



EL DELITO DE VIOLACIÓN

Rama del Derecho: Derecho Penal.	Descriptor: Derecho Penal Especial.
<p>Palabras Claves: Violación; Violación Calificada; Violación contra Menores de Edad; Sala Tercera Sentencias 473-13 y 1357-13; Trib. Casación Penal de San José Sentencias 1498-10, 366-11, 429-11 y 1394-11; En Santa Cruz Sentencias 227-11; Trib. Apelación de Sentencia Penal: II Circuito Judicial de San José Sentencias 9-13, 565-13, 614-13, 837-13, 1739-13, 370-14 y 748-13, En San Ramón Sentencia 454-13; En Cartago Sentencias 68-13 y 538-13; En Santa Cruz Sentencias 202-13 y 275-13 y Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil, II Circuito Judicial de San José 2867-13 y 185-14.</p>	
Fuentes de Información: Normativa, Doctrina y Jurisprudencia.	Fecha: 31/07/2014.

Contenido

RESUMEN	2
NORMATIVA	3
Delito de Violación	3
DOCTRINA	4
Sobre el Acceso Carnal	4
JURISPRUDENCIA.....	4
1. Sobre el Concepto de Vulnerabilidad	4
2. Consideraciones sobre el Parentesco en el Delito de Violación.....	6
3. Violación: Consideraciones Étnicas Aplicables	10
4. Condición de Tío Abuelo No Conlleva la Calificación del Delito de Violación.....	14
5. La Exigencia de Prueba Presencial en el Delito de Violación	15

6. Contratación de Servicios Sexuales No Exime al Imputado de Respetar la Libertad Sexual de la Víctima.....	20
7. Violación: Variación en el Modo Empleado para Penetrar a la Víctima No Violenta el Principio de Correlación entre Acusación y Sentencia	23
8. Situaciones Personales de la Víctima No Desacreditan la Existencia del Delito	23
9. Violación: Penetración Anal y Vaginal	24
10. Posibilidad de Condenar por el Delito de Violación al Contar con Solo un Testimonio.....	27
11. Daños Físicos y Psicológicos a Menores de Edad	31
12. Calificación del Delito de Violación por la Relación de Parentesco....	33
13. Secuelas en la Víctima Menor de Edad No Permiten Imponer el Mínimo de la Pena	35
14. Violación Ejercida en un Período de Tiempo Prolongado	37
15. Comportamiento de la Víctima Instigador al Delito de Violación	40
16. Concursos en Materia Penal: Diversas Penetraciones en un Mismo Espacio Temporal contra Víctima Menor de Edad.....	42
17. Sentencia Escrita en Caso de Menores de Edad Víctimas de Delitos Sexuales	53
18. Principio de Imparcialidad y Facilitamiento de las Condiciones en las Cuales Rinde Testimonial el Menor de Edad con Discapacidad en Caso de ser Víctima de Violación.....	53
19. Violación de Menor de Edad: Lesiones en el Área Genital y Paragenital y Ruptura del Himen.....	56
20. Delitos Sexuales: Vulnerabilidad en Caso de Menor de Edad	60
21. Testimonio de la Víctima Menor de Edad en Caso de Violación por Vía Anal: Discrepancia entre la Declaración en Debate y Ante el Médico Forense.....	67

RESUMEN

El presente informe incluye información doctrinaria y jurisprudencial sobre el **Delito de Violación**, para lo cual se toman como base los artículos 156 y 157 del Código Penal.

NORMATIVA

Delito de Violación

[Código Penal]ⁱ

Artículo 156. **Violación.** Será sancionado con pena de prisión de diez a dieciséis años, quien se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, con una persona de uno u otro sexo, en los siguientes casos:

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

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

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

Artículo 157. **Violación Calificada.** La prisión será de doce a dieciocho años, cuando:

- 1) El autor sea cónyuge de la víctima o una persona ligada a ella en relación análoga de convivencia.
- 2) El autor sea ascendiente, descendiente, hermana o hermano de la víctima, hasta el tercer grado por consanguinidad o afinidad.
- 3) El autor sea tío, tía, sobrina, sobrino, prima o primo de la víctima, hasta el tercer grado por consanguinidad o afinidad.
- 4) El autor sea tutor o el encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima.
- 5) Se produzca un grave daño en la salud de la víctima.
- 6) Se produzca un embarazo.
- 7) La conducta se cometa con el concurso de una o más personas.

8) El autor realice la conducta prevaleciéndose de una relación de poder resultante del ejercicio de su cargo, y esta sea realizada por ministros religiosos, guías espirituales, miembros de la Fuerza Pública o miembros de los Supremos Poderes.

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

DOCTRINA

Sobre el Acceso Carnal

[Roldán Retana, J.M.]ⁱⁱ

Definición: “Hay que entenderlo como la penetración del pene en erección a través de la vagina, dando lugar a lo que clásicamente se ha llamado coito vaginal”.

No es necesario que sea completa ni prolongada, ni que haya eyaculación de semen en el interior de la vagina.

En otros países esta interpretación varía, no solo se incluye el pene sino que también dedos u objetos.

Con las modificaciones al Artículo 156 “Violación” del Código Penal esta definición persiste y se solventa aclarando que la introducción de dedos u objetos también constituye violación sin necesidad de cambiar la interpretación existente

JURISPRUDENCIA

1. Sobre el Concepto de Vulnerabilidad

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, III Circuito Judicial de Alajuela, San Ramón]ⁱⁱⁱ

Voto de mayoría:

“**IV.** El **segundo motivo** del recurso lo denomina el quejoso como errónea aplicación de la ley penal sustantiva. Transcribe el artículo 156 párrafo 2 del Código Penal y señala que el Tribunal *a quo* aplicó erróneamente dicha norma. En resumen indica que la vulnerabilidad a la que hace alusión dicha normativa, debe interpretarse restrictivamente, y no en forma amplia, como asegura lo hizo el fallo. Agrega que la ofendida poseía todas sus capacidades volitivas, cognitivas y judicativas para

comprender el carácter de sus actos y en el debate se desarrolló como cualquier otra persona. Además, según el quejoso la ofendida aceptó haber tenido relaciones sexuales con el imputado "y que no se opuso a las mismas, al menos de una forma persistente" (copia textual folio 68), tampoco existió intimidación. Considera que el peritaje utilizado para determinar la vulnerabilidad de la víctima no tiene relación con el presente asunto. Apunta que la resistencia que opuso la ofendida y las motivaciones por las que accedió a tener relaciones sexuales con su representado, no son las requeridas para que exista el delito de violación. Reitera su solicitud de que se absuelva al imputado. **Sin lugar el reclamo.** El recurrente considera que el vocablo "vulnerabilidad" fue mal aplicado por el Tribunal *a quo* y señala que debió interpretarse en forma restrictiva. No obstante no establece en definitiva cuál es el error en el razonamiento de los juzgadores, a la hora de señalar que la víctima efectivamente se encontraba en estado de vulnerabilidad, ni así lo aprecia este Tribunal. La circunstancia de que el dictamen psicológico tomado en consideración por el *a quo* para establecer -entre otros elementos- que de previo a los hechos investigados ya la víctima venía sufriendo de una serie de trastornos emocionales y sociales que la ponían en riesgo de situaciones de vulnerabilidad, fuera emitido con ocasión de otra investigación, no resulta en sí mismo un motivo válido para desacreditar las conclusiones del Tribunal de Juicio. Tal pericia no se ha argüido de falsa o inexacta y además no fue el único elemento de juicio tomado en consideración en sentencia para establecer tal vulnerabilidad, puesto que fueron introducidas al debate declaraciones que confirman los antecedentes proporcionados por aquel documento. Contrario a lo sugerido por el quejoso, la vulnerabilidad en la víctima del delito de violación, no guarda relación ni depende de la capacidad mental de la misma, tampoco exige la existencia de una amenaza u otro medio de intimidación, puesto que esto último corresponde a otro elemento de tipicidad contemplado en la misma norma. Por definición, el término vulnerable en una persona, involucra la posibilidad de ser lesionado física o moralmente, circunstancia que efectivamente el legislador contempló dentro de los elementos de tipicidad del delito de violación y que en forma ineludible debe ser fundamentado por los jueces a la hora de establecer tal circunstancia. En el presente asunto ese estado de vulnerabilidad en la víctima encuentra un fundamento suficiente y coherente, en el tanto los juzgadores no solo encontraron en el relato de la ofendida elementos que, en el caso particular bajo examen, hicieron creíble su versión de que la introducción del miembro viril del imputado en su vagina lo fue en contra de su voluntad, sino que además determinaron que la reacción que dijo sufrir -de mucho miedo y pánico- la colocaron en un estado de vulnerabilidad, al cual válidamente asociaron los juzgadores -para reforzar tal credibilidad- los antecedentes patológicos y de entorno social que como producto del análisis del resto del material probatorio, permitió la certeza requerida para establecer la verdad de los hechos y la tipicidad de la conducta del imputado. Por otra parte, el resto de los alegatos de la defensa no resultan de recibo, en el tanto no es cierto que la

ofendida declarara que aceptó mantener relaciones sexuales con el imputado. A contrapelo de tal declaración, aboga el defensor porque la ofendida no opuso resistencia al acto sexual ejecutado por el imputado, lo cual no solo contradice la defensa material ejercida por éste último -quien negó categóricamente haber accedido a la ofendida- sino que además, como se dijo, fue ampliamente valorada en sentencia para establecer que tal acceso carnal no se trató de una relación sexual consentida por la víctima, sino del delito de violación."

2. Consideraciones sobre el Parentesco en el Delito de Violación

[Tribunal de Casación Penal de Santa Cruz]^{iv}
Voto de mayoría

"VII. Se observa que los hechos acreditados fueron tipificados como Violación calificada de conformidad con los artículos 156 y 157 del Código Penal. Sin embargo, de la lectura de la acusación fiscal se determina que no existe ninguna circunstancia que califique los hechos, pues en dicha pieza se dice que el imputado "*...por ser familiar tenía pleno conocimiento de que el resto de la familia no se encontraba en la vivienda;...*" (folios 139 v y 140 f). En la fundamentación del fallo, propiamente en el Considerando VI, en lo que concierne a la calificación legal, se dice que los hechos acreditados constituyen el delito de violación calificada, por cuanto se aprovechó de la relación de parentesco con la víctima, así como la situación de que se encontraba sola, para mediante el empleo de la fuerza introducirla en una habitación y accesarla carnalmente. Luego de realizar un análisis del tipo penal básico, concluyen los Juzgadores que en la perpetración del ilícito concurren varias circunstancias, a saber, la ofendida estaba enferma y débil, pues así lo externó al imputado, quien además de aprovecharse de esa situación, se cercioró primero que no había nadie más en la casa (f. 169 v). Sin embargo, estas dos circunstancias están previstas por la figura básica del delito de violación. Adiciona el Tribunal, que "*Otro de los elemento objetivos del tipo penal es el parentesco existente entre la víctima y el imputado, dado que son primos, relación de la cuál se aprovechó el imputado para agredir sexualmente a la agraviada.*"

(sic, 169 v). Sin embargo, los Juzgadores no analizan ese grado de parentesco existente entre imputado y ofendida -pues les basta señalar que son primos- para determinar si la calificación es aplicable, por lo que procede esta Cámara a efectuar el análisis de la normativa. En el inciso 2) del artículo 157 del cuerpo de leyes indicado, de forma expresa se dice: "*El autor del hecho sea ascendiente, descendiente, hermana o hermano de la víctima, hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad.*"

, es decir contiene relaciones de parentesco en línea directa hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, con la inclusión en línea colateral de los hermanos. En el

inciso 3) amplía el grupo de familiares al indicar: "*El autor sea tío, tía, sobrina, sobrino, prima o primo de la víctima, hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad.*", incluyendo como calificante, la relación de parentesco ya fuere por afinidad o consanguinidad en línea colateral a los tíos y sobrinos y adiciona a los primos, para de seguido consignar que la relación abarca hasta "*el tercer grado*". De esta forma, tenemos que contemplan como calificantes las personas que tengan parentesco en línea directa, ya fuere ascendente -padres, abuelos- como descendentes -hijos y nietos-. En la línea colateral o indirecta, se incluyen los hermanos, tíos y sobrinos, ubicándose los último en el tercer grado. En nuestra legislación no existe una norma que consigne cómo deben computarse los grados de parentesco, pues históricamente "*...hay dos especies de computación: la civil y la canónica o eclesiástica, que proceden, respectivamente del derecho romano y de los cánones o reglas de la Iglesia Católica. Tratándose de parientes que figuran en la línea directa, ambas computaciones coinciden en la manera de contar los grados de parentesco. Así se observa que entre el nieto y el abuelo hay dos grados, sea que se verifique la computación civil o eclesiástica; mas con respecto a la línea colateral, ambos sistemas difieren, pues el civil computa los grados en ambas ramas, mientras que el canónico sólo en una cuando son iguales las distancias al tronco común; y en la más larga, en el caso de que sean desiguales. Para aclarar estas nociones, es conveniente recurrir al siguiente diagrama, formado por una doble escala. Supóngase que se quiere saber en qué grado de parentesco civil, se encuentran los primos hermanos (Luis y Pío). Se dice: de Luis a Pedro, 1 grado; de Pedro a Juan, 2 grados; de Juan a José, 3 grados; de éste a Pío 4; luego los primos hermanos están en cuarto grado. Pero si se quiere establecer la graduación eclesiástica, resulta que como Luis y Pío se encuentran a igual distancia del tronco común, sólo se cuentan los grados de una línea, que, como se ha visto, son dos. Si hubiera de verificarse la cuenta entre parientes que están a desigual distancia del tronco, por ejemplo, entre sobrino y tío (sea, entre Luis y José), se hace la computación en la rama A que es donde hay al respecto mayor número de grados, y se dice: de Luis a Pedro, 1 grado, de Pedro a Juan, 2 grados; y se prescinde de contar en la otra rama, por manera que de acuerdo con los preceptos del derecho canónico, el sobrino y el tío están en segundo grado de parentesco consanguíneo; al paso que según el cómputo civil, se hallan en tercer grado. De donde se desprende que la graduación es más estrecha en lo eclesiástico que en lo civil, lo que hay que tomar en cuenta particularmente tratándose de los impedimentos para el matrimonio eclesiástico derivados del parentesco.*"

(Brenes Córdoba, Tratado de las Personas, V. 2, Edición 4, Editorial Juriscentro, San José, 1984-1998, pp. 24-25). Sin embargo, es importante indicar que a nivel de Derecho Comparado y en la jurisprudencia nacional hay consenso respecto a aplicar el sistema civil "IV. También es importante señalar que la Ley contra la violencia doméstica establece un parámetro de parentesco hasta tercer grado inclusive, por vía ascendente, descendente o colateral (artículo 2). En este aspecto vale la pena repasar

que relaciones se encuentran dentro de este parámetro, y si el caso nuestro está dentro del mismo. Lo primero que debe aclararse es que no existe en nuestra legislación una normativa que aclare el cómputo de los grados de parentesco. Pero ello, es pacífico en la aplicación a partir de la doctrina que deriva del derecho comparado. Por ejemplo, en el Código Civil español son los artículos 915 y siguientes, dentro de los Bienes y las diversas formas de adquirir la propiedad, específicamente en las Sucesiones, los que regulan el parentesco, pero es el artículo 918 el que explica de mejor manera lo que interesa: "Artículo 918: En las líneas se cuentan tantos grados como generaciones o como personas, descontando la del progenitor. En la recta se sube únicamente hasta el tronco. Así, el hijo dista del padre un grado, dos del abuelo y tres del bisabuelo. En la colateral se sube hasta el tronco común, y después se baja hasta la persona con quien se hace la computación. Por esto, el hermano dista dos grados del hermano, tres del tío, hermano de su padre o de su madre, cuatro del primo hermano, y así en adelante". El Código Civil uruguayo incluye el tema del parentesco también en la sucesión intestada en los artículos 1015 y 1016, y este último es el que define el punto que nos interesa: "1016.-En todas las líneas hay tantos grados cuantas son las personas, descontando la del tronco. En la recta se sube únicamente hasta el tronco; así el hijo dista del padre un grado, dos del abuelo, tres del bisabuelo. En la colateral se sube hasta el tronco común y después se baja hasta la persona con quien se quiere hacer la computación. De este modo, el hermano dista dos grados del hermano; tres del tío, hermano de su padre o madre; cuatro del primo hermano y así en adelante. La computación de que trata este artículo rige en todas las materias...". En el Código Civil argentino el tema es regulado en los numerales 345 y siguientes del Código Civil en la parte de las Personas, y son los artículos 352 y 353 desarrollan el punto que interesa: "Art. 352.-

En la línea ascendente y descendente hay tantos grados como generaciones. Así, en la línea descendente el hijo está en el primer grado, el nieto en el segundo, y el bisnieto en el tercero, así los demás. En la línea ascendente, el padre está en el primer grado, el abuelo en el segundo, el bisabuelo en el tercero, etcétera.; Art. 353.-

En la línea colateral los grados se cuentan igualmente por generaciones, remontando desde la persona cuyo parentesco se quiere comprobar hasta el autor común; y desde éste hasta el otro pariente. Así, dos hermanos están en el segundo grado, el tío y el sobrino en el tercero, los primos hermanos en el cuarto, los hijos de primos hermanos en el sexto, y los nietos de primos hermanos en el octavo, y así en adelante...". En Chile, se regula también en el Código Civil en el aparte de las personas en los artículos 27 y siguientes, y es el 27 el que toca el tema bajo examen: "Art. 27. Los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. Así el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo, y dos primos hermanos en cuarto grado de consanguinidad entre sí. Cuando una de las dos personas es ascendiente de la otra, la consanguinidad es en línea recta; y cuando las dos personas

proceden de un ascendiente común, y una de ellas no es ascendiente de la otra, la consanguinidad es en línea colateral o transversal". En México, el parentesco se reglamenta en el Código Civil en los artículos 292 y siguientes, y el artículo 300 regula el tema que ahora se profundiza: "..Artículo 300. En la línea transversal los grados se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra, o por el número de personas que hay de uno y otro de los extremos que se consideran, excluyendo la del progenitor o tronco común." El Código Civil peruano de 1984 toca el tema de parentesco en los artículos 236 y siguientes, y es el primero el que aclara el punto que nos interesa: "Artículo 236.- Parentesco consanguíneo: El parentesco consanguíneo es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común. El grado de parentesco se determina por el número de generaciones. En la línea colateral, el grado se establece subiendo de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro. Este parentesco produce efectos civiles sólo hasta el cuarto grado...". Y el Código Civil venezolano, aborda el tópico en los artículos 37 y siguientes, y es el numeral 39 el que resuelve lo que nos ocupa: "Artículo 39. En ambas líneas hay tantos grados cuantas son las personas menos una. En la recta se sube hasta el autor. En la colateral se sube desde una de las personas de que se trata hasta el autor común, y después se baja hasta la otra persona con quien se va a hacer la computación."

Por su parte el Código de Familia de Bolivia, en sus artículos 7 a 13 regula el tema y el artículo 11 regula este tema: "...Art. 11º.-

En la línea directa se computan tantos grados cuantas son las generaciones excluyendo el tronco; así, el hijo está con respecto al padre en primer grado, y el nieto en el segundo con relación al abuelo. En la línea transversal o colateral los grados se computa por el número de generaciones subiendo desde uno de los parientes hasta el tronco común y descendiendo luego hasta el otro pariente, siempre excluyendo el tronco; así, dos hermanos están en segundo grado, el tío y el sobrino en tercero, y los primos hermanos en cuarto...."

V.- Don Alberto Brenes Córdoba sigue esas directrices pacíficas de la doctrina y del derecho comparado y explica: "...Supóngase que se quiere saber en qué grado de parentesco civil, se encuentran los primos hermanos (Luis y Pío). Se dice de Luis a Pedro, 1 grado, de Pedro a Juan, 2 grados; de Juan a José , 3 grados; de éste a Pío, 4; luego los primos hermanos están en cuarto grado..."

(Brenes Córdoba, Alberto: Tratado de las personas (notas y comentarios de Eladio Vargas, Editorial Costa Rica, San José, 1974, página 92). En este ejemplo del clásico del Derecho Civil costarricense, Luis es un primo hermano y Pío es el otro. Pedro es el papá de Luis, y Juan es el papá de Pedro y de José, abuelo de Luis y de Pío. En este caso, se presenta a Karen y a Laura como primas, aún y cuando no existen las respectivas

*certificaciones de nacimiento que nos den certeza sobre dicho extremo, lo cierto es que partiendo de lo que han dicho los involucrados, el parámetro de parentesco no se cumple. Así es que un caso de primos hermanos se trata de un cuarto grado de parentesco colateral, lo que no cubriría la tutela de la Ley de la materia." (Sentencia N. 00454 de las 10:10 hrs del 22 de abril de 2005, Tribunal de Familia). Retomando el inciso 3 del artículo 157 del Código Penal, se observa que contiene al primo o prima de la víctima hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, grado que conforme se ha indicado y se ha admitido en nuestra jurisprudencia corresponde en su posición más cercana -primos hermanos- al cuarto grado. Es evidente que existe un error legislativo, pues si los legisladores querían incluir esos parientes debían indicarlo de forma expresa, ya que de la forma en que está redactado el numeral requiere interpretación y debido a que recae en un elemento normativo de carácter jurídico, tal tarea debe hacerse con criterios restrictivos y aplicar, en consecuencia, el cómputo civil del parentesco y no el canónico. En vista de que el único fundamento válido que se suministra en el fallo para calificar los hechos -pues los expuestos corresponden a la figura simple- es el ser primos, amén de que la pieza acusatoria ni siquiera especifica la relación de parentesco refiriéndose únicamente a familiares y no se vislumbra la posibilidad de aplicar otros argumentos y ante la imposibilidad que corregir errores legislativos mediante la interpretación, lo procedente es recalificar los hechos al delito de Violación en su forma simple -artículo 156- y adecuar su consecuencia jurídica, es decir la pena. En vista de que el Ministerio Público solicitó como penalidad el monto mínimo previsto para el delito que estimó acreditado (f. 137 v) y los Juzgadores acogieron tal petición, se procede a adecuar la pena al tanto de DIEZ AÑOS DE PRISION, *quantum* mínimo que prevé el artículo 156 del Código Penal."*

3. Violación: Consideraciones Étnicas Aplicables

[Tribunal de Casación Penal de San José]^y

Voto de mayoría

“III. Sin lugar la protesta. Durante la audiencia oral celebrada el 4 de octubre del año en curso (Cfr. folio 215), la defensa amplió [sic] los argumentos de su reclamo, puntualizando en algunos preceptos de la *"Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad"*, para fundamentar la improcedencia de aplicar el artículo 71 del Código Penal, y subrayar que son las normas de la comunidad indígenas las propias para resolver este conflicto; agregando que incluso, de decidirse fuera del sistema de administración de justicia indígena, siempre deberían ser de aplicación las reglas de la comunidad. Indicó la defensa que en el *sub examine*, debió acudir a lo establecido en el artículo 339 del Código Procesal Penal, porque a su entender, la pena impuesta constituyó un choque cultural, no solo porque se le hace preso, sino porque se le inserta en un sistema ajeno a sus valores, convirtiendo

en ilegal la pena impuesta. En suma, las protestas de la defensa técnica siempre se enfocan en la imposición de la pena al sentenciado, que considera dictadas al margen de su origen indígena y, por ende, inaplicando los artículos 9 y 10 del Convenio 169 OIT; algunos preceptos de las *"Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad"*, e incluso, el artículo 339 del Código Procesal Penal. Acepta esta Cámara que el *"Convenio número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes"*, adoptado el 27 de junio de 1989 por la Conferencia General de la Organización Internacional de Trabajo (en vigor desde el 5 de setiembre de 1991), forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno y fue aprobado mediante Ley N° 7316 de 16 de octubre de 1992; precisamente con el claro propósito de evitar cualquier discriminación de los pueblos indígenas, fortaleciendo su identidad y asumiendo el control de sus leyes, valores, etc.. Y desde esa perspectiva debe entenderse tanto el contenido del artículo 10 del citado Convenio N° 169 que establece: *"1. Cuando se impugnan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento"*. Como el artículo 9: *"1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia"*. Acorde además con lo preceptuado en el artículo 1 inciso 1) del citado Convenio, que dispone: *"b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas"*. Es así que como efecto de lo establecido en el mencionado Convenio, y otros instrumentos internacionales de aplicación en nuestro sistema jurídico, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Cfr.

