

DEL DERECHO A LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO POR PARTE DE LA VÍCTIMA DEL DELITO DE VIOLACIÓN

Especial referencia al derecho penal costarricense

LLM. Luis Alonso Salazar Rodríguez¹
luis.salazar@ucr.ac.cr²

Recibido 2/3/2017 Aceptado 14/12/2017

Inteligencia es lo que usas cuando no sabes qué hacer.

Piaget, J.

La norma jurídica o el concepto de acción pueden ser el presupuesto teórico fundamental sobre el que se estructura la teoría jurídica del delito en una época determinada. Pero estas mismas instituciones aparecen, en diferente contexto histórico, ya no como piedra angular del edificio sistemático, sino como consecuencia de una estructura teórica previamente elaborada
Borja (2001:68)

El tema del castigo o no de lo repudiable se resuelve, por lo general, en los foros encargados de hacer y administrar la política criminal de una comunidad.

Salas, M.E. (en Llobet y Durán 2010: 350)

¡que cada cual tenga sus dioses, cada cual decida cuál es el sentido de su vida a sabiendas que ahí no hay ninguna racionalidad por medio!

Max Weber³

[...] el derecho es un instrumento de estabilización social que sirve para orientar las acciones de los asociados e institucionalizar las expectativas [...]

Velásquez V, F. (2013:161)

Una sociedad sin normas es una contracción en sí misma.
Torrente. (2001:54)

RESUMEN

En el presente artículo, se aborda la problemática del denominado derecho a la interrupción del embarazo por parte de la víctima de un delito de violación. Se presenta un estudio del delito de violación en el derecho penal costarricense hasta llegar a la descripción típica actual y su problemática, en especial cuando la víctima del delito es un hombre.

Palabras clave: Derecho penal, delito de violación, víctima, interrupción del embarazo, aborto.

ABSTRACT

This article is concerned with the issue of the so-called right to pregnancy termination by the victim of a crime of rape. Under study is the crime of rape into Costa Rican criminal law up to the current typical description and its problematic, especially when the victim of the crime is a man.

Keywords: Criminal law, crime of rape, victim, pregnancy termination, abortion.

Sumario

1) Planteamiento del problema. 2) Historia del delito de violación en el derecho penal costarricense. a) Código General del Estado de Costa Rica de 1841. b) Código Penal de 1880. c) Código Penal de 1924. d) Código Penal de 1941. e) Código Penal de 1970. e.1) Redacción original. e.2) Redacción actual del delito de violación. 3) El tipo penal del delito de violación. 3.a) El bien jurídico tutelado. 3.b) a acción punible. 3.b.1) Violación como delito especial propio y de propia mano. 3.b.2) Violación como delito común. 3.b.3) Formas de comisión. 3.b.3.1) Acceso carnal por vía oral, anal o vaginal. 3.b.3.2) Introducción de dedos u objetos. 3.b.3.3) Animales. 4) El concepto de víctima en el delito de violación actual. 5) Sobre el derecho a la interrupción del embarazo por parte de la víctima. 5.a) Caso de la persona menor de 13 años o el o la incapaz. 5.b) Caso de la víctima del delito. 6) Conclusiones.

1) *Planteamiento del problema*

Sobre el así denominado “derecho a la interrupción del embarazo” o más simplemente denominado “derecho al aborto” se han dicho muchas cosas.

Existen grupos, a los que podríamos llamar progresistas, sobre todo de mujeres –aunque cuentan con apoyo de diversos sectores sociales, incluso de hombres, que luchan por el reconocimiento del derecho a interrumpir el embarazo cuando la mujer así lo desee.

Existen otros grupos que podríamos denominar “conservadores”, que proponen, por el contrario, una negación a ultranza de tal reconocimiento, v. gr. la Iglesia católica.

El tema en sí mismo es de alto voltaje y, por no ser este un artículo que se ocupa sobre la naturaleza jurídica del aborto –si es que se me permite el empleo del término- y sobre su aceptación o no, omitiré entrar en el núcleo de tal discusión.

Esta contribución se centrará sobre uno solo de los aspectos que vienen a la discusión cuando se habla de “derecho a abortar” y es el relacionado con el origen del embarazo en un ilícito penal, a saber, el delito de violación.

Quienes defienden el “derecho al aborto” suelen esgrimir como bandera en defensa de su posición, entre otras, la de que la víctima de un delito de violación debe tener derecho a interrumpir el embarazo y que no se le puede obligar a continuar con un proceso de gestación que se ha originado en un delito de tal ralea.

Planteada de esta forma, la cuestión no parece encontrar mayor oposición, incluso entre los grupos más conservadores –que si bien no la aceptan– suelen enfrentar serios problemas argumentativos ante un planteamiento en dichos términos.

El problema aquí es entonces, si resulta posible y pacífica o no la aceptación de una tal posición que

reconozca el derecho de la víctima de un delito de violación a interrumpir el embarazo, cuando se trate ya no de una mujer, sino de un hombre.

En otro sitio me he referido antes a la existencia de cierta candidez en torno a conceptos de uso frecuente en el derecho penal y que muchas veces incluso se dan por sentado⁴, y esta es una hipótesis que en primera instancia suele ser rechazada por «absurda».

Aquí debemos tener presente lo señalado por Arzt (Roxin, C., Arzt, G., Tiedemann, K. 1999:118), cuando apunta:

A pesar de las variaciones en la estructura y composición de los tipos penales y de sus marcos punitivos con fundamento en las circunstancias de atenuación o de agravación, la descripción legal de todos los delitos sólo resulta posible mediante conceptos abstractos y generales. Por esta razón el derecho corre siempre detrás de los cambios sociales.

En este punto, debe realizarse un primer acotamiento de importancia básica y con la firme intención de llamar la atención de la persona lectora, la hipótesis planteada es del todo desconocida y, mejor dicho, prácticamente impensada. Esta característica no es una exclusividad del delito de violación, sino que es una característica del derecho penal. Al respecto, con García-Borés Espí (2006: 204-205), podemos afirmar:

Uno de los primeros aspectos que afloran al profundizar en el imaginario social en torno a la delincuencia, en el significado del crimen, es que éste se encuentra asociado a un número muy reducido de delitos. Así, y a pesar de la amplia gama de actos delictivos tipificados, cuando se piensa improvisadamente en delitos aparecen el asesinato, la violación y el robo, con una amplísima distancia en frecuencia respecto del resto. Como contraste, es interesante

conocer que de la actualidad delictiva [el autor se refiere a España] detectada por la policía, el asesinato y la violación viene a representar juntos en torno al 0,2%. El protagonismo de este tipo de delitos se debe, más allá de su obvia gravedad, a la creación y difusión de alarmas sociales, las cuales a su vez remiten a los medios de comunicación y los responsables políticos sobre estos temas.

