



## ABUSO SEXUAL EN CONTRA DE MENORES DE EDAD

Rama del Derecho: Derecho Penal.	Descriptor: Derecho Penal Especial.
Palabras Claves: Abuso Sexual, Menor de Edad.	
Fuentes de Información: Normativa, Doctrina y Jurisprudencia.	Fecha: 21/03/2014.

### Contenido

RESUMEN .....	2
NORMATIVA .....	3
Abuso Sexual en Contra de Menores de Edad .....	3
DOCTRINA .....	4
Limitaciones a la Capacidad de Decisión del Menor en el Ámbito Sexual .....	4
JURISPRUDENCIA.....	6
1. Abuso Sexual Contra Persona Menor de Edad, Difusión de Pornografía y Corrupción Agravada .....	6
2. Tentativa de Abuso Sexual en Contra de Menor de Edad.....	8
3. Abuso Sexual en Contra de Menores de Edad y Desarrollo Psicosexual Anómalo del Menor Antes de los Hechos .....	9
4. Corrupción de Menores y Abuso Sexual de Menores .....	11
5. Absolutoria en Caso de Besos de Padre a Hija que No Cuentan con el Consentimiento de la Menor .....	13
6. Abuso Sexual en Contra de Menores de Edad y Contacto Físico.....	14
7. El Fin Sexual en el Delito de Abuso sexual de Persona Menor de Edad.....	17

<b>8. Concepto de “Abuso” .....</b>	<b>18</b>
<b>9. Abuso Sexual y Concurso de Delitos.....</b>	<b>23</b>
<b>10. Abuso Sexual Consistente en Tocamientos sin el Consentimiento de la Víctima.....</b>	<b>24</b>
<b>11. El Delito de Abuso Sexual y la Diferencia con los Tocamientos Inmorales.....</b>	<b>26</b>
<b>12. La Resistencia de la Persona Menor de Edad en el Delito de Abuso Sexual.....</b>	<b>27</b>
<b>13. Declaración del Menor de Edad Víctima de Delitos Sexuales .....</b>	<b>29</b>
<b>14. Abusos Sexuales en Contra de Menor de Edad Agravados por el Factor Sorpresa.....</b>	<b>34</b>
<b>15. Conciliación y Abuso Sexual de Menor de Edad .....</b>	<b>36</b>
<b>16. Presupuestos del Delito de Abuso Sexual Contra Persona Menor de Edad y Bien Jurídico Tutelado.....</b>	<b>37</b>
<b>17. ¿Edad Emocional del Menor de Edad? .....</b>	<b>39</b>
<b>18. Análisis sobre el Concepto, Elementos de Configuración, Bien Jurídico Tutelado y Finalidad.....</b>	<b>40</b>

## **RESUMEN**

El presente informe de investigación reúne información sobre el tema del Abuso Sexual de Personas Menores de Edad, para lo cual es aportado el artículo 161 del Código Penal, el cual enuncia los elementos que describen este ilícito contra la libertad sexual del menor de edad, lo cual es complementado con los extractos doctrinarios y jurisprudenciales que desarrollan tales elementos, realizan una diferenciación entre este delito y otros de carácter sexual, también contra persona menor de edad, y a la vez determinan elementos básicos como la capacidad de decisión del menor de edad y la relación de estos con institutos procesales como la conciliación.

## NORMATIVA

### **Abuso Sexual en Contra de Menores de Edad**

[Código Penal]<sup>1</sup>

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).*

## DOCTRINA

### **Limitaciones a la Capacidad de Decisión del Menor en el Ámbito Sexual**

[González Rus, J.J.]<sup>ii</sup>

[P. 121] En el ámbito sexual es prácticamente unánime el criterio de que en relación con los menores lo protegido es la indemnidad sexual,

[P. 122] entendida como derecho a no ver perturbado su normal desarrollo sexual por conductas de terceros que lo involucren en relaciones y contextos sexuales potencialmente perturbadores o que supongan una explotación del menor. En realidad, se trata de un bien jurídico que se inscribe dentro del contexto de la seguridad de los menores, en el sentido más genérico antes comentado.

El análisis conjunto de las distintas figuras delictivas muestra que al menor se le reconoce capacidad de decisión plena en materia sexual a partir de los trece años, con las excepciones que acaban de enumerarse y en las que se les considera penalmente incapaces para desenvolverse adecuadamente. A partir de esa edad (conclusión derivada del artículo 183.1 CP), al menor le viene legalmente reconocida la capacidad para decidir qué, cómo, cuándo, con quien y en qué circunstancias quiere tener relaciones sexuales con otros, cualesquiera que sea, en principio, el contenido y la naturaleza de tales contactos. A partir de dieciséis años, tal capacidad se le reconoce incluso para defenderse frente a propuestas sexuales engañosas (artículo 182).

Las únicas excepciones a esa capacidad plena para auto determinar el propio comportamiento sexual son las que se recogen como delito y que quedan señaladas antes. Así, ese mismo menor no puede autorizar la conducta de exhibición obscena que haga un tercero ante él (artículo 185) o comprar pornografía (artículo 186), pues quien realice tal demostración o le proporcione el material pornográfico comete un delito, aunque cuente con su anuencia o lo haga, incluso, a su solicitud. Tampoco puede hasta los dieciocho años decidir ejercer la prostitución (artículo 187), ni autorizar su participación en espectáculos exhibicionistas o pornográficos (artículo 189.1) o intervenir en relaciones inscribibles en el más discutido e impreciso caso de la tradicionalmente denominada "corrupción de menores" (art. 189.4).

Estos comportamientos se consideran legalmente que perturban gravemente el normal desarrollo sexual del menor y, por tanto, que deben quedar excluidos de su capacidad de decisión. El menor puede realizarlos voluntariamente, incluso autorizar a otros a que los lleven a cabo con él o a que lo introduzcan en tales contextos sexuales; sin embargo, el consentimiento prestado por el menor es considerado penalmente irrelevante, como consecuencia de la presunción de que hasta los dieciocho años tales actos perjudican su desarrollo sexual (indemnidad sexual).

[P. 123] Alguna de las excepciones no deja de resultar chocante. Por ejemplo, que se considere que a quien puede decidir libremente, con pleno reconocimiento del derecho, mantener relaciones sexuales a partir de los 13 años le resulta gravemente perturbador que alguien realice ante él un acto de exhibición obscena o simplemente le ofrezca material pornográfico; lo que sólo puede autorizar válidamente a partir de los dieciocho años.

Tales excepciones, sin embargo, parece que quieren guardar la coherencia con la prohibición general de hacer participar al menor en espectáculos exhibicionistas o pornográficos y, desde luego, responden a lo que puede considerarse el denominador común de todas las excepciones a la capacidad de autodeterminación sexual plena del menor: por una parte, tratarse de comportamientos en donde la involucración del menor en el contexto sexual es consecuencia o está favorecida por el comportamiento de un tercero, que se interfiere, así, en el desarrollo de la sexualidad del menor; por otra, concurrir una componente de instrumentalización del menor, cuando no de directa explotación del mismo, en aras de la satisfacción del deseo sexual ajeno. El mismo puede considerarse que es el fundamento de la extensión de la protección hasta los dieciséis años, en el caso de las solicitudes sexuales con engaño.

Planteado en estos términos, el tratamiento de las capacidades / incapacidades de los menores en el ámbito sexual puede, en términos generales, resultar aceptable. La extensión de la protección hasta los dieciséis o dieciocho años en los casos señalados, con el consiguiente reconocimiento de la incapacidad del menor para desenvolverse adecuadamente en tales ámbitos, resulta coherente, incluso, con el fundamento de la responsabilidad penal atenuada que se le reconoce al menor como autor de delitos, en cuanto que el sustrato material de ambas limitaciones de capacidad es semejante: en el caso de la responsabilidad del menor, sobre todo, su menor capacidad para controlar el propio comportamiento ante experiencias nuevas; en el ámbito sexual, la menor posibilidad del menor para decidir cómo debe comportarse en contextos y ante comportamientos sexuales que no forman parte del desarrollo de la experiencia sexual propia de su edad y en donde son más vulnerables a la explotación ajena (engaño, prostitución, pornografía, espectáculos exhibicionistas).

Todo ello no puede ocultar la aparente paradoja que supone que hasta los catorce años se considere que el menor no tiene la capacidad mínima precisa para comprender plenamente la significación valora-

[P. 124] tiva de los bienes jurídicos y de las conductas dañosas de los mismos, no reconociéndole capacidad alguna para responder criminalmente, y, en cambio, se acepte que a partir de los trece sí tiene capacidad para ejercer con plena consciencia la libertad sexual. Pero sobre ello trataremos después, puesto que tal aparente contradicción se produce, en realidad, en relación con todos los bienes jurídicos.

## JURISPRUDENCIA

### 1. Abuso Sexual Contra Persona Menor de Edad, Difusión de Pornografía y Corrupción Agravada

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

Voto de mayoría:

"IV. [...] Reclama el recurrente, que entre los delitos acusados a su representado – abuso sexual, corrupción agravada y difusión de pornografía –, a lo sumo se dio un concurso ideal pero nunca un concurso material. Estima el quejoso, que el marco fáctico por el cual se condenó al imputado Gómez Bonilla conforma una unidad delictiva que tuvo lugar en un mismo espacio de tiempo y lugar, bajo un plan común, estimando sin embargo, que en la especie lo que privó fue un concurso aparente de normas, donde los hechos debieron ser recalificados al delito de relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad, contemplado en el numeral 160 del Código Penal, en aplicación del principio de especialidad, desplazando los otros delitos acusados. Indica el gestionante que si las ofendidas accedieron a bañarse juntas, besarse y tocarse, fue a cambio de que el imputado Gómez Bonilla les diera el dinero para irse a Golfito, y eso ocurre porque S. R. A. había tomado la determinación de irse para su casa y no porque el referido justiciable la indujera a hacer tales cosas. *El motivo alegado no es atendible*: El imputado Fernando Gómez Bonilla fue condenado en sentencia por un delito de abuso sexual contra persona menor de edad cometido en perjuicio de la ofendida S. R. A., en concurso material con un delito de corrupción agravada y difusión de pornografía, concursados estos dos últimos en forma ideal, en daño de la citada S. y de la también ofendida K. A. L., imponiéndosele en total la pena de 11 años de prisión. Contrario a las pretensiones del impugnante, el marco fáctico que se tuvo en cuenta para arribar a la conclusión jurisdiccional, no permite la aplicación de un concurso aparente de normas, donde el delito de relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad, contemplado en el artículo 160 del Código Penal, no desplaza por especialidad los ilícitos demostrados al encausado Gómez Bonilla, en el tanto no contiene las diversas conductas desplegadas por dicho imputado, siendo el delito de corrupción agravada, el que subsume la actividad delictiva prevista en la norma penal alegada. Los hechos demostrados establecen que el 4 de agosto de 2003, la ofendida S. R. A., tomó la decisión de marcharse con su abuelo, el coimputado Carlos Rojas Rojas y su amiga K. A. L. hacia la ciudad de Golfito, llamando el acusado Rojas Rojas a su amigo, Fernando Gómez Bonilla, con quien se había puesto de acuerdo previamente para que pasara a recogerlos a la Clínica de San Joaquín de Flores, marchándose posteriormente los cuatro a la casa de este último justiciable sita en San Rafael de Heredia. Ya en la casa, ambos imputados intentaron abusar de las dos jóvenes, tratando de tocar sus pechos y besarlas a lo que ellas no

accedieron, posteriormente compraron comida y licor, que compartieron con las menores. En un momento dado los imputados les mostraron a las ofendidas, en el dormitorio de Gómez Bonilla, una película pornográfica de relaciones heterosexuales y homosexuales, y mientras la observaban, los dos imputados se masturbaron delante de las jóvenes mujeres, solicitándoles que mantuvieran relaciones sexuales con ellas, a lo que también se negaron, de allí que Rojas Rojas manifestara que si no querían hacer nada, Gómez Bonilla no les entregaría el dinero para marcharse a Golfito, por lo que al menos aceptaran bañarse juntas para ellos observarlas, por lo que su nieta S, quien para ese momento se encontraba tomada de licor y algo mareada por las pastillas que uno de los imputados le había proporcionado, aceptó bañarse con K.. Una vez en la ducha, los enjuiciados, quienes habían ingresado al cuarto de baño, volvieron a masturbarse frente a las dos jóvenes, mientras que guiaban sus manos para que se tocaran una a la otra, pidiéndoles que se besaran, incitándolas al lesbianismo. En un momento dado, Fernando Gómez Bonilla estiró su brazo hacia las partes íntimas de la menor S.logrando introducirle un dedo en su vagina, lo que hizo que la adolescente se colocara detrás de su amiga K.para evitar el ultraje, saliendo del baño – ver folios 451 a 453 -. Como bien se colige del marco fáctico acreditado, tales hechos, en su conjunto, no solo no resultan subsumidos en la figura penal descrita en el artículo 160 de repetida cita, sino que tampoco encuadran dentro de los presupuestos establecidos en la norma de comentario, pues la petición hecha por el coimputado Rojas Rojas a su propia nieta y su amiga, avalada por el coimputado Gómez Bonilla, se encuentra inmersa dentro de la conducta corruptora desplegada con anterioridad, coaccionándolas para que aceptaran su propuesta, aprovechando adicionalmente el estado de embriaguez en que se hallaban las víctimas. No se trató simplemente de la ejecución por parte de las menores, de actos sexuales o eróticos, a cambio de un pago, la promesa de pago o la entrega de una ventaja económica o de otra naturaleza, y que esa fuera la razón fundamental por la cual aceptaron visitar la casa de Gómez Bonilla en compañía del coimputado Rojas Rojas . Por otra parte, el abuso sexual contra persona menor de edad, previsto y sancionado en el numeral 161 del Código Penal, cometido por Gómez Bonilla en daño de S. R. A., al introducirle un dedo en su vagina, tal y como lo consideró el Tribunal, concursa materialmente con los dos restantes ilícitos, pues no forma parte de la unidad de acción que se produce entre la actividad corruptora y la difusión de pornografía. Si bien es cierto, antes de la reforma al código sustantivo, mediante Ley número 7899 del 3 de agosto de 1999, el delito de corrupción previsto en el numeral 167, contemplaba la comisión de abusos sexuales similares a los aquí atribuidos, por cuanto el tipo penal aludido mostraba mayor amplitud en su determinación, previendo y sancionando la promoción corruptora de una persona menor de 16 años mediante actos sexuales perversos, prematuros o excesivos; con posterioridad, el actual artículo 167 reformado, se tornó más restrictivo en cuanto a los actos que debían ser entendidos como 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 otras personas menores de edad o incapaces en presencia de otros".* De allí que, la introducción de un dedo en la vagina de la ofendida R.A. por parte del imputado Gómez Bonilla, contra la voluntad de la víctima, quien trata de evitar el abuso sexual al que está siendo sometida, no se encuentra contemplada dentro de los presupuestos contemplados dentro del delito de corrupción, sino que concurre materialmente con las restantes conductas delictivas ejecutadas."

