sociales son cruciales para poder distinguir sobre lo que es razonable o no cuando se refiere uno al tema del consentimiento: la ley no debe aplicar el criterio de razonabilidad partiendo de la creencia del consentimiento cuando se ignore el significado por medio del cual la mujer expresa actualmente en el mundo real sus acuerdos para tener relaciones sexuales."

2. Normativa

a. Código Penal³

Artículo 34.- Error de hecho.

No es culpable quien, al realizar el hecho, incurre en error sobre algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción. No obstante, si el error proviene de culpa, el hecho se sancionará sólo cuando la ley señale pena para su realización a tal título.

Las mismas reglas se aplicarán respecto de quien supone erróneamente la concurrencia de circunstancias que justificarían el hecho realizado.

Artículo 156.- Violación (*)

Será sancionado con pena de prisión de diez a dieciséis años, quien se haga acceder o tenga acceso carnal, por vía oral, anal o vaginal, con una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos:

- 1) Cuando la víctima sea menor de doce años.
- 2) Cuando la víctima sea incapaz o se encuentre incapacitada para resistir.
- 3) Cuando se emplee la violencia corporal o intimidación. La misma pena se impondrá si la acción consiste en introducir, por vía vaginal o anal uno o varios dedos u objetos.

(*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 7899 de 3 de agosto de 1999. LG# 159 de 17 de agosto de 1999.

3. Jurisprudencia

a. Error de tipo- Concepto y distinción con el error de prohibición

[TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL]⁴

"I.- Según lo expone el recurrente, la sentencia contiene una errónea aplicación del artículo 34 del código penal, cuando lo que debió aplicarse es el artículo 35 y 79 ibídem. En el caso en examen, según lo expone el recurrente, no era posible aplicar al caso un error de tipo, cuando en realidad la conducta del enjuiciado se enmarca dentro de un error vencible de prohibición. El encausado absuelto reconoce la necesidad de contar con un permiso forestal para aprovechar la madera, el que no solicitó a su amigo, actuando bajo la falsa representación, existencia del permiso, procediendo así a talar y aserrar el árbol. El imputado debió asegurarse, antes de aserrar el árbol, que su compañero tenía el permiso. Al ser un error de prohibición, no sería aplicable la causal de atipicidad, debiendo aplicarse una sanción a Morera Quesada, aunque atenuada, en los términos que lo prevé el artículo 79 del código penal. El agravio planteado no es atendible. Si bien es cierto, la pretensión de la Fiscalía plantea un cuestionamiento interesante, especialmente en cuanto a la distinción entre error de prohibición y error de tipo, considera esta Cámara que en el contexto de los hechos y del pleno dominio del hecho que tuvo el otro acusado, contrario a lo que señala el a-quo, en este caso sí existió un error de tipo. El apartado a-del artículo 61 de la Ley Forestal (Número 7575) contiene un elemento normativo como es el permiso de la Administración Forestal, es decir, que en este caso, para que el sujeto activo cometa el delito, se requiere que cuente con un permiso. No se discute en este hipótesis que al infractor pueda reprochársele el esfuerzo o actividades que pudo realizar para conocer que se requería el permiso, que es al fin y al cabo, la tesis del recurrente; la situación es diferente, pues se trata de una hipótesis en la que el sujeto imputado no tiene que realizar ningún esfuerzo para ponerse en una situación en la que se mantiene el juicio de reproche que caracteriza la culpabilidad. Conforme se asume en la sentencia, el sujeto activo supuso, por una información errónea de su compañero, que éste poseía el permiso para realizar la actividad forestal. El tema no es la vencibilidad o invencibilidad del error, como lo expresa el representante del Ministerio Público. En el caso de un error de tipo, la evaluación conceptual requiere establecer que en verdad existió el error, sin que pueda admitirse algún tipo de gradación, excepto la distinción entre acción dolosa y culposa, que no es un tema relevante en este caso. En el error de prohibición si es

