

ERROR DE TIPO EN MATERIA DE VIOLACIÓN IMPROPIA, TIPIFICADA EN EL ARTÍCULO 362 DEL CODIGO PENAL

ERROR OF TYPE IN IMPROPER RAPE, DESCRIBED ON ART. 362 OF THE PENAL CODE

HERNAN SILVA SILVA *

DOCTRINA

Si el sujeto activo no estaba en condiciones de conocer la edad real, siendo además un error invencible, opera abiertamente el error de tipo por la falta de los elementos o uno de los elementos de tipicidad objetiva de la violación, anulándose el dolo en su doble aspecto, volitivo y cognitivo, y, por lo tanto, la culpabilidad, lo que conlleva la absolución del imputado.

Palabras claves: *Error de tipo, violación, tipicidad.*

DOCTRINE

If the agent is in no position of knowing the actual age, being and unavoidable mistake, takes place an error of type for lack of the elements or one of the elements of objective description of the rape, thus voiding the intention in its double dimension, cognitive and volitive, and therefore, the guilt, leading to the absolution of the defendant.

Key words: *Error of type, rape, typicity.*

* Abogado. Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal, U. San Sebastián, sede Concepción. Dirección postal: Facultad de Derecho, Campus Tres Pascualas, Gral. Cruz 1577, Concepción, Chile. Correo electrónico: hsilva@uss.cl.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El fallo en comento analiza la aplicación del error de tipo en la violación impropia de una menor de catorce años de edad. En efecto, en el caso de autos, el autor del ilícito no tenía conocimiento real de la edad de la víctima, lo que configura el error de tipo invencible que elimina el dolo.

II. EXTRACTO SENTENCIA

En virtud de la sentencia de fecha siete de junio de dos mil ocho, del Tribunal Oral en lo Penal de esta ciudad, integrado por los Jueces titulares Doña MARIA ELVIRA VERDUGO PODLECH, Don EDUARDO CARRASCO DEL POZO y Don ADOLFO CISTERNA PINO, (Juez redactor) se absolvió a don Manuel Eduardo Aravena Aravena, acusado como autor del delito de violación a la menor de 14 años N.E.R.A. en virtud del artículo 362 del Código Penal, denominada como violación impropia.

A continuación haremos un resumen de las piezas fundamentales de la sentencia anotada, para los efectos de posteriormente referirnos al error en general, al error de tipo y otros fallos que se han tratado esta misma materia.

1. Acusación presentada por el Ministerio Público: *“Que en reiteradas oportunidades, en el domicilio ubicado en calle Benavides sin número, esquina Ricardo Ríos, comuna de Santa Juana, el acusado Aravena Aravena, accedió carnalmente por vía vaginal, a la menor de iniciales N.E.R.A., nacida el día 3 de marzo de 1994, siendo la primera vez, la ocurrida en el mes de marzo del año 2007, ocasión en la cual el acusado realizó actos de relevancia y significación sexual en contra de la menor, consistentes en efectuar tocaciones con sus manos en diferentes partes del cuerpo, para posteriormente, proceder a accederla carnalmente por vía vaginal hasta eyacular.”*

A juicio de la Fiscalía, los hechos descritos configuran el delito de consumado de Violación, previsto y sancionado en el artículo 362 del Código Penal, y al acusado ha correspondido en ellos, según lo dispuesto en el artículo 15 n° 1 del Código Penal, la calidad de autor. Por ello, porque le favorece la circunstancia prevista en el artículo 11 número 6 del Código Penal, consistente en su irreprochable conducta anterior, y sin que le perjudiquen agravantes, solicita se le imponga la pena de 5 años (sic) de presidio mayor en su grado mínimo, más las penas accesorias correspondientes y el pago de las costas de la causa.

2. Que en su alegato de apertura la Defensa señaló que discrepa del Ministerio Público pues no se trata de un simple caso de violación impropia, sino de una real una historia de amor entre un hombre adulto y una joven varios años menor que él. Agregó que el acusado era pareja de la madre de la menor y la visitaba algunos fines de semana al mes, y así fue como la niña se sintió atraída por él y él también de ella y se enamoraron. Indicó que Manuel Aravena fue invitado al cumpleaños de la niña en marzo de 2007 y en ese momento, ante su pregunta, ella le dijo que cumplía 14 años, y la madre de la niña ratificó lo dicho por ella, y puesto que él la veía bien desarrollada física y emocionalmente, pensó que tenía más de 14 años. Añadió que el día sábado 23 de junio de 2007, antes de San Juan, el acusado llegó por la mañana, se puso a conversar con la joven y se produjo una relación sexual entre ellos, quedando la niña embarazada.