En este mismo sentido, de por sí el tema planteado (si se me permite el empleo del término, solo en procura de alcanzar un mejor entendimiento) a saber, el delito de violación de una mujer que, para efectos de este supuesto, denominaré la especie, que es la hipótesis en la que el embarazo como producto de una violación resulta en principio posible, no es tan común, me refiero a la consecuencia de embarazo no al delito en sí. Más bien diría yo es infrecuente, pero (y aquí de nuevo una licencia nuevamente con fines explicativos) el género; es decir, cuando la víctima del delito es un hombre, y la autora de este delito resulta como consecuencia embarazada, es más infrecuente aún, diría yo, impensada o inimaginable *prima facie*.

En este punto, se impone la necesidad metodológica de aclarar a la persona lectora, que el presente es un estudio de carácter dogmático, no casuístico. Al respecto debe considerarse con José Cerezo Mir (T.I. 2003:62), su conceptualización de lo que debemos entender por dogmática jurídico-penal:

La Dogmática del Derecho penal tiene la tarea de conocer el sentido de los preceptos jurídico-penales positivos y desenvolver su contenido de modo sistemático. Puede decirse que la tarea de la dogmática del Derecho penal es la interpretación del Derecho penal positivo, si el término «interpretación» es utilizado en su acepción más amplia, que incluye la elaboración del sistema. El término «dogmática» se deriva de la palabra «dogma» porque para

el intérprete de los preceptos del Derecho positivo son como un dogma al que tiene que atenerse necesariamente

Hemos dicho que la dogmática del Derecho penal ha de conocer el sentido de los preceptos jurídico-penales positivos. La interpretación habrá de ser entendida, por ello, como una captación del sentido, como una comprensión. Sólo así será posible incluir a la dogmática del Derecho en general y a la dogmática del Derecho penal en particular, dentro del marco de las ciencias del espíritu. Ver Mir, J.C. con referencias adicionales (T.I. 2003:62).

En el contexto antes descrito, coincidiendo con Llobet (2002: 35), quien parafraseando a Roxin señala: “[...] la dogmática penal como «la disciplina que se preocupa de la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y las opiniones científicas en el ámbito del derecho penal»” que pretende desarrollarse en el presente artículo. Ya sea que se logre el objetivo trazado o no, que se alcance la claridad deseable en la exposición o no y, más aún, que el análisis sea acertado o no, queda librado al criterio de la persona lectora.

Adelanto desde ya una crítica que, en forma apriorística, vislumbro, por parte de quienes no se encuentran dispuestos a aceptar una hipótesis de estudio como la que aquí planteo, a saber, que un hombre pueda ser violado accediendo carnalmente a una mujer y, peor aún, que siendo víctima de violación (claro está, no pudiendo este biológicamente embarazarse) se le pueda a alguien ocurrir divagar en forma teórica sobre la posibilidad de otorgarle a este el derecho de decidir sobre la interrupción del embarazo (discusión, obviamente hoy y, dado el estado actual de la discusión, reservada para las mujeres en forma exclusiva)

Al respecto, coincido con Salas (2012:112) cuando señala que “[...] la investigación de los hechos sociales es un trabajo para el cual los juristas no

suelen estar preparados y demanda, además, unos conocimientos interdisciplinarios y unas técnicas que trascienden por mucho el mero normativismo y formalismo dominantes en el *corpus* de los saberes jurídico-dogmáticos”.

2) Historia del delito de violación en el derecho penal costarricense

Con el propósito de ilustrar un poco la problemática actual en torno al delito de violación y, en especial, a la por mi denominada “instrumentalización” en torno a la legalización del aborto, es importante saber cómo hemos concebido el delito de violación a lo largo de nuestra historia.

a) Código General del Estado de Costa Rica de 1841

En el Código General del Estado del Costa Rica de 1841, conocido como Código de Carrillo, en referencia al entonces jefe de Estado, Braulio Carrillo Colina, si bien es cierto, regulaba algunos delitos sexuales, no conoció el delito de violación como tal. Se regulaba el abuso sexual en el artículo 420:

Artículo 420. El que abusare del mismo modo de una mujer honesta, aunque sea mayor de diez y siete años, sufrirá la pena de reclusión o multa del artículo anterior. Si la violentada fuere mujer pública, conocida por tal, será castigado el reo solamente con dos meses de arresto, o veinte pesos de multa, por la violencia. El que sedujere a una mujer honesta mayor de la edad de la pubertad, y menor de diez y siete años, y tuviere con ella cópula carnal, será desterrado por un año, o pagará cien pesos de multa. (Ver también arts. 419, 421 y 422)⁵.

b) Código Penal de 1880

En el Código Penal de 1880, se reguló el delito de violación en el artículo 382, el cual disponía:

Artículo 382. La violación de una mujer será castigada con la pena de presidio interior menor en su grado máximo a presidio interior mayor en su grado medio. Se comete violación yaciendo con mujer en alguno de los casos siguientes:

- 1 Cuando se use fuerza o intimidación.*
- 2 Cuando la mujer se halla privada de razón o de sentido, por cualquier causa.*
- 3 Cuando sea menor de doce años cumplidos, aun cuando no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores.*

En relación con la regulación previa, se expande el criterio de “Mujer honesta” a cualquier mujer, definiendo el tipo objetivo como *yacer con fuerza, intimidación o cuando esta se encuentre privada de razón*. No se tipifica la violación de mujer a hombre, sea este menor o mayor de edad.

c) Código Penal de 1924

En el Código Penal de 1924, se introdujo el concepto de acceso carnal que fue lo que por mucho tiempo determinó la caracterización del delito de violación como un delito de propia mano y de los denominados delitos especiales propios (*ver infra*), pues este solo podía ser cometido por hombres y por medio de la introducción del pene (Cfr. Eser y Burkhardt 1995: 75). En el artículo 300, se indica:

Artículo 300. Concepto de violación.

Se califica de violación el acceso carnal habido con persona de uno u otro sexo, cuando ésta no hubiere llegado a la edad de quince años, o cuando se hallare privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier impedimento suficiente, fuere incapaz de resistencia, o cuando para efectuar el concubito se haya usado de fuerza o de intimidación.

La violación en cualquiera de las indicadas formas se tendrá por consumada, desde que haya principio de ejecución.

Desde el punto de vista *victimológico*, es decir, con relación al sujeto pasivo, se abre la posibilidad de que la víctima lo sea de uno u otro sexo. Sin embargo, esto no era así para todos los delitos sexuales, por ejemplo, en el tipo de estupro (ver arts. 302 y 303), se limita el sujeto pasivo a una doncella “[...] *toda mujer honesta de buena fama y soltera, que no hubiere sido madre*”.

d) Código Penal de 1941

En el Código Penal de 1941, el delito de violación fue regulado en el artículo 216, a saber:

Artículo 216.-Comete violación el que tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo, en los siguientes casos:

- 1) *Cuando la víctima fuere menor de doce años.*
- 2) *Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o estuviere incapacitada para resistir.*
- 3) *Cuando se usare de la fuerza o intimidación.*

En el caso del inciso 1), se impondrá a los responsables del delito una pena de diez a veinte años, y en los casos de los incisos 2) y 3), se impondrá una pena de seis a doce años.