## **2. Tentativa de Abuso Sexual en Contra de Menor de Edad**

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

Voto de mayoría

"I- La defensora Angulo Pizarro interpuso casación, señalando la inobservancia del artículo 24 del Código Penal, en lo que corresponde al hecho tenido lugar el día 4 de mayo de 2001 en daño de A.P.L.: *"...por cuanto, el menor ofendido por su acción desplegada en ese momento, lo impidió"*. El fallo tuvo por cierto que el acusado se aprovechó de que el menor fue a la pulpería que él atendía, lo levantó, lo trasladó a la parte trasera del negocio, le quitó el botón del pantalón y se disponía a tocarlo, pese a la oposición del niño, quien huyó del lugar al apersonarse otro cliente (folios 74 y 75). El fondo del asunto no está en cuál era la intención del justiciable, la cual es obviamente de connotación sexual, si se mira al desarrollo de los hechos y las proposiciones previas que el acusado había cursado al menor. La discusión es si, como dice el a quo, cualquier acto con esa connotación es configurativo del abuso sexual; o, luego, si basta el mero contacto físico, no lascivo, aunque encaminado a una finalidad de esa índole, para estar en presencia de los hechos previstos por el artículo 160 del Código Penal. Indudablemente, la respuesta que se impone es que cualquier acto no da pie a un abuso sexual. Piénsese en un acto simplemente comunicativo o solo de aproximación. Aun cuando estos tengan la connotación sexual o libidinosa, no significa que se haya abusado de la persona. Bien podrían ser configurativos de otros delitos (como corrupción, proxenetismo o rapto, a guisa de ejemplo); mas no de abuso sexual. Para que así sea se precisa del contacto físico mal intencionado. De lo contrario, cualquier acto de carácter sexual se entendería penalmente conminado, si es que hay un mero abuso. Por otra parte, por mucho que la intención sea libidinosa, no basta el simple tocamiento, sino que este debe ser la manifestación del susodicho designio. No basta cualquier tocamiento encaminado a un propósito sexual, sino que este en sí mismo debe expresarlo. De modo que, si el justiciable levantó al menor de los brazos para llevarlo a otro lugar, ese tocamiento por sí mismo no es representativo de un abuso sexual, pues es sólo un instrumento o medio del que se valió el endilgado para intentar tocar, ahora sí con fines lascivos, al niño. Aquel tocamiento no expresaba por

sí mismo el fin sexual. Siendo así, debe concluirse con la defensora que el hecho en discurso no se consumó, dado que el propósito criminal del acusado se vio interrumpido por la oposición del niño y la llegada de otra persona. Pero, por otra parte, lo que sí está claro, como se expuso arriba, es que Alvarado de la O quería abusar del niño y se hallaba en los actos ejecutivos (había inmediatez en el plan del autor y se cernía el peligro para el bien jurídico) encaminados a ello; por lo que debe descartarse que se estuviera simplemente ante actos preparatorios (como por su lado afirma el endilgado). En consecuencia, lleva razón la recurrente en el sentido de que la calificación correcta de la acción es tentativa de abuso sexual en daño de un menor de doce años de edad, por lo que en razón de las circunstancias atendibles que enumera el a quo a folio 80 y de lo dispuesto por el artículo 73 del Código Penal, se le impone a Kenneth Alvarado de la O el tanto de tres años de prisión, a consecuencia del hecho cometido en detrimento de A.P.L."

### **3. Abuso Sexual en Contra de Menores de Edad y Desarrollo Psicosexual Anómalo del Menor Antes de los Hechos**

[Sala Tercera]<sup>v</sup>  
Voto de mayoría

"La otra incongruencia que hace notar la defensa técnica del señor Kirgin, consiste en que a pesar de que K.A.M. declaró que el justiciable le desabrochó la blusa y la tocó, a continuación manifiesta que nunca se sintió maltratada ni presionada por él. No se observa cómo, fuera de la apreciación subjetiva del recurrente, ambas aseveraciones deban estimarse como excluyentes o contradictorias. La ofendida describe actos materiales que el encartado ejerció sobre su cuerpo, para luego emitir un juicio sobre su reacción ante los mismos. No resulta razonable sostener que ante los tocamientos impúdicos de Kirgin, la agraviada necesariamente deba sentirse maltratada, o que en ausencia de dicha respuesta, debe concluirse que los acercamientos libidinosos nunca se dieron. La percepción que de los hechos tiene dicha menor, resulta explicable, dadas las paupérrimas condiciones sociales y económicas de las ofendidas que el mismo impugnante hace notar en su escrito, así como las relaciones familiares conflictivas que caracterizan la historia de vida de las víctimas. Las pericias psicosociales son coincidentes en cuanto a que las menores presentaban trastornos afectivos, y una imagen distorsionada de sí mismas. Así las cosas, éstas perciben al encartado como un benefactor, quien les trataba bien y les proveía materialmente. La defensa considera que, debido a que las menores no se arrepienten de haber mantenido relaciones remuneradas con el endilgado, no se lesionó el bien jurídico que tutela el ilícito en cuestión y por lo tanto, se elimina la tipicidad penal de la conducta. Luego trae a colación el contexto socioeconómico de las menores para indicar que el deterioro psicosexual acreditado en las pericias realizadas, responde a sus "endémicos

problemas” afectivos y familiares, pero no es achacable al inculpatado. Ciertamente es que la protección de bienes jurídicos -entendidos éstos como relación de disponibilidad de un sujeto con “lo protegido” (vida, honor, libertad sexual, etc.)- es un límite infranqueable para el ejercicio del poder punitivo estatal. Acuerda con una correcta lectura de los artículos 28 y 39 constitucionales, “...no se puede hablar de “legitimidad para el control penal” si no existe un objeto de protección lesionado, es decir, una parcela de las relaciones de convivencia y de los intereses que estas generan que haya sido valorada legislativamente y que resulte relevantemente violada por una conducta humana... El bien jurídico sólo es posible conocerlo dentro del tipo penal, ya que la conducta que supone el tipo penal se entiende que lo cumple íntegramente sí y sólo sí ha lesionado el bien jurídico penalmente tutelado, no existe otra manera racional de conocer el objeto de protección más que por la misma descripción penal. Así las cosas, el bien jurídico establece para el juez un trascendental esfuerzo exegético ya que el injusto (conducta contraria al Derecho) sería jurídico-penalmente analizada sólo cuando, además de contrariar lo dispuesto por la norma, lesione significativamente o ponga en real peligro un bien jurídico penalmente tutelado. Esto hace que el bien jurídico, como concepto perteneciente a la Ley, tenga implicaciones trascendentales para el análisis de la tipicidad y la antijuridicidad de la conducta” (Issa El Khoury, Henry, y Chirino Sánchez, Alfredo: “Bien Jurídico y derecho de castigar del Estado. Comentarios sugeridos por una sentencia de la Sala Constitucional”. En: Revista de Ciencias Penales, año 5, número 7, julio de 1993). En el caso concreto, los Juzgadores concluyeron de manera adecuada que la conducta de Kirgin era típica. El artículo 160 del Código Penal tutela el normal desarrollo y trato sexual de los menores, cuyo consentimiento supone la norma, pero se les protege precisamente en atención a que son más vulnerables a la explotación a cambio de ventajas económicas. El conjunto de condiciones socioeconómicas que resalta la defensa técnica para aseverar que, debido a su lamentable trasfondo, las ofendidas ya tenían un desarrollo psicosexual anómalo, no viene a desvirtuar la lesión al bien jurídico protegido por la norma. El ilícito en cuestión no requiere que el sujeto pasivo no haya tenido experiencias sexuales previas, ni que tenga una determinada concepción de la sexualidad. Tal y como razonó esta Cámara con anterioridad: “Una cosa es que un menor pueda tener un conocimiento mayor al de sus coetáneos sobre la sexualidad y otra, muy diferente, es que resulte inmune a la distorsión que en su desarrollo representa el que se le ofrezca dinero por efectuar actos eróticos frente a otras personas... Es incuestionable que una propuesta, o bien la realización de una acción como esa, golpean sensiblemente la comprensión que el menor tiene de la sexualidad (aunque esta sea mayor que la de otros niños de su misma edad); así como que entre ambas situaciones hay una diferencia cualitativa, signada por la precocidad del sexo compartido, la representación como posibilidad de que este se de entre niños y adultos, y la venalidad. De tal suerte que no cabe duda de que también el bien jurídico argüido por el defensor era pasible de ser lesionado en los hechos que son objeto de este proceso.” (resolución número 782 de las 9:15 horas del

11 de setiembre de 2003). Amén de lo anterior, la afectación del bien jurídico no puede hacerse depender de la percepción de las menores de que “no se les maltrató”, porque ello, como se ha señalado, es consecuencia de la distorsionada autoimagen de las agraviadas, y de su incapacidad de identificarse como víctimas. Son precisamente estas circunstancias las que aprovecha el imputado para explotarlas sexualmente. Las lamentables condiciones de vida de las ofendidas no implican de ninguna forma, que respecto a ellas no haya bien jurídico alguno que proteger, o que no pueda afectarse en mayor grado su desarrollo psicosexual, bajo la tesis de que “ya había sido lesionado previamente”.

#### 4. Corrupción de Menores y Abuso Sexual de Menores

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago]<sup>vi</sup>

Voto de mayoría

“I I- [...] Respecto a la calificación por el delito de abuso sexual contra persona menor de edad, tenemos que aunque es escueta la fundamentación, reúne la condición mínima, el Tribunal de Juicio explica a nivel de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de una manera somera pero suficiente que el tocamiento en los glúteos en el contexto de los hechos probados se tornaba abusivo que encuadraba en la previsión típica del numeral 161 del Código Penal, además que no existía ninguna causal de justificación, y que la conducta violentaba el bien jurídico tutelado y el imputado tenía capacidad de culpabilidad. Fundamentación suficiente máxime que en cuanto a este delito no se cuestionó por parte de la defensa algún aspecto relevante. Ello no es así en lo que respecta al delito de corrupción por el que fue sancionado el imputado, pues el Tribunal de instancia parte de un error conceptual, no analiza el tipo penal actual de corrupción para establecer si la conducta del imputado encuadra en el mismo o más bien son subsumidos los dos actos del imputado en la figura del artículo 161 del Código Penal. Considerando esta Cámara que esto último es lo que ocurre con las actuales previsiones legislativas, que son las aplicables al encartado como norma más favorable. La nueva redacción limitó el modo de comisión del delito de corrupción y que es aplicable en el caso concreto por ser más beneficiosa para el imputado, de la siguiente forma: “...Será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años quien mantenga o promueva la corrupción de una persona menor de edad o incapaz, con fines eróticos, pornográficos u obscenos, **en exhibiciones o espectáculos públicos o privados**, aunque la persona menor de edad o incapaz lo consienta. La pena será de cuatro a diez años de prisión, si el actor, **utilizando las redes sociales o cualquier otro medio informático o telemático**, u otro medio de comunicación, busca encuentros de carácter sexual para sí, para otro o para grupos, con una persona menor de edad o incapaz; utiliza a estas personas para promover la corrupción o las obliga a realizar actos sexuales perversos, prematuros o excesivos, aunque la víctima consienta

*participar en ellos o verlos ejecutar...*" (la negrilla es suplida). Por ello, la actual norma de la corrupción del delito de corrupción en su modalidad simple, se limita a casos en que se promueve la corrupción mediante "...*exhibiciones o espectáculos públicos o privados...*", tal situación no se cumple en el caso *sub judice* pues, conforme a los eventos acreditados, lo que realizó el encartado fue mostrarle el pene a la ofendida. Cabe cuestionarse, en cuanto a la incidencia del nuevo tipo penal, qué debe entenderse por "*exhibiciones públicas o privadas*". Resulta especialmente de interés el uso del término "*exhibiciones o espectáculos públicos o privados*", porque "*exhibir*", conforme al Diccionario de la Real Academia Española, tiene dos acepciones: 1) "*tr. Manifiestar, mostrar en público. U. t. c. prnl. 2. tr. Der. Presentar escrituras, documentos, pruebas, etc., ante quien corresponda.*" y 2) "*mostrar en público*" (<http://lema.rae.es/drae/>), en el tanto que por "*espectáculo*" se entiende: 1) "*Función o diversión pública celebrada en un teatro, en un circo o en cualquier otro edificio o lugar en que se congrega la gente para presenciarla*" 2) "*Conjunto de actividades profesionales relacionadas con esta diversión. La gente, el mundo del espectáculo*". 3) "*Cosa que se ofrece a la vista o a la contemplación intelectual y es capaz de atraer la atención y mover el ánimo infundiéndole deleite, asombro, dolor u otros afectos más o menos vivos o nobles*". 4) "*Acción que causa escándalo o gran extrañeza*". Por su parte el mismo diccionario, señala como una de las definiciones de "*público*": el "...*Conjunto de las personas reunidas en determinado lugar para asistir a un espectáculo o con otro fin semejante...*". De manera que la mostración directa del órgano sexual, no corresponde un espectáculo o exhibición pública o privada, estando fuera del ámbito de tipicidad de la norma penal actual de corrupción. Considerando más bien este Tribunal de Apelaciones que existe una unidad de acción en sentido jurídico en las acciones de tocamiento en los glúteos a la ofendida y el mostrarle el pene y que ambas acciones forman parte del ilícito de abuso sexual contra persona menor de edad que prevé: 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. (Así reformado mediante el artículo 1° de la ley N° 8590 del 18 de julio del 2007). Las dos acciones se desarrollan en un mismo momento, además que no existe interrupción

espacio temporal, existe unidad de fin el realizar actos de manera abusiva con fines sexuales en contra de una menor de edad, incluso de la propia redacción del artículo se puede inferir que el legislador al redactar la norma no pensó que cada acción en sentido natural constituyera un delito independiente, al indicar el realizar actos, es decir en plural y no en singular. Así las cosas se recalifican los hechos a un solo delito de abuso sexual contra persona menor de edad, cometido por Pablo Cruz Esquivel en perjuicio de Menor de edad. En éste delito el Tribunal optó por una pena de cuatro años de prisión, de tal forma que a ese monto de pena debe de reducirse la condena del imputado.”