Concluyó diciendo que los hechos que refiere dan cuenta de lo que la doctrina denomina error de tipo excluyente de dolo, situación que efectivamente se da en el acusado pues incurrió en error respecto del elemento minoridad del ofendido, inducido por el propio sujeto pasivo.

3. Que el acusado, Manuel Eduardo Aravena Aravena renunciando a su derecho a guardar silencio para no auto incriminarse, prestó declaración en el juicio y señaló: que desconoce su declaración ante el fiscal; que lo único que dijo era que es cierto que tuvo relaciones sexuales con la Nancy; que ellas (la ofendida y su madre) lo invitaron al cumpleaños de la niña y esta última le dijo que cumplía 14 años, pero él creía que tenía más y le preguntó si era cierto porque -como ella se pintaba tanto- él pensó que tenía más, ante lo cual la madre le dijo que era verdad que la niña cumplía 14 años; que después de eso él le pidió que tuviesen amistad; que el 23 de junio tuvieron relaciones sexuales, pero él sin pensar que ella le estaba mintiendo; que se dieron cuenta cuando no le llegó “eso mensual” y la niña dijo que quería abortar y él le dijo que eso era malo y que enfrentarían la vida.

4. Contra interrogada por la Defensa la menor de iniciales N.E.R.A., señaló: que el 3 de marzo fue su cumpleaños y hubo una celebración y ella le dijo a su mamá que lo invitara porque a ella le gustaba, lo quería conquistar y se ponía ropa más agrandada y se empezó a pintar; que ahí el le preguntó que edad estaba cumpliendo y ella le dijo que estaba cumpliendo 14 años, pero en realidad estaba cumpliendo 13, y su mamá le dijo a él que efectivamente ella tenía 14 años; que ella le dijo que estaba cumpliendo 14 años para que él la viera más grande; que él creyó pero en junio, el día que tuvieron relaciones le preguntó nuevamente si era verdad que ella tenía 14 años, porque a él le parecía que ella tenía más edad; que él nunca la vio con ropa de colegio porque sólo venía los fines de semana; que ella no leyó su declaración en Investigaciones; que ella trató de declarar ante el fiscal, pero le dijeron que no; que ella no declaró ante el fiscal; que ella se quería ver mas agrandada y se ponía ropa mas de adulto y se pintaba; que ella siempre ha sido agrandada “y por culpa de eso él está pasando por esto”; y que a ella “nunca le ha gustado ser chica”.

5. Declaración de María Arriagada Velásquez, que es la madre de la menor declaró” que en marzo del 2007 la niña quiso que lo invitara a su cumpleaños; que en esa oportunidad ella compró una torta; que él preguntó cuantos años cumplía la niña y ella dijo 14 años pero en realidad cumplía 13; que ella dijo eso porque era muy agrandada y quería verse más grande; que ella se quedó callada y no dijo nada porque vio a la niña contenta y no quiso dejarla en vergüenza.”

6. El Tribunal, privativamente, ha dado por acreditados, más allá de toda duda razonable, los hechos siguientes: **Que el día 23 de junio de 2007, en la comuna de Santa Juana, en el domicilio de la menor de iniciales N.E.R.A., nacida el 3 de marzo de 1994, a la sazón de 13 años de edad, el acusado Manuel Eduardo Aravena Aravena procedió a accederla carnalmente por vía vaginal creyendo que era mayor de 14 años de edad, pues así se le había hecho creer por la misma menor, quien mintió sobre su propia edad, información falsa que fue tácitamente ratificada por su madre María Arriagada Velásquez.**

7. En uno de sus considerando los sentenciadores señalan; “Que en síntesis, valorada libremente la prueba, y en pleno respeto de los límites del razonamiento judicial, se puede concluir que al momento de producirse el acceso carnal del acusado a la menor Nancy E.R.A. el día 23 de junio de 2007, éste creía que la niña tenía más de 14 años de edad, pues ella misma se lo había dicho un par de meses antes, el día de su cumpleaños, y tal información, falsa por cierto, le fue confirmada por la propia madre de la cumpleaños quien asintió tácitamente ante una pregunta de la misma niña en tal sentido, sonriendo y guardando silencio sin desmentirla. Resultó probado también que aquél fue el único acceso carnal del acusado a la menor, quien quedó embarazada, y dio a luz en el mes de marzo de este año, a una criatura concebida en dicha relación sexual.

