

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo

(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)

<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: ABUSOS DESHONESTOS

RESUMEN: El presente trabajo, desarrolla el tema " Abusos deshonestos, en un primer punto se realiza un desarrollo doctrinario que incluye: concepto de abusos deshonestos, posiciones doctrinales sobre el tipo, sujetos y bien jurídico del delito de abusos deshonestos, posteriormente se hace referencia al marco normativo, para concluir con un desarrollo jurisprudencial, donde se abordan entre otros temas: concepto y elementos configurativos del tipo penal, alcances del término confianza, abusos deshonestos síndrome de adaptación, tocamientos y propuestas de contenido sexual, tentativa de abusos deshonestos.

Índice de contenido

1DOCTRINA.....	2
CONCEPTO DE ABUSOS DESHONESTOS.....	2
POSICIONES DOCTRINALES SOBRE EL TIPO DE ABUSOS DESHONESTOS.....	3
DE LOS SUJETOS DEL DELITO.....	5
EL BIEN JURÍDICO TUTELADO.....	5
2NORMATIVA.....	6
CÓDIGO PENAL.....	6
3JURISPRUDENCIA.....	9
ABUSOS DESHONESTOS CALIFICADOS CONCEPTO Y ELEMENTOS CONFIGURATIVOS DEL TIPO PENAL	9
ELEMENTOS DEL TIPO EN RELACIÓN CON LA INCAPACIDAD DE RESISTIR	21
CONFIGURACIÓN ABUSOS DESHONESTOS.....	33
TOCAMIENTOS Y PROPUESTAS DE CONTENIDO SEXUAL.....	35
ABUSOS DESHONESTOS: APLICACIÓN DEL PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO , VALORACIÓN DEL INFORME POLICIAL Y DENUNCIA EN EL CASO CONCRETO	

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

.....	40
VÍCTIMA CON INCAPACIDAD PARA RESISTIR POR AFRONTAR EL "SÍNDROME DE INVALIDEZ APRENDIDA"	43
ABUSOS DESHONESTOS AGRAVADOS ALCANCES DEL TÉRMINO "CONFIANZA" EN CASO DONDE EL IMPUTADO, TÉCNICO EN ORTOPEDIA ES BUSCADO PARA DAR TERAPIA A LA OFENDIDA POR SER AMIGO DEL PADRE DE ÉSTA	47
ABUSOS DESHONESTOS SÍNDROME DE ADAPTACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA Y LA PSICOLOGÍA	49
INTERPRETACIÓN NORMATIVA SOBRE LA SANCIÓN A IMPONER.....	58
TENTATIVA DE ABUSOS DESHONESTOS APLICACIÓN DE LA TEORÍA INDIVIDUAL OBJETIVA	60
TENTATIVA DE ABUSOS DESHONESTO TEORÍAS FORMAL OBJETIVA E INDIVIDUAL OBJETIVA.....	62
DELITOS SEXUALES APLICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO DERECHO FUNDAMENTAL	63
ALCANCES DEL CONCEPTO ENCARGADO DE LA EDUCACIÓN, GUARDA O CUSTODIA	70
PARENTESCO POR AFINIDAD COMO CALIFICANTE DE LA FIGURA	73
ABUSOS DESHONESTOS IRRELEVANTE DETERMINAR EDAD DE LA VÍCTIMA CUANDO EXISTE INTIMIDACIÓN	75
ALCANCES DE LOS CONCEPTOS "CUSTODIA" Y RELACIÓN DE CONFIANZA COMO ELEMENTOS QUE AL ESTAR PRESENTES AGRAVAN LA FIGURA.....	77
ANÁLISIS SOBRE LA OMISIÓN DEL LEGISLADOR EN CUANTO A LA CLASE DE PENA EN CASO DE AGRAVACIÓN O CALIFICACIÓN DEL HECHO	80
NATURALEZA DE LA INTIMIDACIÓN	89
CONSULTA DE CONSTITUCIONALIDAD DEL LOS ARTÍCULOS 161 162 CÓDIGO PENAL.....	90
BESO PUEDE SER ACTO TÍPICO DE ESTE DELITO	111

1 DOCTRINA

CONCEPTO DE ABUSOS DESHONESTOS

[SÁNCHEZ DELGADO Daniel]¹

El delito de abusos deshonestos consiste en los acercamientos o contactos corporales de significación sexual con la víctima¹, sin que se de la penetración² Este requisito es el que permite la comisión del delito por hombre o mujer³. Se trata de un delito de propia mano, al igual que la violación. Se requiere "contacto", sin importar si se trata de la víctima y el ofensor, pues se admite el caso de obligar a la víctima a realizar actos sobre un tercero⁴. La simple exhibición impúdica no es calificada como abusos sino como corrupción⁵. También existen otra serie de requisitos que veremos adelante."

[GONZALEZ CABEZAS Dinia y GONZALEZ GUZMAN Roy]²

"Existen diversas definiciones en la doctrina delo que debe concebirse como abusos deshonestos, sin embargo consideramos que la más acertada y que encierra la mayor parte de los elementos que componen este delito es la que nos da Fontán Balestera y nos dice que la acción de abusar deshonestamente " consiste en ejecutar con otra persona actos impúdicos, que no importen el coito u otro acto de penetración de los que configuran la violación, quedan comprendidos tanto los que hace que éste ejecute sobre su cuerpo o sobre el de un tercero"

POSICIONES DOCTRINALES SOBRE EL TIPO DE ABUSOS DESHONESTOS

[SÁNCHEZ DELGADO Daniel]³

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

"Existen dos posiciones en doctrina sobre el delito de abusos deshonestos. La primera, apoya por Manzini y Maggiore señala que el carácter libidinoso del acto es esencial para la configuración del delito. Es decir, aunque objetivamente el acto denote un significado sexual indecoroso para la víctima, debe probarse el ánimo o intención libidinosa del autor para que haya delito. Esta tesis la denominaremos, "tesis del ánimo del autor".

Por otro lado, existe otra posición mayoritaria, que aquí denominamos "tesis del bien jurídico" seguida por Creus y Núñez. Dispone que, teniendo en cuenta el bien jurídico tutelado, todo acto que objetivamente dañe el pudor o libertad sexual de la víctima es constitutivo de abusos deshonestos (salvo el caso de la violación estupro u otro delito sexual). De manera que los simples tocamientos sorprendidos en la calle, constituyen delito. Indican éstos autores que el acto objetivamente puede tener varias significaciones (beso, abrazo, caricia), pero si el autor le dio una connotación libidinosa también existe delito. Como lo manifiesta específicamente Creus:

"cuando el acto es en sí objetivamente impúdico, constituirá abuso deshonesto, aunque el autor hubiese agregado miras distintas de las del ultraje sexual. Pero cuando objetivamente el acto es sexualmente indiferente o puede resultar equívoca su referencia a esa esfera de la personalidad, será el contenido sexual que subjetivamente el agente le otorgue lo que lo convierte en abuso deshonesto".

Esta posición hecha mano del elemento subjetivo únicamente cuando el elemento objetivo (los hechos), no es lo suficientemente claro para condenar por el delito. Aunque los riesgos de dejar el análisis únicamente en el elemento subjetivo son varios²², el estudio del delito de abusos deshonestos debe concentrarse en un equilibrio entre elemento subjetivo y objetivo. Esta es la posición de Fontán Balestra llamada por nosotros "tesis ecléctica".

Indica el penalista argentino que el "el puro objetivismo conduciría a tener por acciones típicas de abuso deshonesto actos que a todas luces no lo son, no obstante su innegable significación objetiva, verbigracia el tacto vaginal o rectal realizado por un médico"²³. Explica que debe de existir un equilibrio de acuerdo con las circunstancias de los dos aspectos (objetivos y subjetivos), y afirma taxativamente que el acto sin entidad impúdica objetiva es atípico. Contraria –en este sentido– a la tesis del bien jurídico que acepta la tipicidad solo con el elemento subjetivo."

DE LOS SUJETOS DEL DELITO

[BEFELER SCHARF Daniel]⁴

El sujeto activo como el pasivo en el delito de abuso deshonesto puede ser cualquier persona hombre o mujer, comprendiendo cualquier actividad heterosexual y homosexual

Como dice CARRARA: "El derecho de que todo hombre tiene a que se respete su pudicia debe ser protegido contra la violencia ajena, cualquiera que sea el sexo del violentador"

El sujeto pasivo debe ser una persona física y con vida quedando excluidos los actos de necrofilia y bestialidad.

No es relevante que el sujeto pasivo tenga conciencia o no de la naturaleza del acto obsceno que se le obliga a sufrir o sea que entienda el significado sexual del mismo- Supuesto que se da sobre todo con los niños e incapaces mentales. Tampoco se debe considerar si el sujeto pasivo ha tenido experiencias sexuales con anterioridad.

EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

[BEFELER SCHARF Daniel]⁵

En el caso del tipo de abusos deshonestos (como tipo sexual que es) el bien jurídico protegido es la "libertad sexual".

Como se dijo la "libertad sexual" es parte de la libertad írsonal o individual .

La protección a la libertad tiene origen constitucional; la constitución protege a la libertad individual o personal (artículo 20 de la constitución política de Costa Rica)

La libertad es la facultad que tienen las personas de hacer o no hacer algo, mientras no violen los derechos de los demás,

"La libertad sexual" es el derecho que tiene toda persona de disponer de su propio cuerpo y de no ser obligado a poner su cuerpo a disposición de otra persona, contra su voluntad.

Para BARRERA DOMÍNGUEZ la libertad sexual es el derecho de la persona para disponer de su cuerpo en materia erótica como a bien tenga y consecuentemente para abstenerse de cumplir relaciones sexuales"

2 NORMATIVA

CÓDIGO PENAL⁶

Perdón Judicial.

ARTÍCULO 93.-

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

También extingue la pena, el perdón que en sentencia podrán otorgar los jueces al condenado, previo informe que rinda el Instituto de Criminología sobre su personalidad, en los siguientes casos:

(...)

7) Al autor de un delito de rapto, estupro o abusos deshonestos si la persona ofendida o sus representantes legales conjuntamente con aquél lo soliciten. El Juez no podrá otorgar el perdón si el Patronato Nacional de la Infancia se opone cuando la persona ofendida fuere menor de edad;

Abusos sexuales contra personas menores de edad e incapaces

ARTÍCULO 161.-

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, será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años.

La pena será de cuatro a diez años de prisión en los siguientes casos:

- 1) Cuando la persona ofendida sea menor de doce años.
- 2) Cuando el autor se aproveche de la vulnerabilidad de la persona

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

ofendida o esta se encuentre incapacitada para resistir o se utilice violencia corporal o intimidación.

3) Cuando el autor sea ascendiente, descendiente, hermano por consanguinidad o afinidad, padrastro o madrastra, cónyuge o persona que se halle ligado en relación análoga de convivencia, tutor o encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima.

4) Cuando el autor se prevalece de su relación de confianza con la víctima o su familia, medie o no relación de parentesco.

(Así reformado por el artículo 1º de la ley No.7899 de 03/08/1999, modificación que fue anulada parcialmente por la sentencia 9453 de las 14:41 horas del 25/10/2000 de la Sala Constitucional y posteriormente reformado por Ley N° 8002 del 8 de junio del 2000. A su vez, el voto 10140 de las 14:31 horas del 10/10/2001 de la Sala Constitucional anuló parcialmente la sentencia número 9453 de las 14:41 horas del 25/10/2000, en cuanto se refiere al artículo 161 del Código Penal reformado por Ley número 7899 del 03/08/1999)

Abusos sexuales contra personas mayores de edad

Artículo 162.-

Abusos sexuales contra personas mayores de edad. Si los abusos descritos en el artículo anterior se cometen contra una persona mayor de edad, *(la pena será de dos a cuatro años) de prisión.

*(La pena será de tres a seis años) de prisión en los siguientes casos:

1) Cuando el autor se aproveche de la vulnerabilidad de la persona ofendida o esta se encuentre incapacitada para resistir o se utilice violencia corporal o intimidación.

2) Cuando el autor sea ascendiente, descendiente, hermano por consanguinidad o afinidad, padrastro o madrastra, cónyuge o persona que se halle ligado en relación análoga de convivencia, tutor o encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima.

3) Cuando el autor se prevalece de su relación de confianza con la víctima o su familia, medie o no relación de parentesco.

(Así reformado por el artículo 1º de las leyes No.7899 del 3 de agosto de 1999 y N° 8002 del 8 de junio del 2000.)

*(La Sala Constitucional mediante resolución N° 6304-00 de las 15:56 horas del 19/07/2000, dispuso anular de los párrafos primero y segundo de este artículo las frases destacadas entre paréntesis.)

3 JURISPRUDENCIA

ABUSOS DESHONESTOS CALIFICADOS CONCEPTO Y ELEMENTOS CONFIGURATIVOS DEL TIPO PENAL

[SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.]⁷

" II. [...]. Por último, en lo concerniente a la indebida aplicación de la ley sustantiva, debe reconocerse que el a-quo

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

estableció que Carlos Enrique - prevalidándose de su condición de padre de C.D., - quien a la sazón contaba con 9 ó 10 años de edad y padecía un retardo mental moderado y en un momento en que no se encontraba su madre, lo obligó a desvestirse y lo compelió a acariciarle su cuerpo y órganos genitales, logrando la erección de su pene (folio 89). El sentenciador calificó esos hechos como constitutivos del delito de abusos deshonestos calificados (artículo 161, en relación con el 157 del Código sustantivo). Esa adecuación normativa es la correcta, porque se obligó (mediante amenazas a terceros) a una persona menor de 12 años de edad, a realizar actos sexuales (desvestirse y acariciar la zona genital de su progenitor). No llevan razón, ni el accionante, ni su defensora (folios 191 a 192), cuando gestionan la absolución por atipicidad, pues el acto sexual realizado en el cuerpo del propio sujeto activo, sí puede integrarse el delito mencionado. Para esclarecer la cuestión, debe recordarse que esta Sala mediante sentencia número V-50-F-94, de 14:35 horas del 16 de marzo de 1.994, estableció que: "... abusar deshonestamente es aprovecharse mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente del cuerpo de una persona, haciéndolo objeto de trato sensual, impúdico, obsceno, concupiscente o lascivo -desde un punto de vista objetivo (basta con que el acto sea objetivamente impúdico, conforme al pudor o reserva sexual aceptada como norma social por la generalidad de las personas en una cultura dada, siendo irrelevante que haya o no excitación o satisfacción sexual por parte del autor o que la víctima tenga o no conciencia de lo que el hecho significa)- contra su voluntad expresa o presunta, valiéndose para ello de violencia corporal sobre la víctima (cuando ésta es capaz de oponer resistencia seria, persistente, real o efectiva, sin que se requiera la resistencia heroica) o de intimidación (todo acto de violencia moral idóneo para producir temor en el ánimo del sujeto pasivo, en forma tal que se encuentre obligado a soportar o ejecutar la acción que el agente propone), o de relaciones de autoridad, confianza o superioridad derivadas de cualquier situación, o de la poca edad, inexperiencia, ignorancia o

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

inadvertencia de la víctima o de su incapacidad física o mental para resistir. El autor, como se dijo anteriormente, usa el cuerpo de la víctima cuando ésta recibe sobre sí el acto del mismo autor, o cuando ella actúa, por obra del agente, sobre su propio cuerpo, o sobre el del autor o el de un tercero...". "

[SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.]⁸

" II- Por las razones que se dirán los reclamos son procedentes: Es reiterada ya la jurisprudencia de esta Sala en relación con las reglas de valoración probatoria que deben traerse a colación cuando se trata de analizar las declaraciones de los menores - niños, niñas, adolescentes- víctimas de abuso sexual, pero especialmente de los menores de edad. Éstos no tienen la preparación suficiente, ni física, ni emocional para vivir una situación o experiencia de abuso sexual, esto es, una conducta sexualizada abusiva, menos aún cuando proviene del círculo de personas allegadas que, en la vida cotidiana, se esperaría que provean protección, apoyo y soporte. Son muchísimos los estudios de esta grave problemática que se han desarrollado y han aportado conocimientos y experiencias para comprender, según estas especiales circunstancias, los relatos, la conducta y el comportamiento de los menores de edad en el entorno previo, concomitante y posterior a aquél en que el abuso se descubre o en el cual la propia víctima lo ha verbalizado. Y todas estas variables llaman indiscutiblemente a poner atención a estos aportes, a estas nuevas y especiales reglas de la experiencia y la psicología que son las herramientas a utilizarse para valorar una declaración de un menor de edad víctima de abuso sexual, intrafamiliar o no y que por supuesto, por las especiales características de la "población" a la que pertenece el testigo-víctima, difieren, por especialidad y porque -es un hecho-