Artículo 27. *En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma"*), fue que el Estado costarricense optó por establecer dentro del proceso penal una norma relativa al juzgamiento de delitos atendiendo al criterio de diversidad cultural; el artículo 339 que textualmente dispone: *"Cuando el juzgamiento del caso o la individualización de la pena requieran un tratamiento especial, por tratarse de hechos cometidos dentro de un grupo social con normas culturales particulares o cuando por la*

personalidad o vida del imputado sea necesario conocer con mayor detalle sus normas culturales de referencia, el tribunal podrá ordenar un peritaje especial, dividir el juicio en dos fases y, de ser necesario, trasladar la celebración de la audiencia a la comunidad en que ocurrió el hecho, para permitir una mejor defensa y facilitar la valoración de la prueba". Acorde con las "Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad" también invocadas por la defensa técnica en este reclamo (Cfr. Sección 6ª. – Sistema de resolución de conflictos dentro de las comunidades indígenas. (48) *Con fundamento en los instrumentos internacionales en la materia, resulta conveniente estimular las formas propias de justicia en la resolución de conflictos surgidos en el ámbito de la comunidad indígena, así como propiciar la armonización de los sistemas de administración de justicia estatal e indígena basada en el principio de respeto mutuo y de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos. (49) Además serán de aplicación las restantes medidas previstas en estas Reglas en aquellos supuestos de resolución de conflictos fuera de la comunidad indígena por parte del sistema de administración de justicia estatal, donde resulta asimismo conveniente abordar los temas relativos al peritaje cultural y al derecho a expresarse en el propio idioma".* La defensa técnica ahora protesta por la pena impuesta, es más, reprocha la ausencia del peritaje especial y es dentro del procedimiento de revisión que solicita se ordene su práctica.

Sin embargo, examinados los autos no advierte esta Cámara ninguna vulneración a los derechos fundamentales del sentenciado por la imposición de la pena prisión al declararlo autor de dos delitos de violación calificada en perjuicio de su hija K., aún considerando su condición como indígena. Durante la indagatoria fue asistido por un abogado defensor (cfr. folios 27 y 28), manifestó saber leer y escribir, pudiendo apreciarse su firma en el acta correspondiente. Luego, al celebrarse la audiencia preliminar el 28 de mayo de 2002, representado el sentenciado por su abogado defensor, éste solicitó la aplicación del procedimiento abreviado, pues pactando con el representante del Ministerio Público una pena de doce años de prisión por cada uno de los delitos de violación, disminuyendo el tercio, la sanción quedaba finalmente en dieciséis años de prisión. Consta que de forma expresa se le consultó al justiciable A. si aceptaba someterse al procedimiento especial, manifestando su anuencia, también aceptó los hechos imputados, así como la pena de dieciséis años de prisión, expresando que entendía plenamente los alcances de la aplicación del procedimiento abreviado (cfr. folio 110). Más adelante, consta la sentencia N°162-2002, dictada por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de la Zona Atlántica, a las 14:00 horas del 7 de junio de 2002 (cfr. folios 119 a 127), cuya fundamentación probatoria intelectual y fáctica cumple con las exigencias del debido proceso. El gestionante manifestó su anuencia a la aplicación de un procedimiento abreviado, con conocimiento de la acusación y las pruebas que en su amparo existían en el expediente, acompañado en todo momento con la asesoría de la defensa técnica. No observa esta Cámara se

utilizara prueba ilegal, la ponderación del juzgador en cuanto a los elementos probatorios es suficiente y acorde con las exigencias del debido proceso. Es más, en cuanto a la pena además de respetarse los términos pactados (dieciséis años de prisión, ya con la disminución del tercio), puede verificarse que el juzgador realiza toda una argumentación sobre la condición de primario del encartado, su edad, su condición como padre de familia, agricultor, que no obstante, arremetió sexualmente contra su hija, a quien le dejó importantes secuelas emocionales con ocasión de los hechos. Las protestas presentadas por el gestionante sobre la ausencia de una ley de ejecución penal, son ajenas a la acción que aquí se formula y si son de su interés deberán ser reconducidas a otras vías como la legislativa. Su inconformidad con el estado actual de la legislación nacional que sanciona solo con penas de prisión el delito de violación, tampoco corresponde a esta instancia, y en ese sentido, esta Cámara se limita a analizar que conforme a lo establecido en el Código Penal, al sentenciado A. se le impuso la sanción dispuesta por el legislador para el tipo penal aceptado y aplicado al caso. Si la pena de dieciséis años impuesta a A. cumple con los fines de la pena, puede plantear un debate filosófico, sociológico o incluso, si se quiere moral, pero que escapa a la competencia de este tribunal, el cual, como se indicó *supra*, ha verificado se cumplieron las garantías y derechos del encartado dentro de una causa que luce apegada al debido proceso, aún desde la perspectiva de un usuario del sistema que además, es indígena. Si además, dentro de este proceso nunca se gestionó la práctica del peritaje especial previsto en el artículo 339 del Código Procesal Penal, fue también una decisión de la defensa técnica durante del proceso, la cual nunca lo estimó necesario. En suma, examinados los autos, no advierte esta Cámara ninguna situación que comprometa el derecho de defensa del sentenciado, tanto material como técnica. Las autoridades judiciales que han intervenido se han mostrado vigilantes y respetuosas de los derechos y garantías que como imputado goza (derecho de defensa general), en apego no solo a nuestra legislación, sino también a instrumentos internacionales ratificados por nuestro país. Pero aunado a todo lo anterior, existe un argumento determinante en el rechazo de la gestión formulada. Tal y como lo puntualizó el representante del Ministerio Público al realizar la audiencia oral convocada, dentro del Informe N° 28-285 admitido como prueba, que corresponde a un proceso de una persona que como el sentenciado A., pertenece a la comunidad Bribri, se puede establecer de las entrevistas realizadas a miembros de ese pueblo, que conforman parte del Tribunal indígena, que ellos no se ocupan de conocer los delitos de homicidio y sexuales; decisión que al parecer la tomaron los "mayores" hace mucho tiempo cuando se crearon esos tribunales (cfr. folio 166), por ende, no había forma que al sentenciado A. se le siguiera proceso dentro de su comunidad. Se reclama de la pena impuesta (prisión), considerando el gestionante la pertinencia de discutir otras opciones de sanción distintas a la cárcel, e incluso, valorando otras formas de reprimir la conducta del justiciable dentro de la comunidad a la que pertenece; pero lejos de poderse especular sobre una posible sanción alternativa (que por cierto no fue siquiera

mencionada por el gestionante) por los dos delitos de violación cometidos por el sentenciado, de la prueba documental aportada y admitida se concluye, que finalmente, atendiendo las propias reglas de la comunidad Bribri, es a los Tribunales de Justicia ordinarios (o del Estado, como los denominan, cfr. folio 168) a los que correspondía resolver ese proceso, aplicando incluso el sistema de sanciones, pues a nivel de la comunidad del A. no hay proceso ni consecuencias jurídicas a su actuar criminal. El reclamo de la defensa es abstracto, no precisa la causación de un agravio concreto que justifique razonablemente sus pretensiones, pues ni siquiera señala si es que en este caso el imputado pertenece a un pueblo tribal regido total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones (para la represión de los delitos sexuales contra menores de edad cometidos por sus propios miembros) o por una legislación especial que prive sobre la legislación penal ordinaria (que no prevé tipos de sanción diferentes a la prisión para el delito de violación calificada). Téngase presente que el artículo 129 de la Constitución Política dispone claramente que las leyes son obligatorias, que contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre ni práctica en contrario. Estando sometidos a la Constitución Política y a las leyes (artículo 154 de la Constitución Política) los jueces no pueden desaplicar la penalidad prevista para el delito de Violación Calificada, si las leyes no disponen clara y expresamente los casos de excepción, pues esta es una materia regida por el principio de legalidad (*nulla poena sine lege*, artículos 39 de la Constitución Política y 1° del Código Penal), por lo que al imputado no puede ser sometido a penas o sanciones que la ley no haya establecido con anterioridad a la comisión del hecho. La condición de indígena –en todo caso– debe ser uno de los factores que considere el tribunal a la hora de hacer la fijación de la pena prevista por la ley, pero dentro del marco normativo previsto expresamente por la ley como garantía penal para el imputado: en estos términos es que la Sala Constitucional se ha pronunciado sobre esta cuestión (cfr. Sala Constitucional, N° 9763 de las 15:11 horas del 27 de julio de dos mil once). En razón de ello, se rechaza la revisión formulada.”

4. Condición de Tío Abuelo No Conlleva la Calificación del Delito de Violación

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José]^{vi}
Voto de mayoría

“II. [...] Como tercer reproche se alega la errónea aplicación de la ley sustantiva, dado que la condición de "tío abuelo" no está contemplado en las circunstancias de agravación del artículo 157 inciso 2. del Código Penal. Se acoge el motivo planteado. Debe otorgarse la razón al impugnante respecto de la errónea aplicación de la ley sustantiva, específicamente en que la relación entre la víctima y el acusado no está contemplada en el inciso 2. del artículo 157 del Código Penal. En la sentencia, se ha

tenido por establecida la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos para la configuración del delito de violación calificada. No obstante, erran los Juzgadores al considerar que la condición personal y familiar que reúne el acusado, en el sentido de que es el *tío abuelo de la ofendida*, alcanza para "calificar" los hechos, pues la condición de tío abuelo se encuentra dentro del cuarto grado de consanguinidad respecto de la víctima, de manera que no es una condición de calificante en el hecho. Conforme lo alega el impugnante, se ha aplicado erróneamente la ley sustantiva, por lo que procede acoger el motivo alegado, y en consecuencia se revoca parcialmente lo resuelto y se recalifican los hechos a dos delitos violación en su configuración simple de acuerdo con el artículo 156 del Código Penal del cual debe tenerse como autor al encartado. Así mismo, siendo que se le condenó en juicio, y se le impuso la pena mínima por el hecho, se procede en esta sede a imponerle el tanto de diez años de prisión por cada uno, para un total de veinte años de prisión ; que corresponden a la aplicación de la pena mínima para cada una de las delincuencias que se tuvo por demostradas."

5. La Exigencia de Prueba Presencial en el Delito de Violación

[Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal Juvenil, II Circuito Judicial de San José]^{vii}
Voto de mayoría

"II. El reclamo resulta atendible. En realidad, como lo reclama el Ministerio Público, en el fallo se incorpora un inadecuado análisis de la prueba, que conlleva a un irrespeto de las reglas del correcto entendimiento humano. El juzgador, a partir de su propia construcción de hechos probados, le restó credibilidad al dicho de la ofendida, pero sin ningún análisis de su testimonio. Así, el fallo indica: *"no se logra acreditar que los hechos denunciados hayan ocurrido tal y como lo describió a la Fiscalía de Suquirres(sic) la ofendida M y como lo ha declarado en juicio; en este sentido no se aporta prueba testimonial o material que sustente su dicho, en cuanto a la forma en la que según su narrativa, le es arrebatado el teléfono celular, le es sustraído dinero en efectivo y las amenazas de muerte con arma blanca que recibió la señora M, así como su madre e hijos. Tampoco se tiene por probado **que mediante el uso de amenazas de muerte e intimidación haya el menor investigado accedido carnalmente por vía anal a la agraviada M, en contra de su voluntad, en tanto, tal y como se indicó en los hechos probados, si bien es cierto, se acredita efectivamente la intervención del menor C en relaciones sexuales sostenidas con la señora M, por vía anal, habiendo el señor C eyaculado, mediante Análisis y Dictámenes Médicos y Bioquímicos varios, también es cierto que no se aporta prueba alguna, ni documental, ni pericial, ni testimonial, que acrediten que la señora M haya sido coaccionada por el menor encartado a mantener relaciones sexuales consigo en contra de su voluntad. (Dictámen Médico Legal N° 2013-1197 (Folio 10; Dictámen análisis criminalístico 2013-12411-BQM (folios del 45 al 48);***

Dictamen análisis criminalístico 2013-14165-BQM (folios del 85 al 88); Dictámen Médico Legal N° DML-2013-1197 visto a folio 10 del expediente.) De igual forme (sic) debe considerarse, en relación a todos los hechos no probados, que si bien se aporta como testigo al señor A, el mismo no es sino un testigo de referencia y por lo tanto no presencial, cuyo el mayor aporte que deriva de su testimonio es el de que la señora llegó nerviosa y llorando a interponer la denuncia y su declaración” (Cfr. folio 115).

Como puede observarse esta motivación presenta una insuficiencia de análisis fáctico e inferencia lógica que permita comprender el razonamiento del *a quo* para desacreditar la prueba testimonial, echándose de menos el análisis crítico de esas probanzas, máxime si en un caso como éste, la principal fuente de prueba es el dicho de la propia víctima. Esta Cámara se ha impuesto del contenido de la prueba testimonial, concretamente del dicho de la ofendida, y ésta refiere que fue abordada por el joven acusado quien la indujo a creer que estaba siendo víctima de una persecución y que él la iba a acompañar y a proteger; esto a raíz de un problema surgido en un bar llamado “el rinconcito” (oír contador horario a partir de 14:53). También, a lo largo de todo su testimonio y a preguntas de las partes, refiere que cuando supuestamente se refugia con el acusado en unos camerinos y cuando pretende llamar a su novio por medio de un celular, el joven endilgado mediante amenazas con un cuchillo le arrebató el teléfono y le dice que se quede quedita (oír contador horario 16:00) luego de lo cual la obliga a tener sexo anal en contra de su voluntad, doblegada por su temor, llanto e impotencia ante esta situación. Este relato es ampliamente detallado por la ofendida a preguntas del Ministerio Público, refiriendo que estuvo amenazada, además que en un principio confió en el acusado y que no pensó que “*le fuera a hacer algo*” (oír contador horario a partir de 22:05) . A partir del contador 35:30 y a preguntas del ente fiscal, indica que al encartado no lo conocía, no lo había visto antes aunque sí había escuchado de él; nunca había tenido problemas con el mismo, ni con su familia. Por su parte la defensa técnica a partir del contador 42:10 interroga a la ofendida sobre la presencia de ella en el bar el rinconcito, un conflicto surgido en el lugar, así como los motivos por los cuales la misma se hizo acompañar del joven acusado “*si no lo conocía*”. Estos aspectos, que fueron adversados a partir del interrogatorio de las partes y que obviamente hacen girar el núcleo esencial de la valoración de la prueba testimonial, fueron totalmente omitidos por el juzgador en su motivación del fallo. Y es que hay circunstancias que resultan incontrovertibles según se desprende de la sentencia, tales como que efectivamente el encartado accedió analmente a la ofendida, así como el apoderamiento de un teléfono celular perteneciente a la misma; que el dictamen criminalístico forense confirma la presencia de semen en el aplicador tomado como muestra de la región anal de la ofendida. Pero evidentemente estas circunstancias así expuestas y solamente mencionadas no explican cómo se determina que el encartado pueda ser o no vinculado con los hechos, labor que correspondía al *a quo*, el cual, desatendiendo su deber de fundamentación, omite toda referencia sobre los

elementos de credibilidad que le da a la declaración de la ofendida, así como todo análisis respecto de la coincidencia con la prueba técnica, o la circunstancia de que la ofendida haya denunciado el mismo día. Por otra parte, el juez sin ningún análisis dio como posible la versión del imputado en el sentido de que el acceso anal se haya dado bajo el consentimiento de la víctima, sin explicar por qué motivo dicha versión es atendible para aplicar el *in dubio pro reo*. El *a quo* hace una valoración superficial y sesgada de la prueba, tanto testimonial como técnica, limitándose a referir que el acusado declaró que el acto sexual fue una decisión previa y consensuada ente la víctima y él, pero no analiza por qué motivo le cree a una parte y no a la otra. Para llegar a esta conclusión el juez determinó que el acto sexual sí ocurrió, sin embargo su duda se cimienta en que no se demostró la fuerza o violencia y, sobre todo, el consentimiento o no de la ofendida. A partir de esta premisa o aseveración del *a quo* es que se debe analizar si dicha conclusión o duda es producto del análisis racional de las pruebas o, por el contrario, obedece a premisas e ideas preconcebidas sobre la forma en que se perpetran los delitos sexuales. Bajo esta tesis, y dados los argumentos del fallo, se ve como el íter lógico de la sentencia va dirigido a restarle credibilidad a la ofendida y a concluir que la acción del imputado fue producto de un consentimiento y aceptación de la agraviada, a pesar de que a lo largo de todo el proceso, y especialmente en el debate, la ofendida ha sostenido que dicha acción fue contra su voluntad y conminada por el imputado mediante actos violentos. El señor juez ha determinado que dicha manifestación de la víctima no es creíble, sin embargo para llegar a esta conclusión omite detalles importantes del relato y omite analizar la calidad de los testimonios vertidos en juicio, lo que violenta groseramente las normas de la sana crítica. Lo grave del fallo es fincar la duda en la supuesta inexistencia de prueba testimonial o material que respalde el dicho de la ofendida (en cuanto a la forma en que se dan los hechos) y con base en este mero enunciado omitir todo razonamiento valorativo de la versión dada por aquella. Dentro de esta misma omisión, descalifica sin mayor análisis el testimonio del señor A por *“ser de referencia y por lo tanto no presencial”* (Cfr. Folio 115 vuelto) sin darle ningún valor probatorio, el cual escuchado su testimonio, confirma que la agraviada llegó a denunciar acompañada de su novio, muy alterada, nerviosa y llorando. Como puede verse, el juzgador pretende exigir prueba *“presencial”* en un delito sexual, lo cual riñe con la experiencia y la lógica en este tipo de ilícitos, los cuales se caracterizan más bien por la clandestinidad. Por otro lado, como se insiste, el juzgador no explica por qué motivo le resta credibilidad a la ofendida, únicamente se limita a reiterar: *“En el caso en estudio, se debe reiterar que resulta claro y probado de forma fehaciente, que en efecto existió una situación en la cual la ofendida y el menor investigado mantuvieron relaciones sexuales, en las cuales se ha demostrado el endilgado penetró por vía anal a la denunciante, logrando el primero incluso la eyaculación. Existen en el expediente vasta prueba documental y pericial, que permiten identificar y ubicar al joven C dentro de dicha situación. Sin embargo la necesaria falta de consentimiento, la intimidación y el*

acceso carnal contrario a la voluntad de la víctima, no se logra demostrar. En este sentido, la prueba pericial aportada, señala la presencia de semen del encartado en la zona genital de la ofendida y por otra parte se constatan lesiones en el ano de la señora M, específicamente un esfínter nomotónico que presenta una fisura con bordes equimóticos, considera este juzgador que si bien se vincula dicha lesión a las relaciones sexuales sostenidas entre la víctima y el endilgado, no se establece en enlace que demuestre que la existencia de dicha lesión se deriva estrictamente de la existencia de violencia o de la presencia de coacción por parte del menor investigado hacia la ofendida obligándola a mantener relaciones sexuales en contra de su voluntad. En este sentido, no se logra acreditar, en tanto no se aporta prueba, el sometimiento obligado de la ofendida en contra de su voluntad a la ejecución de relaciones sexuales por vía anal. Por lo tanto, tomando en cuenta las declaraciones de ambas partes, considera este juzgador que las lesiones en la zona genital de la ofendida podrían devenir en consecuencias normales de mantener relaciones sexuales, consistentes en la penetración por vía anal.” (Cfr. folio 1 16) pero se echa de menos el análisis y valoración de la prueba. Contrario a ello, solamente se hace una referencia parcializada cuando el a quo indica: “De igual manera, no tiene esta autoridad certeza, en tanto no se aporta mayor prueba que el dicho de la víctima, de que efectivamente el menor endilgado haya inducido de forma engañosa a la ofendida a introducirse en los camerinos describiéndole que la venían siguiendo” (Cfr. Folio 116 vuelto). En igual sentido incurre el a quo en un error de fundamentación al considerar que se requiere de prueba testimonial adicional para acreditar el delito, así indica: “En este aspecto debe considerarse, que en un trayecto de 300 o 400 metros, la ofendida no manifiesta haber tan siquiera verificado que hubieran personas que transitaran a una distancia determinada detrás de ella. Así mismo,(sic) siendo de la localidad, tal y como lo narró en su manifestación el testigo A, los camerinos de la Plaza de Deportes, son ampliamente conocidos por ser un recinto comúnmente utilizado para el consumo de drogas y la realización de actos sexuales por parte de consumidores de drogas. Por lo tanto, resulta dudosa la manifestación de la ofendida en este sentido, sin embargo, el punto relevante acá es que en todo caso, no se aporta tampoco prueba alguna que indique que efectivamente fue abordada y engañada por el menor endilgado, con el fin de sustraerle dinero y pertenencias y de violarla, delitos que como ya se expuso líneas atrás tampoco resultaron probados” (Cfr. Folio 117). De la declaración de la ofendida se desprende que ésta creyó en la manifestación del imputado de que era seguida por sujetos, y que estaba en riesgo su integridad física, sin embargo no explica el juzgador por qué resulta dudosa la versión de la ofendida, si también es posible que haya confiado en la gravedad de dicha advertencia, máxime si el acusado refiere que la ofendida había tenido un problema en el referido bar el rincónico, donde se encontraba minutos antes. El juzgador debió hacer una apreciación rigurosa y exigente de su dicho y confrontar su versión con otros elementos de juicio aportados al proceso; no sólo indicar que no había prueba alguna que demostrara que

efectivamente fue engañada y abordada por el acusado. No hay en la sentencia razones claras para restarle valor probatorio a la prueba testimonial, como tampoco lo hay para fundamentar la duda, todo lo cual deja ayuno de fundamentación el fallo. Por otra parte lleva razón también la impugnante al sostener que no hay una explicación o derivación técnico jurídica de la prueba, que lógicamente determine la absolutoria por duda y ni siquiera la responsabilidad del acusado en el delito de hurto (así recalificado por el juzgador), tampoco hay una motivación suficiente de por qué se resta credibilidad a la ofendida sobre el arrebato de su celular y bolso, excluyendo la violencia en los hechos. El Tribunal de Sentencia indica: *“el apoderamiento del teléfono celular propiedad de la ofendida M, no es un hecho controvertido en el tanto, se trata de un hecho que fue denunciado por la ofendida, y de igual forma así fue aceptado por el menor investigado al manifestarlo de esa manera en su declaración, derivando en una situación que al analizar el testimonio tanto de la señora M como del joven C, coincide en cuanto al hecho de que existió un apoderamiento de éste último del celular de la denunciante. Sin embargo, si examinamos esas mismas declaraciones, sumadas a la restante prueba testimonial y documental, se echa de menos un mínimo probatorio adicional a las manifestaciones de la ofendida que pudieran reforzar la forma en que sucedieran los hechos y que acreditara de esa manera la existencia de un arrebato violento por parte del joven C, del teléfono celular propiedad de la ofendida En esta misma línea, no consta en el expediente elementos de prueba suficientes, que verifiquen y acrediten el hecho de que el menor encartado, dentro del mismo accionar, haya despojado mediante amenazas, intimidación y el uso de arma blanca, a la ofendida de la suma de setenta mil colones de dinero en efectivo”* (Cfr. Folio 116). No hay duda de que al *a quo* no le bastó el dicho de la agraviada, no solamente en el delito de **violación**, sino tampoco en el de robo, aceptando sin mayor cuestionamiento la versión del joven acusado, pero esa prueba oral tampoco fue analizada por el juzgador para tenerla como confiable. Contrariamente, a lo largo de todo el fallo se insiste en que no hay prueba independiente que acredite el dicho de la ofendida, al punto incluso que tiene por acreditado un hurto, únicamente por el reconocimiento expreso del acusado de que “él se lo llevó”. Pero ni siquiera se hace un análisis de dicha declaración, todo lo cual incide en la fundamentación fáctica de la sentencia y en las conclusiones de fondo. En síntesis, la sentencia impugnada se fundamenta en una particular, subjetiva y sesgada apreciación de la prueba. Algunos de dichos argumentos son violatorios de las reglas de la sana crítica, como pedir prueba *presencial que acredite el sometimiento de la víctima contra la voluntad a la ejecución del acto sexual*. En todo caso, ante la presencia abierta de contradicción entre la declaración de la ofendida respecto del imputado, el *a quo* debió explicar por qué no era posible otorgar mayor credibilidad a una versión, con relación a la otra. Esa explicación que se omite en el fallo l o que torna ineficaz. El numeral 184 del Código Procesal Penal establece: *“El Tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, con aplicación estricta de las reglas de la sana crítica. Debe justificar y fundamentar,*

adecuadamente, las razones por las cuales les otorga determinado valor, sobre la base de la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial". En este caso no hay duda de la esencialidad del dicho de la ofendida, el cual solo de manera general es considerado en el fallo y tampoco se explica por qué razón es plausible el dicho del acusado. De igual forma, debe tenerse presente que los Juzgadores están en la obligación de, sobre la base de los puntos de importancia declarados por los testigos en el juicio, analizar y dar las razones que eventualmente existan para dar mayor credibilidad a unos sobre otros, valoración que debe ser realizada en forma integral y no aislar una prueba de la otra, todo de conformidad con las reglas de la sana crítica, así que tampoco es posible dejar de valorar un testimonio. Sólo argumentar que no es presencial de los hechos, no significa tampoco que la credibilidad de la ofendida deba depender de lo que señale otro testigo, ya que cada uno de ellos circunscribe su relato a lo que le consta. Mucho menos se puede descartar veracidad a la perjudicada porque no había nadie más cuando ocurren los hechos. Como se señala en el recurso, y sin necesidad de entrar en mayores consideraciones, en el presente caso es evidente que en la sentencia no se cumplió con el deber de fundamentación, al realizarse un inadecuado y superficial análisis de los elementos de prueba recibidos en el debate, observándose que el *iter* lógico aplicado por el Tribunal *a quo* resulta contrario a las reglas de la sana crítica. Conforme con todo lo expuesto, los cuestionamientos formalizados para sustentar el reproche, evidencian que existen los agravios, por lo que se debe declarar con lugar el recurso de apelación de sentencia presentado por la representante del Ministerio Público, decretándose la ineficacia de la sentencia absolutoria, así como el debate que le precedió. Se ordena el reenvío para la debida sustanciación por el mismo Juzgado con una integración diferente.”

