

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: ESTUDIO ACERCA DE LOS DELITOS COMPRENDIDOS EN LA LEY N° 8590**

**RESUMEN:** El presente informe recaba las posiciones de distintos autores en cuanto a los delitos que se encuentran comprendidos en la Ley 8590, desarrollándose de esta manera en cada extracto incorporado el concepto, naturaleza y bien jurídico tutelado de cada tipo consignado en la mencionada ley. En la normativa se consigna la ley en estudio y en el apartado de jurisprudencia se analiza cada tipo a la luz de casos específicos.

## Índice de contenido

1DOCTRINA.....	2
a) Delito de rufianería.....	2
b) Abuso deshonesto.....	3
c) Trata de mujeres y de menores.....	4
Estímulo a la prostitución de menores.....	5
d) Delitos sexuales o delitos contra la honestidad.....	6
Violación.....	6
El estupro.....	7
Abuso deshonesto.....	7
e) La corrupción.....	8
Proxenetismo.....	8
Fabricación o producción de pornografía.....	9
Difusión de pornografía.....	9
f) Consideraciones sobre la ley contra la explotación de personas menores de edad.....	10
Delito de Relaciones Sexuales con Personas Menores de Edad. .	11
Delito de Relaciones Sexuales Remuneradas con Personas Menores de Edad.....	11
Delito de Proxenetismo Agravado.....	12
Delito de Rufianería.....	12
Delito de Trata de Personas.....	13
2NORMATIVA.....	13
a) Ley N° 8590.....	13
3JURISPRUDENCIA.....	23
a) Bien Jurídico tutelado en la Violación.....	23
b) Valoración del injusto y ponderación del bien jurídico para efectos de fijar la sanción en delito de abuso sexual en caso de	

abuso sexual en contra de menor de edad.....	28
c) Bien jurídico tutelado corresponde al "normal desarrollo de la sexualidad".....	30
d) Facilitación de medios y oportunidades para ejercer prostitución .....	38
e) Análisis del tipo de la fabricación o producción y definición de pornografía infantil .....	39

## 1 DOCTRINA

### a) *Delito de rufianería*

[GUTIÉRREZ VILLALOBOS]<sup>1</sup>

"El rufián ha de hacerse mantener explotando las ganancias provenientes de la actividad de la persona prostituida. En cuanto a explotar, este término, supone obtener utilidad, lucrar con algo, idea que, en general aparece comprendida en el hecho de mantenerse. La ley ha querido precisar que el autor debe explotar las ganancias que provienen del ejercicio de la prostitución, como un comercio del que obtiene entradas con las que se mantiene o le sirven de ayuda para mantenerse. Es totalmente indiferente que perciba todo o parte de lo que la persona prostituida cobra por su entrega y que lo haga en forma directa o valiéndose de un tercero. La fórmula legal debe ser interpretada requiriendo ambas circunstancias: que el autor se haga mantener y que para ello explote las ganancias.

El rufián no promueve ni facilita la prostitución; solamente disfruta del ejercicio de la misma. En caso de que el autor lo fuere también el delito de facilitación de la prostitución, ambos delitos concurrirían materialmente, puesto que se configuran con hechos física y jurídicamente distintos.<sup>90</sup>

Los medios de que el autor se vale para cometer el delito, carecen de significado legal. Ni la violencia, ni las amenazas pertenecen al tipo de este delito, sin perjuicio de que puedan constituir otro que concorra con él. La expresión hacerse mantener debe ser entendida con el mismo sentido que se da a "hacerse respetar", "hacerse querer" y otras semejantes. Estas palabras de hacerse mantener, son claras; tanto en el lenguaje corriente como en el

legal; quiere decir hacerse proveer de lo necesario para satisfacer las propias necesidades: alimentación, vestido, vivienda etc. En resumen, basta que subvencione parte de sus necesidades con esas ganancias, sin importar si se trata de la satisfacción de necesidades propias principales o secundarias.

El artículo no tiene agravantes, ni por razón del medio, ni por otras circunstancias. El consentimiento carece de eficacia para tornar el hecho atípico y ha de concurrir en la mayoría de los casos.

La ley no señala características particulares para el sujeto activo de este delito, que puede ser cualquiera, el rufián o la rufián. El sujeto pasivo puede ser, también, de uno u otro sexo, la disposición no distingue. Debe tratarse de una persona que esté ejerciendo la prostitución, entendida como entrega promiscua, habitual y por precio. Muy claramente lo indica la figura, por una persona que ejerce la prostitución."

#### **b) Abuso deshonesto**

[GUTIÉRREZ VILLALOBOS]<sup>2</sup>

"De acuerdo con sus antecedentes, el abuso deshonesto es contemplado por primera vez en la Argentina, por el Proyecto de 1891 (Art. 152), que lo situaba en el capítulo I del título de los delitos contra la honestidad, a continuación de las figuras de la violación y del estupro, y antes del capítulo destinado a la corrupción de menores. El hecho consistía en abusar deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo alguna de las circunstancias del artículo 146 (violación), sin que haya cópula. Se dan como fuentes el artículo 333 del Código italiano, el 366 del chileno y los artículos 372 y 373 del Código belga. En la exposición de motivos se dice: esos atentados no entran ni en las violaciones, ni en los estupros. Sin embargo, constituyen ataques importantes a la honestidad que reprueba y reprime buen número de códigos extranjeros.<sup>79</sup>

En este tipo de delito se contemplan los tocamientos libidinosos, ejecutados en cualquier persona sin distinción de edad, o sexo, siempre y cuando no exista el consentimiento del sujeto pasivo, cuando la persona fuese impúber o bien no sabe de la trascendencia de sus actos, se estaría cometiendo el mismo ilícito. Es lógico,

pensar que cuando un niño de escasa edad, da su consentimiento para que se le acaricie, lo hace sin pensar en la malicia del sujeto activo, sobre todo si el agresor es un miembro de la familia o un conocido. Asimismo, las personas que se encuentran afectadas de sus facultades mentales.

El delito de abusos deshonestos es de acción pública a instancia privada, salvo cuando concurren las circunstancias de los artículos 157 ó 158 del Código Penal, (Art. 81 bis inciso b). Se trata de un delito de "propia mano", por requerir el comportamiento corporal del autor. No se requiere el acceso carnal para la consumación del hecho punible, no se trata de la realización del coito, sino de otros comportamientos provistos de significación sexual diversos del acceso carnal, (actos libidinosos).

En cuanto a los sujetos pasivos y activos, el activo puede ser cualquier persona física, hombre o mujer. Sujeto pasivo puede ser, también, cualquiera. Esta es la opinión dominante, y con respecto al sujeto pasivo, la ley se refiere expresamente a persona de uno u otro sexo."

### ***c) Trata de mujeres y de menores***

[BARRERA DOMINGUEZ]<sup>3</sup>

"Señala el artículo 311: "Trata de mujeres y de menores: El que promoviere o facilitare la entrada o salida del país de mujer o menor de edad de uno u otro sexo, para que ejerzan la prostitución, incurrirá en prisión de dos a seis años y multa de diez mil a cien mil pesos".

No se trata de inducir, ni de constreñir, sino de promover o facilitar la trata de mujeres o de menores.

No se requiere ánimo de lucro en el agente, ni propósito de que otro satisfaga "deseos" libidinosos. Pero debe buscar que la víctima salga del país o entre en el país para ejercer la prostitución.

Tampoco se requiere que el sujeto pasivo sea persona honesta pero sí que se trate de varón "menor de edad", esto es, que no haya llegado a los dieciocho años, o de mujer, cualquiera que fuese su edad. En este último punto, es redundante la redacción del

precepto, pues al ocuparse del sujeto pasivo, dice que debe tratarse de "mujer, o menor de edad de uno u otro sexo", pues en todo caso, la mujer sea cual fuere su edad, está comprendida en la tutela penal. Y también resulta defectuosa la redacción del precepto, cuando alude a "la entrada o salida del país, pues es incorrecto decir "entrada del país".

Ahora bien: promover, es "iniciar o adelantar una cosa, procurando su logro", y "facilitar", consiste en hacer fácil o posible la ejecución de una cosa o la consecución de un fin; proporcionar o entregar, suministrar, proveer, prestar, posibilitar, simplificar".

Señala el profesor ANTONIO VICENTE ARENAS, que "la anterior disposición no figura en el Código Penal de 1936, ni en la ponencia del doctor MARTÍNEZ ZUÑIGA, ni en el anteproyecto de 1974, ni en el de 1976. Debió ser patrocinada por la Comisión que asesoró al Presidente de la República en el ejercicio de las facultades extraordinarias; es una suposición, pues hasta hoy (diciembre 2 de 1981, fecha de edición de su libro) las actas no han sido publicadas" . Esta Comisión estuvo compuesta, entre otros, por FEDERICO ESTRADA VELEZ y LUIS CARLOS GIRALDO MARÍN.

### **Estímulo a la prostitución de menores.**

Dispone el artículo 312 que quien "destine casa o establecimiento para la práctica de actos sexuales en que participen menores de catorce años, incurrirá en prisión de seis meses a cuatro años.

Mejor se tiene aquí una complicidad del agente en los delitos de que se ocupan los artículos 303 y 305 (acceso carnal o actos libidinosos distintos de la intromisión viril, con menores de catorce años de edad), que de un evento de proxenetismo, pues obviamente se requiere la realización de cualquier acto sexual con estos menores. Y, conforme al artículo 24 del Código, la conducta discreta en el artículo 312, es una forma de participación en aquellos ilícitos punibles, por complicidad. No cabe duda alguna de que el delincuente, en este caso, "contribuye a la realización del hecho punible".

Pero en esta ocurrencia de preceptos (artículos 303 y 305, en concordancia con el 24) y el artículo 312, debe estarse a la específica forma de complicidad que trae este capítulo del proxenetismo, por resultar más intensa la tutela del menor de catorce años que consagra el artículo 312, pues con la disminución máxima de la mitad, indicada para el cómplice, en ninguno de los

dos ilícitos de que se ocupan los mencionados artículos 303 y 305, se llega a la máxima represión de cuatro años de prisión señalada en el artículo 312.”

**d) Delitos sexuales o delitos contra la honestidad.**

[MUÑOZ ELIZONDO]<sup>4</sup>

“El Título Tercero del Libro Segundo de nuestro Código Penal se refiere a los delitos sexuales, a los cuales también se llama delitos contra la honestidad o delitos contra la libertad sexual.

Los artículos 156 a 175 ibídem, se refieren a las diferentes conductas que son violatorias de éste BIEN JURÍDICO TUTELADO.

Dentro de éstas delincuencias podemos mencionar como las más importantes: LA VIOLACIÓN, EL ESTUPRO y EL ABUSO DESHONESTO.

**Violación.**

Esta delincuencia ésta tipificada en el artículo 156 del Código Penal. En tres diferentes incisos, el artículo 156 establece las tres conductas que comprende ésta norma.

Esos tres supuestos, en los que de existir acceso carnal, se perfeccionaría la violación son: 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 la violencia corporal o intimidación.

Respecto de los tipos descriptos, entiéndase acceso carnal como penetración sexual. Se produce, pues, cuando el órgano genital masculino entra en el cuerpo, ya sea por vía normal o anormal.

Los actos de molición, los torpes desahogos, mientras no importen unión sexual, conjunción, penetración normal o anormal, están descartados como actos de "acceso carnal".