##### **5. Absolutoria en Caso de Besos de Padre a Hija que No Cuentan con el Consentimiento de la Menor**

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

“I. [...] El tema resuelto por el Tribunal Penal una vez que produjo toda la prueba en el debate, es que el imputado dio besos a su hija forzosamente que a ella le produjeron asco, pero que no fueron abusivos desde un punto de vista jurídico penal. Esta afirmación del Tribunal es correcta, porque el hecho de que un beso produzca asco en quien lo recibe, no convierte automáticamente al beso en un acto abusivo. En el presente caso se desprendió del testimonio de la menor de edad ofendida, que en dos ocasiones, su padre, el imputado, le dio besos en la boca, obligatoriamente, que se prolongaron por cinco segundos aproximadamente y que no le gustaron porque la dejaron llena de saliva. Sobre esto, la agraviada explicó que fueron besos que el imputado le dio solo con los labios, sin utilizar la lengua, siendo que esto pasó cuando se despedía de ella en vía pública y la dejaba en su casa de habitación a plena luz del día y con otras personas presentes. La víctima fue clara en que fue solo en esos dos momentos de despedida que el imputado la besó de esa manera y en ninguna otra ocasión mientras estuvo con él. En este sentido, de la prueba testimonial obtenida durante el debate, se derivó que la ofendida ha salido con su padre en más de esas dos ocasiones, como es normal que lo haga y, es la misma agraviada quien declaró que, pese a haber permanecido a solas con su padre en recintos privados en diferentes oportunidades, el imputado nunca la besó. Estas circunstancias, no permiten desvirtuar el rechazo de cargos que ha hecho el imputado, por el contrario parece que sustentan su versión en el sentido de que no abusó de la víctima. A criterio de esta Cámara, resulta totalmente ilógico que el imputado haya esperado estar cerca de la casa donde debía dejar a su hija, en horas de la tarde, en vía pública donde habían personas que observaban, incluso parientes de la ofendida, para besar abusivamente a su hija, pudiendo haberlo hecho en cualquier otro momento. El Tribunal *a quo*, valoró que le creía a la ofendida, en el sentido de que los besos que el imputado le dio en la

boca, no le gustaban porque le dejaron saliva. El Tribunal de sentencia no tuvo razones para no creerle a la víctima, porque la perito L., psicóloga que interactuó con el la, declaró que la menor de edad tiene las capacidades funcionales para ser testigo que en el presente caso, fue una declaración en favor de su padre por lo analizado anteriormente, pero no solo por ello, sino también porque , dado que se trataron de besos que , por no ser abusivos, el imputado brindó a la víctima frente a terceros, la testigo P. declaró que en la primera ocasión, observó cuando el imputado , en plena vía pública, cerca de la casa donde debía dejar a su hija, en horas de la tarde, le daba besos a la niña en la boca así como en el resto de la cara. Esta situación fue confirmada por la testigo M. quien presenció lo mismo que dijo P., pero agregó que observó que luego de recibir tales besos, la niña entró sonriente a su casa de habitación. El recurrente refiere que el Tribunal no podía aplicar el principio *in dubio pro reo*, porque no existía una duda razonable, argumento que es erróneo, porque el Tribunal *a quo*, no absolvió con base en una duda que favoreciera al imputado, sino porque , con fundamento en la prueba anteriormente indicada, quedaba claro que los hechos no eran típicos. Esta Cámara considera que las conclusiones del Tribunal sentenciador son correctas pues , conforme con lo analizado hasta el momento, no se configura ninguno de los verbos típicos contenidos en el artículo 161 del Código Penal, si no que lo que se observa son besos de despedida de un padre hacia su hija, independientemente de que fueran del desagrado de la víctima. Para que los besos puedan configurarse como un abuso sexual, se requiere que sean lascivos, libidinosos, que tengan una connotación lujuriosa, todo lo cual no se determinó en la especie pues, el simple desagrado porque los besos dados con los labios en una despedida, dejaron saliva en la destinataria, no hace que el beso revista las características dichas para considerarlo abusivo. En cuanto al cuestionamiento que se hace al dictamen psico-social forense número 34-2010, este viene a sustentar la prueba testimonial hasta el momento analizada, en el sentido de que socialmente se admite que padres e hijos, sobre todo cuando son niños, se den besos en la boca sin que ello configure una conducta abusiva.

## **6. Abuso Sexual en Contra de Menores de Edad y Contacto Físico**

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, III Circuito Judicial de Alajuela, San Ramón]<sup>viii</sup>

Voto de mayoría

**“III. QUINTO MOTIVO DEL RECURSO.** En este motivo la apelante a los hechos tenidos por probados en la sentencia recurrida. Señala, el Tribunal los consideró configurativos del delito de abusos sexuales contra persona mayor de edad, y discrepa de ello por no haberse demostrado con certeza la existencia de los mismos. Agrega, la prueba recibida en el juicio arrojó incertidumbre sobre lo ocurrido porque no se contó con la declaración de viva voz de la supuesta ofendida sobre los supuestos tocamientos.

Además , el anticipo jurisdiccional de prueba fue declarado ineficaz. Por otra parte, afirma quien recurre, no se contó con testimonios de referencia confiables porque la ofendida no hablaba español y en esas condiciones estaba impedida de comunicarle a las autoridades, con claridad, lo acontecido. Afirma, resulta extraño que se tengan por ciertos los hechos acusados sin contar con la versión de la afectada. Aúna, el testigo D.N. no estuvo presente en el momento de perpetrarse el supuesto delito investigado, ni siquiera conversó con la señora D; de ahí que su aporte esclareciendo los hechos es realmente nulo. Y; el testigo J dijo que vio cuando el acusado le tiraba el brazo y le levantaba el vestido a la ofendida, pero no afirmó haber apreciado que le efectuara tocamientos con fines sexuales sobre el cuerpo. Además, ese testimonio fue contradicho por G quien categóricamente manifestó que no vio al imputado tocando de manera libidinosa a la víctima, y lo que vio fue un resbalón sufrido por él; de lo que se infería un hecho puramente accidental y no dirigido a la satisfacción de deseos sexuales. A ello se suma la versión del imputado en debate indicando que el problema surgió por un mero y simple accidente y negó en todo momento haber tenido el propósito de tocar a la perjudicada en sus partes íntimas. **Sin lugar el reproche.** El Tribunal *a quo* teniendo por acreditado que el justiciable se acercó a la víctima y en forma abusiva y con fines sexuales le levantó la falda del vestido, lo declaró autor responsable del delito de abuso sexual contra persona mayor de edad, previsto y sancionado en el artículo 161 del Código Penal. Esa acción la derivaron los Jueces de la declaración rendida en debate por los testigos J y D.N. Argumentó el Tribunal que el primero fue claro en señalar que el acusado la agarró del brazo a la víctima y le alzó el vestido, siendo por esa acción por la que precisamente se sancionó a aquel. Esta Cámara, al escuchar la deposición de J en el debate (contador horario 17:57:18 del archivo c0000120202174309) confirma que eso fue lo que dijo, por lo que conforme a ese hecho demostrado la calificación legal dada por los Jueces al hecho, es acertada. Así se concluye porque dicho delito no requiere para su configuración que el sujeto activo toque en el cuerpo a la afectada, lo que se requiere es, como lo expuso el Tribunal en el fallo, que instrumentalice el cuerpo de la víctima con fines sexuales. La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en diversas resoluciones, entre ellas, la número 356-2007, de las 10:30 horas del 20 de abril de 2007, refiriéndose al delito de abuso sexual en perjuicio de persona menor de edad, expuso: " *La mencionada norma establece: "...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..." Si bien es cierto que el realizar actos con fines sexuales o el obligar al sujeto a realizarlos (al sujeto activo, a sí mismo o a un tercero) no exige necesariamente contacto corporal directo, y así lo ha señalado la doctrina acogida por esta Sala y que se cita en el fallo, para que la conducta sea subsumible en el tipo sí resulta necesario que se dé la instrumentalización del cuerpo de la víctima (entendida en sentido amplio, es decir, haya contacto físico o no). Tal posición la ha asumido esta Sala en varias resoluciones, valga citar a efecto*

*ilustrativo la número 330-F de las 9:55 horas del 28 de junio de 1996: "...El abuso deshonesto también puede tratarse de acciones que no importen un contacto corporal directo, pero que tengan un contenido sexual objetivo respecto de otros sentidos diferentes al tacto como el de la vista, caso en el cual la conducta del agente provoca que el cuerpo de la víctima devenga en mero objeto de contemplación (por ejemplo, obligando a la víctima a tocarse impúdicamente, desnudarla, levantarle la falda, etcétera)... El autor, como se dijo anteriormente, usa el cuerpo de la víctima cuando ésta recibe sobre sí el acto del mismo autor, o cuando ella actúa, por obra del agente, sobre su propio cuerpo, o sobre el del autor o el de un tercero..." Esto ocurre, por ejemplo, al desnudarla total o parcialmente, hacerla desnudarse o desnudarle. A estos supuestos se refieren los precedentes citados por el a quo, y que pretende hacerse valer en relación con un supuesto fáctico muy distinto, como lo es el descrito como segundo evento acreditado. Ello es así porque tal y como afirma Creus, no siempre el abuso sexual consistirá en tocamientos, no es así como debe entenderse el requisito de la materialidad, sin embargo el ilícito en cuestión no se configura si además de faltar el contacto físico, tampoco se da un acercamiento, y "...Tampoco existe si el acto deshonesto lo realiza el autor sobre su propio cuerpo, aunque se lo haga contemplar al sujeto pasivo contra su voluntad (podría tratarse de una exhibición obscena o hasta de un procedimiento corruptor)..." (Derecho Penal, Parte Especial, tomo I, 6ª ed, Astrea, Buenos Aires, 1997, p 210). En idéntico sentido, se pronuncia Fontán Balestra, al explicar que "...es preciso que se trate de hechos; las palabras, cualesquiera que sea su entidad impúdica, lujuriosa o sexual o su intención, no constituyen abuso deshonesto...Los actos deshonestos realizados por una persona sobre su propio cuerpo en presencia de otro, según las circunstancias, podrán constituir otro delito, pero no éste..." (Derecho Penal, Parte Especial, 15ª ed, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p 238). Es en estos términos, que deben entenderse las consideraciones externadas por la jurisprudencia, en torno a la posibilidad de que el abuso sexual no importe necesariamente el contacto físico". En virtud que el delito de abusos sexuales contra persona menor de edad tiene el mismo contenido normativo que el ejecutado en perjuicio de persona mayor de edad, diferenciándose uno y otro únicamente por la edad del subjetivo pasivo, lo dicho por la Sala Casacional y la doctrina respecto al primero es aplicable al presente caso donde se acreditó que con fin sexual el imputado le levantó la falta a la afectada, quien es persona mayor de edad y por ello la calificación legal dada en sentencia a los hechos, con prescindencia que el acusado haya tocado el cuerpo de la víctima, es correcto. La acreditación de ese comportamiento la sustentó el Tribunal de Juicio en la declaración del testigo J, quien observó que el acusado incurrió en dicha conducta. También, de lo relatado por D.N., quien si bien es cierto no observó el suceso, sí aportó indicios importantes que valorados en conjunto con la declaración del primer testigo mencionado, verificaron la comisión del hecho. Al respecto valoraron los Jueces en la sentencia que aunque el oficial D.N. relató que fue llamado a atender una situación en la que le informaron que*

el acusado trató de "manosear" a la víctima, y no vio lo sucedido; ello se confirmó con la declaración del testigo presencial G. Por ello, se estima en esta sede, a pesar que la ofendida no declaró en el debate dando su propia versión de los hechos, sí contó el Tribunal con prueba suficiente que le permitió arribar a la conclusión certera que el hecho sucedió y fue el acusado el autor. Por tanto, la sentencia, con una correcta valoración de la prueba testimonial presentada en el juicio tuvo por acreditado los hechos y éstos fueron bien calificados; por lo que no se presenta en el fallo ninguno de los defectos reclamados por la defensora en este motivo del recurso."

## 7. El Fin Sexual en el Delito de Abuso sexual de Persona Menor de Edad

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de Guanacaste, Santa Cruz]<sup>ix</sup>

Voto de mayoría:

"**ÚNICO.[...]** La protesta no es de recibo . En resumen, el *a quo* estableció que el justiciable observó al ofendido (persona menor de edad) pasar por la calle frente a su casa y lo invitó a ingresar a la vivienda. Una vez "... dentro del recinto, el acusado se interpone en la puerta de la casa para que el menor no salga, y el acusado con el fin de saciar sus deseos libidinosos realizó actos sexuales en contra del menor, ya que procedió a tocarle sobre las ropas las nalgas al menor ofendido, en ese momento el agraviado se resiste a los abusos y es cuando el acusado se baja el zipper de su pantalón y se saca el pene, proponiéndole al menor que se bajara su ropa e indicándole que era muy rico por detrás..." (sic, folio 56). En ese instante, el niño logró huir corriendo del lugar. Propone el recurrente que, en virtud de que la víctima ejerció resistencia (forcejeando con su ofensor) y el justiciable no pudo ejecutar todos los actos que se proponía (besar al niño, desnudarlo y eventualmente mantener relaciones sexuales con él), el bien jurídico "no corrió peligro" y el delito no pasó de ser una tentativa. Tal tesis carece de asidero lógico y jurídico. El artículo 161 del Código Penal reprime el llevar a cabo de manera abusiva "*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...*"

. No se trata de un delito de resultado, es decir, uno en el que **la propia descripción típica** exija la concurrencia de modificaciones en el objeto sobre el que recae la acción, para que delito llegue a consumarse y, por ende, la sola ejecución abusiva de un acto con fines sexuales importa la realización completa del tipo, con prescindencia de que el agente haya logrado ejecutar o no todos los actos específicos que, según su plan, pretendía o alcanzara o no la satisfacción de algún deseo, ánimo o intención personal. Es asimismo evidente que toda acción apareja modificaciones del mundo exterior y que, en el caso de los delitos sexuales, la víctima (objeto sobre el que recae el acto)

sufre cambios de mayor o menor entidad o gravedad, sobre todo en el plano psicológico, pero estos cambios no son exigidos por el tipo penal para establecer la consumación del delito o, eventualmente, pueden constituir causas de calificación de la ilicitud por el resultado (v. gr.: sufrir un daño grave en la salud) pero, se reitera, no son necesarios para la consumación de la forma básica del hecho punible. Por otra parte, la determinación del "fin sexual" contemplado en la norma que reprime el abuso involucra analizar tanto factores objetivos del desarrollo del hecho como los subjetivos del autor, pero es indudable que el marco histórico definido en el fallo de mérito (tocar los glúteos del vecino menor de edad, tratar de desnudarlo, exhibirle el miembro viril y proferir expresiones sugiriendo mantener relaciones sexuales) son conductas que ponen de relieve el fin sexual con el que actuó el justiciable, cumplen la totalidad de los elementos del tipo e implican, en consecuencia, un delito consumado. Es preciso recordar que el factor distintivo de la consumación y la tentativa radica en si se realizó o no de forma completa el tipo penal, por lo que la tesis subjetiva del quejoso (basada en si el autor logró o no todo lo que se proponía) resulta errónea. Es evidente, asimismo, que el bien jurídico protegido (la libertad y la indemnidad sexual de la persona menor de edad) fue efectivamente lesionado, de suerte que resulta inatendible la afirmación del defensor de que, con su resistencia, el niño " *eludió el peligro*" que podía correr dicho bien. Así las cosas, se declara sin lugar el recurso."