6. Contratación de Servicios Sexuales No Exime al Imputado de Respetar la Libertad Sexual de la Víctima

[Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José]^{viii}
Voto de mayoría:

“ÚNICO. [...] Por tener absoluta conexidad al estar referidos a la fundamentación y valoración probatoria, los reclamos se resuelven conjuntamente declarándolos sin lugar. Esta Cámara de Apelación apreció la fundamentación probatoria intelectual, la cual se observa en folios 342 a 368 del expediente, verificándose que cumple con lo dispuesto por los numerales 142 y 363 del Código Procesal Penal y la prueba se valoró conforme con los lineamientos establecidos en los artículos 184 y 361 párrafo primero del mismo Código, panorama ante el cual los yerros alegados son inexistentes. En cuanto al primer reclamo, el agravio es inexistente como lo admite la impugnante, pues el imputado no ha sido condenado por un delito de circulación de moneda falsa, ni se trató de un tema del que la prueba testimonial se ocupara, razón por la cual el

alegato como tal no es trascendente, pues suprimiendo el argumento expresado por el Tribunal *a quo* relacionado con que indiciariamente se conoció que el imputado pagó con dinero falso a las ofendidas por sus servicios sexuales, el fallo permanecería inalterable porque los hechos concernientes a los delitos sexuales acusados, sí se tuvieron por demostrados con el elenco probatorio obtenido en el juicio oral y público. En lo referente a la agraviada A, el Tribunal *a quo* valoró que con su dicho se tuvo por demostrado que una vez que el encartado llevó a la ofendida al *lava car* donde ocurren los hechos, para que cumpliera con los servicios sexuales para los que había sido contratada por el imputado, en determinado momento ella se niega a continuar con el acto sexual porque el imputado se tornó agresivo ya que ella le exigía el uso de condón, situación que a él le molestó. Ante la negativa de la agraviada, el Tribunal valoró que el encartado lanzó a la ofendida a la cama y la obligó mediante la fuerza a realizarle sexo oral contra la voluntad de la víctima. En cuanto a la valoración que se realiza por parte del Tribunal en torno a estos hechos, resulta muy distante de la manera como lo presenta la recurrente, pues el órgano jurisdiccional valoró que la víctima golpeaba la pared tratando de que la auxiliaran, lo que fue escuchado por I. su hermana, por lo que decidió intervenir. En este sentido el Tribunal valoró que el testigo P., no negó la presencia de la ofendida con el endilgado en el lugar de los hechos, pero fue complaciente con el imputado, dándole un matiz diferente a la situación, para no comprometerlo, pues refirió que los gritos de I. era porque ella deseaba retirarse del lugar y no porque estuviese respondiendo al llamado de auxilio de su hermana. El Tribunal *a quo* por su parte, brindó valor probatorio a las manifestaciones de la víctima y su hermana para tener por demostrados los hechos, y no así a la declaración de P sobre los aspectos en que fue complaciente con el imputado. Argumento que resultó correcto debido a que el Tribunal conforme con los principios del contradictorio y la inmediación de la prueba, observó las características en los testimonios de cargo, suficientes para concederles valor probatorio y tener por acreditados los hechos. En relación con la ilogicidad alegada en torno a que el imputado presuntamente continuó con su acción pese a que la víctima estaba vomitando, el Tribunal valoró correctamente que se demostró que la ofendida había estado consumiendo licor e inhalando cocaína casi todo el día, razón por la cual el contenido estomacal que tenía la agraviada era mínimo o casi nulo, de tal manera que el vómito no pudo haber sido tan significativo como para que fuese un distractor para el acusado y desistiera de su acción. En relación con la ofendida K, el Tribunal sentenciador valoró que se tuvo por demostrado que el imputado, luego de haber contratado a dicha agraviada para servicios de tipo sexual en el *lava car*, se mostró inconforme por la manera como esta estaba realizándole el sexo oral, momento a partir del cual inició su agresión física en perjuicio de ella, razón por la cual la víctima le comunicó que no deseaba continuar con el encuentro sexual, no obstante, él intentó asfixiarla tomándola por el cuello con sus manos, y debido a que la ofendida le suplicaba que la soltara la liberó, pero siempre la obligó a que le practicara sexo oral

para lo cual le introdujo el pene en la boca y posteriormente y también contra su voluntad le introdujo el pene en la vagina. El Tribunal fundamentó debidamente que pese a que la víctima intentó pedir auxilio por teléfono, el imputado de la manera anteriormente indicada intentó estrangularla nuevamente, por lo que ella debió rogarle nuevamente que la soltara para ir al baño, ante lo cual el encartado accedió, momento que aprovechó para huir del lugar y pedir ayuda a una amiga suya que la acompañaba en ese momento de nombre N. Sobre el relato de la ofendida K, el órgano jurisdiccional le concedió valor probatorio no solo por lo apreciado durante el debate a través de los principios del contradictorio y la inmediación de la prueba, sino porque su dicho se ha mantenido en el tiempo encontrando pleno respaldo en el dictamen psicosocial donde se hace referencia a la misma historia y en el dictamen médico legal que documentó la presencia de equimosis rojizas de considerable tamaño y de forma irregular de 10 x 5 en el cuello, propiamente debajo de la barbilla. Sobre ello el Tribunal sentenciador valoró que la lesión acreditada pericialmente, es compatible con lo declarado por la víctima en el sentido de que el endilgado intentó asfixiarla. No lleva razón la recurrente en cuanto a que el testimonio de P no fuera valorado debidamente, ya que sobre ello se determinó que dicho testigo si ubica a la víctima en tiempo y espacio en el lugar de los hechos, pero no es creíble su dicho en otros aspectos que quiso minimizar para no incriminar al encartado debido a que es su jefe. Pese a esta omisión de datos, por parte de dicho testigo, el Tribunal consideró que la declaración de la víctima era de valor suficiente para acreditar los hechos ocurridos en su perjuicio, sobre lo cual por las razones anteriormente dichas, resultaba posible conforme con el principio de la libertad probatoria consagrado en el artículo 182 del Código Procesal Penal. El hecho de que durante el debate se determinara o no cuánto dinero cobrarían las ofendidas por sus servicios sexuales, no resulta trascendental, pues lo medular es que en determinado momento del evento que comenzó consensual, las víctimas se negaron a continuar con el acto sexual y el imputado las accesó carnalmente contra su voluntad, panorama ante el cual se violentó la libertad sexual de las agraviadas independientemente del origen del evento. Dicho de otro modo, la presencia de las víctimas en el lugar de los hechos para cobrar por servicios sexuales, no eximía al imputado de respetar la libertad sexual de estas en caso de que no quisieran tener relaciones sexuales. En relación con la declaración rendida por el encartado, contrario a como se reclama esta sí fue debidamente valorada por el Tribunal sentenciador, desvirtuándose los aspectos por él indicados, tales como que las víctimas lo que quieren es dinero, y se trata de una venganza en su contra porque él le quita mujeres al Night Club Molino Rojo en San José, sin embargo el Tribunal sobre ello justificó que se ignora cómo pudo darse la supuesta manipulación de las personas de dicho centro nocturno, hacia las ofendidas para hacer aparecer esas denuncias, sobre todo considerando que otros locales están involucrados en el ejercicio de la prostitución, sin que ocurra una venganza de esta naturaleza y no se explica por qué específicamente se hubiera dirigido contra el endilgado. En cuanto al

argumento de que las agraviadas lo que querían era dinero, llama poderosamente la atención que como bien lo apunta la representante del Ministerio Público en su contestación, ni siquiera ejercieron la acción civil resarcitoria para ser resarcidas, panorama ante el cual los alegatos en este sentido tampoco resultan de recibo. Esta Cámara concluye que la objetiva valoración probatoria realizada por el Tribunal, es mucho más amplia de como la presenta la impugnante, y por ende los yerros alegados no son atendibles. En consecuencia se desestiman los argumentos de impugnación.”

7. Violación: Variación en el Modo Empleado para Penetrar a la Víctima No Violenta el Principio de Correlación entre Acusación y Sentencia

[Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal de Cartago]^{ix}
Voto de mayoría

“III. [...] Por otra parte, esta Cámara debe aclarar que si se tuviera claro que la ofendida fue penetrada por su ano, aun y cuando se dude si lo fue con el pene del imputado o con un objeto, ello no lesionaría el principio de correlación entre acusación y sentencia, dado que no se lesiona en éste caso concreto el principio de defensa. El núcleo de la acusación es el mismo, es decir que el imputado violó analmente a la víctima, lo cual según el tipo penal del artículo 156 puede ocurrir tanto con la introducción del pene como de otros objetos. Así mismo, la defensa del imputado ha ido encaminada a negar su participación en los hechos del homicidio y la violación, afirmando que nunca estuvo con la ofendida el día de los acontecimientos, razón por la cual la variación del modo empleado para penetrar analmente a la víctima no resulta esencial y por ende no violenta el principio referido en éste caso. En conclusión, el fallo adolece del vicio de falta de fundamentación y violación a las reglas del correcto entendimiento humano, razón por la cual debe acogerse el recurso de la Fiscalía, y anular la sentencia parcialmente únicamente en cuanto absolvió de toda pena y responsabilidad al imputado J del delito de Violación cometido por vía anal. Se ordena el reenvío para su nueva sustanciación en ese aspecto [...].”

8. Situaciones Personales de la Víctima No Desacreditan la Existencia del Delito

[Sala Tercera]^x
Voto de mayoría

“II. [...] **Se declara sin lugar.** La fundamentación de la pena implica un estudio de los hechos, bajo los criterios de la sana crítica, aunado a una valoración de los supuestos del artículo 71 del Código Penal, que estipula lo siguiente: “... *El Juez, en sentencia motivada, fijará la duración de la pena que debe imponerse de acuerdo con los límites señalados para cada delito, atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del*

partícipe. Para apreciarlos se tomará en cuenta: a) Los aspectos subjetivos y objetivos del hecho punible; b) La importancia de la lesión o del peligro; c) Las circunstancias de modo, tiempo y lugar; d) La calidad de los motivos determinantes; e) Las demás condiciones personales del sujeto activo o de la víctima en la medida en que hayan influido en la comisión del delito; y f) La conducta del agente posterior al delito. Las características psicológicas, psiquiátricas y sociales, lo mismo que las referentes a educación y antecedentes, serán solicitadas al Instituto de Criminología el cual podrá incluir en su informe cualquier otro aspecto que pueda ser de interés para mejor información del Juez...". Es así como la pena a imponer depende de los hechos que se tuvieron por probados y que son intangibles, así como de su nivel ofensivo sobre el bien jurídico y la conducta del imputado. En la sentencia de marras, el Tribunal, para efectos de imposición de la pena, determinó lo siguiente: *"...el aquí imputado actuó con total desprecio hacia la libertad sexual de la ofendida al introducirle el dedo en el ano mientras dormía, aprovechándose de la buena voluntad de esta señora que le había brindado su casa para que se quedara a dormir y sin importarle que había una amiga presente. La conducta posterior al delito resulta sumamente reprochable, ya que al verse descubierto opta por agredir a la ofendida y a su amiga para finalmente marcharse del lugar, pero posteriormente se ha dedicado a perseguir a la ofendida con comentarios a sus familiares y en palabras de la ofendida, no la ha dejado en paz. Tales hechos resultan sumamente reprochables y por ello se ha tomado en consideración que diez años, precisamente el mínimo de ley, serán suficientes para los fines de readaptación y resocialización del aquí imputado, ya que se valoró también que es una persona aún joven, de cuarenta años, con esposa e hijos, y con un trabajo estable..."* (f. 80). Véase que, se cumple en la imposición de la pena los supuestos del artículo 71 ya citado, pues el Tribunal valoró, además del delito cometido, las acciones del imputado tras el hecho, así como su situación personal, no habiendo vicio que declarar. Debe señalarse que, las situaciones personales de la ofendida, tales como su preferencia sexual, su estilo de vida y las razones por las que no asistió a un hospital tras la golpiza que recibió, no demeritan la existencia de un delito de violación en su contra, ni mucho menos eximen al sentenciado de su responsabilidad penal por ese hecho [...]."

9. Violación: Penetración Anal y Vaginal

[Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal de Cartago]^{xi}
Voto de mayoría

"V. Como **segundo motivo** por el fondo alega errónea aplicación de la ley sustantiva. Indica que el Tribunal en el caso de la ofendida Marlen Cabello de Venegas, tuvo por acreditado que el imputado le introdujo el pene en la vagina y en el ano calificando estos hechos como un solo delito de violación al desaplicar incorrectamente las reglas del concurso material a pesar de ser dos acciones independientes y claramente

diferenciables separables en tiempo y en espacio. Solicita se anule la pena en cuanto a esta ofendida y se ordene el reenvío para una nueva sustanciación. **El reclamo no es de recibo.** El Tribunal tuvo por acreditado que en el caso de la ofendida Cabello de Venegas se produjeron dos accesos carnales uno vaginal y otro anal seguidos uno del otro y enmarcados dentro de un mismo espacio y tiempo calificándolos como un solo delito de violación, calificación sobre la cual discrepa el recurrente al considerar que se trata de dos hechos cometidos en concurso material. No obstante lo anterior, la ofendida es clara en el sentido de que el imputado la puso de espaldas y la penetro en su vagina y ano, indicando al respecto: *“...Siempre traté de no abrir las piernas, me imagino que se le complicó la vagina y decidió penetrarme por el trasero. Si me penetró vaginalmente y por el trasero, siempre estuve de espaldas...”*. Sobre este tema en particular se ha indicado jurisprudencialmente: *“...Sin embargo, el análisis para determinar si existe una sola acción o varias acciones, requiere también analizar cómo se integra la tipicidad del delito que se trate, a fin de resolver si se vulnera más de una vez el bien jurídico tutelado porque se realice más de un acto en sentido óntico. En este punto, en criterio de esta Cámara, el concepto de unidad de acción no se correlaciona con el concepto de acción en sentido de movimientos corporales o de la naturaleza, sino que se refiere a un concepto que implica valoración jurídica. Es claro que el delito de violación protege la libre autodeterminación sexual de las personas, también lo es, que no siempre se requiere de una determinada afectación física o moral para hablar de violación. Por lo anterior, se debe precisar que no existe doble o triple afectación al bien jurídico de la libre autodeterminación sexual, porque en un mismo acto de acceso carnal, el sujeto activo introduzca en las diferentes vías, previstas por el código, ya sea el miembro viril o los dedos u otros objetos. Lo anterior, siempre que se trate de un mismo acto de acceso carnal desde la perspectiva temporal. Para comprender mejor por qué ahora se habla de un solo delito de violación, es necesario analizar detalladamente el delito de violación, conforme al artículo 156 del código de cita: “Será sancionado con pena de prisión de diez a dieciséis años, quien se haga acceder o tenga acceso carnal, por vía oral, anal o vaginal, con una persona de cualquier sexo... La misma pena se impondrá si la acción consiste en introducir, por vía vaginal o anal uno o varios dedos u objetos”. Como se puede derivar fácilmente del texto, las acciones que se establecen son “acceder” o “hacerse acceder”, lo que varía son las vías por las que se puede dar tal acceso carnal, incluyéndose, por la reforma que sufrió este delito en 1999, la vía oral. Esta ampliación de las vías para acceder carnalmente a una persona o para hacerse acceder, responde a la necesidad de considerar situaciones que antes quedaban como simples abusos sexuales, a pesar de la afectación al bien jurídico de la libre determinación sexual. En igual sentido, se consideró necesario ampliar las formas de violación, para los casos de introducción de dedos u objetos. Sin embargo, esta amplitud en las formas que ahora permiten hablar de violación, no implican que exista un concurso material como se ha dicho hasta ahora, en virtud que el bien jurídico tutelado se vulnera solo por una vez cuando en un mismo acto de acceso carnal un*

sujeto introduce por diferentes vías, ya sea su miembro viril o los dedos. Esto, sí puede ser considerado para efectos de la medición de la pena, porque puede provocar un mayor daño, no a la libertad sexual, sino a la salud física o moral de la víctima. Lo que ocurre con esta figura delictiva, se podría comparar con el caso de las lesiones gravísimas, que también protege un bien jurídico de carácter personalísimo como lo es la integridad física. En ese sentido, si un sujeto con varios acometimientos físicos pero en un mismo espacio temporal, le produce a otro una lesión que le causa una disfunción intelectual, una incapacidad permanente para el trabajo y la pérdida de un sentido u órgano, no existirá por ello un concurso material de lesiones gravísimas, a pesar que es evidente la mayor afectación al bien jurídico. Lo mismo se puede decir del delito de violación, cuando el sujeto activo bajo la misma intención de acceder carnalmente a una persona en un solo espacio temporal, primero la accede por vía anal y luego por vía vaginal. Las diferentes vías de acceso carnal no producen tantos delitos de violación como número de veces que se realice la acción, ni implican doble afectación al bien jurídico, sino que se trata de una circunstancia que debe valorarse para efectos de la medición de la pena. Esto queda aún más claro, con el último párrafo del artículo 156 ya citado, al indicar que “la misma pena se impondrá si la acción consiste...”, de manera que el legislador lo que hizo fue equiparar las formas de acceso carnal con el miembro viril, a la introducción de un dedo u objetos. En definitiva la acción es una sola, lo que varía es la vía por la que se accede y esto implica que el bien jurídico tutelado se vulnera una sola vez, aunque deba considerarse para efectos de medición de pena, la mayor afectación física o moral, que el sujeto pasivo haya podido sufrir, por ejemplo, para los casos de acceso anal y vaginal. En definitiva “lo que interesa para determinar la unidad de acción no es el número de los tipos penales sino la existencia de una finalidad única y la lesión unitaria a un mismo bien jurídico entendido como realidad social” [REYES ALVARADO, Yesid, op cit. p. 248]...” (Cfr. voto 2008-0966. Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José de las 10:30 horas del 25 de setiembre de 2008). De la anterior cita que esta Cámara comparte, se establece que para efectos de determinar si se está en una única acción o más, no debe apreciarse únicamente la cantidad de acciones naturales que realice el sujeto activo, sino que también debe apreciarse la voluntad concreta del agente, la conexión espacio temporal de los hechos, la homogeneidad del bien jurídico tutelado y la unidad del sujeto activo. En el caso en concreto podemos observar que los hechos se dieron en un mismo espacio temporal, que las penetraciones anales y vaginales se dieron de manera sucesiva y fue realizada por el mismo sujeto activo a la misma ofendida y que ambas acciones físicas realizadas por el imputado respondían a la misma finalidad concupiscente. En razón de lo anterior, estima esta Cámara que la calificación final que otorgó el Tribunal sentenciador es acorde con los hechos probados, y en virtud de ello el motivo se declara sin lugar.”

10. Posibilidad de Condenar por el Delito de Violación al Contar con Solo un Testimonio

[Tribunal de Casación Penal de San José]^{xii}
Voto de mayoría

“I. [...] Leída la sentencia a partir del folio 452 vuelto, se puede tener claro que el tribunal de mérito tiene como elemento de sustento para su convicción condenatoria la declaración de la joven M.A.R.A., víctima del hecho, y por las circunstancias de comisión: la única testigo disponible, que puede dar circunstancias y detalles de cómo fue agraviada sexualmente por los encartados. La dinámica del hecho, por más esfuerzos que hace el justiciable por tratar de trastocar la forma en que la ofendida lo describió, no resulta descabellada o contraria a las reglas de la lógica, toda vez que ella es ingresada al vehículo automotor, y llevada contra su voluntad del sitio de donde fue privada de su libertad. Por la forma en que se cometieron los accesos carnales, tenían que estar los dos encartados previamente sentados en el vehículo. F.H.B. conduciendo y A.C.C., en el asiento del acompañante, por tratarse de un vehículo tipo “pick up”. Según el relato de la ofendida el acceso es vaginal, lo que tiene lógica teniendo a los sujetos sentados, ella en los regazos de A.C.C., quien se aprovecha de dicha posición para accederla de esa forma, previo bajarle sus pantalones y ropa interior. En el caso de F.H.B. se tiene como probado que este sujeto la obliga a practicarle sexo oral, usó la ofendida el verbo “sumergir” que es bastante descriptivo de la acción que la hizo llegar con su boca hasta el pene del agresor, al punto de sentirse ahogada (cfr. fl. 440 de la transcripción del testimonio de M.A.R.A. en la sentencia). Todo esto ocurría mientras A.C.C. aun la accedía carnalmente con su pene por la vagina, ubicada en sus regazos, por lo que la acción de practicar sexo oral al conductor queda plenamente descrita y resulta lógica dada las condiciones del vehículo: un vehículo de carga liviana, y la posición de ambos encartados en el mismo. No resulta lesivo a ningún principio procesal que la convicción condenatoria se funde exclusivamente en el relato de la ofendida. En casos de delitos sexuales es pacífica la jurisprudencia de los tribunales de casación y de la misma Sala Tercera en el sentido de que esta prueba es idónea para respetar adecuadamente el principio de mínima actividad probatoria. No obstante, el juzgador debe valorar el relato con la ayuda de las reglas de la sana crítica, y debe hacer pasar el relato por la criba de estas reglas con el fin de examinar si la descripción de los acontecimientos es coherente y lógica. En el caso bajo examen aprecia esta Cámara que el juzgador se ocupó de contrastar el relato de la ofendida con el fin de determinar si era creíble y coincidente con otras pruebas recibidas en el contradictorio. [...] II. [...] La matización que hace el recurrente del verbo típico del delito de Violación contiene una diferencia semántica que no llega al núcleo de la problemática abarcada por el bien jurídico penalmente tutelado de la “Autodeterminación Sexual”. No se trata de que solo hay violación si se “accede carnalmente”. La norma penalmente antepuesta al tipo penal del artículo 156 prohíbe

lesionar la libre autodeterminación sexual de una persona obligándola a una relación sexual que no desea. La acción prohibida implica entonces acceder vía oral a la víctima para obligarla a aceptar el órgano sexual masculino por esa vía. Si la acción se mantiene en un mero lamer el órgano viril no quedaría encuadrada en el tipo penal de violación. En el caso bajo examen se tiene debidamente comprobado que el justiciable “sumergió” a la víctima hasta hacerla llegar a su pene y obligarla a que le lamiera el pene, una acción bastante violenta según lo describe la ofendida, ya que casi le produce un ahogo el tener el pene erecto del justiciable en su boca, y ser halada por los cabellos para que se mantuviera en esa posición mientras era accedida vaginalmente por A.C.C.. No nota esta Cámara que la apreciación jurídica de los hechos favorezca al encartado como este lo pretende, ya que el acceso carnal, vía oral, está bien establecido en la prueba y en las consideraciones del Tribunal de Mérito, y tal y como se hizo ver anteriormente: bien solidificadas en las reglas de la sana crítica. III. [...] En primer lugar, es evidente que el hecho es de Violación Calificada, pues concurren en la comisión del hecho dos personas, que es la causal número 7 del artículo 157 del Código Penal, por lo que el juicio de tipicidad hecho por el Tribunal de Mérito, es conforme a la legislación vigente y no se nota en dicha adecuación ningún error o incorrecta aplicación de la Ley Sustantiva. En segundo lugar, y aquí en cuanto al tema del concurso de delitos en la especie, debe decirse que es pacífico en la doctrina de la jurisprudencia de casación que los factores finales y normativos son esenciales para calificar cuando se está en presencia de una sola acción en el sentido jurídico del término y cuándo hay varias acciones que concurren (cfr., por ejemplo, Sala Tercera: Arroyo, Ramírez, Pereira, Chinchilla y Gómez. Voto Nº 1424-07, de las 8:57 horas del 12 de diciembre de 2007 y en igual sentido, y con más detalles: Sala Tercera, Voto Nº 1419-08, de las 3:00 horas del 04 de diciembre de 2008). El factor normativo, en especial, obliga a considerar a la conducta humana en términos de una unidad de desvalor a los efectos de la prohibición, esto es, en términos del bien jurídico penalmente tutelado y de la norma penal antepuesta al tipo penal o tipos penales en concurso. La violación sexual, está claro, es uno de esos comportamientos humanos que implican desplegar varias acciones en el sentido natural del término y que, por razones de factor normativo deben entenderse abarcadas en el contexto de una sola acción en el sentido jurídico. El factor final, se entiende, también termina por solidificar una posición frente a los casos donde haya duda de si varias acciones, que no necesariamente cumplan con el factor normativo, pero que desde el punto de vista de su teleología tiendan a la realización de un plan de autor específico. En el caso concreto, es evidente que la concurrencia de las lesiones leves no viene a ser ni una acción colateral del vencimiento de la resistencia de la víctima o una acción que debe entenderse necesaria dentro del concreto factor final de la violación. Las lesiones se producen, como bien lo dice la sentencia, luego de la que la violación ya había tenido lugar. El objetivo de las lesiones se aparta, entonces, del factor final de la comisión del hecho de contenido sexual y conquista un nuevo fin: lograr la impunidad del hecho,

