



# Concepto de Vulnerabilidad Aplicado a Delitos Sexuales Contra Personas Menores de Edad

Rama del Derecho: Derecho Penal.	Descriptor: Derecho Penal Especial.
Palabras Claves: Menor de Edad, Vulnerabilidad, Violación, Abusos Sexuales, Estupro, Aprovechamiento de la Edad, Relaciones Sexuales con Persona Menor de Edad, Relaciones Sexuales Remuneradas con persona Menor de Edad.	
Fuentes de Información: Normativa y Jurisprudencia.	Fecha: 23/08/2013.

## Contenido

RESUMEN.....	2
NORMATIVA.....	2
Delitos Sexuales Contra Personas Menores de Edad.....	2
JURISPRUDENCIA .....	4
1. Análisis Sobre el Elemento Subjetivo "Aprovechamiento de la Edad" en el Delito de Relaciones Sexuales con Persona Menor de Edad.....	4
2. Facultad de la Víctima Menor de Edad para Denunciar las Acciones Cometidas en su Perjuicio.....	7
3. Fundamentación del Término “Vulnerabilidad” y su Aplicación en los Delitos Sexuales en Contra de Personas Menores de Edad .....	8
4. Vulnerabilidad del Menor de Edad en Materia de Delitos Sexuales .....	10
5. Vulnerabilidad del Menor de Edad, Retardo Mental y Problemas de Aprendizaje.....	15
6. La Vulnerabilidad como Elemento Agravante de los Delitos Sexuales en Contra de Menores de Edad.....	18

## RESUMEN

El presente documento contiene jurisprudencia sobre el Concepto de Vulnerabilidad Aplicado a los Delitos Sexuales Contra Personas Menores de Edad, considerando los supuestos de los artículos 156 a 161 bis del Código Penal.

## NORMATIVA

### Delitos Sexuales Contra Personas Menores de Edad

[Código Penal]<sup>i</sup>

Artículo 156. **Violación.** Será sancionado con pena de prisión de diez a dieciséis años, quien se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, con una persona de 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.

*(Así reformado mediante el artículo 1° de la ley N° 8590 del 18 de julio del 2007).*

Artículo 159. **Relaciones Sexuales con Persona Menor de Edad.** 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.

*(Así reformado mediante el artículo 1° de la ley N° 8590 del 18 de julio del 2007).*

**Artículo 160. Actos Sexuales Remunerados con Personas Menores de Edad.** 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.

*(Así reformado mediante el artículo 1° de la ley N° 8590 del 18 de julio del 2007).*

**Artículo 161. Abusos Sexuales Contra Personas Menores de Edad e Incapaces.** 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.

*(Así reformado mediante el artículo 1° de la ley N° 8590 del 18 de julio del 2007).*

Artículo 161 bis. **Disposición Común a los Delitos Sexuales contra Personas Menores de Edad.** Cuando se cometa un delito sexual cuya víctima sea una persona menor de edad, los jueces quedan facultados para imponer, además de las penas consignadas en cada caso, las de inhabilitación absoluta en el tanto que estimen pertinente, de acuerdo con la gravedad del hecho y dentro de los límites fijados para esta pena.

La inhabilitación regirá por todo el plazo establecido en la sentencia condenatoria, sin posibilidad de que sea disminuida por los beneficios que, de conformidad con la legislación procesal penal, puedan otorgársele al condenado.

*(Así adicionado por el artículo 2° de la ley N° 8874 del 24 de setiembre de 2010)*

## **JURISPRUDENCIA**

### **1. Análisis Sobre el Elemento Subjetivo "Aprovechamiento de la Edad" en el Delito de Relaciones Sexuales con Persona Menor de Edad**

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José]<sup>ii</sup>

Voto de mayoría:

“II. Deben acogerse los recursos. En este asunto ninguna de las partes ataca la fijación de los hechos que el Tribunal tuvo por demostrados. Pese a ello, esta Cámara, cumpliendo la obligación legal de hacer un análisis integral de lo resuelto, aún de forma oficiosa, ha valorado si ha existido algún vicio en el proceso o en la sentencia en cuanto a ese tema, para concluir que si lo ha habido y ha sido eso, justamente, lo que ha generado ambas impugnaciones que, aunque atacan la calificación legal y las consecuencias que esos hechos pueden tener, parten de la fase fáctica fijada por el a quo, la cual, como se dirá, no fue correctamente fundamentada. Para resolver ambas impugnaciones, debe tenerse en cuenta que, según se desprende de los hechos acusados 2 a 4, al encartado se le atribuyó haber tenido relaciones sexuales con la ofendida, su sobrina de 17 años, luego de que ella llegara a vivir a la casa de su abuela, en la que dicha persona vivía y, ante la negativa a las insinuaciones sexuales que el imputado le hacía, éste le indicó que si no accedía a ello no iba a continuar con su manutención, lo que hizo que la víctima cediera y tuvieran relaciones sexuales en diversas oportunidades, producto de las cuales, ella quedó embarazada. Esos hechos acusados fueron acreditados, con la única diferencia que, mientras el ente fiscal acusó

que se dieron en tres oportunidades, el Tribunal tuvo por demostradas solo dos ocasiones (ver DVD, archivo 2012/03/05, cámara 12, secuencia a partir de las 10:26:42 y hasta las 10:34:54). Esa determinación de los hechos probados, en las mismas condiciones de modo en que fueron acusados, surgió porque el relato de la ofendida así lo permitió (ver DVD, archivo 2012/03/05, cámara 12, secuencia a partir de las 10:29:26). Pese a ello, al momento de que a los jueces de instancia les corresponde establecer las consecuencias jurídicas de esos hechos probados, descartan la calificación legal de violación, aunque le reprochan al encartado que "...usted se aprovechó de la confianza que tenía para poder ejercer la intimidación necesaria con la intención de vulnerar la capacidad de decidir de doña P. y poder convencerla" (ver DVD, archivo 2012/03/05, cámara 12, secuencia a partir de las 10:45:30 a las 10:45:48; se suple el énfasis) y llegan, inclusive, a aumentar la sanción mínima prevista para el delito de relaciones sexuales agravadas con persona menor de edad, argumentando que se sube un año más por la intimidación ejercida (ver DVD, archivo 2012/03/05, cámara 12, secuencia entre las 11:03:16 y 11:03:29), afirmando, contradictoriamente, que no se da la violación, porque los hechos acusados no pueden subsumirse en el tipo objetivo, sino que lo que se acreditó fue que la ofendida, producto de un consentimiento viciado, aceptó las relaciones (ver DVD, archivo 2012/03/05, cámara 12, secuencia a partir de las 11:03:45 y hasta las 11:04:40). Con argumentos tan contradictorios (porque aceptan la intimidación pero descartan la subsunción típica en la violación, que supone violencia que puede ser física o moral o de tipo intimidatorio), se descarta la calificante pedida por la Fiscalía, sin decir a cuál se refiere. Empero, nunca se analizó en la sentencia si el consentimiento viciado o la intimidación son parte del elemento objetivo de la violación, en su modalidad simple o agravada, al tenor del artículo 156 inciso 3 del Código Penal ( "Cuando se use la violencia corporal o intimidación" ) ni se valoró, tampoco, si se da, en la especie, un aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima (inciso 2 del citado numeral). Es decir, la sentencia fue omisa y contradictoria en torno a este extremo, como igualmente omisa resultó en escrutar si, a los efectos del tipo penal aplicado (de relaciones sexuales consentidas con persona menor de edad) basta un dolo común o si hay elementos subjetivos adicionales (aprovecharse la edad) y si éstos fueron acusados (para efectos de correlación) y acreditados en autos, tal y como se expusiera en los votos números 2007-252 y 2010-1405 del antes denominado Tribunal de Casación Penal el que, con diferentes integraciones cuyo razonamiento aquí se comparte, en el último pronunciamiento indicó: " El artículo 159 del Código Penal regula el delito de relaciones sexuales con personas menores de edad, y en el párrafo primero establece que: "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....", de manera que, si el Ministerio Público considera que una persona ha cometido el hecho delictivo, debe indicar en la acusación, las razones o