La violencia a que se refiere el inciso tercero del artículo 156 ibídem es entendida no solamente como fuerza física, sino también como aquella que es producto de la coacción o de la violencia moral. Comete violación tanto el que materialmente, por empleo de

su fuerza logra vencer la resistencia, como el que logra, por la amenaza de un mal grave, el consentimiento.

Ambos medios deben ser empleados para vencer la resistencia. No debe confundirse la verdadera violencia -que generalmente dejará en las ropas y en el cuerpo de la víctima otras señas que las del acto sexual mismo- con la discreta energía con la que el varón vence el pudor de la doncella que, en realidad, desea y consiente.

Esa fuerza o intimidación debe orientarse directamente en el sentido de vencer una resistencia seria y constante de la víctima, mientras ésta se halle en situación de resistir.

Sobre la víctima privada de razón, debemos decir, que se trata aquí de la falta total de comprensión de las relaciones y significado de los hechos. Privada de razón estará la víctima en caso de inconsciencia (ebriedad y sueño).

La imposibilidad de resistir por enfermedad o por cualquier otra causa, es diferente de la situación del que padece "falta de razón". Ese impedimento puede provenir de enfermedad (parálisis) o de cualquier otra causa, expresión genérica que hace inoficioso todo análisis distintivo. En consecuencia, basta que la víctima se halle privada del poder de resistir el acto (estar atada por la acción de otro).

### **El estupro.**

Se da ésta situación, cuando la víctima tiene más de doce años y menos de quince, y se trata de una mujer "honesta" que consiente en la realización del acto sexual. Dice el artículo 159: "Se impondrá prisión de uno a cuatro años, al que tuviere acceso carnal con mujer honesta aun con su consentimiento, mayor de doce años y menor de quince".

El delito de estupro se consuma por el acceso carnal, no es necesario que se produzca la desfloración de la víctima y no basta el coito intra femora.

Es posible la tentativa en éste tipo penal sin embargo, no se deben confundir con principios de ejecución los actos de enamoramiento, conversación, etc., porque el sentido de estos es totalmente equívoco, con relación al hecho que constituye estupro, es decir, el acceso carnal.

**Abuso deshonesto.**

Establece nuestro Código Penal, en su artículo 161, éste tipo penal de la siguiente manera: "El que sin tener acceso carnal abusare deshonestamente de una persona de uno u otro sexo, concurriendo alguna de las circunstancias del artículo 156 ibíden".

Esta infracción es típicamente protectora del bien jurídico de la libertad sexual y de la honestidad, en el concepto más genuino de esa palabra: se refiere no ya directamente al acto sexual en sí, sino a otros actos de naturaleza sexual distintos del acceso carnal mismo, e incluso el pudor.

Estos actos deben consistir, desde el punto de vista material en acciones corporales de aproximación o tocamiento inverecundo (sin vergüenza) realizados sobre el cuerpo de otra persona, pues los actos deshonestos realizados sobre la propia persona en presencia de otro, pero sin que haya aproximación, podrán constituir exhibicionismo o eventualmente el de corrupción; pero no el de abusos deshonestos.

El abuso debe ser objetivamente deshonesto, es decir, ha de consistir en un acto que pueda llevar significación sexual."

**e) La corrupción**

[CAMACHO CUBILLO]<sup>5</sup>

"Cuando la corrupción es contra los menores, se considera que es un delito atribuido tanto a quién la mida, como a quién lo mantiene o agrava la existente. Entonces, se corrompe al menor con sólo ejecutar actos eróticos sexuales –sin necesidad de llegar al acceso carnal – realizarlos en su presencia o para otros. Sobre éste punto – ejecutar actos eróticos sexuales– el legislador no indica o explica si esa ejecución de actos se refiere a tener acceso carnal, o basta con solo el ánimo de corromper para que la figura se tipifique. De manera que el artículo 167 del Código Penal, aunque ahora señala un concepto sobre corrupción, el texto de la norma no aclara lo antes mencionado.



### **Proxenetismo**

Este delito se encuentra tipificado en los artículos 169 y 170 del mismo cuerpo normativo.

Aunque con la anterior disposición debía existir ánimo de lucro, ahora la figura del

proxenetismo no indica si éste es necesaria para que se configure el delito. Lo que si está claro es la prohibición de prostituir menores de edad, y de mantenerlos en servidumbre sexual –como lo señala el artículo 169– es decir, obligar a una persona a prestar servicios sexuales a otea, aunque no haya remuneración o por considerarlos como parte, de otros servicios remunerados al estar en una relación laboral con el sujeto activo de la conducta.

Lo anterior crea incertidumbre del por qué el legislador optó por eliminar el ánimo de lucro dentro del proxenetismo, si los artículos se refieren a promover la prostitución o a mantenerla en ella. El proxeneta es una persona –en su mayoría– que subsiste económicamente por medio de otra, y si es un menor de edad su víctima, se beneficiará de éste al reelutarlo en la prostitución, recibiendo a cambio una remuneración que no necesariamente tiene que ser dinero, pero es la preferida por éste tipo de delinquentes. Aún cuando el ánimo de lucro se eliminó del artículo 169, el legislador mantuvo la obligación de establecer un tipo penal acorde con las conductas que caracterizan los grupos, organizaciones, y personas que se dedican a esas actividades.

### **Fabricación o producción de pornografía**

Para el Código Penal Costarricense de 1994, éste delito no existía, no fue sino hasta la reforma del Tirulo HÍ que se introduce el mismo a la legislación penal<sup>4</sup> El material pornográfico cuando utiliza menores de edad, va acompañado del ánimo de lucro, ya que .muchas de las fotografías que se producen van dirigidas a satisfacer la curiosidad de otras personas –para lograr dicho cometido harán todo Jo que sea necesario para obtener el fin deseado, la fabricación o producción de pornografía infantil, sin importar la integridad física del menor, realizarán todo lo posible para gozar de riquezas, aunque éstas sean 'legales –. El Estado tiene la obligación de tutelar la imagen del niño (a), por encuna de cualquier otro interés o derecho de las personas adultas.\* Esta norma se encuentra contemplada en el

artículo 173.

### **Difusión de pornografía**

Se encuentra tipificado en el artículo 174 del Código Penal. Este delito también es nuevo. Para que el delito se cometa, es necesario que una persona se encargue de comerciar o exhibir el material pornográfico, como el que se exhibe en páginas de internet, revistas o fotografías.

En cuanto al uso de internet, los distintos profesionales entrevistados que opinaron sobre el tema, dijeron que es muy difícil obtener pruebas contra esas personas que difunden este tipo de material, esto debido a la forma como se expande información de un usuario a otro por medio de correo electrónico, siendo el mayor problema del investigador conocer quién distribuye dicho material. Además, otro problema que se une a éste último, es la facilidad de acceso a internet donde niños (as) con cierto conocimiento del uso de la computadora pueden acceder a las páginas de internet que difunden material pornográfico, de esa forma se atentaría contra la salud mental de los, menores de edad.

Las anteriores descripciones de conductas, sirven para citar de manera breve los artículos del Código Penal Costarricense referidos a la tipificación de los delitos sexuales, los cuales se relacionan con otros artículos de otras leyes que serán analizadas, más adelante. Es trabajo de la autora, introducir un capítulo que contenga descripciones como las mencionadas anteriormente, sin pretender separarse del tema original de la tesis –problemática en la investigación–. En cuanto a la introducción de este capítulo dentro de este trabajo de tesis, se realizó sólo para que los lectores conozcan los delitos sexuales contemplados dentro del Código Penal Costarricense referidos al tema de investigación. Lo cual servirá, en un inicio, como un punto de partida, para ir conociendo como se investigan estos delitos, junto con su sistema de investigación y los problemas que enfrentan los profesionales encargados de la investigación del delito sexual.”

**f) Consideraciones sobre la ley contra la explotación de personas menores de edad**

[MORERA BLANCO]<sup>6</sup>

**Delito de Relaciones Sexuales con Personas Menores de Edad**

"Es cuando la persona adulta aprovecha la edad de una persona mayor de doce pero menor de quince, para tener relaciones sexuales, introduciéndole el pene en la boca, en la vagina o en el ano, también siendo delito hacer le ejecute estos actos, aún si la víctima está de acuerdo en tener relaciones sexuales.

Será castigado también con la misma pena si se le introducen a la víctima uno o varios dedos u objetos en la vagina o en el ano.

Si la víctima es mayor de doce años pero menor de dieciocho, y la persona que se aprovecha de ella tiene el mismo vínculo consanguíneo que en el anterior delito, o es la persona encargada de la crianza del menor o la menor, se aumenta la pena debido al agravante de que exista un vínculo consanguíneo y afectivo.

La pena de este delito es de dos a seis años y con el agravante es de cuatro a diez años.

**Delito de Relaciones Sexuales Remuneradas con Personas Menores de Edad**

Este es un delito nuevo, que actualiza nuestra legislación ya que castiga al cliente explotador que paga o promete pagar a personas menores de edad para realizar actos sexuales o eróticos con ellas, pudiendo ser tocamientos, penetración, sexo oral, caricias, besos, exhibición de genitales, entre otros.

Con este delito, queda definitivamente en claro la ilegalidad de la mal llamada prostitución infantil, y a partir de la ley se sanciona con pena de prisión a la persona que pague a otra, menor de dieciocho años de edad, para que mantenga relaciones con ella.

La pena de prisión establecida para los clientes explotadores es de :

- Cuatro a Diez años, si la víctima es menor de doce años,
- Tres a ocho años, si la víctima es mayor de doce años pero menor de quince,
- Dos a seis años si la víctima es mayor de quince años pero menor de dieciocho.

#### Delito de Proxenetismo

En nuestro país no es ilegal la prostitución de las personas adultas, o sea las relaciones sexuales remuneradas de hombres y mujeres mayores de dieciocho años, siendo delito entonces:

- Inducirlas a ejercerla, motivarlas o alentarlas para que se realice la actividad.
- Hacer que se mantengan ejerciéndola, reteniendo o destruyendo el pasaporte u otro documento de identificación para limitar su libertad de movilización, dentro y fuera del país,
- Reunirlas para que ejerzan la prostitución.

Siendo entonces lo que se castiga la conducta de propiciar el ejercicio de la prostitución de otras personas, sean hombres o mujeres. La pena es de dos a cinco años, castigándose también con la misma pena a la persona que mantenga a otra en servidumbre sexual.

#### **Delito de Proxenetismo Agravado**

Este se da cuando además de alguna de las acciones que mencionamos anteriormente se da alguna de las siguientes circunstancias:

- La víctima es menor de doce años,
- Que se engañe a la víctima o la golpeen o la obliguen de cualquier forma a llevar a cabo los actos,
- El autor es el padre, madre, abuelo/a, bisabuelo/a, hijo/a, nieto/a, hermano, cuñado, padrastro, madrastra, esposo o esposa, tío o tía, compañero/a de unión libre, encargados de la crianza, educación o custodia de la víctima.
- El autor se aprovecha de que tiene una relación de confianza con la víctima o con la familia de la víctima aunque no haya relación de familia, dándose también el agravante en el caso de policías cuando comentan el delito.

La pena de este delito es de cuatro a diez años.

### **Delito de Rufianería**

Es cuando una persona obliga a otra que ejerce la prostitución, a que la mantenga económicamente, aunque no sea en todos los gastos, haciendo que la víctima use dineros provenientes del ejercicio de la prostitución para beneficio del que se hace mantener.