Además, cuando se trate del delito de violación contra menores de doce años, no se podrá otorgar a los responsables el beneficio del indulto.

Se emplea una mezcla de las definiciones típicas de los códigos anteriores, manteniendo el tipo objetivo como “*acceso carnal*” y utilizando como elementos modales los descritos en el Código Penal de 1880. Resulta destacable eso sí, el hecho de establecer una pena diferenciada entre los supuestos del inciso 1), más o menos algo así como una especie de violación calificada.

Por otra parte y de igual forma, llama la atención el hecho de que en tales supuestos, se elimina la posibilidad del otorgamiento del indulto.

e) Código Penal de 1970

Por tratarse del Código Penal vigente, debemos considerar que existen dos redacciones destacables del delito de violación. La primera es la redacción del Código Penal de 1970 original y la segunda introducida mediante el artículo 1º de la Ley N.º 8590 del 18 de julio de 2007, la cual es la redacción actualmente vigente de dicho tipo penal. Así tenemos:

e.1) Redacción original

En cuanto al tipo básico:

Artículo 156.- Será reprimido con prisión de cinco a diez años, el que tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo en los siguientes casos:

- 1) *Cuando la víctima fuere menor de doce años;*
- 2) *Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o estuviere incapacitada para resistir;*
- 3) *Cuando se usare de violencia corporal o intimidación.*

Violación calificada:

Artículo 157.- La prisión será de ocho a quince años cuando el autor fuere un ascendiente, descendiente, consanguíneo o hermano o se produjere la muerte de la ofendida.

Violación Agravada:

Artículo 158.- La pena será de seis a doce años cuando con motivo de la violación resultare un grave daño en la salud de la víctima o cuando el delito fuere realizado por el encargado de la educación, guarda o custodia de aquélla o cuando el hecho se cometiere con el concurso de una o más personas, o lo realizaren los ministros religiosos prevaleiéndose de su condición.

e.2) Redacción actual del delito de violación.

Artículo 156.- 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 uno u otro sexo, en los siguientes casos:

- 1) Cuando la víctima sea menor de trece años.
- 2) Cuando se aproveche de la vulnerabilidad de la víctima o esta se encuentre incapacitada para resistir.
- 3) Cuando se use la violencia corporal o intimidación.

La misma pena se impondrá si la acción consiste en introducirle a la víctima uno o varios dedos, objetos o animales, por la vía vaginal o anal, o en obligarla a que se los introduzca ella misma.

Violación calificada:

Artículo 157.- La prisión será de doce a dieciocho años, cuando:

- 1) El autor sea cónyuge de la víctima o una persona ligada a ella en relación análoga de convivencia.
- 2) El autor sea ascendiente, descendiente, hermana o hermano de la víctima, hasta el tercer grado por consanguinidad o afinidad.
- 3) El autor sea tío, tía, sobrina, sobrino, prima o primo de la víctima, hasta el tercer grado por consanguinidad o afinidad.
- 4) El autor sea tutor o el encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima.
- 5) Se produzca un grave daño en la salud de la víctima.
- 6) Se produzca un embarazo.
- 7) La conducta se cometa con el concurso de una o más personas.
- 8) El autor realice la conducta prevaleciéndose de una relación de poder resultante del ejercicio de su cargo, y esta sea realizada por ministros religiosos, guías espirituales, miembros

de la Fuerza Pública o miembros de los Supremos Poderes.

En cuanto a la violación agravada, en la redacción actual la misma se derogó.

3) El tipo penal del delito de violación

Una vez revisada la historia del tipo penal, para los efectos del presente artículo, se impone la necesidad de realizar un análisis del tipo penal. Con respecto a la violación calificada, al ser un tipo penal en blanco, ya que no define la conducta, para efectos de este análisis resulta de interés únicamente la hipótesis prevista en el inciso 6) del artículo 157, la cual regula el supuesto de violación con resultado de embarazo.

3.a) El bien jurídico tutelado

El bien jurídico tutelado es definido por Cobo y Vives (1999: 318-320) como todo valor de la vida humana protegido por el derecho [...] lo que fundamenta “*prima facie*” el castigo [...] y constituye el primer momento justificativo de la injerencia penal en la libertad, de la cual desprenden sus funciones exegéticas, sistemáticas y como garantía de sometimiento del poder punitivo del Estado, respectivamente.

De acuerdo a Zaffaroni (2005:367-368), los bienes jurídicos están tutelados por otras ramas del derecho [...], son bienes jurídicos conforme al derecho constitucional, internacional, civil, administrativo, etc. La ley penal se limita a seleccionar algunas conductas que los lesionan y a tipificarlas [ya que] en modo alguno con ello los protege o tutela.

En relación con el bien jurídico “tutelado”, lo primero que se debe tener presente es que la violación protege la libertad sexual (Cfr. igualmente sentencia 2001-00977 de las nueve horas treinta y cinco minutos del cinco de octubre de dos mil uno). Así la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia lo ha reafirmado:

La violación es un delito que lesiona prioritariamente la libertad sexual, la

autodeterminación sexual, aunque en forma concomitante también la integridad física, moral y la reserva sexual. Sin embargo, el bien jurídico más relevante es precisamente la libertad sexual, como reflejo del principio general de libertad, en el sentido de que se reconoce a la persona el derecho a decidir sobre sus contactos sexuales, sobre con quién, cómo y cuántas veces y en qué forma decide tener encuentros íntimos, en una esfera que sólo ella –y con quien lo desee hacer– tiene derecho a decidir. (Sentencia 935-04 de las quince horas con cincuenta minutos del seis de agosto de dos mil cuatro).

En nuestro derecho, este bien jurídico se encuentra limitado bajo ciertas condiciones.

Una primera interpretación al respecto es que entre personas adultas, siempre y cuando medie el consentimiento, la libertad sexual es absoluta y, al respecto, interesa que, desde el punto de vista constitucional, nos encontremos dentro de las denominadas acciones privadas sin afectación de moral ni buenas costumbres. (Ver en la Constitución Política de Costa Rica, artículos 24: el derecho a la intimidad, y el artículo 28: las acciones privadas quedan fuera del alcance de la ley).

Ahora bien, el Código Penal limita de manera absoluta el bien jurídico “libertad sexual” a toda persona menor de 13 años, ya que en tal supuesto, independientemente de que preste su consentimiento o no, la conducta es delictiva.

En el mismo sentido, le está vedado el ejercicio de tal libertad, a quien se encuentre incapacitado para resistir, esto es, a quien no pueda manifestar libremente su consentimiento válidamente por la razón que sea, física o psicológica.

No obstante, debe tenerse presente que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha indicado:

[...] esta Sala está consciente de que hay ocasiones en las que personas con algunos niveles de discapacidad están en condición de determinar libremente su conducta sexual, por lo que en estos casos el consentimiento que expresen excluirá el carácter delictivo del acto. (Ver sentencias 2000-00128 de las nueve y cuarenta y cinco horas del cuatro de febrero de 2000 y 2000-00568 de las nueve y quince horas del dos de junio de 2000).