## 8. Concepto de "Abuso"

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, III Circuito Judicial de Alajuela, San Ramón]<sup>x</sup>

Voto de mayoría

"I. [...] El imputado fue condenado por dos delitos de Abuso Sexual Contra Persona Menor de Edad (art. 161 CP), entendiendo el *a quo* que el acto sexual resultaba «abusivo» por haberse prevalecido el autor de la relación de confianza con la víctima y su familia. Al castigar aquellos actos «abusivos» con menores de edad o incapaces (art. 161 CP), el legislador ha utilizado un elemento de carácter normativo valorativo para decidir cuándo la conducta es punible. Y lo anterior obliga al operador jurídico, concretamente al juez, a dotar de contenido al citado concepto. El impugnante, por su parte, repara particularmente en la edad que tenía la víctima cuando se produce el segundo de los hechos, pues tenía 15 años, entendiendo que la participación del menor era voluntaria y por ende no se configuraba la conducta reseñada en el artículo 161 CP. Tal criterio resulta coincidente con lo establecido por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, al indicar que "*no se trata, entonces, simplemente de realizar actos con fines sexuales, sino que deben ejecutarse de manera abusiva y el abuso, por definición, consiste en hacer algo que puede ser: contra la voluntad expresa o presunta del sujeto pasivo; sin su voluntad (v. gr.: los abusos sorpresivos), que vaya*

más allá de lo que la víctima consintió o estuvo dispuesta a consentir o prevaleciendo de diversas circunstancias en cuanto signifiquen que la persona ofendida no podía expresar una voluntad libre o ejercer una resistencia efectiva, por citar algunos ejemplos. **La voluntad o el consentimiento de la víctima sigue siendo el núcleo esencial para distinguir lo punible de lo que no lo es o en qué supuestos lo es**; salvo en los casos de menores de doce años, pues aquí la ley mantiene la presunción absoluta de que no pueden emitir un consentimiento válido y los actos sexuales a los que se les someta serán siempre abusivos, desde el punto de vista jurídico penal" (V. 380-05, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, letra negrita y subrayado suplido, en igual sentido V. 379-11 Tribunal de Casación Penal, San Ramón). **Sin embargo no comparte esta Cámara el anterior criterio, pues aunque no cabe duda de que el acto sexual realizado contra la voluntad del agraviado es abusivo, no es posible limitar el carácter «abusivo» de la relación sexual únicamente a aquellos casos en que la misma es realizada contra la voluntad de la víctima.** Tanto la interpretación gramatical, como la histórica y sistemática conducen a señalar que no puede limitarse el carácter abusivo del acto sexual a aquellos no consentidos. El dotar de contenido al concepto normativo-valorativo de «acto sexual con finalidad sexual abusiva» no puede ser arbitrario y en tal labor el juzgador debe interpretar el tipo penal atendiendo en primer término a "el sentido propio de sus palabras" (art. 10 Código Civil). De tal manera la primera acepción de «abusar» lo define como «usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien» y en su segunda definición «hacer objeto de trato deshonesto a una persona de menor experiencia, fuerza o poder» ([www.rae.es/rae.html](http://www.rae.es/rae.html) , voz: «abusar»). De ello se deriva que lo «abusivo» no es únicamente aquello realizado contra la voluntad de la víctima, sino que es mucho más que eso y por ende no puede limitarse únicamente a tal aspecto. De igual manera puede indicarse que el concepto de «persona menor de edad», también resulta normativo, haciendo alusión a quien tenga menos de dieciocho años, conforme se desprende del artículo 90 Constitución Política y 17 CP. Por ello, la conducta abusiva que con finalidad sexual se realice sobre un menor de edad –salvo excepciones– es delictiva y abusivo no es únicamente lo realizado sin el consentimiento de la víctima. En cuanto a la interpretación histórica el anterior artículo 161 CP únicamente contemplaba como delictivas aquellas acciones de contenido sexual realizadas contra la voluntad (expresa o presunta) de la víctima. Pues se castigaba al "[...] que sin tener acceso carnal abusare deshonestamente de una persona de uno u otro sexo, concurriendo alguna de las circunstancias del artículo 156". Y, a su vez, el artículo 156 CP mencionaba como tales circunstancias: 1) cuando la víctima fuere menor de doce años; 2) cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o estuviere incapacitada para resistir; y 3) cuando se usare de violencia corporal o intimidación. De tal manera que, salvo la situación del menor de doce años cuyo consentimiento no tenía relevancia jurídica, las hipótesis comprendidas aludían a conductas en las cuales estaba excluida la voluntad de la víctima. Pero la reforma a los delitos sexuales,

operada mediante Ley 7899 en 1999, pretendió modificar la situación entonces existente respecto a la represión de los abusos sexuales. Pudiendo decirse que la técnica legislativa empleada, si bien impulsada por los mejores propósitos, es pésima, particularmente por la deficiente redacción de los tipos penales. Pero en lo que interesa la modificación legal operada en el artículo 161 CP definió la conducta típica como el realizar de manera abusiva actos con fines sexuales contra una persona menor de edad o incapaz o bien el obligarles a realizarlos al agente, a sí misma o a otra persona. Con lo que, a diferencia de la anterior redacción que –según se ha dicho– acudía al señalamiento de tres situaciones concretas que hacían delictivo el acto sexual, el actual texto legal optó por indicar que sería la «*manera abusiva*» lo que tornaría punible la conducta. Resultando más que evidente que si el legislador hubiere pretendido limitar el carácter abusivo a los actos contrarios a la voluntad del sujeto pasivo, no hubiera acudido a utilizar un concepto normativo-valorativo –por las dificultades que estos ofrecen– y hubiera acudido, sin ambages, a indicar como castigado el acto con finalidad sexual **no consentido** realizado sobre menores de edad. En cuanto a la interpretación sistemática ha de indicarse que no se desprende de la lectura la normativa sobre el tema que el carácter abusivo del acto sexual se refiera únicamente a aquellos no consentidos, pues –por el contrario– algunas conductas sexuales pueden calificarse de «*abusivas*», aun cuando hayan sido consentidas. De manera que no resulta correcto afirmar que el mayor de quince y menor de dieciocho puede válidamente disponer de su libertad sexual. Lo anterior resulta patente cuando el artículo 159 CP, *in fine*, dispone el castigo del acceso carnal **consentido** "[...] 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" (letra negrita y subrayado suplidos). Lo cual señala que la existencia de relaciones como las allí señaladas, lejos de implicar la impunidad de la conducta, agravan la pena aún cuando quien consienta tenga más de quince años. Pero además debe tenerse presente que la figura básica lo constituye el abuso sexual y en tal sentido el acceso carnal constituye una forma más grave de este. Por ello no podría sostenerse que resulta impune el acceso carnal consentido cuando la persona es mayor de quince años. En primer término, como ya se dijo, en determinados supuestos, previstos en el último párrafo del artículo 159 CP, se castiga con pena agravada **actos consentidos** por mayores de quince y menores de dieciocho años. Pero además, siendo el acceso carnal una forma más grave de abuso sexual, nada impide que cuando el acto pueda calificarse de «*abusivo*» y no se presente alguna de las circunstancias prevista al final del artículo 159 CP, se aplique la figura básica que sería el artículo 161 CP, en razón de existir entre ambos una relación de género a especie. De igual manera se ha objetado a la posición aquí sostenida que remitiendo el artículo 162 CP a las descripciones típicas del artículo 161 CP, habría entonces que concluirse que tampoco las personas mayores de edad podrían consentir en realizar actos con fines sexuales y ello resultaría absurdo. Pero ni resulta cierto que

los menores de dieciocho años no puedan consentir en participar en conductas de índole sexual, mientras no resulten «abusivas», ni tampoco que no lo puedan hacer los mayores de edad. Pues cuando el artículo 162 CP remite a "[...] los abusos descritos en el artículo anterior [...]", en realidad no está aludiendo más que a la «realización de actos con finalidad sexual que puedan calificarse de abusivos» y no al elenco de circunstancias que agravan la figura básica. Resultando evidente que lo que puede resultar «abusivo» en una persona de trece años, es posible que no lo sea tratándose de un sujeto de treinta y cinco años. Pero, en todo caso, siendo un concepto normativo-valorativo, el que por remisión también es utilizado en el artículo 162 CP, dependerá del caso concreto señalar cuándo es «abusiva» o no la conducta. De manera que podría decirse que tratándose de adultos el acto sexual consentido será por regla general impune, salvo casos excepcionales en que resulte «abusivo». Por demás está el señalar que ni puede considerarse automáticamente que el besar a una muchacha de diecisiete años configure un abuso sexual, conforme al artículo 161 CP, ni tampoco que el consentimiento de una menor de trece años para realizar actos sexuales con un adulto los convierta en impunes. En ambos casos la cuestión estriba en si los mismos pueden o no calificarse de «abusivos». Y si bien el dotar de contenido a tal concepto normativo-valorativo puede parecer peligroso, cuestión que la doctrina ha señalado respecto a tales elementos del tipo penal, ello no faculta a modificar la figura legal entendiendo que lo «abusivo» se limita únicamente a lo «no consentido». Y es que el legislador, al castigar los actos con fines sexuales con «menores de edad» cuando son realizados de manera «abusiva» (art. 161 CP), adopta una posición que se ha estimado común en legislaciones afines a la nuestra, indicándose al respecto que "[...] parece existir un amplio consenso en los países de nuestra área de cultura, incluso tras las reformas penales habidas en los últimos años en este tema, en que debe seguir manteniéndose la prohibición penal del ejercicio de la sexualidad de un modo absoluto con los llamados «niños», es decir, con los menores de hasta doce o catorce años de edad, sin mayores exigencias de requisito adicional alguno; mientras que con los menores que hayan cumplido esa edad y hasta los dieciséis o dieciocho años la protección penal viene condicionada por la presencia de otros elementos adicionales, como el «engaño» o el aprovechamiento de una situación de prevalencia o superioridad del autor del hecho sobre el menor" (MUÑOZ CONDE, Fco. Derecho Penal, Parte Especial, 1996, pp. 177-178). O sea, según la cita anterior, que la protección de los menores que han cumplido trece años y son menores de dieciocho queda supeditada a que el acto sexual reúna determinadas condiciones que nuestro legislador ha calificado como de «abusivas»; pero que dicha protección no queda circunscrita al acto sexual no consentido, **en cuyo caso ninguna diferencia existiría respecto a la situación de las personas adultas**. Por ello, aunque en el presente caso el impugnante parte de que tratándose de un mayor de quince años únicamente podría ser castigado como acto sexual remunerado (art. 160 CP), por lo dicho no resulta correcta tal afirmación. Por el contrario, estima esta Cámara que, en el asunto bajo

conocimiento, el *a quo* ha respetado las normas que imperan en nuestra sociedad respecto a lo que puede estimarse como una conducta sexual «abusiva». Sobre el punto se dijo en sentencia: "*Ahora bien, respecto de las acciones que el imputado realiza con el menor R.D.M.V, las mismas se circunscriben a actos de índole sexual. Vemos como el imputado, como es su modo de proceder, se hace amigo de la víctima, lo encariña con regalos y bienes de tipo material, dejándole incluso una motocicleta para que use, al mismo tiempo que le enseñó a conducirla, con lo cual el acusado bajo el plan preestablecido empieza a introducir al menor R.D.M.V en temas de índole sexual. Es así como una vez que se ha ganado la confianza del menor, lo toca impudicamente en su pene y lo invita luego a masturbarse delante suyo, al mismo tiempo que el acusado también se masturba, en el avance de las actuaciones del imputado con el aquí menor en materia sexual, proceden luego y siempre por iniciativa del acusado a masturbarse mutuamente hasta eyacular ambos. Vamos a intentar desgranar las acciones del acusado, para así dibujar de forma certera que las acciones del acusado estaban encaminadas a satisfacer sus perversos deseos sexuales: 1.-) se gana su confianza y la de su familia. 2.-) se acerca al menor mediante prevendas de tipo económico, le daba dinero 2000 colones, le prestaba la moto, lo invitaba a comer y hasta le dejo una moto para que se desplazara. 3.-) empieza a tocar impudicamente al menor en su pene, primero sobre la ropa y luego debajo de esta, 4.-) lo masturba, le pide al menor que lo masturbe, lo hacen mutuamente, hasta eyacular. Como quedó establecido, cuando estos hechos se perpetran el menor tiene entre 14 y 15 años de edad, aparte de que el acusado se prevalece de la confianza que la víctima había depositado en el imputado a quien lo creía su amigo y protector, de igual manera de la confianza que le habla tomado la familia del menor R.D.M.V, quienes habían creído en una sincera y limpia amistad que tenían el imputado y el menor, luego en determinado momento, la madre del menor empieza a sospechar en que algo podría estar ocurriendo, corazonada que no fue errada, pues le fue confirmada la situación sexual por el amigo de su hijo" (folio 177 fte. y vto., también cfr. folios 181 a 182). Y precisamente en la presente situación los actos sexuales realizados por el imputado sobre el ofendido R.D.M.V. resultan «abusivos» por la manera en que los mismos se desarrollan. Tal como se dice en el fallo, el encartado actuaba conforme a un determinado plan para abordar a los menores: "*Este modo de operar del investigado, consistió a.-) buscar varones en pleno apogeo de la adolescencia, b.-) brindarles su amistad c.-) ganarse la confianza de los menores d.-) buscar la forma de mantenerse a menudo cerca de los menores, e.-) ofrecerles dinero y facilitar bienes de tipo material, con lo cual lograba que aceptaran someterse a sus requerimientos sexuales, f.-) iniciar con tocamientos sobre las vestimentas, g.-) luego los invita a masturbarse en su presencia, h.-) los insta a que se masturben en forma conjunta con él; por último i.-) y los invita a que lo masturbaran o incluso actos mas (sic) perversos como chupar el pene de la víctima" (folio 167 vto.). Es la utilización de tal método, que el imputado pone en práctica sobre R.D.M.V. cuando éste último tenía catorce años de edad, el que hace**

que los mismos sean «abusivos». Pues aunque pueda reputarse como «voluntaria» la intervención del menor en los mismos, tal «voluntad» fue hábilmente manipulada por el acusado, prevaleciéndose de su mayor experiencia sexual y de la confianza que el menor y su familia le depositaban, para llevarlo gradualmente a conductas de mayor connotación sexual. Debiendo tenerse presente que no existiendo la plena libertad sexual en el menor de dieciocho años, se trata de proteger el normal desarrollo de su sexualidad "[...] para que cuando sea adulto, decida en libertad su comportamiento, sexual [...]" (MUÑOZ CONDE, Fco. Derecho Penal, Parte Especial, 1996, p. 178). Por ello, aunque al ofendido R.D.M.V. no le esta vedado el interactuar en actos de contenido sexual, en los hechos que interesan el imputado mediante un plan predeterminado fue poco a poco induciéndolo a intervenir en relaciones de índole homosexual, las que en virtud de su contenido y del prevalecimiento de su mayor experiencia sexual y relación de confianza, pueden ser calificadas como abusivas. Por ello la sentencia, al señalar las razones por las cuales consideró que la conducta concreta se adecuaba al tipo penal, contiene una fundamentación adecuada y por otra parte, contrario a lo que sostiene el quejoso, el solo hecho de que el agraviado ya tuviese quince años para la fecha del segundo hecho y el mismo no fuere realizado contra su voluntad, no implica que los mismos sean atípicos."

## 9. Abuso Sexual y Concurso de Delitos

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

"II. Se declara sin lugar el recurso de apelación formulado. La discusión que se trae a esta instancia es el tema de la calificación legal y aplicación de las reglas del concurso ideal o material entre el delito de corrupción y el de abusos sexuales contra persona menor de edad, establecidos en los artículos 167 y 161 del Código Penal. En primer término el delito de corrupción establece pena a "*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*" de donde se puede derivar que admite un universo referencial de comportamientos que podrían llevar a la comisión del hecho, entre ellas, algunas conductas que también sean delictivas, por lo que es posible que entre la figura de corrupción concurren otros delitos de naturaleza sexual, sea, que para corromper a la persona menor, también se infrinja otra norma penal que sanciona como delito una acción. Una segunda consideración y relacionada con lo anterior, es que esas conductas punibles para realizar la corrupción no son absorbidas por el tipo principal, por lo que concurren idealmente, según sea el caso, tal como lo ha admitido la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (Cfr. Sentencia 2003-327). En este caso particular si el imputado se masturba frente a la persona menor, con ello

evidentemente está alterando el sano desarrollo sexual de la persona, viendo actos que tienen un sentido prematuro y excesivo a su desarrollo como persona, y si a ello se le agrega que esparce el semen en la vagina de la víctima, entonces ese tocamiento a la intimidad concurre idealmente al hecho, en tanto es parte de toda la acción emprendida por el sujeto activo, pero que no necesariamente se requería para cometer el hecho primero. Por esa razón, se configuran tanto la corrupción como el abuso sexual de la persona menor, producido en un solo acto continuo, que no es separable, en tanto el abuso o tocamiento es parte del desarrollo del primer propósito del agente, cual es corromper a la menor. Por esta razón se estima que no le asiste razón a la parte impugnante, pues el Tribunal califica correctamente los hechos, al definir que en el caso concurren idealmente la corrupción y el abuso sexual de persona menor de edad.”