circunstancias que permitan derivar que el sujeto activo "se aprovechó" de la edad de la víctima. En consecuencia, no basta para la configuración del delito, que se hayan dado las relaciones sexuales con la persona menor de edad (de 13 a 15 años de edad), sino que deben mediar circunstancias de tal naturaleza, que muestren que el acusado se aprovecha de la escasa edad de la víctima. Al respecto este mismo Tribunal ha establecido lo siguiente: "En el antiguo delito de Estupro (...) el supuesto de hecho consistía en tener acceso carnal con el consentimiento de la mujer honesta, siempre y cuando ésta fuera mayor de doce años y menor de quince. Aparte de la edad, se exigía también que la mujer fuera "honesta". A diferencia de lo anterior, en el actual delito de "Relaciones sexuales con personas menores de edad", el tipo penal básico sanciona a: "Quien, aprovechándose de la edad, se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, con una persona de cualquier sexo, mayor de doce años y menor de quince, aún con su consentimiento..." (artículo 159 del Código Penal; reforma introducida mediante Ley número 7899 de 3 de agosto de 1999, publicada en La Gaceta número 159 del 17 de agosto de 1999). Como claramente se observa (...) en el nuevo supuesto de hecho se estableció expresamente que el sujeto activo debe realizar la conducta "aprovechándose de la edad". Estamos aquí frente a un elemento subjetivo del tipo, lo cual significa que el agente, a la hora de actuar debe hacerlo con la particular voluntad de sacar provecho o ventaja de su propia experiencia en desmedro de la inexperiencia de la víctima, quien, precisamente, dada la disparidad de situaciones accede a mantener la relación sexual. Como se indica en la propia resolución recurrida, se trata de un tipo penal en que no basta con que la víctima cuente con una edad entre los doce y los quince años, sino que, además, debe estar en una situación de desventaja, por su inmadurez emocional, sexual, cognitiva y volitiva, de la cual se aprovecha el sujeto activo. De lo anterior se deduce, con toda claridad, que siempre que se vaya a formular una acusación contra una determinada persona por la comisión del delito de "Relaciones sexuales con personas menores de edad", deberá indicarse claramente en qué consiste la circunstancia de haber actuado el agente "aprovechándose de la edad", pues de lo contrario se le estaría causando indefensión al imputado" (Sentencia 2007-0252 del Tribunal de Casación Penal de San José)."

Los vicios referidos afectan la motivación de toda la sentencia condenatoria pues inciden en la correcta determinación del marco fáctico que, en realidad, tuvo por acreditado el Tribunal pues, entonces, aunque se da por sentada la intimidación, no se motiva la sentencia en tal extremo ni en elemento de aprovechamiento de la edad por el que se decantaron los jueces. Eso impide, como lo pide la Fiscalía, mantener el cuadro fáctico, sino que obliga a su anulación. Esos graves defectos quedan en evidencia ante el recurso fiscal que, adhiriéndose al de la Defensa Pública que plantea un agravio menor, inobserva tales contradicciones, pese a ser de bulto. Por todo lo expuesto, deben acogerse ambas impugnaciones y, para garantizar el derecho al

recurso al encartado ante la fijación correcta de hechos que debe hacerse, debe anularse parcialmente la sentencia venida en alzada y ordenarse el reenvío ante una nueva integración del órgano de instancia, para que fije, con una motivación coherente, no sólo el cuadro fáctico sino las consecuencias jurídicas de los dos hechos en perjuicio de P., quedando firme, por no haberse recurrido, lo relativo a las absolutorias por otros hechos, acusados como cometidos en detrimento de M. y A.M. Asimismo, dado que el ente fiscal no ha cuestionado, en su impugnación, la cantidad de eventos acreditados, estos no pueden superar los dos ya referidos, debiéndose determinar, en dicho reenvío si, en caso de corresponder los hechos a una violación, ésta resulta ser calificada, como lo ha pedido el ente fiscal en su recurso.”

## **2. Facultad de la Víctima Menor de Edad para Denunciar las Acciones Cometidas en su Perjuicio**

[Sala Tercera]<sup>iii</sup>

Voto de mayoría

“III. [...] En efecto, el gestionante alegó, respecto a uno de los menores ofendidos (N.), que este no estuvo representado por un mayor de edad. En esta ocasión, el recurrente hace extensivo ese reclamo a todos los menores perjudicados, agregando a su alegato su preocupación por la violación de los derechos de las víctimas y su revictimización en este proceso. En relación a esta queja y la denuncia del menor, esta Sala en el voto número 2007-0042, de las 16:05 horas, del 01 de febrero de 2007, indicó: “En lo que atiene a la presunta irregularidad de que, al denunciar los hechos, N.. no estuviera representado por un mayor de edad o por el Patronato Nacional de la Infancia, tampoco es atendible la inconformidad del defensor. Haciéndose eco de las disposiciones programáticas contenidas en Convención sobre Derechos del Niño ( aprobada por nuestro país mediante ley 7184, del 12 de julio de 1990), en este caso en su artículo 19, nuestra legislación reconoció el derecho que tiene todo menor de edad a denunciar por sí mismo los hechos cometidos en su detrimento, a fin de no condicionar esa tutela a la asistencia de otra persona (física o jurídica), pues tratándose de un derecho elemental, no puede estar condicionado en su ejercicio a la voluntad de otro sujeto. Es así como en su artículo 104, el Código de la Niñez y la Adolescencia, se garantizó a las personas menores de edad el derecho a denunciar las acciones cometidas en su perjuicio. De modo que si el susodicho menor no fue asistido por quien lo representaba o por el Patronato Nacional de la Infancia, ello no constituye defecto alguno del proceso”. Como se observa, el argumento de que las denuncias no resultan legítimas pues fueron planteadas por menores de edad, ya fue analizado por esta Cámara, aunque respecto a uno de los ofendidos; sin embargo, el análisis es el mismo respecto a los demás perjudicados, todos menores de edad. Este criterio ya había sido externado por esta Sala, señalándose: “El delito por el que resultó