Esos hechos asentados con prueba directa, emanada de los dichos de quienes los vivieron,

conducen indefectiblemente a concluir que no existe un ilícito punible de que deba responder el acusado. En efecto, falta un elemento integrante del tipo subjetivo, pues hubo de parte del acusado un error acerca de la edad de la menor Nancy E.R.A., al momento de accederla carnalmente por vía vaginal y, antes de iniciar el análisis de tal forma de error, es preciso dejar en claro que, aunque la ley chilena no se refiere al tipo en parte alguna, su contenido es aludido en muchas disposiciones, de tal manera que es lícito usar este vocablo para sintetizar las ideas que contiene.

El tipo está constituido por la descripción legal del conjunto de las características objetivas y subjetivas (externas o internas o psíquicas) que constituyen la materia de la prohibición para cada delito específico; es la descripción abstracta y formal de aquello en que el delito consiste esencialmente, y su estructura comprende una faz objetiva y una faz subjetiva. En su faz objetiva el tipo está compuesto generalmente por la acción, el resultado, y el nexo causal entre acción y resultado, y en su faz subjetiva -y específicamente referido a los delitos dolosos- está compuesto principalmente por el dolo, entendido como conocimiento del hecho que integra el tipo, acompañado por la voluntad de realizarlo o, al menos por la aceptación de que sobrevenga el resultado como consecuencia de la actuación voluntaria. El dolo así descrito, se compone de un elemento denominado intelectual (que consiste en el conocimiento que el agente debe tener de la acción en sí misma, así como de sus modalidades típicas, del resultado, y de la relación causal en su caso), y de un elemento denominado volitivo (que significa que el agente debe querer la realización de todo el hecho típico, o sea el objetivo propuesto y los medios necesarios para alcanzarlo, y aceptar las consecuencias posibles de su acción para el evento de que efectivamente se realicen). Ambos elementos deben concurrir copulativamente, de tal suerte que si falta el elemento intelectual o el elemento volitivo, se produce una inadecuación del hecho concreto con la descripción legal de la conducta, lo que determina la ausencia de tipicidad y por consiguiente la exclusión del delito. Esa ausencia de tipicidad puede producirse, entre otras razones, cuando el agente incurra en error de tipo, o sea, cuando incurra en error acerca de un elemento integrante del hecho típico, como lo es por ejemplo en caso de la violación impropia, la edad de la víctima inferior a catorce años.

Como ya se dijo, en el juicio resultó probada la falsa representación del acusado acerca de ese elemento del tipo del artículo 362 del Código Penal, y por lo mismo queda excluido el dolo, pues afecta al elemento intelectual del mismo; consecuentemente, excluido el dolo no hay tipicidad ni hecho punible, y no resta sino dictar sentencia de absolucón, pues aun cuando hipotéticamente tal error pudo haber sido vencible, no existe figura cuasidelictual aplicable en la especie.”

III. COMENTARIO

Como cuestiones previas, y como es sabido de todos en la normativa penal en nuestro país no se trata del error específicamente en las disposiciones legales de la parte general, como ocurre por ejemplo en el código penal, español, italiano, de Portugal, por citar algunos, sino que en la parte final del artículo primero de nuestro código penal, se hace sólo referencia, al error en la persona y según otros error en el golpe, lo que se denomina aberratio ictus, cuando “ El que cometiere delito será responsable de el e incurrirá en la pena que la ley señale, aunque que el mal recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponía ofender.”

Por otra, parte no podría ser de otro modo ya que nuestro ordenamiento legal punitivo es del año 1874 y las teorías del error de tipo y de prohibición, que abordaremos, no son de antigua data, sino que se incorporan a las doctrinas modernas sobre el error.

En la actualidad los conocidos doctrinadores penalistas, tales como Etcheberry, Cury, Politoff,

Matus y Ramírez, Naquira, Bullemore, etc., tratan en sus obras al error de tipo y al error de prohibición y asimismo varios fallos de los Tribunales de Justicia e incluso de la Corte Suprema, tocan el error de tipo y varios el error de prohibición.

La doctrina y las sentencias nos indican que el error elimina al dolo y a la culpa, o que sería la faz negativa de estos elementos componentes de la culpabilidad del autor de un ilícito. Otros que el error niega el dolo y según los casos la culpa.