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

posible evaluar diversos grados de reprochabilidad, tal como expresamente lo admite el artículo 79 del código penal.. Si en sentencia se determinó que el que el sujeto activo no estaba, de hecho, en capacidad de establecer si el permiso o autorización existía, frente a esta conclusión no es posible aplicar una mayor o menor vencibilidad, simplemente se asume, razonablemente, según lo aprecia el juzgador, que el sujeto activo actuó bajo la idea de que el permiso jurídicamente exigible lo poseía la persona que le encomendó una determinada labor. Bajo este supuesto fáctico, es indiscutible que no puede esta Cámara modificar la decisión del a quo, pues conforme se define la figura delictiva, el permiso constituye un elemento normativo del tipo penal, de manera que un error sobre su existencia, sí constituye un error de tipo (art. 34 del código penal); se trata de un error de tipo de derecho, situación que introduce, eventualmente, una confusión, pues entre éste, excluyente del tipo penal y el error de prohibición, excluyente de la culpabilidad, existe una proximidad conceptual que puede sustentar una tesis como la que expone el representante del Ministerio Público. Los elementos normativos del tipo, cuando se refieren a requisitos o conceptos jurídicos, tienen una estrecha cercanía con las categorías que integran el juicio de reproche por la culpabilidad, empero, tal proximidad no justifica la confusión entre uno y otro concepto, tal como lo plantea el representante de la Fiscalía. Si el imputado no actuó bajo la idea de que el permiso se había expedido, tal situación, conforme al texto penal aplicado, no admite una evaluación circunstanciada, como el juicio de culpabilidad, sino que sólo requiere la credibilidad de la prueba que sustente tal extremo y si tal parámetro se supera, debe admitirse que se trata de un error de tipo de derecho, cuya existencia excluye la tipicidad. Es indudable que en el caso sometido a conocimiento de esta Cámara, la delimitación del cuadro fáctico, no admite clasificar la exclusión del tipo penal como un error de prohibición, porque frente a una causal evidente que incide en uno de los elementos del tipo penal, no puede admitirse un error de prohibición, cuyo contenido es más amplio y que requiere una apreciación más casuística sobre el juicio de reproche que define la culpabilidad. El hecho que Morera Quesada no observara el permiso y que se atuviera a la palabra del coimputado, que era su amigo, es un hecho incontrovertible que excluye un elemento normativo del tipo penal. La exclusión es evidente, sin que sea admisible, según la valoración de los hechos, una gradación en el juicio de reprochabilidad, pues como se expuso, es evidente, conforme a las exigencias del principio de legalidad, que en este caso, sin la menor duda, el sujeto activo no conocía sobre la existencia de un permiso, pues asumió que tal autorización existía, supuesto que excluye, automáticamente, la tipicidad. Aunque no se menciona en

la sentencia, la sentencia recurrida contiene otro elemento excluyente del tipo penal: la inexistencia del elemento subjetivo que requiere el ilícito penal. Si el sujeto activo realizó su acción bajo el supuesto de que estaba autorizada, este supuesto excluye el elemento subjetivo del tipo penal, pues esta figura delictiva (art. 61-a de la Ley Forestal número 7575) supone que el sujeto activo ejecuta la acción con algún grado de conciencia sobre un acto administrativo autorizante o si este existe, con la idea de que excede tal autorización. En el caso en examen, el sujeto activo no sólo actuó bajo la falsa idea de que el permiso existía, sino que el ánimo que orientaba su acción, no tenía la intención de ignorar un límite impuesto por la Administración. En este caso no sólo no existe un elemento normativo del tipo, según se expuso supra, sino que tampoco se da el elemento subjetivo del tipo delictivo de aprovechamiento forestal. Conforme a los argumentos expuestos, considera esta Cámara que no existe una errónea aplicación del artículo 34 del código penal, pues efectivamente se produjo una situación que configuraba un error de tipo jurídico y en tal supuesto no es admisible el error de prohibición. (art. 35 y 79 del código penal)."

b. Error de prohibición-Concepto, alcances y análisis del directo, indirecto y diferencia con el error de tipo