condenado el gestionante en revisión, cuando aún no había sido derogado el artículo 81 bis del Código Penal y en la actualidad, es de acción pública, por lo que podía ser denunciado por cualquier persona o inclusive iniciarse la acción de oficio. Además, según la doctrina mayoritaria (citada por Llobet Rodríguez Javier, "Proceso Penal Comentado", segunda edición, 2003, páginas 287 y 288), "no se requiere determinada edad o bien madurez síquica, para denunciar, ya que esta facultad es independiente de la posibilidad de llegar a ser responsable del delito de denuncia calumniosa". En todo caso, el artículo 104 del Código de la Niñez y la Adolescencia, (Ley 7739 de 6 de febrero de 1998) dispone: "Derecho de denuncia. Se garantiza a las personas menores de edad el derecho a denunciar una acción cometida en su perjuicio...". Por ello, ni era necesario establecer la edad de la víctima, ni ésta carecía de facultad legal para interponer la denuncia, lo que obliga a declarar sin lugar el reparo .," (voto 1186-2004, de las 10:00 horas, del 08 de octubre de 2004). Ahora bien, el revisionista también reclama la violación de los derechos de los ofendidos pues fueron revictimizados por parte de las autoridades. Estima esta Cámara que el reclamo del sentenciado no responde a un interés válido, puesto que en realidad su única intención es deslegitimar la intervención de los menores a quién con su actuar los redujo a víctimas, por lo que su reclamo resulta manifiestamente improcedente. A mayor abundamiento la comparecencia de los menores a ejercer sus derechos ante las autoridades correspondientes constituyó la única forma válida de obtener protección frente al comportamiento ilícito del justiciable, sin que ello sea equiparable a la revictimización que se aduce en el reproche. En este sentido, acusar de las autoridades un daño por el proceso penal iniciado a efecto de detener los ultrajes y vejaciones así como reprimir a los responsables de tales actos, es una posición que contrasta groseramente con las acciones por las que fue encontrado culpable y sentenciado el quejoso. Así las cosas, sin lugar el reclamo."

### **3. Fundamentación del Término "Vulnerabilidad" y su Aplicación en los Delitos Sexuales en Contra de Personas Menores de Edad**

[Sala Tercera]<sup>iv</sup>

Voto de mayoría

"III. Por último, en el único motivo por el fondo, manifiesta la licenciada Ligia María Durán Solano que existe una errónea calificación del hecho sancionado, pues en el presente caso se está tan solo ante una y no dos relaciones sexuales con una persona menor de edad como lo estimó el Tribunal. Manifiesta que esta ilicitud, al igual que sucedía previo a la reforma de la Ley No. 7899 del 3 de agosto de 1999, que regulaba en términos semejantes la conducta que en el artículo 159 del Código Penal se describe, se sancionaba una única vez, en virtud de que lo que protegía era la inexperiencia sexual de la víctima, aspecto que no fue considerado por los juzgadores.

Indica también que, si lo que se pretende tutelar es la inexperiencia sexual en estos casos, la misma desaparece cuando en las siguientes relaciones existe consentimiento por parte de la persona menor ofendida. Sobre este punto explica que: “En esta segunda ocasión en que mi defendido y la menor mantienen relaciones sexuales, no se está vulnerando la inexperiencia de la víctima, pues la menor adquirió un pleno conocimiento y una aceptación de mantener relaciones sexuales con el imputado, lo que hizo que adquiriera en pleno, sus capacidades cognoscitivas y volitivas, para entender los actos que realizaba.” (Ver folio 145). El reclamo no es atendible: Aun cuando en efecto se establece que en esta clase de ilícito el bien jurídico a tutelar o proteger lo es la inexperiencia sexual de la víctima, esto no significa, siguiendo el razonamiento que expone la defensa en su recurso, que las personas que por alguna razón en particular han mantenido relaciones sexuales en otra oportunidad, previo al cumplimiento de los doce años de edad o después de estos pero antes de los quince años (por ejemplo, como consecuencia de una violación), no puedan ser protegidas de este delito, en el tanto ya tuvieron una experiencia sexual, aun cuando fuera contra su voluntad. En realidad, con el establecimiento de este tipo penal, llámese “relación sexual con persona menor de edad” o “estupro”, lo que se pretende proteger es una situación de vulnerabilidad de las personas que se encuentran en esta edad y que se deriva, como ya se ha indicado, de la inexperiencia sexual que ostentan por encontrarse entre los doce años cumplidos y los quince años no cumplidos. Ahora, si bien han alcanzado un nivel de desarrollo importante en este momento para actuar y vincularse con el mundo que les rodea, resulta que no cuentan aun con la capacidad o madurez fisiológica y psicológica suficiente para poder decidir libremente sobre todos los aspectos de su vida, en especial sobre su sexualidad. Lo que se pretende evitar, en consecuencia, es que su libertad sexual se vulnere mientras se encuentren en esta fase de su desarrollo, en virtud de que no han alcanzado la madurez fisiológica y psicológica suficiente para poder actuar de manera consciente y libre en este ámbito. No en vano indica la doctrina que “(...)la ilicitud no proviene ya de la ausencia de un consentimiento válido de la víctima, sino, precisamente, de la experiencia de un consentimiento insuficiente para borrar esta ilicitud, por haber sido prestado por una víctima que la ley reputa desconocedora de las consecuencias del acto. En este sentido, el ataque a la reserva sexual configurada como libertad de permitir el acceso a quien se desea es muy relativo; más bien el interés protegido es el de la honestidad en el aspecto de la normalidad temporal del trato sexual: se castiga un acceso carnal cuya ilicitud se fundamenta en la temprana edad y la inexperiencia de la víctima.” (CREUS, Carlos. “Derecho Penal, Parte Especial”, Tomo 1, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1999 p. 187). Bajo esta tesitura, no es de recibo el argumento de la defensa que en la especie nos encontramos ante una sola delincuencia de “relación sexual con persona menor de edad”, dado que, según el argumento que se presenta, luego del primer encuentro sexual entre la ofendida y su representado, ya no se afectó en otras oportunidades el bien jurídico a tutelar en este caso, pues tal y como se encuentra

previsto en la ley, lo que se castiga son los accesos carnales que una persona tenga con otra de las circunstancias descritas o señaladas en la disposición. La inexperiencia sexual como bien jurídico a tutelar en este ilícito no es la inexistencia de relaciones sexuales previas, sino la inexperiencia que se deriva de la edad en la que se encuentra la víctima y de la escasez o insuficiente madurez fisiológica y psicológica que presenta para decidir libremente sobre todos los ámbitos de la vida, y específicamente en el ámbito sexual. Así las cosas, estando claramente acreditado que el justiciable Juan Siles Hernández en dos ocasiones distintas y diferenciadas en el tiempo y el espacio accedió carnalmente a la ofendida Y.T.R, pues una sucedió a finales del año 2002 en la "Zona de Los Santos" y la otra a principios del año 2003 en Pérez Zeledón (ver hechos probados de folios 119 y 120), se estima, como bien lo resolvió el Tribunal, que en la especie nos encontramos ante dos delitos de relaciones sexuales con una persona menor edad, tal y como lo prevé el artículo 159 del Código Penal."