3.b) En cuanto a la acción punible

Para Arboleda y Ruíz (s. f.:101), la conducta punible es la infracción de la ley penal, en nuestro derecho actual, el tipo penal admite tres direcciones diferentes de comisión del hecho punible. A diferencia de las anteriores regulaciones del delito de violación, la redacción actual del tipo penal señala como acción punible tanto la conducta pasiva como la activa e, incluso, el tipo penal de violación está conceptualizado como una conducta reflexiva.

Con base en el tipo penal actual, hay delito de violación en el supuesto de que la víctima (de cualquier sexo) lo sea de la acción penal de un tercero de cualquier sexo (sujeto pasivo).

De la misma manera, habrá violación si la víctima es obligada a la realización de la acción penal que le deba ejecutar a un tercero o al mismo agente activo del delito (conducta activa).

Al mismo tiempo, hay violación cuando se compele a la víctima que se realice la acción penal contra sí misma (reflexiva).

En principio –y no es algo que me resulta ajeno– tengo presente que lo dicho hasta este punto es de difícil comprensión; pero espero poder aclararlo a continuación.

3.b.1) Violación como delito especial propio y de propia mano

En primer lugar, es importante distinguir entre los delitos de propia mano y los delitos especiales propios. “Los primeros son aquellos cuyo comportamiento sólo está en condiciones de ejecutar personal y materialmente el propio agente, sin que otra persona en su lugar y para él pueda realizarlo”. (Arboleda y Ruiz, s.f.:172).

Son aquellos delitos en que se requiere una condición especial en el sujeto activo y que, por lo tanto, no pueden ser cometidos por cualquier persona (Cfr. Mendoza, 2002: 152)⁷. Se entienden los segundos como aquellos en los que la conducta descrita solo es punible a título de autor, si esta es realizada por ciertos sujetos, de tal forma que cualquier otro sujeto que la ejecute no puede ser autor ni de este ni de ningún otro delito común que castigue esa misma conducta.

Cuando se trata de un verdadero delito especial (denominado propio), si no concurre la condición descrita, la conducta deviene en atípica, y en el supuesto de los falsos delitos especiales (denominados especiales impropios), la conducta deviene en atípica por ausencia de la condición. Pero existe un delito común que contiene la conducta y resultaría típica por este categoría residual, mas nunca por la especial.

Históricamente (ver historia del delito de violación, *ut infra*), se estructuró el tipo penal sobre una base ontológica, a saber, que se cometía el delito de violación mediante el acceso carnal, es decir, por medio de la introducción del pene en la víctima en contra de su voluntad (o sin que la víctima tuviera disponibilidad del bien jurídico en razón de la edad o incapacidad) y no se especificaba claramente la vía.

Lo anterior suponía que desde el punto de vista activo, el delito de violación era un delito de propia mano, por cuanto la calidad de autor del delito de violación suponía la necesidad de contar con un miembro viril con capacidad de

erección, lo cual era concordante con la posición doctrinaria de Cobo y Vives (1999: 357), dado que este sería el elemento que “por la propia naturaleza del acontecimiento externo descrito por la Ley, restringe su posible realización a un círculo limitado de personas”.

La Sala Tercera ha hecho hincapié en que, debido a la naturaleza del delito de violación, este correspondía a un delito de propia mano, ya que el dominio del hecho “solo puede tenerlo el sujeto que realice personalmente la conducta descrita en el tipo (en la especie, quien ejecuta el acceso carnal)”. (Sentencia 2000-1427 de las diez horas del quince de diciembre de dos mil).

Hoy me parece insostenible esta posición en todos los supuestos del delito de violación, y se limitaría únicamente al caso de autor hombre y mediante la hipótesis del acceso carnal, mas no sería válida para el resto de supuestos del tipo penal.

Dicha característica se encuentra presente en la actualidad en el tipo penal en el párrafo primero del artículo 156, por lo que puede afirmarse que, en relación con el supuesto allí regulado, estamos en presencia de un delito especial propio, pues para su comisión, se debe ser hombre y, además, es un delito de propia mano, porque se debe contar con un pene con capacidad de erección, y dicho pene y no otro debe ser introducido por alguna de las vías indicadas en el tipo penal en contra de la voluntad de la víctima o sin que ella pueda disponer válidamente del bien jurídico libertad sexual.

En resumen, estamos frente al supuesto de que la comisión del hecho punible solo un hombre la puede cometer y por medio de la introducción de su pene por vía oral, anal o vaginal. En consecuencia, tal hipótesis no admite la comisión del delito por parte de una mujer a título de autora, lo puede hacer a título de coautora (artículo 45 del Código Penal), o por medio de la autoría mediata, empleando para tales efectos un instrumento hombre (nunca otra mujer).

Tómese en cuenta, eso sí, que, en tal caso, al admitirse la hipótesis de la conducta pasiva, es decir, al permitirse que el autor del delito lo sea por obligar a la víctima a accederla, esta puede ser un hombre, pero igualmente, no lo puede ser una mujer (por ausencia de pene).

3.b.2) Violación como delito común

Por otra parte, el delito de violación actualmente ha abandonado por completo las dos características *ut supra* indicadas; es decir; como delito especial propio y de propia mano, salvo lo ya apuntado *ut supra*. Al admitirse la posibilidad de que el delito sea cometido por medio de la introducción a la víctima de uno o varios dedos, objetos o animales (esta última hipótesis será analizada *infra*) o, incluso, la hipótesis de la conducta reflexiva, esto es, obligar a la víctima a introducirse a sí misma.

Los delitos comunes son aquellos cuyo sujeto activo es indeterminado, es decir, cualquier individuo está en condiciones de ejecutar la conducta típica, sin que para ello sea indispensable ninguna condición especial referible a su persona, distinta de su calidad de ser humano con aptitud para desarrollar a la que se refiere el respectivo tipo (Cfr. Arboleda y Ruiz, s.f.: 170).

De tal suerte que hoy en día el delito de violación es un delito común, tanto un hombre como una mujer lo puede cometer y por vía anal. Cualquier persona sin importar el sexo puede ser víctima. Evidentemente por vía vaginal, únicamente una mujer puede ser víctima; eso sí, un transexual con una neovagina también lo podría ser, en cuyo caso debería afirmarse su condición de víctima más allá de que se trate de una persona a quien se le ha sometido a una operación de cambio de sexo.

Esto último se conforma a partir de la afirmación de que el bien jurídico "tutelado" por excelencia lo es la libertad sexual; aunque existen bienes jurídicos protegidos de manera accesoria como lo son la integridad física, psicológica, moral, entre otros.