convenciendo a la víctima con actos evidentemente violentos que su vida correría peligro si decide denunciar a los justiciables. Obsérvese que la víctima es desnudada, golpeada, cortada, casi asfixiada y abandonada en un paraje de Cascajal de Coronado, a su suerte y desvalida, con la advertencia de que si los denuncia la matarían. No hace falta mucha imaginación para aprehender que este plan se suma a una nueva programación criminal: alcanzar la impunidad por lo realizado, que se sabe es un hecho grave contra los derechos de una persona inocente. Por ello el concurso de las lesiones no puede entenderse ideal, ya que ni el factor final ni el factor normativo permitirían darle tal connotación. El concurso es material y así se decidió el monto de pena aplicable .[...] V. [...] El artículo 126 del Código Penal es claro en el sentido de ampliar la aplicación de las circunstancias de agravación del homicidio calificado, cuando alguna de dichas condiciones se produzcan a la hora de ejecutar alguno de los delitos de lesiones descritos en los tres artículos anteriores a este, entre ellos, el artículo 125 de las Lesiones Leves. El interés político-criminal de esta decisión es clara: habrá hipótesis en las cuales se ejecute un delito de lesiones como una forma de “...preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar, para sí o para otro, la impunidad o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito”. El Tribunal de Mérito lleva razón cuando indica que el delito de Violación ya había tenido lugar, las lesiones no están materialmente subsumidas como forma de ejercer la violencia para reducir la resistencia de la víctima o como acción colateral del acto mismo de accederla carnalmente contra su voluntad. Simplemente los encartados, la golpean sin misericordia con el fin de llenarla de miedo, la cortan en sus manos con un cuchillo, intentan asfixiarla, y el objetivo que puede explicar tanta saña solo puede estar vinculado al deseo de evitar que la ofendida pueda reunir condiciones para presentarse a las autoridades y denunciarles por lo que le hicieron. Dice la sentencia, en torno a este tema, lo siguiente: *“...Con respecto al segundo hecho acreditado, por ésta Cámara, al tener que dichos imputados F.H.B. y A.C.C., no contentos con su actuar, una vez que ambos imputados, habían saciado sus bajos instintos sexuales, procedieron a llevar a la ofendida a Cascajal de Coronado, sitio en el cual la golpearon de manera despiadada a la ofendida, hasta causarle lesiones que la incapacitaron por más de diez días, las lesiones le fueron ocasionadas en todo su cuerpo, circunstancia acreditada no sólo con el examen físico realizada por el médico forense, que corresponde al dictamen médico legal No. 2009-00991 del 26 de enero del 2010 (folio 89) propiamente se hizo constar en dicha pericia, realizada al día siguiente de los hechos, que la aquejada M.A.R.A presentó una serie de golpes en su rostro, nariz, ojos, y una cortada en uno de sus dedos, todo con una violencia, infringida contra su cuerpo, propiamente se dice que presentó en el area extra genital :”... Equimosis violaceo edematosas dolorosas en la palpación en : Región periorbitaria derecha de 6X5 cm con hemorragia subconjuntival. Región periorbitaria izquierda de 9X8 cm con hemorragia subconjuntival. Interciliara hacia angulo internon del ojo derecho de 5x5 cm. Comisura labial derecha de 4x3 cm. Región mandibulaar derecha 8x6 cm, Cara*

anterior lateral derecha de cuello de 9X7 cm Cara anterior lateral izquierda de cuello de 8X6 cm. Heridas contusocortantes en dorso nasal hacia la mejilla derecha de 5x5 cm paralelas en número dos. Nariz con tabique nasal desviado a la derecha con punta a la izquierda con edema y dolor a la palpación. Heridas modificadas por puntos de sutura en primer dedo de mano derecha de 3x 0,5 cm y en pulpejo de tercer dedo de mano derecha de 2x 0,5 cm. Excoriaciones profundas cubiertas de costra serosa y sangre en : Borde lunar de antebrazo derecho de 11x9cm, Palma de mano izquierda de 4x2 cm, Región inframamaria izquierda de 6x 1 cm, Cadera izquierda de 9x8 cm, cara anterior de rodilla izquierda de 13x 11 cm, Cara anterior de rodilla derecha de 5x3 cm, ", (folio 88), y también por las fotografías que fueron incorporadas en donde se evidencia la magnitud de las lesiones provocadas en diferentes partes de su cuerpo, como la manifestación de la aquejada M.A.R.A. que a raíz de los hechos, durante el debate en la cual aporta que quedo como el monstruo de saprissa, de los golpes recibidos en su cara ya que indicó "... Tenía la cara toda morada. La parte blanca la tenía roja. Parecía como el monstruo de Saprissa que es todo morado. Todos los días salía para verme si se me había quitado un poco. Diay, me mandaron las gotas en el Hospital, pero si costó que se me quitara. (...) Me tira al piso para seguirme asfixiando, trató de defenderme con los pies y manos, tratando de quitarme la mano. En ese momento se baja Froilán del carro y me corta la mano derecha, el dedo pulgar y el del medio. ..."que evidencia como los co imputados F.H.B. y A.C.C., no contentos con su actuar y con tal de, lograr ocultar el acceso carnal tanto vaginal como oral que acaban de cometer, ya que le dijeron que no debía contar del asunto y que más bien diera gracias que quedara con vida, como bien lo mencionó la propia afectada M.A.R.A. al interponer la denuncia ante el Organismo de Investigación Judicial, a la una con cincuenta y tres minutos del veintiséis de enero del dos mil nueve en la cual, manifiesto como "... luego F.H.B. me puso el puñal en el cuello, y me dijeron que me iba a dejar viva pero que si los denunciaba me matarían....(folio 47 a 48), como la denuncia ante la Fiscalía, de allí que denota un tanto un menosprecio por la dignidad humana e la aquejada, sino también que no les importó lesionar otro bien juridico tutelado como lo es la integridad física, con tal de ocultar el primer hecho, circunstancias que con llevan que el DELITO DE LESIONES LEVES, previsto en el artículo 125 del Código Penal, se califique al darse una circunstancia calificante establecida en el artículo 126, en relación con el artículo 112 inciso 7, del Código Penal, debido que luego del acceso vaginal y oral cometidos por ambos imputados, le propinaron golpes y agresiones físicas a la ofendida, con la intención de intimidarle aún más, para que no formulara denuncia por los hechos que acababan de realizar en contra de dicha ofendida, circunstancias propias del homicidio calificado, todo con el fin de ocultar el otro delito que acababan de cometer y así poder asegurar para sí la impunidad del mismo, según lo previsto en los artículos 125, 126, 112 inciso 7 del Código Penal, los cuales devienen que ésta Cámara estime que LOS AQUÍ IMPUTADOS F.H.B. y A.C.C., INCURRIERON EN UN DELITO DE LESIONES CALIFICADAS EN CONCURSO MATERIAL, ya que lo realizan después de haber agotado el

primer delito (Violación Calificada), y al tenerse acreditado que su conducta también en lo que respecta a dicho hecho, es típica, antijurídica, y culpable, realizándose el debido juicio de reproche, demostrando que los imputados son imputables, se les impone por el delito de LESIONES LEVES CALIFICADAS, la pena de NUEVE MESES DE PRISIÓN para cada uno de los sentenciados;...” La sentencia es una unidad jurídica y lógica, y esta descripción anterior, sin duda, integra los hechos que tiene por probados suficientemente el tribunal sentenciador. Las lesiones no se propinan a la víctima simplemente para dejarle un recuerdo indeleble de lo que le sucedió, sino para tratar de alcanzar la impunidad, ya que dicha violencia no está pre-dirigida a garantizar la reducción a la impotencia a la víctima para un nuevo acceso carnal, sino simplemente para salirse con la suya sin consecuencias jurídico-penales.”

11. Daños Físicos y Psicológicos a Menores de Edad

[Tribunal de Casación Penal de San José]^{xiii}
Voto de mayoría

“IV. No le asiste razón al imputado por lo que se rechaza la revisión propuesta. El imputado W. fue acusado de ocho delitos de violación agravada, 21 delitos de abusos sexuales contra persona menor de edad, 5 delitos de corrupción, en perjuicio de los menores L.C.CH, V.P.A., W.P.A. y F,A,P. Los hechos describen que el acusado abordó a los ofendidos, y en múltiples ocasiones los tocó en sus genitales, los penetró analmente, hechos ocurridos en el transcurso del año 1998, en la Alegría de Siquirres (f. 173.183). En la audiencia preliminar realizada el 25 de enero de 2001, el encartado acompañado por el defensor particular Luis Ángel Ramírez Ramírez, solicitó la aplicación de un procedimiento abreviado para resolver el caso, ante lo cual el Ministerio Público estuvo de acuerdo, pidiendo que se aplicara la pena conforme al concurso material hasta un monto de cincuenta años de prisión, sin el rebajo del tercio, por la cantidad de hechos realizados. En el acto el Ministerio Público solicitó que la condena lo fuera únicamente por los ocho delitos de violación y prescindió de la persecución por los abusos sexuales contra menor de edad y los de corrupción que fueron acusados. El defensor luego de consultar con el imputado estuvo de acuerdo en la pena de cincuenta años de prisión, y que se le aplicaran las reglas del artículo 76 del Código Penal. El representante del Patronato Nacional de la Infancia también estuvo de acuerdo en se condenara por ocho delitos y la pena de cincuenta años de prisión, así como la parte querellante. Consta en el acta de audiencia que al imputado se le informó de las consecuencias legales del procedimiento abreviado, aceptando el mismo, así como los hechos objeto de acuerdo y la pena ha imponer (Cfr. fs. 436-440), por lo que no existe razón alguna para considerar vicios en la voluntad del imputado. En la sentencia de las 14:55 horas, del 22 de febrero de 2001, del Tribunal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de la Zona Atlántica, con sede en Siquirres, se condenó al

encartado W. por ocho delitos de violación en concurso material, y tuvo por acreditados todos los hechos de la acusación. Para tal efecto valoró las denuncias de los ofendidos y sus representantes, destacando que por la amistad que tenían con el acusado, ello lo llevó a aprovechar esa confianza de los menores para agredirlos sexualmente. Se analizan también los dictámenes médicos de los menores, en donde salen a relucir las lesiones anales que presentan, compatibles con la penetración de que fueron objeto, en particular el dictamen de W.P.A., quien sufrió lesiones anales que comprometen la función esfinteriana, permitiendo la salida espontánea de materia fecal, y las secuelas psicológicas que dejó en todos los ofendidos y que también fue dictaminada. El Tribunal tipifica los hechos como ocho delitos de violación calificada, en razón de la gravedad de los daños físicos y psicológicos producidos a los menores, conforme disponía el artículo 158 del Código Penal vigente a ese momento (el cual fue derogado por ley 8590 de 18 de julio de 2007). Al momento de fijar la pena se impuso el tanto de doce años de prisión por cada hecho, en virtud de que dicha norma tenía una sanción de doce a dieciocho años de prisión, lo que dio un tanto de noventa y seis años de prisión y se redujo a cincuenta años de prisión conforme a lo pactado (Cfr. fs. 460-495). Es importante señalar que, aunque el artículo 158 del Código Penal fue derogado, eso no permite revisar el fallo, en tanto la causal de agravación fue transferida al artículo 157 inciso 5) del Código Penal (Violación calificada), que determina como violación calificada, el acceso carnal, cuando se produce un grave daño a la salud de la víctima, y tiene pena idéntica a la del numeral derogado. Mediante procedimiento de revisión anterior el Tribunal de Casación procedió a revisar el tema de la pena impuesta fijando la misma en treinta y seis años de prisión, aplicando las reglas del concurso material (Decisión No. 2002-105 fs. 536 - 540 redactada por el ilustre Juez Chacón Laurito). Como queda indicado, la revisión planteada por el imputado no es procedente, pues los hechos fueron correctamente calificados como violación calificada, pues lo que calificó la figura no fue la relación de confianza de los ofendidos con el encartado, ni tampoco la existencia de una relación de guarda o custodia, sino el daño en la salud producido a las víctimas por la acción del acusado, de orden físico y psicológico, como lo apuntó la fiscalía en sus alegaciones. La parte alega que la simple relación de vecindad, o el haber sido profesor de catecismo mucho tiempo antes, no permite fundar la agravante aplicada. Lo cierto es que esa no fue la razón de la calificante aplicada al caso. En razón de lo anterior se rechaza la revisión solicitada.”

12. Calificación del Delito de Violación por la Relación de Parentesco

[Tribunal de Casación Penal de San José]^{xiv}

Voto de mayoría

"II. [...] De la confusa redacción de la demanda, se logra descifrar en síntesis, que el sentenciado pretende se revise el fallo que lo declaró autor responsable de dos delitos de abuso sexual contra persona menor de edad, un delito de tentativa de violación calificada y un delito de violación calificada, aduciendo que no se demostró la comisión del delito de violación porque no se constató que hubo penetración; así como que el cuadro fáctico, al no mediar violencia física ni amenazas y perpetrado por decisión de ambos, y por contar la menor ofendida con trece años de edad, eventualmente encuadraría en la conducta tipificada en el artículo 159 del Código Penal, denominada *relaciones sexuales con personas menores de edad*. La gestión es manifiestamente infundada, además que uno de los temas argüidos y que justifican su rechazo ad portas, ya fue objeto de casación. Con respecto al agravio expresado por el gestionante, en cuanto a que no se llevaron a cabo los exámenes físicos necesarios, antes del alumbramiento, a la menor ofendida, que habrían permitido descartar la penetración, indicando que se obvió en el caso el fenómeno del denominado "embarazo por impregnación", mencionando la opinión de quien presenta como el "*doctor Ramiro Molina, obstetra y ginecólogo de semen*" (ver folio 307), este tema ya fue resuelto en la sentencia de este Tribunal, que resolvió el recurso de casación No. 2009-1236, de las quince horas treinta minutos del diez de octubre de dos mil nueve. En el Considerando IV al pronunciarse sobre el segundo motivo del recurso se indica lo siguiente: "*...Sin lugar a la queja. A partir de la reproducción del registro digital de la sentencia oral dictada en este caso, se constata que, a efectos de justificar por qué se tuvo por demostrado que en diciembre de 2007 el encartado sí penetró por la vía vaginal a la ofendida, el Tribunal de mérito razonó lo siguiente: "[...] la ofendida dio una versión clara, contundente, fluida 1' absolutamente creíble, absolutamente consistente con el resto de la prueba [...] En la última ocasión indicada, en diciembre de 2007, la menor relata que sucedió lo mismo, pero que en esa ocasión no observó semen, siendo que rato después sintió que le bajó algo y creyendo que era menstruación se percató que era el semen que se encontraba dentro de su vagina, lo cual evidencia para este tribunal que es en esta ocasión que la menor queda embarazada, sino también que el encartado en esta oportunidad logra introducir el pene en la vagina de la niña, quien debido a la forma y frecuencia con la que relata que se daba este tipo de hechos, no logra sentir cuando es penetrada. No obstante, es claro para este tribunal que al menos en esa ocasión sí fue penetrada, ya que es éste el único modo en que el semen del encartado podría haber llegado hasta la parte interna del cuerpo de la niña, para que incluso saliera luego como flujo vaginal rato después, y es debido a la inexperiencia sexual de la niña que no logra percatarse de haber sido penetrada, ya que ella misma indica haber esperado sentir un gran dolor y sangrado, y*

como no sintió esto pensó que no había sido penetrada. No obstante este tribunal, en aplicación de las reglas de la lógica y la experiencia, tiene por acreditado que sí hubo penetración en esa última ocasión acusada, ya que si bien es cierto la misma no sintió dolor, la preparación de su cuerpo para la actividad sexual, iniciada desde los cinco años, permitió que dicha penetración fuera indolora y que la ofendida no pudiera percartarse. No obstante, al existir semen dentro de su cavidad vaginal, resulta evidente que fue penetrada y que el semen era del encartado, ya que a partir de ese hecho se determinan los malestares de la ofendida que permiten establecer que se encuentra en estado de embarazo [...]” (cfr. Registro digital en formato DVD, a partir de las 11:50:50). Como se deriva de lo antes transcrito, y así lo hace notar el representante del Ministerio Público al contestar por escrito la audiencia concedida (cfr. folio 192), si bien, al momento de esgrimir los argumentos con base en los cuales se tuvo por demostrada la penetración, el órgano jurisdiccional de mérito mencionó la existencia del embarazo, en realidad nunca razonó que esa fuera la razón para ello. Más bien explicó que dicha penetración se tuvo por establecida por otra circunstancia, a saber, que el encartado no dejó semen por encima o por la parte exterior de la zona genital de la ofendida, sino que el mismo se encontraba al interior de la misma, concretamente en el canal vaginal (a tal punto que lo confundió con un flujo vaginal), lo que fácilmente permitió concluir que al eyacular mantenía el pene dentro de dicha cavidad. Tal conclusión no resulta errónea, arbitraria, ilógica ni contraria a las reglas de la experiencia, de donde se comprende que todo el análisis que exponen los recurrentes en torno a la posibilidad de que se dé un embarazo sin penetración, mismo que (según ellos mismos lo indican) presupondría una eyacuación sobre la parte exterior de la vagina, resulta inconducente. De lo antes dicho se deriva también lo carente de esencialidad que resulta el cuestionamiento que hacen los recurrentes en torno a las razones que invocó el Tribunal para tratar de explicar el hecho de que la menor de edad no sintiera o no se percartara de esa penetración, mismas que -incluso- hasta podrían calificarse de “especulativas”. Es, claro entonces, que la citada circunstancia que se cuestiona, a saber, que la menor no sintiera ni se percartara de la penetración (lo cual bien pudo deberse a varias razones distintas a las que mencionó el Tribunal), en realidad no tiene mayor relevancia, pues lo que al final de cuentas resultó decisivo es que tal penetración sí se dio, de donde aun suprimiendo la explicación que en cuanto a dicho extremo expusieron los jueces de mérito, ello en nada afectaría los fundamentos de la decisión de fondo adoptada. **Tampoco surge duda alguna por el hecho de que no se haya podido establecer, a través de una pericia, la condición del himen de la ofendida, pues conforme a lo antes indicado se tiene que el Tribunal sí expuso las razones a partir de las cuales logró concluir que existió penetración, sin necesidad de contar con dicho elemento”** (Lo resaltado en nuestro. Cfr. folio 196 a 197 vto.). En consecuencia, tampoco es pertinente el reclamo de que debieron realizarse exámenes físicos antes del alumbramiento para descartar la penetración, sugiriendo su ejecución mediante un anticipo jurisdiccional de prueba que lo ordenase entonces, porque tal y

como fue abordado al resolverse la casación, la penetración se tuvo por establecida por otra circunstancia, sea, que el encartado no dejó semen por encima o por la parte exterior de la zona genital de la ofendida, sino que el mismo se encontraba en el canal vaginal (a tal punto que lo confundió con un flujo vaginal), lo que permitió concluir que al eyacular mantenía el pene dentro de dicha cavidad, rechazándose así toda posibilidad del "*embarazo por impregnación*" aludido por el demandante. Por otra parte, los argumentos que formula el sentenciado para aseverar que los hechos, al ser consensuados, tener más de trece años la menor agraviada y no haberse desplegado con violencia física o amenazas, habría constituido el delito de relaciones sexuales con persona menor de edad, es manifiestamente improcedente e infundada. El Tribunal sentenciador tuvo por demostrado que tanto el delito de tentativa de violación calificada contra persona menor de edad, como el delito de violación calificada, fueron cometidos por el acriminado mediante amenazas e intimidación a la menor ofendida, así como que en las dos ocasiones la misma opuso resistencia a la penetración, lo que descarta totalmente la tesis del gestionante de que "*el contacto con ella fue por decisión de ambos o convencimiento de mi parte*" (cfr. folio 306). No aporta el gestionante un solo elemento para socavar los hechos tenidos por demostrados con la prueba aportada al contradictorio. Se limita a señalar que tiene parentesco por consanguinidad con la menor perjudicada para justificar de algún modo, el acercamiento que manifiesta fue consentido y ofrece la realización de exámenes de ADN para acreditarlo; sin embargo el tema del parentesco no ha sido cuestionado y más bien fue un hecho indiscutible y acreditado, que el condenado es tío de la menor ofendida y padre biológico de de la niña concebida. Aduce que la menor no presentó al examen físico, signos de violencia vaginal o anal, mas ello tampoco tiene trascendencia alguna, puesto que el mismo fallo acepta y aborda el hecho de que la ofendida manifestó que no se percató de la penetración y que fue indolora. Acerca de que fue condenado como un violador en serie, subrayando que la víctima fue una sola persona, en sus palabras, una sobrina, el alegato es absolutamente inconducente, desde que no es cierto que fuera sentenciado por diez violaciones agravadas, abusos deshonestos y violación, ni se le ha condenado dos veces por un mismo crimen ni se le impuso prisión perpetua."

13. Secuelas en la Víctima Menor de Edad No Permiten Imponer el Mínimo de la Pena

[Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José]^{xv}
Voto de mayoría

"II – [...] A partir de un estudio detallado del fallo del Tribunal Penal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de San José se establece que el *A quo* realizó en la sentencia una fundamentación más que suficiente para sustentar la imposición de la pena

impuesta a R. Lo anterior se hace evidente por cuanto en el *considerando sexto* de la sentencia impugnada, los juzgadores realizaron un análisis de las circunstancias que según lo dispone el artículo 71 de nuestro Código penal, son determinantes al momento de establecer la sanción a aplicar y el monto de la misma. En la causa que nos ocupa, el Tribunal de Juicio realizó en su *considerando cuarto, titulado CALIFICACIÓN LEGAL, SANCIÓN APLICABLE EN LOS HECHOS 1) Y 2), Y ABSOLUTORIA DE LOS HECHOS 3) a 9) de la pieza acusatoria, por falta de descripción del elemento objetivo del tipo base del delito de violación (INTIMIDACIÓN)*, las siguientes consideraciones: " *Que el imputado ha accedido carnalmente a L, por vía anal, que la víctima contaba con once años de edad para el momento del primer hecho y con doce años de edad para el momento del segundo hecho, que el imputado la condición de padrastro del menor, por lo el autor de estos hechos resulta ascendiente de la víctima por afinidad en primer grado; siendo típica la conducta del acusado, la misma no resulta justificada por el derecho, y el encartado tiene capacidad de culpabilidad y conciencia de que lo que hacía es prohibido por ser contrario al ordenamiento jurídico, además de que le era exigible adecuar su conducta a las normas que regulan la normal convivencia, sobre todo por tener capacidad para determinar sus actos de acuerdo con esa comprensión. Se tomó en cuenta el largo período en que la víctima fue abusada por el acusado, cinco años, que estos vejámenes sexuales se inician a una edad temprana (once años) y terminan hasta los (dieciséis años) le han afectado emocional y psicológicamente, el tío decía que tenía una conducta de " monje", no comía y trataba de estar en la iglesia, porque sólo aquí y a través del pastor lograba encontrar paz, es una persona tímida, retraída, termina la primaria y no continúa los estudios para no verse sometido a que se le estigmatice en el colegio, el acusado le transmite una enfermedad de transmisión sexual (papiloma humano), no hay ninguna actitud de reparar de alguna manera el daño causado, y que el acusado no tiene juzgamientos penales.* (Cfr. Sentencia escrita visible en expediente electrónico). A la luz de estas consideraciones, de la relación de hechos narrada por el ofendido, según la cual el imputado continuó con su conducta durante largo tiempo y que de la prueba documental aportada, puede establecerse que el Tribunal de Mérito analizó las circunstancias personales tanto de la víctima como del imputado, siendo el primero una persona especialmente vulnerable, tanto por su edad como por su subordinación al imputado en razón de su relación familiar, donde éste último funge como una figura de autoridad y teniendo en cuenta la forma en que se dan los hechos acreditados, que demostraron un interés lascivo por parte del encartado R, pero a su vez en favor de éste, se consideró que no tiene antecedentes penales. Finalmente se realiza un análisis del daño causado en función del cambio en la personalidad del ofendido así como de las secuelas físicas que este presentó. Sobre ambos temas se pronunció el A quo, para fundamentar por qué impuso un monto de quince años de prisión en razón de cada uno de los dos delitos por los cuales se condenó al encartado (Cfr. Sentencia escrita visible en expediente electrónico). Así las cosas, y ante la

presencia de una gran cantidad de elementos agravantes, tanto los que se refieren al propio tipo penal, para establecer que en este caso estamos frente a la forma agravada del ilícito, pero como en lo que se refiere a los elementos de modo en que acontecen los hechos denunciados; en contraste con los elementos que favorecen al imputado, como lo es la ausencia de juzgamientos previos, siendo todos estos aspectos los tomados en cuenta por el tribunal al fijar el quantum de la pena referida. De ahí, que el Tribunal de Juicio, fundamenta claramente dando las razones por las cuales considera que se debe imponer al encartado la pena de quince años por cada una de las violaciones **calificadas** que se le atribuyen en perjuicio del menor ofendido, por lo que consideran justa y proporcional la pena impuesta, de acuerdo a la gravedad de los hechos y a la forma en que se da la comisión de los hechos por parte de éste, que resultan muy reprochables, por lo cual pese a sus condiciones favorables, no justifican la imposición del mínimo de la pena establecido para dicha delincuencia, criterio que comparte esta Cámara de Apelación. De conformidad con lo expuesto, no se constata que exista el vicio en cuanto a la imposición de la pena que aduce la defensa, ya que se observaron y aplicaron las disposiciones del artículo 71 del Código Penal, por parte del a quo, por lo que resulta procedente declarar sin lugar este motivo de apelación presentado por la defensa del imputado R.”