1. La teoría del error

El error consiste en creer verdadero lo que es falso o falso lo que es verdadero, es una equivocación que se tiene sobre una cosa, un hecho, una persona. Se le da a un hecho falso la apariencia de que es verdadero, es un falso conocimiento. La ignorancia difiere del error, ya que en primero caso no se tiene conocimiento, no se sabe, y en el segundo se da el conocimiento, pero es equivocado. Descartamos el error de derecho, ya que le ley se presume conocida, recordemos el principio que tiene su origen en el Derecho Romano "ignorantia vel error iuris non excusat" (la ignorancia o el error de derecho, no excusan)

Se ha dejado de lado la antigua distinción, que algunos la comparten sobre el error de hecho y el error de derecho, hoy se conoce el error de tipo y el de prohibición.

El error de tipo es el referido a la tipicidad, equivocación en cuanto a los elementos que integran el delito o el tipo penal, en cuanto a la acción típica, falso o equivocado concepto de los elementos objetivos así se señala el antiguo ejemplo del cazador que dispara a una matas que se mueven pensando que hay un ave o animal para cazarlo y hiere o mata a una persona por error. En su intención estuvo ausente el elemento del tipo matar (390) o el de herir golpear o maltratar de otro de obra (357) Error en la tipicidad de los elementos que la configuran.

En el error de prohibición se cree en forma equivocada que la acción que está ejecutando es lícita, o legítima, cuando en la realidad no lo es; por ejemplo en los países en que no es prohibido el aborto y el extranjero que llega lo realiza en Chile, pues piensa que no está castigado como acontece en el país donde él reside, incide en el elemento del delito de la antijuridicidad o piensa en otro caso que tener relaciones sexuales consentidas con una menor de 14 años es lícita, y no constituye violación impropia.

2. Derecho comparado

A continuación revisaremos el derecho extranjero frente al error y al último proyecto de reforma del Código Penal nacional elaborado por la Comisión Foro Penal".

i) Artículo 14 Código Penal español.

1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.

2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.

3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.

ii) Artículo 32 código penal Colombiano. Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa. Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado.

11. Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad. Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta.

12. El error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad dará lugar a la aplicación de la diminuyente.

iii) Código Penal alemán § 16 StGB. Error sobre circunstancias del hecho.

1. El que durante la comisión del hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal, no actúa dolosamente. La punibilidad por comisión culposa permanece. 2. El que durante la comisión del hecho supone erróneamente circunstancias que habrían realizado el tipo de una ley menos gravosa, sólo puede ser castigado por la comisión dolosa de la ley menos gravosa.

iv) Artículo 14 Código Penal Peruano. Error de tipo y error de prohibición.

El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley.

El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena.

v) Otros. Código Penal austriaco, §§ 8 y 9, el Código Penal esloveno (arts. 20 y 21), el Código Penal griego, arts. 30 y 31, el Código Penal polaco (arts. 28 y 29), el Código penal portugués, arts. 16 y 17, el Código Penal suizo arts. 19 y 20.

3. Anteproyecto de Código Penal chileno de 2005

Art. 3°. El error sobre la concurrencia en el hecho de un elemento integrante de la descripción legal del delito excluye el dolo respecto del mismo. Si el error es evitable, el hecho se sancionará a título de imprudencia, si procede.

Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará también al error sobre la concurrencia de un presupuesto de las causas de justificación de la conducta.

Las circunstancias desconocidas por el sujeto no se considerarán para agravar o calificar su responsabilidad penal, pero sí para atenuarla o privilegiarla.

Art. 4°. El error inevitable sobre la ilicitud del hecho excluye la responsabilidad penal. Si el error es evitable, se rebajará la pena conforme a lo dispuesto en el artículo 46.

4. Otra sentencia juicio oral

Caso similar al precedente. Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, rol 179-2007, ruc 0600.234.688-3, 29.06.07. Error de prohibición caso violación. El hecho que el imputado haya desconocido que la víctima fuere menor de 14 años, lo hace incurrir en un error de tipo que excluye el dolo, quedando solo subsistente la culpa, pero como la legislación Chilena no contempla las figuras culposas de violación el imputado debe ser absuelto.