En tal supuesto, se admite el delito de violación a todas las formas de participación (complicidad, instigación y, además, se trata de un delito de participación necesaria). La participación necesaria es:

*[...] la colaboración con carácter de autoría de varios sujetos necesaria para la integración de algunos tipos penales y que no depende de la arbitrariedad de los que actúan. [...] el término resulta de su contraposición a la participación "facultativa" [...]. Con ello se indica que en la llamada "**participación necesaria**" el concurso de varios sujetos es necesario porque es exigido por la ley, mientras que en la "**participación facultativa**", el concurso de varios sujetos no es exigido por la ley, sino que él depende de la voluntad de los participantes. (Castillo, 2010: 558).*

En cuanto a la primera de estas formas de participación mencionadas, según Castillo (2010: 528), la complicidad se trata de:

[...] una contribución causal subordinada al dominio del hecho del autor principal, que no implica, autoría ni instigación. Esta contribución causal hace posible, refuerza, facilita o hace segura la comisión del hecho punible y, mediante ella, el cómplice lesiona o pone en peligro el bien jurídico tutelado por el respectivo tipo penal realizado por el autor.

Por otro lado, el mismo autor indica que la figura de la instigación:

se limita a causar o hacer nacer en el autor, mediante influencia psíquica, la resolución de cometer el hecho punible. El instigador no tiene ni quiere tener el dominio del hecho, que lo tiene el autor." Castillo agrega que esta última característica es de especial importancia porque "diferencia al instigador del coautor o del autor mediato, que sí tienen el dominio del hecho. (Castillo 2010: 498).

Ambas formas de participación son ampliamente posibles considerando el análisis realizado al tipo penal, en el que se descarta que este sea tanto un delito especial propio como uno de propia mano, cuando se contemplan las demás hipótesis del tipo penal.

De igual forma, la hipótesis concursal (concurso ideal) con un autor n, existen tres distintos supuestos que deben ser analizados.

Medio de la introducción anterior, al admitirse la posibilidad e quúnico admite el delito de violación, en el supuesto de introducción simultánea por vía distinta sea de dedos u objetos y/o el acceso carnal o bien el concurso material, cuando esta sea ejecutada por multiplicidad de autores en forma simultánea o alterna por distintas vías.

3.b.3) Formas de comisión

En cuanto a las formas de comisión del delito de violación, existen tres distintos supuestos que deben ser analizados.

3.b.3.1) Acceso carnal por vía oral, anal o vaginal

Se trata de la hipótesis “natural”⁸ del delito de violación. Es decir, el supuesto “natural” del delito consiste en que una persona (de cualquier sexo) sea accedido carnalmente por un victimario (hombre), quien para satisfacer sus más bajos instintos sexuales, ha abusado del cuerpo de la víctima.

Sin embargo, a pesar de que para consumir el delito de violación en este supuesto, se requiere el acceso carnal, es decir, la penetración. La jurisprudencia más reciente de la Sala Tercera ha interpretado extensivamente el tipo penal, aceptando que este se configura cuando se da una suerte de “penetración vulvar”. Lo anterior ha sido expresado por la Sala en los siguientes términos:

[...] la penetración vestibular o vulvar, sí afecta la intimidad de la mujer, infringiendo el tipo penal de violación, admitiéndose de esa manera, la posibilidad de que dicho delito se consume, mediante un acceso carnal parcial (no necesariamente íntegro) y sin ruptura del himen. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 01581 de las nueve horas con dieciséis minutos del diez de diciembre de dos mil quince).

Como desde el punto de vista antropológico, el pene cumple con una función reproductiva introduciéndolo en la cavidad vaginal hasta la eyaculación, parece que más allá de cualquier cuestionamiento que válidamente podría hacerse al respecto y sobre lo que por innecesario omitiré referirme, aparte de la hipótesis de introducción del pene por vía vaginal, las vías oral y anal se presentan como formas sustitutivas de aquella que alguna similitud guardan con ella, de allí surge el empleo del término.

Dentro de esta hipótesis, la denominada felación⁹ está claramente contemplada en caso de introducción del pene en la boca, no así la estimulación bucal exterior, mas no está prevista la hipótesis del *cunnilingus*¹⁰, por lo que la posibilidad de comisión de esta hipótesis delictiva está excluida en caso de que se practique la conducta sobre una mujer, independientemente de quien compele a quien practica el acto sea hombre o mujer.

Lo anterior también ha sido contemplado por la jurisprudencia de la Sala Tercera en los siguientes términos:

De todos modos, volviendo a la declaración que dio la perjudicada y que consta en la sentencia de primera instancia, nótese que la dinámica a la que hace alusión es la propia de un acto de sexo oral con penetración (“[...] me hizo hacerle sexo oral, él me succionó los pechos, me decía que lo mamara [...]”). Ese segmento de la

declaración [...], amerita ser enmarcado en el contexto lingüístico costarricense. En este, como es de conocimiento general, una expresión como la mencionada, aduce no simplemente al acto de lamer el órgano sexual (en cuyo caso la jerga común utiliza el verbo “chupar”), sino a succionar mediante la introducción del pene en la cavidad bucal. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 01432 de las diez horas del trece de noviembre de dos mil quince).

3.b.3.2) *Introducción de dedos u objetos*

El empleo de dedos u objetos con fines sexuales, si bien es cierto, se trata de “formas anormales¹¹” de actos sexuales, está previsto por el legislador como forma de comisión del hecho punible.

Únicamente se contempla la posibilidad de cometer el hecho punible por dos vías: la anal y/o vaginal.

Al respecto resultan válidos los apostillamientos expuestos en relación con la participación y concursos hechos *ut supra*.

La introducción de dedos y/o objetos por vía oral queda fuera de esta hipótesis delictiva, así se trate de una conducta realizada con fines sexuales (efectos psicológicos en la persona victimaria) y/o bien, con objetos diseñados o utilizados con tales fines v. gr. dildos, consoladores, vibradores, entre otros.

Asimismo, respecto a la configuración del delito de violación por la introducción de dedos, la jurisprudencia ha establecido que no es necesario que dicha introducción sea completa o que se causa la ruptura del himen para que el delito sea consumado. Esto ha sido indicado por la Sala Tercera en los siguientes términos:

Lo que tuvo por demostrado el Tribunal [...] como constitutivo del delito de violación calificada, fue que el encartado

introdujo uno de sus dedos en la vagina a la menor [...]. Si bien es cierto el dictamen [...] es claro al señalar que dicha ofendida presenta “himen anular íntegro, no dilatado ni dilatable”, ello no implica que no se haya dado la violación. Esto porque el delito se configura, entre otros supuestos, con la introducción del dedo por vía vaginal. Y esta introducción no tiene por qué ser completa ni tampoco tiene que implicar la ruptura del himen. (Sentencia 000605 de las cuatro horas con cincuenta minutos del treinta y uno de mayo del dos mil siete).

3.b.3.3) *Animales*

El supuesto del empleo de animales con fines sexuales como víctimas pasivas del acto (**bestialismo activo**) no encaja dentro de la hipótesis prevista como violación, por cuanto el tipo penal exige que se “introduzcan” animales por vía vaginal o anal.

Tampoco resulta posible hablar de violación en el caso de que se comete a la víctima del delito a acceder de cualquier manera a un animal, en cuyo caso, se estaría ante una hipótesis de coacción. Esto resulta especialmente difícil de aceptar, cuando debe entenderse dicho acceso como la introducción del pene por cualquier vía en un animal, macho o hembra, lo cual deviene en intrascendente para efectos del delito de violación.