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

demandan una actitud distinta y una especial sensibilidad al juzgador que ponderará el mérito de la declaración, difieren por ello, de la actitud y valoración que debe tenerse frente a la declaración de un adulto, que requiere, por sus características, de otros parámetros. A lo dicho debe añadirse que, generalmente, estos episodios de abuso sexual infantil se acompañan de otra problemática no menos compleja, como es la violencia intrafamiliar y las relaciones que de ella se derivan, con las variables propias que llaman a entender y comprender -desde los numerosos estudios que existen al respecto- la conducta del agresor o agresores y el comportamiento de la o las víctimas de este entorno. Es decir, se trata de un evento violento por su propia naturaleza, de manera que esto, unido a las experiencias que envuelven al o la menor víctima y lo ubican en un escenario complejo, no puede pasar desapercibido e ignorado por los Juzgadores al valorar este tipo de hechos. No puede desvincularse su análisis de la variable de violencia, en sus múltiples manifestaciones y, por ende, de las complicadas consecuencias que apareja para todos los involucrados, sin dejar de lado la vulnerabilidad propia de los menores, sometidos a la autoridad, el cuidado y el trato (o maltrato) de los adultos, que es una perspectiva que muy comúnmente se deja de lado. Así, se ha dicho que " El ocultamiento y la indiferencia con que la sociedad responde ante manifestaciones específicas de violencia contra niños y niñas ponen en evidencia: la concepción misma que se tiene de ella y el lugar que ocupa la minoría de edad en la estructura relacional. Y es que nuestras sociedades no reconocen a niños y a niñas pues -como dice Francoise Dolto- 'los adultos tienen miedo de liberar ciertas fuerzas, ciertas energías que los pequeños evidencian y que ponen en cuestión su autoridad, sus conquistas y sus privilegios. Ellos proyectan sobre los niños sus deseos contrariados, su malestar y les imponen sus modelos' a través del ejercicio abusivo de su poder " Treguear L. Teresa. Abuso infantil: algunos aspectos conceptuales . San José, Fundación PROCAL y PANIAMOR, Costa Rica. 2001. p. 6. Tener presentes las características de los menores y las relaciones

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

sociales que se establecen a propósito y en torno a ellos, junto a la existencia de contextos particulares de violencia, de privación económica, social, cultural, etc., es necesario para poder dimensionar los hechos además de ser el primer paso para abordar el relato de un menor de edad del que se dice víctima de abuso sexual. Éste se define, en general como " la imposición a un niño o niña con base en una relación de poder, de una actividad sexualizada que propicia su victimización y en la que el ofensor obtiene una gratificación. Esta imposición puede ejercerse por medio de la fuerza física, el chantaje, la amenaza, la intimidación, el engaño, la utilización de la confianza y el afecto o cualquier otra forma de presión " *ibid*, p. 8. Evidentemente, esta definición es mucho más amplia y comprensiva del tema del abuso sexual que aquélla del tipo penal, pues surge desde las implicaciones para el menor de esta conducta abusiva y según la relación que media entre éste y su agresor. Está definido, por lo demás, todo un complejo proceso que sucede en el menor víctima de una situación de abuso, llamado " síndrome de adaptación o acomodación " cuyas características deben ser conocidas por los Juzgadores y los operadores del derecho en general, para que la forma en que se valora el testimonio de un menor sea completa y que tienen que ver, entre otras cosas, con el secreto al que el ofensor remite la experiencia, al sentimiento de impotencia del niño ante lo que sucede, la sensación de "atropamiento" y la búsqueda de mecanismos para adaptarse, la revelación del hecho tardía y conflictiva y la retractación como respuesta de defensa, entre otros factores importantes (para un mayor desarrollo de las características de este síndrome y en general del abuso sexual infantil, consúltese Fundación PANIAMOR Violencia y abuso contra personas menores de edad. Manual de contenidos. San José, Raymundo Brenes Rosales y Milena Grillo editores, 2^a. edición, 1998. pp. 68 y ss.) Esto no quiere decir que exista una regla preestablecida que diga que los menores no mienten o no son manipulados. Significa, antes bien, entender que las reacciones de los menores ante el abuso, su descubrimiento y

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

sobre todo, frente a la necesidad de contar y narrar a personas desconocidas y dentro de un proceso penal, pueden ser muy variadas e incluyen estos referentes propios de la situación de abuso vividas que, si no se tienen en cuenta, pueden llevar a considerar contradictorio o incluso inconsistente un relato que simplemente evidencia el conflicto interno del menor y la afectación sufrida por los eventos. Esta Sala al respecto, ha señalado: " [...] las distintas reacciones que se manifiestan en un menor, posteriores a un abuso sexual, han sido estudio constante y profundo por parte de la psicología, la psiquiatría y otras disciplinas, tales como el trabajo social y diferentes ramas que estudian específicamente el abuso sexual de menores. Dichas fases se han denominado en conjunto: "Síndrome de Adaptación o Acomodación al abuso sexual" y entre ellas, efectivamente se encuentra una primera fase de secreto, en la que se manifiestan sentimientos de vergüenza, dolor o miedo, que imposibilitan al menor revelar el suceso (ver en este sentido, resoluciones de esta Sala, # 335-03, de las 10:10 horas del 16 de mayo de 2003; # 330-04, de 9:45 horas del 2 de abril y # 1168-04, de 9:40 horas del 1 de octubre, ambas de 2004 y # 0012-05, de 9:45 horas del 21 de enero de 2005, entre otras. Sobre el Síndrome de Adaptación, ver González Pinto, Jorge Alberto. Abordaje de ofendidos en situaciones de violencia intrafamiliar, abuso sexual y menores involucrados en procesos familiares . San José, UNICEF, 2001). Por ello, no es de extrañar que el menor aceptara recibir la comunión de manos del imputado, o bien, que se presentara después de los acontecimientos al Centro Pastoral, circunstancias que en nada pueden considerarse como signo de mendacidad dentro de su testimonio, sino que se trató de una manifestación normal que encuentra respaldo en diversos estudios acerca de la forma de reaccionar de los menores de edad, que han sido víctimas de abuso sexual[...] " precedente 1242-05 de las 17:30 del 26 de octubre de 2005. En cuanto a las reglas de la experiencia y la psicología en materia de abuso sexual infantil, se ha estimado que: "[...] Estas consideraciones encuentran respaldo en las reglas de la experiencia y la psicología, pues es

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

de conocimiento común, ante los numerosos estudios que la realidad del abuso sexual en perjuicio de menores ha permitido descubrir, que efectivamente los menores de edad no están preparados ni física, ni emocionalmente para conductas sexualizadas, en especial por parte de adultos y cómo en razón de su inmadurez pueden percibir en forma distorsionada tanto el alcance como la naturaleza de las conductas específicas desarrolladas por los agresores, como también que es claro que tales experiencias resultan traumáticas, al punto que los menores no mantienen generalmente los mismos detalles en los distintos relatos. Por ello, pueden ir revelando aspectos poco a poco, como omitiendo información a través de las diferentes evocaciones que hagan de lo sucedido, todo como parte de un proceso de adaptación emocional y de sobrevivencia, sin que estos elementos puedan identificarse necesariamente como indicadores de mendacidad. Esto es especialmente relevante cuando se trata de una conducta de abuso reiterada y prolongada en el tiempo, porque la carga emocional que tales conductas abusivas en sí representan, unidas al vínculo que pueda existir entre el menor y su victimario, como del ambiente que le rodea y de las condiciones mismas que el autor aprovecha para actuar, junto a la inmadurez de la víctima, todo ello puede provocar que las narraciones de los hechos no sean precisas, o bien que por ejemplo, se generalicen los patrones de abuso, como que de pronto se revelen detalles novedosos y todas estas variables deben ser analizadas considerando la situación específica del menor y su condición de vulnerabilidad en esta materia y no pueden ser utilizadas en forma aislada para descalificar al menor, porque eso

sencillamente es desconocer la realidad que hay detrás del abuso sexual infantil. Por supuesto que eso no anticipa el valor que los jueces, gracias a la intermediación y a la ponderación de todo el material de prueba, puedan conceder a la declaración del menor, pero lo que sí es claro es que esa valoración debe tomar en cuenta la específica realidad del abuso sexual que tiene los elementos apuntados[...]" 556-04 de las 10:40 horas del 21 de mayo de 2004

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

(en el mismo sentido, consúltense además los precedentes #626-03, de 10:05 horas del 31 de julio de 2003 y # 2004- 01168, de 9:40 horas d el 1 de octubre de 2004). III- En el caso concreto y al arribar a sus conclusiones, el Tribunal estimó que la circunstancia de que la menor no pudiera describir "exactamente" en debate, la parte de su cuerpo que supuestamente el acusado le tocó era un factor de inconsistencia que los hacía dudar, porque ante el psicólogo forense sí pudo hacerlo. Se echa de menos el análisis y consideración de todos los referentes antes señalados, a fin de estimar como completo y por ende válido, este razonamiento. Nada se dice del contexto en que los hechos se produjeron, las relaciones que mediaban entre agresor y víctima y sin anticipar sobre el mérito de la imputación, la falta de profundización en estos y otros aspectos propios de los eventos que se conocen, tornan infundada la conclusión que lleva a considerar dubitativo el relato porque la menor en debate no detallara en específico el lugar en que fue presuntamente tocada por su agresor. El contexto del debate y las distintas fases del proceso tampoco fueron variables que los Juzgadores consideraran para llegar a esa conclusión, porque tal y como ellos mismos lo manifiestan en la sentencia, la menor " no quería " señalar con claridad esa parte de su cuerpo, lo que ameritaba un mayor análisis, como también del resto de la prueba existente, lo que hace incompleta la fundamentación del fallo, en aspectos esenciales para las pretensiones de la impugnante y por ello el reclamo es atendible. Debe enfatizarse, como en forma reiterada ya lo ha señalado esta Sala, que no pueden equipararse a un testimonio las referencias que, para efecto de historia clínica y en el contexto de una evaluación, rinden las víctimas u ofendidos ante los distintos peritos -médicos, psicólogos, psiquiatras, por ejemplo- que intervienen en la investigación y realizando peritajes de interés para el caso. De igual forma que las referencias que al dicho de las personas entrevistadas por la policía, constan en los informes policiales, estos "datos" de los hechos expuestos por la menor ante los expertos, no pueden

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

considerarse o valorarse como un "testimonio" pues éste sólo será -y muy especialmente con las reglas que rigen en el nuevo esquema procesal- aquella rendida en el debate y excepcionalmente la recibida con las reglas restringidas del anticipo jurisdiccional de prueba. En cuanto al tema de los menores víctimas de abuso y los datos dados, por ejemplo al perito, que son, por todo lo dicho, referencias y cuya entidad debe ser valorada de conformidad no sólo con las especiales características de la víctima, sino de los hechos que se conocen y los demás aspectos supra señalados, se ha dicho, en el precedente 556-04 antes citado: "[...]En el caso concreto, el defensor pretende descalificar a la niña porque en la entrevista ante la psicóloga forense, fue más explícita e incluso narró hechos que en debate no repitió. Esta circunstancia, de conformidad con lo ya expuesto, no es suficiente para estimar que la víctima miente, pues además sucede que el defensor omite precisar que en dicho relato la menor expone exactamente otros episodios que reiteró en la audiencia y que son base de la responsabilidad penal que el fallo establece, es decir, es cierto que la menor declaró más ampliamente ante la perito, pero también lo es que en debate repitió esencialmente los mismos aspectos y nunca se desdijo respecto de que el imputado realizara las conductas abusivas de índole sexual en su perjuicio, siempre mantuvo incólume la identidad del agresor, el sitio de las agresiones y la oportunidad que aprovechaba el acusado para ellas, como el patrón común del abuso: siempre la tocaba con las manos en sus genitales y en sus pechos y también que le regalaba dinero. Estos aspectos son específicamente considerados por los Juzgadores (cfr. sentencia, folio 61 y ss.) y les permiten afirmar la credibilidad del relato de la niña, porque además se ve reforzado por otras probanzas, como por ejemplo el cambio de conducta que mostró para el período en que los abusos se dan, su creciente rebeldía, narradas por su madre, así como el hecho, advertido por su maestra y personal de la escuela a la que asistía, de que la menor siempre portaba mucho dinero cuando su madre, la testigo Fanny Delgado, apenas podía darle cien colones diarios, como lo

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

narró ésta en la audiencia. Esta variable del dinero viene a reforzar la versión de la víctima, quien narró que era "compensada" por su abusador regalándole dinero y artículos que expendía en el negocio y contribuye a valorar la distorsión que todos estos eventos pudieron generar a nivel emocional en ella y así lo razonan los Juzgadores, sin que los elementos del relato que la menor hizo ante la psicóloga forense y que extraña la defensa contribuyan a deslegitimar estas conclusiones pues de ese mismo relato se extraen, por el contrario, todos los elementos que sustentan el fallo en los dos hechos que tienen por demostrados y que la niña también narró en esa oportunidad. Así las cosas, el reclamo carece de sustento y se impone su rechazo[...]. Por todo lo expuesto, es claro que no pueden colocarse al mismo nivel de un testimonio las referencias que la menor dio al perito porque no son testimonios, ni puede confrontarse en debate a un menor sobre "lo declarado" al perito, porque ni es función del perito recibir "declaraciones testimoniales" a los menores, ni lo que éstos digan pueden ser consideradas declaraciones o testimonios, sino la referencia necesaria, la historia clínica indispensable sobre la que debe basarse el estudio pericial y la que servirá de base para las conclusiones que se obtengan, que son la prueba a valorar. Sin embargo, estos datos que allí se dieron, junto al resultado de la pericia y aunado a todas las variables antes señaladas que obligan a los Juzgadores a ser sumamente cuidadosos, utilizando las reglas especiales que se imponen al valorar la declaración de los menores que han sido víctimas de abuso sexual, tal cual ha sido extensamente considerado en esta sentencia, pueden y deben ser ponderados para contextualizar los hechos, como elementos que lleven a entender y comprender el comportamiento del menor a lo largo del proceso, el camino que ha recorrido y el posible escenario de revictimización que ha pasado, como elementos para complementar la valoración que de lo narrado en la audiencia corresponda realizar. Por ello es reiterada la posición de esta Sala en cuanto a que, como ya se indicó " [...] En materia de delitos sexuales y especialmente en perjuicio de menores de edad,

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

es usual que los niños no relaten en forma idéntica los acontecimientos, pues precisamente por la naturaleza de éstos, se generan en el menor una serie de impactos emocionales y de procesos de adaptación que los llevan a recordar en forma episódica ciertos aspectos, a omitir otros, o a recordar elementos que antes no tenían presentes, evolución que depende en mucho de las reacciones que el menor observe en su entorno y del apoyo que tenga al enfrentar no solo los hechos, sino la realidad del proceso mismo, como también de su propia estructura emocional, su madurez y su condición. Estas variables deben tomarse en cuenta cuando en forma infundada se pretenda vislumbrar contradicciones y omisiones en la información que un menor pudo dar a lo largo del proceso, pues podrían explicarse razonablemente, si no hay otros indicadores que señalen lo contrario[...] " precedente 820-04, de las 9:56 horas del 9 de julio de 2004. De igual forma es necesario recalcar que las conductas constitutivas de abuso sexual deben valorarse en su contexto, por las implicaciones sociales y culturales tanto del hecho concreto como del ámbito en que se producen y ello lleva a ponderar desde las condiciones propias de la víctima, su edad, la relación con su agresor, el ambiente que rodeó la situación que se estima abusiva, el tipo de acercamiento, la zona del cuerpo tocada, rozada o de algún modo violentada, así como la conducta y posición del agresor, todo ello a fin de calificar la conducta como constitutiva de abuso sexual. Se ha considerado que en el delito de abuso deshonesto: " [...] la acción recae directa y necesariamente sobre la humanidad o corporeidad física de la víctima y en todos los casos de contacto físico, deberá constatarse que éste objetivamente importe un sentido sexual evidente que conoce y quiere el sujeto activo, quien con su conducta logra instrumentalizar el cuerpo de la víctima para abusar de él, accionando deshonestamente sobre el ofendido (tocándolo, besándolo, lamiéndolo, etcétera) o recibiendo sobre su propio cuerpo -o el de un tercero- la acción de aquel, o induciendo a la víctima a actuar deshonestamente sobre sí misma. El abuso deshonesto también puede tratarse de acciones que no