[SALA TERCERA]⁵

"I. [...] De previo a exponer las razones que llevan a esta Sala a concluir que el reclamo debe declararse sin lugar, conviene hacer notar que el planteamiento que se desarrolla en el primer motivo del recurso incorpora un error de fondo, pues se asegura que el imputado actuó bajo un error de prohibición invencible, pues de la prueba se puede derivar que "comprendía en todo momento que poseía un bien que creía suyo" . Hay respecto dene tenerse claro [sic] que, de haberse acreditado en sentencia esta base fáctica (lo cual en todo caso debe descartarse, según se verá más adelante), no se estaría frente a un error de prohibición, sino a uno de tipo, cuya naturaleza jurídica resulta diversa. En efecto, de acuerdo a la redacción que incorporan los artículos 34 y 35 del Código Penal (donde se utiliza la nomenclatura -ya superada- de error de hecho y de derecho), el error de prohibición supone una defectuosa interpretación del hecho o de la norma en sí misma, lo que lleva al sujeto activo a creer falsamente que en la especie se dan las circunstancias que justificarían su conducta típica, es decir, que existe una autorización del ordenamiento jurídico para realizar la acción prevista por el tipo penal (error de prohibición indirecto), o que el hecho que realiza no está sujeto a pena, en cuyo caso el error no recae sobre las circunstancias sino sobre la prohibición misma (error de prohibición directo). Por el

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

contrario, el error de tipo más bien supone que esa falsa representación conlleva a que el sujeto cree que en la especie no se dan las circunstancias necesarias que harían surgir la acción prevista por el tipo penal, lo que vendría a excluir el dolo: "... el error sobre las circunstancias previstas en el tipo objetivo (y que tienen que conocerse a nivel de tipo subjetivo) es un fenómeno que determina la ausencia de dolo cuando, habiendo una tipicidad objetiva no existe o es falso el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo. Como lo dice el artículo 34: el error (falso conocimiento o ignorancia) de hecho debe recaer sobre "...algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista según su descripción..." En los casos de error de tipo desaparece la finalidad típica, es decir, la voluntad de realizar el tipo objetivo y al no haber ese querer no hay dolo y por ende la conducta es atípica ... el error de tipo (aquél que recae sobre los elementos del tipo objetivo) puede ser de hecho o de derecho, lo mismo, un error de prohibición puede provenir de un falso conocimiento o ignorancia del hecho que genera una situación que creemos justificada o sobre la norma que prohíbe la conducta. Por ello, la doctrina prefiere referirse al error de tipo (ubicado su análisis en la tipicidad) y el error de prohibición (ubicado su análisis en la culpabilidad) ... Cuando el Código Penal dice en el artículo 35 que el error invencible debe recaer sobre la situación o "hecho" que se realiza no está sujeta a pena, quiere significar directamente que el sujeto debe creer falsamente que el hecho no está sujeto a pena, lo que puede suceder cuando: a) El sujeto actúa sin saber que lo que realiza se encuentra dentro del ámbito prohibitivo de la Norma; b) el sujeto que actúa considera que el Ordenamiento Jurídico le concede un permiso para su actuación; c) El sujeto que actúa piensa que está dentro del ámbito de una causa de justificación cuando en realidad no lo está. Estos tres supuestos están incluidos en la fórmula legal concebida por el Código, por lo que no parece haber problema alguno para incluir aquí los elementos del error de prohibición directo e indirecto. En esta nomenclatura, plenamente compatible con nuestro Código, el error directo recae sobre el conocimiento de la Norma prohibitiva (el "No quitarás el terreno a otro ciudadano", norma penal antepuesta al tipo penal de usurpación, por ejemplo), mientras que el error indirecto, viene a significar la falsa suposición de la existencia de un permiso que la ley no otorga, y los problemas de justificación putativa .. ." Sal Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 446-F-92, de las 15:25 horas del 25 de setiembre de 1992. En este mismo sentido tenemos que "... el autor debe conocer los elementos objetivos integrantes del tipo de injusto. Cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de algunos de estos elementos repercute en la tipicidad porque excluye el dolo. Por ese se le llama error de