El legislador comete un yerro al enunciar el tipo penal de la forma que lo hace, puesto que es claro que no pudo por necesidad racional, pensar en introducir un animal por ninguna de esas vías, hipótesis ontológicamente posible únicamente tratándose de animales de poco tamaño puesto que de lo contrario resulta prácticamente imposible dada la capacidad física y elástica de la cavidad vaginal y el ano (v. gr. mamíferos pequeños, aves, peces, insectos).

Parece entonces que la hipótesis que el legislador contempló consiste más bien en el empleo de

animales para que accedan por vía vaginal y/o anal a la víctima, en cuyo caso se requiere que se trate de un macho con posibilidad de introducir su miembro por alguna de esas vías. La víctima del delito puede ser de cualquier sexo.

El problema que se presenta en esta hipótesis va más allá del simple análisis objetivo de la conducta, puesto que el animal bajo la perspectiva jurídica “no es equiparable al ser humano”, por lo que no estamos en presencia de la hipótesis prevista en el artículo 45 del Código Penal, ya que no se puede considerar como “otro y otros”, sino más bien, desde el punto de vista jurídico, los animales son equiparables con los objetos y de allí el empleo de animales en caso de la inexistencia del supuesto específico, caería en la hipótesis *ut supra* indicada (la del empleo de objetos).

Lo más complejo de aceptar es el hecho de que el animal, en cuanto tal, estimulado y de manera instintiva, podría verse suficientemente atraído para realizar por sí mismo la acción (téngase presente la hipótesis del ganado mular por ejemplo en donde mamíferos de especies distintas se aparean de forma “natural”, es el caso del burro yegüero que es entrenado para acceder a la yegua y esta lo recibe como pareja).

Con base en lo anterior, se estaría trasladando la responsabilidad penal por el acto cometido por un objeto hacia una persona. Aplicando un razonamiento apagógico, sería algo así como hacer responsable de homicidio a título de dolo “porque el árbol quiso caerse”, al dueño del inmueble en el cual estaba plantado.

Tómese en consideración que estamos en presencia de “*partes de animal*” y no de un animal entero, pues como se indicó, resulta materialmente imposible, así se trataría v. gr. un miembro del animal, una pata de este (perro, gato, conejo, gallina, etc.). Pero estas partes de animales deben estar formando junto con el animal, una unidad viva, por cuanto la amputación y/o el desprendimiento de dichas partes las convierte

de inmediato en objetos y, en tal caso, caerían en tal hipótesis (introducción de objetos) y no en la que estamos analizando.

4) *El concepto de víctima en el delito de violación actual*

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, la víctima del delito de violación puede ser tanto hombre como mujer.

En el caso particular de la mujer, por razones obvias, es la única que puede ser víctima de violación por la vía vaginal. Aunque, *ut supra*, hemos dejado ya claro que en el caso de un transexual, no vemos problema alguno de afirmar la hipótesis de violación si es accedido por su neovagina, como tampoco lo vemos en el supuesto de que un pene trasplantado o construido quirúrgicamente sea introducido por vía oral, anal y/o vaginal, sea que este se encuentre en el cuerpo de un hombre que haya sufrido algún tipo de lesión previa, o bien, en el cuerpo de una mujer biológicamente determinada y que haya sido operada para un cambio de sexo.

Volviendo sobre el tema ya expuesto, podría cuestionarse aquí, si en el supuesto de que una persona biológicamente definida como hombre pero transexual puede ser víctima del delito, y si es posible considerar la neovagina como “vagina” en términos jurídicos.

Al respecto, no veo mayor problema, pues no me cabe la menor duda de que tratándose de una mujer biológicamente determinada y a quien, en virtud de cualquier causa, haya sido necesaria la realización de una cirugía para la construcción de una neovagina, no sea posible afirmar la hipótesis de violación cuando concurren los elementos constitutivos de la infracción.

Por tanto, si se le ha negado *ut supra*, la posibilidad de ser víctima de violación al hombre, en caso de la vía vaginal, lo es por inexistencia de ella. Pero siendo el bien jurídico tutelado la libertad sexual y no la integridad vaginal, no encuentro razón alguna para negarlo en tales supuestos.

5) *Sobre el derecho a la interrupción del embarazo por parte de la víctima*

Tal como se indicó líneas atrás, al inicio de este artículo, la cuestión medular bajo estudio es si debe reconocerse como un derecho de la víctima de violación, la interrupción del embarazo cuando este es producto del delito.

En primera instancia, entiendo “derecho” no como una categoría ontológica en sí misma; es decir, con existencia propia e independiente, tal y como parecen entenderlo sobre todo quienes defienden el discurso de los derechos humanos y que los derivan del principio de dignidad de la persona, es decir, con carácter de inherencia, sino que más bien, concibo el derecho de una manera más simple, esto es, como una necesidad humana que encuentra en el ordenamiento jurídico un correlativo de reconocimiento, más simple, cuando el Estado reconoce al individuo lo que este considera que es una necesidad en el plano subjetivo.

Entendido así el derecho, me parece relativamente simple y hago una profunda pausa aquí e insisto que me parece muy simple considerar la necesidad de una víctima de violación, acerca de si se le reconoce como derecho, la posibilidad de interrumpir el embarazo cuando este ha sido producto del delito.

Explico que me resulta simple considerar necesaria la discusión, pero lo que desde ningún punto de vista resulta simple es si se reconoce como derecho tal cosa, o si se acepta que la vida humana comienza con la unión de los gametos o, por el contrario, con la anidación en la pared de la matriz del óvulo fecundado o la implantación de este cuando median técnicas de fecundación asistida o, si en cambio, se reconoce la vida en un momento posterior.

Las discusiones acerca de si el “producto” tiene derechos en sí mismo son más complejas, en cuyo caso, si el aborto es un acto en su contra y, por

lo tanto, la madre puede “atentar en su contra” y, en tal supuesto, en ¿qué se fundamenta ese “derecho”?

Claro está que, al otro lado de la discusión, encontramos a quienes señalan –no sin razón– que no existe “derecho” a obligar a la madre a soportar un embarazo no deseado.

No menos importante es la discusión de si resulta ética y moralmente aceptable exigirle a la mujer que continúe con el embarazo hasta el final y luego “expropiarle el producto”.

En síntesis, sobre esos y otros aspectos que escapan por mucho los fines de este artículo, se debaten quienes por un lado apoyan el aborto y, por el otro, quienes lo rechazan.

Este artículo busca únicamente poner el dedo en la llaga en relación con un único aspecto, a saber, si el hombre tiene derecho a decidir sobre la interrupción del embarazo no deseado con absoluta independencia del criterio de la madre.

No se trata de un “pseudoderecho” o de una “discriminación más hacia las mujeres”, mucho menos de un acto de machismo, nada de eso, se trata de una realidad en términos jurídicos que NUNCA he visto sobre el foro de discusión y que me parece que es de la más absoluta importancia.