#### **10. Abuso Sexual Consistente en Tocamientos sin el Consentimiento de la Víctima**

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

**“ÚNICO MOTIVO DE CASACIÓN.** [...] Contrario a lo que indica el recurrente, la sentencia que se cuestiona, sí establece una fundamentación probatoria intelectual y ello lo hace en el momento en el que expone que la forma en que procede el imputado a tocar al ofendido ha sido abusiva, sin que mediara el consentimiento del ofendido . Explican los Juzgadores el contenido libidinoso de los tocamientos cuando exponen que ellos se produjeron en forma clandestina, rápida y bajo el anonimato, puesto que el imputado ni siquiera conocía al ofendido. A folio 112, se señala textualmente: “... *el justiciable se aprovechó de la rapidez con que ejecutaba el acto, y la minoría de edad del ofendido para así mantener su conducta en el anonimato y clandestinidad, lo cual acredita que la actuación del encartado siempre fue abusiva y tendiente a satisfacer sus deseos sexuales. Intención que se demuestra tanto por las partes del cuerpo de la víctima que el encartado osa tocar – sus genitales -, partes que por su función – sea satisfacer necesidades fisiológicas o sexuales, torna dichas áreas como zonas sexualizadas, sino además por cuanto de la expresión que utilizaba el encartado cuando se encontraba al ofendido J. “Hola, tanto tiempo, adiós rico, o vamos rico” deja entrever un interés sexualizado en el encartado hacia la víctima, confirmándose así este elemento esencial del tipo penal. (sic)* Continúa exponiendo el Tribunal sentenciador: “... *con su actuar ilícito el imputado lesionó el bien jurídico libertad sexual protegido por la norma, el cual de conformidad con el artículo 161 del Código Penal (que describe el delito de Abuso Sexual Contra Persona Menor de Edad) es la tutela de la libertad sexual de las personas, de ahí que se sancione a quien abusivamente realice acciones sexualizadas en contra de una persona menor de edad, como en el presente caso tocamientos en las áreas genitales de un menor de trece a*

*catorce años de edad. Esta lesión se materializó precisamente cuando el imputado sin el consentimiento del ofendido, y en dos ocasiones diferentes y con pleno conocimiento que el ofendido era persona menor de trece a catorce años de edad, procedió a tocar en su pene y testículos al ofendido, por encima de la ropa y realizando una acción de apretar los genitales, que incomodó y molestó al ofendido. Con esta lesión del bien jurídico tutelado, se cometió a la vez, una infracción a las normas del ordenamiento que regulan las relaciones de convivencia entre los ciudadanos, atinentes en general al derecho al disfrute de la libertad sexual que no sólo constitucionalmente se obliga respetar, sino en particular a las normas de derecho penal que prohíben la lesión de la misma, por lo que el imputado con los hechos cometidos, se hace merecedor de un reproche por su conducta al no haberse motivado en la norma, pese a que ésta así lo determinaba. " (ver folio 113) Vemos entonces , como sí se procedió ( sic) a realizar la (sic) fundamentación intelectual de la sentencia, con la salvedad de que el Tribunal procede a hacerlo en forma conjunta en cuanto a ambos delitos, lo que no conlleva defecto alguno o agravio al imputado, puesto que se han (sic) explicado con claridad los motivos por los que los tocamientos tienen la connotación sexual que exige el numeral 161 del Código Penal , y además de ello no se aporta ningún elemento que venga a establecer que no hubiese un fin libidinoso por parte del sentenciado. Es más, de la propia descripción de los hechos que dan sustento al análisis intelectual del pronunciamiento resulta evidente la naturaleza sexual y abusiva de las acciones ejecutadas por el acusado, lo que impone el rechazo de este aspecto del alegato, ya que los órganos genitales son una parte del cuerpo excluidas de ser tocadas en la forma en que el imputado lo hizo, actuación que configura una conducta sexual de índole abusiva y en quebranto de la libertad sexual, el pudor y la intimidad, bienes jurídicos tutelados todos en el artículo 161 del Código Penal. Por otra parte, en cuanto a lo que alega el defensor de que ciertas frases que emitió el imputado, solo se refieren al segundo de los hechos y no al primero y que en razón de ello la sentencia carece de fundamentación, esta Cámara considera que tampoco lleva razón el gestionante puesto que ello en nada causa agravio al encartado ; si se suprimieran hipotéticamente estas frases, aun así se tiene por fundamentada intelectivamente la sentencia y establecido el fin libidinoso de ese primer tocamiento . Nótese que el *in quo* expone el por qué se han considerado los hechos como probados, las circunstancias que han rodeado el caso, además de la prueba de la que se deriva la participación del imputado en el evento histórico. En razón de lo anterior se procede a declarar sin lugar el recurso de casación interpuesto por la defensa."*

## 11. El Delito de Abuso Sexual y la Diferencia con los Tocamientos Inmorales

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

Voto de mayoría

“V. Finalmente, el cuarto y último motivo, se admitió únicamente lo referente a una errónea aplicación de la ley sustantiva. Aduce el quejoso que los hechos acreditados constituyen la contravención contra las buenas costumbres, prevista en el artículo 382 inciso 6) del Código Penal. Además se aplicó una norma que no preveía una pena, cual es el artículo 161 párrafo primero de ese mismo cuerpo de normas. La queja se declara sin lugar. Esta Sala entiende que el quejoso se refiere al artículo 385 inciso 5) del Código Penal, que contiene la contravención de tocamientos inmorales. Sobre la distinción entre esta última y la figura de abusos deshonestos, esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse y ha establecido que, tratándose de la segunda: “[...] *la sola mención de circunstancias tales como si la acción fue esporádica, desplegada sobre la ropa, debidamente planeada o realizada en público, carece de toda importancia, en la medida en que se trata de factores que por sí mismos no descartan la tipicidad de la conducta. Así las cosas, en criterio de los suscritos Magistrados, ambas normas –el artículo 385 inciso 5) y 161 del Código Penal- describen como prohibidas una acción que debe ser abusiva, supone la ausencia de consentimiento de la persona sobre la que se despliega, y, es de naturaleza sexual, en el tanto el tocamiento debe ser también impúdico. Sin embargo, éste último debe entenderse que se refieren al mero roce facilitado por la aglomeración de personas, pues estipula: “[...] Artículo 385: Se impondrá de cinco a treinta días multa: [...] Tocamientos 5) A quien se aprovechar de las aglomeraciones de personas para tocar, en forma grosera o impúdica, a otra persona sin su consentimiento [...]*”. Ello es así toda vez que, de acuerdo con la literalidad de las palabras, el verbo tocar se refiere simplemente a “...ejercitar el sentido del tacto. Llegar a algo con la mano, sin asirlo...”. (Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Madrid. Vigésima Segunda Edición, pp. 1485, 2001). Lo anterior, de acuerdo con una interpretación sistemática de las normas. Evidentemente, el tocamiento implica un menor grado de reproche, de ahí que el legislador lo considerase una conducta contravencional. Así, no puede descartarse que el delito de abuso sexual contra persona menor de edad pueda ser cometido aprovechando la misma circunstancia prevista para el ilícito de tocamiento. Es decir, que el agente, sacando provecho las condiciones acarreadas por la existencia de gran cantidad de personas aglomeradas o en tumulto –verbigracia, poco espacio, cercanía, incomodidad para defenderse, dificultad para ser identificado, etcétera-, proceda contra su víctima de forma abusiva, con fines sexuales, sin que su acción implique el sólo roce con aquella, de lo contrario, nos encontraríamos en presencia del ilícito contravencional. El análisis de la cuestión debe realizarse en cada supuesto particular, de modo que la acción típica quede determinada en forma clara a partir de las

*probanzas recibidas [...] (Resolución 2008-1316, de las 14:05 horas, de 12 de noviembre de 2008). Dicha posición jurisprudencial, es aplicable a la especie pues se traduce en que, en síntesis, no puede entenderse que por haberse sido realizado el hecho en las mismas condiciones en que puede verificarse la contravención de cita, se trata de esta última. Tal y como no ocurre en el supuesto bajo estudio, en que el imputado se aprovechó que viajaba en un bus con la perjudicada para proceder de la forma en que lo hizo. Por otra parte, el sentenciado se equivoca al reclamar que la norma penal aplicada, el artículo 161 del Código Penal, no establece la pena de prisión aplicable. De la simple lectura del tipo penal se entiende con sobrada claridad que, para el tipo penal aplicable al momento de los hechos, se previó una pena de tres a ocho años de prisión, para su forma simple, que es la que interesa (Ley Número 8002, de 8 de junio de 2000, publicada el 30 de junio de 2000)."*

## **12. La Resistencia de la Persona Menor de Edad en el Delito de Abuso Sexual**

[Tribunal de Casación Penal de Cartago]<sup>xiv</sup>  
Voto de mayoría

**"1. PRIMER MOTIVO DE CASACIÓN POR LA FORMA: [...]** Como lo expone el mismo recurrente, cuando menciona un extracto de la sentencia condenatoria que recurre, no se puede partir de la existencia de un error en el elemento normativo del tipo, a efectos de cuestionar la "manera abusiva" que contempla el numeral 161 del Código Penal, cuando ha sido clara la deposición del mismo ofendido en relación con las circunstancias que rodearon su ida con el imputado al Hotel en donde fue abusado. Es claro que la disposición del sujeto activo fue la de cometer el acto de manera abusiva, puesto que todo el iter se encaminó a ello, véase que primero establece una amistad con el menor, quien vive en un albergue y por ello le ofrece trabajo tratando de reforzar la confianza, luego le lleva a realizar un mandado, para posteriormente, en la noche, llegar al Hogar Ama, residencia del menor, y pedir a los administradores del mismo le dieran permiso al menor de salir para realizar otros trabajos en la noche por lo que tendrían que pernoctar afuera para salir temprano. Por si fuera poco, ya en el camino hacia el mencionado trabajo, le empieza a realizar una serie de ofrecimientos con los que confunde aún más al menor un niño de 14 años en situación de vulnerabilidad social y afectiva conocida por el acusado porque sabe que vive en el albergue y de esta forma le lleva al Hotel en donde termina abusándole. De ninguna forma se puede inferir que existe un error de parte del imputado, cuando por el contrario, realizó un planeamiento a efectos de confundir al ofendido y así concretar el abuso, de otro modo no hubiese sido necesario para él realizarle una serie de ofrecimientos previos, trabajo, colonias, celular, carro, entre otros, pues le hubiese llevado sin mayor preámbulo al Hotel y, tampoco hubiere sido necesario presentarlo como su hijo ante el dependiente del Hotel a fin de que le permitieran el ingreso. La

frase que refiere el menor en cuanto al temor que sentía por los tocamientos, son suficientes para tener por demostrada su oposición a los abusos y además viene también a descartar que por parte de él hubiera consentimiento, véase que en su declaración expone: "... Yo no quería que él me hiciera eso. Yo no grité ni pedí ayuda, por temor, por miedo. Esto a mi me afectó, en mi integridad..."(folio 262)",

*"... Cuando él salió a comprar las cosas yo no tuve la oportunidad de cerrar la puerta por dentro, porque me dio miedo. Yo no le dije a M. que tenía miedo por lo que me estaba haciendo. Cuando M.I le dijo al señor del hotel que yo era el hijo de él yo no pensé nada, yo no le pregunté a M. que porque dijo eso. Yo no le dije a M. que no me hiciera eso porque yo tenía miedo, que al rato andaba un puñal o algo así. "* (folios 263 y 264). En este sentido, es pertinente recalcar, entre otros, lo que se ha resuelto por parte del Tribunal de Casación Penal de Goicoechea en cuanto a este tema: "*Sobre naturaleza del tocamiento, que según el tipo penal debe ser de "manera abusiva" , no tiene razón quien recurre, por cuanto se evidencia que el acto cobra esa condición, cuando no era necesario para otro fin, y por supuesto va contra la voluntad de la víctima y ataca su pudor y libertad sexual. También, es necesario señalar, que no se puede exigir para la configuración del tipo, que la víctima ejerza una resistencia al ataque como lo sugiere la defensa, pues con resistencia o sin esta, el hecho se produjo, sin que sea posible considerar que por no hacerlo o por prolongarse pueda concluirse que hubo tolerancia o aceptación, máxime que la víctima dice haber tenido miedo que le impidió hacer algún acto de defensa.*"(Voto 2009-211 del Tribunal de Casación Penal de Goicoechea).

En cuanto al alegato de que en ningún momento la fiscalía argumentó la edad maduracional que tenía el ofendido como elemento a considerar en el delito, cuestión que refirió la psicóloga del Hogar Ama, Licenciada Muñoz Linkinmer, éste, fue material que se sometió al contradictorio y posteriormente fue valorado por parte de los juzgadores, pero en conjunto con las demás pruebas existentes en el debate. No se puede pretender que tales manifestaciones en relación con la situación psicológica del menor no se utilicen, cuando la declaración de la testigo fue ofrecida desde la audiencia preliminar que consta a folio 66 y admitida en la Apertura a Juicio. Aparte de ello, la declaración de la testigo, como se indicó, fue sometida a la inmediatez y al contradictorio, en donde las partes tuvieron la oportunidad de preguntarle y cuestionarla, nótese que incluso el defensor del imputado durante el debate, también procede a preguntarle (ver DVD 14:26:05 a 14:28:26). Además de que los juzgadores pudieron apreciar al menor en juicio y la inmediatez les permitió darle mayor credibilidad a la opinión de la psicóloga en cuanto a las condiciones de vulnerabilidad del menor, ello aunado a las diferencias etarias marcadas y demás elementos que el Tribunal analizó. El hecho de que la prueba sea ofrecida desde la audiencia preliminar y dentro del ofrecimiento se deba indicar los hechos o las circunstancias que se pretender probar, no quiere decir que el testigo deba de limitarse a lo que allí se dice,

pues llegaríamos a la ilogicidad de tener que plasmar en el papel u oralmente hasta los detalles que referiré. En este sentido el Voto 6677-2001 de la Sala Constitucional expuso: *"Sin embargo en la lectura del 304 del Código Procesal Penal debe tenerse presente, en cuanto a los testigos, lo resuelto por la Sala con relación al artículo 352 del Código de Procedimientos Penales, que contenía una norma similar, en el sentido de que (...) sólo exige que se indique los hechos sobre los que versará la declaración, no exige aporte de interrogatorio previo, ni que sea exhaustivo en cuanto a las circunstancias propias de la acción sobre la que tiene conocimiento el testigo..."*

Por último en cuanto a este motivo, el Tribunal sí llega a fundamentar el por qué la tesis de la defensa en relación con el error de tipo alegado, no se da, y dispone: *"La tesis de la Defensa que el acusado actuó bajo un error de tipo, creyendo que el ofendido consentía dichas acciones, debido a que no se resistió, no es de recibo, ya que de haber actuado el imputado bajo la creencia que el menor consentía en mantener contactos sexuales, no lo habría llevado al hotel bajo engaños haciéndolo pasar como hijo suyo, y ofrecerle un trabajo, así como beneficios materiales como ropa, una colonia, un celular, una casa, y un carro para que trabajara con él, indicándole que únicamente iban a dormir en ese lugar para dirigirse a realizar un trabajo a Pejibaye a primeras horas del día siguiente; sino que el acusado le hubiera manifestado desde un inició al menor su intención de mantener contactos sexuales con este. Por otra parte habiendo llevado el acusado al ofendido al estado de vulnerabilidad antes descrito, estado en el cual el ofendido no podía realizar una resistencia efectiva antes los actos del acusado no puede el acusado venir a alegar que como el menor no se resistió él creyó que estaba consintiendo los tocamientos, porque el acusado sabía bien las razones por las cuales el ofendido no estaba oponiéndose, por esas razones el Tribunal descarta que el acusado haya actuado bajo el error de tipo como alegó la defensa." (ver folio 282 y 283).*

De esta forma se denota en la resolución que se recurre una fundamentación clara que demerita el alegato interpuesto por la defensa del señor M. y por ello se rechaza el motivo."