La pena de prisión con que se castiga este delito es de dos a ocho años; en caso de que la víctima sea una persona menor de edad la pena aumenta, si es menor de doce años la pena es de cuatro a diez años de prisión, si es mayor de doce años pero menor de dieciocho la pena es de tres a nueve años.

### **Delito de Trata de Personas**

Se comete cuando quien promueve, hace más fácil o favorece el hecho de que otras personas entren o salgan del país, ya sea para que ejerzan la prostitución, para mantenerlas en servidumbre sexual o para obligarlas a trabajar."

## **2 NORMATIVA**

### **a) Ley N° 8590**

[ASAMBLEA LEGISLATIVA]<sup>7</sup>

Fortalecimiento de la Lucha Contra La Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad mediante la reforma y adición de varios artículos al Código Penal, Ley N° 4573, y reforma de varios artículos del Código Procesal Penal, Ley N° 7594

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

DECRETA:

Fortalecimiento de la lucha contra la explotación sexual de las personas menores de edad mediante la reforma y adición de varios artículos al código penal, ley n° 4573, y reforma de varios artículos del código procesal penal, ley n° 7594

ARTÍCULO 1.- Refórmense los artículos 156, 157, 159, 160, 161, 162, 167, 168, 170, 171 y 173, y adición del 173 bis del Código Penal, Ley N° 4573, de 4 de mayo de 1970, y sus reformas. Los textos dirán:

“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."

"Relaciones sexuales con personas menores de edad

Artículo 159.-

Será sancionado con pena de prisión de dos a seis años, quien aprovechándose de la edad, se haga acceder o tenga acceso carnal con una persona de uno u otro sexo, mayor de trece años y menor de quince años, por la vía oral, anal o vaginal, con su consentimiento.

Igual pena se impondrá si la acción consiste en la introducción de uno o varios dedos, objetos o animales por la vía vaginal o anal.

La pena será de cuatro a diez años de prisión cuando la víctima sea mayor de trece años y menor de dieciocho años, y el agente tenga respecto de esta la condición de ascendiente, tío, tía, hermano o hermana consanguíneos o afines, tutor o guardador.

Actos sexuales remunerados con personas menores de edad

Artículo 160.-

Quien pague, prometa pagar o dar a cambio una ventaja económica o de otra naturaleza a una persona menor de edad o a un tercero, para que la persona menor de edad ejecute actos sexuales o eróticos, será sancionado con las siguientes penas:

- 1) Prisión de cuatro a diez años, si la persona ofendida es menor de trece años.
  
- 2) Prisión de tres a ocho años, si la persona ofendida es mayor de trece años pero menor de quince años.
  
- 3) Prisión de dos a seis años, si la persona ofendida es mayor de quince años pero menor de dieciocho años.

Abusos sexuales contra personas menores de edad e incapaces

Artículo 161.-

Será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años, quien, de manera abusiva, realice actos con fines sexuales contra una persona menor de edad o incapaz o la obligue a realizarlos al agente, a sí misma o a otra persona, siempre que no constituya delito de violación.

La pena será de cuatro a diez años de prisión cuando:



- 1) La persona ofendida sea menor de trece años.
  
- 2) El autor se aproveche de la vulnerabilidad de la persona ofendida, o esta se encuentre incapacitada para resistir o se utilice violencia corporal o intimidación.
  
- 3) El autor sea ascendiente, descendiente, hermana o hermano de la víctima.
  
- 4) El autor sea tío, tía, sobrina, sobrino, prima o primo de la víctima.
  
- 5) El autor sea madrastra, padrastro, hermanastra o hermanastro de la víctima.
  
- 6) El autor sea tutor o encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima.
  
- 7) El autor realice la conducta contra alguno de los parientes de su cónyuge o conviviente, indicados en los incisos 3) y 4) anteriores.
  
- 8) El autor se prevalezca de su relación de confianza con la víctima o su familia, medie o no relación de parentesco.

Abusos sexuales contra las personas mayores de edad

Artículo 162.-

Si los abusos descritos en el artículo anterior se cometen contra una persona mayor de edad, la pena será de dos a cuatro años de prisión.

La pena será de tres a seis años de prisión cuando:

- 1) El autor se aproveche de la vulnerabilidad de la persona ofendida, o esta se encuentre incapacitada para resistir o se

utilice violencia corporal o intimidación.

2) El autor sea ascendiente, descendiente, hermana o hermano de la víctima.

3) El autor sea tío, tía, sobrina, sobrino, prima o primo de la víctima.

4) El autor sea madrastra, padrastro, hermanastra o hermanastro de la víctima.

5) El autor sea el tutor o el encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima.

6) El autor realice la conducta contra alguno de los parientes de su cónyuge o conviviente, indicados en los incisos 3) y 4) anteriores.

7) El autor se prevalezca de su relación de confianza con la víctima o su familia, medie o no relación de parentesco."

#### "Corrupción

##### Artículo 167.-

Será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años, siempre que no constituya un delito más grave, quien promueva o mantenga la corrupción de una persona menor de edad o incapaz, ejecutando o haciendo ejecutar a otro u otros, actos sexuales perversos, prematuros o excesivos, aunque la víctima consienta en participar en ellos o en verlos ejecutar.

La misma pena se impondrá a quien utilice a personas menores de edad o incapaces con fines eróticos, pornográficos u obscenos, en exhibiciones o espectáculos, públicos o privados, de tal índole, aunque las personas menores de edad lo consientan.

Corrupción agravada

Artículo 168.-

En el caso del artículo anterior, la pena será de cuatro a diez años de prisión, siempre y cuando:

- 1) La víctima sea menor de trece años.
- 2) El hecho se ejecute con propósitos de lucro.
- 3) El hecho se ejecute con engaño, violencia, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coacción.
- 4) El autor sea ascendiente, descendiente, hermana o hermano de la víctima.
- 5) El autor sea tío, tía, sobrina, sobrino, prima o primo de la víctima.
- 6) El autor sea madrastra, padrastro, hermanastra o hermanastro de la víctima.
- 7) El autor sea tutor o encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima.
- 8) El autor realice la conducta contra alguno de los parientes de su cónyuge o conviviente, indicados en los incisos 4), 5) y 6) anteriores.
- 9) El autor se prevalezca de su relación de confianza con la víctima o con su familia, medie o no relación de parentesco."

"Proxenetismo agravado

Artículo 170.-

La pena será de cuatro a diez años de prisión, cuando se realice

una de las acciones previstas en el artículo anterior y concurra, además, alguna de las siguientes circunstancias:

- 1) La víctima sea menor de dieciocho años.
  
- 2) Medie engaño, violencia, abuso de autoridad, una situación de necesidad de la víctima o cualquier medio de intimidación o coacción.
  
- 3) El autor sea ascendiente, descendiente, hermana o hermano de la víctima.
  
- 4) El autor sea tío, tía, sobrina, sobrino, prima o primo de la víctima.
  
- 5) El autor sea madrastra, padrastro, hermanastra o hermanastro de la víctima.
  
- 6) El autor sea tutor, o encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima.
  
- 7) El autor realice la conducta contra alguno de los parientes de su cónyuge o conviviente, indicados en los incisos 3) y 4) anteriores.
  
- 8) El autor se prevalezca de su relación de confianza con la víctima o su familia, medie o no relación de parentesco.

Rufianería

Artículo 171.-

Será sancionado con pena de prisión de dos a ocho años, quien, coactivamente, se haga mantener, aunque sea en forma parcial, por una persona que ejerza la prostitución, explotando las ganancias provenientes de esa actividad.

La pena será:

1) Prisión de cuatro a diez años, si la persona ofendida es menor de trece años.

2) Prisión de tres a nueve años, si la persona ofendida es mayor de trece años, pero menor de dieciocho años."

"Fabricación, producción o reproducción de pornografía

Artículo 173.-

Será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años, quien fabrique, produzca o reproduzca material pornográfico, utilizando a personas menores de edad, su imagen y/o su voz.

Será sancionado con pena de prisión de uno a cuatro años, quien transporte o ingrese en el país este tipo de material con fines comerciales.

Tenencia de material pornográfico

Artículo 173 bis.-

Será sancionado con pena de prisión de seis meses a dos años, quien posea material pornográfico en el que aparezcan personas menores de edad, ya sea utilizando su imagen y/o su voz."

ARTÍCULO 2.- Refórmense el artículo 18, el inciso a) del artículo 31 y el artículo 33 del Código Procesal Penal, Ley N° 7594, de 10 de abril de 1996. Los textos dirán:

"Artículo 18.- Delitos de acción pública perseguibles solo a instancia privada

Serán delitos de acción pública perseguibles a instancia privada:

- a) El contagio de enfermedad y la violación de una persona mayor de edad que se encuentre en pleno uso de razón.
- b) Las agresiones sexuales, no agravadas ni calificadas, contra personas mayores de edad.
- c) Las lesiones leves y las culposas, el abandono de personas, la ocultación de impedimentos para contraer matrimonio, la simulación de matrimonio, las amenazas, la violación de domicilio y la usurpación.
- d) El incumplimiento del deber alimentario o del deber de asistencia y el incumplimiento o abuso de la patria potestad.
- e) Cualquier otro delito que la ley tipifique como tal."

"Artículo 31.- Plazos de prescripción de la acción penal

Si no se ha iniciado la persecución penal, la acción prescribirá:

- a) Después de transcurrido un plazo igual al máximo de la pena, en los delitos sancionables con prisión; no podrá exceder de diez años ni ser inferior a tres, excepto en los delitos sexuales cometidos contra personas menores de edad, en los cuales la prescripción empezará a correr a partir de que la víctima haya cumplido la mayoría de edad.

[...]"

"Artículo 33.- Interrupción de los plazos de prescripción

Iniciado el procedimiento, los plazos establecidos en el artículo tras anterior se reducirán a la mitad para computarlos a efecto de suspender o interrumpir la prescripción. Los plazos de

prescripción se interrumpirán por lo siguiente:

- a) La comparecencia a rendir declaración indagatoria, en los delitos de acción pública.
- b) La presentación de la querrela en los delitos de acción privada.
- c) Cuando la realización del debate se suspenda por causas atribuibles a la defensa, con el propósito de obstaculizar el desarrollo normal de aquel, según la declaración que efectuará el tribunal en resolución fundada.
- d) El dictado de la sentencia, aunque se encuentre en firme.
- e) El señalamiento de la audiencia preliminar.
- f) El señalamiento de la fecha para el debate.

La interrupción de la prescripción opera aun en el caso de que las resoluciones referidas en los incisos anteriores, sean declaradas ineficaces o nulas, posteriormente.

La autoridad judicial no podrá utilizar como causales de interrupción de la prescripción otras distintas de las establecidas en los incisos anteriores."

#### ARTÍCULO 3.- Derogación

Deróganse el artículo 92, los incisos 7) y 8) del artículo 93 y el artículo 158 del Código Penal.

Rige a partir de su publicación.

Dado en la Presidencia de la República.—San José, a los dieciocho días del mes de julio del dos mil siete.

### **3 JURISPRUDENCIA**

**a) Bien Jurídico tutelado en la Violación.**

[SALA TERCERA]<sup>8</sup>

Extracto de la sentencia

Res : 2006- 00729

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las ocho horas cuarenta y cinco minutos del once de Agosto de dos mil seis.