tipo ... Uno de los casos en que falta el elemento objetivo (de la respectiva causa de justificación) es en el supuesto de la creencia errónea en la existencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación: el sujeto creía en la existencia de un hecho que, de haberse dado realmente, hubiera justificado su acción ..." Muñoz Conde (Francisco), y García Arán (Mercedes), "DERECHO PENAL, PARTE GENERAL", editorial Tirant lo Blanch, Valencia. 3ª edición, setiembre de 1998. Páginas 306, 350 y 351. De acuerdo con lo anterior, resultaría claro que si en este caso se hubiera llegado a establecer en juicio que el imputado siempre actuó bajo la falsa creencia de que el bien que poseía no era del Estado sino suyo, estaríamos ante un error de tipo y no uno de prohibición (conforme se argumenta equivocadamente en el reclamo), pues ello haría referencia a uno de los elementos objetivos necesarios para que se configure el delito de usurpación de dominio público que se investiga. En todo caso, debe indicarse que de la lectura del fallo de instancia se comprende sin mayor dificultad que los Jueces de mérito expusieron las razones a partir de las cuales se pudo establecer con toda claridad que el acusado conocía que el inmueble que poseía no le pertenecía, por ser propiedad del Estado, lo que haría necesario descartar cualquier posible o eventual error de tipo en su actuación."

c. Error de Tipo en Relaciones Consentidas con Menor de Edad

[SALA TERCERA]⁶

"I.- El licenciado Manuel Chavarría Duartes, defensor público del encartado Edgar Morales Avilés, interpone recurso de casación por motivos de forma y fondo contra la sentencia N° 219-001, dictada por el Tribunal de la Zona Sur, a las 15:00 horas del 3 de setiembre de 2.000. Por razones de economía procesal, los suscritos Magistrados estiman procedente analizar -en primer término y en el orden en que ha sido planteado- el único motivo por el fondo (confrontar folios 118 y 119). Alega el recurrente, que el Tribunal de mérito violó por falta de aplicación el artículo 34 del Código Penal, pues si bien acreditó que el encartado Morales Avilés: "... tuvo un falso conocimiento de los elementos objetivos requerido (sic) por el tipo penal de violación, propiamente la edad de la ofendida, ya que, éste siempre creyó que tenía más de 12 años de edad..." (confrontar folio 118), mediante voto mayoritario rechazó la existencia del error de tipo, siendo contradictorio con lo tenido por probado. Agrega, que dicho error además, se consigna en el contenido de la acusación y se analiza ampliamente en el voto de minoría. Por ello solicita, acoger el recurso y absolver de toda pena y responsabilidad al justiciable. **EL RECLAMO DEBE DECLARARSE CON LUGAR:** Conforme los hechos tenidos por acreditados, al justiciable Edgar Morales Avilés le informaron -la señora madre de la ofendida

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

y ella misma- que contaba con once años de edad y: "... 2. - Pese a la advertencia...; el encartado no creyó y siguió adelante con su conquista.... El dieciocho de octubre de mil novecientos noventa y ocho en horas de la noche, Morales Avilés recogió a la menor, llevándola la primera noche a casa de su hermana Elizabeth Morales Avilés, en San Gabriel de Pejibaye. Aquí mantuvieron acceso carnal, introduciendo el imputado su pene en la vagina de N..." (confrontar folio 107) y pasados unos días, Edgar y N. viajaron a San Rafael Abajo de Desamparados, a la vivienda de la madre de él: "... a quien le manifestaron que la menor tenía dieciocho años. Durante los días que estuvieron en casa de doña Carmen diariamente copularon. Ante la llamada telefónica de una hija, doña Carmen fue advertida que la acompañante de su hijo tenía una edad de once años, por lo cual... procedió a constatarlo por medio de constancia del Registro Civil... Una vez que doña Carmen se enteró de la verdadera edad de la ofendida, los reprendió por el engaño y el encartado tomó la decisión de enviar a N. a su casa..." (confrontar folio 108). Cabe resaltar, que durante el contradictorio tanto la madre de la ofendida como ésta, informaron al Tribunal que Edgar no les había creído lo relativo a la edad de N., señalando esta última, que ello obedeció a la circunstancia de que estaba muy desarrollada, aspecto que incluso se consignó en el contenido del dictamen médico fechado 16 de noviembre de 1.998, que concluye diciendo: "... Femenina de 11 años, con edad aparente y mental como de 14 años..." (confrontar folio 14). Al respecto, el Tribunal consideró que: "... es una ofensa a la inteligencia, insistir en un error de hecho, sin que tenga mayor relevancia la impresión del médico, pues es solo su punto de vista, posterior a las agresiones sexuales que nos ocupan, pues lo que cuenta es la información cierta, recibida por el imputado y de viva voz, de su víctima y de la madre de ésta..." (ver folio 109). Obsérvese al efecto, que según lo anterior, ciertamente a Edgar se le informó la verdadera edad de N., aspecto sobre el cual no existe ningún cuestionamiento; empero, también se estableció que él nunca dio crédito a ese detalle (ver folio 107). Así las cosas, resulta indubitable que Morales Avilés mantuvo relaciones sexuales por lo menos en tres oportunidades con S.P. y pese a eso, él creyó que ella contaba con más de 12 años de edad, circunstancia que erróneamente derivó de las características físicas de la menor, no obstante habersele informado lo contrario. Desde esta perspectiva, resulta relevante apreciar y analizar las razones por las que el a-quo posteriormente no aplicó lo dispuesto por el artículo 34 del Código sustantivo. En efecto, la mayoría del Tribunal restó importancia al contenido del dictamen médico-legal realizado el 16 de noviembre de 1.998, o sea, aproximadamente un mes después de que el justiciable se fuera con N., por haber sido posterior a los hechos, cuando lógicamente este tipo de pericias en casos de