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

importen un contacto sexual objetivo respecto de otros sentidos diferentes al tacto, como el de la vista, caso en el cual la conducta del agente provoca que el cuerpo de la víctima devenga en mero objeto de contemplación (por ejemplo, obligar a la víctima a tocarse impúdicamente o a desnudarse, levantarle la falda, etcétera). La comisión de este delito no incluye -aunque puede suceder- la posibilidad de eventuales alteraciones o modificaciones psíquicas que incidan en los sentimientos e instintos sexuales de la víctima a raíz del hecho, pero que no son consecuencias queridas ni previstas y aceptadas como posibles por el autor. Además de examinarse el objeto sobre el cual recae directamente la acción, deben verificarse las características que, según el tipo penal, deberá tener aquella. En los abusos deshonestos la acción, deberá ser simultáneamente "abusiva" y "deshonesta", que son elementos normativo-culturales. Abusar deshonestamente -en el contexto del tipo penal y el bien jurídico tutelado- es aprovecharse mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente del cuerpo de una persona, haciéndolo objeto de trato sensual, impúdico, obsceno, concupiscente o lascivo (desde un punto de vista objetivo, pues basta con que el acto sea objetivamente impúdico, conforme al pudor o reserva sexual aceptada como norma social por la generalidad de las personas en una cultura dada, siendo irrelevante que haya o no excitación o satisfacción sexual por parte del autor o que la víctima tenga o no conciencia de lo que el hecho significa) contra su voluntad expresa o presunta, valiéndose para ello de violencia corporal sobre la víctima (cuando ésta es incapaz de oponer resistencia seria, persistente, real o efectiva, sin que se requiera la resistencia heroica) o de intimidación (todo acto de violencia moral idóneo para producir temor en el ánimo del sujeto pasivo, en forma tal que se encuentre obligado a soportar o ejecutar la acción que el agente impone), o de relaciones de autoridad, confianza, o superioridad derivadas de cualquier situación, o de la poca edad, inexperiencia, ignorancia o inadvertencia de la víctima o de su incapacidad física o mental para resistir. El

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

autor, como se dijo anteriormente, usa el cuerpo de la víctima cuando ésta recibe sobre sí el acto del autor, o cuando ella actúa -por obra del agente- sobre su propio cuerpo, o sobre el del autor o el de un tercero [...] ". 244-04 de las 9:25 horas del 19 de marzo de 2004. Estos conceptos ya habían sido expuestos y profundizados desde el precedente # 329-95 de 15:40 horas del 8 de junio de 1995. Así las cosas, si bien la acusación no expresa que la conducta que se atribuye al acusado tuviera un fin libidinoso, sí contiene los elementos necesarios para establecer que el agente se aprovechó de momentos en que la menor se quedaba a solas con él, para introducir su mano en el calzón y tocarle sus glúteos, acto con claro contenido sexual y de connotaciones abusivas, por lo que erró el Tribunal al estimar que, de acreditarse tales eventos, no podría aplicar el tipo penal que se acusó, por todo lo expuesto. Así las cosas, los reclamos deben acogerse. Se anulan el fallo, así como el debate que le precedió y se dispone el reenvío para la realización de un nuevo juicio como corresponde. "

ELEMENTOS DEL TIPO EN RELACIÓN CON LA INCAPACIDAD DE RESISTIR

[SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.]⁹

" II.- Único motivo por el fondo y cuarto motivo por la forma : errónea aplicación del artículo 161 del Código Penal en relación con el 156 iusidem por falta de tipicidad objetiva de la conducta tenida por probada en relación con los dos delitos de abusos deshonestos cometidos en perjuicio de S.A.J.. El defensor público

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

alega la atipicidad de los hechos, pues en relación con el primer delito de abusos deshonestos, " no explica el juzgador si esa toma de brazos de Sosa Quirós a J.A. es el medio de violencia ejecutado por el primero para vencer la resistencia activa de la segunda, y propinar el beso constitutivo del abuso deshonesto, sea si hay relación de causalidad directa entre la toma de brazos y la comisión del abuso; o si bien, constituye esta toma de brazos por el contrario, una acción carente de contenido violento, como podría ser una acción de cortejo previa a la acción del beso.- Por lo anterior, y al no dotarse de contenido tal acción, en consecuencia al no existir sobre este hecho probado una descripción clara de violencia sobre la víctima, y al contar la misma para el momento de los hechos con trece años de edad, y no advertirse algún estado de enajenación mental o incapacidad para resistir; la conducta tenida probada por el ad-quo, sea el beso que le propina Sosa Quirós a J.A., al no verse complementada con las circunstancias descritas en el texto del artículo 156 del Código Penal, donde y al margen de su reproche moral de la acción, no se ajusta a las previsiones normativas del artículo 156 del Código Penal, por que la acción reprochada, devendría en atípica .-" [sic] (folio 446). Los reclamos deben rechazarse: Esta Sala ya se ha pronunciado respecto de la incapacidad para resistir en este tipo de asuntos de índole sexual; así, en la sentencia número 344 de las 14:20 horas de abril de 2002 señaló que se: "... reprocha que los juzgadores aplicaron indebidamente los artículos 156 y 158 del Código Penal e irrespetaron lo dispuesto en el artículo 160 del mismo texto. Considera que de los hechos que el a quo tuvo por demostrados no se obtiene, a partir de 1994, que la menor -quien ya entonces superaba los doce años de edad- hubiese sufrido intimidación, ni ninguna otra de las situaciones que prevé el artículo 156. Añade que si bien el a quo, en el Considerando III del fallo, menciona que la ofendida afrontaba un "síndrome de invalidez aprendida", a causa de la posición de poder del imputado, tales supuestos no pueden catalogarse como actos intimidatorios, en los términos de la norma de cita, sino que a lo

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

sumo constituirían circunstancias que califican el tipo penal agravado. Las presuntas amenazas descritas en la sentencia no eran idóneas (graves, reales, posibles y actuales) capaces de influir en las decisiones de la menor. Además, ella posee la capacidad cognoscitiva y volitiva para comprender el carácter de sus actos, por lo que no se hallaba incapacitada para resistir. Concluye la defensa que en la especie deben recalificarse las conductas al delito de estupro e imponer la pena mínima correspondiente. El reparo no es atendible. Los juzgadores tuvieron por demostrado que el justiciable sometió a la menor [...] a distintas y reiteradas agresiones sexuales desde que ella tenía, aproximadamente, seis años de edad y hasta 1998, cuando contaba con diecisiete años. Para realizar los actos, que consistieron en abusos y repetidos accesos carnales, el acusado se prevaleció de su condición de padrastro de la menor, de la convivencia familiar y de las constantes amenazas y maltrato a los que recurría, al extremo de que la esperaba en las afueras de su centro de estudios y le impedía relacionarse con otras personas. También se demostró que la víctima no encontró apoyo de ninguna índole en su madre y, con base en la pericia psiquiátrica evacuada, se determinó que afronta un "síndrome de invalidez aprendida", producto directo del trauma que le significó el haber sufrido ese tipo de agresiones desde tan corta edad, de las que incluso nació una niña. En esta tesitura, estima la Sala que los delitos ocurridos a partir de que la agraviada cumplió los doce años de edad, en modo alguno pueden calificarse como "estupro", pues este supone un consentimiento libre para el acceso carnal, aunque propiciado por la inexperiencia sexual del sujeto pasivo. En la especie, lo que se observa -aun dejando de lado que según lo hace ver el a-quo, sí existieron amenazas y actos constantes de intimidación que por sí solos constituyen una de las formas típicas del delito de violación-, es que la menor se hallaba psicológicamente incapacitada para resistir las acciones del justiciable. Tal incapacidad no hace referencia exclusiva a las condiciones intelectuales del sujeto pasivo -como parece

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

entenderlo quien impugna-, sino a todos aquellos factores - mentales, físicos o psicológicos- que impidan a la víctima ejercer o mantener una adecuada defensa de su libertad sexual, de los que se aprovecha el agente para lograr su cometido. En el presente caso, resulta claro que fue el propio justiciable quien creó tal incapacidad, desde la infancia de la ofendida, a través de sus repetidas acciones; y que se prevaleció de ella para continuarlas durante la adolescencia de [...] , conforme lo describe el fallo. Por lo demás, debe apuntarse que la idoneidad de las amenazas o de la intimidación para someter la voluntad del sujeto pasivo no puede valorarse en forma abstracta, sino a partir del caso concreto, considerando, en particular, los vínculos que unen al agente con la víctima (v. gr.: situaciones de poder), la capacidad de aquel de darles cumplimiento o el temor fundado del sujeto pasivo de que puedan hacerse realidad, en las circunstancias propias del entorno vivencial. Por ello, la calificación de "inidóneas" que la defensa otorga a las amenazas constantes del justiciable contra la menor, obedece a criterios subjetivos y apriorísticos que no pueden ser compartidos. Así las cosas, se desestima el reclamo ." Este criterio respecto de la incapacidad para resistir lo mantiene esta Sala para este caso concreto contra José Miguel Sosa Quirós. El impugnante reclama que el Tribunal no explica cómo se da esa incapacidad, sin embargo; se aprecia a partir del folio 429 la explicación que extraña el defensor público. Los juzgadores indican que la circunstancia objetiva aplicable a este caso es la regulada en el inciso 2º del artículo 156 del Código Penal pues: "... S.A.J. se encontraba incapacitada para resistir las agresiones sexuales de que era objeto por parte de SOSA QUIROS . " (folio 429 vuelto) y para llegar a tal conclusión analizan el testimonio de Carol Garita Lizano -perito-, el dictamen pericial psicosocial clínico forense número 14-2001 (folios 187 a 195) y las condiciones físicas y psicológicas de la ofendida citada. Respecto de estas últimas nótese que los jueces de juicio consideran la sordomudez y la diferencia entre la edad cronológica -trece años- y la psicológica

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

-ocho o nueve años-, y en concordancia con el criterio pericial establecen que la capacidad de reacción de la menor era mínima (cfr. folio 430): " Si tenemos en cuenta que la joven S.A.era sordomuda lo que representa una incapacidad, su capacidad de reacción era mínima ante el desbalance cognoscitivo sobre la agresión sexual y su significado, y si su edad maduracional era de una niña de 8 a 9 años, entonces debemos arribar, inexorable e indefectiblemente, a la conclusión de que S.A.J.se hallaba incapacitada para resistir las agresiones sexuales de que fue objeto por parte del encartado SOSA QUIROS, teniendo en cuenta todos estos aspectos mentales, físicos y psicológicos a los que hace referencia la Sala Penal en la resolución ut-retro apuntada ." Este análisis es correcto. El estado de indefensión que nos ocupa no solo depende de factores físicos, puede provenir de elementos psicológicos o mentales. En este caso particular, la ofendida se ve afectada por un elemento físico -sordomudez- y uno psicológico -diferencia de edades cronológica y psicológica-, que le hacen incapaz de defenderse como lo exige el recurrente. Aunado a tales consideraciones, nótese que la causal objetiva por la que el Tribunal califica los hechos de abusos deshonestos agravados lo es por la incapacidad de resistir de la víctima y no por el uso de violencia. Así, deviene irrelevante al caso concreto considerar la acción de "agarrar por los brazos a la ofendida" como la violencia que echa de menos el defensor público; interesa la incapacidad para defenderse expuesta por el Tribunal -en forma correcta- y que es motivo impugnatorio del licenciado Ricardo Barahona Montero. A pesar de ello, esta Sala es del criterio de que tal acción de "agarrar por los brazos a la menor", para darle el beso citado, si debe considerarse como una forma de violencia a efecto del tipo penal acusado, pues al confrontar tal acto con los elementos personales de la menor -sordomudez y diferencia de edades cronológica y psicológica-, la situación -en un baño de las instalaciones del centro educativo- y la relación de respeto y confianza de la víctima hacia el imputado en sus condiciones de estudiante y conserje, aquél implica un despliegue de fuerza sobre

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

el cuerpo de la menor de tal magnitud que la somete sin oportunidad para ésta de defenderse. Por estas consideraciones, la tesis del recurrente acerca de una atipicidad de la conducta del endilgado debe rechazarse; si concurren las condiciones objetivas del tipo penal, que echa de menos, en específico la imposibilidad para S.A.J.de resistir. [...] IV.- Segundo motivo por la forma : inobservancia del debido proceso por violación al principio de in dubio pro reo: El recurrente reclama que de la prueba no se determina de forma unívoca la intención libidinosa del acusado en la comisión del abuso, por lo que al ser la misma un componente de la tipicidad acusada y no estar presente

en este caso, debe absolverse a su defendido por el principio de in dubio pro reo. El reclamo debe rechazarse: Nótese que en el delito de abusos deshonestos la acción recae directa y necesariamente sobre la humanidad o corporeidad física de la víctima y en todos los casos de contacto físico, deberá constatarse que éste objetivamente importe un sentido sexual evidente que conoce y quiere el sujeto activo, quien con su conducta logra instrumentalizar el cuerpo de la víctima para abusar de él, accionando deshonestamente sobre el ofendido (tocándolo, besándolo, lamiéndolo, etcétera) o recibiendo sobre su propio cuerpo -o el de un tercero- la acción de aquel, o induciendo a la víctima a actuar deshonestamente sobre sí misma. El abuso deshonesto también puede tratarse de acciones que no importen un contacto sexual objetivo respecto de otros sentidos diferentes al tacto, como el de la vista, caso en el cual la conducta del agente provoca que el cuerpo de la víctima devenga en mero objeto de contemplación (por ejemplo, obligar a la víctima a tocarse impúdicamente o a desnudarse, levantarle la falda, etcétera). La comisión de este delito no incluye -aunque puede suceder- la posibilidad de eventuales alteraciones o modificaciones psíquicas que incidan en los sentimientos e instintos sexuales de la víctima a raíz del hecho, pero que no son consecuencias queridas ni previstas y aceptadas como posibles por el autor. Además de examinarse el objeto sobre el cual recae

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

directamente la acción, deben verificarse las características que, según el tipo penal, deberá tener aquella. En los abusos deshonestos la acción, deberá ser simultáneamente "abusiva" y "deshonesta", que son elementos normativo-culturales. Abusar deshonestamente -en el contexto del tipo penal y el bien jurídico tutelado- es aprovecharse mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente del cuerpo de una persona, haciéndolo objeto de trato sensual, impúdico, obsceno, concupiscente o lascivo (desde un punto de vista objetivo, pues basta con que el acto sea objetivamente impúdico, conforme al pudor o reserva sexual aceptada como norma social por la generalidad de las personas en una cultura dada, siendo irrelevante que haya o no excitación o satisfacción sexual por parte del autor o que la víctima tenga o no conciencia de lo que el hecho significa) contra su voluntad expresa o presunta, valiéndose para ello de violencia corporal sobre la víctima (cuando ésta es incapaz de oponer resistencia seria, persistente, real o efectiva, sin que se requiera la resistencia heroica) o de intimidación (todo acto de violencia moral idóneo para producir temor en el ánimo del sujeto pasivo, en forma tal que se encuentre obligado a soportar o ejecutar la acción que el agente impone), o de relaciones de autoridad, confianza, o superioridad derivadas de cualquier situación, o de la poca edad, inexperiencia, ignorancia o inadvertencia de la víctima o de su incapacidad física o mental para resistir. El autor, como se dijo anteriormente, usa el cuerpo de la víctima cuando ésta recibe sobre sí el acto del autor, o cuando ella actúa -por obra del agente- sobre su propio cuerpo, o sobre el del autor o el de un tercero. La repetición de actos deshonestos en ocasiones o con víctimas diferentes da lugar a un concurso de delitos. En los abusos deshonestos se tutela la esfera de reserva, decoro, pudor u honestidad sexual de las personas, contra las acciones que puedan lesionarla o ponerla en peligro. Por otra parte, el tipo subjetivo de este delito exige que el autor tenga conocimiento y voluntad de realizar los elementos, normativos y descriptivos del tipo objetivo. (cfr. de esta Sala, sentencia

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

número 328 de las 09:45 horas de 28 de junio de 1996; sobre la figura básica de los abusos deshonestos, véanse: BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar: Código Penal , Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987, página 400 y 401; CUELLO CALON, Eugenio: Derecho Penal , Parte Especial , Barcelona, Editorial Bosch, 1961, tomo II, páginas 521 y 522; FONTAN BALESTRA, Carlos: Derecho Penal , Parte Especial , Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1978, página 185 a 199; LOPEZ BOLADO, Jorge Daniel, y otros: Violación. Estupro. Abuso Deshonesto , Buenos Aires, Ediciones Lerner, 1971, páginas 145 a 169); LLOBET, Javier y RIVERO, Juan Marco: Comentarios al Código Penal , San José, Editorial Juricentro, 1989, páginas 253; RODRIGUEZ DEVESA, J.M.: Derecho Penal Español , Parte Especial , Madrid, Artes Gráficas Carasa, 1983, páginas 156 y 181 a 183; SOLER, Sebastián: Derecho Penal Argentino , Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1976, tomo III, páginas 297 a 303). En este caso contra José Miguel Sosa Quirós no debe considerarse en forma individual, parcial y aislada la acción del encartado de tocar con sus dedos el glúteo de la ofendida, pues como parte de los factores que conforman el elemento objetivo se encuentra la situación y el momento de los hechos. Los jueces de juicio exponen en forma correcta tales aspectos al indicar a folio 435 que: " El tocamiento que SOSA QUIROS realizó sobre la menor M.R.en su glúteo no debe verse aislado, ni separado de todo el ambiente en que sucedió. Efectivamente, el encartado SOSA QUIROS tenía, prácticamente, una zona de terror o de peligro para sus actuaciones impúdicas, que consistía la zona de los baños, tanto del colegio como los del gimnasio, zona dentro de la cual a las menores les daba miedo introducirse solas. En dicho sitios el indiciado SOSA QUIROS procedía a practicar actos de voyeurismo (popularmente conocido como "samueleo" o "fisgoneo") con las menores al verlas orinando y cambiándose de ropa [...] Y es que precisamente el tocamiento ocurre en esa zona de peligro que las menores describen de los baños, y téngase en cuenta que la jurisprudencia ha establecido que resulta irrelevante que haya o no excitación o satisfacción sexual por parte del autor. Bastó que