" II [...] Pero además de eso, pretende darle a la denuncia y a las referencias de los hechos que forman parte de la historia clínica de la pericia psicológica y psiquiátrica forense, el carácter de "testimonio" y lo elevan al mismo rango de una prueba oral recibida en inmediación y la utilizan al mismo nivel que la versión dada en el juicio por la víctima -que ya vimos no se conoce- y a partir de esta errada posición, obtener conclusiones como la existencia de "versiones contradictorias" que los llevan a dudar de lo narrado por la víctima en debate, lo que no es procedente, como se ha reiterado en la jurisprudencia de esta Sala (cfr. al respecto precedente #1365-05, de las 8:46 horas del 5 de diciembre de 2005). Es cierto que tales referencias pueden y deben ser consideradas pero nunca pueden equipararse a una declaración oral recibida en la audiencia. Además, tales referencias deben considerarse tomando en cuenta el contexto específico en que se producen -denuncia penal, pericia psicológica- el ambiente en que se originan y que puede influir en la amplitud de los datos o en la posición de la ofendida al rendirlos. [...] Como en reiterada jurisprudencia de esta Sala se ha señalado, no se trata de partir de una premisa de veracidad que obligue a dar crédito a toda versión de una víctima de abuso sexual. De lo que se trata en primer lugar es de tener muy claro que un evento de abuso sexual implica un enorme impacto emocional, psicológico y en una gran cantidad de ocasiones, físico, que obliga a los Juzgadores a sensibilizarse y a tener muy presentes todo el tema del impacto emocional, de las relaciones de poder que pueden estar inmersas, del contexto socio cultural que rodea a los hechos en cada caso concreto, del tipo de relación, la escolaridad y las costumbres y capacidades de los involucrados, para poder dar una lectura acorde con las verdaderas reglas de la experiencia y la psicología en



estos casos. Más importante aún es tener la prudencia necesaria para desechar del análisis los prejuicios en materia sexual y de género que suelen tener cabida cuando se valoran este tipo de asuntos. Como en múltiples ocasiones y precedentes se ha dicho, la violación es un delito que tutela la libre autodeterminación sexual, el derecho de decidir cómo, cuándo y con quién se quiere tener un acercamiento sexual, no se tutela ni la moral, ni la virginidad, ni se trata de juzgar a la víctima y sus costumbres sexuales. También se ha insistido en desechar las añejas concepciones que exigían resistencias heroicas e inverosímiles en las víctimas, so pena de no creer que se resistieron, porque las dinámicas de un abuso sexual y las condiciones de vulnerabilidad en que se coloca a la víctima son fenómenos mucho más complejos que obligan a una cuidadosa valoración del entorno y no puede alegremente inferirse que si no hay sangre, lesiones o peligro de muerte en la víctima, es porque "no resistió", pues las personas no reaccionan todas de la misma manera y una situación violenta puede generar distintas actitudes, desde una paralización total, a un miedo insuperable que lleva a "transar" a las víctimas para salvar su vida o para resultar lo menos lesionadas posibles. Se ha dicho, que el juzgador debe estar atento a evitar la entrada de prejuicios sobre la sexualidad o en materia de género, cuando se valoran episodios de abuso sexual. Y resulta que en el caso en análisis, además de los problemas en la fundamentación descriptiva que se han puntualizado, se advierten importantes distorsiones en el razonar, que encuentran sustento más en prejuicios e ideas preconcebidas que en el análisis completo de las pruebas y los hechos acusados. El Tribunal perdió el norte de valorar la conducta que se atribuía al imputado y se dedicó a valorar a la víctima "sospechando" de su relato porque no opuso una "seria resistencia", dado que no existieron evidencias "físicas" de violencia, pues además "no era virgen" y no había semen en su vagina. [...] Es decir, el Tribunal de una selección arbitraria de la prueba, omitiendo analizar, como bien se señala en el recurso, las conclusiones de la pericia psicológica, de la que sólo les interesó una parte de la historia clínica referida por la ofendida al perito y necesaria para ubicar el examen, se estimó que al no haber ropa rasgada, heridas o golpes, lesiones "importantes", no encontrar semen en la vagina y además, no ser virgen la ofendida, estos extremos "dificultan" y hacen "dudosa" su versión. Estas aseveraciones sólo tienen origen en prejuicios y no en un verdadero análisis de la prueba. Es cierto que la inmediación favorece la posición de los Juzgadores en punto a la apreciación de la prueba oral, pero también lo es que sus impresiones deben primero exponerse, segundo contrastarse con la integralidad del aporte del testigo y por último, confrontarse con el resto de

prueba relevante, para extraer conclusiones que surjan del análisis completo de la prueba y entonces, sólo entonces, poder analizar la logicidad y corrección de lo resuelto. Sin embargo, esta sentencia que se analiza no describe la prueba que sustenta sus conclusiones y parte de premisas que implicarían, sin más dejar desprotegidas a cantidad de víctimas de abuso sexual, si se aceptaran como "reglas de la experiencia" cuando en realidad encubren graves prejuicios: si una víctima de violación es sexualmente activa, si no presenta lesiones en su área genital o en otras partes del cuerpo, por ejemplo, porque actuó intimidada por un arma y si además el agresor no eyaculó en su vagina y si no denuncia inmediatamente, estos factores serían -siguiendo la tesis del Tribunal-, indicadores para "dudar" de su relato en el sentido de que no consintió ningún contacto sexual con el agresor, posición que sin una adecuada y sólida fundamentación en cada caso concreto, es inaceptable (en este sentido, cfr. precedentes #724-04, de las 9:03 horas del 25 de junio, #855-04, de las 10:00 horas del 16 de julio y #988-04, de las 9:55 horas del 20 de agosto, todas de 2004; #573-05, de las 8:50 horas del 10 de junio, #861-05, de las 10:00 horas del 5 de agosto, #972-05, de las 10:15 horas del 26 de agosto y #994-05, de las 9:00 horas del 2 de septiembre, todas de 2005, entre otros precedentes de esta Sala) . La virginidad y las costumbres sexuales de la víctima no son tema que se discuta en este proceso. Lo que aquí debe establecerse es, si la conducta que se atribuye al imputado se dio o no. Y para concluir en la existencia de dudas, éstas deben surgir del análisis completo y correcto de la prueba relevante, lo que no sucede en la especie. Las "dudas" que externan los Juzgadores en cuanto a la dinámica concreta del abuso sexual y las "contradicciones" que dicen en el testimonio de la ofendida, aparte de ser conclusiones infundadas porque no puede conocerse el relato de la víctima en juicio, también resultan incorrectas, pues olvidan primero que, de ser cierto el episodio, se trata de un abordaje violento, sorpresivo, que no puede analizarse de manera estática y pretender una memoria gráfica absoluta, porque la experiencia y la psicología enseñan que la víctima por el impacto, tiende a dar importancia a ciertos detalles sobre otros, además de evocar los hechos en forma sucesiva, como se dieron y no matemática, como se pretende, además de que no podría pretenderse identidad en todos los relatos, pues hay un importante componente emocional en la evocación del episodio que debe tenerse presente al valorarlo. Por ello, no puede afirmarse que la ropa de una víctima debe despojarse siempre de determinada manera, o simplemente porque a los Juzgadores les parece "difícil" el acceso en la forma en que se narra, esto no haya ocurrido, pues dejan de lado que se trataría de un evento forzado, violento y agresivo,

donde no se tienen tantos miramientos ni delicadeza para perseguir el objetivo del agresor de penetrar contra la voluntad a la víctima o bien, que si se ha utilizado la intimidación, con un arma por ejemplo, las ropas pueden incluso haber sido despojadas por la propia víctima, sin que haya desgarros y rupturas y ello no podría equipararse a un " consentimiento " para el acceso carnal.. Es claro que el objeto del proceso son los hechos que se acusan, de manera que la imputación es el norte, lo que no implica, como bien lo señala el impugnante, que en la acusación se entre en detalles absolutamente exagerados e innecesarios que bien pueden resultar de la prueba en el juicio, sin que ello implique lesión alguna a la congruencia entre acusación y fallo o al derecho de defensa, de manera que no pueden reprocharle al Ministerio Público que la acusación no fuera todo lo expresa en describir cómo se logró la penetración. Por último, no es correcto concluir -sin el adecuado sustento- que el hecho de que la víctima conociera que el acusado la piropeaba -sin contextualizar de qué forma se producían, a qué piropos se refería y cuánto tiempo tenían de conocerse y por qué razón la ofendida vivía en esa zona- podría implicar un consentimiento o un "permiso" para que el imputado la accediera carnalmente. Esta Sala ha señalado que: " [...] En cuanto a la alegada violación a las reglas de la sana crítica, considera esta Sala que la valoración realizada por el Tribunal, lo fue en forma correcta, pues si tuvo por demostrada la utilización de un cuchillo con el fin de que la víctima tuviera relaciones sexuales con el encartado, necesariamente debe concluirse -como se hizo en sentencia - que se trató de una intimidación para lograr el acceso carnal. El alegar que en el fallo se debió haber concluido que la ofendida accedió tener relaciones sexuales con el imputado porque fueron vistos en escenas cariñosas y afectivas, no es más que una simple apreciación subjetiva de quien recurre, y en todo caso, aún en el supuesto de que los Juzgadores hubieran otorgado credibilidad a la versión de los testigos en cuanto a este aspecto en específico, tal circunstancia no implica que la víctima haya accedido a tener relaciones sexuales con su agresor, precisamente porque el mostrarse cariñoso o afectivo no implica necesariamente consentimiento para tener una relación sexual " #67-2006, de las 10:00 horas del 3 de febrero último. En el mismo sentido #318-92, de las 9:00 horas del 17 de junio de 1992, #657-95, de las 8:55 horas del 10 de noviembre de 1995, #372-96, de las 16:17 horas del 18 de julio de 1996, entre otros, todos de esta Sala). De conformidad con todo lo expuesto y sin prejuzgar sobre los hechos que se imputan, la sentencia carece de una adecuada fundamentación, omite describir la prueba que le sustenta, margina de valoración prueba importante, como las conclusiones de la pericia psicológica y psiquiátrica forense y obtiene conclusiones

en quebranto de las reglas de la sana crítica, defectos todos que implican su invalidez. Procede en consecuencia, acoger el reclamo del licenciado Chacón Chan como representante del Ministerio Público. Se anulan la sentencia y el debate que le precedió y se dispone el reenvío del proceso al competente para su nueva sustanciación."

***b) Valoración del injusto y ponderación del bien jurídico para efectos de fijar la sanción en delito de abuso sexual en caso de abuso sexual en contra de menor de edad.***

[CASACIÓN PENAL]<sup>9</sup>

Extracto de la sentencia

Res: 2008-0399

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea, a las diez horas del quince de mayo de dos mil ocho.