14. Violación Ejercida en un Período de Tiempo Prolongado

[Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José]^{xvi}
Voto de mayoría

“II. *Se declara sin lugar el recurso de apelación.* Al encartado M. se le atribuyó el haber atacado sexualmente al menor G., mediante tocamientos en sus partes íntimas, así como haberlo penetrado analmente e inducido al menor a hacerle lo mismo. El menor denunciante relató en juicio que mantenían buena relación él y su familia con el encartado M., a quien le tenía una estima propia de un hermano, pero que lo fue llevando desde los ocho años a una situación de abuso sexual, que comienza con proponerle tocarse entre ambos el pene, luego fue que le chupaba el pene a M. y posteriormente que M. le introducía el pene en el ano y le pedía que le hiciera lo mismo a M. y que ese hecho ocurrió desde los 10 a los 14 años de edad y aún un poco después. Afirmó el menor que el encartado le metió el pene en el ano al menos unas cincuenta veces. En juicio también declararon los padres del menor, Y. y O., que dan cuenta del momento de la revelación que hace el menor de lo que le había ocurrido con el encartado. También declaró J. y dio cuenta de la vida del padre del menor ofendido, la testigo L., madre del encartado quien indica que la madre del menor lo que quiere es vengarse de M., lo cual reitera la testigo J.A. La perito M.M. examinó físicamente al menor, determinando que el pene del menor es normal para edad y desarrollo y el ano presenta una cicatriz antigua. Luego de escuchar la prueba

testimonial y documental del proceso, el tribunal estima que lo declarado por el menor G. es cierto, porque hace un relato claro, directo y preciso de lo ocurrido, que no podría ser objeto de invención, ni tampoco de manipulación como lo propuso la defensa en juicio. Le otorga especial relevancia el Tribunal, al hecho de que el menor relata que fue abusado sexualmente por el encartado por un largo tiempo, concluyendo el período con la introducción del miembro del encartado en su boca y con la gran cantidad de semen que le produjo enormes ganas de vomitar y lo cual recuerda con total precisión. El Tribunal analiza con especial cuidado la cantidad de veces que el menor informa haber sido penetrado analmente por el encartado, señalando que aún cuando suena a disparidad las afirmaciones, ello no enerva que ubica al menos algunos de los ataques con mayor precisión y los describe, como el hecho ocurrido en un paseo familiar a Esparza o Guanacaste, que se prolongó como por dos horas el acceso carnal. La gran cantidad de hechos que ocurrieron en ese largo período de agresión no permiten una ubicación temporal exacta como la defensa lo reclama. El fallo analiza muy bien el tema de la voluntad del menor, la cual se encuentra totalmente viciada por varias circunstancias, una de ellas porque el encartado era mayor de edad, era el único que mantenía amistad con el ofendido y porque desde los ocho años de edad fue minando su voluntad a través de actos de naturaleza sexual, al punto que no tenía voluntad para rechazar el ataque, porque aunque le doliera no podía negarse o tenía que soportar el hecho, por lo que no podría catalogarse esas relaciones sexuales consentidas, porque el menor tenía totalmente alterada la voluntad por las acciones de dominio de parte del encartado. Se agrega a ello según el fallo, la existencia de un padecimiento en el menor, conocido como síndrome de asperger, que si bien no anula su voluntad, sí le afecta, en tanto es visto como persona extraña, raro, loco, retraído, lo cual aleja al menor de una condición de común, lo que hace que el encartado al ser el único amigo y persona de confianza, tuviera el panorama abierto para poder manipularlo y convencerle de realizar los actos sexuales que le llevó a hacer. Además de la alteración de voluntad antes mencionada, el Tribunal consideró que las palabras dichas por el encartado al ofendido, de que en caso de contar algo no le iban a creer o lo iban a castigar por "playo", así como el temor a ser llamado homosexual, hicieron que el ofendido sintiera la suficiente aprehensión y temor de que no podía contar nada de lo ocurrido ni tampoco negarse a realizarlo, conforme se lo hizo creer el encartado. Esta Cámara ha examinado con detalle la prueba recibida, y coincide con el Tribunal de Sentencia, en que el menor G., describe con demasiada precisión y detalles, toda una relación de amistad con el encartado a quien reconocía como su hermano mayor y ejercía sobre él un dominio total, que lo llevó a dominar su voluntad por dos razones esenciales, primero porque era el hermano mayor, de total confianza de la familia y luego, porque el ofendido presentaba particularidades en su comportamiento por el síndrome de asperger, que lo hacían más introvertido y de difícil relación con otras personas, o bien objeto de burla por otros, de manera que ello llevaba al encartado a una posición tal que lo

dominó en su voluntad, durante un largo tiempo. Es por ello que el ofendido refiere que desde los ocho años aproximadamente, el encartado lo envolvió con juegos sexuales, que fueron presentados como normales, pero que se fueron agravando, terminando el encartado por accederlo analmente y por vía bucal, y logrando que el ofendido hiciera lo mismo con el encartado. El tema medular del cuestionamiento es si esas relaciones sexuales entre ambos pueden catalogarse como voluntarias, siendo negativa la respuesta, tal como bien se explica en el fallo. Lo anterior, porque el menor fue objeto de dominio total de la voluntad por el encartado, tanto por su mayoría de edad, como por haber aprovechado las condiciones particulares del ofendido, como por iniciar ese dominio desde muy escasa edad y durante largo tiempo, como bien lo hace ver el Tribunal en sentencia. Pero además, el menor siempre se sintió amenazado al punto que a pesar del disgusto y dolor no pudo repeler la agresión, en tanto el encartado le hacía ver que de contar los hechos lo matarían sus padres, no le creerían o lo rechazarían por ser homosexual, lo cual caló profundo en su psiquis, al punto que hoy día trata de reafirmar su sexualidad masculina en todo escenario. La defensa ha considerado que el C.S. señala que quienes padecen el asperger no es que pueden ser ciegamente manipulados para hacer literalmente una y otra cosa, y por ello entonces consideran los recurrentes, que el menor ofendido tenía plena voluntad de hacer los actos con el encartado, sin embargo, como bien lo dijo el mismo profesional, el padecimiento sí los hace vulnerables y si a ello le agregamos las condiciones particulares del menor, como es el hecho de que era una persona bastante aislada, de difícil expresión verbal, objeto de burla, de pocos amigos y el encartado era figura de autoridad como hermano mayor, supo capitalizar todos esos elementos para manipular al menor e impedir la resistencia a los actos propuestos. En ese tanto, resulta acertado señalar, que las acciones del menor ofendido no eran de una genuina voluntad como bien se asienta en el fallo recurrido. Lo dicho tiene incidencia clara en la calificación legal, pues de asumirse que son actos voluntarios del ofendido estaríamos ante relaciones sexuales consentidas, lo cual no es así, primero porque el mismo ofendido las niega en esos términos, luego, porque como se ha señalado, hay múltiples razones para poder derivar que las relaciones sexuales no fueron consentidas. Entonces, como bien se califican los hechos, tanto por la imposibilidad para resistir o la vulnerabilidad de la víctima constituye violación, como por el ejercicio de violencia o intimidación, en tanto el ofendido, por sus condiciones particulares, fue influenciado para no confesar el hecho ni resistir, ante la amenaza o temor infundido de ser echado de su casa, de ser castigado por homosexual, etc, por lo que los hechos encuadran en la figura de violación, conforme a los incisos 2 y 3 del artículo 156 del Código Penal, tal como fue analizado y valorado por el Tribunal en sentencia. El otro elemento de gran relevancia, es que el Tribunal sólo condena al encartado por dos hechos, constitutivos del delito de violación. Ciertamente la precisión es muy difícil en estos casos, sobre todo, porque como lo hace ver el menor, fue un abuso prolongado en el tiempo, sin embargo, prácticamente el Tribunal escoge dos de los hechos más

graves, ocurridos cuando el menor tiene catorce años de edad y a los cuales ubica en forma muy particular, por la dimensión que le representó esta agresión sexual, y condena al acusado por esos hechos. El ejercicio de ubicación temporal que hace el Tribunal es adecuado, el menor refiere con claridad esos hechos, que en todo caso, la precisión exacta no tiene relevancia, en tanto el encartado nunca ha alegado que ocurrieran en fechas distintas, sino que su alegación de defensa tiene otro matiz que se verá de seguido. De la gran cantidad de hechos contenidos en la acusación y surgidos de la declaración del menor, bien pudo establecerse otras agresiones sexuales, sin embargo, a beneficio del encartado, el Tribunal se inclinó por dos hechos particulares, los mismos que como más graves relata el ofendido, lo cual se motiva en buena forma en el fallo. Finalmente, la sentencia es muy amplia en descartar el ánimo de venganza como el móvil de la denuncia en contra del encartado, por haber callado supuestas relaciones de infidelidad del padre del ofendido. A lo dicho por el Tribunal no hace falta agregar mayor elemento de motivación de lo resuelto, baste decir que el menor ofendido narra hechos con lujo de detalles de los cuales fue objeto por parte del encartado, que no encuentran explicación alguna en una venganza de su parte, sino que dejan ver que lo narrado por él es una vivencia real, que le hizo precisamente la persona que veía como hermano mayor y era muy querido en la familia. La vergüenza que ha debido pasar G. al tener que revelar el hecho cuando descubre que está siendo víctima del encartado, el tener que enfrentar en sus condiciones particulares a sus padres, a los compañeros de estudio y a sí mismo, con la sombra de una homosexualidad implantada por el encartado, no pueden juzgarse como un acto de venganza como lo ha referido la defensa, de manera que en buena forma se ha desechado esa argumentación. En general el fallo se encuentra bien motivado, está bien valorada la prueba y muy bien explicadas las razones por las cuales se determinan los hechos probados, y por qué se estima que los hechos no ocurren en forma voluntaria como se reclama y por qué constituyen delito como se pronuncia la condena, de manera que no le asiste la razón a la defensa en su reclamo.”

15. Comportamiento de la Víctima Instigador al Delito de Violación

[Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José]^{xvii}

Voto de mayoría:

“II. [...] Este Tribunal concuerda con el análisis que hace el fallo del dicho de la menor y su madre, especialmente de la primera, pues denota que ella con su escasa edad, tuvo una vivencia traumante, al punto que su madre relata que tenía pesadillas y hablaba dormida, así mismo, el día del hecho dice que la ve llegar sudorosa y directo al baño, lo cual no era normal. La narración del ataque en sí es muy coherente, pues explica que el hecho fue dentro del autobús, que no creía que ahí le pudieran hacer algo, que se resistió subiendo su pantalón y hablando al encartado, pidiéndole que cesara la acción

y que otro día tal vez, acciones defensivas que al final no tuvieron efecto, pues explica que entró en un estado de parálisis que le impidió defenderse y ello facilitó que el encartado la desnudara y le introdujera el pene en la vagina. Luego de eso, su reacción inmediata es irse a casa y bañarse. Como se desprende de su dicho, la niña es clara en que ella no mantenía relación alguna con el encartado, como noviazgo o enamoramiento, como parece sugerirlo la defensa, e igualmente explica que no denunció porque ya en su casa había suficientes problemas con sus otros hermanos y su madre, de manera que no quiso hacer más grande el infortunio familiar, por ello es que se denuncia hasta que su madre se entera y le pregunta. La defensa plantea que no cree en las declaraciones dadas por la ofendida hay inconsistencias, no obstante es importante señalar, que la denuncia y el dicho ante el forense, son transcripciones que hace un funcionario, en el caso del forense con otros fines, y que gracias a la oralidad, lo dicho en debate cobra especial relevancia, porque las partes pueden escuchar e interrogar. En todo caso, no se observan las discrepancias, porque es claro que al inicio la ofendida sí logra procurar defenderse del ataque, no permitiendo que le desnuden, pero luego explica que llega a un momento de shock en que no puede defenderse. En todo caso, no es posible exigir a la víctima una defensa heroica como lo pretende la defensa, ni tampoco se requiere un dictamen para probar la lipotimia, porque aún cuando no hubiese ejercido defensa alguna, ello de ninguna forma deja autorizado al encartado para proceder a agredirla sexualmente. Basta con que la persona diga que no desea el acto para dejar claro que cualquier acto es contra su voluntad, y eso ha quedado totalmente claro con la prueba recibida. En la sentencia se aborda en buena forma la tesis esgrimida por la defensa, la del encartado que señala que la niña lo persiguió y acosó mucho y él nunca quiso nada con ella, que más bien le pedía que se alejara, porque ella podría ser su hija; atribuyendo la denuncia a una venganza de la menor. Esta tesis así expresada, en realidad no tiene sustento alguno, pues la niña ni siquiera busca denunciar el hecho y prefiere soportar el abuso para no hacer sufrir a su familia. Es su madre la que decide que el hecho debe denunciarse. Luego, la idea del encartado de que era tan atrayente a la víctima que ésta no soportó semejante rechazo, suena un poco exagerada, especialmente para poder interpretar que la joven despechada denuncia al encartado solo para satisfacer su honor decaído por el desprecio de que fue objeto. Esto no se desprende de la prueba y la menor es clara que nunca pretendió ni tuvo alguna relación con el encartado. Pero, aún partiendo de que hubiera alguna relación de noviazgo, esto no supone nunca que ella estuviera de acuerdo en mantener relaciones sexuales, porque siempre ha dicho que le dijo expresamente que no quería sexo. En segundo término, se han presentado dos testigos R.C. y H; que han pretendido denigrar a la menor, mostrándola como una acosadora de todos los choferes, casi como una buscadora de sexo en ese cuerpo de trabajadores, tesis que aparte de misógena, es exagerada y equivocada; por cuanto pretenden culpar a la niña de lo que hizo un varón, al punto de querer decir tácitamente, que si algo ocurrió es porque ella lo buscó, poniendo al varón como el

inocente, el perseguido, como si no fuera persona capaz de contener y racionalizar sus instintos y de expresar el respeto por la menor y por su condición de persona adulta, casado y con hijos. Bien hace el Tribunal en desechar de entrada esta forma de defensa, con lo cual pretender revictimizar a la perjudicada y culpar a la mujer del ataque sexual, al provocar al varón. Es equivocada, al presentar al varón como víctima del acoso de parte de la mujer.”

16. Concursos en Materia Penal: Diversas Penetraciones en un Mismo Espacio Temporal contra Víctima Menor de Edad

[Sala Tercera]^{xviii}

Voto de mayoría

“I. Recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público: Como *único motivo* de casación, la representante del Ministerio Público alega que existe contradicción entre lo resuelto por el Tribunal de Apelaciones, al confirmar lo resuelto por el a quo, y lo que ha establecido la jurisprudencia de la Sala Tercera, en el sentido de que cuando se perpetre el delito de violación mediante varias penetraciones o agresiones sexuales se está en presencia de varios delitos de violación. Considera que el Tribunal de Apelaciones mantuvo una posición jurídica contraria, puesto que confirmó la sentencia de primera instancia, según la cual, las dos agresiones sexuales sufridas por la persona menor de edad ofendida J., por parte de su padre, constituyen un solo delito de violación calificada. *El reclamo es de recibo.* Uno de los fines políticos de la casación resulta ser la creación de criterios homogéneos en la interpretación de la ley, y precisamente por esa razón, es que la existencia de precedentes contradictorios resulta ser una causal prevista por ley para acudir al control casacional, todo con el fin de que exista seguridad jurídica en cuanto a la aplicación por parte de los operadores del derecho de la ley penal sustantiva y procesal penal. Ya esta Sala, mediante sentencia número 2012-1900 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del catorce de diciembre dos mil doce, conoció y resolvió acerca del tema relacionado con las aplicación de normativa concursal y existencia o no de unidad de acción cuando existen diferentes vejámenes en delitos sexuales. En esta sentencia, la Sala realiza un extenso análisis de las posiciones adoptadas por los distintos Tribunales de Casación Penal de nuestro país (ahora llamados Tribunales de Apelación de Sentencia Penal), y señala que estos tribunales, con diferentes integraciones y en su mayoría, han considerado *“la existencia de un solo delito de violación a pesar de las distintas acciones que realice el autor, aun cuando exista intervalo en el tiempo y en el espacio, entre cada una de ellas, estimando la constitución de una unidad de acción en sentido jurídico. También consideran no atenerse a la cantidad de acciones naturales que desempeñe el sujeto activo, sino que se debe tomar en cuenta otros factores (sin carácter taxativo), como: i) la voluntad final concreta del agente, es decir, su plan de*

autor; ii) la cercanía o conexión tempo-espacial de los hechos; iii) el enjuiciamiento jurídico-social (concepción natural de la vida más valoración jurídica); iv) la homogeneidad del bien jurídico atacado; y v) la unidad del sujeto pasivo.” (Sala de Casación Penal, sentencia 2012-1900 referida). Al abocarse al conocimiento del tema en discusión, la Sala optó por continuar con el criterio jurisprudencial que había establecido desde hace muchos años y que resulta contrario a lo que hasta hoy han sostenido los Tribunales de Apelación, concluyendo entonces que: “la libertad sexual y la integridad física, son bienes jurídicos directamente protegidos en los delitos de violación, en los cuales no se permite interpretar que exista una “unidad de acción” si la persona ultrajada así como el agente activo, sean los mismos en múltiples agresiones, porque la lesión a tales bienes jurídicos se materializa en cada evento, lo cual hace que cada uno de ellos constituya un delito independiente, aunque las ilicitudes se realicen al mismo tiempo, lugar o agentes, y por siguiente, se recurra a la aplicación del concurso material para efectos de determinar el quantum de la pena.” Entre los argumentos que esta Sala utilizó para considerar por qué deben aplicarse las reglas del concurso material en estos casos, se encuentran diferentes aspectos, tales como la estructura misma del tipo penal, el bien jurídico tutelado, así como el concepto mismo de la unidad de acción, y también la perspectiva médico-legal: “ 1. Acerca del delito de violación. Seguidamente esbozaremos algunas consideraciones con respecto al delito de violación, previo a exponer las razones por las cuales decidimos mantener la tesis que se ha resuelto en la mayoría de sentencias de esta Cámara. El Código Penal en su artículo 156 tipifica la violación de la siguiente manera: “Será sancionado con pena de prisión de diez a dieciséis años, quien se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, con una persona de uno u otro sexo, en los siguientes casos: 1) Cuando la víctima sea menor de trece años. 2) Cuando se aproveche de la vulnerabilidad de la víctima o esta se encuentre incapacitada para resistir. 3) Cuando se use la violencia corporal o intimidación. La misma pena se impondrá si la acción consiste en introducirle a la víctima uno o varios dedos, objetos o animales, por la vía vaginal o anal, o en obligarla a que se los introduzca ella misma.”. De donde se desprende que las acciones típicas que estableció el legislador son “acceder” o “hacerse acceder”, lo que varía son las vías por las que se puede dar tal acceso carnal mediante violencia real o presunta. Conforme lo dice el Diccionario de la Real Academia Española. Vigésima segunda edición (<http://lema.rae.es/drae/?val=disyuntiva>), se entiende por “acceder”, entre otras cosas que se señalan, “...Entrar en un lugar o pasar a él.”. En doctrina, Fontán Balestra, por ejemplo, comentando el Código Penal Argentino, “Derecho Penal, Parte Especial”, manifestó que: “...El delito de violación se configura en todos los casos con el acceso carnal. Por acceso carnal se entiende la penetración del órgano genital masculino en orificio natural de otra persona, sea por vía normal o anormal, de modo que dé lugar al coito o a un equivalente anormal de el...”. Asimismo, por medio de la reforma que se hizo a este delito, ocurrida con la ley número 7899 de 3 de agosto de 1999, el concepto de violación se amplía, al incluir

tanto, a quien accede carnalmente como a quien "...se haga acceder... por vía oral, anal, o vaginal, con una persona de cualquier sexo...". A partir de ahí, una mujer también podía ser autora de violación en su acepción de "acceso carnal", al obligar al sujeto pasivo a accederla. Dicha reforma introdujo además, una nueva modalidad de violación, que trascendiendo el tradicional "acceso carnal", incluía la acción de: "...introducir, por vía vaginal o anal uno o varios dedos u objetos...". Esta ampliación de las vías para acceder carnalmente a una persona o para hacerse acceder, responde a la necesidad político – criminal de considerar situaciones que antes quedaban como simples abusos sexuales o bien impunes. En igual sentido, el legislador consideró oportuno ampliar las formas de violación, mediante la reforma de la ley número 8590 del 18 de julio de 2007, la cual añadió: "...uno o varios dedos, objetos o animales, por la vía vaginal o anal..." u "...obligarla a que se los introduzca ella misma...". Otro de los cambios más relevantes que se implementaron con esta última reforma, es la derogación del precepto 158 del Código Penal, el cual contemplaba en ese entonces la "violación agravada", y se modificó además, el artículo 157 ibídem, donde figuraba la "violación calificada", incorporando a la vez, los supuestos que contenía el numeral 158, de manera que se unificaran ambas agravantes en una sola norma. Por otra parte, nótese que el legislador definió y particularizó cada acción, y como tal se desprende del tenor literal que son conjunciones distintas; por un lado se tienen las conjunciones disyuntivas y por otro, las conjunciones copulativas. En relación a la primera, se establece que cada acción es independiente entre sí, tal y como se establece en dicho precepto: "... La misma pena se impondrá si la acción consiste en introducirle a la víctima uno o varios dedos, objetos o animales, por la vía vaginal o anal, o en obligarla a que se los introduzca ella misma." (el resaltado no es del original). Así lo podemos ver en el Diccionario de la Real Academia Española, donde se define: "conjunción disyuntiva : que denota exclusión, alternancia o contraposición entre dos o más personas, cosas o ideas; p. ej.: o.". Por otro lado, el mismo órgano internacional de la lengua española, explica: "conjunción copulativa: que coordina aditivamente una oración con otra, o elementos análogos de una misma secuencia; p. ej.: y, ni." (ambas definiciones se contemplan en la siguiente dirección: <http://lema.rae.es/drae/?val=disyuntiva>). En virtud de lo anterior, el tipo penal aludido, se refiere claramente a conjunciones disyuntivas, por lo que las acciones al ser independientes lesionan cada vez, al acontecimiento contemplado en la ley. **2. Bien jurídico tutelado .** El bien jurídico que se protege fundamentalmente es la libertad de elección sexual o autodeterminación sexual del individuo, es decir, la facultad que tiene el ser humano de disponer de su cuerpo con todo el "contenido ontológico" que ello conlleva, en materia sexual, siempre y cuando no atente contra la moral o las buenas costumbres. En ese sentido se puede citar en doctrina: "...la libertad sexual se ha consolidado como el objeto de protección que justifica las intervenciones jurídico-penales en las prácticas sexuales de los ciudadanos. Con su tutela no se aspira simplemente a garantizar a toda aquella persona que posea la capacidad de

autodeterminación sexual su efectivo ejercicio, sino que el objetivo es más ambicioso: se quiere asegurar que los comportamientos sexuales en nuestra sociedad tengan siempre lugar en condiciones de libertad individual de los partícipes o, más brevemente, se interviene con la pretensión de que toda persona ejerza la actividad sexual en libertad. Ello explica que no haya obstáculo en hablar de que el derecho penal tutela también la libertad sexual de aquellos individuos que no están transitoriamente en condiciones de ejercerla (sic), por la vía de interdecir los contactos sexuales con ellos. En suma pasa a ser objeto de atención del derecho penal todas aquellas conductas que involucren a otras personas en acciones sexuales sin su voluntad...” (Redondo, Santiago. Delincuencia sexual y sociedad. España. Editorial Ariel. 1era. Edición. 2002, pág. 107 - 108).