### **13. Declaración del Menor de Edad Víctima de Delitos Sexuales**

[Tribunal de Casación Penal de Cartago]<sup>xv</sup>

Voto de mayoría:

**"II. Los reclamos se declaran sin lugar.** En general, cuando de menores de edad se trata y especialmente cuando son víctimas de delitos sexuales, rigen reglas especiales para la recepción de sus declaraciones. Desde el mismo numeral 51 de la Constitución Política se impone el deber de brindar protección especial a los menores de edad. Ese

extremo también se regula en la Convención Sobre los Derechos del Niño, ratificada por Costa Rica por Ley 7184. Esta última establece en sus artículos 12 y 19 – en lo conducente - la obligación de escuchar a los menores durante los procesos, brindándoles las condiciones adecuadas para que se formen un juicio propio que puedan exponer libremente, por lo que se debe posibilitar las condiciones adecuadas para que puedan exponer libremente los hechos, utilizando mecanismos auxiliares tales como el acompañamiento por un adulto, psicólogo o trabajador social al momento de declarar. El mismo Código Procesal Penal indica al respecto lo siguiente: “*Cuando deba recibirse la declaración de personas menores de edad, víctimas o testigos, deberá considerarse su interés superior a la hora de su recepción; para ello el Ministerio Público, el juez o tribunal de juicio que conozca de la causa y según la etapa procesal en que se encuentre, adoptarán las medidas necesarias para que se reduzcan los trámites y se reciba en testimonio en las condiciones especiales que se requieran, disponiéndose su recepción en privado o mediante el uso de cámaras especiales para evitar el contacto del menor con las partes y permitiendo el auxilio de familiares o de los peritos especializados. Podrá requerirse un dictamen al Departamento de Trabajo Social y Psiquiatría y Psicología Forense o de algún otro perito o experto debidamente nombrado, de conformidad con el título IV de esta Ley, sobre las condiciones en que deba recibirse la declaración. Se resguardará siempre el derecho de defensa. La mismas reglas se aplicarán, cuando haya de recibirse el testimonio de víctimas de abuso sexual, trata de personas o violencia intrafamiliar*”. De todo lo anterior se deduce que la presencia de una trabajadora social en la declaración de la ofendida es un procedimiento válido para tutelar a la misma víctima, de tal forma que pueda declarar de modo libre y en condiciones apropiadas. Ahora bien, lo anterior no debe entenderse que el profesional que acompañe al testigo, pueda sustituir o sugerir su declaración lo cual debe valorarse caso por caso. En la especie, el Tribunal de instancia, acudió al procedimiento del uso de la cámara Gesell para recibir la declaración de la menor, y vista y escuchada la misma en el formato audiovisual (DVD) se logra comprobar que no se advierte que las preguntas formuladas a la ofendida se tratase de un interrogatorio inducido como se afirma en el recurso que se conoce. De modo más concreto, el reclamo va dirigido esencialmente en punto a la pregunta (formulada por la profesional que interroga a la ofendida) si “xxx (así es conocido el justiciable) *te ha tocado las partes íntimas*”, lo cual estima el recurrente es capcioso en cuanto conlleva la respuesta. Debe señalarse que a la ofendida (según se aprecia en el registro audiovisual respectivo) se le preguntó si conocía a E. al que le dicen “xxx ” a lo que la ofendida dijo que lo conoce “del Guayabal”, luego señala que la tocó en la vagina y en las piernas. El mismo imputado al momento de declarar en debate aceptó que era conocido con ese apodo y que la misma ofendida así le dice. De tal modo que ese conocimiento de la ofendida del imputado, y la aceptación que el mismo hace de que así es conocido, permiten establecer que a juicio de este Tribunal no se trate de un interrogatorio inducido como se reclama, sino que la ofendida, es quien indicó a

preguntas que se le formularon que conocía al justiciable y que fue quien la tocó en la vagina y en las piernas. Sobre tal extremo del interrogatorio no existe vicio alguno que declarar. Respecto al segundo segmento del interrogatorio a la víctima que se juzga inducido, vemos que igualmente se le preguntó a la menor si “xxx le tocó la vagina por encima de la ropa”, haciendo el gesto por la profesional que interviene de tocar a la ofendida. Tal circunstancia no es por sí tampoco sugestiva sino que conlleva el lograr que la perjudicada entre en un ambiente que le permita superar los bloqueos iniciales al momento de rendir su versión. Debe recordarse que en esta materia de delitos sexuales en perjuicio de menores, diversos factores (sitio en que se recibe el interrogatorio, forma en que se plantean las preguntas, por ejemplo) hacen que testigos ofendidos no declaren de primera entrada, sino que es necesario establecer procedimientos que sin sugerir la respuesta hagan que estos entren en un ambiente de confianza para relatar los hechos. [...] Sobre el alegato de ausencia de correlación y sentencia (punto (iii)), se ilustra con el cuadro que sigue:

Acusación	Hechos probados	En el fondo del fallo
<p><b>Fecha:</b> 4 de octubre de 2007</p> <p><b>Ofendida:</b> C.N.I.</p> <p>Edad: 6 años</p> <p><b>Circunstancias:</b> se encontraba sola, jugando en el corredor de la casa, la llevó a un cerco.</p> <p><b>Lugar:</b> Cartago, Tejar, el Guayabal.</p> <p><b>Acción:</b> Con fines libidinosos le tocó la pierna <u>por debajo del short</u>, hasta conseguir tocar la vagina.</p>	<p><b>Fecha:</b> 4 de octubre de 2007</p> <p><b>Ofendida:</b> C.N.I.</p> <p>Edad: 6 años</p> <p><b>Circunstancias:</b> se encontraba sola, jugando en el corredor de la casa, la llevó a un cerco.</p> <p><b>Lugar:</b> Cartago, Tejar, el Guayabal</p> <p><b>Acción:</b> Con fines libidinosos le tocó la pierna por debajo del short, hasta conseguir tocar la vagina.</p>	<p><b>Fecha:</b> 4 de octubre de 2007</p> <p><b>Ofendida:</b> C.N.I</p> <p><b>Edad:</b> 6 años</p> <p><b>Circunstancias:</b> se encontraba sola, jugando en el corredor de la casa, la llevó a un cerco.</p> <p><b>Lugar:</b> Cartago, Tejar, el Guayabal.</p> <p><b>Acción:</b> Con fines libidinosos le tocó la pierna <i>por debajo del short, hasta conseguir tocar la vagina.</i></p> <p>A folio 9 del fallo se aduce que el tocamiento <u>fue por encima del pantalón.</u></p>

Del anterior cuadro comparativo se evidencia que es cierto que existan diferencias en el relato de la menor, esto respecto de algunas circunstancias modales de cómo los había relatado anteriormente en la denuncia. Pero tal y como se analiza en la sentencia, se trata de divergencias que no giran sobre el núcleo fáctico esencial que se le ha venido acusando al justiciable. Tampoco el recurrente ha probado de modo fehaciente el perjuicio que la modificación de algunas circunstancias causa en la credibilidad del relato de la ofendida. Debe recordarse que los menores de edad en estos delitos, por su escasa edad, o por diversos factores tales como la puesta en funcionamiento de mecanismos de olvido de hechos que de por sí han sido traumáticos –entre otros– hacen que su versión no sea siempre la misma en todas las etapas del proceso. Al respecto este Tribunal de Casación Penal ha aceptado que aún imprecisiones en la fecha del acontecimiento, es posible que no afecten la credibilidad de la víctima en estos delitos, siempre y cuando ello tenga una explicación razonable al contexto de las demás pruebas, todo lo cual debe ser objeto de análisis. En este sentido en el voto de este Tribunal de Casación Penal N° 2009-0243 de 10:30 horas del 17 de agosto de 2009 se expuso lo siguiente: *“De lo anterior se colige que, si bien el Tribunal si hizo una comparación de la versión de la ofendida, con el resto de los elementos de prueba, las conclusiones que de ahí se obtienen, tal y como lo alega el Ministerio Público, no son acordes a las reglas de sana crítica. Véase que se consideró en el análisis algunas inconsistencias en la versión de la menor ofendida, por lo que para el a quo la misma no pudo ser confirmada, generando – según se dice - un estado de duda que vino a favorecer al justiciable en cuanto a ese hecho ocurrido presuntamente en la vivienda de la ofendida. Sin embargo, cierto es que la versión de la ofendida dada en el debate como la rendida en la denuncia, ubican los hechos en el año 2004, existiendo diferencia en algunos meses, de haber hecho el Tribunal de instancia un análisis exhaustivo pudo encontrar algunas explicaciones de tal incongruencia, especialmente por la naturaleza de los delitos investigados. Debe recordarse que no necesariamente debe existir una coincidencia absoluta en los diversos medios de prueba, sino que lo esencial es que el Tribunal pueda llegar a explicar de modo satisfactorio, y no únicamente en la diferencia en el relato, la credibilidad del testigo. Es válido también que, en una interpretación armónica de los medios de prueba, el Tribunal se decida por extraer algunos datos aún de la misma denuncia, pues como se alega en el recurso que se conoce, especialmente en estos delitos, por el transcurso del tiempo, y porque las víctimas por diversos mecanismos tratan de olvidar lo ocurrido, es que no necesariamente porque existan esas divergencias con lo declarado en juicio ello implique que el relato sea falso. En el caso concreto, el Tribunal de Juicio, basa la absolutoria recurrida en dos elementos: el primero que la ofendida no relató en juicio los hechos de modo similar o cercano a como los refirió en la denuncia y lo que dijo la madre de la ofendida, y por otra parte, porque en otras instancias (ante el médico forense, ante psicología forense) no refirió los hechos, considera este Tribunal de Casación que no son argumentos suficientes*

como para fundamentar una duda de su relato. Debe el Tribunal de Juicio en el análisis respectivo, verificar si la ofendida pese a esas inconstancias relativas al tiempo en que suceden los hechos y a la omisión de relatarlos ante otras instancias, pudo obedecer a algunas circunstancias o si efectivamente se trata de un problema de credibilidad en el testimonio, o bien, si ello es debido a la forma como las víctimas se comportan en este tipo de delitos. Tal y como lo ha resuelto la jurisprudencia: “En los delitos sexuales, especialmente cuando se consuman en perjuicio de menores, en la generalidad de los casos, no es posible exigir una ubicación espacio- temporal exacta, pues en contra de esa pretensión se confabulan, no solo la propia manera en que los hechos de esa naturaleza entran a formar parte de la psiquis de la víctima, siendo de importancia aspectos como el deseo de olvidar tales acontecimientos no solo por su naturaleza traumática, sino porque los menores no necesariamente llevan un registro fiel por horas y días de lo ocurrido, sobre todo cuando se trata de una sucesión de acontecimientos dolorosos en su perjuicio y en que ha mediado la amenaza por parte del ofensor. En todo caso, vista la sentencia en su integridad, como una unidad lógica-jurídica, es claro que los hechos ocurren cuando el menor estaba cursando segundo año de la escuela, ello en año de mil novecientos noventa y nueve, en la localidad de Orotina de Alajuela. En la especie según el elenco de hechos probados las conductas ilícitas por las que se ha dictado sentencia condenatoria ocurrieron en mil novecientos noventa y nueve en al menos ocho ocasiones (cf. Folio 137 líneas 13 y s.s), siendo que esa determinación del momento histórico, es la mayor precisión que pudo obtenerse de las probanzas evacuadas e incorporadas al debate, y ello resulta suficiente a los fines de cumplir con la adecuada fundamentación en ese extremo. Con relación a este tema, de la determinación de la fecha de los hechos en los delitos sexuales, la Sala Constitucional ha dicho: “... no siempre se requiere de una precisa e indubitable determinación del momento en que ocurrió la conducta punible para emitir una sentencia ajustada a los principios del debido proceso. Más bien, la necesidad de fijar con mayor o menor precisión cuando sucedieron los hechos investigados, está en relación directa con la importancia y utilidad que ello tenga en cada caso, para demostrar la acreditación de la conducta acusada. De esa forma, la acreditación del día concreto o la hora exacta en que algo sucedió, no tiene en todos los casos la misma relevancia sino que dependerá de otras circunstancias que se planteen dentro del caso concreto, principalmente por parte de la defensa. Por ello, lo correcto es afirmar que sólo existirá una violación al derecho al debido proceso del imputado si en su caso, la determinación del momento en que sucedió el hecho que se investiga, resulte importante para el ejercicio de su defensa, en el sentido de que sea determinante para atribuirle la conducta acusada...””(Voto 2812- 98 de las 14: 48 horas del 28 de abril de 1998 líneas 18 a 32. En similar sentido véase Sala Tercera Voto 252- 99 de las 9: 42 horas del 5 de marzo de 1999” (ver voto 139-2001 del 15 de febrero de 2009 del Tribunal de Casación Penal del II Circuito Judicial de San José)”. En consecuencia, se

declara sin lugar el alegato identificado como punto (iii) y que corresponde al reclamo tercero por la forma.”