Hemos visto que en Costa Rica una víctima del delito de violación puede ser un hombre, lo puede ser como víctima de otro hombre, pero también como víctima de una mujer, puesto que el delito admite distintas formas de comisión y distintas vías, de tal suerte que al respecto estamos frente a un delito común.

En cambio, la hipótesis contemplada en el artículo 157, inciso 6) del Código Penal es conceptualizada como supuesto en que la víctima del delito es una mujer, pues por razones biológicas, es la única en la especie humana que puede concebir, al menos en el estado actual de la evolución y el desarrollo de la ciencia.

Lo que en definitiva el legislador no ha previsto y que han soslayado por completo quienes discuten acerca del “derecho a la interrupción del embarazo” en caso de violación es la hipótesis de que la víctima del delito es un hombre y que la autora del delito es la mujer, sea como autora directa del delito o que actúe como una tercera con dominio funcional del hecho o como *interposita persona*.

Efectivamente, la mujer puede ser autora del delito de violación y, al mismo tiempo, podría quedar embarazada. Piénsese en supuestos de relaciones sexuales con personas quienes en razón de la edad no disponen del bien jurídico libertad sexual. Existe también la hipótesis del incapaz mental que por lo tanto no puede consentir en el acto sexual y es víctima de violación.

Adicionalmente está el caso del hombre que es compelido a tener relaciones sexuales con la victimaria o con otra mujer, y de tal relación se produce un embarazo.

En todos esos casos, estamos frente a distintos supuestos:

5.a) Caso de la *persona* menor de 13 años o el o la incapaz

En tales supuestos, el derecho de interrupción del embarazo estaría acordado a favor, ya no de la víctima del delito, sino de sus representantes legales, pues precisamente la persona menor de 13 años no tiene capacidad jurídica (en nuestro derecho no se adquiere hasta los 18 años) y el o la incapaz por razones obvias tampoco, así que se estaría reconociendo el derecho a un tercero, sobre la suerte de la vida de otro tercero (producto), por encima de sus progenitores (padre y madre).

5.b) Caso de la víctima del delito

En este supuesto, resulta un poco “más aceptable” –si es que cabe el término–, ya que quien decidiría acerca de la suerte del “producto” es uno de sus progenitores, quienes por ley y en el ejercicio de

la patria potestad, de por sí deciden por los y las menores (aunque desde luego no resulta aplicable al derecho a la vida del producto), y que dada la existencia del artículo 21 de la Constitución Política, necesariamente debemos aceptar que no es viable jurídicamente reconocer el derecho a abortar en nuestro derecho y, mucho menos, decidir por la madre, obligándola a soportar un aborto que ella no desea.

6) Conclusiones

Una vez analizados los elementos del tipo de violación y los distintos supuestos, es posible arribar a las siguientes conclusiones:

- a) En Costa Rica no existe un derecho al aborto. Constitucionalmente existe una protección absoluta del derecho a la vida, y su inviolabilidad implica que, para hablar de aborto, se requiera de un cambio de la Carta Magna.
- b) Cuando se habla del derecho de la víctima de la violación a la interrupción del embarazo, suele invisibilizarse el hecho de que si bien es cierto los hombres no pueden embarazarse, no necesariamente, en caso de violación, quien se embaraza es siempre la víctima.
- c) Cuando quien se embaraza es la autora del delito, la situación de otorgar el derecho de abortar a la víctima supone que, en relación con un derecho al aborto, de este último serían afectados tanto la autora del delito y el “producto”.
- d) Los movimientos feministas que propugnan el derecho a la interrupción del embarazo en caso de violación ignoran por completo la situación de la mujer que, siendo autora del delito de violación, podría verse compelida a la interrupción del proceso de gestación por disposición de los padres de la víctima, del curador del incapaz o, incluso, del progenitor del producto, quien no desea la paternidad por ser víctima del delito.

- e) Reconocer el derecho a decidir sobre la continuación del embarazo en caso de violación, no necesariamente es una situación que reconozca y mejore la situación de la mujer en cuanto a la autodeterminación; más bien, crea una situación jurídica de riesgo, expropiando a la mujer la decisión en torno al embarazo y abre la posibilidad de realizar imposiciones sobre la maternidad en proceso, las cuales podrían resultar odiosas e inaceptables.
- f) Faltan análisis y estudio sobre los supuestos aquí analizados, los cuales hacen que la toma de posición al respecto resulte en este momento prematura, dado el estado actual de la discusión.

7) REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arboleda, M; Ruiz, J. (s.f.) *Manual de derecho penal*. (4ta edición). Colombia, Bogotá: Editorial Leyer.

Borja, E. (2001). *Ensayos de derecho penal y política criminal*. Costa Rica, San José: Editorial Jurídica Continental.

Castillo, G. F. (2010). (Vol. 3). *Derecho penal: Parte general*. Costa Rica, San José: Editorial Jurídica Continental.

Cerezo M., J. (2003). *Curso de derecho penal español*. Tres tomos. España, Madrid: Editorial Tecnos.

Chirino, A., González, L., Tiffer, C. Compiladores. (2007). *Humanismo y derecho penal. Al profesor Henry Issa El Khoury Jacob. In memoriam*. Costa Rica, San José: Editorial Jurídica Continental.

Cobo, R. M., y Vives, A., T. S. (1999). *Derecho penal: parte general*. España, Valencia: Tirant lo Blanch.

Eser, A., Burkhardt, B. (1995). *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*. España, Madrid: Editorial COLEX.

Forero, A., Rivera, I., Silveira, H. C. Editores. (2012). *Filosofía del mal y memoria*. España, Barcelona: Anthropos.

García-Borés Espí, J. *Castigar: La única ocurrencia* en Rivera, I., Silveira H. C., Bodelón, E., Recasens, A. Coordinadores. (2006). *Contornos y pliegues del derecho. Homenaje a Roberto Bergalli*. España, Barcelona: Anthropos. pp. 203-209.

Jensen G. D. (2012). *Código Penal. Comentado y con jurisprudencia*. Costa Rica, San José: Editorial ISOLMA.

León M., V. (2001). *Derecho penal general*. 4ª ed. Colombia, Cartagena: Editorial Leyer.

Llobet R., J. (2002). *La teoría del delito en la dogmática penal costarricense*. Costa Rica, San José: Editorial Jurídica Continental.

Llobet R., J. (2007). *Justicia penal y Estado de derecho. Homenaje a Francisco Castillo González*. Costa Rica, San José: Editorial Jurídica Continental.

Salas M., E. (2010). *La acción en el derecho penal: crítica de un dogma y sus vicios argumentativos* en Llobet R., J y Durán Ch., D. Compiladores. *Política criminal en el Estado social de derecho. Homenaje a Enrique Castillo Barrantes*. Costa Rica, San José: Editorial Jurídica Continental.

Mendoza, V. L. (2002). *Derecho penal general*. 4ª ed., Colombia, Bogotá: Editorial Leyer.