"II.- Segundo Motivo de Casación por la forma: Falta de fundamentación intelectual de la sentencia en cuanto a la pena impuesta. Se consideran violados los ordinales 142, 363, inciso b), 369, inciso d) del Código Procesal Penal y 71 del Código Penal. Expresa el recurrente que la sentencia no contiene fundamentación acerca del plus sancionatorio de dos años sobre el mínimo que se impone por cada uno de los delitos acreditados. Estima que las razones expresadas por el a quo se concretan únicamente sobre la configuración del tipo penal y de la agravante, pero no dan razones que permitan estimar que el plus sancionatorio es de recibo en la especie. Solicita se anule la sentencia en cuanto a la pena y se ordene el reenvío para nueva sustanciación. No puede concederse lo solicitado. Si bien es cierto aspectos tales como el irrespeto manifestado por el encartado hacia el bien jurídico Libertad Sexual y la vulneración a la intimidad de la menor podrían entenderse como aspectos que orbitan la discusión de la tipicidad de la conducta, también es cierto que el Tribunal sentenciador tomó en cuenta otros aspectos para determinar que el mínimo de la pena por la criminalidad acusada no resultaba proporcional al injusto expresado por la conducta del justiciable. En efecto, la sentencia hace referencia, adicionalmente, a que la menor ofendida no es una

extraña para el acusado, se trata de su hijastra, con la que convivía bajo el mismo techo, donde además mantenía una relación de unión libre con la madre de aquella, y que aprovechaba la ausencia de esta última para perpetrar los actos libidinosos con ventaja, no sólo por la tierna edad de la menor, sino también por el deber de protección que tenía hacia ella. Estas circunstancias revelan el cálculo que hizo el justiciable para realizar el hecho con la esperanza de no ser descubierto, así como para lograr saciar sus instintos aprovechándose de la vulnerabilidad de una persona menor de edad, que sufría las afrentas producto de la superior fuerza y del ámbito de confianza en que dichos acercamientos de índole sexual se producían. Estas circunstancias están plenamente avaladas por el artículo 71 del Código Penal y pueden ser tomadas en cuenta por el tribunal de mérito para fundar el plus sancionatorio de dos años sobre el mínimo establecido para la criminalidad en cuestión. Los argumentos que pueden ser leídos de folios 192 a 194 resultan, entonces, suficientes para respetar las ponderaciones de proporcionalidad de la pena que ha de satisfacer este tipo de argumentación jurídica. En efecto, el plus sancionatorio de dos años, debe determinarse, en primera instancia, a partir del valor de la culpabilidad por el injusto cometido. Esta ponderación fue realizada en la sentencia toda vez que se tomaron en cuenta características de la acción que tienen que ver con el injusto cometido, así como la importancia de la lesión ocasionada por la conducta criminosa expresada por el justiciable, sobre una niña a la cual le debía respeto y protección, y que había sido dejada a su cuidado mientras su madre trabajaba. Ambos aspectos son de indudable importancia para ponderar el injusto y encuentran pleno respaldo en las hipótesis incluidas en el artículo 71 del Código Penal, no sólo porque revelan la mayor exigibilidad de un comportamiento acorde a derecho sino también de las condiciones en que el hecho se verificó. De la misma forma, debe reiterarse que el tribunal de mérito ponderó las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que se cometió el ilícito y valoró el comportamiento antijurídico del acusado que se había producido aprovechándose de la circunstancia de estar a solas con la menor, en ambos eventos, en la casa en la que ambos habitaban. En una ocasión en la cama y otra en la sala, bajo el pretexto de invitarla a ver televisión y de observar una lesión que la niña tenía en un dedo. Estas circunstancias no sólo demuestran como el justiciable se aprovechó de la cercanía y el ámbito común de convivencia para satisfacer sus deseos sexuales con su hijastra, sino que también dichas circunstancias le facilitaron cometer dos veces la misma acción, en diversos momentos históricos, siempre afectando la condición de víctima, como persona menor, incapaz de resistirse a esos

tocamientos libidinosos y en un despliegue antijurídico que expresó con pleno conocimiento de su injusticia, desproporción y daño. De la misma manera debe tenerse claro que la estimación del bien jurídico y su situación de indefensión abona al análisis del injusto, es así que entre mayor desprotección e indefensión sufra el bien jurídico debe estimarse hay más injusto. Es por ello que los juzgadores valoraron el bien jurídico en juego, y el daño que este sufrió, y es evidente que ante tal ponderación no entraba en discusión el mínimo de pena previsto por el legislador sino que había que tomar en cuenta un plus sancionatorio que fuera proporcional a las condiciones del injusto que ya se han descrito. Para mayor abundamiento, la víctima era vulnerable y altamente desprotegida frente a los avances y acciones de su padrastro, figura violenta y que mantenía una relación de cercanía y de cariño con la niña, pero al mismo tiempo de abuso y amenaza, lo que también refleja aspectos que entran en consideración para justificar una medición de la pena que se extiende más allá del mínimo establecido en la penalidad. Por lo expuesto debe declararse sin lugar el motivo."

***c) Bien jurídico tutelado corresponde al "normal desarrollo de la sexualidad"***

[TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL]<sup>10</sup>

Extracto de la sentencia

Res: 2008-000186

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DEL TERCER CIRCUITO JUDICIAL DE ALAJUELA, SECCIÓN PRIMERA. San Ramón , a las nueve horas quince minutos del nueve de mayo de dos mil ocho.

XI .- Señalando que el reclamo versa sobre el fondo del asunto, como decimosegundo reproche la impugnante sostiene: A) En el caso de A. L. M. A. los hechos atribuidos al imputado no constituyen el delito de corrupción. Considera que según " se demuestra con la

propia declaración de la ofendida, que ya era una persona «corrupta», cuando esos hechos que denuncia ocurrieron, porque no solo permitió participar en dichos actos (sic), sino que los aceptaba como propios... " ( folios 527 a 528). B) Además los acontecimientos ocurrieron cuando ella tenía más de dieciséis años e iba a cumplir diecisiete y el tipo penal exige que sea menor de dieciséis años. C) Por otro lado, respecto a los hechos que se tuvieron por acreditados, indica que " ...el encartado lo que realizó fueron tocamientos impúdicos, que en sí mismos considerados, no constituyen esos actos de corrupción calificados como se dijo de perversos, prematuros o excesivos " (folio 529). D) También crítica que a su representado se le haya impuesto una pena de ocho años de prisión por el delito de Corrupción, a pesar de los factores que favorecían al encartado y que incluso fueron mencionados por el Tribunal. Señala que al momento de los hechos el artículo 167 CP castigaba el hecho con prisión de tres a ocho años y si el a quo hubiese aplicado el tipo de Corrupción Agravado, entonces debió haber mencionado el artículo 168 CP y no hacerlo de forma genérica, pero aún en éste último caso debió indicar la razón por la cual impuso la sanción dicha. E) Reitera que la ofendida indicó en su declaración que en lo relativo a la exhibición de la película pornográfica, lo que denomina el caso del VHS, ocurrió cuando ella tenía diecisiete años y no dieciséis como indica el fallo. F) Señala que el fallo carece de motivación, nuevamente alude al tema de la pena , aunque también se refiere a lo que considera contradicciones en la resolución, mencionando que la ofendida A. L. declaró previamente instruida, pues tenía copias del expediente; situación en la que también se encontraba la otra ofendida y la madre de éstas. Critica que se haya dejado de analizar la petición de dinero que formularon las ofendidas al encartado, razón por la cual considera que las declaraciones no están exentas de interés. En síntesis, refiere la reclamante: " La declaración de una menor de edad, ubicada en tiempo y lugar en los hechos denunciados, difiere totalmente con lo acontecido hoy, en donde lo que se declara es una mujer madura, con experiencias sexuales de todo tipo y llena de intereses económicos de todo tipo, incluso con descaro de su propia dignidad, ya que después de haber convivido con el imputado en Estados Unidos y valerse del acomodo económico que se le brindó en ese país, viene a declarar con toda mala fe e intención en su contra, conociendo en detalles (sic) todo lo que tenía que decir para poder imputarle incluso situaciones de los hechos que no se dieron y que no se contaron en su primera declaración, lo que es conteste con las copias del expediente y estudio que de sobra se sabe que se hizo, por lo expresado líneas atrás, de manera que lo que se percibe en su declaración no es de decir cómo verdaderamente ocurrieron los

hechos? ( sic ), sino de tratar de indicarlos en una forma diferente, totalmente llenos de situaciones inexistentes, para lograr una condenatoria tanto penal como civil contra el encartado " (folio 532). G) De seguido la quejosa pasa a afirmar que no existe correlación entre acusación y sentencia, indicando que los hechos acusados son totalmente distintos a los que se han tenido por acreditados. H) Dentro de este mismo aparte, distinguiéndolo como punto B), la letrada señala que los hechos se encuentran prescritos. Para ello parte de que el delito de Corrupción no se ha configurado y que los hechos deben recalificarse como Abusos Deshonestos, procediendo bajo el anterior supuesto a indicar el cómputo que corresponde y conforme al cual la acción penal habría fenecido. Como petición a todo lo anterior señalado indica que la sentencia debe anularse y declararse prescrita la acción penal. Por las razones que se dirán únicamente se resolverá el último alegato formulado, sobre prescripción, omitiéndose pronunciamiento sobre los demás, por no resultar pertinente. Con argumentos diversos a los señalados por la impugnante, se acoge el reclamo . Conforme a la relación de hechos que se tuvieron por demostrados para condenar al encartado CUBERO PORRAS por el delito de Corrupción Agravada, se tiene: " a) Que sin que se precise fecha exacta, pero sí cuando la ofendida tenía entre 10 y 11 años de edad, pues había nacido el 19 de mayo de 1979, cursando para esa época el quinto grado de la escuela, la ofendida A. L. M. A., se presentaba a un negocio, propiamente en la cocina de la cantina del acusado JORGE CUBERO PORRAS ubicado en San Juan de San Ramón, ello en razón que la menor ofendida colaboraba con la limpieza de ese establecimiento siendo que el acusado le pedía a su esposa, tía de la dañada, que se fuera del lugar y así aprovechaba la soledad y ausencia de personas en el lugar para tocarla. b) Que el imputado estos tocamientos los ejecutaba parándose detrás de ella, la besaba en la oreja, le introducía impudicamente su mano en los shorts y le tocaba los genitales sin introducirle el dedo, actos prematuros, perversos y excesivos para la corta edad de la menor y para su normal desarrollo sexual, y que fueron ejecutados de manera reiterada; siendo la última vez que esto aconteció lo ejecutado en la casa del acusado ubicada en ese mismo sector de San Juan, para lo cual, la introdujo a un cuarto de la vivienda y la acostó en la cama siendo que ese día la ofendida llegó con su prima de nombre Andrea Cubero, hija del acusado y a quien el imputado le dijo que se fuera, acto seguido procedió impudicamente a besar en los pechos a la menor A., L, la besó en la boca, le tocó los genitales y finalmente se bajó la jareta y se sacó su pene, para indicarle a la menor que lo tocara, pero ante la negativa de ésta, el encartado la obligó a ejecutar dicho acto sexual, actos sexuales excesivos y perversos para su futuro