#### **14. Abusos Sexuales en Contra de Menor de Edad Agravados por el Factor Sorpresa**

[Tribunal de Casación Penal de San José]<sup>xvi</sup>

Voto de mayoría

“II. [...] El otro grupo de objeciones formuladas por la defensa técnica se ocupa de cuestionar la posibilidad jurídica de imputar al encartado los tocamientos por encima de la ropa de la menor en glúteos y pechos, por no estar expresamente descritas tales conductas en el artículo 161 del Código Penal, premisa a partir de la cual esboza una serie de conclusiones, como que el hecho acusado es una contravención, que existe falta de tipicidad, que para que se dé un delito sexual deben estar involucradas las partes genitales, así como la intención de copular y otros, que resultan abiertamente equívocos. En efecto, el artículo 39 de la Constitución Política consagra el principio de legalidad, que en materia penal implica que la ley es la única fuente creadora de delitos; de ese principio también deriva el principio de tipicidad garantizando que sólo será delito aquella conducta definida como tal por una ley anterior y emanada de un órgano competente. Y en ese sentido, el tipo penal tiene una función de garantía, en la medida que sólo aquellos comportamientos subsumibles en él, podrán ser sancionados penalmente. El tipo penal debe ser redactado de manera que se entienda con claridad cuál es la conducta prohibida, ello implica un lenguaje claro y entendible para el ciudadano medio; evitando el *casuismo* en la descripción de las acciones prohibidas, siendo lo apropiado utilizar descripciones genéricas pero evitando por supuesto, conceptos indeterminados ("buenas costumbres", "honesta", "moral", etc.). (MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes, Derecho Penal, Parte General, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, 273 a 275). Por ello resulta manifiestamente improcedente el reclamo del accionante cuando acusa que el artículo 161 del Código Penal no contiene dentro de su descripción típica el tocamiento sobre la ropa en glúteos y pechos, cuando resulta del dominio común en materia penal, que la alusión a los "actos con fines sexuales", utilizada por el legislador en el precepto citado, abarca ese tipo de acciones, pues resultaría una técnica inadecuada y muy cuestionable pretender puntualizar todos los comportamientos que podrían subsumirse dentro de la expresión "actos con fines sexuales" que contiene el artículo en mención. Resulta una apreciación subjetiva y sin asidero la tesis del accionante cuando distingue entre "mero placer libidinoso" y "sexual" con el propósito de dar sustento a su pretensión de absolutoria, por estimar que los hechos demostrados constituyen una contravención; menos cuando afirma que la existencia de un delito sexual está supeditada a la intervención directa de áreas genitales (tanto del sujeto

pasivo como del activo), con el propósito de copular. En definitiva, el tema de la calificación jurídica ya fue objeto de análisis por este tribunal en el voto N° 1094-2008, de las 10:50 horas del 30 de octubre de 2008, donde pese a realizarse alguna corrección, se mantuvo como la apropiada su calificación como abuso sexual contra persona menor de edad, según el cuadro fáctico demostrado: *"Tampoco existe problemas de congruencia o falta de correlación entre acusación y sentencia. Según la imputación formal planteada por el Ministerio Público, se acusó al encartado por cuanto " El día primero de diciembre de dos mil cuatro, en horas de la mañana, la persona menor de edad M, de trece años de edad para esa época, se presentó en compañía de su hermana y de un tío a la finca del encartado J, ubicada en Monte Redondo de Aserri, pues habían sido contratados por éste último para coger café. 2.- En determinado momento cuando M y su hermana M.A se encontraba solas en el cafetal, el aquí endilgado J se le aproximó y en forma sorpresiva tomó a M por detrás y la tocó en forma abiertamente impúdica y libidinosa en los senos y los glúteos contra su voluntad, siendo que la joven forcejeó con él por unos instantes hasta que logró liberarse" (folios 20 y 21). Esos hechos fueron calificados como constitutivos del delito de abuso sexual en contra de persona menor de edad. En la sentencia recurrida se tuvo por demostrado exactamente los mismos hechos que se plantearon en la acusación. Es más, se trata de una copia, donde la única diferencia es que en la acusación se dice el nombre y apellidos de la ofendida, mientras que en los hechos probados únicamente se indican las iniciales de dicha agraviada. Ciertamente, el tribunal de juicio comete un error al señalar que se trata del delito de abuso sexual agravado por " la minoridad de la víctima y el aprovechamiento de su vulnerabilidad" (folio 166). Es evidente, conforme lo señala el impugnante, que en relación a la edad de la víctima, el propio legislador lo ha establecido como circunstancia de agravación cuando la víctima sea menor de 13 años, lo que no ocurre en la especie. No obstante ello, en este caso el error es inocuo por cuanto siempre subsiste una circunstancia de agravación, la cual fue debidamente acusada y tenida por demostrada en la sentencia. Concretamente, la circunstancia de que el imputado aprovecha que la persona menor ofendida se encuentra concentrada en las labores de recolección, para acercársele por detrás, de manera sorpresiva y sin posibilidad alguna de defensa, la toca en los pechos y glúteos. Como bien lo ha señalado la jurisprudencia nacional "... Tal incapacidad no hace referencia exclusiva a las condiciones intelectuales del sujeto pasivo – como parece entenderlo quien impugna-, sino a todos aquellos factores – mentales, físicos o psicológicos- que impidan a la víctima ejercer o mantener una adecuada defensa de su libertad sexual, de los que se aprovecha el agente para lograr su cometido" (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. No: 344 de las 14:20 horas de abril de 2002). En las circunstancias en que el imputado actuó, evidentemente la víctima se encontraba imposibilitada para resistir el abuso, por lo sorpresivo del acto. De esa manera el autor no tuvo necesidad de recurrir a la violencia para lograr su propósito, no obstante que no contaba con el consentimiento de la víctima. Comentando un caso similar, Fontan Balestra afirma que*

en esas circunstancias "... no debe repararse tanto en la imposibilidad física de resistir por obra de la posición en que la mujer se encontraba, como en el desconocimiento del verdadero acto que se iba a ejecutar, y como consecuencia de tal desconocimiento, la falta de manifestación de voluntad de la mujer opuesta al acto, mediante resistencia" (FONTAN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal. Parte Especial Abeledo perrot, Buenos Aires, 1969, tomo v, p.83). Esta anulación a la capacidad física de resistencia provocada por la acción sorpresiva del encarado, como elemento constitutivo del delito de abuso sexual, es reconocida ampliamente en la doctrina (Véanse autor antes citado; RIVERO Juan Marcos. Comentarios al Código Penal, Juriscentro, San José, 1989, p. 229; NUÑEZ, Ricardo Derecho Penal Argentino. Omeba, Buenos Aires, 1964, Parte Especial, tomo IV, p 258-259; LOPEZ BOLADO, José Daniel. Violación, estupro, abusos deshonestos, Lerner, Buenos Aires, 1971, p. 183, y ESPINOZA VASQUEZ, Manuel. Delitos Sexuales, Marsol Perú Editores, Perú, 1983, p. 74). En síntesis, de acuerdo con los hechos probados en la sentencia, el imputado realizó actos libidinosos en perjuicio de la persona menor de edad, aprovechando que ésta se encontraba física y transitoriamente incapacitada para resistir, lo que tipifica como abuso sexual agravado previsto en el artículo 161 citado, y por esa razón debe rechazarse el recurso.

Finalmente, la edad del sentenciado y los derechos que como persona adulta mayor tenga a nivel de nuestro derecho interno e internacional, no imposibilita que sea juzgado y condenado, como en el *sub examine* ocurrió, si como se demostró en este proceso y se analizó en la sentencia, J fue autor de un delito de abuso sexual. Tampoco constituye una contradicción del pronunciamiento que los juzgadores estimaran recomendar a Adaptación Social, un indulto, justamente en atención a su edad. Por ende, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 411 del Código Procesal Penal, se declara inadmisibles la revisión formulada por el licenciado Geovanni Francisco Bello Muñoz, defensor particular del sentenciado J."

## 15. Conciliación y Abuso Sexual de Menor de Edad

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

Voto de mayoría

"I. El sentenciado G. solicita la revisión del fallo número 120-2005, dictado por el Tribunal de Juicio del II Circuito Judicial de Alajuela a las 17:00 horas, del 31 de mayo del 2005. Como primer motivo alega violación al debido proceso porque el Juez pese a estar obligado a llamar a conciliación en ese caso por tratarse de un delito de acción pública perseguible sólo a instancia privada, omitió hacerlo, irrespetando el derecho de restaurar la armonía social entre las partes. Tampoco tomó en cuenta de que "la ofendida era una mujer que desde el 25 de febrero del 2003 ya había cumplía (sic) los doce años y más bien estaba en el cumplimiento de los trece años, y estudiante de colegio." (cfr. folio 102).[...]

**II. La revisión es inadmisibile.**[...] El artículo 36 del Código Procesal Penal dispone –en lo que interesa- que la conciliación procede en las faltas o contravenciones, en los delitos de acción privada, de acción pública a instancia privada y los que admitan la suspensión condicional de la pena. El sentenciado fue condenado por el delito de abuso sexual contra persona menor de edad agravado, por las causales del artículo 161 del Código penal, artículo 2, 3 y 4 (se aprovechó de su vulnerabilidad, se trataba de su cuñada y se prevaleció de su confianza y relación familiar). En otras palabras, es evidente que no se trata de un delito de acción pública perseguible a instancia privada, pues el artículo 18 inciso b) del Código Procesal Penal, expresamente excluye las agresiones sexuales agravadas y por lo tanto, es claro que no cabría la conciliación, pues tampoco se trata de un delito que admita la suspensión condicional de la pena. A mayor abundamiento, y para reforzar el hecho de que su pretensión es manifiestamente infundada, el mismo artículo 36 del C.P.P. que regula la conciliación dispone: *“En los delitos de carácter sexual, en las agresiones domésticas y en los delitos sancionados en la ley de penalización de la violencia contra la mujer, el tribunal no debe procurar la conciliación entre las partes ni debe convocar a una audiencia con ese propósito, salvo cuando lo soliciten, en forma expresa, la víctima o sus representantes legales.”* . De allí que no sólo existía una imposibilidad legal de aplicar el instituto, sino que además, en este tipo de delincuencias la ley expresamente prevé que el Tribunal no debe procurar la conciliación, por lo que su gestión resulta inadmisibile por ser manifiestamente infundada.”

#### **16. Presupuestos del Delito de Abuso Sexual Contra Persona Menor de Edad y Bien Jurídico Tutelado**

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

Voto de mayoría

**“IV.** En este motivo el quejoso señala que los hechos por los cuales fue condenado no son constitutivos de abusos sexuales contra menores de edad, sino, que a lo sumo, constituirían la contravención de actos contrarios a las buenas costumbres. Indica que tocar a las niñas por encima de sus ropas sería un acto deshonesto que está excluido de la figura delictiva, constituyendo una contravención. **El reclamo es inatendible.** Nuevamente haciendo una interpretación subjetiva de los hechos probados, yerra el sentenciado en sus apreciaciones. Las contravenciones reguladas en el artículo 385 incisos 3) y 4) y 5) del Código Penal, denominada “palabras o actos obscenos”, “proposiciones irrespetuosas”, “tocamientos”, fueron previstas por el legislador para tutelar el bien jurídico “las buenas costumbres”, muy distinto del bien jurídico que protege la norma del artículo 161 del Código Penal -vigente para la fecha de los hechos objeto de juicio-, como lo es la libertad sexual. Es esta diferencia, la que determina el disvalor que legalmente se otorga a cada una de las conductas establecidas en las

normas penales objeto de estudio, diferencia que se traduce en el tipo de penal que se aplica a cada una de ellas. En relación con la contravención de tocamientos esta Sala ha indicado que se diferencia del delito de abuso sexual en que: *"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 (...)"* (El resaltado es suplido, resolución 1190-99, de las 9:24 horas, del 17 de setiembre de 1999). En el caso que nos ocupa el antecedente jurisprudencial mencionado, aplica perfectamente, en el tanto el encartado con intención de procurarse un ambiente adecuado para realizar sus ilícito actuar, encierra a las ofendidas en su casa y procede impúdicamente a tocar a ambas menores en sus genitales, con la finalidad de satisfacer sus instintos sexuales. Es evidente que, en el presente caso, no es jurídicamente procedente considerar que el cuadro fáctico que el Tribunal Penal tuvo por acreditado (ver folio 230), pueda englobarse dentro de los presupuestos normativos de las contravenciones previstas en el artículo 385 incisos 3), 4) y 5) del Código Penal, ya que el hecho de instrumentalizar a las dos menores de edad, de cinco y siete años, encerrándolas en su vivienda, sentándolas en sus regazos tapándoles la boca y tocándolas lascivamente en sus genitales por encima de la ropa, se ajusta a la delincuencia establecida en el numeral 161 del Código Penal. En segundo lugar, la diferencia entre los presupuestos de hecho que determinan el surgimiento a la vida jurídica de cada una de las normas penales objeto de discusión, lo constituye el tipo de agresión sexual, y el poder ofensivo que esta tiene sobre la víctima. En el caso del abuso deshonesto, la agresión sexual se desarrolla por actos sexuales realizados sobre la humanidad de la víctima, o por actos directamente encaminados hacia su cuerpo, en donde este es objeto de instrumentalización, por parte del agresor sexual, a efectos de satisfacer sus desviados deseos libidinosos, siendo el grado de ofensa sumamente elevado, al punto de que el mismo violenta y dobliga, la libertad sexual de la víctima del abuso (En este sentido ver la resolución N° 356-2007, de las 10:30 horas, del 20 de abril de 2007; así como la N° 501-2001, de las 10:40 horas, del 25 de mayo de 2001, ambas de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia). Por otra parte, en las contravenciones mencionadas, la conducta que se sanciona atiende a actos obscenos que afectan el pudor de la persona ofendida, sin que tal conducta implique la vulneración de su libertad sexual, siendo mínimo, el grado de lesión que se le produce a la víctima, en virtud del leve poder ofensivo que caracteriza las conductas descritas en la normativa del artículo 385 incisos 3), 4) y 5) del Código Penal, conductas que se catalogan legalmente como

contrarias a las buenas costumbres, y no como violatorias de la libertad sexual de las personas. Es en virtud de lo anterior, estima esta Sala, que en la sentencia recurrida no se constata el defecto que alega el quejoso por lo que se declara sin lugar el reclamo.

V. El sentenciado sostiene que su conducta es atípica, pues la acción de tocamiento no se ejecutó de manera abusiva. Además señala que debió de acreditarse los varios fines sexuales que habría perseguido con dicha acción. Al mismo tiempo concluye que el tipo penal requiere que la acción recaiga sobre una persona, no sobre un cuerpo físico. **Sin lugar el reclamo.** El fallo contiene un claro análisis de la intención del sentenciado al tocar lascivamente el cuerpo de las niñas. Esta Sala en antecedentes jurisprudenciales ha indicado, que no es necesario indicarle a la víctima lo que se le está haciendo, *“En todo caso, tampoco constituye un requisito del tipo penal, que el autor del ilícito haga saber en forma verbal al sujeto pasivo, cuál es el objeto de su comportamiento.”*( resolución Nº 2001-00501, de 10:40 horas, del 25 de mayo de 2001892-2003, en igual sentido 2001-00501, 10:25 horas, del 3 de octubre del 2003 ambas de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia). Así, claramente se evidencia que se violenta la libertad sexual de las menores de edad, cuando C., con su actuar violentó el derecho a la libertad sexual que le corresponde a toda persona. Lo anterior, no excluye la posibilidad de que, al realizar este tipo de actos, el sujeto activo busque a la vez satisfacer sus deseos o instintos sexuales. Así las cosas se rechaza el motivo.”

## 17. ¿Edad Emocional del Menor de Edad?

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

Voto de mayoría

**“II. La revisión es admisible parcialmente:** Tratándose de los primeros dos puntos alegados, referidos a la incorrecta aplicación de la norma sustantiva, y a la violación a las reglas de la sana crítica y al principio de in dubio pro reo, ambos son inadmisibles. En relación con el primer reclamo, es manifiestamente infundado, pues el petente pretende atribuir al tipo penal de abusos sexuales contra personas menores de edad e incapaces (artículo 161 Código Penal), un elemento que el mismo no contempla como tal a saber: la edad emocional del menor. Ciertamente, lo que la figura jurídica exige en su inciso primero, es que la persona ofendida sea cronológicamente menor de doce años, sin que se exija o tenga que ver con su estado mental o emocional, aspecto que más bien, tiene relación con lo que se señala en el inciso segundo del numeral citado. Para el caso, se tuvo por demostrado que para la fecha en que ocurrieron los abusos en contra del menor W., éste era menor de doce años, que es el requisito exigido para el inciso primero, no siendo procedente el alegato.”