#### **4. Vulnerabilidad del Menor de Edad en Materia de Delitos Sexuales**

[Sala Tercera]<sup>v</sup>

Voto de mayoría

I. Por escrito de fecha seis de febrero de dos mil trece (f.205 a 209 del legajo principal), la Licenciada Grace María Sánchez Granados en su condición de codefensora particular del imputado M (apersonamiento visible a folio 210), interpone formal recurso de casación contra la resolución número 2013-0009, de las once horas veinticinco minutos del ocho de enero de dos mil trece, dictada por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, que declara sin lugar el recurso de apelación incoado por el justiciable M contra la sentencia no.681-2012 de las quince horas cincuenta minutos del dos de octubre de dos mil doce emitida por el Tribunal de Tercer Circuito Judicial de San José.

II. Primer Motivo de Casación por el Fondo. Errónea Aplicación de un Precepto Legal Sustantivo, según el artículo 156 incisos 2) y 3) del Código Penal con desaplicación del artículo 159 del mismo cuerpo legal. Relata la recurrente que el presente medio impugnativo está vinculado únicamente a la readecuación de la tipicidad de los hechos acreditados en sentencia, pues la resolución del Tribunal de Juicio, tuvo por demostrada la tesis fiscal acreditando que el imputado M se aprovechó de la corta edad del ofendido G, de su inocencia y fácil manipulación por su enfermedad de Asperger para cometer los hechos, estableciendo posteriormente el mismo fallo, que el imputado "obligó" al menor a realizar actos de índole sexual, pero sin indicar en qué consistió esa acción de "obligar". Señala que en el análisis de tipicidad, debe examinarse para el caso concreto la existencia de los conceptos de "vulnerabilidad" e "intimidación" o "amenazas" contenidos en la norma del 156 del Código Penal. En

cuanto a la “vulnerabilidad,” arguye que el Tribunal de Juicio se concentra en el hecho de que el menor G padece del síndrome de Asperger para decretar la supuesta vulnerabilidad que contempla la norma, más no indica cómo dicho síndrome lo tornó vulnerable, siendo que a partir de la declaración del testigo C del Departamento de Psiquiatría Forense de la Medicatura Forense, no es posible deducir que al momento de los hechos el ofendido siguiera ordenes como autómatas o que tuviera limitadas sus capacidades cognitivas, sino por el contrario que ese síndrome no limita la comprensión, juicio, memorización o razonamiento de la víctima, no entendiéndolo el impugnante, cómo el Tribunal de Juicio, acredita la vulnerabilidad del ofendido G por padecer Síndrome de Asperger y tener anulada su voluntad, cuando del interrogatorio de las partes al ofendido no es posible sostener que aquel mantuviera a la edad de catorce años sus capacidades de comprensión, voluntad o juicio alteradas, siendo que por el contrario el psicólogo forense Saborío Valverde le otorga a la víctima capacidades normales de comprensión y juicio. Reprocha, igualmente el peticionario que el Tribunal para sostener la “vulnerabilidad” del ofendido, recurre a detalles del testimonio de G que ocurren antes que aquel tuviera catorce años y que el imputado fuera mayor de edad, actuación que infringe el derecho de defensa de M, por tenerse que ventilar ese accionar en la sede Penal Juvenil correspondiente y no en la de adultos. Por otra parte, en cuanto a las supuestas “amenazas” inferidas por el justiciable en contra de G, es claro que aquellas no resultaban intimidatorias, pues se trataba de un menor de catorce años cumplidos con capacidades cognitivas y volitivas no alteradas, no indicando el a quo claramente en qué consistieron esas intimaciones que doblegaron la voluntad del menor. Indica por otra parte, que el Tribunal de instancia, para determinar la existencia de las agravantes de los incisos 2) y 3) del artículo 156 del Código Penal, recurrió incluso a actos no incorporados a debate, como lo fue el hecho de acreditar el temor del ofendido G de ser percibido como homosexual, que lo llevó a piroppear a la asistente del juicio. Finalmente, solicita la casacionista declarar con lugar el recurso y recalificar los hechos de violación al delito de relaciones sexuales con personas menores de edad, dada la falta de acreditación de las agravantes de vulnerabilidad o intimidación necesarias para la configuración del delito de violación, así como por la infracción a los principios de correlación entre acusación y sentencia, de motivación y del contradictorio.

III. Consideraciones Previas. A la luz de la promulgación de la Ley número 8837, de Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia, Otras Reformas al Régimen de Impugnación e Implementación de Nuevas Reglas de Oralidad en el Proceso Penal, publicada en La Gaceta nº 111, Alcance 10-A, en rigor desde el 9 de diciembre de 2011, el Poder Legislativo dispuso garantizar el derecho de apelación y audiencia de una manera más diáfana, estableciendo una instancia que reexamine integralmente el fallo, función que encomendó a los Tribunales de Apelación de la Sentencia Penal, con el fin de controlar la legalidad y la justicia de las decisiones tomadas por los Tribunales

de Juicio. En ese orden de ideas, la reforma consideró también necesario reestructurar el Recurso de Casación, instaurando disposiciones normativas que determinen los requisitos formales para la admisibilidad de dichas impugnaciones, manteniendo su competencia principalmente para unificar la interpretación del derecho, ejerciendo la tutela judicial efectiva sobre la legalidad de los pronunciamientos los Tribunales de Apelación. En atención, a la letra de la legislación vigente, será inadmisibles en materia de casación cualquier motivo que invoque un menoscabo de la resolución dictada por un Tribunal de Juicio, ya que por ese medio únicamente resultan impugnables las decisiones de los Tribunales de Apelación de la Sentencia Penal, según el numeral 467 del Código Procesal Penal, que señala: “El recurso de casación procederá contra las resoluciones dictadas por los tribunales de apelación de sentencia, que confirmen total o parcialmente, o bien resuelvan en definitiva, la sentencia dictada por el tribunal de juicio” (el suplido es nuestro). Por otra parte, el numeral 468 del Código Procesal Penal refiere como requisitos de impugnación objetiva que los reclamos, estén dirigidos puntualmente sobre tres presupuestos a saber: “a) Cuando se alegue la existencia de precedentes contradictorios dictados por los tribunales de apelación de sentencia, o de estos con precedentes de la Sala de Casación Penal. b) Cuando la sentencia inobserve o aplique erróneamente un precepto legal sustantivo o procesal (el suplido es nuestro). Requisitos sine qua non, que requieren -bajo pena de inadmisibilidad- del cumplimiento de formalidades básicas, conforme al numeral 469 del Código Procesal Penal, siendo que cada motivo: “...Deberá estar debidamente fundado y citará, con claridad, las disposiciones legales que se consideren inobservadas o erróneamente aplicadas, o bien, la mención y el contenido de las precedentes que se consideran contradictorios; en todo caso, se indicará cuál es el agravio y la pretensión...” (El suplido es nuestro). Requisitos todos que a continuación se analizan para definir el destino del único reproche incoado en la especie.