3. Con respecto a la unidad de acción. Mientras que con respecto a la acción, esta tiene un papel importante a fin de delimitar el campo de lo punible y lo no punible. En virtud de ello, se tienen dos grandes tendencias doctrinales, las cuales han intentado dar respuesta a la pregunta acerca del momento en que se da una acción. Una de ellas considera que la cuestión se define conforme a criterios naturalistas, mientras que la segunda, por el contrario, piensa que la definición puede hacerse únicamente conforme a criterios normativos. La vertiente doctrinal ha concluido en señalar que la unidad de acción es un concepto jurídico, siendo erróneo intentar definirla con prescindencia de la norma, así también sería equivocado tratar de fijarla prescindiendo del hecho, sin darle el lugar subordinado que le corresponde como contenido de la norma. Al respecto se ha dicho: “...no es la unidad natural de acción la que dice cuando hay una acción en sentido legal; puede ocurrir, más bien, que una acción en sentido natural constituya legalmente una pluralidad de acciones o que una pluralidad de acciones en sentido natural constituya legalmente una sola acción. La separación entre unidad de acción y pluralidad de acciones solamente es posible mediante una interpretación del sentido del tipo penal realizado...” (Castillo González, Francisco: El Concurso de Delitos en el Derecho Penal Costarricense. Publicaciones de la Universidad de Costa Rica. 1981. Pág. 19). Por otra parte, se tiene que: “...El problema común a todos los supuestos citados es determinar cuándo hay una o varias acciones. De entrada, hay que excluir la identificación entre acción y movimiento corporal y la identificación entre acción y resultado. Una sola acción, en sentido jurídico, puede contener varios movimientos corporales (por ejemplo, violación intimidatoria, robo con fractura) o dar ocasión a que se produzcan varios resultados (hacer explotar una bomba causando la muerte de varias personas). Son, pues, otros los factores que contribuyen a fijar el concepto de unidad de acción. El primero de ellos es el factor final, es decir, la voluntad que rige y da sentido a una pluralidad de actos físicos aislados (en el asesinato, la voluntad de matar unifica y da sentido a una serie de actos, como comprar y cargar la pistola, acechar a la víctima, apuntar o disparar; o, en el hurto, la voluntad de apropiarse de la cosa unifica y da sentido a los distintos actos de registrar los bolsillos de un abrigo). El segundo factor es el normativo, es decir, la estructura del tipo delictivo en cada caso en particular. Así, aunque el factor final que rige un proceso

causal sea el mismo (matar a alguien), alguno de los actos particulares realizados puede tener, aisladamente, relevancia para distintos tipos delictivos (así, por ejemplo, la tenencia ilícita de armas de fuego para el delito de tenencia ilícita de armas). Y, a la inversa, actos aislados, cada uno regido por un factor final distinto, pueden tener relevancia típica solo cuando se dan conjuntamente (la falsificación de documentos privados solo es típica si se realiza con ánimo de perjudicar o perjudicando a un tercero) o tener una relevancia típica distinta (por ejemplo, robo con homicidio). Cuando una sola acción, determinada con los criterios señalados aquí, realiza un solo tipo delictivo, tenemos el caso normal. Cuando una sola acción o varias acciones realizan varios tipos delictivos, surgen los problemas concursales...” (Muñoz Conde, Francisco: Teoría General del delito. Valencia, Tirant lo blanch, 1991, pág. 194). Asimismo, jurisprudencialmente esta Sala acogió ambas hipótesis, acerca de considerar la unidad de acción bajo criterios normativos y naturalistas, de la siguiente manera: “...La adopción del factor final (plan unitario que de sentido a una pluralidad de movimientos voluntarios como una sola conducta) y del factor normativo (que convierta la conducta en una unidad de desvalor a los efectos de la prohibición) como criterios para dilucidar cuándo hay una y cuándo varias conductas (ya se trate de acciones u omisiones) es ampliamente aceptada por la doctrina actual y, en la medida que racionaliza fundadamente la aplicación de la ley sustantiva a partir del axioma de que la esencia del delito es la lesión a un bien jurídico tutelado, es adoptada por esta Sala...” (Resolución N° 000128, de las 11:45 horas, del 23 de febrero de 2007. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia). Por otra parte, siguiendo a Zaffaroni: “...la actividad final de la que se debe averiguar si configura una unidad de conducta, puede integrarse con uno o con varios movimientos. Cuando se trata de una pluralidad de movimientos, que es lo que usualmente sucede en una acción, es necesario apelar a un factor normativo que diga cuándo una única resolución que da un sentido final a varios movimientos puede ser relevada como una unidad por el tipo...” (Zaffaroni, Eugenio Raúl: Derecho Penal. Parte General. Editorial Ediar. Buenos Aires. 2000. pág. 822). En síntesis, los factores para considerar si existe una unidad de acción son: i) La finalidad, es decir la voluntad que lo motiva o el propósito del agente a los distintos movimientos físicos o a las omisiones verificadas, y ii) el normativo, que está estructurado por el tipo penal en específico, es decir es completamente ajeno al imputado, es de orden legal y positivo, en donde los movimientos físicos o materiales desplegados por el sujeto activo son examinados con el fin de determinar si estos, por sí mismos son capaces de conservar o romper la unidad de sentido que tiene el agente conforme a un criterio legal y que tiene que ver con el desvalor del acto respecto a la prohibición. Aunado a ello, Roxin se refiere a otra concepción de la acción: la “personal”, la cual caracteriza como: “...comprensivo en el sentido que abarca, no un elemento parcial cualquiera del suceso, sino este mismo suceso en su totalidad. En el juicio (sic) del suceso como manifestación de personalidad penetran finalidades subjetivas y consecuencias objetivas, así como valoraciones personales, sociales, jurídicas y de otro tipo, y sólo el

conjunto de todas ellas agota su contenido significativo. Pero así como los peldaños valorativos del injusto y la culpabilidad se basan respectivamente en el suceso completo, pero éste sólo se tiene en cuenta en la medida en que sea necesario para el correspondiente aspecto valorativo...” (Roxin, Claus. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tomo I, Editorial Civitas S. A., Madrid, España. 1997, pág. 255). Además, propone dicho concepto para dilucidar la existencia de una acción desde el punto de vista “personalista”, bajo un análisis jurídico, ponderando lo siguiente: “...El concepto de ‘manifestación de la personalidad’ también es idóneo como elemento sistemático de enlace o unión. Certeramente expuso Engisch ‘que la imagen del mundo propia del Derecho deber ser depurada de dos clases de falsificaciones:... la normativista y la naturalística’, y que por el contrario la imagen del mundo propia del jurista está marcada por el mundo ‘socio-natural’ de la ‘experiencia cotidiana’. Con ello concuerda el concepto de la ‘manifestación de la personalidad’, que enlaza con la forma prejurídica de entender la acción, sin distanciarse de la concepción ordinaria de la vida de un modo naturalista (como el ‘movimiento muscular’) o normativista (como la ‘no evitación evitable’), y que simultáneamente abarca gráficamente el fragmento de la realidad relevante para una primera y previa valoración jurídica . Dicho concepto designa el ‘sustantivo’ al que se pueden vincular sin fuerza, y sin que fueran prejuzgadas por ello, todas las demás valoraciones jurídicopenales. Describir un delito como manifestación de la personalidad típica, antijurídica y culpable se ajusta exactamente a la situación real...” (la negrita y el subrayado es del original, pág. 256 del mismo libro). Por otra parte, el tipo penal de violación sanciona el “acceso carnal por vía oral, anal o vaginal”, de donde se tiene que la misma puede ser cometida de varias formas, sin que pueda derivarse de tal redacción que de la primera penetración quedarán subsumidas las posteriores. Por tanto, desde una perspectiva jurídica el concepto de acción no necesariamente coincide con el mismo equivalente físico o natural, una acción jurídica puede estar compuesta de varios movimientos corporales. Por lo que, al estar en presencia de varios actos típicos se establecería un concurso material de delitos, así lo contempla el ordinal 22 de la misma normativa: “Hay concurso material cuando un mismo agente comete separada o conjuntamente varios delitos.”. En doctrina se ha afirmado con relación a ello lo siguiente: “...El concepto de concurso real tiene, pues, dos características: de un lado es negativo, porque supone que no haya una sino varias acciones y en tal sentido, son aplicables los criterios ya estudiados de la acción única y porque supone que, habiendo pluralidad de acciones, haya pluralidad de lesiones jurídicas...” (Castillo González, Francisco:... Pág. 72). Sería oportuno además, descartar la posibilidad de considerar un delito continuado ante diferentes ilicitudes, ya que esta figura no procede en este tipo de delito, únicamente en los que vulneren bienes jurídicos patrimoniales, según lo plasmaron los legisladores en el artículo 77 del Código de rito. Asimismo, tratándose del delito de violación, la intencionalidad del agente activo va dirigida a conseguir una satisfacción sexual, su conducta va subjetivamente

encaminada a lesionar la auto-determinación sexual de la víctima, ello mediante el acceso carnal en una o en varias cavidades de su cuerpo (vagina, ano o boca), en contra de la voluntad de ésta, lo cual resulta inaceptable, reprochable y sumamente doloroso para el agente pasivo, por que se vulnera además, su integridad física y moral, esta última conteniendo como es sabido, su aspecto psicológico. En consecuencia, no se puede aceptar la premisa acogida por la mayoría de integraciones de los antiguos Tribunales de Casación, ahora Tribunales de Apelación, en cuanto a que, ante varios accesos carnales simultáneos, ya sea por la vía oral, vaginal y anal, se estaría en presencia de una sola ilicitud. No existe ninguna posibilidad de confundir cada finalidad -de acceder carnalmente a la víctima-, por el hecho de que cada una de ellas resulte semejante, es decir, por dirigirse a lesionar el mismo bien jurídico tutelado.

4. Desde la perspectiva médico-legal. Desde el punto de vista médico – legal, se pueden ocasionar –eventualmente- lesiones físicas que se producen durante o posterior al suceso de una violación, básicamente por las vías vaginal o anal. De este modo, distinguir esta ilicitud del abuso sexual, y tener claro que a pesar de que en éste también se infringe la autodeterminación sexual, jurídicamente no es posible determinar un eventual concurso material homogéneo de delitos. Eduardo Vargas Alvarado expone con respecto a las lesiones físicas que se pueden observar: “...En el estudio de las lesiones se acostumbra dividir el cuerpo en tres áreas: genital, paragenital y extragenital (...) El área genital incluye los genitales externos, la región anorrectal y el periné, que es la zona triangular intermedia. El área paragenital, vecina a la anterior, engloba la parte interna de los muslos, las nalgas y la parte baja de la pared abdominal. El área extragenital se refiere al resto de la superficie del cuerpo, interesa en especial las muñecas, los tobillos, el cuello y las mamas. Semiología de la vía genital femenina. La vagina es un tubo constituido por una pared de tejido muscular revestida por una capa mucosa interna y una capa fibrosa externa (...) Por su extremo inferior, la vagina se continúa con la vulva (...) El himen: es una membrana que se interpone entre el orificio inferior de la vagina y la vulva (...) Fundamentalmente, importa establecer si es himen íntegro o si hay un desgarró o ruptura (...) Interpretación de los hallazgos. a) La ruptura debe buscarse en los puntos débiles de acuerdo con el tipo de himen. b) Debe observarse si los labios del desgarró sangran o tienen aspecto inflamatorio (tumefactos, enrojecidos o francamente equimóticos o con hematoma) lo que corresponde a una ruptura reciente. c) O si la ruptura es de aspecto blanquecino cicatrizal, caso en que es antigua. d) Debe diferenciarse entre una ruptura antigua y una escotadura congénita (...) e) En cuanto al orificio del himen, debe distinguirse entre himen complaciente o dilatado e himen con orificio dilatado (...) El área genital comprende además, el examen de la vulva, la vagina, el periné y el ano. Semiología de la vía anal (...) El ano : es considerado como conducto muscular, desde el punto de vista anatómico (...) interesa establecer si hay signos de violencia reciente o de coito anal habitual. Como signos de violencia reciente pueden citarse: a) Desgarró triangular en hora seis. b) Desgarró de algunos de los pliegues anales. c) Desgarró rectoperineales.

d) Hemorragia incoercible en desgarros de paredes anorrectales o perineales. Como signo de coito habitual se han mencionado: a) Borramiento de los pliegues radiados perianales. b) Relajación del esfínter anal. c) Ano infundibuliforme. d) Cicatrices de desgarros...” (Vargas Alvarado, Eduardo. Medicina Legal: Compendio de Ciencias Forenses para médicos y abogados. Lehmann Editores. Tercera Edición. 1983. San José, Costa Rica, págs. 258 a 263). Asimismo, por la naturaleza del bien jurídico que se lesiona, es de los que la doctrina llama “personalísimos” y su importancia es tan alta, que cada vez que se materializan varios accesos carnales en cada una de las cavidades del cuerpo contempladas en la ley y en contra de la voluntad del agente pasivo, se lesiona dicho bien jurídico en forma íntegra, se reduce a la víctima a una condición de “objeto”, se vulnera de manera intolerable su dignidad, lo que impediría a la conciencia jurídica general siquiera pensar en una sola acción. 5. En conclusión. Ahora bien, con respecto a la diferencia de dos supuestos fácticos diversos que esta Sala ha tenido ocasión de analizar, a cada una de ellas se les ha otorgado soluciones distintas: i) Por un lado, un primer conjunto lo constituye los supuestos en que el sujeto activo accede carnalmente por diferentes vías (recuérdese que la norma prevé la introducción del miembro viril, dedos u objetos, por vía vaginal, anal o aún por la cavidad bucal), pero de manera simultánea. Este supuesto fue discutido en la resolución número 566 de las 10:25 horas del 8 de junio de 2001, resolviéndose que existe una única acción. En ese mismo pronunciamiento, no obstante, se diferencia otro posible conjunto de hechos, distinto al anterior: ii) Cuando, sin importar que sea mínimo el tiempo transcurrido entre uno y otro acceso, éstos no ocurren en el mismo instante en varias cavidades del cuerpo, sino que son acciones diferenciables, aunque sean muy próximas la una a la otra se está hablando de una pluralidad de acciones y como tal, una concurrencia material de delitos. Por lo expuesto líneas atrás, esta Sala estima mantener el criterio de la segunda premisa, sin embargo, con respecto a la primera, se considera que no es factible, ya que no es necesario que los accesos carnales se realicen al mismo instante o se encuentren separados por una cantidad considerable o significativa de tiempo, sino que basta que éstos se ejecuten para considerar la existencia de pluralidad de acciones, en sentido jurídico. En vista de lo anterior, no es suficiente que se acceda carnalmente una vez para que otras penetraciones resulten subsumidas por el dolo y la acción inicial, sea únicamente lesiva del bien jurídico, aún cuando la separación espacio-temporal entre ellas sea nula o casi nula. El bien jurídico de la autodeterminación sexual protege concretamente la esfera de decisión frente a las relaciones sexuales, de tal manera que las mismas se produzcan por una decisión libre del participante, es decir se reconoce a la persona ofendida el derecho a decidir sobre sus contactos sexuales, sobre con quién, cómo y cuántas veces y en qué forma decide tener encuentros íntimos, en una esfera que sólo ella –y con quien lo desee hacer- tiene libertad de elegir. De allí que cada vez que se lesiona el bien jurídico antes mencionado se produce una acción en el sentido jurídico-penal, es decir implica una acción típica, antijurídica y culpable (que no tienen una separación importante en el tiempo),

inclusive tal como vimos anteriormente, resulta lesivo –inclusive- desde el punto de vista médico-legal. Así también, la víctima de un delito de violación se encuadra en la figura de personas en condición de vulnerabilidad como se ha considerado en la regla 11, de las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, convenio incorporado en el ordenamiento jurídico de nuestro país, en donde se estipuló que: “Se considera en condición de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. La vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal. Destacan a estos efectos, entre otras víctimas, las personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar, las víctimas de delitos sexuales, los adultos mayores, así como los familiares de víctimas de muerte violenta.”. Sobre el caso en concreto: El cuadro fáctico sobre el cual recayó la sentencia condenatoria, en lo que concierne específicamente al delito de violación, resultó ser el siguiente: “Sin determinarse fecha exacta, pero sí entre el año 2001 y 2002, el acusado G y el menor ofendido viajaron a la provincia de Limón, sitio donde el encartado alquiló una habitación de un hotel y, aprovechándose el encartado de que se encontraba a solas con su hijo J en la habitación, se despojó de sus ropas y también despojó de sus ropas al menor victimado; acto seguido el acusado G tocó con sus manos de forma impúdica el pene, el ano y todo el cuerpo del menor ofendido y, con el propósito de satisfacer sus deseos sexuales, de forma libidinosa introdujo el pene del menor ofendido a su cavidad bucal y lo chupó. Seguidamente el acusado G se hizo acceder vía oral por el menor victimado, a quien le colocó su miembro viril dentro de la pequeña cavidad bucal del niño y le pidió impúdicamente que le chupara el pene. Todo lo anterior lo referida realizó el encartado G sacando provecho del parentesco que lo unía con el menor ofendido según constaba en el Registro Civil, de la corta edad de éste y valiéndose de su poder ejercido como adulto, su superioridad física, económica y psicológica, en contraposición a la inmadurez sexual, psicológica y a la sumisión en que se hallaba el menor J.” (cfr. folio 352 frente y vuelto) El Tribunal de mérito, concluyó –tesis que confirmó el Tribunal de Apelación- lo siguiente: “A pesar de haber existido dos introducciones de en boca, considera el tribunal que no se está en presencia de dos delitos de violación independientes, como lo califica el Ministerio Público, sino frente a una sola acción penal en sentido jurídico, pues no hay nada que indique que hubiera solución de continuidad en la acción como para establecer dos acciones penales independientes. Es claro que en una acción de violación pueden darse varias introducciones de pene vaginal, bucal y hasta analmente, pero a criterios del tribunal ello no convierte la acción en varias, concursando materialmente como lo califica el órgano acusador, pues en esos casos el fin del autor es su satisfacción sexual aunque tenga que realizar varios actos sexuales que materialmente puedan ser identificables.” (cfr. folio 355 vuelto) En la sentencia objeto de este recurso y dictada por el Tribunal

de Apelaciones, se resolvió al respecto que ese Tribunal avalaba la tesis de los juzgadores para establecer la unidad de acción en sentido jurídico, *“pues aún cuando los hechos sean graves y altamente reprochables, lo cierto es que en este caso en concreto y desde el punto de vista del reproche penal, nos encontramos con una única acción. Se trató de un hecho tenido por demostrado como ocurrido en el hotel de la ciudad de Limón, donde la voluntad del imputado fue satisfacer su libido, realizando acciones desarrolladas contra un único afectado y dentro de un mismo espacio temporal (según propia declaración del ofendido); tal y como lo ha mantenido este Tribunal en otras ocasiones...”* (cfr. folio 385 vuelto) De acuerdo al criterio establecido por esta Sala de Casación de manera reiterada, mismo que, de acuerdo a la sentencia 2012-1900 ya referida debe ser la tesis que impera a fin de crear una línea jurisprudencial uniforme en la interpretación de la ley, debe resolverse este caso de la siguiente forma: en primer lugar, se está en presencia de dos acciones en sentido jurídico: la persona menor de edad ofendida fue penetrada oralmente por el imputado y luego, el imputado se hizo acceder vía oral por el ofendido. Ambas acciones son diferenciables -aunque sean muy próximas temporalmente- y, al existir esta pluralidad, así como ataques al bien jurídico, debe considerarse que concurren de forma material. Puede resultar obvio que dentro del plan del autor se encuentre su deseo de satisfacerse (factor final) tanto en la materialidad de las acciones como en el factor normativo, sin embargo, con ambas acciones se produjeron dos afectaciones distintas al bien jurídico tutelado: la primera vez, el justiciable accedió al ofendido oralmente y luego, procedió a hacerse acceder por él, lo que implica que ambas acciones lesionan en forma independiente la autodeterminación sexual, que resulta ser el bien jurídico tutelado por la norma. En un caso similar al que nos ocupa, esta Sala había señalado: *“La tipicidad del delito de Violación no se reduce únicamente a la acreditación de un dolo único de satisfacción de la libido, sino que el dolo requerido en el tipo es de acceder carnalmente contra la voluntad de la víctima lesionando, de esa manera, el bien jurídico “Autodeterminación Sexual” que se encuentra allí penalmente tutelado. No se trata, como lo quiere ver el impugnante, que basta con que lo acceda carnalmente una vez para que otras penetraciones resulten en su favor subsumidas por el dolo y la acción primera lesiva del bien jurídico, aún cuando su separación espacio-temporal sea nula o casi nula. Una interpretación como la que pretende el recurrente enerva la idea de protección que sirve de base al concepto del bien jurídico y pretende reducir en su favor la incidencia de su actuar en las posteriores penetraciones. El bien jurídico de la “Autodeterminación Sexual” protege concretamente la esfera de decisión frente a las relaciones sexuales, de tal manera que las mismas se produzcan por una decisión libre de los participantes. De allí que cada vez que se lesiona el bien jurídico antes mencionado se produce una acción en el sentido jurídico-penal del término. En el caso en examen la primera penetración no subsume en su relevancia jurídico penal las otras penetraciones, esto es, que no se trata de un solo “acto” como lo dice el recurrente, sino de varias acciones típicas, antijurídicas y culpables que no tienen una*

separación importante en el tiempo. El tipo penal de Violación no requiere que los accesos carnales se encuentren muy separados en el tiempo para ser acusados en forma independiente, basta, como se dijo, que lesionen el bien jurídico penalmente tutelado, cosa que se demostró en la especie. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia número 0156-99 de las 9:54 horas del 12 de febrero de 1999. En este mismo sentido, ver sentencia número 2000-00349 de las 10:55 horas del 31 de marzo del 2000). El error principal en el que incurre el impugnante es considerar que el delito de violación es un delito de resultado y que el bien jurídico se afecta independientemente de la cantidad de penetraciones de las que pueda ser objeto la víctima. No obstante, la violación es un delito de mera actividad que se consuma al momento de realizar una acción de naturaleza sexual sobre el sujeto pasivo que consiste en hacerse acceder o tener acceso carnal ya sea por vía oral, anal o vaginal. Por esa razón, en aquellos supuestos en los que existan reiterados accesos carnales, deben aplicarse las reglas del concurso material, pues no se trata de una sola acción, sino de acciones independientes que tienen como fin lesionar la autodeterminación sexual cada vez que se realiza un nuevo vejamen sobre la persona ofendida.” (Sentencia 2005-00572 de la Sala Tercera de la Corte Suprema De Justicia. San José, a las ocho horas cuarenta y cinco minutos del diez de junio de dos mil cinco). Por esta razón, el Tribunal de Apelación de Sentencia incurrió en un yerro *in iudicando* al establecer que existió una sola acción en sentido jurídico, tesis que –también de manera errónea- había seguido el tribunal de mérito. El recurso de casación presentado por el Ministerio Público debe ser declarado con lugar, y en consecuencia, la sentencia número 2012-1079 dictada por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José, debe anularse de forma parcial, únicamente en cuanto a que consideró la existencia de un único delito de violación calificada, los hechos que integran el punto cuatro del cuadro fáctico tenido por demostrado, recalificando estos hechos a dos delitos de violación calificada que concurren materialmente. De igual forma, la anulación parcial debe extenderse a la sentencia de mérito, que, en cuanto a ese mismo aspecto –únicamente- ha de anularse y en consecuencia, se ordena en este acto el reenvío de la causa para que sea un nuevo Tribunal Penal, con diferente integración, el que proceda a fijar la pena impuesta para ambas delincuencias, de acuerdo a lo ya resuelto. En todo lo demás, permanecen incólumes el fallo venido en alzada, así como el fallo de instancia, lo que implica no sólo que queda firme la condena por el delito de abusos sexuales en perjuicio de persona menor de edad, sino también la recalificación que en este acto se hace por dos delitos de violación calificada, por lo que el reenvío de la causa debe hacerse únicamente para efectos de dimensionamiento del reproche por los dos delitos de violación calificada.”