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

violación, se verifican con posterioridad a los hechos investigados y pretendiendo contrastarla con las declaraciones de los testigos, que en cuanto a las características físicas de la afectada -al momento de los hechos- no lo contradicen. Además, en relación con la creencia de Edgar acerca de que N. contaba con más de 11 años de edad, es un aspecto consignado en la ampliación de la denuncia visible a folio 4 del proceso. Finalmente, aunque consta que a la madre de Morales Avilés se le mintió respecto a la edad de la ofendida, ciertamente la referencia en este momento estaba en relación con su edad y no en torno a la circunstancia de que contara con once años, situación que resulta razonable en virtud de que la experiencia demuestra que al llevar el acusado a vivir a casa de su madre a S.P., justificara la relación, señalando que se trataba de una persona mayor de edad, máxime que como se verificó en este asunto, la señora madre de Edgar, una vez enterada de la verdad, recriminó el engaño y fue por eso que N. regresó a su casa en Pejibaye de Pérez Zeledón, de manera que el relato rendido por ella y el acusado a la madre de esta última, fue dentro de un momento histórico en que pretendía justificar su relación de concubinato y en ese entendido, su pretensión se dirigió a convencer a su madre, de que no se trataba de una menor de edad, lo que no excluye que Morales Avilés correlativamente creyera, que era mayor de once años de edad, aunque pensando que contaba con menos de dieciocho años. Como bien se expuso en el voto minoritario, la totalidad de la prueba evacuada en la audiencia oral y pública, sobre todo las manifestaciones de la propia ofendida externadas de viva voz en el debate, respecto a haber mantenido relaciones sexuales con Edgar de manera voluntaria y que éste nunca le creyera que contaba con once años de edad, son elementos que permitieron al Tribunal acreditar que Morales Avilés realmente no creyó que N. contara con esa edad. Ahora bien, el tipo penal contenido en el artículo 156 inciso 1, del Código Penal, dispone -en lo conducente- que: *"... Será sancionado con pena de prisión de diez a dieciséis años, quien se haga acceder o tenga acceso carnal, por vía oral, anal o vaginal, con una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos:... 1) Cuando la víctima sea menor de doce años..."* . Conforme se apuntó, acorde con el cuadro fáctico Morales Avilés mantuvo relaciones sexuales con S.P. por lo menos en tres oportunidades; sin embargo, erróneamente creyó que ella contaba con más de doce años. Ahora bien, el artículo 34 del Código Penal establece, que: *"...No es culpable quien, al realizar el hecho, incurre en error sobre algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción. No obstante, si el error proviene de culpa, el hecho se sancionará sólo cuando la ley señale pena para su realización a tal título..."* . Visto el contenido de la norma, resulta aplicable en aquellos supuestos en donde el problema se