IV. El motivo resulta inadmisibles por lo que se dirá. Del estudio del recurso planteado, se desprende que el único planteamiento por el fondo debe ser rechazado ad portas, ya que no se adecua a las exigencias establecidas en la Ley número 8837 vigente. En primer término, de conformidad con los artículos 467 y 469 del Código Procesal Penal, resulta evidente la carencia de impugnabilidad objetiva en la especie, pues la recurrente no dirige el Recurso de Casación en su contenido, contra al sentencia del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, no.2013-0009 de las once horas veinticinco minutos del ocho de enero de dos mil trece (f.191-194), sino que discute los argumentos que pesaron en primera instancia para acreditar la existencia de dos delitos de violación de conformidad con el numeral 156 inciso 1) y 2) del Código Penal, en cuanto a la verificación de los conceptos de “vulnerabilidad” e “intimidación”. En este sentido, la impugnación lejos de atacar posibles yerros de la sentencia del Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal, esta orientada a revalorar las declaraciones del ofendido G y del psicólogo forense C así

como a refutar la fundamentación fáctica de la sentencia del Tribunal Penal del Tercer Circuito Judicial de San José, no. 3681-2012, de las quince horas cincuenta minutos del dos de octubre, que es sentencia de primera instancia, siendo que el documento presentado ahora como Recurso de Casación, retoma los mismos argumentos del segundo motivo del Recurso de Apelación rubricado por el encartado M (cf. f.183 a 187 vto), lo que denota que la impugnación estudiada intenta cuestionar lo resuelto por el Tribunal de Juicio, pretendiendo en una casación por el fondo entrar a realizar un tercer examen de lo resuelto, lo que no es dable en esta sede, máxime cuando se observa que, el Tribunal del Apelación de la Sentencia Penal, al referirse a ese mismo planteamiento en segunda instancia determinó: "...El tema medular del cuestionamiento es si esas relaciones sexuales entre ambos pueden catalogarse como voluntarias, siendo negativa la respuesta, tal como bien se explica en el fallo. Lo anterior, porque el menor fue objeto de dominio total de la voluntad por el encartado, tanto por su mayoría de edad, como por haber aprovechado las condiciones particulares del ofendido, como por iniciar ese dominio desde muy escasa edad y durante largo tiempo, como bien lo hace ver el Tribunal en sentencia. Pero además, el menor siempre se sintió amenazado al punto que a pesar del disgusto y dolor no pudo repeler la agresión, en tanto el encartado le hacía ver que de contar los hechos lo matarían sus padres, no le creerían o lo rechazarían por ser homosexual, lo cual caló profundo en su psiquis, al punto que hoy día trata de reafirmar su sexualidad masculina en todo escenario. La defensa ha considerado que el C.S. señala que quienes padecen el asperger no es que pueden ser ciegamente manipulados para hacer literalmente una y otra cosa, y por ello entonces consideran los recurrentes, que el menor ofendido tenía plena voluntad de hacer los actos con el encartado, sin embargo, como bien lo dijo el mismo profesional, el padecimiento sí los hace vulnerables y si a ello le agregamos las condiciones particulares del menor, como es el hecho de que era una persona bastante aislada, de difícil expresión verbal, objeto de burla, de pocos amigos y el encartado era figura de autoridad como hermano mayor, supo capitalizar todos esos elementos para manipular al menor e impedir la resistencia a los actos propuestos. En ese tanto, resulta acertado señalar, que las acciones del menor ofendido no eran de una genuina voluntad como bien se asienta en el fallo recurrido. Lo dicho tiene incidencia clara en la calificación legal, pues de asumirse que son actos voluntarios del ofendido estaríamos ante relaciones sexuales consentidas, lo cual no es así, primero porque el mismo ofendido las niega en esos términos, luego, porque como se ha señalado, hay múltiples razones para poder derivar que las relaciones sexuales no fueron consentidas. Entonces, como bien se califican los hechos, tanto por la imposibilidad para resistir o la vulnerabilidad de la víctima constituye violación, como por el ejercicio de violencia o intimidación, en tanto el ofendido, por sus condiciones particulares, fue influenciado para no confesar el hecho ni resistir, ante la amenaza o temor infundido de ser echado de su casa, de ser castigado por homosexual, etc, por lo que los hechos encuadran en la figura de

violación, conforme a los incisos 2 y 3 del artículo 156 del Código Penal, tal como fue analizado y valorado por el Tribunal en sentencia...” (f.193 ft y vto, el suplido es nuestro). Así las cosas, se infiere que los argumentos desarrollados en el único motivo examinado no responden a errores de lógica o a vicios de carácter esencial propios de resoluciones incompletas sobre temas discutidos en Apelación, sino se trata de disconformidades con lo resuelto por el Tribunal de primera instancia, lo que extrapola las competencias de este órgano jurisdiccional, pues conforme a la normativa supra citada, es claro que al Tribunal de Apelación le corresponde revisar, fiscalizar o controlar la valoración y solución del problema probatorio que precedió a la acreditación de los hechos de la sentencia, mientras que a esta Sala de Casación, solo le compete controlar y/o examinar la aplicación o desaplicación de los preceptos sustantivos y legales en el particular, siendo que en materia sustantiva, el objeto de estudio se reduce solamente al juicio de derecho contenido en el fallo. En segundo lugar, el artículo 471 del Código Procesal Penal, estipula que: “...La Sala de Casación declarará inadmisibles los recursos cuando no se cumplan los requisitos legales para su interposición, según lo establece el artículo 470 anterior; además, cuando la resolución no sea recurrible, la parte no tenga el derecho de recurrir, cuando el recurso tenga como finalidad modificar los hechos probados o cuando el recurso sea absolutamente infundado, en cuyo caso lo declarará así y devolverá las actuaciones al tribunal de origen...”. (El suplido no pertenece al original). De manera que el Recurso de Casación es considerado con la reforma introducida por la Ley 8837 como extraordinario y formalista, siendo que en un planteamiento por el fondo debe respetarse enteramente el principio de intangibilidad de los hechos probados, pues resulta competencia exclusiva de los jueces de apelación analizar integralmente el fallo con el objetivo de controlar su legalidad, tarea que lógicamente contempla la determinación de los hechos, la incorporación y examen del acervo probatorio, el sustento legal o la imposición del extremo punitivo, entre otras, mientras que a esta Sala de Casación le corresponde el análisis específico de las cuestiones relativas a las consideraciones jurídicas de los hechos previamente acreditados por el Tribunal de Apelación, según el artículo 468 inciso b) anteriormente citado. De este modo, la accionante a pesar que alega una errónea aplicación de un precepto legal sustantivo, no respeta en la técnica recursiva los hechos acreditados en la sentencia de apelación que aunque coinciden en un todo con los contenidos en la sentencia de primera instancia, sino que por el contrario, procede a revalorar los elementos probatorios que sirvieron al a quo como fundamento para acreditar la fundamentación fáctica respectiva, lo que constituye sin duda alguna una causal suficiente para tener por inadmitido el presente planteamiento. En tercer lugar, de conformidad con el artículo 469 del Código Procesal Penal, el recurso omite citar con claridad las disposiciones legales que sustentan el reclamo. Véase que al tratarse de un supuesta errónea aplicación del precepto legal sustantivo, solamente se hace alusión a los numerales 156 incisos 2) y 3) y 159 del Código Penal, sin llegar a establecer el recurso los preceptos legales supuestamente