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

el tocamiento fuera sobre una parte del cuerpo impropia o prohibida por nuestras costumbres para andarla tocando sin derecho alguno y mucho menos en este caso a una menor de edad ." La ideas expuestas son correctas. En efecto, la situación en que se desarrollan los hechos evidencian el carácter libidinoso de los actos del encartado. El tocamiento se dio en el baño de mujeres, a pesar de que aquél no debía estar en ese lugar pues no le correspondía su limpieza. Con anterioridad al tocamiento, el imputado desarrolló actos de "vouyerismo" sobre varias estudiantes y en específico sobre la ofendida citada. Tal y como lo señala el Tribunal a folio 431 vuelto y 435, la testigo Griselda Aymerich Pavón dio fe de la existencia del tocamiento y la forma en que se dio, siendo esta última una simulación de un "resbalón" y la fingida necesidad de aferrarse a cualquier cosa para no caer; así, con esa excusa, el imputado realiza el tocamiento del glúteo de la ofendida con sus dedos. Este accionar de José Miguel Sosa Quirós es libidinoso, pues al confrontar la situación con sus "acciones fingidas" es claro y evidente que su interés era tocar lascivamente a la menor. La conducta del endilgado es objetivamente impúdica, pues conforme al pudor o reserva sexual aceptada como norma social por la generalidad de las personas en nuestro país, es inaceptable el tocamiento del glúteo de una niña en el baño de mujeres del centro educativo, sin mediar razón justificativa para ello (verbigracia, un estado de emergencia o motivos médicos). El ámbito de desarrollo de la conducta del justiciable no da lugar a dudas respecto de la libidinosidad de aquella, por lo que la certeza a la que arribó el Tribunal no merece reproche alguno. Por las consideraciones expuestas, se rechaza el reclamo. V.- Motivos tercero, quinto y sexto por la forma : fundamentación contradictoria de la sentencia e irrespeto de las normas de la sana crítica por violación de las reglas de la lógica, en específico las reglas de la derivación probatoria y la razón suficiente: El recurrente reprocha la existencia de tres versiones contradictorias rendidas por la menor S.A.J.: la primera como notitia criminis introducida al proceso por medio de la

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

denuncia interpuesta por el padre de la víctima, la brindada en la entrevista realizada por la psicóloga clínica Karol Garita Lizano y que se vio plasmada en el dictamen pericial clínico forense número 14-2001 de folio 187 a 195, y la versión que rinde en el debate al declarar. Asimismo considera que esta última versión es contradictoria respecto de los manifestado por Ana Patricia Jorrolds Rodman, José Araya Chaves, Patricia Ramírez Zúñiga y Karol Garita Lizano. Los reclamos deben rechazarse: El recurrente expone en sus alegatos tercero, quinto y sexto consideraciones subjetivas de lo que el califica como versiones diferentes respecto de los hechos y que fueron rendidas a lo largo del proceso por la menor ofendida y varios testigos. Con su reclamo, el defensor público no establece motivo impugnatorio alguno acerca de la sentencia, sino que realiza una valoración subjetiva de lo que llama "versiones". El licenciado Ricardo Barahona Montero procura que esta Sala realice un análisis probatorio propio del que deben desarrollar los jueces de juicio en el debate correspondiente y a pesar de que ello sería suficiente para declarar procedente el juicio de inadmisibilidad, debe considerar el recurrente que la prueba esencial para la determinación de los hechos es aquella recibida en el debate, siendo la versión expuesta directamente por la testigo a los juzgadores la que analizan en concordancia con las reglas del correcto entendimiento humano. Respecto de las incongruencias alegadas sobre el tipo y la cantidad de abusos y las circunstancias de ubicación espacial y temporal de los hechos, el Tribunal es claro al señalar que "Efectivamente, para este Tribunal el testimonio de la joven ofendida S.A.J., a través de su intérprete, ha sido contundente.

Encuentra el tribunal que el mismo reúne los requisitos necesarios para ser creíble, coherente, congruente y veraz. Señala la doctrina psicológica y las reglas de la lógica, en materia de síndromes traumáticos, que cuando una persona determinada relata un hecho fáctico y éste es inventado o fantasioso, el mismo tiende a diluirse, a caer en severas contradicciones o a caer en falsedades en los aspectos medulares y trascendentales del mismo,

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

a través del tiempo; pero que cuando la persona ha vivido realmente el trauma, resulta imposible olvidar lo vivido, pues ello ha significado un grave daño en su salud psicológica, y las huellas dañinas no se pueden borrar ni aún a través de los años, salvo con verdadera ayuda profesional. Esto es, precisamente, lo que ha ocurrido en este caso concreto de S.A. Una joven que, a pesar de haber vivido los hechos hace ya varios años, viene ahora ante el Tribunal y con la inocencia de sus gestos (traducidos por la intérprete) relata los abusos a que fue sometida por parte del imputado SOSA QUIROS. Demostró la joven conocer la diferencia entre la verdad y la mentira, demostró una gran valentía y demostró ante este Tribunal la veracidad de cada de sus palabras. La joven S.A. ha sido enfática y ha dicho como el imputado SOSA QUIROS cometía los abusos [...] Para reafirmar la veracidad de los hechos, se cuenta con otras pruebas más: (a) La versión que la joven S.A. le cuenta a la psicóloga Carol Garita Lizano (c.fr. folio 191) es idéntica a la versión que denunciaron sus padres y a la versión que esta joven rindió ante estrados judiciales en el Debate, lo que demuestra la veracidad de su dicho y la realidad de la experiencia vivida, ya que la misma no ha perdido congruencia ni consistencia a través de los años. Siempre ha sido idéntica en tiempo, espacio y hechos; (b) La profesora Teresita Ramírez relata que, efectivamente, los compañeritos de S.A. relataban la forma en que S. era llamada y metida en el baño por el encartado SOSA QUIROS, quien se aprovechaba de que la niña estaba en aula diferenciada, aspecto éste sobre el que se ampliará más adelante para demostrar que la joven S.A. se encontraba incapacitada para resistir la agresión sexual de que era objeto por parte del imputado SOSA QUIROS. Además de ello, ya era "vox populi" en la Escuela la situación anormal que estaba ocurriendo entre el encartado SOSA QUIROS y la menor S.A.; (c) La perito Carol Garita fue enfática en indicar que el relato de la joven S.A. era totalmente creíble ... (folios 427 vuelto y 438). La anterior transcripción es necesaria pues conviene advertir que en materia penal impera el principio de libertad de la prueba, según el cual

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

no rigen en las etapas preparatoria, intermedia y de juicio las limitaciones establecidas por las leyes civiles respecto de la prueba. El legislador incluyó tal principio en el artículo 182 del Código Procesal Penal, por lo que: " Podrán probarse los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa de la ley ", de donde debe entenderse que, a priori y en abstracto, ningún elemento lícito de convicción posee o carece de determinada eficacia probatoria, por cuanto la ley procesal no incluye ninguna tarifa preestablecida a la cual deba ajustarse el juzgador a dichos efectos, sino que lo deja en libertad de valorarlos de manera motivada conforme a las reglas del correcto entendimiento humano (artículo 184 ibídem). Es decir, nuestro actual sistema procesal penal -en la medida que tiende a la averiguación de la verdad real e histórica- permite que todos los puntos objeto del debate se puedan demostrar y por cualquier medio, pues: "... en este sistema el Juez no tiene reglas que limiten sus posibilidades de convencerse, y goza de las más amplias facultades al respecto, (pero) su libertad encuentra un límite infranqueables: el respeto a las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano. La libre convicción se caracteriza, entonces, por la posibilidad de que el magistrado logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa, valorando la prueba con total libertad, pero respetando al hacerlo los principios de la recta razón, es decir las normas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común " (CAFFERATA NORES, José, La Prueba en el Proceso Penal , Buenos Aires, Editorial Depalma, 1986, p. 42. Véanse además las resoluciones de esta Sala números 341-F de las 15:20 horas de 11 de diciembre de 1984; 230-F de las 10:10 horas de 28 de agosto y 346-F de las 09:15 horas de 02 de octubre, ambas de 1987; 382 de las 09:44 horas de 26 de marzo de 1999 y 273 de las 08:32 horas de 17 de marzo de 2000). En este caso contra José Miguel Sosa Quirós, los jueces valoran en conjunto lo que el defensor público denomina "versiones" y concluyen de acuerdo con las reglas de la lógica en la "identidad"

de las mismas . Esa condición debe entenderse como la congruencia que debe existir entre las pruebas cuando se refieren a un hecho o hechos. No implica igualdad, sino similitud, pues obviamente cada testigo tiene contacto con los hechos de una forma específica que le diferencia de los demás. Ello implica que al momento de narrar los hechos, cada testigo lo hace desde su visión de los mismos, la cual es producto del contacto individual con la realidad. Las "versiones" que califica el recurrente como contradictorias tienen elementos coincidentes y otros que no lo son, sin embargo, ello se debe a lo indicado respecto de la apreciación de cada testigo tiene de los hechos y al transcurso del tiempo. En el caso de la ofendida S.A.J.no debe pretenderse que repita literalmente su dicho en tres ocasiones, sobre todo cuando entre una manifestación y otra existe un espacio temporal considerable, aunado a la edad y desarrollo intelectual de la menor. Resulta contrario a las normas de la lógica obligar a una víctima que cuenta con las condiciones señaladas repetir una y otra vez sin variar un ápice su dicho. Obviamente resultan inaceptables variaciones que hagan irreconciliables las versiones, pero diferencias en cuanto al número de besos o si éstos se dieron dentro o fuera del baño de mujeres del centro escolar, para este caso concreto resultan insignificantes a efectos de considerar con base en el análisis de todo el acervo probatorio la veracidad de los actos de abuso cometidos por el imputado. Por las consideraciones indicadas debe declararse sin lugar el recurso de casación formulado por el defensor público Ricardo Barahona Montero. "

CONFIGURACIÓN ABUSOS DESHONESTOS

[SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA]¹⁰

"III.- [...].- En cuanto al cuarto motivo de revisión, en el sentido de que los tocamientos de que fueron objeto las ofendidas

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

no configuran el delito de abuso sexual contra personas menores de edad, al no cumplir con el requisito de "abusivo", por considerar que debe aplicarse la contravención de tocamientos inmorales, debe rechazarse. El Tribunal fue muy amplio al momento de explicar por qué razones se trató del delito referido y no de aplicación de una figura contravencional, que fue precisamente la tesis sostenida por la defensa durante el trámite del juicio. Así, explicó que la contravención: "... implica el aprovechamiento de circunstancias no preordenada por el sujeto agente..." (folio 283), lo que fue muy diferente en este caso, ya que: "... tanto el tocamiento de la vagina de N., como en el intento de tocar los glúteos de N., el imputado Marvin Geovanny Muñoz Muñoz tuvo un protagonismo directo, acosó a sus víctimas y desplegó el acto de tocamiento con fines evidentemente sexuales..." (folio 283) . El tipo penal de abuso sexual no requiere que el acto sea abusivo - como alega el convicto - sino basta con que se trate de cualquier acto objetivamente impúdico. (Ver en este sentido Fontán Balestra, Derecho Penal, Parte Especial, Editorial Abeledo-Perrot, 1998, pág. 238; Creus, Carlos, Derecho Penal Parte Especial, Editorial Astrea, 1992, pág. 232). Ya esta Sala se ha pronunciado en cuanto a los requisitos necesarios para que se estime cumplida la figura de los abusos deshonestos y ha señalado al efecto que: "abusar deshonestamente" es aprovecharse mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente del cuerpo de una persona, haciéndolo objeto de trato sensual, impúdico, obsceno, concupiscente o lascivo -desde un punto de vista objetivo (basta con que el acto sea objetivamente impúdico, conforme al pudor o reserva sexual aceptada como norma social por la generalidad de las personas en una cultura dada, siendo irrelevante que haya o no excitación o satisfacción sexual por parte del autor o que la víctima tenga o no conciencia de lo que el hecho significa)- contra su voluntad expresa o presunta, valiéndose para ello, entre otras hipótesis legales, de violencia corporal o intimidación. A lo anterior debe agregarse que el bien jurídico tutelado por el tipo de abusos deshonestos es la esfera de reserva, decoro, pudor y libertad

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

sexual de las personas contra las acciones que puedan lesionarlo... . (SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia 329-F de 15:40 horas del 8 de junio de 1995). Con base en los acontecimientos que el Tribunal tuvo por demostrados, recibieron de su parte la calificación apropiada de abuso sexual cometido contra persona menor de edad, de los cuales uno fue consumado en daño de N.B.B. y otro quedó en estado de tentativa, en perjuicio de N.B.Z., de allí que el reclamo deba declararse sin lugar. "

TOCAMIENTOS Y PROPUESTAS DE CONTENIDO SEXUAL

[TRIBUNAL DE CASACION PENAL]¹¹

"I.- Planteamiento del conflicto.- La Licda. Maruxinia Marín Mata, Juez de Faltas y Contravenciones de San Joaquín de Flores, Heredia, con fundamento en los artículos 161 del Código Penal, 48 del Código Procesal Penal y 93 inciso 6) de la ley Orgánica del Poder Judicial, ha planteado conflicto de competencia con el Juez penal de esa localidad, por las siguientes razones: "1. Denunció la ofendida [V.R.G.] de dieciséis años lo siguiente: ' El día 22 de julio del presente año yo fui a ver a mi tío de nombre José Manuel Rodríguez quien estaba hospitalizado en el Cenare en San José. Y me fui con mi primo Oscar quien al final decidió llevarnos y Oscar le dijo a mi madre que llamara a mi tía Beatriz para decirle que los familiares o sea mi tío Bolívar, Claudio y yo nos fuimos con él al Hospital, para que ella no pasara por nosotros. Yo fui a ver a mi tío pero me tenía que venir rápido para la casa a estudiar. Y Oscar dijo que también él tenía que venirse para la casa. Yo me vine sola con él en el carro y de camino me decía lo siguiente: 'Que yo estaba muy bonita, que tenía unos labios muy ricos, que lo atraía mucho sexualmente, y que

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

estaba para chuparme toda'. Luego me puso la mano derecha encima de mi pierna izquierda yo le quité la mano y de pronto se metió al motel el dorado con el carro. Yo le dijo Oscar que estamos haciendo aquí. El me respondió usted sabe que es esto. Le respondí sí un motel. Y usted sabe que se hace aquí, yo le dije que sí y aún sigo sin entender que hacemos aquí. Oscar metió el carro en el garaje. Oscar se quitó la camisa yo le dije vamos de aquí porque sino comienzo a gritar, Oscar me dijo: si mi amor tiene razón perdón porque soy muy débil sexualmente...' (folios seis a nueve).

2.- El señor Fiscal Auxiliar de San Joaquín, de fecha 28 de agosto de este año, consideró que los hechos denunciados no son constitutivos de delito alguno, sino de la contravención de PROPOSICIONES IRRESPETUOSAS prevista en el artículo 385 inciso 4) del Código Penal y solicitó al Juez Penal local la remisión del legajo a este despacho (folios once y doce).

3. En resolución de las nueve horas del treinta de agosto pasado, el Juez Penal de San Joaquín, sin fundamentar absolutamente su decisión, consideró '...que lo único que realizó el encartado fue proposiciones irrespetuosas a la ofendida, no cometiendo ningún acto que se pueda considerar delito...' y por ello dispuso la remisión del expediente a este Juzgado (f. trece).