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

circunscribe a aspectos de tipicidad, que se encuentran por ende relacionados con la ausencia de dolo en el actuar de un sujeto, o sea la existencia de un error de tipo. Al respecto, esta Sala ha señalado que: "... el artículo 34 del Código Penal consigna, solamente, problemas de tipicidad, de manera que quien se encuentre en un supuesto de error de tipo, en realidad actúa sin dolo, por lo que si su error es vencible se le castigaría por la conducta culposa si ésta se encuentra descrita paralelamente a la tipicidad dolosa (artículo 34 C.P.). De todo lo dicho anteriormente, se puede fácilmente colegir que el error sobre las circunstancias previstas en el tipo objetivo (y que tienen que conocerse a nivel de tipo subjetivo) es un fenómeno que determina la ausencia de dolo cuando, habiendo una tipicidad objetiva no existe o es falso el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo. Como lo dice el artículo 34: el error (falso conocimiento o ignorancia) de hecho debe recaer sobre "... algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista según su descripción..." En los casos de error de tipo desaparece la finalidad típica, es decir, la voluntad de realizar el tipo objetivo y al no haber ese querer no hay dolo y por ende la conducta es atípica. Lo anterior, porque si el dolo es querer la realización del tipo objetivo, si el sujeto no sabe que lo está realizando no puede existir ese querer. Los efectos del error de tipo dependen de si éste es evitable (o vencible) o inevitable (o invencible). El error invencible además de la tipicidad dolosa elimina también la posibilidad de la tipicidad culposa. El error vencible, si bien no da lugar a una tipicidad dolosa sí puede dar lugar a una tipicidad culposa (artículo 34 del Código Penal)..." (Así, Sala Tercera, V. 446-F-92, de 15:40 horas del 25 de setiembre de 1.992), (la cursiva se suple). En el presente asunto, lo que se tuvo por demostrado fue que Edgar, acorde con las características físicas de la perjudicada, no creyó que contara con once años de edad, suposición no sólo errónea, sino vencible, en la medida en que fue informado por ella y por su madre, acerca de la verdadera edad de N., así como por la circunstancia de haber podido obtener esa información en el Registro Civil. Así las cosas, aunque la intención del justiciable era tener acceso carnal con S.P., erróneamente supuso que contaba con más de doce años de edad, de ahí que el error en este asunto recae sobre la descripción del ilícito, que de acuerdo con el contenido - en lo conducente - del artículo 156 del Código sustantivo, requiere que la afectada contara con menos de doce años de edad. Sobre esta base, Edgar incurrió en un error de tipo, en cuanto a la edad de la perjudicada se refiere, aspecto que se aprecia en el cuadro fáctico fijado por el a-quo y sobre el que resultaron coincidentes las manifestaciones de N. y de la testigo Z.S.P., asociadas al contenido del dictamen médico-legal de folio 14. Consecuentemente, encontrándonos en presencia de un delito doloso y habiendo dejado

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

el Tribunal de aplicar - no obstante tenerlos por acreditados -los presupuestos correspondientes a la existencia de un error de tipo, conforme al contenido del artículo 34 del Código Penal, **procede declarar con lugar el recurso de casación interpuesto por el fondo**. Se casa la sentencia impugnada y en aplicación del derecho sustantivo, se absuelve de toda responsabilidad y pena al acusado por los tres delitos de violación que se le ha venido atribuyendo en perjuicio de N.S.P. Se ordena la inmediata libertad de Edgar Morales Avilés, si otra causa no lo impide."

FUENTES CITADAS:

- 1 CHIRINO, Alfredo.- HOUED, Mario. El tratamiento del error en la legislación penal y en la jurisprudencia costarricense. Revista de Ciencias Penales N°6 [en línea] Consultado el 17 de abril del 2007 en: <http://www.poderjudicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2006/CHIRIO6.htm>
- 2 GONZÁLEZ ALCÁNTARA, Juan Luis. "Date Rape, Social Convention and Reasonable Mistakes", Law and Philosophy, Dordrecht, Holanda, vol. 11, núms. 1-2, 1992, pp. 95-126. Consultada el 29 de mayo de 2007. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/77/rdr/rdr45.htm>
- 3 Ley Número, 4573. Costa Rica, 4 de mayo de 1970.
- 4 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Resolución No. 1113-2003, de las nueve horas con cincuenta minutos del treinta y uno de octubre de dos mil tres.
- 5 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución No. 758-2005, de las diez horas con diez minutos del ocho de julio de dos mil cinco.
- 6 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución No. 123-2002, de las diez horas con cinco minutos del dieciocho de febrero de dos mil dos.