infringidos por parte del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal que autorizan a esta Cámara, a hacer el examen de su requerimiento. En consecuencia, con base en el primer párrafo del ordinal 471 en relación con los artículos 437, 438, 467, 468 y 469 todos del Código Procesal Penal, se rechaza ad portas el alegato formulado.

## **5. Vulnerabilidad del Menor de Edad, Retardo Mental y Problemas de Aprendizaje**

[Sala Tercera]<sup>vi</sup>

Voto de mayoría

"II. [...] El planteamiento de quien recurre parte de una premisa que no se deriva del contenido del fallo, esto es, que el Tribunal tuvo por configurado el delito de violación a partir del retardo mental que padece el ofendido, lo que permite establecer su carencia de razón. De la simple lectura de la sentencia se logra comprender sin mayor dificultad que esa circunstancia concreta (retardo mental del menor A.) no incidió de forma única y esencial en la calificación legal de la conducta del agente, a tal punto que aún suprimiéndola en forma hipotética ello en nada afectaría la decisión. En realidad, los Juzgadores estimaron que la agresión sexual perpetrada en el mes de setiembre de 2000 (donde no se indica expresamente que se haya cometido en contra de la voluntad del ofendido) se ajustó al tipo previsto por el artículo 161 del Código Penal, no tanto porque la víctima padeciera de retardo mental que lo imposibilitara para resistir, sino porque el agente activo (un adulto de 45 años) se aprovechó de que se trataba de un niño de escasos 13 años de edad y con problemas de aprendizaje para incurrir en un acto sexual abusivo, es decir, se valió de su evidente estado de vulnerabilidad: "... Con relación al delito de abuso sexual, existen los elementos objetivos del tipo penal acusado. En primer orden el inculpado sabedor que para el momento que sucede el hecho era cuidador del ofendido, porque siendo este menor de edad, sus padres le dieron permiso de ir con el acusado a cuidar esa casa del pariente de este, de modo que estaba bajo la tutela del acusado y aprovechando esa circunstancia y la vulnerabilidad que conocía del ofendido, por ser portador de un problema de aprendizaje, procedió a tocar con sus manos el pene del menor ofendido y acariciarle su cuerpo, así como masturbarlo y poner la mano del ofendido en el pene del acusado, actos de contenido sexual, que están descritos en el tipo penal dicho. Esos actos ejecutados por parte del justiciable consistieron no solo en forma impúdica tocar el cuerpo del menor ofendido, hacerlo tocar las partes genitales como el pene y además darle besos y decirle que lo amaba, son actos indudablemente de contenido sexual, acto abusivo por parte del inculpado ..." (cfr. folio 135 frente, línea 31 en adelante). En lo que al delito de violación se refiere (ubicado temporalmente a mediados del mes de noviembre de 2000 en Mata de Limón), la situación es diversa, pues, tal y como se explicó en el anterior considerando, de la relación de hechos que

se tuvo por probada sí se logra determinar que la acción ilícita se ejecutó en contra de la voluntad del menor, ello mediante el ejercicio de violencia física con la cual se venció su resistencia. Como se aprecia, la condición de retardo mental del menor no fue utilizada por los Juzgadores para establecer una imposibilidad suya para resistir (conforme lo entiende el defensor), sino más bien, sumada a la minoridad del ofendido (de escasos 13 años de edad) un estado de vulnerabilidad que fue aprovechado por el imputado para ejecutar su acción sexual ilícita: "... Con su actuar, el indiciado ha lesionado el bien jurídico tutelado en los artículos 158 y 161 inciso 4) del Código Penal cual es la libertad sexual. El ofendida (sic), no solo por la edad que tenía cuando el hecho sucede que contaba tan solo con trece años de edad, sino que padece de retardo mental y tiene problemas de aprendizaje, lo cual no solo constituyen una limitante de sus facultades, sino que lo hacen más vulnerable a situaciones de riesgo según externó la trabajadora social que lo atendió y que gracias a sus padecimientos, el psiquiatra forense concluye que tiene una inmadurez de dos años menos que su edad cronológica, de lo que derivamos no tenía madurez para disponer aún de su sexualidad, más aún de realizar actos sexuales no solo propios de un adulto, sino que tienen que ver con su identidad sexual dado que el acusado es del mismo sexo; de ahí que tales hechos vulneraron esa libre disposición de la sexualidad, lo que nos permite afirmar que la conducta desplegada por el inculpado es antijurídica ..." (cfr. folio 136 frente, línea 1 en adelante). [...] III. [...] En el único motivo de su recurso, el representante del Ministerio Público reprocha que el Tribunal de mérito condenó al acusado por un solo delito de violación cuando, en su criterio, de los hechos probados se logra establecer que éste cometió dos que entran en concurso material. La queja es de recibo. Para una adecuada resolución del presente motivo es necesario transcribir cuál fue el hecho que se tuvo por demostrado en sentencia: "... 3) Aproximadamente a mediados del mes de noviembre del año dos mil, el ofendido A., en compañía de uno de sus hermanos, del aquí imputado R. y parte de la familia de éste entre ellas dos hermanas, sus padres y algunos sobrinos, se trasladaron de paseo hasta Mata Limón de Puntarenas y se hospedaron en dos cabinas cuyo nombre y ubicación exacta desconocemos. 4) En dicho lugar al menor ofendido le correspondió compartir un camarote con el aquí imputado y con su hermano, quien en horas avanzada de la madrugada, se encontraba en la misma cama con el ofendido, y aprovechando que este dormía, se desnudó, de seguido procedió a bajarle la pantaloneta al menor ofendido, al tiempo que lo acariciaba con sus manos por todo el cuerpo, y lo lamía en sus zonas íntimas muy cerca del pene, por lo que el menor despertó y le indicó al acusado que se quitara de encima, pero en vez de hacerlo, el imputado sujetó por una de las manos al ofendido, luego y la llevó hasta su pene y procedió a masturbarse usando la mano del menor ofendido, al tiempo que con la otra mano le introdujo uno de sus dedos en el ano del ofendido, luego procedió a tomar entre sus manos el pene del menor ofendido y a masturbarlo tratando de que el menor eyaculara, al tiempo que besaba al menor en su cuello, en un momento dado volteó el cuerpo del menor y