4. No comparte la suscrita juez la posición del señor Juez penal al considerar que nos encontramos ante una contravención, ya que resulta harto evidente de lo denunciado por la menor ofendida que los hechos de ser ciertos, bien podrían constituir el delito de ABUSO SEXUAL CONTRA PERSONA MENOR DE EDAD previsto en el artículo 161 del Código Penal, ya que de la simple lectura de la narración de hechos de la perjudicada, fácilmente se infiere que en el ánimo del imputado existían fines libidinosos, por lo que bien podría configurarse en la especie un delito sexual en daño de menor de edad. En efecto, la conducta que supuestamente desplegó el señor Rodríguez Murillo tenía fines sexuales: le insinuó que ella le atraía mucho sexualmente, que estaba para chuparla toda, que tenía los labios muy ricos, le introdujo su mano derecha entre sus piernas, le tocó su pierna izquierda y luego ante la actuación de

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

la menor para impedir esto, volvió a introducirle la mano más arriba cerca de su vagina y por último la llevó a un motel, sitio que, por lo menos en nuestra cultura es apto para la realización de actos sexuales. La forma en que lo hizo fue abusiva, la ofendida es una menor de edad. En cuanto a este punto, la menor amplió su declaración en escrito de folios quince a diecisiete cuando sostiene: '... en contra de mi voluntad, metió su mano derecha entre mis piernas, tocándome por supuesto la pierna izquierda, se lo quise impedir, él retiró la mano y volvió a introducirla entre mis piernas, esta vez más arriba, más cerca de mi vagina, le sostuve la mano y no contento con ello, se introdujo al Motel El Dorado ' Estos hechos definitivamente, de ser ciertos, bien pueden constituir un delito de carácter sexual como se señaló líneas atrás y no una simple contravención. Por ello, ante los Honorables Jueces del Tribunal de Casación Penal del II Circuito Judicial de San José, se presenta conflicto de competencia con el Juez Penal de esta localidad al no compartir su criterio y se solicita respetuosamente, se defina que autoridad debe conocer de los mismos y si estos constituyen un delito o una contravención" (sic) II.- Se resuelve.- Para la resolución del conflicto de competencia planteado es conveniente hacer un recuento de los antecedentes de este asunto. El Fiscal del Ministerio Público Luis Soto Barrantes recibió las denuncias de la menor ofendida V.R.G. (cfr. folios 6 a 9) y de la madre de esta, Sra. Iris Mayela González Murillo (cfr. folios 1 a 5) el día 22 de agosto de 2006. El 29 de agosto, el Fiscal Soto Barrantes le solicitó al Juez Penal del Primer Circuito Judicial en San Joaquín de Flores que remitiera el legajo de investigación al Juez Contravencional de la localidad porque -en su criterio- los hechos denunciados no son constitutivos de delito alguno, sino de la contravención de «Proposiciones irrespetuosas» que prevé el artículo 385 inciso 4 del Código Penal. El Juez Penal Jorge Luis Villalobos Araya, mediante resolución de las 9:00 horas del 30 de agosto de 2006, y resolvió: " Considera el suscrito que lleva razón el señor Fiscal, de la relación de hechos realizada por la

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

denunciante, se evidencia que lo único que realizó el encartado fue proposiciones irrespetuosas a la ofendida, no cometiendo ningún acto que se pueda considerar delito y por ello, lo procedente es decretar la incompetencia de la presente causa, remitiendo la misma, ante el Juzgado Contravencional de esta ciudad, para lo que en derecho corresponde " (folio 13). Hay que indicar que la ofendida V.R.G, mediante escrito visible a folios 22 a 24, se opuso a la petición del Ministerio Público, acusó actividad procesal defectuosa e interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio, alegando que los hechos constituyen un delito de «Abusos sexuales contra persona menor de edad» que prevé y sanciona el artículo 161 del Código Penal. La gestión fue declarada sin lugar por el Juzgado Penal en cuanto a la actividad procesal defectuosa y el recurso de revocatoria, mediante resolución de las 8:00 hrs. del 19 de setiembre de 2006 (cfr. folio 25) y el Tribunal Penal de Juicio de Heredia declaró inadmisibile el recurso de apelación, mediante el voto n° 527 de las 8:27 horas del 25 de octubre de 2006 (cfr. folio 29).- Debe darse la razón al Juez Contravencional.- En efecto, tanto el Fiscal como el Juez Penal han considerado, sin dar razones suficientes para justificar su tesis, que se está en presencia de una de las Contravenciones contra las Buenas Costumbres, específicamente la denominada «Proposiciones irrespetuosas», que sanciona con pena de cinco a treinta días multa " A quien expresare a otro frases o proposiciones irrespetuosas, le dirigiere ademanes groseros o mortificantes, o le asediare con impertinencias de hecho, orales o escritas " (artículo 385 inciso 4° del Código Penal), norma que a primera vista no pareciera comprender en sí todo el contenido injusto de la conducta que supuestamente el encartado Oscar Rodríguez Murillo realizó en perjuicio de la menor ofendida, según ella la describe. La acción que la menor V.R.G. atribuye al encartado, en los términos que ella ha utilizado en su denuncia (folios 6 a 9) y en el memorial de folios 15 a 17, comprometió o puso el peligro diversos bienes jurídicos fundamentales de la ofendida, como la autodeterminación

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

sexual y libertad ambulatoria, pues él no sólo expresó calificativos y proposiciones de índole sexual, sino que sorpresivamente la llevó, en contra de su voluntad, hasta un motel, ingresó a la cochera de una habitación y la tocó con su mano entre las piernas, cerca de la vagina, se quitó la camisa e insistió para que entraran a tener relaciones sexuales, lo que finalmente no hizo porque ella lloró y le advirtió al encartado que gritaría si no se iban de ahí, todo lo cual sugiere razonablemente la posibilidad de que esa conducta eventualmente pudiera calificarse como constitutiva de alguna de las figuras que tutelan penalmente aquellos bienes jurídicos. Se aprecia claramente que la acción del encartado, según la describe la ofendida, contiene más elementos y circunstancias de relevancia jurídico penal que las que han sido señaladas por el Fiscal en su escrito de folios 11 y 12 para afirmar que se está en presencia de una simple contravención. En este caso, hasta tanto la Fiscalía no haga una determinación objetiva y fundada acerca del hecho que ha de constituir objeto del proceso, lo prudente es que el asunto siga siendo conocido ante el Juzgado Penal, porque si en el proceso ordinario se determinare que la conducta constituye una contravención, no se causaría alguno perjuicio al imputado (quien, por el contrario, gozaría de mayores garantías jurisdiccionales durante el procedimiento) ni carecería de competencia el Juez Penal para hacer la calificación que correspondiera. En cambio, si se adoptara el procedimiento especial para juzgar las contravenciones y luego se determinaren hechos constitutivos de delito, el Juez Contravencional carecería de competencia para hacer la declaratoria correspondiente y se frustraría la garantía constitucional de dar justicia pronta y cumplida para quien ha ocurrido ante la jurisdicción a encontrar reparación por una conducta injusta que le ha causado daño en su persona. En consecuencia, conforme a los artículos 93 inciso 6 y 102 párrafo cuarto de la Ley Orgánica del Poder Judicial, corresponde declarar que el competente

para conocer de este asunto es el Juzgado Penal de San Joaquín de

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Flores. Comuníquese lo resuelto al Juzgado de Faltas y Contravenciones de San Joaquín de Flores y remítase el expediente al competente a la mayor brevedad posible. Notifíquese. "

**ABUSOS DESHONESTOS: APLICACIÓN DEL PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO
, VALORACIÓN DEL INFORME POLICIAL Y DENUNCIA EN EL CASO CONCRETO**

[SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA]¹²

" I. [...] En lo que concierne al informe policial visible en el folio 6, tampoco es cierto que las juezas omitieran examinarlo. Al contrario, acuden a él para señalar que, según lo que allí se consigna, tanto la ofendida como su hermano describieron al agresor como una persona "joven de unos 20 años", mientras que al comparecer al reconocimiento judicial, la niña dijo que se trataba de un hombre "viejo, más viejo que mi papá" (ver folios 16 y 226). Para aclarar la importancia de este tema, conviene rescatar lo que se destaca en el fallo y es que en setiembre de 1998 se denunció a un sujeto ignorado como autor del delito y no es sino en enero de 2002 cuando la niña logra identificarlo por haberlo visto mientras viajaba en un autobús. El dato sería irrelevante de no ser porque el acusado es vecino cercano de la ofendida desde muchos años atrás y, según se demostró a través del testimonio de Iris Calvo Ramírez y de lo dicho por el propio hermano de la agraviada, acostumbra pasar usualmente frente a la casa en que estos últimos residen, con el fin, según manifestó el justiciable, de visitar a familiares suyos que, a su vez, viven junto a las casas de parientes de la menor de edad. Analizando el informe policial que la fiscalía acusa ayuno de estudio, señala el a quo que resulta cuestionable que la niña dijera en 1998 que su ofensor era una persona joven, de unos veinte años y más de tres años después, a la hora de realizar el reconocimiento judicial y sabiendo que

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Pastrán Alvarado es su vecino al que ha visto en muchas ocasiones, manifestara que se trataba de un hombre "viejo". El Ministerio Público sostiene que la descripción de las características físicas del agresor que brindó la ofendida al oficial de policía en 1998 coinciden con las que presenta el acusado (moreno, delgado, cabello negro y con colochos), pero esa afirmación parte de obviar el elemento de la edad, pues no se trató solo de que una niña de seis años calculara erróneamente "unos 20 años", sino que dijo que era un sujeto joven, para luego -tres años después- sostener que era más bien "un viejo, más viejo que mi papá". Amén de lo dicho, a pesar de que tanto la menor de edad como su hermano describieron ciertos rasgos fisonómicos del individuo, lo cierto es que en aquella oportunidad el oficial de policía destacó en su informe que, en su criterio y en el de la madre de los niños, ellos no estaban en capacidad de realizar siquiera un reconocimiento fotográfico porque se mostraban "muy confundidos" en cuanto al rostro del agresor. Lo mismo se indicó respecto de otros dos niños que también observaron al sujeto y que, dicho sea de paso, nunca fueron propuestos por el Ministerio Público como testigos, ni se les entrevistó siquiera para averiguar si Pastrán Alvarado, a quien es posible que conozcan, porque todos son vecinos del mismo barrio, es o no la persona a la que ellos vieron en compañía de la menor de edad. Se colige de lo expuesto que los defectos que se pretende atribuir al fallo no existen, pues basta su sola lectura para comprender con absoluta claridad cuáles son las contradicciones o divergencias que las juezas hallaron en la prueba testimonial aportada por el acusador, por qué son importantes y desembocaron en un juicio de duda acerca de los actos concretos en que se materializó el abuso y quién fue su autor. [...] II. La pericia psicológica y el informe de la Caja Costarricense de Seguro Social sobre la atención que se le ha dado a la niña en ese ámbito terapéutico, son ciertamente pruebas de suma importancia, pero no son las únicas ni vinculan el criterio de los Tribunales, pues la tarea de juzgar compete a los jueces y no a los peritos. Junto a esas probanzas, el a quo escuchó el

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

testimonio rendido de viva voz por la agraviada en el debate y que no concuerda con las manifestaciones hechas ante los peritos; también se recibió la declaración de su hermano, quien, contrario a lo que consignó el oficial de policía en su informe, niega ahora haber visto al hombre que se llevó a la niña mientras jugaban. La tesis defensiva del justiciable encuentra respaldo en una testigo independiente, Iris Calvo Ramírez, vecina que intervino el mismo día de los hechos cuando la ofendida, a gritos, dijo que un "viejillo todo sucio" le dio un beso en la boca. Apuntó la deponente que Pastrán Alvarado es muy conocido en el barrio, que se lo puede ver los fines de semana deambulando en el sector, que reside junto a la casa de la abuela de la ofendida e incluso se ha reunido con dicha señora y con la madre de la agraviada en el Comité Vecinal, para atender asuntos propios de la barriada. Las juezas recogen tales datos y la sorpresa de la testigo al escuchar, tres años después de sucedidos los eventos que se investigan, que se acusaba a Pastrán Alvarado, pues amén de que este último es persona muy conocida en el vecindario y desde hace muchos años, lo cierto es que la propia Iris Calvo Ramírez preguntó en 1998 a la ofendida y a otros niños que se hallaban en la plaza quién era el individuo que recién había ejecutado el abuso y todos afirmaron que se trataba de un desconocido. [...]

III. [...] En primer término, no es cierto que las juezas hayan tenido por demostrado que la denuncia interpuesta en este asunto sea falsa. La absolutoria se basa en la duda, lo cual significa que no se pudo establecer, con la certeza requerida para condenar, si Pastrán Alvarado cometió o no el delito que se le atribuye. En segundo lugar, el argumento de que las personas menores de edad pueden demorarse en revelar el abuso por ellas sufrido, no tiene ninguna aplicación en este caso, pues la denuncia fue formulada por la madre de la víctima el mismo día en que ocurrió el hecho, aunque no se denunció a ningún sujeto identificado. Por lo demás, no se encontraría explicación alguna (ni psicológica ni empírica) para que la niña omitiera identificar a su agresor, si lo conocía, pues ningún vínculo la une con él que pudiera infundirle temor y

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

deseos de callar y, a mayor abundamiento, la actitud de la ofendida no fue la de callar, sino la de gritar en un sitio público que un "viejo sucio" la acababa de besar en la boca, al extremo de que intervinieron niños y vecinos y luego la propia madre para tratar de ubicar al autor de la agresión, buscándolo infructuosamente. "

VÍCTIMA CON INCAPACIDAD PARA RESISTIR POR AFRONTAR EL "SÍNDROME DE INVALIDEZ APRENDIDA"

[SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA]¹³

" I . [...] Como único motivo de su impugnación, la licenciada Ivannia Delgado Calderón, Fiscal Auxiliar del Ministerio Público en Desamparados, impugna el fallo en cuanto absolvió al imputado Agüero Luna por el delito de abuso sexual ocurrido en 1998. Puntualiza, que el Tribunal al absolver por este hecho, señaló que el mismo era atípico porque no constaba que la ofendida estuviera incapacitada para resistir o que existiera alguno de los supuestos del inciso 1) del numeral 156 del Código Penal. Sin embargo, en la misma sentencia, los Juzgadores que dieron crédito a la versión de la víctima, señalan que ésta manifestó que el imputado se aprovechó de su vulnerabilidad y de su incapacidad para negarse a sus pretensiones. Lo anterior evidencia una importante contradicción que invalida el razonamiento por el cual se absolvió al acusado. Lleva razón la impugnante . No sólo es clara la contradicción en que se incurre en el fallo, sino que ésta se origina en una errónea apreciación de la prueba. En efecto, el Tribunal dio credibilidad a la víctima, quien para el inicio de las agresiones sexuales por parte del acusado, según se acreditó, contaba con diez años de edad y era una escolar que cursaba el quinto grado de la escuela. Desde entonces y hasta que ella ingresó al colegio no cesó su conducta abusiva. La víctima

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

narró en la audiencia que ella al principio sentía que algo estaba mal, pero expresamente señaló que ha sido víctima de abuso sexual desde los siete años de edad por su padre biológico y que, cuando éste abandonó el hogar, quien "ocupó su lugar" en tales conductas fue su abuelo, de manera que ella, aún cuando sabía que eso no estaba bien, asumió que era "normal", expresamente señaló: " Cuando todo esto pasaba yo nunca le dije nada, ahora grande he pensado que desde que yo tengo memoria mi papá abusaba de mi entonces yo sabía que no era normal porque me crié en una iglesia cristiana y sabía que algo estaba mal. Al momento yo sentía que era normal porque algo que yo había vivido siempre porque mi papá abusaba de mi y cuando mi papá se fue de la casa entró mi abuelito, yo escuchaba que todas las personas tienen un propósito y yo pensaba que el propósito era que las personas abusaran de mi, además pienso ahora que tal vez no dije nada por la plata porque me daba doscientos pesos y como nosotros nos criamos solos entonces para comprar golosinas. A veces me daba quinientos colones, mucho mil. Ahora yo veo las chiquitas y las veo inocentes y yo chiquitita no era inocente porque mi papá también lo hacía, a mí me cuesta mucho decir que no a algo, por ejemplo si una chiquilla un chiquillo la tocaba le daba una cachetada en cambio yo no puedo decir que no, no puedo defenderme y pienso que puede ser por eso [...] " (sentencia, folio 108). El Tribunal, al valorar su dicho, señaló: " Esta testigo, el Tribunal le mereció plena credibilidad, pues su declaración es coincidente con el afecto demostrado, aunado al hecho que a pesar de que la denuncia fue interpuesta en enero del dos mil, la ofendida a (sic) mantenido incólume su relato. No se desprende del relato brindado por J (...) A (...) A(...) inconsistencia o contradicción que lo haga sospechoso, ni algún tipo de animadversión en contra del encartado. La joven, brindó un relato de los hechos impactante, siendo evidentes las secuelas de la agresión sexual sufrida. La ofendida manifestó, con gran dolor, que su padre desde que ella tenía siete años abusaba sexualmente de ella, y que posteriormente cuando su progenitor abandonó el núcleo familiar, continuó (sic)