17. Sentencia Escrita en Caso de Menores de Edad Víctimas de Delitos Sexuales

[Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José]^{xx}
Voto de mayoría

“I. [...] En primer lugar no es cierto que a las partes no se les informara que en este asunto se iba a dictar la sentencia íntegra en forma oral pues así consta, claramente, al finalizar el debate en el disco que ha servido de respaldo a lo actuado, específicamente en la carpeta 06-16176-042-PE, subcarpeta 14-5-13, archivo c0000130514100000.vgz, cámara principal, a partir de la secuencia horaria de las 10:53:51, ocasión en la que se les dijo expresamente a los encartados que ellos tenían que estar para ese momento. [...] La sentencia fue correctamente grabada, tanto en audio como en imagen, por lo que si alguno de los defensores tenía alguna duda de su contenido, por no haber comparecido a dicha diligencia, también podía solicitarla de inmediato y reproducirla, para lograr su acceso, por lo que no se observa un agravio con tal modo de proceder. Es cierto que, en materia de delitos sexuales y en donde intervengan personas menores de edad, lo idóneo es que la sentencia se emita de forma escrita, pues de esta forma se garantiza que se hagan análisis más pausados y se cometan menos errores por la prisa que la emisión oral puede generar que, en estos asuntos, pueden repercutir en las personas denunciadas, que se ven sometidas a la asistencia a múltiples diligencias. No obstante, eso no se traduce, en este asunto, en un vicio que deba anular lo resuelto.”

18. Principio de Imparcialidad y Facilitamiento de las Condiciones en las Cuales Rinde Testimonio el Menor de Edad con Discapacidad en Caso de ser Víctima de Violación

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de Guanacaste, Santa Cruz]^{xx}
Voto de mayoría

“I. [...] **Sin lugar el recurso. A)** El Tribunal de Juicio declaró la responsabilidad del justiciable por el delito de violación por cuanto contra la voluntad del agraviado -quien padece de un retardo mental leve y tenía trece años- le introdujo su pene en la boca. Para arribar a esa conclusión consideró entre otros elementos de prueba, el testimonio del menor víctima, quien declaró que el imputado lo llevó hasta un cuarto en el que había una cama y le introdujo el pene en su boca. Respecto de esta declaración, la apelante en el primer tema del recurso estima que la Jueza que presidió el debate realizó manifestaciones indebidas que comprometieron su imparcialidad. Sobre este punto, la objetividad del Juez se garantiza como un derecho del acusado que se reconoce en diferentes instrumentos internacionales (artículos 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 26 de la Declaración Americana de Derechos y

Deberes del Hombre, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), en la Constitución Política (artículos 35 y 42) y en el Código Procesal Penal (artículos 6 y 180). Así también se considera en la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia que ha indicado: *"No es posible hablar de justicia sin un juez imparcial, de allí que esa característica está ligada de manera inexorable al poder de juzgar en cualquier Estado de Derecho. Pero, ¿qué se entiende por imparcialidad? El Diccionario de la Real Academia Española define el término como 'Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud.' Ya Goldschmidt había advertido que 'la imparcialidad consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juez (Goldschmidt, Werner. La imparcialidad como principio básico del proceso. Revista de Derecho Procesal, 1950, p. 187) Asimismo, se habla de la imparcialidad como 'una posición orgánica o estructural de un juez o tribunal, pero sobre todo y ante todo la imparcialidad es una imagen y un estado de ánimo del juzgador, una actitud, que nos muestra que éste juzga sin interferencias ni concesiones arbitrarias a una parte...la idea de imparcialidad esta directamente conectada con la imagen de la institución y, por tanto, con la idea de legitimidad de la justicia en general y del Estado en particular.'* (Jiménez Asencio, Rafael. Imparcialidad Judicial y Derecho al Juez Imparcial . Editorial Aranzadi, España. 2002. p.71-72). Lo que se pretende es que el juzgador pueda garantizar un dictado objetivo acerca de determinado caso, lo que hace que su decisión sea confiable por estar libre de prejuicios no solo con relación al objeto del proceso, sino a las partes que lo integran. Si bien es cierto, la absoluta neutralidad es algo inalcanzable (en palabras de Ferrajoli, 'en todo juicio, en suma, siempre está presente una cierta dosis de prejuicio' (Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón . Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 57), la legislación otorga a las partes herramientas para garantizar al máximo un juicio objetivo e imparcial". A partir del marco expuesto, que esta Cámara comparte, corresponde analizar el reproche. En primer término es necesario resaltar que el menor agraviado es una víctima especial, pues además de su minoridad, es portador de una discapacidad: *"presenta un déficit cognitivo significativo desde su nacimiento, evidente no sólo en el resultado del instrumento de evaluación neuropsicológico aplicado, sino también en las limitaciones que tiene para ejercer tareas básicas de autocuidado tales como el aseo personal y su cuidado ante riesgos del entorno"* (dictamen psicosocial forense, folio 78). Es decir, la recepción de ese testimonio imponía un trato diferente: mayor tiempo, manejo de un lenguaje apropiado, necesidad de lograr empatía y confianza con el deponente, todo esto dentro del respeto de los derechos del mismo declarante y del imputado. Esta Cámara revisó el respaldo digital de esa testificación (grabación entre el marcador horario 14:05:50 y 14:39:25) y no encuentra que la Juzgadora que dirigió el debate realizara manifestaciones o intromisiones que comprometieran su imparcialidad. El Tribunal *a quo* inicialmente ubicó al testigo en el contexto del juicio y procuró hacerlo sentir cómodo (le indicó el nombre de las juezas y el de las partes y

que estaban reunidos para escuchar su relato), además lo invitó a decir verdad. Se le preguntó si conocía al imputado, identificándolo por el nombre, y con un gesto asintió. La recurrente señala que expresiones como "cuéntale al Tribunal si te pasó algo con Mario" y "No te dé pena. Nosotras estamos acostumbradas a este tipo de situaciones" son indicativas de que las Juezas tenían certeza sobre la existencia de los hechos acusados por el Ministerio Público desde ese momento. Esta aseveración es especulativa y no resulta de lo acontecido. El relato del niño no fue fluido, la presidencia del Tribunal con paciencia fue ubicando a la persona menor de edad en la dinámica del debate. El hecho de que se indicara que las Juezas del Tribunal estaban acostumbradas a escuchar no significa que estuvieran adelantando criterio sobre los hechos acusados por el Ministerio Público, en el caso concreto denota el esfuerzo del Tribunal para que el testigo entrara en confianza con su entorno. Después de que gesticuló que conocía al justiciable, se le cuestionó en razón de qué, si había pasado algo con él, si eran amigos, y no pronunció palabra; ante la situación se le indicó que no tuviera pena, y que las Juezas estaban acostumbradas a escuchar ese tipo de asuntos. No se observa en la actuación de la Jueza procurar influir en el ánimo del menor, más allá de lograr que se manifestara sobre el objeto del proceso, sin que en modo alguno se evidenciara parcialidad hacia la tesis acusatoria o se le dirigiera hacia alguna conclusión específica. Posteriormente, el testigo identificó a su abuela e indicó que vivía con ella. Ante el interrogatorio de la fiscal, refirió el lugar donde ocurrieron los hechos, que lo habían mandado a traer un refresco, que bebió y luego el imputado lo llevó a un cuarto y le "metió la chuncha por detrás", además señaló que la "chuncha" servía para orinar. La fiscal le cuestionó de manera directa si "esa parte del cuerpo que se usa para orinar él la introdujo en tu boca", lo que provocó la oposición de la defensa técnica, quien consideró que inducía al testigo. La Jueza que presidía el debate resolvió la gestión de la defensa y estimó reformular la pregunta de la siguiente manera: "esa chuncha te la introdujo en alguna otra parte de tú cuerpo" ante lo que el agraviado contestó "solo ahí y después en la boca". No observa esta Cámara que la participación de la Juzgadora se extralimitara en su función de dirección del debate, sino que intervino por la gestión e interés de la defensa de un interrogatorio correcto, sin que resultara el defecto apuntado por la recurrente."

19. Violación de Menor de Edad: Lesiones en el Área Genital y Paragenital y Ruptura del Himen

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de Guanacaste, Santa Cruz]^{xxi}

Voto de mayoría

"I. Recurso de la Fiscal Ruth María Quesada Quesada. PRIMER MOTIVO. "MOTIVO POR LA FORMA: POR FALTA DE FUNDAMENTACIÓN, INSUFICIENTE FUNDAMENTACIÓN ANALÍTICA E INTELLECTIVA POR NO CONSIGNAR LA DEBIDA VALORACIÓN DE TODOS LOS ELEMENTOS DE PRUEBA [...] Se declarar con lugar el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público. Por existir plena conexidad entre los anteriores motivos, se resuelven en forma conjunta. El tercer hecho probado de la sentencia dice así: "

3. En ese momento y lugar, el imputado Noguera Gutiérrez, encontrándose en el interior del vehículo de manera abusiva realizó actos con fines sexuales sobre el cuerpo de la menor ofendida S. B. J.; lo anterior por cuanto habiéndola despojado de sus ropas, con una mano separó las piernas de la ofendida mientras que con la otra de sus manos mantenía sujeta las manos de la ofendida. Acto seguido, en ese lugar solitario, oscuro y desconocida por la ofendida S. B. J.; y mediante empleo de violencia corporal, el imputado Noguera Gutiérrez, posó su cuerpo desnudo sobre el cuerpo de la ofendida Barquero Juárez, a quien mantenía sujeta de sus manos y habiéndole colocado el pene en la vagina, sin acceder carnalmente a la ofendida ante la resistencia de la ofendida."

(Folio 276. El subrayado es agregado). Conforme se evidencia en el texto transcrito, el Tribunal de juicio incurre en la grave contradicción de tener como hecho probado que el encartado le colocó el pene en la vagina a la ofendida, pero al mismo tiempo afirmar que no logró accederla carnalmente. Con esta manera de razonar, se presentan como acreditados, dos hechos que se excluyen entre sí, porque si el encartado no logró acceder carnalmente a la menor ofendida, entonces tampoco le pudo haber colocado el pene en la vagina, y viceversa, si el encartado le colocó el pene en la vagina a la ofendida, es porque la accedió carnalmente. Conforme la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia: "*Cuando se alega la existencia de una fundamentación contradictoria, se tiene que acreditar que el Tribunal presenta dos afirmaciones o juicios que efectivamente se excluyen entre sí, es decir, que analizados en el contexto que se exponen no pueden coexistir ambas de manera simultánea. No basta, bajo esta tesitura, con indicar que se incurre en este defecto tomando párrafos o pasajes aislados de un pronunciamiento, pues las aseveraciones o afirmaciones que se desarrollan por parte de los Juzgadores se hacen dentro de una secuencia u orden de razonamientos en los que se va construyendo y señalando los motivos por los que se toma una determinada decisión. En otras palabras, se requiere acreditar que la sentencia, entendida esta como una unidad lógico-jurídica, presenta afirmaciones o*

razonamientos que no pueden tener simultáneamente la misma validez, dado que se eliminan unas con otras." (Voto 1209-04). Pese a que el Tribunal de juicio tuvo por acreditado que el encartado le colocó el pene en la vagina a la menor ofendida, dicta una sentencia condenatoria por delito de violación en grado de tentativa, sin que haya posibilidad de comprender tal decisión. Conforme al artículo 142 del Código Procesal Penal, la fundamentación de la sentencia debe ser clara y precisa y el párrafo tercero de este mismo artículo establece: "No existe fundamentación cuando se hayan inobservado las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo."

En el presente caso, a partir de la falta de análisis del material probatorio relacionado con temas medulares del hecho acusado, se incurre en una fundamentación fáctica contradictoria que ocasiona la nulidad de la sentencia. El Tribunal de juicio omitió hacer un verdadero análisis probatorio y de fondo del caso sometido a su conocimiento y luego incurrió en contradicción en la fundamentación fáctica. Procurando quedarse en un plano meramente semántico, simplificó el tema de la violación, indicando que como el imputado únicamente le colocó el pene en la vagina a la ofendida, pero no la accedió, entonces el delito de violación no se consumó, quedando en grado de tentativa. Para llegar a esa conclusión analiza: *"El examen del dictamen médico legar emerge como el principal elemento de convicción que descarta el acceso carnal referido al establecer como conclusión en el: '1. Área extragenital: Sin lesiones al momento del examen físico. 2. Área genital: Himen anular, íntegro, no dilatado ni dilatado. Ano íntegro sin lesiones' (cfr. folios 10-11). Por lo que a partir, de que la ofendida para el momento de los hechos tenía la edad de 15 años, sin experiencia sexual que antecediera al evento acusado, y siendo que las características del himen de la agraviada, a saber, no dilatado ni dilatado, e íntegro, no permitirían el pasó (sic) de un pene de una persona adulta sin dejar muestras o secuelas visibles."*

(Folio 285. La negrita está en el original). De esta forma, el Tribunal descarta la consumación de la violación, basándose en que la menor ofendida no tenía experiencia sexual aunado que tenía su himen íntegro, dejándose de analizar el hecho de que la ofendida claramente dijo que el encartado le introdujo el pene en la vagina, que sintió dolor e incluso que el acto sexual se extendió temporalmente hasta el que imputado eyaculó en su vagina. Los tres aspectos utilizados en el fallo para descartar la violación consumada, llevan a esta Cámara a preguntarse cómo habría analizado el hecho ese Tribunal si la víctima hubiera sido una persona adulta, con experiencia sexual y con el himen dilatado. Necesariamente tendría que haber hecho el análisis de credibilidad a la versión de la ofendida tal y como debió hacerlo en el presente caso y no lo hizo. En relación con este tema, existe abundante jurisprudencia de la Sala Tercera y del Tribunal de Apelación de San José en la que se ha resuelto que no es necesario la ruptura del himen para que se tenga consumada la violación. Al efecto se citan los siguientes casos: *"En primer término, debe señalarse que el concepto de violación no es*

sinónimo de ruptura himeneal. El delito puede darse aun con introducciones parciales en la vagina, sea del miembro viril o de algún objeto, que no produzca una ruptura de la membrana. La inserción de dedos o del "cuello de una botella" no debe necesariamente provocar esas rupturas."

(Voto número 1092-07 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia). A mayor abundamiento, se transcribe el siguiente voto de la misma Sala: "*Señalan los Juzgadores, que las referencias hechas por ella en el debate pueden obedecer a su impresión subjetiva, derivada de su inexperiencia sexual, de modo que puede catalogar como una penetración vaginal plena lo que en realidad fue un rozamiento con el miembro viril. Tal aserto no es ilógico, ni contrario a la experiencia, cuando se toma en cuenta, además, que las actividades sexuales pueden asumir diversas formas que, incluso aunque constitutivas de violación, no impliquen rupturas himeneales. Así ocurre con los coitos vulvares que, según lo enseñan conocimientos empíricos del dominio común, son aptos para provocar fisuras superficiales en los labios de la vulva (al igual que excoriaciones, por la introducción de dedos), las cuales pueden producir sangrado y, desde luego, dolor, pero sanan rápidamente y con el paso del tiempo se tornan imperceptibles, aun ante los ojos del médico forense (a diferencia de lo que ocurre con las rupturas del himen, que sí conllevan cambios morfológicos que perduran en el tejido, precisamente porque se rompe para siempre y las cicatrices no desaparecen). En el presente caso, la menor de edad fue valorada por el profesional mucho tiempo después de acaecidos los hechos (años), lo que explicaría la ausencia de heridas en la vulva. No abona a favor de la tesis planteada en el recurso la circunstancia de que en la actualidad la víctima tenga doce años de edad, pues lo cierto es que sigue siendo sexualmente inexperta, es decir, no ha sufrido ninguna penetración que llegue a causar rupturas del himen y que le permita distinguir lo que ocurrió antes, estableciendo comparaciones. Es obvio, además, que el coito vulvar es una penetración vaginal (de hecho, como se dijo, constituye una violación, si ocurre contra la voluntad del sujeto pasivo y se presentan las demás circunstancias típicas) y, por ende, es fácilmente confundible con un acceso carnal "pleno", sobre todo cuando se trata de niñas, quienes pueden percibirlo o creerlo de ese modo."*

(Voto número 1346-05 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. El subrayado es agregado). Del Tribunal de Apelación de Sentencia de San José, por considerarse de importancia se citan los siguientes: "*Es importante aclarar, para responder al reclamo de la defensa, que la compleja conformación de la vía genital femenina incluye capas externas, a saber tejidos y capas carnosas de piel, labios mayores y labios menores, así como capas internas, constituidas por la vulva, el himen y la vagina. La introducción de dedos, pene o cualquier objeto a través del canal genital femenino, compuesto por diversas capas externas, tejidos y membranas, así como interna, no necesariamente implica la penetración hasta el rompimiento del himen, como se ha pretendido enfocar como punto determinante para afirmar o descartar el hecho. La impugnante parece*

entender erradamente que si no hay ruptura de himen en membrana no dilatada, no pudo haberse dado la introducción de dedos, desconociendo que la vía vaginal incorpora también la zona vulvar, que se encuentra antes del himen y de la cavidad vaginal, y que aparte de ello hay también una capa externa de piel, en la cual también es posible que se realice la conducta descrita por M. El que M dijera que el imputado le introdujo los dedos en las dos ocasiones, es abordado adecuadamente por el Tribunal, dada su inexperiencia sexual, pues para la fecha de los eventos contaba con seis o siete años de edad y porque la manipulación puede darse entre los labios vaginales o más allá de estas capas externas de piel, llegar a la zona vulvar que es interna y en cuyo caso se estaría ante la conducta descrita en el tipo penal del artículo 156 del Código Penal, que contempla la acción de introducir por la vía vaginal cualquier objeto, como por ejemplo los dedos. Estos conceptos son ampliamente abordados en varios fallos del antiguo Tribunal de Casación Penal y de la Sala Tercera Penal (votos No. 2011-40 de 18 de febrero de 2011, 2007-321 de 28 de marzo de 2007 y 2002-1177 del 22 de noviembre de 2002), de acuerdo con los cuales, la adecuación típica del delito de violación no requiere que el sujeto activo perfora el himen, ni éste es el límite físico para distinguir entre la violación y un abuso sexual."

(Voto 537-12 del Tribunal de Apelación de San José). En la resolución impugnada se excluyó la penetración vaginal, sin explicar claramente dónde fue que (según su criterio), el encartado "colocó el pene en la vagina" sin que se diera el acceso carnal y hasta dónde considera que debió penetrar el pene en la vagina de la menor ofendida para que, según su opinión, se consumara la violación. Partiendo de que el aparato reproductor de la mujer, mismo que funge para la copulación, comprende órganos genitales externos e internos que se extienden desde el vestíbulo vaginal hasta la cervix uterina y siendo que dentro de la función reproductiva todos se encargan de recibir el pene durante el coito, para descartar una violación consumada, el Tribunal de juicio debió precisar su criterio en relación el tema, tomando en cuenta que en el tramo inicial de la vagina o vulva, protegido por los labios mayores, se ubican el clítoris, los labios menores, las glándulas de Bartolino y Skene, de manera que toda esa área es apta para la función sexual y reproductiva de una mujer. En virtud de lo expuesto, se declara con lugar el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público, se anula la sentencia y el juicio que le precedió, ordenándose el reenvío del expediente al Tribunal de origen para que se proceda conforme a derecho corresponde."

20. Delitos Sexuales: Vulnerabilidad en Caso de Menor de Edad

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil, II Circuito Judicial de San José]^{xxii}
Voto de mayoría

“II. EL MOTIVO SE ACOGE. Por razones diferentes a las alegadas, estima esta Cámara que el motivo debe ser declarado con lugar, con las consecuencias que más adelante se señalarán. El Tribunal de Juicio tuvo por demostrados los siguientes hechos: ”

4. Sin poderse precisar la fecha exacta pero si durante el mes de Julio de 2010 y antes del día 13 de ese mes, en la localidad de Santa Ana, Salitral, 600 metros Sur de la bomba Hermanos Montes, Aldeas Infantiles S.O.S. la persona menor encartada Á sacando provecho de la vulnerabilidad de la persona menor Ofendida J quien para esa poca contaba con la edad de 13 años, y sacando igual provecho de la relación de confianza que existía entre ambos en razón de que los dos residían en el mismo albergue, en al menos una ocasión y le manifestó que " debían tener sexo oral" luego de lo cual el encartado procedió a introducir su pene en la boca de la menor Ofendida J, luego de o cual el encartado con el fin de intimidar a la Ofendida para de ese modo garantizar que no dijera lo sucedido a sus guardianes y custodios le profirió la frase " la mato si dice algo " y luego la frase " callese (sic) que la pichaceo" , esto queriendo significar que si comentaba lo sucedido le haría daño.

5. Sin poderse precisar la fecha exacta pero si durante los meses de Junio a Julio de 2010 y antes del día 13 de ese mes, en la localidad de Santa Ana, Salitral, 600 metros Sur de la bomba Hermanos Montes, Aldeas Infantiles S.O.S. la persona menor encartada Á sacando provecho de la vulnerabilidad de la personas menores Ofendidas A Y J sacando igual provecho de que ambas se encontraban en el baño del albergue se aproximó al sitio y como lo había hecho con la Ofendida J, ingreso al baño sin permiso, cerro la puerta y estando a dentro procedió a despojarse de su pantalón y saco su pene de entre sus vestiduras y se lo mostró a ambas jóvenes luego con el fin de satisfacer sus deseos impúdicos procedió a tocar los glúteos de la Ofendida M con su pene" (cfr. folios 198 a 199. La transcripción es literal, incluidos los errores). En primer término nos referiremos a la conducta de violación, la cual se encuentra descrita en el tipo penal previsto en el numeral 156 del Código Penal. De acuerdo con dicha norma, "será sancionado con pena de prisión de 10 a 16 años, quien se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, con una persona de uno u otro sexo, en los siguientes casos: 1) Cuando la víctima sea menor de trece años. 2) Cuando se aproveche de la vulnerabilidad de la víctima o esta se encuentre incapacitada para resistir. 3) Cuando se use la violencia corporal o intimidación. (...)". De acuerdo con la norma anterior, a las personas menores de trece años de edad, de pleno derecho se les niega la posibilidad de consentir válidamente el ser accedidas carnalmente, o bien, accesar carnalmente a otras personas. La determinación de la libertad sexual de las

personas menores de edad pero mayores de trece años, requiere de una interpretación sistemática. Los numerales 159 y 161 del Código Penal que tipifican los delitos de relaciones sexuales con persona menor de edad y abuso sexual contra persona menor de edad, respectivamente, disponen por su orden lo siguiente: *"Será sancionado con pena de prisión de dos a seis años, quien aprovechándose de la edad, se haga acceder o tenga acceso carnal con una persona de uno u otro sexo, mayor de trece años y menor de quince años, por la vía oral, anal o vaginal, con su consentimiento"; "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) [...]"*. A partir del contenido de dichas normas se concluye que: (i) A la persona menor de trece años de edad, el ordenamiento jurídico le niega, de pleno derecho, toda posibilidad de consentir una relación sexual que implique el acceso carnal pasivo o activo (o cualquier otra forma de contacto sexual con un tercero, puesto que también se sanciona como delito de abuso sexual agravado, dichos contactos de naturaleza sexual con menores de 13 años de edad, que no impliquen acceso carnal en los términos definidos por el delito de violación). (ii) A las personas mayores de trece años, pero menores de 15 años, se les reconoce una libertad sexual limitada. Pueden consentir válidamente tocamientos con fines sexuales en su cuerpo y el acceso carnal pasivo o activo, siempre y cuando el consentimiento del sujeto pasivo no haya sido obtenido por el sujeto activo, *"aprovechándose de la edad"*, es decir *"con la particular voluntad de sacar provecho o ventaja de su propia experiencia en desmedro de la experiencia de la víctima, quien, precisamente, dada la disparidad de situaciones accede a mantener la relación sexual"* (cfr. Tribunal de Casación Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, San Ramón, voto N° 2007-0252 de las 14:40 horas del 2 de marzo de 2007 (sic). (iii) A partir de los quince años de edad, en principio, las personas pueden disponer libremente de su libertad sexual. De acuerdo con la relación de hechos probados, los cuales resultan idénticos a los acusados, la ofendida contaba con trece años de edad para la fecha de los hechos, y el menor acusado, de acuerdo con el encabezado de la sentencia y la misma acusación, nació el primero de abril de 1996, por lo que para la fecha de los hechos contaba con catorce años de edad recién cumplidos. La relación de hechos acusados y tenidos por probados, es omisa en indicar si la ofendida consintió o no el acceso carnal vía oral de que fue objeto, según dichas plataformas fácticas. Lo anterior era determinante en virtud de que válidamente podía hacerlo, en vista de su edad, en los términos supra expuestos, supuesto en el que la conducta acusada resultaría atípica, porque dadas las edades similares de la víctima y el acusado no podría establecerse que el segundo se hubiera aprovechado de la edad de la primera,