procedió a introducirle el pene en el ano, por lo que el menor se quejó y a efectos de no ser oídos le tapó la boca al menor, siendo que el imputado eyaculó sobre las piernas y cuerpo del menor. Finalizado el acto, el imputado amenazó al menor ofendido de que no contará pues sino lo amenazaba con su madre ..." (cfr. folio 122 vuelto, línea 22 en adelante). Conforme se deriva de lo transcrito, los Jueces de instancia tuvieron por bien probado que R. en un primer momento introdujo uno de sus dedos en el ano del menor ofendido, siendo que después de ello, en un momento dado, lo volteó y procedió a introducirle el pene en el ano. No obstante la acreditación de estas dos acciones, materialmente distintas y perfectamente diferenciables, el Tribunal sólo condenó por el segundo de ellos, dejando de lado toda referencia al primero: "... explicó el menor A., que el hecho sucede eran horas de la noche, cuando todos dormían, nos permiten derivar que el imputado aprovechó esa circunstancia para perpetrar el hecho; incluso el menor A. narró que cuando el aquí acusado le introdujo el pene en el ano, a él le dolió y por esa razón iba a gritar, pero entonces el imputado le tapó la boca y con ello se procuró que no existiera ningún ruido que pudiera despertar o alertar a las demás personas que estaban tanto dentro de la habitación o en la cabina misma ..." (cfr. folio 130 frente, línea 25 en adelante). Como se logra comprender de lo anterior, la condena que por el delito de violación ordenó el órgano, se sustentó en el acceso carnal que vía anal ejecutó el acusado, ello al introducirle su pene al menor en el recto, dejando de lado que (tal y como se describe en los hechos probados) ante la introducción previa de un dedo en dicha cavidad, en principio podría también estarse en presencia de otro delito de violación en concurso material, aspecto sobre el cual no hubo pronunciamiento independiente y expreso. Así las cosas, se declara con lugar el presente motivo de fondo, y en vista del criterio externado por la Sala Constitucional en el voto N° 2050-02 de las 14:49 horas del 27 de febrero de 2002, en el sentido de que en sede de casación no se podría aumentar la pena ni desmejorar la situación del imputado ante un recurso por el fondo del Ministerio Público, se ordena el reenvío para una nueva sustanciación conforme a Derecho, ello exclusivamente en lo que se refiere al hecho concreto ubicado temporalmente a mediados de noviembre de 2000 en Mata de Limón, centrado en la introducción de un dedo en el ano del menor ofendido, según se explicó. En lo demás, el fallo de instancia permanece inalterable. Se aclara que con lo aquí resuelto esta Sala no está prejuzgando sobre el hecho concreto objeto de anulación, por cuanto el mismo deberá ventilarse de nuevo en debate, donde de forma originaria se determinará lo que en derecho corresponda."

## 6. La Vulnerabilidad como Elemento Agravante de los Delitos Sexuales en Contra de Menores de Edad

[Sala Tercera]<sup>vii</sup>

Voto de mayoría

"II. [...] Esto con relación a que los hechos acreditados, en su criterio no configuran el delito de abuso sexual, sino que podrían constituir la contravención de tocamientos inmorales prevista en el artículo 385, inciso 5 del Código Penal. Argumenta, que: "resulta ostensible la inexistencia de los presupuestos objetivos y subjetivos" del delito de abuso sexual porque esta figura debe vincularse con el delito de violación. Señala por consiguiente, que los hechos demostrados no encuadran en esa figura porque no hubo fuerza, ni tampoco que la ofendida haya debido oponer algún tipo de resistencia. En criterio del recurrente, lo que hubo en la primera acción fue un tocamiento rápido y fugaz, en el que no hubo ni fuerza del imputado, ni oposición de la ofendida. En cuanto al segundo hecho, considera que se trató de algo similar, en el sentido de que tampoco se tuvo por cierto el empleo de fuerza o violencia para vencer la resistencia de la ofendida. Solicita la absolutoria de toda pena y responsabilidad. Se declara sin lugar el motivo: El recurrente utiliza dos argumentos básicos en su pretensión. Primero, que el delito de abuso sexual está de alguna forma ligado al delito de violación y que por consiguiente, si no están presentes los requisitos de esta figura no puede existir abuso sexual. Este argumento desconoce que a partir de la entrada en vigencia de la Ley Nº 7899 de 3 de agosto de 1999 se modificaron la mayoría de las figuras penales en delitos sexuales. Precisamente, una de estas modificaciones fue que tratándose del delito de abuso sexual contra personas menores de edad e incapaces, llamado anteriormente "abusos deshonestos" se eliminó como requisito para su configuración el que estuviera presente alguna de las circunstancias fácticas de la violación. Más bien esas circunstancias, entre ellas, la edad y la utilización de violencia corporal o intimidación, pasaron a constituirse como causa de agravación de la pena para el delito de abuso sexual. Por esta razón, quien recurre hace una mala lectura del artículo 161 del Código Penal, cuando afirma que existe un ligamen de ese delito con el de violación. El único vínculo que expresa esta norma, es que si los actos sexuales configuran una violación no puede aplicarse el delito de abuso sexual. En el segundo argumento, tampoco lleva razón el recurrente cuando afirma que si no hubo violencia o empleo de fuerza, sino un tocamiento rápido y fugaz lo que existe es la contravención prevista en el artículo 385 del mismo código. Esto por dos razones fundamentales: la primera de ellas, porque la sentencia tiene por establecido que el imputado se aprovechó de las circunstancias de vulnerabilidad de la menor, tanto por su edad como por estar bajo la custodia del imputado, así como también aprovechó circunstancias en que la menor no estaba en posibilidad de defenderse. En un caso, porque no había luz eléctrica y en otro, porque estaba dormida. Para que este delito se configure, conforme al primer párrafo del artículo 161 antes citado, tan sólo se