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

su abuelo. Que si bien es cierto, ella, por su corta edad, no tenía clara la situación a la que estaba siendo sometida, sentía que lo que le estaba pasando estaba mal. Al crecer y recibir educación sexual en la escuela corroboró que ese sentimiento que tenía era acertado; pero como no podía hacer cesar la agresión sexual, pensó que todos tenían un propósito en la vida, y que el propósito que Dios tenía para ella, era que la abusaran sexualmente, para que después pudieran arrepentirse y poder ir al cielo. El sentimiento de tristeza, de minusvalía que presentó la joven al decir esas frases, revela el enorme daño que sufrió la joven. A pesar de que J (...) narra una agresión crónica y realizada por dos sujetos, sí fue clara al señalar a su abuelo como la persona que desde la edad de los ocho años hasta los catorce en forma constante la sometió a actos sexuales prematuros, excesivos para su edad [...] " (sentencia, folios 109 y 110). Como se desprende de la transcripción hecha, saltan a la vista las contradicciones que se apuntan. No puede hablarse de la existencia de un abuso sexual " crónico ", iniciado por un familiar cercano, adulto y con enorme poder sobre una menor, como resulta ser su abuelo, desde los ocho años de edad y que, en virtud de tal conducta, sometió a la niña a actos sexuales prematuros y excesivos para su edad; señalar al mismo tiempo que antes de esos abusos ya la menor había sido abusada por su padre biológico por mucho tiempo, razón por la cual tenía completamente distorsionado el sentido de las relaciones "normales" entre sus parientes masculinos, en virtud precisamente del círculo de violencia intrafamiliar de índole sexual en que se vio sometida y por ello pensaba que no podía hacer nada; señalar de igual forma que son claras las secuelas propias de una víctima de abuso sexual presentes en la ofendida y los sentimientos de minusvalía que padece y por otro lado afirmar, que simplemente porque ella, en los eventos de 1998 no opuso "resistencia" ni estaba incapacitada para resistir, a pesar de que las conductas eran precisamente la continuación, prolongación de los abusos a lo largo del tiempo, estos hechos resultan "atípicos", pues en ello hay una franca y

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

abierta contradicción, que soslaya el tema de las víctimas de abuso crónico, ampliamente documentadas por estudios sociales y psicológicos, que han llevado a identificar, entre otros, el síndrome de invalidez aprendida, típica de las víctimas de violencia en períodos prolongados de tiempo y dentro del núcleo familiar y que las llevan a asumir "con normalidad" y sin oposición, las conductas abusivas en su perjuicio, sin que pueda de manera alguna considerarse esa actitud como sinónimo de consentimiento o libre decisión. La ofendida en este caso estuvo sometida a un evidente círculo de violencia intrafamiliar que desembocó en una clara violencia sexual en su perjuicio desde que era una niña pequeña y todos estos factores están estrechamente relacionados, de modo que no podrían desvincularse -sin una adecuada fundamentación que exponga cuáles serían las razones para ello- unos hechos de otros (cfr. entre otros, precedentes 23-03, de las 9:05 horas del 24 de enero de 2003 y 924-04, de las 11:20 horas del 30 de julio de 2004, de esta Sala. En el mismo sentido, ver además los precedentes 674-01, de 16:45 horas de 5 de julio de 2001 y 344-02, de 14:20 horas de 18 de abril de 2002). Al no cumplirse estos requerimientos en el fallo, se da el vicio que la impugnante reclama y por esencial, implica la invalidez de lo resuelto, en cuanto a la absolutoria del imputado por los hechos ocurridos en 1998. Así las cosas, se acoge el reclamo. Se anula la sentencia únicamente en cuanto absolvió a Eduardo Agüero Luna por el delito de abuso sexual ocurrido en 1998. Se ordena el reenvío del proceso para ante el Tribunal de Juicio para que, con distinta integración, realice un nuevo juicio en cuanto a los hechos señalados. El resto de la sentencia permanece incólume y por ello, firme la condenatoria a cuatro años de prisión por los hechos cometidos en 1996."

ABUSOS DESHONESTOS AGRAVADOS ALCANCES DEL TÉRMINO "CONFIANZA" EN CASO DONDE EL IMPUTADO, TÉCNICO EN ORTOPEDIA ES BUSCADO PARA DAR TERAPIA A LA OFENDIDA POR SER AMIGO DEL PADRE DE ÉSTA

[SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.]¹⁴

"II.- Recurso de Casación interpuesto por la Licenciada María del Rocío Jiménez Padilla, en calidad de defensora pública del encartado Juan Miguel Araya Sancho. En el primer y único alegato por la forma alega la recurrente una errónea valoración de la prueba que vulnera la sana crítica racional, por cuanto el Tribunal concluye que el hecho de que el padre de la menor haya presentado (por teléfono) al imputado como una persona de su confianza, ya que laboró tiempo atrás en el mismo centro hospitalario, debe derivarse que no es un hecho de peso suficiente para determinar que se da una relación de confianza, es decir, al referirse a este término, ha de entenderse como una relación permanente en el tiempo y no como un hecho aislado, esporádico, que se da en ejercicio de una relación laboral, además debe existir elementos como cariño, amistad, permanencia, convivencia y mutuo auxilio, situaciones que no se presentaban en la relación que el imputado mantenía con el padre de la ofendida, ni con ningún miembro de la familia de ésta última inclusive. De igual manera, indica la impugnante que el Tribunal se equivoca en su análisis cuando expresa que opera una imposibilidad para resistir por parte de la agraviada, en virtud de la lesión presentada en su tobillo, por cuanto al momento que es tratada por el justiciable, ya habían transcurrido tres semanas aproximadamente, y por tal contaba con la suficiente movilidad, inclusive hasta para ir al colegio, razón que evidencia que dicha imposibilidad no era absoluta y podía correr a buscar ayuda. Por tales razones estima una incorrecta apreciación de la prueba en el presente caso. El

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

reclamo no es procedente: En cuanto al término "confianza" según el Diccionario de la Real Academia Española, se define como: " la esperanza firme que se tiene de alguien o de algo" (Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Tomo I, vigésima segunda edición, editorial Espasa, 2001. p620). En el caso en concreto, la esperanza firme que tenía tanto la agraviada como su familia, en los principios morales y sociales mínimos que debían prevalecer en el justiciable, ante la buena fe y relación de amistad que unía al padre de la víctima con el imputado, último a quien le abrieron las puertas de su hogar, le delegaron la salud de la menor en la etapa de recuperación de un trauma físico reciente, no sólo por ser técnico en ortopedia, sino por ser amigo del progenitor de la ofendida, tan es así que fue el endilgado quien se ofreció en forma gratuita a visitar a la afectada para realizar los masajes terapéuticos de recuperación, quedando claro, de acuerdo a las reglas de la sana crítica y lógica jurídica, que en el presente caso se dio una relación de confianza, tal y como lo fundamenta el a quo, al decir: " Nótese como el padre de la ofendida relata que él presentó al acusado a su familia como una persona de su total confianza y que además daba explicaciones al momento de los hechos para que la acción pareciera muy didáctica. Este abuso de confianza, se da además, porque la víctima confía en que el profesional que la atiende debe hacer los tocamientos necesarios para la terapia. Por estas razones es que estimamos que la versión de la ofendida cuenta con total respaldo de los demás elementos probatorios allegados a los autos, y en consecuencia, resulta plenamente acreditada, de tal modo que se demostró, sin lugar a dudas, la autoría y participación del imputado en los hechos acusados." (cfr. folio 107). Por tal razón es que se determina que en el presente motivo, no existe una errónea aplicación de las reglas de la sana crítica, sino más bien los alegatos presentados por la recurrente pretenden sobreponerse al razonamiento realizado por los Juzgadores, con sus propias apreciaciones de los alcances del término confianza, sin evidenciar una falla trascendental en los fundamentos acotados por

el Tribunal sobre el aspecto en cuestión. Por otra parte, en cuanto al argumento esbozado por la quejosa, al decir que la menor no tenía una imposibilidad de resistir la acción abusiva del encartado, puesto que la lesión presentada por ella ya se encontraba sanando, la misma carece de fundamento intelectual, en virtud de que no puede pretenderse exigir a la menor reaccionar de una manera apropiada, sabiendo de su limitación física para poder desplazarse con la capacidad requerida para evadir una agresión inminente, así aunque su tobillo se encontrara en una fase de terapia de recuperación, lejos de demostrar un buen estado de las condiciones físicas de la víctima, evidencia que no se encontraba en un estado propicio para huir, o bien defenderse sin llevar una mayor desventaja, puesto que de tener una reacción violenta el encartado al momento de los hechos, sólo se encontraba con su hermano recién nacido. En ese sentido, expresa el Tribunal: " Se determino sin lugar a dudas, según la declaración de la ofendida y los testigos que el acusado tocó a la ofendida en su parte genital con intención libidinosa, abusando de la confianza que le brindaron tanto la ofendida como sus padres, así como que al momento del hecho la ofendida no podía resistir debido a la afección que tenía en su pie, lo que le imposibilita trasladarse evadiendo la conducta delictiva del acusado" (cfr. folio 130) Por tal razón debe declararse sin lugar el motivo presentado. "

ABUSOS DESHONESTOS SÍNDROME DE ADAPTACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA Y LA PSICOLOGÍA

[SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.]¹⁵

I.- Primer motivo por la forma. Se alega falta de fundamentación, pues se incorporó el dictamen médico legal de folio 18 y 19 frente, "sin embargo el mismo no sólo no se transcribe en la sentencia recurrida, sino que el Tribunal omite del todo valorar esta pericia médico legal [...]" (cfr. folio 288).

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Considera que de haberse valorado esa prueba, no le habrían dado un valor absoluto a la declaración de la menor, pues a los médicos forenses les negó que el imputado haya introducido dedos u objetos en la vagina, sin embargo en el juicio dice lo contrario, o sea, que el imputado le introdujo los dedos y parte del pene en la vagina. El reclamo es inatendible. Como bien lo señala la representante del Ministerio Público al apersonarse ante esta sede, la diferencia que existió entre la versión que dio la menor ofendida ante la Sección Clínica Médico Forense del Organismo de Investigación y la que dio en el juicio, fue un elemento que analizó el Tribunal, concluyendo que no era motivo para restar credibilidad a su testimonio. En este sentido, se indicó en el fallo: "Estima el Tribunal que el hecho de que la niña haya negado esta vez ante estos galenos que el imputado le haya introducido los dedos en la vagina, no es prueba de que haya mentado en el juicio, ni que se contradiga con lo dicho al doctor Mario Chaves Villalobos , primer doctor que la atendió , pues se nota que incluso a éste médico costo (sic) que le contara este hecho, solo lo hizo al ser interrogada nuevamente por el medico (sic) como se indico (sic) supra [...] tales pericias médicas evidencias lo narrado por la menor en el juicio, fue tocada en sus genitales, el imputado le introdujo el dedo en la vagina, es un indicio más que nos lleva al convencimiento de la veracidad de los hechos relatados por Isallana, en punto a los abusos deshonestos de los que la hizo objeto el aquí imputado, que se evidencian en las pericias medica (sic) mencionadas." (cfr. folio 273). De tal análisis, es posible extraer dos aspectos: en primer lugar, que el dictamen sí fue valorado por los juzgadores, o sea, que no lleva razón quien impugna al alegar tal omisión en cuanto a la valoración de la prueba; y, en segundo lugar, que como bien se indica en el fallo, tales contradicciones no son necesariamente signos de mendacidad en la declaración de los menores de edad víctimas de abuso sexual, pues su declaración debe valorarse en forma conjunta con el resto de los elementos integrantes del proceso tal y como en reiteradas ocasiones lo ha establecido la

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

jurisprudencia : "... Esta Sala ya se ha pronunciado en cuanto a que la modificación de detalles que brinde el ofendido durante el desarrollo del proceso y en torno a los hechos de los cuales ha sido víctima, son totalmente esperadas dentro de la dinámica que rodea a los menores agredidos sexualmente. Recientemente, mediante sentencia número 2004-00556 de las 10:40 horas del 21 de mayo de 2004, esta Sala profundizó sobre este tema y señaló: "[...] Estas consideraciones encuentran respaldo en las reglas de la experiencia y la psicología, pues es de conocimiento común, ante los numerosos estudios que la realidad del abuso sexual en perjuicio de menores ha permitido descubrir, que efectivamente los menores de edad no están preparados ni física, ni emocionalmente para conductas sexualizadas, en especial por parte de adultos y cómo en razón de su inmadurez pueden percibir en forma distorsionada tanto el alcance como la naturaleza de las conductas específicas desarrolladas por los agresores, como también que es claro que tales experiencias resultan traumáticas, al punto que los menores no mantienen generalmente los mismos detalles en los distintos relatos. Por ello, pueden ir revelando aspectos poco a poco, como omitiendo información a través de las diferentes evocaciones que hagan de lo sucedido, todo como parte de un proceso de adaptación emocional y de sobrevivencia, sin que estos elementos puedan identificarse necesariamente como indicadores de mendacidad. Esto es especialmente relevante cuando se trata de una conducta de abuso reiterada y prolongada en el tiempo, porque la carga emocional que tales conductas abusivas en sí representan, unidas al vínculo que pueda existir entre el menor y su victimario, como del ambiente que le rodea y de las condiciones mismas que el autor aprovecha para actuar, junto a la inmadurez de la víctima, todo ello puede provocar que las narraciones de los hechos no sean precisas, o bien que por ejemplo, se generalicen los patrones de abuso, como que de pronto se revelen detalles novedosos y todas estas variables deben ser analizadas considerando la situación específica del menor y su condición de vulnerabilidad en esta materia y no pueden ser utilizadas en forma

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

aislada para descalificar al menor, porque eso sencillamente es desconocer la realidad que hay detrás del abuso sexual infantil. Por supuesto que eso no anticipa el valor que los jueces, gracias a la inmediación y a la ponderación de todo el material de prueba, puedan conceder a la declaración del menor, pero lo que sí es claro es que esa valoración debe tomar en cuenta la específica realidad del abuso sexual que tiene los elementos apuntados.". En el caso concreto, la defensa pretende que la versión del menor sea descalificada por los detalles no mantuvo de manera idéntica en cada una de sus declaraciones y por el hecho nuevo revelado al día del debate. No obstante, esa circunstancia, conforme con lo ya expuesto, no es suficiente para estimar que la víctima miente, pues el hecho que constituyó el marco fáctico de la acusación fue precisamente el suceso por el que se responsabilizó al acriminado y cuya versión la brindó el ofendido en el juicio oral. Tal y como se indicó en el considerando anterior, el Tribunal se percató de que el menor había denunciado sólo un hecho y que en el debate narró dos; empero, tal circunstancia no restó credibilidad a su versión, no sólo por la forma en que el Tribunal percibió el testimonio del menor, sino por que según su razonamiento, eso reforzó que no existiera el ánimo de mentir en contra del acusado, pues si así hubiera sido, se habría puesto de acuerdo con su madre para coincidir en un aspecto tan relevante, como la existencia de otro hecho aparte del denunciado: "[...] lo que demuestra que no existió nunca ánimo de ponerse de acuerdo por parte de ambos para perjudicar al imputado injustamente, pues por un lado el menor refirió que el imputado reiteró el abuso en una segunda oportunidad, mientras que la testigo refirió que su hijo le relató solo una, única noticia criminal que también tuvo el representante del Ministerio Público y por eso solo un delito acusó, pues fue hasta en fase plenaria que el menor se animó a relatar que existió la reiteración del delito en su perjuicio...", (cfr. folio 123). La circunstancia de que el menor "se haya animado" a revelar un hecho nuevo, es algo normal en este tipo de delitos y se entiende como una reacción que a nivel psicológico puede experimentar la

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

víctima de abuso sexual - sobre todo si se trata de personas menores de edad - originada en sentimientos de vergüenza, temor, frustración y culpa que lo envuelven y le hacen modificar de alguna forma su relato, ya sea, revelando mayores detalles o nuevos hechos. Dentro del denominado: "Síndrome de Adaptación", que ayuda a explicar los diferentes momentos por los que pasa el menor que ha sido víctima de abuso sexual, existe una fase identificada como revelación tardía, mediante la cual se explica por qué las personas menores de edad tardan para revelar el abuso sexual. En este sentido, el Tribunal tuvo por demostrado que el menor: "... fue claro en establecer que la situación lo perjudicó (sic) no solo al punto de que le diera vergüenza contárselo a su madre, sino que también lo habían afectado los posteriores comentarios que hacían quienes le rodeaban, en torno a la situación de la que había sido víctima", (cfr. folio 122). Así, sentimientos como temor, desconfianza, culpa, incertidumbre y - lo que resulta natural por la edad del ofendido en este caso - la vergüenza al sentirse estigmatizado por ser víctima de esos hechos, hacen entendible y normal que un joven que ha sufrido un episodio de agresión revele tardíamente un nuevo hecho.". (SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia número 2004-01168, de las 9:40 horas del 1 de octubre de 2004). No obstante lo anteriormente expuesto, conviene aclarar que las manifestaciones que pueda rendir el testigo ante funcionarios encargados de emitir criterios periciales, tales como psicólogos, psiquiatras, trabajadores sociales o bien, médicos en general, no pueden ser consideradas como declaraciones ni ser utilizadas como parámetro para medir la consistencia, congruencia y veracidad del testimonio que eventualmente rendirá esa persona en el contradictorio. Las versiones que se dan ante los peritos o auxiliares de las partes son una herramienta para dar luz al perito o consultor que requiere conocer y valorar los hechos que se narran, desde su propia perspectiva según sus conocimientos en alguna ciencia, arte o técnica. Es incorrecto entonces, considerarlas como "testimonios", pues no cumplen con las

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

exigencias, formalidades y garantías con las que sí cuenta la prueba testimonial en el juicio o bien, conforme a las reglas del anticipo jurisdiccional en los casos establecidos como excepción a la oralidad (artículo 334 del Código Procesal Penal), entre los cuales también se encuentra la posibilidad de incorporar peritajes e informes (inciso b). Sin embargo, debe quedar claro que en este último supuesto, si la prueba pericial contiene una versión de los hechos por parte de quien depondrá como testigo en el contradictorio, lo que debe estar sujeto a valoración es el aspecto meramente técnico de la pericia, sus conclusiones, metodología empleada, etc, pero no puede socavarse la oralidad

mediante la introducción de versiones que no tendrían siquiera la posibilidad por si solas de incorporarse legalmente al proceso por no tratarse de las excepciones específicamente señaladas en el artículo 334 referido. La oralidad, ha sido considerada doctrinariamente como un instrumento facilitador para dar vida y hacer efectivos principios propios del proceso penal, tales como la inmediación, contradictorio, concentración y continuación, publicidad, identidad física del juez, libre valoración de la prueba o sana crítica, fundamento de la decisión judicial, y averiguación de la verdad real, (ver en este sentido: Cafferatta Nores, José. Juicio penal oral, en "Temas de Derecho Procesal Penal", Depalma. 1988. Buenos Aires. pp. 273. González Álvarez, Daniel. "La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal", en "Oralidad en los procesos judiciales: antología de textos. Compiladora: María Gabriela Jara Murillo. San José, 1999. p. 45), de allí que resulta desacertado pretender asimilar dichas versiones a declaraciones testimoniales que sí han cumplido con las exigencias y formalidades que establece la normativa procesal y que han sido valoradas teniendo como plataforma los principios y garantías que se obtienen gracias a la oralidad.