desarrollo sexual. c) Que en el mes de marzo de 1997 y cuando A. L. tenía dieciséis años de edad, el acusado había adquirido un VHS y le solicitó a la ofendida A. L. que le programe ese aparato a lo cual ella accedió y se presentó a esa vivienda donde habían otros niños en el inmueble, acto seguido el imputado le dijo a esos menores que se fueran del sitio y aprovechó que él quedó solo con ella, cuidando que nadie llegara, para sacar una cinta pornográfica y reproducirla en el VHS, y mostrarla a A. L., a quien explicaba el contenido de las escenas que ahí se presentaban, las cuales consistían en acciones de adolescentes teniendo relaciones sexuales con hombres adultos, en inglés, sin traducción específicamente de una joven que tenía sexo frente a otra " (folios 432 a 433). En principio, según se ha dicho, tales hechos deberían ser juzgados de conformidad con la legislación vigente en el momento de su comisión (art. 11 CP); sin embargo tal regla tiene excepciones, así entonces cuando "...con posterioridad a la comisión de un hecho punible se promulgare una nueva ley, aquél se regirá por la que sea más favorable al reo, en el caso particular que se juzgue " (art. 12 CP). El delito de Corrupción fue modificado por la Ley Contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad número 7899 de 03 de agosto de 1999, publicada en el Diario Oficial La Gaceta número 159 de 17 de agosto de 1999. Conforme a la misma, debía entenderse por corrupción: 1) Ejecutar actos sexuales o eróticos ante personas menores de edad o incapaces. 2) Hacer ejecutar a otros, actos sexuales o eróticos, en presencia de personas menores de edad o incapaces. 3) Hacer participar, en actos sexuales o eróticos, a personas menores de edad o incapaces en presencia de otros. Tal disposición legal mantuvo su vigencia desde el momento arriba señalado y hasta que nuevamente se le modificó mediante Ley 8590 del 18 de julio de 2007, publicada en La Gaceta N ° 166 de 30 de agosto de 2007. Como puede notarse, la conducta que se le reprocha al encartado CUBERO PORRAS, consistente básicamente en tocamientos sobre la humanidad de la ofendida y obligarla a practicarle una felación, no ingresaría en ninguno de los supuestos arriba consignados. Tal cuestión, que motivo la necesidad de la última reforma legal acaecida, llevo a que la Sala Tercera indicase: " Este Tribunal ya ha considerado el problema surgido a raíz de la reforma legislativa de 1999 y el modo en que han de entenderse las previsiones del artículo 167, con arreglo a los principios de legalidad y tipicidad penal. En el voto 581-2001, de 8 ,55 hrs. de 15 de junio de 2001, se indicó: «... el legislador a través de la Ley No. 7899 , mejor conocida como " Ley Contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad ", publicada en la Gaceta No. 159 del 17 de agosto de 1999, vino a modificar o reformar el tratamiento que a esta delincuencia se le venía dando en el Código

Penal de 1970 ( Ley No. 4573 del 4 de marzo de 1970), a fin de resolver el problema cada vez mayor relacionado con la prostitución infantil que el país aun vive. Así, a pesar que se continuó considerando que el delito se configuraba por parte de quien promovía la corrupción de un menor de edad, o bien incluso la de un incapaz, supuesto que no estaba contemplado en la anterior normativa; agregándose además que tal delincuencia la podía realizar quien mantuviera a cualquiera de estos sujetos en dicho estado, es decir en estado de corrupción, es lo cierto que la nueva normativa vino a dar un tratamiento y conceptualización radicalmente distinta a la que estaba prevista con anterioridad. De acuerdo a la nueva tipificación, la forma genérica por medio de la cual se realizaba la corrupción antes de

su entrada en vigencia, consistente fundamentalmente en la ejecución de un conjunto de actos sexuales perversos, prematuros y excesivos, desapareció ; y se estableció una definición específica o diferente respecto a lo que, en adelante, se debía entender por tal delincuencia. Bajo esta tesitura, comete el delito de marras de acuerdo a lo que dispone el párrafo segundo del artículo 167 del Código (después de la reforma), quien: 1) Ejecuta actos sexuales o eróticos ante personas menores de edad o incapaces. 2) Hace ejecutar a otros, actos sexuales o eróticos, en presencia de personas menores de edad o incapaces, o 3) Hace participar, en actos sexuales o eróticos, a personas menores de edad o incapaces en presencia de otros. La ilicitud en análisis se circunscribe entonces de esta forma a la realización o ejecución de actos sexuales o eróticos (términos por demás muy imprecisos o ambiguos). La actividad, no obstante que no siempre se prevé una participación directa del encartado, sí tiene que estar dirigida o dominada por éste, ya que el ejecutar, hacer ejecutar o hacer participar implica una posición activa de su parte. En otras palabras, se comete el delito: (1) cuando el imputado o agente activo del hecho realiza los actos que se citan en el tipo penal ante personas menores de edad o incapaces , sin que éstos últimos tomen participación en el hecho, lo que implica tan solo una posición pasiva de parte de ellos; (2) cuando el imputado hace que otro, o bien un tercero, realice los actos en mención frente a personas menores de edad o incapaces. Acá, al igual que la hipótesis anterior, no se requiere la participación de los ofendidos en dichos actos, ni la del agente de manera directa. El delito se consuma en este caso mediante la utilización de otro, que sirve de instrumento al imputado para su propósito. Esta instrumentalización sin embargo no significa necesariamente que el otro o el tercero que actúa no tenga responsabilidad penal en los hechos; podrá tenerla, pero dicho aspecto tendrá que ser valorado en cada caso en particular. Por último, (3) el delito se

configura cuando el agente activo hace participar a las personas menores de edad o incapaces en actos sexuales o eróticos frente a otros, sean o no mayores de edad. En esta ocasión, en tesis de principio, no habría una intervención directa del imputado en tales actos, sin embargo, al hacer participar a los menores o incapaces en ellos, mantiene un dominio sobre el hecho o delito y en tal sentido sería responsable penalmente. Los actos por supuesto tienen que estar destinados a modificar el desarrollo natural de la sexualidad de los afectados, o bien a modificar la concepción que sobre este tema ellos puedan tener, según la edad o condiciones personales que ostenten, ya que corromper significa, de acuerdo con lo que expresa el Diccionario de la Lengua Española, entre otras voces, " Alterar o trastocar la forma de alguna cosas. Echar a perder, depravar dañar o podrir... Estragar, viciar pervertir " (" Diccionario de la Lengua Española ", Real Academia Española, Tomo I, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, España, 1984, p. 386). Ahora, de haberse operado o producido tal modificación, conforme se desprende de la reforma, también se comete el delito. En este caso, la acción típica estaría destinada a intentar, permitir o asegurar que la variación o modificación sufrida en el desarrollo natural de la sexualidad de la persona menor de edad o incapaz, se mantenga en ese estado o bien se agrave. Como consecuencia de la anterior, resulta entonces evidente que el bien jurídico tutelado en estos casos no es la libertad sexual o la libre autodeterminación sexual de las personas, como sucede en los delitos de Violación o Abusos deshonestos, sino el normal desarrollo o la natural concepción de la sexualidad que tengan las personas menores de edad o los incapaces. No obstante lo anterior y a pesar de la importancia que representa para la vida en sociedad y para la protección de los derechos del niño o de los incapaces se nos presenta un problema de política criminal con la reforma y que consiste fundamentalmente en que el delito de Corrupción sólo se producirá si nos encontramos ante algunos de los tres supuestos que prevé el tipo penal. Por ello, de suscitarse cualquiera otra circunstancia, situación o hecho que no se encuentre tipificado en el artículo 167 del Código sustantivo vigente, aun cuando distorsione el normal desarrollo de la sexualidad de un menor de edad o incapaz, o lo mantenga en dicho estado, no se podrá considerar como constitutivo del delito de Corrupción y por ende sancionarlo, ya que se encuentra excluido como tal. Esta circunstancia no impide que la conducta pueda estar eventualmente contemplada en otro tipo penal, sí así lo ha decidido y previsto el legislador al aprobar la ley de comentario. Sin embargo, es importante mencionar que la previsión en otro tipo penal pueda ser que no establezca la sanción que en realidad merezca el hecho tomando en cuenta la

gravedad y las consecuencias que puede producir. No obstante lo anterior, a pesar de la importancia que reviste el tema, la Sala omite un análisis mayor al respecto pues, como se indicó líneas atrás, el mismo encierra un problema de política criminal que corresponde resolverlo en primera instancia a la Asamblea Legislativa, al ser ella la encargada de emitir las leyes. Por ello, aun cuando se observe que el tratamiento dado al delito de Corrupción no fue quizás el más adecuado, al dejar por fuera algunas conductas que podrían afectar el bien jurídico en él protegido, este problema o error es resorte en lo esencial de aquella institución, lo que no excluye, claro está, su discusión en el foro nacional; sin embargo -para nuestros efectos- esta problemática no puede ni debe ser resuelta a través de una simple sentencia en un caso concreto». Es evidente, además, que el afán del legislador de tipificar con cierta amplitud el delito de corrupción en el primer párrafo del artículo 167 de cita, resultó por completo contradicho con las previsiones del párrafo segundo, que vinieron a restringir el tipo a ciertas formas o modos de ejecutar algunas conductas, dejando entonces excluidas otras, aunque objetivamente sea indiscutible su potencial corruptor, tales como la de exhibir pornografía a menores o incapaces -constitutiva de un delito independiente que desplaza, por especialidad, al tipo que prevé la corrupción-; o la de realizar los actos "sexuales o eróticos" ya no "ante", o en presencia de menores o incapaces, sino con o sobre ellos " (V.1000-01). Aunque la referida reforma, operada mediante Ley 7899, no se encontraba vigente ni al momento de comisión de los hechos y tampoco cuando los mismos son juzgados, noviembre de 2007, resulta de aplicación al presente asunto. Se trata de un tema de sucesión de leyes y concretamente de una «ley intermedia», o sea que no estaba vigente al momento del hecho y tampoco al momento de juicio. Respecto de las mismas se ha dicho que ". ..si la ley intermedia resulta más beneficiosa para el reo, se acepta su aplicación en atención a que éste pudo ser juzgado con arreglo a la misma si el juicio se hubiera celebrado bajo su vigencia y si ello no ha ocurrido, no deben aplicársele las consecuencias de la ley que lo perjudica " (MUÑOZ CONDE. Derecho Penal, Parte General, 1998, p. 160). Ahora bien, indudablemente en cuanto a las acciones descritas en los apartes a) y b) de la relación de hechos acreditados del fallo, resulta más beneficioso para el encartado la aplicación de la norma que los despenaliza como Corrupción, aunque puedan ser considerados como Abusos Deshonestos. Lo anterior, pues tal como se ha dicho la corrupción protege un bien jurídico diverso al de los abusos sexuales, por ende se trata de un caso en que una única acción ofende dos bienes jurídicos diversos, implicando lo anterior que aún cuando los hechos no configuren el delito de

Corrupción, por ende tampoco el de Corrupción Agravada, ingresarían también en otro tipo penal. Como ya se ha adelantado, el tipo aplicable es de Abusos Deshonestos, conforme se encontraba vigente al momento de comisión de los hechos, por ser más beneficioso al encartado, ya que para la fecha en que se ubican las acciones, los Abusos Deshonestos tenían prevista una pena de prisión de cuatro a seis años de prisión, en lo que podría denominarse su modalidad agravada (art. 161 CP, redacción original). Aunque los Abusos Deshonestos han sufrido una serie de modificaciones legales (mediante Ley 7398 de 1994, Ley 7899 de 1999 y finalmente conforme la Ley 8002 de 2000); no obstante ello, sin entrar en detalle, puede afirmarse que resulta más favorable la aplicación de la legislación vigente al momento de los hechos, pues el límite máximo es menor a los establecidos en las reformas posteriores. Una vez dicho lo anterior, corresponde verificar si efectivamente, tal como indica la impugnante, la acción para perseguir tales hechos ha prescrito. A tal efecto debe indicarse que tratándose de una causa que se tramita conforme al anterior Código de Procedimientos Penales, la prescripción se rige por las disposiciones contenidas en el Código Penal, pues así lo dispone expresamente el Transitorio II del CPP. El artículo 82 CP, vigente únicamente para estos efectos, dispone que la acción penal prescribe en un tiempo igual al extremo mayor de la sanción establecida para el hecho punible, sin que pueda exceder de doce años ni bajar de dos (inciso 2º). Lo anterior implica que la prescripción de la acción penal en el presente asunto es de seis años, por ser el extremo mayor de la pena prevista para el hecho. Conforme se indica en la sentencia, los abusos se ubican cuando la ofendida tenía entre 10 y 11 años de edad y ella había nacido el diecinueve de mayo de 1980, no 1979 como erróneamente se consigna en los hechos probados, lo que es corregido a folio