## 18. Análisis sobre el Concepto, Elementos de Configuración, Bien Jurídico Tutelado y Finalidad

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

Voto de mayoría

“II. En el primer alegato, el petente indica que fue condenado erróneamente por tres delitos en concurso material, cuando lo que procedía era la imposición de una sanción por un solo delito. En ese sentido, alega que el artículo 161 del Código Penal incluye la realización de pluralidad de actos con fines sexuales, que pueden haber sido cometidos en diferentes momentos, tratándose de una única ofendida. La norma no indica que se castiga por separado cada acto o abuso que aparezca. Se trata, en su criterio, de una interpretación extensiva en perjuicio de los acusados. Por otro lado, tampoco se tipifica de qué clase de actos se trata, qué significa “de manera abusiva” o cuáles son las partes u órganos de un menor que no se pueden tocar. Indica el quejoso: “[...] *El error del Tribunal consistió además en afirmar hechos que constituirían una violación; supongo que no saben ni conocen qué es una vagina [...]*” (folio 337). Para el sentenciado, los hechos acusados constituyen más bien una contravención. Finalmente, alega que el legislador ignorante empleó en la norma de comentario el tocar a una persona, no, su cuerpo físico, sin entender que la persona es intangible y, por tanto, no se puede tocar. **No son de recibo los argumentos del justiciable.** En el artículo 161 del Código Penal, el legislador estableció como acción típica el realizar actos con fines sexuales de forma abusiva contra una persona menor de edad. Se entiende que podrá tratarse, al menos, de un movimiento corporal, pues resulta ilógico y desproporcional que aquel acusado de una única acción se enfrente a la misma pena que a quien se le atribuye la realización de varios eventos y que, por esa razón, le corresponde, más bien, un grado mayor de desaprobación por parte del ordenamiento jurídico. En ese mismo sentido, tampoco puede concluirse de forma válida que la norma penal prevé una misma sanción punitiva para pluralidad de actos cometidos de forma separada en el tiempo porque, no sólo carecía también de sentido, atendiendo a la logicidad expuesta, sino que además resultaría contrario a los principios normativos y doctrinarios referidos al concurso material de delitos. Al respecto, recuérdese que los artículos 22 y 76, establecen respectivamente, que nos encontramos en presencia de un concurso material cuando un mismo agente comete separada o conjuntamente varios delitos, y que, en este caso se aplican las penas correspondientes a todos los delitos cometidos, no pudiendo exceder del triple de la mayor y en ningún caso de cincuenta años de prisión. De ahí que es impensable que la descripción típica incluida en el artículo 161 de repetida cita aluda también a la circunstancia pretendida, la imposición de una única sanción para el concurso material de delitos cuando se trate de abusos sexuales cometidos de forma repetitiva contra una sola persona perjudicada. En cuanto a la naturaleza de los actos abusivos previstos, conviene reseñar algunas consideraciones sobre los alcances de la figura

típica en cuestión, acudiendo a los antecedentes jurisprudenciales de esta Sala de larga data, según los cuales: “[...] En los abusos deshonestos la acción, deberá ser simultáneamente “abusiva” y “deshonesta”, que son elementos normativo-culturales. Abusar deshonestamente –en el contexto del tipo penal y el bien jurídico tutelado– es aprovecharse mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente del cuerpo de una persona, haciéndolo objeto de trato sensual, impúdico, obsceno, concupiscente o lascivo (desde un punto de vista objetivo, pues basta con que el acto sea objetivamente impúdico, conforme al pudor o reserva sexual aceptada como norma social por la generalidad de las personas en una cultura dada, siendo irrelevante que haya o no excitación o satisfacción sexual por parte del autor o que la víctima tenga o no conciencia de lo que el hecho significa) contra su voluntad expresa o presunta, valiéndose para ello de violencia corporal sobre la víctima (cuando ésta es incapaz de oponer resistencia seria, persistente, real o efectiva, sin que se requiera la resistencia heroica) o de intimidación (todo acto de violencia moral idóneo para producir temor en el ánimo del sujeto pasivo, en forma tal que se encuentre obligado a soportar o ejecutar la acción que el agente impone), o de relaciones de autoridad, confianza, o superioridad derivadas de cualquier situación, o de la poca edad, inexperiencia, ignorancia o inadvertencia de la víctima o de su incapacidad física o mental para resistir. El autor, como se dijo anteriormente, usa el cuerpo de la víctima cuando ésta recibe sobre sí el acto del autor, o cuando ella actúa –por obra del agente– sobre su propio cuerpo, o sobre el del autor o el de un tercero. La repetición de actos deshonestos en ocasiones o con víctimas diferentes da lugar a un concurso de delitos. En los abusos deshonestos se tutela la esfera de reserva, decoro, pudor u honestidad sexual de las personas, contra las acciones que puedan lesionarla o ponerla en peligro. Por otra parte, el tipo subjetivo de este delito exige que el autor tenga conocimiento y voluntad de realizar los elementos, normativos y descriptivos del tipo objetivo. (cfr. de esta Sala, sentencia número 328 de las 09:45 horas de 28 de junio de 1996; sobre la figura básica de los abusos deshonestos, véanse: BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar: Código Penal, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987, página 400 y 401; CUELLO CALON, Eugenio: Derecho Penal, Parte Especial, Barcelona, Editorial Bosch, 1961, tomo II, páginas 521 y 522; FONTAN BALESTRA, Carlos: Derecho Penal, Parte Especial, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1978, página 185 a 199; LOPEZ BOLADO, Jorge Daniel, y otros: Violación. Estupro. Abuso Deshonesto, Buenos Aires, Ediciones Lerner, 1971, páginas 145 a 169); LLOBET, Javier y RIVERO, Juan Marco: Comentarios al Código Penal, San José, Editorial Juricentro, 1989, páginas 253; RODRIGUEZ DEVESA, J.M.: Derecho Penal Español, Parte Especial, Madrid, Artes Gráficas Carasa, 1983, páginas 156 y 181 a 183; SOLER, Sebastián: Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1976, tomo III, páginas 297 a 303) [...]” (Resolución 2004-00244 a las 9:25 horas de 19 de marzo de 2004). Nótese que se trata de un pronunciamiento que se refiere a la norma anterior derogada pero que mantiene plena vigencia, al contener en la actualidad los mismos elementos subjetivos y objetivos en el ilícito

vigente de abuso sexual contra persona menor de edad. Desde esa perspectiva, carece el quejoso de razón al afirmar que se desconocen las características de los actos así punibles. Por otro lado, es inentendible el argumento del sentenciado en cuanto que el Tribunal se refirió a la vagina de la agraviada, aludiendo a la configuración de un ilícito más grave, cual es el de violación, lo que obviamente hubiera implicado la imposición de una sanción mayor. Asimismo, continuando con el orden en que los reclamos son expuestos, la determinación de los fines sexuales con que las conductas fueron desplegadas, se desprende de la dinámica misma de éstas, toda vez que se trató de la vulneración de zonas eróticas del cuerpo de la agraviada, sin que sea necesario que la norma contemple mayores detalles, basta que se determine el ánimo de abusar impudicamente de la víctima, cualquiera que sea la parte de su humanidad que se utilice con ese fin (Cfr. relación de hechos probados de folios 117 y 118). Por lo demás, los hechos investigados comprenden un comportamiento abusivo más complejo que una conducta contravencional, precisamente, la instrumentalización del cuerpo de la perjudicada con fines sexuales. En ese mismo sentido, la diferencia con la ilicitud de tocamientos resulta también evidente, por cuanto, según lo ha entendido esta misma Sala: “[...] *ambas normas –el artículo 385 inciso 5) y 161 del Código Penal– describen como prohibidas una acción que debe ser abusiva, supone la ausencia de consentimiento de la persona sobre la que se despliega, y, es de naturaleza sexual, en el tanto el tocamiento debe ser también impúdico. Sin embargo, éste último debe entenderse que se refieren al mero roce facilitado por la aglomeración de personas, pues estipula:” [...] Artículo 385: Se impondrá de cinco a treinta días multa: [...] Tocamientos 5) A quien se aprovechara de las aglomeraciones de personas para tocar, en forma grosera o impúdica, a otra persona sin su consentimiento [...]”.* Ello es así toda vez que, de acuerdo con la literalidad de las palabras, el verbo tocar se refiere simplemente a “...ejercitar el sentido del tacto. Llegar a algo con la mano, sin asirlo...”. (Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Madrid. Vigésima Segunda Edición, pp. 1485, 2001). Lo anterior, de acuerdo con una interpretación sistemática de las normas. Evidentemente, el tocamiento implica un menor grado de reproche, de ahí que el legislador lo considerase una conducta contravencional. Así, no puede descartarse que el delito de abuso sexual contra persona menor de edad pueda ser cometido aprovechando la misma circunstancia prevista para el ilícito de tocamiento. Es decir, que el agente, sacando provecho las condiciones acarreadas por la existencia de gran cantidad de personas aglomeradas o en tumulto –verbigracia, poco espacio, cercanía, incomodidad para defenderse, dificultad para ser identificado, etcétera-, proceda contra su víctima de forma abusiva, con fines sexuales, sin que su acción implique el sólo roce con aquella, de lo contrario, nos encontraríamos en presencia del ilícito contravencional. El análisis de la cuestión debe realizarse en cada supuesto particular, de modo que la acción típica quede determinada en forma clara a partir de las probanzas recibidas [...]”. (2008- 01316 a las 14:05 horas , de 12 de noviembre de 2008). A lo que deberá agregarse que, en el supuesto bajo estudio, la

acción ni siquiera se desplegó aprovechando aglomeración alguna, y no se trata tampoco de la simple manifestación de palabras obscenas o de conductas exhibicionistas. Lo anterior es así, toda vez que, las conductas desplegadas por el justiciable encuadran claramente en la norma de comentario, al haberse demostrado en lo que interesa que: “[...] Sin que se precise hora ni fecha exacta, pero durante el día entre el 28 de setiembre y el 6 de noviembre de 2001, en tres oportunidades distintas, aprovechando el encartado Z., conocido como S., que la niña ofendida W. dentro de la dinámica de los juegos con su amiguita M., visitaba su casa en la que en esos momentos se encontraba solo, a pedir algún alimento, sal o azúcar para llevar a la casita de juegos, procedió a abusar sexualmente de la menor con el fin de satisfacer sus torcidos deseos sexuales. D) Así, en una oportunidad en la sala de la vivienda, el encartado Z. sentó a la damnificada dicha, en un sillón y procedió a meter su mano por debajo del pantalón de la menor, entonces de 7 años de edad, para finalmente tocarla en su vagina; en otra ocasión en esa misma sala, el acusado se sacó el pene y obligó a W. a tocárselo con su manita, así como también en una tercera oportunidad que la ofendida visitó esa vivienda, encontrándose solo el justiciable tal y como aconteció en las otras dos ocasiones anteriores, la llevó a su habitación, la acostó en la cama, le bajó el calzón y se sacó nuevamente el pene para proceder a rozarlo en la vagina de la niña, a quien advirtió no contar nada de lo sucedido [...]” (folios 117 y 118 ya citados). Nótese que no cabe la menor duda de que se trata de conductas abusivas, realizadas sin el consentimiento de la perjudicada, dada su corta edad, con fines evidentemente libidinosos. Por último, igualmente debe rechazarse el argumento según el cual el término persona empleado por el legislador se refiere al espíritu, a lo intangible, razón por la cual, la norma de comentario, sea el artículo 161 del Código Penal, sería inaplicable. Nótese que la palabra persona se refiere obviamente a la humanidad, a la corporeidad de un ser humano, entendido como ser físico, más claramente, a un individuo de la especie humana, según la definición que brinda el Diccionario de la Real Academia Española de ese vocablo, por lo que **el reparo se declara sin lugar.**”

**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 No 257 del 15/11/1970. Alcance: 120 A.

<sup>ii</sup> GONZÁLEZ RUS, Juan José. (2010). **El Menor Como Responsable Penal y Como Sujeto Pasivo Especialmente Protegido. Congruencias e Incongruencias**. Editorial DYKINSON S.L., Madrid, España. Pp 121-124. Parte de: **El Menor Como Víctima y Victimario de la Violencia Social**; MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Director) y SUÁREZ LÓPEZ, José María (Coordinador).

<sup>iii</sup> SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1344 de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del veintiséis de noviembre de dos mil cuatro. Expediente: 02-001401-0369-PE.

<sup>iv</sup> SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 948 de las dieciséis horas con cincuenta y cinco minutos del seis de agosto de dos mil cuatro. Expediente: 01-200123-0413-PE.

<sup>v</sup> SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 590 de las nueve horas con veinte minutos del veintiocho de mayo de dos mil cuatro. Expediente: 02-005887-0042-PE.

<sup>vi</sup> TRIBUNAL DE APELACION DE SENTENCIA PENAL DE CARTAGO. Sentencia 340 de las quince horas con cincuenta minutos del diez de julio de dos mil trece. Expediente: 08-201721-0455-PE.

<sup>vii</sup> TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 1068 de las diez horas con cinco minutos del veinticuatro de mayo de dos mil trece. Expediente: 10-002227-0175-PE.

<sup>viii</sup> TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL, TERCER CIRCUITO JUDICIAL DE ALAJUELA, SAN RAMÓN. Sentencia 128 de las nueve horas con cuarenta y siete minutos del seis de marzo de dos mil trece. Expediente: 11-201430-0645-PE.

<sup>ix</sup> TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL, SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE GUANACASTE, SANTA CRUZ. Sentencia 16 de las catorce horas con diecinueve minutos del veintitrés de enero de dos mil trece. Expediente: 11-001591-0414-PE.

<sup>x</sup> TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL, TERCER CIRCUITO JUDICIAL DE ALAJUELA, SAN RAMÓN. Sentencia 577 de las nueve horas con quince minutos del veintiséis de julio de dos mil doce. Expediente: 08-000612-0332-PE.

<sup>xi</sup> TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 896 de las trece horas con cuarenta y tres minutos del diez de mayo de dos mil doce. Expediente: 10-004016-0275-PE.

---

<sup>xii</sup> TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 126 de las catorce horas con veinte minutos del veintisiete de enero de dos mil doce. Expediente: 05-001258-0369-PE.

<sup>xiii</sup> SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 679 de las doce horas con veinte minutos del primero de junio de dos mil once. Expediente: 09-000551-0006-PE.

<sup>xiv</sup> TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE CARTAGO. Sentencia 209 de las doce horas con veinte minutos del dieciocho de junio de dos mil diez. Expediente: 06-001636-0219-PE.

<sup>xv</sup> TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE CARTAGO. Sentencia 79 de las catorce horas con cuarenta y cinco minutos del nueve de marzo de dos mil diez. Expediente: 07-003116-0345-PE.

<sup>xvi</sup> TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 179 de las catorce horas con cinco minutos del diecinueve de febrero de dos mil diez. Expediente: 04-003490-0276-PE.

<sup>xvii</sup> SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1292 de las trece horas con cincuenta y siete minutos del catorce de octubre de dos mil nueve. Expediente: 08-000362-0006-PE.

<sup>xviii</sup> SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1354 de las dieciséis horas con cuarenta y siete minutos del catorce de octubre de dos mil nueve. Expediente: 07-000411-0006-PE.

<sup>xix</sup> SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1271 de las diez horas con seis minutos del dos de octubre de dos mil nueve. Expediente: 09-000043-0006-PE.

<sup>xx</sup> SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1201 de las quince horas con cincuenta minutos del dieciséis de septiembre de dos mil nueve. Expediente: 08-000226-0006-PE.