A mayor abundamiento, para este caso en particular, el Tribunal explicó por qué la declaración de la menor merecía absoluta credibilidad, y para reforzar ese testimonio también tomó en cuenta los dictámenes médico legales, el estudio

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

social que se le practicó a la menor y a su familia, así como la declaración de su madre, elementos que fueron debidamente analizados a lo largo del fallo, y los cuales fueron suficientes para arribar al ánimo de certeza requerido para destruir el estado de inocencia que cobija al acusado. Así, el tribunal valoró cada uno de estos elementos referidos de la siguiente forma: a) en cuanto a la declaración de la menor, indicó que su declaración "ha merecido total y absoluta credibilidad al Tribunal, se nota claramente que al relatar los abusos de los que la hizo objeto el aquí imputado, le causa un inmenso dolor, pues a medida que refería los hechos sus lágrimas corrían por sus mejillas, su declaración es producto de sus recuerdos y no de sus fantasías, utiliza un vocabulario propio de las niñas de su edad y educación, no utilizó frases cultas, vocabulario técnico como que fuera un discurso aprendido, no uso (sic) vocabularios de su madre." (cfr. folio 263); b) en cuanto al testimonio de la madre de la menor ofendida, señaló que su testimonio también merecía credibilidad, "no se nota de manera alguna que trate de perjudicar al imputado, a pesar de que ésta dice que la denuncia de estos es por venganza de Ginette porque él la dejó y se fue con la señora Patricia, esto no lo acreditó y además, no es lógico suponer que una madre, por una vil venganza contra su ex compañero sentimental, someta a su hija al escarnio que significa una denuncia de esta naturaleza, con la serie de exámenes médicos y psicológicos que necesariamente ha de someterse, narrar una y otra vez hechos que le causan dolor, enfrentar doctores, psicólogos, trabajadores sociales y finalmente al interrogatorio de una Tribunal, abogados, Fiscal.- Igualmente, resulta fuera de toda lógica, que esa hija se preste a ese teatro, pues tendría que ser muy bien actriz para narrar los hechos, como los ha narrado Isallana delante de estos juzgadores, y que se veía que en forma involuntaria de sus ojos fluían gran cantidad de lágrimas [...]" (cfr. folio 269); c) también valoró el estudio social que se practicó, y con el cual también concluyó el Tribunal que "la menor fue abusada sexualmente por quien fuera su padrastro el aquí imputado William" ; d) por último, también analizó las

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

conclusiones del dictamen psicológico en el cual se consignó que las secuelas que experimenta la menor "son propios de abusos que narra la ofendida sufrió por parte del encausado William, relato que estimaron confiable dichas profesionales, por no presentar trastornos sensorio-perceptivos (sic) (alucinaciones), porque fue espontánea, clara y abundante, y eso nos viene a confirmar la impresión que nos causó (sic) la ofendida en el juicio y por ello nos mereció total credibilidad." (cfr. folio 274). En virtud de lo expuesto, el reclamo no resulta procedente. II.- Segundo motivo por la forma por falta de fundamentación. Considera que la condenatoria en este caso lo es por el delito de abusos deshonestos agravados, sin embargo tal calificación carece de razonamiento fáctico y jurídico, pues el Tribunal no explica por qué fueron agravados, "ya que no fueron cometidos obligando a la víctima bajo amenaza, y que en el momento de los hechos mi defendido William Pizarro era padrastro de I . ; los agravantes de los Abusos Deshonestos era, artículo 161 en relación al 158, antes de la reforma, el hecho de que el imputado fuera el encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima, entre otros elementos, sin embargo la amenaza no era una agravante del tipo penal, sino que era un elemento del abuso deshonesto corriente [...] no nos explica porqué (sic) él era el encargado de la guarda, educación o custodia de la ofendida [...]" (cfr. folio 291-292). No lleva razón el impugnante. El Tribunal sí estableció en el fallo cuáles eran los fundamentos para considerar que la conducta del imputado se encuentra dentro de la figura agravada del tipo penal de abusos deshonestos aplicable a la fecha de los hechos, pues tuvo por demostrado que era padrastro de la ofendida, circunstancias de por sí, suficiente para configurar la agravante por ser -aún de manera temporal- el guardador de la víctima: "Los hechos tenidos por acreditados son constitutivos del delito de abusos deshonestos agravados, ya que fueron cometidos obligando a la víctima bajo amenaza, y que en el momento de su ocurrencia el imputado William era el padrastro de I . , por tanto tenía la obligación de protegerla y no de atacarla y mas bien se

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

aprovechó de esa condición de confianza que ella le tenía, y la oportunidad que tenía por convivir con su madre" (cfr. folio 278). Si bien es cierto, tal y como lo alega la defensa, las existencia de amenazas no son circunstancias que agraven la figura, lo cierto es que el simple hecho de ser guardador por su condición de padrastro, es suficiente para que se adecue la conducta al tipo agravado. Los lineamientos jurisprudenciales en torno al tema, se han mantenido y al respecto ha dicho esta Sala que: "«... la situación de un adulto con respecto a un menor que -como en el caso de autos- viven aunque sea temporalmente bajo el mismo techo donde aquel ejerce autoridad, es la de guardador en el sentido de las normas aplicadas por el a quo...». (Sentencia N° 544-F, a las 10:30 hrs. del 30 de setiembre de 1993.) Se trata de una relación de hecho, de carácter meramente circunstancial, que puede ser incluso espontánea y pasajera, en la cual un menor se encuentra bajo la protección, cuidado o supervisión de un adulto, por muy diversas razones, tales como la relación que surge entre quienes llevan de paseo a algunos menores, los que reciben en sus casas a los hijos de los vecinos, el conductor del autobús escolar, etc. La norma penal en este caso, no se circunscribe a los conceptos de patria potestad acuñados por el derecho de familia, sino que extiende la protección de los niños a sencillas y temporales relaciones de hecho. En esos supuestos la agravante existe porque el adulto se prevalece de su condición y de la autoridad que en ese momento ejerce sobre la menor para obtener de ella el consentimiento para realizar el acto sexual (estupro), o para agredirla sexualmente (violación) ; y además, porque en cierta medida rebasa con mayor grado de culpabilidad los deberes que las circunstancias le imponían, por tratarse de la persona encargada de la guarda o custodia de una menor de edad y prevalerse de esa situación para mantener relaciones sexuales con su víctima, violando la confianza que se había depositado en el adulto." (Resolución número 041-F-94 de las 9:20 horas del 28 de enero de 1994). En virtud de lo expuesto, la conducta por la que resultó condenado Pizarro Ledezma, sí se adecua al tipo penal vigente para

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

la fecha de los hechos y que resulta ser el delito de abusos deshonestos agravados, por lo que el recurso en su totalidad debe ser declarado sin lugar."

INTERPRETACIÓN NORMATIVA SOBRE LA SANCIÓN A IMPONER

[SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.]¹⁶

"II.- El sentenciado, Álvaro Sandí Retana, interpone procedimiento de revisión, contra la sentencia número 428-99, dictada en su contra por el Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de Alajuela, a las 16:00 horas del 25 de agosto de 1999, que lo condenó a la pena de ocho años de prisión (cuatro años por cada delito cometido en concurso material), como autor responsable de dos delitos de abusos deshonestos agravados. Con fundamento en el numeral 408 inciso g) del Código Procesal Penal, reclama como causal revisoria, la violación al debido proceso, con quebranto de los artículos 20, 33, 39 y 41 todos de la Constitución Política; 8, 14 y 24 estos de la Convención Americana de Derechos Humanos; 2, 12, 161 en relación al 157, del Código Penal. Reclama que se le condenó a la pena mencionada, con sustento en los numerales 161 y 157, ambos del código sustantivo, inobservando que en ese período histórico (entre julio de 1999 a junio de 2000), las causas por abusos deshonestos agravados, resultaron impunes, por cuanto en la normativa aplicable, no se aludía a la clase de pena a imponer (prisión). La revisión solicitada no es de recibo: El artículo 11 del Código Penal, establece que los hechos punibles se juzgarán de conformidad con las leyes vigentes, en la época de su comisión, salvo que con posterioridad, se promulgue una nueva ley, en cuyo caso, se regirán por la normativa que sea más favorable al reo (artículo 12 idem). En la causa examinada, los hechos por los que se condenó al sentenciado, conforme al elenco fáctico tenido por demostrado, ocurrieron en el primer semestre de

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

1997 (ver folios 126 y 127), calificándose como abusos deshonestos agravados, de conformidad con la plataforma normativa contenida en el artículo 161 del Código Penal, vigente en esa época, relacionada esta figura con el numeral 157 ibidem, dado el vínculo parental por afinidad, existente en ese momento entre víctima y victimario (hijastra y padrastro respectivamente), que sancionaba tal conducta con pena de 4 a 12 años de prisión. Si bien es cierto, con posterioridad a los hechos, y para el momento del dictado de la sentencia, se había emitido una nueva legislación que reformó el mencionado artículo 161 del código sustantivo (Ley número 7899 del 3 de agosto de 1999, publicada en La Gaceta número 159 de 17 de agosto del mismo año), tal normativa no puede ser interpretada como una legislación más favorable al sentenciado, en tanto el tipo penal base, en su extremo mayor, contiene una sanción privativa de libertad (8 años), que excede a su similar, contemplada en el numeral 161 del Código Penal, antes de la reforma citada (6 años). Y en última instancia, aun cuando se estimara la procedencia de una normativa más favorable a los intereses del convicto, pues las conductas agravadas encuentran una sanción, en su extremo mayor, cuyo quantum es inferior, al artículo legal correspondiente, previo a la referida reforma, la revisión solicitada tampoco es atendible, por dos razones sustanciales : i) como en otras oportunidades lo ha señalado esta Sala, con fundamento en la jurisprudencia constitucional, la aplicación del artículo 161 del Código Penal, reformado en agosto de 1999, no deviene inconstitucional, en tanto, dentro de una comprensión integral de la norma, aun cuando esta, antes de la reforma establecida mediante Ley número 8002 del 8 de junio de 2000, publicada en La Gaceta número 126 del 30 de junio siguiente, en las modalidades agravadas de la figura penal correspondiente al delito de abuso sexual contra persona menor de edad e incapaz, no hacía referencia al tipo de sanción aplicable, se entiende que se refería a la pena de prisión, que sí estaba contemplada para el tipo penal básico, conclusión que se desprende, sin que fuera necesario realizar una interpretación sistemática de la norma

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

(sobre el particular ver votos números 1147-01 de las 10:40 horas del 23 de noviembre de 2001 y 660-05 de las 9:40 horas del 20 de junio de 2005, ambos de la Sala Tercera Penal de la Corte Suprema de Justicia). De allí que, contrario a lo que sostiene el quejoso, en modo alguno, la conducta delictiva desplegada, por la que resultó condenado, puede estimarse impune, por haber sido sancionada entre agosto de 1999 y julio de 2002, toda vez que, conforme lo estableció la Sala Constitucional, las formas agravadas del delito de abusos sexuales, contempladas en el numeral 161 reformado por Ley 7899 de 3 de agosto de 1999, se encuentran vigentes desde su publicación, el 17 de agosto de ese mismo año, y sancionadas con penas de 4 a 10 años de prisión (votos números 10140-01 de las 14:31 horas del 10 de octubre de 2001 y 10141 de las 14:32 horas del mismo día. Sala Constitucional); ii) Por otra parte, el reclamo carece de interés, en tanto, aun cuando se estimara que la norma penal reformada en agosto de 1999, fuera más favorable al enjuiciado, ambas normativas mantienen un mínimo de sanción privativa de libertad de cuatro años , que fue precisamente el quantum impuesto para cada una de las delincuencias cometidas, por lo que no subsistiría en beneficio del convicto, ninguna ventaja procesal por la aplicación indistinta de las normas aludidas. En consecuencia, no resultando impune la conducta del justiciable, conforme a sus pretensiones, se declara sin lugar la demanda revisoria incoada. "

TENTATIVA DE ABUSOS DESHONESTOS APLICACIÓN DE LA TEORÍA INDIVIDUAL OBJETIVA

[SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA]¹⁷

"I.- La representante del Ministerio Público [...] acude a esta vía alegando en su recurso por el fondo, la inobservancia por parte del Tribunal de mérito del artículo 161 en relación con el

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

24, ambos del Código Penal. El fundamento de su reclamo lo hace consistir en que el Tribunal estimó... que ni siquiera el delito de abusos deshonestos se configura, ya que el acto de intentar quitarle el brazier y el blumer a la ofendida no va dirigido inequívocamente a un tocamiento impúdico, sino al arrebató de una de las prendas de la ofendida, lo cual no constituye ni tentativa de violación ni de abusos deshonestos... Argumenta la recurrente que los actos realizados por el imputado y sin variar el cuadro fáctico son por sí solos actos de ejecución del delito de abusos deshonestos. Efectivamente le asiste razón a la impugnante y es acertada la doctrina en que se apoya. En resolución de las once horas veintisiete minutos del veintisiete de marzo último, esta Sala acogió la teoría individual objetiva citada que establece la posibilidad de tentativa en el delito de abusos deshonestos. Habrá que tomar en primer lugar el plan del autor y luego si, según ese plan, la acción representa un peligro cercano para el bien jurídico [...]. Indudablemente, de los hechos que se tuvieron por demostrados, se desprende que el encartado usando la fuerza en perjuicio de la ofendida, le quitó el brazier y el blumer, en clara intención libidinosa de tocar sus partes pudendas; acciones que además de reflejar la intención del imputado, pusieron en peligro el bien jurídico que tutela la figura. En consecuencia, debe acogerse el recurso de la Fiscal de Juicio de Limón por quebranto (inobservancia) del artículo 161 en relación con el 24, ambos del Código Penal y casar la sentencia. Resolviendo el fondo del asunto, se califican los hechos tenidos como acreditados por el Tribunal de mérito, anteriormente descritos, como constitutivos del delito de abusos deshonestos en grado de tentativa [...]."

TENTATIVA DE ABUSOS DESHONESTOS TEORÍAS FORMAL OBJETIVA E INDIVIDUAL OBJETIVA

[SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA]¹⁸

"II.- [...]. El delito de abusos deshonestos es un delito material. Exige que el autor logre la efectiva injuria de la pudicia de otro, sea operando él sobre el cuerpo de la ofendida, sea haciendo operar impúdicamente a la víctima sobre el mismo autor o tercero. Sin embargo la doctrina acepta, que el autor intente eso sin lograrlo y que, por consiguiente, solo incurra en una tentativa de abusos deshonestos [ver datos en la sección correspondiente a notas de doctrina]. Para determinar si en la presente situación estamos o no, en presencia de una tentativa de abusos deshonestos, es necesario fijar los criterios para distinguir los actos preparatorios de los de ejecución. La doctrina para resolver esta problemática ha recurrido a dos puntos de vista teóricos: el de la teoría formal-objetiva y la teoría individual-objetiva. De acuerdo con la primera, la acción de la tentativa es una parte de la acción consumada y habrá comienzo de ejecución cuando el autor haya penetrado con su obra en el "núcleo del tipo"; en consecuencia no sería punible la tentativa inidónea, en la que no se pone en peligro un bien jurídico. Debe rechazarse frente a nuestro Código Penal, ya que pena la tentativa inidónea. (Artículo 24). Aunque la solución al problema es más compleja, la doctrina moderna se inclina por la Teoría individual-objetiva. Habrá que tomar en cuenta en primer lugar el plan del autor y luego, si, según ese plan, la acción representa un peligro cercano para el bien jurídico. Para esta teoría el comienzo de ejecución no necesita ser una parte de la acción típica (véase ZAFFARONI,

Tratado de Derecho Penal [ver datos en la sección correspondiente a notas de doctrina])."