458 de la sentencia. Lo anterior nos ubica entre los años 1990 y 1991, de allí que al interponerse la denuncia el 18 de julio de 1997 (cfr. folio 1), hecho que no interrumpe la prescripción, o bien al momento de dictarse el auto de procesamiento, que sí la interrumpe, en agosto de 1997 (la resolución en evidente error material indica 1996, cfr. folio 85), habían transcurrido seis años. Así debe indicarse, pues en la acusación y relación de hechos probados, que son contestes, no se indica en qué momento de 1991 acaecen los hechos y por ende, presumiendo en beneficio del encartado, ha de partirse que suceden a inicios de tal año. De igual manera, aunque el referido artículo 83 CP, establece que la comisión de un nuevo delito interrumpe la prescripción y en la presente causa también se le imputan a CUBERO PORRAS dos hechos que configuran el delito de Violación, ubicados entre los años 1992 y 1993. Para inicios de 1997, cuando se cumplió la

prescripción, no se podía tener por acreditado que el acusado había incurrido en un nuevo delito, pues hasta ese momento no existía sentencia penal firme sobre el punto, incluso a la fecha no podemos hablar de ello, razón por la cual el plazo no habría sido interrumpido. Conforme lo dicho, habría prescrito la acción penal para perseguir los hechos que, conforme aquí se ha dicho, configuran el delito de Abusos Deshonestos, razón por la cual corresponde absolver al encartado por los mismos. Al final, también se le atribuyo al encartado CUBERO PORRAS que en el mes de marzo de 1997 exhibió ante la ofendida A. L. M. A. una cinta con contenido pornográfico, pero tal hecho es englobado dentro de la Corrupción Agravada por la que el a quo encuentra responsable al encartado. Lo anterior a pesar de que la legislación vigente al momento del hecho señalaba que el sujeto pasivo de este hecho debía ser una persona menor de dieciséis años, cuestión que vino a modificarse con la promulgación de la Ley 7899 de 1999, o sea luego de acaecidos los hechos. Ello hace que tal conducta no puede ingresar dentro del tipo penal de Corrupción. Sin que para esa época ingresase en alguna otra figura penal, tal como la Difusión de Pornografía que la ley supra citada vino a establecer en 1999. En conclusión, corresponde absolver al imputado por los hechos inicialmente calificados como Corrupción Agravada y aquí recalificados como Abusos Deshonestos, por haber prescrito la acción penal.

**d) *Facilitación de medios y oportunidades para ejercer prostitución***

[SALA TERCERA]<sup>11</sup>

Extracto de la sentencia

Resolución 321-F-95

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas cincuenta y cinco minutos del ocho de junio de mil novecientos noventa y cinco.

"I.- Recurso por el fondo. Como reclamo del recurso por vicios in iudicando interpuesto por el imputado se acusa la inobservancia de los artículos 169 y 170.1 del Código Penal. Alega el acusado que su conducta no es delictiva, porque él no introdujo a las menores de edad ofendidas en el mundo de la prostitución, el cual es un

mal necesario, que es culpa de todos. Agrega que el hecho de que alguna de ellas tenga un hijo y que otra esté embarazada hace que ellas adquieran plena capacidad jurídica. Finalmente indica que se violenta el principio de legalidad porque él no es dueño del hotel o local donde ellas promueven su prostitución. Considera esta Sala de casación que el reclamo debe declararse sin lugar, por las siguientes razones. En primer lugar, en la sentencia impugnada no se reprochó al imputado ser la causa de la existencia de la prostitución como uno de los tantos males que aquejan nuestra sociedad, sino su acción personal de haber facilitado dolosamente la prostitución concreta de las menores [...], a quienes contactaba para que tuvieran relaciones sexuales con hombres que desembarcaban en Puerto Caldera, a cambio de una propina en dólares que obtenía de estos últimos por su servicio de intermediación. Aunque no haya sido él quien las inició en el oficio de la prostitución, lo cierto es que su conducta contribuyó a facilitar o posibilitar medios y oportunidades concretas para el ejercicio de esa actividad por parte de las menores indicadas, a la vez que le sirvió para lucrar indebidamente a expensas de aquéllas, sin que le importara el peligro que pudieran correr en manos de los hombres a quienes las entregaba, sino interesándose únicamente por recibir su propina correspondiente, según se acreditó en sentencia."

***e) Análisis del tipo de la fabricación o producción y definición de pornografía infantil***

[TRIBUNAL DE CASACIÓN]<sup>12</sup>

Extracto de la sentencia

Res: 2004-01391

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas cincuenta minutos del tres de diciembre de dos mil cuatro.

" II.- RECURSO DE CASACIÓN PLANTEADO POR OTTO BARRANTES CÉSPEDES . Dada la relación que existe entre el primer motivo de casación por el fondo de este recurso y el motivo de casación por el fondo que interpone el defensor particular del justiciable, esta Sala los

resolverá de manera conjunta. PRIMER MOTIVO DE CASACIÓN POR EL FONDO. Errónea aplicación del numeral 173 del Código Penal (folios 338 a 341 frente): El Tribunal tuvo por demostrado que el imputado le tomó fotografías tanto a la menor Y. Z. S. como a la joven Y.H.S. Asimismo, que fue Joaquín Barrantes Astúa quien sin saber cuál era el contenido del rollo fotográfico y sin que el acusado se lo pidiera, llevó a revelar las imágenes. Para el impugnante, en virtud de este marco fáctico puede concluirse que el acusado no produjo, fabricó o mandó a producir o fabricar los negativos, que son una etapa previa a la fabricación de las imágenes. La palabra fotografía se compone de dos términos, foto (luz) y grafía. Para que existan fotografías se ocupan que hayan sido reveladas, si no, no son fotografías aún. Si como dice el Tribunal, el acusado tomó las fotografías para revelarlas (entendiendo fotografía como algo que aún no se ha graficado), estaríamos ante una "intención" y no ante un hecho consumado (folio 340 frente). Que un rollo sin revelar no es material pornográfico. Por otra parte, el artículo 173 exige para que se configure el delito de producción de pornografía el uso de la imagen de una persona menor de edad. Si bien en este caso Y.H.S. dijo que la persona que salía en la foto era su hermana Y, (conclusión a la que llegó porque conoce su ropa y porque los oficiales del O.I.J. le preguntaron si podía reconocerla), lo cierto es que de la foto no se puede determinar de quiénes se trata. RECURSO DE CASACIÓN POR EL FONDO PLANTEADO POR EL LICENCIADO MARIO BARRANTES CÉSPEDES : Errónea aplicación del numeral 173 del Código Penal (folios 352 a 356 frente). En este motivo el defensor reitera los argumentos planteados por el imputado. Señala que no puede haber producción de pornografía sin producto deseado por el sujeto activo. Si el imputado inicia el proceso pero desiste, el delito no se consuma. En este caso, el imputado tomó las fotografías, pero quien las reveló fue Joaquín Barrantes Astúa, sin saber su contenido y sin que el imputado se lo pidiera. El imputado desistió de su idea de revelar las fotografías y obtener el producto, momento en que se habría configurado el delito. El reclamo no es de recibo : En lo que aquí interesa, el Tribunal tuvo por demostrado que: "sin poder precisarse la fecha; pero entre junio y julio del año dos mil dos aproximadamente, el imputado Otto Barrantes Céspedes, aprovechando que la menor Y.M.Z.S, de 9 años de edad, se encontraba en el interior de su oficina, (...), la lleva hasta un segundo aposento, donde primero coloca en una mesa una cámara fotográfica con disparador automático, y de seguido abriéndose la jareta de su pantalón se saca el pene y se lo introduce en la boca de la menor, con lo que logra accederla carnalmente vía oral. Acción que le sirve o permite fabricar o una (sic., folio 286 frente) producir la fotografía, donde aparece la menor en una acción, cuyo



contenido evidente y claramente pornográfico (sic., folio 286 frente). (...) Que el encartado Otto Barrantes Céspedes sin precisar hora ni fecha exacta pero en el trascurso de noviembre del año dos mil uno y antes del veintiocho de junio del año dos mil dos, procede a fabricar o producir material pornográfico, tomando como modelo a la menor de edad, Y.H.S, a la que pone a posar desnuda y en posiciones de evidente contenido erótico o sexual. Tomas que realiza el imputado en las oficinas del Sindicato de Educadores Costarricenses de esta ciudad (...)” (folios 285 a 287 frente). Más adelante, el Tribunal sostiene que independientemente de que el imputado nunca haya mandado a revelar el rollo de fotografías o las hubiese reproducido, lo importante es que él fue quien las tomó (folio 300 y 301 frente). También y aunque considera inverosímil que el acusado no pretendiera que las fotos se revelaran ya que carece de sentido que una persona tome una fotografía si la intención no es esa (folio 302 frente), tienen como cierto que el imputado no le informó a Joaquín Barrantes Astúa sobre el contenido del rollo fotográfico y que no le pidió que lo revelara, sino que se lo dio para que lo guardara en su oficina cuando se suscitó el escándalo del S.E.C. (folio 310 frente). Del marco fáctico antes expuesto extraemos las siguientes conclusiones: 1.- Se demostró que el acusado tomó en las oficinas del S.E.C. en Pérez Zeledón las fotografías donde aparece desnuda la joven Y.H.S.y la fotografía donde aparece Y.M.Z.S.besándole su pene. 2.- Joaquín Barrantes Astúa llevó a revelar el rollo que contenía las imágenes ya citadas, desconociendo su contenido y sin que se lo haya pedido el imputado. 3.- El acusado le dio el rollo a Barrantes Astúa para que se lo guardara una vez que se suscitó el escándalo del S.E.C. Partiendo de estas consideraciones, corresponde ahora determinar si la conducta del justiciable encuadra o no en el tipo penal de fabricación o producción de pornografía. III .- La defensa de la niñez contra las diversas formas de explotación y abuso sexual : La Convención sobre Derechos del Niño, vigente en nuestro país desde 1990, obliga al Estado costarricense a garantizar la protección de los niños contra las diversas formas de explotación y abuso sexual. En concreto, en el artículo 19 inciso 1) señala: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.” Por su parte, el artículo 34 indica: “Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los

Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos." (el destacado es nuestro). La protección de los menores de edad también se impone en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en el artículo 24 inciso 1) señala: "Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado." En igual sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reza : "Derechos del Niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado." (artículo 19). Finalmente, el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía , que tiene por objeto la lucha contra la venta de niños, la prostitución y la pornografía infantil, hace énfasis en la obligación del Estado de adoptar las medidas necesarias para prevenir, detectar, investigar, enjuiciar y castigar a los responsables de actos "de venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía o el turismo sexual." (artículo 10). Como se deriva de la normativa ya citada, el Estado costarricense está obligado a tomar las medidas necesarias para proteger a los menores de edad de la explotación o abuso sexual que en lo aplicable al caso en examen, puede darse a través de materiales pornográficos (inciso c) del artículo 34 de la Convención sobre Derechos del Niño). A la luz de estas consideraciones es que debe analizarse el artículo 173 del Código Penal. IV.- El numeral 173 del Código Penal como mecanismo legal de protección de la niñez y la adolescencia contra la explotación y el abuso sexual: Mediante la ley No. 7899 del 3 de agosto de 1999, publicada el 17 de agosto de ese año, la Asamblea Legislativa cumple con los requerimientos de la Convención al darle persecución penal a las conductas que implican la explotación o abuso sexual de menores en la producción de pornografía (artículo 173 del Código Penal) y su difusión (artículo 174 del mismo cuerpo legal). En lo que interesa, el artículo 173 señala: "Quien fabrique o produzca material pornográfico, utilizando a personas menores de edad o su imagen , será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años. (...)" (El destacado es nuestro). El bien jurídico tutelado en el

numeral 173 : La norma protege la indemnidad de los menores de edad, evitando que sean usados o lo sea su imagen en la producción de pornografía. Según se desprende del artículo se tutela la dignidad del niño como persona y su derecho a un sano desarrollo. El tipo penal protege un bien jurídico individual ya que los actos que se reprochan deben darse en perjuicio de uno o varios menores determinados, sea porque se les utilice en la producción del material pornográfico o porque se use su imagen. El bien jurídico se lesiona desde el momento mismo en que se involucra a los menores de edad en la producción del material (verbigracia, posando en fotografías), o se emplea su imagen ya que ese acto supone un menosprecio de la dignidad y autoestima de los primeros. Sobre los verbos fabricar y producir contemplados en el artículo : Fabricar, según la Real Academia Española, significa

" (...) Elaborar. Hacer, (...)" (.). La fabricación entonces equivale a hacer o elaborar un objeto -que en el caso en examen, sería material pornográfico-. Por su parte, el verbo producir se define como "(...)Procurar, originar, ocasionar. Fabricar, elaborar cosas útiles. (...) Crear cosas o servicios con valor económico." (Real Academia Española, *Ibíd .* ) El concepto de producción también puede interpretarse tomando como referencia la persona del productor y los significados que da el DRAE de esta palabra: " 3. Persona que con responsabilidad financiera y comercial organiza la realización de una obra cinematográfica, discográfica, televisiva, etc., y aporta el capital necesario. 4. Empresa o asociación de personas que se dedican a la producción cinematográfica o discográfica" ( *Ibíd .* ). En síntesis, tanto la producción como la fabricación son sinónimos de elaboración , palabra que implica un proceso de transformación de una cosa o la obtención de un producto a través de un trabajo adecuado, o la ideación o invención de algo complejo (DRAE, *Ibíd .* ). Fabrica o produce el sujeto que hace , que construye , que elabora , que crea u obtiene una obra o producto. En igual sentido al expuesto, la doctrina nacional señala que tratándose del numeral 173 citado "Entra en el concepto de producción, la reproducción de revistas, vídeos o discos compactos. (...) Fabrica tanto el que por su propia cuenta origina o reproduce material pornográfico, como el que financia la producción o fabricación. Incluso, entran en el término acciones como escribir, filmar, retratar, dibujar, editar la voz o imagen de un menor . (...)" (El destacado es nuestro). RODRIGUEZ, Alexander. Análisis crítico de la Ley contra la explotación sexual en personas menores de edad. *Med. leg. Costa Rica .* [online]. mar. 2002, vol.19, no.1 [citado 07 Noviembre 2004], p.49-58. Artículo disponible en la dirección: [http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S140900152002000100005&lng=es=0](http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S140900152002000100005&lng=es=0) Como se

extrae de lo indicado, fabrica o produce pornografía el que la crea, la elabora, la origina o construye. Asimismo, la actividad de producción ha sido definida desde una óptica ius-informativa como "la fase de incorporación del mensaje al soporte que ha de conducirlo" (GUTIÉRREZ DAVID, María Estrella. Pornografía infantil en internet. <http://www.delitosinformaticos.com/delitos/pornografiainfantil4.shtml> ). De todo lo antes expuesto concluye esta Sala que la producción del material pornográfico implica el proceso de creación o elaboración que culmina con la incorporación del mensaje en el soporte. Sobre las palabras "material pornográfico" : Según el DRAE, lo material es "Perteneiente o relativo a la materia. Opuesto a lo espiritual. (...) Cada una de las materias que se necesitan para una obra, o el conjunto de ellas. (...)" . La materialización se da cuando la idea o el proyecto adquiere una naturaleza material y sensible. Por su parte, lo pornográfico hace referencia al "Carácter obsceno de obras literarias o artísticas." (Real Academia Española, Ibíd. ) El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía , define como pornografía infantil "toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicándose a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de los órganos sexuales de un niño, con fines principalmente sexuales." (artículo 2). Así las cosas, según se extrae del Protocolo y de la misma definición del DRAE que hace referencia a la naturaleza obscena de la obra, la pornografía debe entenderse como la representación de los menores de edad en actividades sexuales o de los órganos sexuales de un niño con fines sexuales, cualquiera que sea el medio o el soporte en que sé de esa representación , en tanto exista alguno. Si pensamos en la noción de material pornográfico que menciona el artículo 173 entendemos que la norma pone el énfasis en el soporte mismo de esa representación, que bien podría tratarse de fotografías, negativos fotográficos, un rollo de película fotográfica que contiene las imágenes, diapositivas, revistas, libros, dibujos, cintas de video, discos de computadora u otros archivos. Lo importante entonces, es que la representación esté inserta en un soporte material que muestre a un niño o una niña en un contexto sexual. No comprenderlo de esta manera quebranta el espíritu de la norma ya que se estaría desconociendo que el empleo de los menores de edad o sus imágenes en la elaboración de material pornográfico puede darse de innumerables maneras. Hoy en día, el avance de las tecnologías ha superado sobradamente la era de la escritura y la imprenta y en ese tanto, la producción de pornografía infantil ha adquirido matices insospechados. En resumen, desde que se crea el

soporte que contiene la representación puede considerarse que el mensaje ya está producido y lo que suceda con posterioridad a este momento carece de importancia a efectos de la consumación de este tipo penal. Sobre la utilización de los menores de edad o su imagen : La utilización de menores de edad o su imagen en la producción o fabricación del material pornográfico está vinculada con la actividad de creación del mensaje. Según la doctrina, "desde el punto de vista jurídico-informativo, como ha señalado Pilar Cousido, "la "creación afecta a la génesis de los mensajes y al modo o puesta en forma de cada uno de ellos, según su especie, para adaptarlo al lenguaje de cada medio" y, en el caso de la pornografía infantil, consistirá en la captación de las imágenes y escenas de los menores involucrados en una actividad sexual para su posterior incorporación y adaptación del correspondiente soporte." GUTIÉRREZ DAVID, María Estrella. Pornografía infantil en internet.

<http://www.delitosinformaticos.com/delitos/pornografiainfantil4.shtml> ). Los menores de edad entonces se utilizan en la producción de pornografía cuando se les involucra en actividades con el fin de captarlos -a través de diversos mecanismos- o bien, cuando se emplean las imágenes que ya existen de ellos para luego incorporarlas a un soporte determinado. V.- Resolución del caso en examen : Aplicando estos conceptos al presente asunto, estima esta Sala que el acusado consumó la conducta que describe el numeral 173 citado. El encartado ejecutó el verbo típico que contempla la norma desde el momento mismo en que utilizó a las menores de edad en el proceso de fabricación o producción de las fotografías, con independencia de lo que sucediera posteriormente con el rollo que contenía esas imágenes. No puede perderse de vista que el bien jurídico tutelado se ha visto lesionado desde el momento mismo en que el procesado captura la imagen de las niñas con la cámara y crea el soporte material que las contiene. Aunado a esto, como ya indicamos antes el concepto de material pornográfico es muy amplio. Sin que se esté haciendo una interpretación extensiva de estos términos, es obvio que hoy en día no se reduce a la escritura o imprenta sino a la representación que se obtiene de los menores de edad incorporada en un soporte y entre los cuales podría incluirse el rollo fotográfico. Tan es así que el rollo podría comercializarse e incluso, cualquiera que tuviese las condiciones para ello (verbigracia, un cuarto de revelado), tendría acceso a las fotografías, al igual que tratándose de fotografías digitales tiene acceso cualquiera que tenga una computadora y el programa respectivo. Finalmente, resta indicar que el tipo penal no se configura solamente con el uso de "la imagen" de personas menores de edad en la producción o fabricación de pornografía. También se

sanciona el empleo directo de estas personas. Así las cosas, se declara sin lugar el presente motivo. "

**FUENTES CITADAS**

- 1 GUTIÉRREZ VILLALOBOS, Maribel. Delitos Sexuales. Aumento de las penas y su eficacia punitiva. 1º edic. San José, C.R. Euned, 1999. pp 100-102.
- 2 GUTIERREZ Ibidem 89-90.
- 3 BARRERA DOMINGUEZ, Humberto. Delitos Sexuales. 3º edic. Colombia. Edit. Librería Profesional. Pp 196-197.
- 4 MUÑOZ ELIZONCO, Franco. Guía para el desarrollo del curso de Derecho Penal Para el programa de Capacitación de Servidores Judiciales. San José. C.R. Corte Suprema de Justicia. Mundo Gráfico. 1991. pp 77-80.
- 5 CAMACHO CUBILLO, Wendy. Problemática en la investigación de los delitos sexuales cometidos contra los menores de Edad. Trabajo final de graduación para optar por el grado de licenciatura en Derecho. San José, C.R. Universidad La Salle. 2003. pp 4-6.
- 6 MORERA BLANCO, Freddy. Antología legal: Pasantía para la conceptualización y abordaje de los delitos sexuales en Costa Rica. Fundación ser y crecer. pp 18-20
- 7 ASAMBLEA LEGISLATIVA. Fortalecimiento de la Lucha Contra La Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad mediante la reforma y adición de varios artículos al Código Penal, Ley N° 4573, y reforma de varios artículos del Código Procesal Penal, Ley N° 7594. Ley N° 8590 del 18/07/2007
- 8 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución: 2006- 00729 San José, a las ocho horas cuarenta y cinco minutos del once de Agosto de dos mil seis.
- 9 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Resolución: 2008-0399. Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea, a las diez horas del quince de mayo de dos mil ocho.
- 10 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DEL TERCER CIRCUITO JUDICIAL DE ALAJUELA, Resolución: 2008-000186. SECCIÓN PRIMERA. San Ramón , a las nueve horas quince minutos del nueve de mayo de dos mil ocho.
- 11 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución 321-F-95. San José, a las catorce horas cincuenta y cinco minutos del ocho de junio de mil novecientos noventa y cinco.
- 12 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución: 2004-01391. San José, a las nueve horas cincuenta minutos del tres de diciembre de dos mil cuatro.