elemento subjetivo del tipo penal de relación sexual con personas menores de edad (artículo 159 del Código Penal) que no solo no se habría configurado, sino que ni siquiera se podría extraer de la hipótesis fáctica acusada y por lo tanto no podría tenerse por acreditado sin violentar el principio de correlación entre acusación y sentencia (artículo 365 del Código Procesal Penal). La hipótesis fáctica acusada y acreditada en sentencia, que como ya se indicó, es omisa en cuanto a señalar si la víctima consintió o no en el acceso carnal descrito, señala solamente que el mismo se produjo porque el menor acusado realizó el acceso carnal "*sacando provecho de la vulnerabilidad de la persona menor Ofendida J quien para esa poca contaba con la edad de 13 años, y sacando igual provecho de la relación de confianza que existía entre ambos en razón de que los dos residían en el mismo albergue*". La circunstancia mencionada en la acusación y relacionada con el aprovechamiento por el acusado "*de la relación de confianza*", carece de toda trascendencia para definir el tipo penal de violación, puesto que el abuso de confianza, no está contenido en el tipo penal que define la conducta de violación. No sucede lo mismo con la circunstancia de encontrarse la ofendida en estado de vulnerabilidad, lo que sí constituye uno de los supuestos típicos de violación: "*aprovecharse de la vulnerabilidad de la víctima*". Objetivamente la vulnerabilidad de la víctima hace referencia a determinadas condiciones en que ésta se encuentra que le impiden oponerse y resistir eficazmente la acción sexual que ejecuta el sujeto activo, o manifestar libremente su consentimiento para ello. En otras palabras, la agraviada no puede ejercer una defensa oportuna y eficaz de su libertad sexual, o bien no tiene la posibilidad de disponer libremente de la misma, y por lo tanto, está expuesta a que se dicho bien jurídico le sea lesionado. El sujeto pasivo, por su parte, conoce esa condición de vulnerabilidad de la víctima, y la aprovecha para accederla carnalmente o hacerse acceder carnalmente por ella, lo cual configuraría un elemento subjetivo del tipo distinto al dolo, que igualmente debe darse y acreditarse, de manera que no basta (sic) para que se configure el delito de violación, con que se demuestre que la ofendida era vulnerable, sino que, además, que tal condición era conocida por el sujeto activo y decidió aprovecharlo para consumar el acceso carnal o para hacerse acceder carnalmente por la víctima. En relación al tema de la vulnerabilidad, nuevamente la acusación es totalmente defectuosa, puesto que la misma debe describir las circunstancias fácticas que determinan o fundamentan el estado de vulnerabilidad de la víctima, es decir, qué es lo que provoca que ésta no pueda defender eficazmente su libertad sexual frente al agresor (condición física o psicológica, o ambas), o qué es lo que le impide ejercer libremente su libertad sexual, pues de lo contrario, el imputado no tendría un conocimiento claro y preciso de lo que se le está imputando, con la consecuente afectación del derecho de defensa y eventualmente del principio de correlación entre acusación y sentencia, si es que el Tribunal de Juicio fundamenta la vulnerabilidad de la víctima en circunstancias fácticas no acusadas. Pareciera desprenderse de la acusación y la fundamentación fáctica de la sentencia, que ambas fundamentan que la víctima

era vulnerable, porque tenía trece años de edad. Si partimos de dicho supuesto, es evidente que el hecho sería atípico desde la perspectiva del tipo penal de violación. La sola edad de la ofendida (13 años), no es una condición que permita fundamentar la condición de vulnerabilidad que se exige como presupuesto de tipicidad objetiva para la configuración del delito de violación, porque si como ya se analizó, el ordenamiento jurídico le concede libertad sexual (limitada) a las personas mayores de trece años y menores de quince años, incluso para consentir válidamente el ser accedadas o accesar carnalmente, es porque se parte de la presunción de que tienen la madurez psicológica y sexual para dar libremente ese consentimiento, limitado exclusivamente frente a personas de mayor edad que ellas, con experiencia sexual y de vida, que busquen precisamente aprovecharse de la inexperiencia de la víctima, que no es el supuesto de marras, según ya se analizó. La presunción de madurez psicológica y sexual de que parte el ordenamiento jurídico que tienen las personas mayores de trece años y menores de quince años para ejercer válidamente su libertad sexual tiene que ser desvirtuada por circunstancias propias de la víctima, a partir de las cuales se determina que en el caso concreto, carecía de dicha madurez psicológica y sexual para consentir válidamente, lo que por razones lógicas, no pueden ser la edad misma, puesto que la edad es el presupuesto fáctico de la presunción dicha, y además, porque equivaldría a negarle a las personas mayores de trece años y menores de quince años, la libertad sexual que el ordenamiento jurídico les ha reconocido, equiparándolas con las que son menores de trece años de edad, con lo cual, se estaría ampliando el ámbito de aplicación del inciso 1º del artículo 156 del Código Penal, interpretación abiertamente contraria a los principios de legalidad penal y de interpretación restrictiva que debe aplicarse respecto del alcance de los tipos penales. El derecho de defensa del imputado exige que la acusación describa con precisión y claridad las circunstancias fácticas a partir de las cuales se sustenta la condición de vulnerabilidad de la víctima, y además, las circunstancias a partir de las cuales es posible afirmar que el imputado "se aprovechó de la vulnerabilidad de la víctima", tal y como lo dispone el numeral 303 del Código Procesal Penal. No es suficiente con indicar que la víctima era vulnerable y que el acusado se aprovechó de esa vulnerabilidad para accesarla carnalmente, se requiere, para determinar que efectivamente se actuó contra la libertad sexual de la agraviada, que la acusación le de contenido a esos elementos del tipo, incluyendo las circunstancias que los fundamentan, y que estas se demuestren con plena certeza. Al respecto la jurisprudencia ha dicho: *"Resultaría incluso impropio y contrario a los principios de imputación y congruencia, que el acusador se limite a emplear en su requerimiento la misma frase contenida en el tipo penal o la acción que con en él se pretende sancionar, ya que no quedaría claro cuál sería la conducta específica y concreta que se le imputaría a una persona. Como ocurriría, por ejemplo, en el caso de que se le acusara a alguien de "robar", "estafar", "dañar" o "usurpar", sin que se defina ni describa con precisión cuál conducta material es la que configura y da contenido a esa acción típica"* (cfr. Tribunal de Casación Penal del Tercer Circuito Judicial de

Alajuela, San Ramón, voto N° 362-2011 de las 11:50 horas del 1 de septiembre de 2011). El defecto apuntado no podría ser subsanado por el Juez de Sentencia, teniendo por acreditadas circunstancias no contenidas en la acusación para delinear la conducta típica, porque ello implicaría violar el principio de correlación entre acusación y sentencia, y menos podría emitirse un fallo condenatorio partiendo de la acreditación de la acusación, que fue el proceder de la Jueza de Mérito. En ambos casos la sentencia resultaría violatoria del debido proceso. En el primer supuesto porque se estaría condenando al justiciable a partir de hechos no acusados y respecto de los cuales no tuvo la posibilidad de defenderse. En el segundo supuesto, que es lo sucedido en el caso concreto, porque al menor acusado se le estaría condenando con base en un supuesto fáctico parcialmente desconocido, y que, en consecuencia, respecto de las circunstancias de hecho desconocidas, tampoco pudo ejercer defensa alguna. Si bien la acusación y la hipótesis fáctica tenida por acreditada en sentencia describen una violencia moral del imputado hacia la víctima, la misma es posterior al acceso carnal y tenía la finalidad de evitar que la agraviada divulgara lo sucedido, pero no para consumar el acceso carnal, por lo que, a lo sumo, dicho hecho constituiría una contravención de amenazas que a la fecha estaría sobradamente extinguida la acción penal para perseguirla por prescripción. En relación a los dos delitos de abuso sexual contra persona menor de edad atribuidos al justiciable, nos encontramos en una situación similar o análoga a la analizada con relación al delito de violación. Respecto al delito de abuso sexual, en jurisprudencia que se comparte, ha dicho la Sala Tercera lo siguiente: *"La norma reprime a quien: "de manera abusiva realice actos con fines sexuales contra una persona menor de edad o incapaz...". 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 prevaliéndose 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. En cuanto a las personas mayores de doce años de edad, el delito no se configura de forma automática (como lo entendió el a quo), con solo que exista un acto con fines sexuales, sino que debe examinarse si medió o no consentimiento del sujeto pasivo o si concurren otras circunstancias que se adecuen a la norma represiva (v. gr.: ataques sorpresivos o el aprovechamiento de diversos factores que pueden coincidir o no con algunas de las causas de agravación de la figura) y, en general, si fueron hechos de manera abusiva. De interpretarse el artículo 161 de cita como lo hace el tribunal,*

habría de concluirse que todas las personas mayores de 12 y menores de 18 años de edad, se encuentran legalmente inhibidas para prestar un consentimiento válido en cualquier acto que pueda orientarse a "fines sexuales" y, por ende, que la libertad o la disponibilidad de la libertad sexual se adquiere en nuestro medio a los 18 años. Además de que tal propuesta contraría el sentido común (pues, por ejemplo, quien bese a una persona de 17 años, con su consentimiento, podría incurrir en el delito), el examen integrado de otras normas evidencia su incorrección. Así, el artículo 162 expresa: "Si los abusos descritos en el artículo anterior se cometen contra una persona mayor de edad, la pena será de dos a cuatro años de prisión". Obsérvese que la norma se remite de manera expresa y directa a las descripciones típicas del artículo 161, reiterando que se trata de "abusos" y no de simples actos con fines sexuales. De nuevo, si lo entendido por el a quo fuese correcto y el consentimiento no tuviese ninguna eficacia o interés en el artículo 161, habría de concluirse que tampoco lo tiene respecto de las personas mayores de edad y, por ende, se llegaría al absurdo de que ni siquiera los adultos pueden consentir en realizar actos con fines sexuales. Pero, además, el artículo 159 dispone: "Quien, aprovechándose de la edad, se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, con una persona de cualquier sexo, mayor de doce años y menor de quince, aún con su consentimiento, será sancionado con pena de prisión de dos a seis años. Igual pena se impondrá si la acción consiste en introducir, por vía vaginal o anal uno o varios dedos u objetos. La pena será de cuatro a diez años de prisión cuando la víctima sea mayor de doce años y menor de dieciocho, y el agente tenga respecto de ella la condición de ascendiente, tío, tía, hermano o hermana consanguíneos o afines, tutor o guardador". Esta norma (que, innecesaria y confusamente establece que puede ser "aún con el consentimiento", cuando es obvio que si no lo hubo se está en presencia de una violación y, por ello, más bien debió decirse que era "con el consentimiento"), recoge, modifica y actualiza las antiguas figuras del estupro y el incesto. En lo que resulta de interés aquí, se infiere de ella que el hecho de mantener relaciones sexuales (acceso carnal) con una persona mayor de quince años, con su consentimiento, es un acto impune o, por decirlo de otro modo, los mayores de tal edad pueden expresar una voluntad válida en la realización del acto sexual. Pues bien, resulta ilógico que esas personas puedan consentir válidamente un acceso carnal pleno, casarse y tener hijos, pero no puedan hacerlo respecto de otros actos que, sin implicar el acceso, posean fines sexuales, tales como los tocamientos o los besos, conclusión a la que arriban los jueces en el fallo de mérito y que, por las razones dichas, es insostenible y equivocada. Se reitera, entonces, que en todos los casos debe existir un abuso, con las implicaciones antes expuestas y que no basta la sola constatación de la existencia de un acto con finalidades sexuales y de que la víctima es menor de 18 años de edad" (cfr. Sala Tercera, voto N° 380-2005 de las 8:25 horas del 13 de mayo de 2005). Analizada la hipótesis fáctica acusada que fue tenida por demostrada en sentencia y que sustenta la condena de dos delitos de abuso sexual en perjuicio de dos menores de edad, se tiene lo siguiente: (i) En relación a la ofendida

J no se describe conducta alguna configurativa del delito de abuso sexual, puesto que respecto de ella, la conducta del joven, según fue acusado y lo tuvo así por demostrado el Tribunal de Juicio, consistió únicamente en mostrarle el pene, lo que a lo sumo constituiría la contravención de actos obscenos, prevista en el numeral 392 inciso 3º del Código Penal, norma según la cual, "*Se impondrá de cinco a treinta días multa: [...] 3) A quien en sitio público o lugar privado expuesto a las miradas de los demás, profiriere palabras obscenas o ejecutar actos, gestos, actitudes o exhibiciones indecorosas o deshonestas. [...]*". El delito de abuso sexual por el contrario, requiere la instrumentalización del cuerpo de la víctima, en el cual, mediante un contacto directo y material, el sujeto activo realiza actos con fines sexuales de manera abusiva (tocamientos con las manos u otras partes del cuerpo, besos, caricias), o bien, obliga a la víctima a realizárselos a él, a sí misma, o a un tercero, lo cual no se describe así en relación a la víctima J. A la fecha, la acción penal para perseguir la contravención de actos obscenos, se habría extinguido por prescripción. (ii) A diferencia de lo acontecido con la agraviada J, según la acusación y la relación de hechos probados, al justiciable sí le atribuye, y se tuvo por acreditado, que realizó un contacto material con el cuerpo de la víctima A, de naturaleza sexual, al tocar con su pene, los glúteos de aquella. Sin embargo, como ya se ha expuesto supra, no es suficiente para que se configure el delito de abuso sexual, que se realice un acto con fin sexual, en los términos descritos por el numeral 161 del Código Penal. Dicho acto debe ser además abusivo, es decir debe haber sido realizado afectando la libertad sexual de la víctima, quien, en el caso concreto, por ser mayor de trece años, podía consentir dicho tocamiento válidamente. En relación con dicho extremo, la acusación y la relación de hechos tenidos por probados de la sentencia impugnada, respecto del carácter abusivo del tocamiento, únicamente indican que el mismo lo realizó el joven acusado sacando provecho de la vulnerabilidad de la persona ofendida y de que se encontraban en el baño del albergue, al cual ingresó sin permiso, realizando primeramente un acto de exhibicionismo y luego el tocamiento referido. Se desconoce por completo, por ser la acusación totalmente omisa, qué circunstancias fácticas fundamentan la vulnerabilidad de la ofendida, qué condición física, psicológica, o ambas, le impedían ejercer libremente su libertad sexual, u oponerse eficazmente a las pretensiones sexuales del justiciable respecto de ella, siendo improcedente (como ya se analizó en relación al delito de violación y a lo cual se remite), que se describa una conducta delictiva utilizando para ello los mismos giros del tipo penal, sin darles contenido alguno, lo que no es posible subsanar por parte del juzgador sin violar el principio de correlación entre acusación y sentencia. Dichos defectos impiden que el carácter abusivo del tocamiento realizado por el acusado a la ofendida A, ya descrito, pueda sustentarse válidamente en la condición de vulnerabilidad de la víctima. Por otro lado, tampoco es que el justiciable haya ingresado sin permiso al baño, o que el tocamiento realizado a la ofendida A, se haya dado en el baño, convierten automáticamente en abusiva la conducta del justiciable, porque independientemente de esas circunstancias, la víctima

igualmente pudo, válidamente, haber consentido el mismo, sin que las circunstancias relativas al lugar del tocamiento o el ingreso al baño sin autorización, permitan por sí mismas, descartar que pudo haberse dado un consentimiento para el acto de naturaleza sexual, o desvirtuar la validez del mismo, de ahí que tales circunstancias carecen de toda relevancia para determinar el carácter abusivo del tocamiento. Así las cosas, se declara con lugar el recurso de apelación, en virtud de lo cual se anula íntegramente la sentencia impugnada y se dispone absolver de toda pena y responsabilidad a Á por un delito de violación y dos delitos de abuso sexual atribuidos como cometidos en perjuicio de J y A.”

21. Testimonio de la Víctima Menor de Edad en Caso de Violación por Vía Anal: Discrepancia entre la Declaración en Debate y Ante el Médico Forense

[Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José]^{xxiii}
Voto de mayoría

“**Único [...]** **El reclamo de la defensa no es atendible.** Se ha procedido a examinar integralmente la sentencia impugnada y se nota, en primer lugar, que no hay discrepancia sustancial alguna entre el hecho acusado y el que se ha tenido por acreditado; y que este último se deriva razonablemente de la prueba que fue sometida a conocimiento del tribunal de juicio. Tal como lo advierte la Fiscalía, la única *declaración* propiamente dicha del ofendido fue la que rindió hasta que compareció al juicio oral, público y contradictorio. Las relaciones históricas que registran la denuncia o la historia que consigna el dictamen médico legal, en principio no carecen de relevancia para el contradictorio, mas lo cierto es que no son formalmente *declaraciones judiciales*, de manera que si no existe congruencia entre estas dos piezas respecto a la declaración rendida ante el tribunal, esto no implica necesariamente - como lo pretende la recurrente- que el menor se contradiga, que haya mentido en el debate o que su testimonio no sea confiable, pues al tribunal de juicio no le consta qué fue exactamente lo que habrá dicho el menor en ambos momentos anteriores del juicio, por lo que cabe dudar razonablemente de la exactitud de tales referencias (sin que el menor de edad deponente tenga la carga de tener que explicar con exactitud por qué la denuncia o el dictamen se redactaron de esa forma, pues la práctica es que tales textos son redactados por terceras personas). El tribunal indica al respecto que:

«La defensa técnica pretende se le reste mérito al relato de la víctima por cuanto considera contradictorio su relato pues durante la etapa de investigación y en entrevistas anteriores éste había manifestado que el imputado no le había bajado la ropa y que los actos fueron realizados por encima de sus prendas, sin embargo, el Tribunal nota que ésta es una interpretación personal de la defensora, sesgada y sin

fundamento, pues ante todo ha de aclararse que en el juicio el niño aseguró que él siempre manifestó que el justiciable sí le quitó sus prendas, que sí se consignó de otra manera fue seguro una mala interpretación de quien tomaba nota de lo que él decía, pero recalcó que los hechos ocurrieron tal y como él relató en juicio» (Sentencia, folio 134).

Esta cámara no aprecia yerro alguno en esta forma de valorar los elementos probatorios, pues, como se dijo antes, no le corresponde al testigo menor de edad tener que explicar por qué los documentos citados tienen esa redacción, y porque el *testimonio* suyo que corresponde analizar es el que rindió en juicio. En todo caso la crítica que hace la defensa respecto a esa supuesta discrepancia del ofendido se refiere a un detalle que es tan sólo periférico, pues en lo que concierne al núcleo de la imputación, se nota que los tres relatos indicados son claros en que sí hubo penetración anal, que el menor sintió como si se le hubiera abierto el ano y que tras ese evento refirió haber sentido mucho dolor a la hora de ir al baño a hacer sus necesidades fisiológicas, durante algunos días. Pero es que además, según se explica en la sentencia, la versión del niño ofendido devino corroborada por el testimonio de su primo M - también menor de edad-, quien presenció directamente la agresión y advirtió que, aunque no pudo ver bien si lo habían penetrado analmente o no, sí vio como tomó a la fuerza a B.A.F.J., le bajó el pantalón y la ropa interior, se bajó la propia, se sacó el pene y se lo puso en "el trasero" y empezó a moverse "vulgarmente". Por otra parte, también se aprecia que el examen médico se practicó dos días después del suceso. Que no se encontraran lesiones externas en las áreas extragenitales, paragenitales y genitales al momento de la valoración, no es un elemento que -como lo explica el tribunal de juicio- permita descartar categóricamente que se hubiera producido la penetración anal dos días atrás, lo cual también forma parte del análisis efectuado por el tribunal de juicio. La fundamentación de la sentencia que concierne al análisis y valoración de la prueba se desarrolla en el Considerando III de la sentencia (cfr. folios 131 a 138), la explicación que ahí se da es muy clara y transmite al lector la certeza razonable de que la agresión sexual no se limitó a desvestir parcialmente de sus ropas al ofendido y a la aproximación corporal del pene del encartado a su zona anal, sino que además incluyó la penetración por vía anal. Indica el tribunal de juicio que fue evidente que para el menor de edad agraviado fue muy vergonzoso tener que dar los detalles de lo sucedido en el debate, que le causó sufrimiento y dolor responder las preguntas que le formularon al respecto, pero que su dicho, así como la descripción que hizo el testigo M de lo acontecido y de la forma en que se movía el encartado, hacia adelante y hacia atrás, contra el cuerpo de la víctima ("de cuatro patas") es la propia de un acceso carnal por vía anal, de manera que no hay duda razonable alguna de que el acceso carnal sí ocurrió. Finalmente, también se aprecia que el tribunal de juicio además hizo análisis y valoración de la escueta excusa alegada por el imputado, en el sentido de que todo esto se trata de una "venganza", la cual no

es clara ni encuentra asidero alguno que la valide, a diferencia del testimonio del menor ofendido, que es en sí mismo confiable y ha sido además corroborado por otros elementos de prueba independientes. Por todo lo expuesto considera esta cámara que la sentencia no evidencia ninguno de los errores acusados por la defensa, por lo que se declara sin lugar su recurso de apelación.”

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.

ⁱ ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 4573 del cuatro de mayo de 1970. **Código Penal**. Vigente desde: 15/11/1970. Versión de la norma: 44 de 44 del 13/03/2014. Publicada en: Gaceta N° 257 del 15/11/1970. Alcance: 120 A.

ⁱⁱ ROLDÁN RETANA, Jorge Mario. (s.f.). **Aspectos Médico Legales de los Delitos Sexuales en el Código Penal de Costa Rica**. Disponible en la Web: <http://www.binasss.sa.cr/revistas/rldmml/v6-7n2-1/art4.pdf>

ⁱⁱⁱ TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA PENAL TERCER CIRCUITO JUDICIAL DE ALAJUELA, SAN RAMÓN. Sentencia 454 de las nueve horas del veintinueve de julio de dos mil trece. Expediente: 08-200720-0331-PE.

^{iv} TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SANTA CRUZ. Sentencia 227 de las nueve horas con cuarenta y dos minutos del veintiocho de septiembre de dos mil once. Expediente: 09-000210-0396-PE.

^v TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 1394 de las catorce horas con veinticinco minutos del diecinueve de octubre de dos mil once. Expediente: 99-000287-0597-PE.

^{vi} TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA PENAL JUVENIL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 614 de las catorce horas con cinco minutos del veintidós de marzo de dos mil trece. Expediente: 09-002420-0042-PE.

^{vii} TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA PENAL JUVENIL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 185 de las ocho horas con treinta cinco minutos del nueve de abril de dos mil catorce. Expediente: 13-000789-0070-PE.

^{viii} TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA PENAL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 370 de las trece horas con treinta y cuatro minutos del veintiuno de abril de dos mil catorce. Expediente: 12-011357-0042-PE.

^{ix} TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA PENAL DE CARTAGO. Sentencia 538 de las once horas con treinta y cinco minutos del quince de noviembre de dos mil trece. Expediente: 10-000682-0067-PE.

^x SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1357 de las nueve horas con treinta y seis minutos del veinticuatro de septiembre de dos mil trece. Expediente: 11-000308-0006-PE.

^{xi} TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA PENAL DE CARTAGO. Sentencia 68 de las dieciséis horas del quince de febrero de dos mil trece. Expediente: 10-000433-0071-PE.

^{xii} TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 1498 de las quince horas del veintiuno de diciembre de dos mil diez. Expediente: 09-001562-0042-PE.

^{xiii} TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 366 de las nueve horas con treinta y cinco minutos del veinticinco de marzo de dos mil once. Expediente: 99-200585-0486-PE.

^{xiv} TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 429 de las catorce horas con cuarenta y cinco minutos del siete de abril de dos mil once. Expediente: 08-001574-0283-PE.

^{xv} TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA PENAL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 565 de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del diecinueve de marzo de dos mil trece. Expediente: 10-000876-0396-PE.

^{xvi} TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA PENAL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 9 de las once horas con veinticinco minutos del ocho de enero de dos mil trece. Expediente: 11-016653-0042-PE.

^{xvii} TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA PENAL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 837 de las catorce horas con cincuenta minutos del veinticuatro de abril de dos mil trece. Expediente: 07-001402-0276-PE.

^{xviii} SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 473 de las quince horas con veintisiete minutos del veintiséis de abril de dos mil trece. Expediente: 05-002337-0369-PE.

^{xix} TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA PENAL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 1739 de las ocho horas con cuarenta y cinco minutos del nueve de agosto de dos mil trece. Expediente: 06-016176-0042-PE.

^{xx} TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA PENAL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE GUANACASTE, SANTA CRUZ. Sentencia 202 de las catorce horas con cincuenta y seis minutos del catorce de agosto de dos mil trece. Expediente: 10-003175-0396-PE.

^{xxi} TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA PENAL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE GUANACASTE, SANTA CRUZ. Sentencia 275 de las diez horas con quince minutos del diecisiete de octubre de dos mil trece. Expediente: 04-001132-0609-PE.

^{xxii} TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA PENAL JUVENIL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 2867 de las once horas con treinta y siete minutos del veintiocho de noviembre de dos mil trece. Expediente: 10-013133-0042-PJ.

^{xxiii} TRIBUNAL DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA PENAL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Sentencia 748 de las diez horas con cincuenta y cinco minutos del veinticuatro de abril de dos mil catorce. Expediente: 11-017492-0042-PE.