Montenegro R., W. (2011). *Código Penal*. Dos tomos. Costa Rica, San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Muñoz C, F., García A. M. (2012). *Derecho penal. Parte general*. 5ª ed. España, Valencia: Tirant lo Blanch.

Reyes Mate Rupérez, M. (2012). *Teoría crítica: La "Escuela de Frankfurt"*. Walter Benjamin: Tesis sobre el concepto de historia en Forero, A., Rivera, I., Silveira, H. C. Editores, *Filosofía del mal*

y memoria. España, Barcelona: Anthropos, pp. 61-98.

Rivera, I., Silveira H. C., Bodelón, E., Recasens, A. Coordinadores. (2006). *Contornos y pliegues del derecho. Homenaje a Roberto Bergalli*. España, Barcelona: Anthropos.

Roxin, C., Arzt, G., Tiedemann, K. (1999). *Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal*. España, Barcelona: Editorial Ariel S. A.

Salas, M. E. (2012). *Los rostros de la justicia penal*. Costa Rica, San José: Editorial Isolma.

Salazar, A. (2012). *Cinco problemas por resolver. Un análisis comparado de derecho penal costarricense-español*. Costa Rica, San José: Editorial ISOLMA.

Salazar, A. Compilador. (2013). *Las garantías en la ejecución de la pena en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en derecho penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Principios fundamentales del derecho penal reconocidos por la Corte IDH*. Costa Rica, San José: Editorial ISOLMA, pp. 157-195.

Torrente, D. (2001). *Desviación y delito*. España, Madrid: Alianza Editorial.

Zaffaroni, E. (2005). *Manual de derecho penal. Parte general*. (1ra. edición). Argentina, Buenos Aires: Editorial Ediar.

Velázquez V., F. *El funcionalismo jakobsiano: Una perspectiva latinoamericana*. En Chirino, A., González, L., Tiffer, C. Compiladores. (2007). *Humanismo y derecho penal. Al profesor Henry Issa El Khoury Jacob. In memoriam*. Costa Rica, San José: Editorial Jurídica Continental, pp. 159-189.

Jurisprudencia

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia

Sentencia 01581 de las nueve horas con dieciséis minutos del diez de diciembre de dos mil quince.

Sentencia 01432 de las diez horas del trece de noviembre de dos mil quince.

Sentencia 935-04 de las quince horas con cincuenta minutos del seis de agosto de dos mil cuatro.

Sentencia 2000-1427 de las diez horas del quince de diciembre de dos mil.

Sentencia 000605 de las cuatro horas con cincuenta minutos del treinta y uno de mayo de dos mil siete.

Sentencia 2001-00977 de las nueve horas treinta y cinco minutos del cinco de octubre de dos mil uno.

Sentencia 2000-00128 de las nueve y cuarenta y cinco horas del cuatro de febrero de 2000.

Sentencia 2000-00568 de las nueve y quince horas del dos de junio de 2000.

Notas al pie

- 1 Profesor Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal. Universidad de Costa Rica. Bachiller, Licenciado en Derecho y Especialista en Derecho Penal por la Universidad de Costa Rica. LL. M. en Derecho Penal y Civil por la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, República Federal de Alemania. Máster en Sociología Jurídico-penal por la Universidad de Barcelona Especialista en Ejecución Penal por la Universidad de Barcelona
- 2 En la elaboración de este artículo, mis asistentes científicos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica han tenido una participación importante: en relación con la recopilación y análisis de la jurisprudencia, Milagro Valverde Jiménez; con respecto a los antecedentes históricos del delito de violación, Paolo Cirotti García. Ambos han contribuido de manera significativa en cuanto a la recopilación e inserción de referencias bibliográficas. Al mismo tiempo, la máster Elizabeth Guerrero Barrantes colaboró en relación con la revisión final y la revisión de estilo
- 3 Cfr. Reyes Mate Rupérez, M. (2012: 69), quien así lo cita al explicar el concepto de Weber en torno al “politeísmo de los valores” y lo presenta como la prueba de la máxima irracionalidad de la Ilustración.
- 4 Para ampliar sobre este punto, puede consultarse a Salazar, A. (2013: 158).
- 5 Artículo 419. El que usare deshonestamente de niña que no haya cumplido la edad de doce años, sufrirá la pena de uno a cuatro años de presidio, o multa de dos a ochocientos pesos, sin perjuicio de la pena que mereciere por el daño causado. El que usare deshonestamente de una mujer mayor de doce años, y menor de diez y siete, será castigado con uno a dos años de reclusión, o multa de uno a doscientos pesos. Artículo 421. Las disposiciones de los artículos anteriores, comprenden también a las mujeres, relativamente al uso o abuso que hagan de los hombres, mayores o menores de la pubertad.

Artículo 422. El que usare deshonestamente de niño o varón, o de niña o mujer por modos contrarios a la generación, o por vasos extraños, sufrirá la pena de cuatro a ocho años de presidio.
- 6 Por razones metodológicas, se evidencia la necesidad de destacar del tipo penal únicamente aquellos aspectos que interesan y no un estudio completo de todas sus variables, pues no debe perderse de vista que el interés de esta investigación se centra en un único aspecto del delito y es el relacionado con el “derecho de la víctima del delito de violación” a interrumpir el embarazo, con especial referencia al supuesto en que dicha víctima sea un hombre.
- 7 Debe distinguirse, eso sí, entre los denominados delitos especiales propios y los delitos especiales impropios. En los segundos, básicamente la diferencia con respecto a los primeros radica en que en ausencia de la característica constitutiva de la infracción que lo hace especial, existe un correlativo de delito sin ella, de manera tal que la tipicidad residual de la conducta se mantiene, algo que no sucede con los primeros. La noción resulta más potable, si en lugar de la forma lingüística propio/impropio, se emplea, la forma castellana verdadero/falso. Al respecto puede ampliarse sobre el tema en Salazar, 2012: 34-37.
- 8 Pido aquí a la persona lectora una licencia literaria para utilizar el término como definición de tipo “estipulativa” únicamente para efectos explicativos. De ninguna forma, pretendo considerar una acción de tan baja ralea como “natural”, mucho menos normal y nada está más lejos de mi manera de pensar que una apología de esta.
- 9 Del lat. mod. *fellatio*, der. de *fellāre* ‘mamar’. Estimulación bucal del pene, según el *Diccionario de la Real Academia Española*.
- 10 Del lat. *cunnilingus* ‘que lame la vulva’. Práctica sexual consistente en aplicar la boca a la vulva. *Diccionario de la Real Academia Española*.

- 11 De nuevo aquí pido que se me permita el empleo del término como licencia literaria y como definición de tipo “estipulativo” para fines única y exclusivamente explicativos. Tal y como ya indiqué, porque se trata de prácticas sexuales antinaturales pero comunes y frecuentes entre parejas de cualquier sexo y, por tal motivo, hablar de “formas anormales” podría herir toda suerte de susceptibilidades, lo cual no me es extraño porque no encuentro una mejor manera de presentarlo a la persona lectora.