requiere que el acto sea abusivo o que sea obligado, es decir sin consentimiento. Si además, el agente se aprovecha de la edad o de la vulnerabilidad de la persona ofendida, entonces el hecho se considera más grave para efectos de la imposición de la pena. En el presente caso, no es posible aplicar la contravención de tocamientos, prevista en el artículo 385, inciso 5 del mismo código, puesto que esta figura requiere que el sujeto se aproveche de las aglomeraciones, además que el contenido de injusto es menor que para un caso como el presente, en el que no sólo se tocó a la menor en el pecho, sino que también se le desnudó para tocarla en sus genitales. Respecto a la diferencia del delito de abuso sexual y la contravención de tocamientos, esta Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse, en el voto 1190-99 de las 9:24 horas del 17 de setiembre de 1999, en el que se dijo: “El encartado al tocar en forma libidinosa los senos de la menor violentó el bien jurídico tutelado, pues la ofendida no quería ese tipo de actuaciones provocando una transgresión a su esfera de reserva, decoro, pudor y libertad sexual, que solo la víctima puede decidir o condicionar en forma voluntaria. Los hechos tenidos por demostrados bajo ninguna óptica constituyen la contravención de tocamientos inmorales, pues estos deben darse cuando el sujeto activo se aprovecha de un tumulto o aglomeración de gente, toque en forma grosera o impúdica a otro. Es claro que esta situación no medio entre víctima e imputado, pues este último fabricó todo un ambiente propicio, buscando la privacidad para llevar a cabo sus fines libidinosos y perversos en perjuicio de la ofendida Marín Corrales, por lo que el motivo aludido debe rechazarse”. En definitiva, el delito de abuso sexual contra personas menores de edad o incapaces no requiere que la víctima haya tenido que oponer resistencia, ni tampoco que el sujeto activo hubiera utilizado fuerza física, sino que esto último es tan solo una de las formas de agravación de la figura. En consecuencia, se declara sin lugar el motivo.III. [...] En criterio del defensor lo que existió fue un solo delito de abuso sexual contra persona menor de edad, esto porque tratándose de los delitos de abuso sexual para que exista un concurso material el sujeto tendría que haber cometido ese delito en perjuicio de personas distintas, porque esto es la consecuencia de la estructura típica de ese delito. Agrega, que en el delito de abusos sexuales, cada acto no puede computarse como un delito independiente porque ese bien jurídico no se destruye con cada tocamiento. En consecuencia, considera que en el caso que se acusó dos tocamientos no existen dos delitos sino uno solo y que esto podría tomarse en cuenta a lo sumo para efectos de pena, por ser más reprochable el hecho. Solicita se declare con lugar el recurso y se le declare autor de un delito de abuso sexual y se le imponga la pena mínima. Se declara sin lugar el reclamo: La sentencia hizo una correcta aplicación de la ley sustantiva, cuando consideró que los dos hechos de abuso sexual contra la menor ofendida concurren materialmente. Lo anterior porque existe una clara separación de los hechos, no solo en el tiempo, sino también en la forma en que se realizan. No lleva razón el recurrente cuando pretende que sólo puede existir un concurso material si las personas ofendidas son diferentes, ni tampoco porque el bien jurídico protegido

resulte el mismo. Incluso, esta Sala de Casación ha considerado un concurso material, cuando los hechos se dan en momentos cercanos en el tiempo, pero que pueden claramente diferenciarse las acciones. En este sentido el Voto 156-99 de las 9:54 horas del 12 de febrero de 1999 señaló en un caso de violación, lo siguiente: “Si el acusado accedió carnalmente tres veces al menor debe tenerse por realizado tres veces el tipo penal. La tipicidad del delito de Violación no se reduce únicamente a la acreditación de un dolo único de satisfacción de la libido, sino que el dolo requerido en el tipo es de acceder carnalmente contra la voluntad de la víctima lesionando, de esa manera, el bien jurídico “Autodeterminación Sexual” que se encuentra allí penalmente tutelado. No se trata, como lo quiere ver el impugnante, que basta con que lo acceda carnalmente una vez para que otras penetraciones resulten en su favor subsumidas por el dolo y la acción primera lesiva del bien jurídico, aún cuando su separación espacio-temporal sea nula o casi nula. Una interpretación como la que pretende el recurrente enerva la idea de protección que sirve de base al concepto del bien jurídico y pretende reducir en su favor la incidencia de su actuar en las posteriores penetraciones. El bien jurídico de la “Autodeterminación Sexual” protege concretamente la esfera de decisión frente a las relaciones sexuales, de tal manera que las mismas se produzcan por una decisión libre de los participantes. De allí que cada vez que se lesiona el bien jurídico antes mencionado se produce una acción en el sentido jurídico-penal del término”. Aunque no se trata de abuso sexual, los parámetros para determinar el concurso material resultan aplicables a este delito. En igual sentido, el Voto 976-04 de las 11:20 horas del 13 de agosto de 2004, respecto al delito de relaciones sexuales consentidas con persona menor de edad, estableció lo siguiente: “Bajo esta tesitura, no es de recibo el argumento de la defensa que en la especie nos encontramos ante una sola delincuencia de “relación sexual con persona menor de edad”, dado que, según el argumento que se presenta, luego del primer encuentro sexual entre la ofendida y su representado, ya no se afectó en otras oportunidades el bien jurídico a tutelar en este caso, pues tal y como se encuentra previsto en la ley, lo que se castiga son los accesos carnales que una persona tenga con otra de las circunstancias descritas o señaladas en la disposición. La inexperiencia sexual como bien jurídico a tutelar en este ilícito no es la inexistencia de relaciones sexuales previas, sino la inexperiencia que se deriva de la edad en la que se encuentra la víctima y de la escasez o insuficiente madurez fisiológica y psicológica que presenta para decidir libremente sobre todos los ámbitos de la vida, y específicamente en el ámbito sexual. Así las cosas, estando claramente acreditado que el justiciable Juan Siles Hernández en dos ocasiones distintas y diferenciadas en el tiempo y el espacio accedió carnalmente a la ofendida Yexi Tames Ramírez, pues una sucedió a finales del año 2002 en la “Zona de Los Santos” y la otra a principios del año 2003 en Pérez Zeledón (ver hechos probados de folios 119 y 120), se estima, como bien lo resolvió el Tribunal, que en la especie nos encontramos ante dos delitos de relaciones sexuales con una persona menor edad, tal y como lo prevé el artículo 159 del Código Penal.”

Para el caso en estudio, resulta igualmente aplicable esta jurisprudencia, puesto que las acciones cometidas por el imputado Solano Alvarado fueron claramente determinadas en el tiempo y existió una doble vulneración al bien jurídico tutelado de la libre determinación sexual."

**ADVERTENCIA:** El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

---

<sup>i</sup> ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 4573 del cuatro de mayo de 1970. **Código Penal**. Vigente desde: 15/11/1970. Versión de la norma: 42 de 42 del 24/04/2013. Publicada en: Gaceta N° 257 del 15/11/1970. Alcance: 120 A.

<sup>ii</sup> TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL, SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 837 de las ocho horas con veinticinco minutos del tres de mayo de dos mil doce. Expediente: 09-002187-0175-PE.

<sup>iii</sup> SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 618 de las diez horas con doce minutos del treinta de marzo de dos mil doce. Expediente: 09-000339-0006-PE.

<sup>iv</sup> SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 976 de las once horas con veinte minutos del trece de agosto de dos mil cuatro. Expediente: 03-000954-0064-PE.

<sup>v</sup> SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 404 de las diez horas veintiún minutos del veintidós de marzo del dos mil trece. Expediente: 11-016653-0042-PE.

<sup>vi</sup> SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 7 de las nueve horas con diez minutos del veintiuno de enero de dos mil cinco. Expediente: 00-000545-0609-PE.

<sup>vii</sup> SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1303 de las diez horas con veinticinco minutos del doce de noviembre de dos mil cuatro. Expediente: 01-203111-0305-PE.