Estimamos relevante este considerando sobre el error de tipo en el delito de violación que expresa. “Que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1° del Código Penal, es delito “toda acción u omisión voluntaria penada por la ley”. Esta norma, que debe ser integrada con elementos que resultan de otros preceptos, alude a los elementos del delito: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Esta última, llamada el elemento subjetivo del tipo, refiere que para la imposición de una sanción penal, no es bastante la existencia de una conducta antijurídica, es decir una conducta que pueda subsumirse en un tipo legal y no esté cubierta por una causal de justificación, sino que se requiere además que al hechor se pueda hacer un juicio de reproche de culpabilidad, esto es, el reproche que se hace al que podía obrar diversamente y optó por la conducta prohibida. Es condición para la existencia del delito que al sujeto que realizó un hecho dañoso pueda imputársele también subjetivamente el resultado de su acción. Existen dos formas de culpabilidad, el dolo y la culpa, siendo la primera la más característica e importante. Para actuar dolosamente el sujeto debe saber que está realizando el hecho típico, esto es conocer los elementos del tipo. Quién desconoce las circunstancias concretas y el objeto de su acción “actúa involuntariamente”, esto es sin dolo. El desconocimiento o falsa representación de los elementos o de uno de los elementos integrantes del tipo penal que se realiza se denomina, ERROR DE TIPO, excluye el dolo y determina su desaparición. Si el error era invencible o inevitable, excluye tanto el dolo como la culpa y la conducta desplegada será impune. Si era vencible o evitable, sólo excluye el dolo y deja subsistente la culpa, por lo que la conducta puede ser sancionada a título culposo, en los casos que la ley admite estas figuras. Nuestra doctrina pone como ejemplo de error de tipo el siguiente: Si A yace con la jovencita B, creyendo que tiene 16 años de edad, en circunstancias que aún no cumple los 14 años, el dolo de la violación impropia ha de excluirse. Nada importa que A haya podido prever esa situación, pues la ley no contempla un tipo de violación culposa. En el caso en análisis, el acusado incurrió en un error de tipo (el mismo que hace referencia el ejemplo señalado), toda vez que creyó que estaba manteniendo relaciones sexuales con una joven mayor de 14 años. La edad del sujeto pasivo es un elemento del tipo penal por el cual se dedujo acusación y atendido que el acusado incurrió en un error al respecto, debe excluirse el dolo. Estos sentenciadores consideran que el error en el que incurrió el acusado era vencible o evitable pues si hubiese empleado mayor diligencia, hubiese conocido la real edad de la menor S.P.M.M., por lo que en la especie el error de tipo excluye el dolo más no la culpa. Sin embargo, atendido que nuestra legislación no sanciona la forma culposa del delito de violación, la conducta desplegada por Luis Vicente Vargas Núñez no es punible.

5. Conclusiones

i) La sentencia absolutoria que estamos examinando y la que se encuentra ejecutoriada se refiere específicamente al error de tipo, en el cual incurrió el autor del delito, considerando lo expuesto por la menor, a la cual creyó, realizando una relación sexual normal, con su anuencia, la que le habría manifestado además que a la fecha de los hechos ella tenía 14 años cumplidos, cuando tenía efectivamente 13 años.

ii) Existió una equivocación por parte del entonces acusado de la edad del sujeto pasivo, inducido por la propia menor la que faltó a la verdad, y la que quería aparentar más edad “ella se quería ver mas agrandada y se ponía ropa mas de adulto y se pintaba; que ella siempre ha sido agrandada”.

iii) Luego hay un desconocimiento por parte del autor de la edad efectiva del sujeto pasivo, ya que reiteramos la aparente víctima le indicó una edad superior, y el no estaba en condiciones de saber cual era su verdadera edad o exacta, y estimó como cierta la de 14 años.

iv) La edad es un elemento del tipo del delito de violación sea la propia del artículo 362(mayor de 14 años en alguno de los casos siguientes: 1º Cuando se usa de la fuerza o intimidación. 2º cuando la víctima se haya privada de sentido, o cuando se aprovecha de su incapacidad para oponer resistencia. 3º Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima) o la impropia del artículo 361(menor de 14 años cuando no concurra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior ya reproducidas) ambos del Código Penal, y si esta se desconoce y más se le afirma que era 14 años en vez de 13 años, y por lo tanto el sujeto activo no estaba en condiciones de conocer la edad real, siendo además invencible, operando abiertamente el error de tipo por la falta de los elementos o uno de los elementos de tipicidad objetiva de la violación, anulándose el dolo en su doble aspecto, volitivo y cognitivo, y por lo tanto la culpabilidad lo que conlleva la absolución de los cargos de la acusación, y la ausencia de penalidad.

v) El fallo que hemos aludido ut supra del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción se ajusta a la buena doctrina en relación con el error de tipo vinculada a la edad de la menor de acuerdo a lo que en ella se reflexionó y se resolvió absolviendo al imputado.