DELITOS SEXUALES APLICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO DERECHO FUNDAMENTAL

[SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.]¹⁹

" III. [...] Obviando la ambigüedad del libelo de interposición del recurso, en el que el gestionante se limita a enunciar los vicios sin individualizarlos, motivarlos ni determinar el agravio que se le ocasiona como para ostentar legitimación en esta sede, se plantea una serie de aspectos que cabe analizar en dos grandes grupos. Unos que se refieren a la sentencia misma y otros cuya génesis brota en las etapas preparatoria e intermedia del procedimiento. Tratándose de los primeros, debe decirse, en primer término, que el impugnante lleva razón en cuanto a que el Tribunal de mérito incorporó indebidamente la declaración brindada por el acusado Carlos Rodríguez Vargas rendida durante esa etapa, pues éste, en ejercicio de su derecho de defensa, se abstuvo de declarar durante el juicio. Sin embargo, esa incorporación hecha de la indagatoria del imputado, si bien no resulta legítima en atención al derecho de defensa, el vicio no amerita la nulidad de la sentencia por la nulidad misma - a excepción de lo concerniente a la pena, analizado en el considerando cuarto de esta resolución-. Ello es así, toda vez que, de una simple lectura de la sentencia que se impugna, se desprende con claridad meridiana

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

que, recurriendo a un ejercicio de supresión hipotética de los razonamientos empleados a su alrededor, el dispositivo se encuentra en capacidad de permanecer incólume. Y es que dicha declaración fue utilizada únicamente por el Tribunal de mérito para descartar la tesis de descargo planteada, según la cual, esta denuncia era fruto de una venganza, al encontrarla no coincidente con la planteada por la esposa del encartado, deponente Karina Zúñiga Madriz. Empero, ese aspecto constituye sólo uno de los factores considerados en el pensamiento del tribunal para adoptar tal posición, así, entendió que la situación expuesta por la testigo Zúñiga Madriz, de que las relaciones entre ambas familias se venían deteriorando porque ella no siguió permitiendo que uno de sus hijos visitara la casa de la agraviada porque allí se veía pornografía, se trataba de una hipótesis falsa siendo que, el Tribunal indicó: "... Según lo que el mismo imputado aceptó en el juicio y también lo dijeron la esposa y las testigos Norma Zúñiga Madriz e (sic) Elizabeth Cascante Mora, debemos tener por veraz que la última visita de María de los Angeles y su hija D.V, lo fue el dieciocho de julio del 2000 y que asimismo se mantuvo una conversación amigable sobre problemas familiares que aquejaban a María de los Angeles, véase que el encartado muy amablemente se ofreció hasta sacarle el carro de la servidumbre, lo que sin malicia alguna fue aceptada por ella. Lo que demuestra que las relaciones entre la madre de la ofendida, el acusado y Karina eran buenas y amigables, y sin duda alguna descartan algún tipo de venganza de parte de ella ya fuese por el motivo que expuso el imputado y/o lo que hubiese dicho Karina. Pero no sólo eso, sino que si confrontamos ese último encuentro... con la fecha en que la madre de la niña interpuso la denuncia (19 de julio del 2000...) nos encontramos con que no se le puede dar cabida a lo expuesto por el imputado y su esposa, porque tampoco existe ese período en que las relaciones entre ambas familias se fueron deteriorando porque ella no le permitía a su hijo Charly visitar la casa de su tía Marielos. Entre ese encuentro y la denuncia, transcurrió no más que un día ..." (folios 159 y 160). Igualmente se equivoca el

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

quejoso al afirmar que lo mismo ocurre con las deposiciones de la madre de la menor, señora María de los Angeles Méndez Granados y la misma perjudicada, D.M.M, pues, según se aprecia, se hace una única referencia a la denuncia interpuesta por la primera a efectos de fijar la fecha del ilícito, situación que resulta válida a la luz del artículo 334 inciso B) del Código Procesal Penal, que prevé precisamente las excepciones a la oralidad, y en el entendido de que la misma resultó complementaria a la deposición hecha en juicio. [...] En cuanto al argumento esbozado en atención a la aplicación de la norma penal aplicable, se argumenta que debió aplicarse el artículo 161 del Código Penal, anterior a la reforma legislativa del 17 de agosto de 1999, por cuanto para el momento en que los hechos ocurren, la norma penal vigente había sido declarada inconstitucional por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia mediante resolución # 2000-9453 de las 14:41 horas del 25 de octubre del año 2000. No obstante, debe recordarse que durante dicho período temporal, la norma de comentario resultó inaplicable - por haber sido declarada inconstitucional- y no derogada, como pretende hacerse ver. Ello tuvo sus efectos únicamente para aquellos casos en los que los tribunales de justicia debieron aplicar el artículo 161 cuestionado en los asuntos sometidos a su conocimiento, en ese espacio temporal, resultando un contrasentido entender que debe aplicarse indiscriminadamente a todos los supuestos fácticos investigados que ocurrieron en dicho período, menos aún si consideramos que ese mismo órgano constitucional, mediante resolución 2001-10140 de las 14:31 horas del 10 de octubre de 2001, devolvió la constitucionalidad a la norma. Discusión que, en todo caso, carece de sentido para el caso subexámine, pues como lo indica el mismo recurrente en su impugnación, de todos modos, volvió a operar nueva reforma legislativa, el día 8 de junio de 2000, mediante Ley número 8002 de ese día, publicada en el Diario Oficial La Gaceta, el día 30 del mismo mes y año, ley que resulta aplicable sin discusión por tratarse de hechos ocurridos el 18 de julio del año 2000, según se tuvo por probado en sentencia. En

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

cuanto a los razonamientos que se exponen relacionados a supuestos vicios en cuanto a la valoración de la prueba hecha por los Juzgadores, el quejoso manifiesta su posición particular, desde su subjetiva, en desacuerdo con el contenido del fallo, sin aportar mayores razones para ello. Así, que el Tribunal haya determinado la fecha del suceso a partir de la edad de la perjudicada recurriendo a la prueba testimonial recibida y no a una certificación registral que probase el punto, no constituye un error pues no existe prohibición legal alguna en ese sentido. [...] IV. Especial consideración merece el punto alegado, tal y como se adelantó, en cuanto a la supuesta ilegitimidad de la actuación del Tribunal al tomar en cuenta la declaración del imputado, rendida en la etapa instructiva, habiéndose abstenido de declarar en juicio, y sus antecedentes penales al momento de fijar el monto de la pena a imponer en el tanto de cinco años de prisión, indicando al efecto que se trataba de un juzgamiento prescrito, por haber transcurrido más de diez años. Se observa que, en la inteligencia del Tribunal, la consideración de ambas circunstancias resultó determinante para la fijación del extremo, apartándose en un año de la pena mínima imponible. Al respecto, se estableció que : "... este Tribunal considera que un juicio de reproche, justo, proporcional al hecho que se ha tenido por demostrado y dentro de los parámetros de la norma infringida, se trata de CINCO AÑOS DE PRISION. Tanto al que se arribó, teniendo en consideración...la actitud del imputado dentro del proceso, pues nótese que trató de evadir su responsabilidad inventando como origen de este asunto, malos sentimientos de tercero, circunstancias que como ha quedado demostrado nunca ocurrieron y además ya ha sido juzgado por hechos de la misma naturaleza del que nos ocupa ..." (folio 165). En este aspecto, se ha indicado líneas atrás que esa incorporación, aunque indebida, no tiene la virtud de variar el dispositivo pues existen otros elementos que lo apoyan. Ello es así, en cuanto al juicio de reproche en sentido amplio y también en sentido estricto, referido concretamente al monto de la pena a imponer, toda vez que, suprimiendo

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

hipotéticamente también la valoración de aquella, lo referido a la reincidencia del encartado Carlos Rodríguez Vargas constituye un fundamento válido como condición personal del imputado que no puede soslayarse y que amerita una mayor sanción penal, pues manifiesta su desprecio continuo al ordenamiento jurídico y al orden social. Al respecto, el mismo voto de la Sala Constitucional, citado por el impugnante, número No.1438-92 de las 15:00 horas del 2 de junio de 1992, justifica la utilización de tal fundamento, al indicar: "... No puede resultar contrario al principio de igualdad, el permitir que un sujeto, ya condenado en sentencia firme, pueda ser calificado como reincidente, al comparársele con un primario, pues no se puede alegar que ambas personas merezcan un trato paritario, dado que no se encuentran en situación de igualdad, el uno ya fue reconocido como culpable con anterioridad, mientras que el otro no ha sido condenado por delito. El principio de igualdad no sólo evita el trato diferente para iguales, sino que reconoce el trato desigual para diferentes. Si objetivamente ambas situaciones -primario y reincidente- son diferentes y con la reincidencia no se faculta una discriminación contraria a la dignidad humana, pues el trato que en definitiva puede dársele al reincidente, es el mismo que eventualmente se le dará al primario, dado que la pena en ambos casos debe fijarse dentro de los límites de la ordinaria señalados para el delito de que se trate, se debe concluir que por sí solo el artículo 39 del Código Penal no es contrario al 33 de la Constitución. En el analizado artículo 39 del Código Penal no se crea discriminación alguna contraria a la dignidad humana. Vo.- En el nuevo juicio al reincidente no se le juzgará por el hecho anterior, sobre esos hechos pesa ya el carácter de cosa juzgada. Pero al momento de fijar la sanción correspondiente al nuevo hecho, se tomará en consideración su calidad de reiterante, ¿contraviene ello lo reglado en los numerales 39, 41 y 42 de la Constitución

Política?. Si los hechos definitivamente juzgados, no pueden ser válidamente valorados de nuevo, la inconstitucionalidad alegada debe analizarse sólo en relación con la posibilidad de que los

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

antecedentes sean tomados como una circunstancia más, conforme a lo reglado en el artículo 71 inciso e) del ordenamiento represivo de repetida cita, como condición personal del encausado, que eventualmente permita un aumento en la pena. Ya en el pronunciamiento número 88-92 transcrito, la Sala señaló la marcada importancia que la culpabilidad tiene en relación con la responsabilidad penal, e indicó que por la exigencia de la demostración de culpabilidad contenida en el artículo 39 constitucional, sólo en los casos en que se demuestre existe dicha relación, puede acordarse la existencia de un delito y su consiguiente sanción, pero también reconoció que "el derecho penal de culpabilidad no excluye que se tomen en consideración circunstancias personales del sujeto activo, al momento de fijar la pena a descontar". En esta tesis, la relación de culpabilidad y el grado de culpa con que se actuó en el caso concreto, se constituyen en el principal parámetro a considerar para fijar la pena, pero no en el único, reconociendo con ello que al legislador le resulta imposible señalar -dada la casuística en que se desarrolla el problema delictivo- toda la gama de circunstancias que deben ser analizadas, para individualizar la sanción. La pena tiene asignado un fin rehabilitador (artículo 51 del Código Penal), por ello, su cuantificación no debe excluir la posibilidad de tomar en consideración, además del grado de culpa con que actuó el responsable del hecho y de la gravedad del hecho cometido -importancia del bien jurídico afectado-, las condiciones personales del sujeto directamente relacionadas con su acción, pues ello puede facilitar se encuentre un equilibrio entre el valor concedido al bien jurídico afectado por el delito, en relación con el afectado por el tanto de pena que le corresponde a quien lo realizó. Resulta así indudable que las condiciones personales del sujeto activo, "en la medida en que hayan influido en la comisión del delito", merecen ser tomadas en consideración al fijarse la pena y ello no atenta contra el principio de culpabilidad aceptado constitucionalmente en el artículo 39. VIo.- Resta establecer si la reincidencia debe ser excluida de esa

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

ponderación por resultar contraria a los artículos 33, 39, 41 y 42 de la Constitución. Si como ya se apuntó la calificación de reincidencia no conlleva menoscabo a la garantía de igualdad del artículo 33 de la Constitución y por medio de ella no se faculta un irrespeto a la cosa juzgada, pues el hecho no es sometido nuevamente a la discusión jurisdiccional, tampoco la posibilidad de ser tomada en consideración, al fijar la pena a cumplir en el caso concreto, resulta contraria a esas normas constitucionales, ni a las convencionales en las que se garantizan, con igual contenido, los comentados principios. La peligrosidad, en este caso representada por la reincidencia, es una circunstancia de corrección, a tomar en cuenta al individualizar la pena. La gravedad del hecho y el tanto de culpa con que se actúe, son los principales parámetros a considerar, según ya quedó señalado, pero la reincidencia, como una condición personal del sujeto activo, también desempeña un importante papel correctivo, en la necesaria adecuación de la pena al caso efectivamente ocurrido. Analizado así el planteamiento de la recurrente, el artículo 39 del Código Penal tampoco resulta inconstitucional, ni el inciso e del 71 *ibídem*...". Es cierto que este mismo voto de nuestro más alto tribunal constitucional determinó la imposibilidad de que sean tomados en cuenta los antecedentes penales de forma perpetua. Sin embargo, en el supuesto bajo estudio, ese no es el caso, pues si bien la fecha de la sentencia por un delito similar por el que se encontró responsable al acusado Carlos Rodríguez Vargas lo es el 22 de mayo de 1990, el cumplimiento de la pena ocurrió hasta el 12 de agosto de 1995, por lo que dicho juzgamiento no se encontraba prescrito para la fecha de la sentencia sea, el 7 de junio del año 2004. Así debe entenderse, de cara a esa misma posición jurisprudencial, que estableció que: " ... Las certificaciones en las que consten asientos del Registro Judicial de Delincuentes, en relación a condenatorias con más de diez años de cumplida la condena, sin efectuarse una nueva inscripción, no podrán ser tomadas en consideración por los tribunales, a ningún efecto ...".

V. Ahora bien, en lo que atañe a los supuestos vicios verificados

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

en las restantes etapas del proceso, se ha alegado que se violentaron los derechos del imputado al momento de su vinculación a la causa por no ser informado de sus derechos, al mantenerlo injustificadamente detenido, de un día para el otro, a la espera de que su situación jurídica fuese conocida por un juez, y que no se le nombró un defensor desde el primer momento, ni tampoco este participó en la totalidad de las diligencias hechas, tales como las pruebas periciales y la entrevista a la afectada por parte de la fiscalía. Sin embargo, en ningún caso lleva razón la defensa. Consta que al momento de recibir declaración indagatoria al inculpado Carlos Rodríguez Vargas, se le impuso de los hechos que se le acusaban y de sus derechos, siendo asistido desde este instante por el impugnante, licenciado Melvin Rojas Ugalde, como su defensor particular, lo que se vislumbra como suficiente a efectos de garantizar su derecho de defensa. De igual manera, no es dable afirmar que, con ese mismo ánimo, deba garantizarse al abogado defensor del sindicado su participación en todas y cada una de las diligencias de investigación, pues si bien eso podría ser lo óptimo en la mayoría de las investigaciones, no es así tratándose de ilícitos de naturaleza sexual cometidos contra menores de edad, donde el límite viene dado por el interés superior del niño, como derecho fundamental reconocido internacionalmente, y que implica el evitar su revictimización en la causa. Cosa que no podrá lograrse nunca si desde este momento temprano de la investigación se somete al escrutinio de las partes, bastando, entonces, que los resultados de las pericias y de las diligencias realizadas sean puestas en conocimiento del imputado y su defensor, quienes, de todas formas, podrán examinarlas definitivamente durante el juicio oral."

ALCANCES DEL CONCEPTO ENCARGADO DE LA EDUCACIÓN, GUARDA O CUSTODIA

[SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.]²⁰

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

"El imputado mediante recurso que consta a folio 93 del expediente interpone recurso de casación por el fondo indicando que al tener una relación ocasional con la madre de la ofendida, no hay relación de afinidad y por lo tanto no procede el agravante contenido en el párrafo segundo del artículo 161 del Código Penal vigente. En igual sentido el defensor Lic. C.L., en recurso que consta a folios 94 y siguientes del expediente, concretamente en el primer motivo de su recurso titulado "Motivo por el fondo", sostiene que ha quedado acreditado que el imputado no tenía la guarda y crianza de la ofendida, por lo que considera que la calificación jurídica correcta sería la de abusos deshonestos simples y no agravados. LOS RECLAMOS NO SON ATENDIBLES. Tal y como lo estableció esta Sala en resolución que cita el tribunal de mérito, el significado de la frase "encargado de la educación, guarda o custodia" contenida en el artículo 158 en relación con el 161, ambos vigentes en la fecha de comisión de los hechos trasciende los límites formales del Derecho de Familia: "... reclama la defensora señala que el imputado no es el encargado de la educación, guarda o custodia de la menor ofendida, en los términos previstos por el número 158 del citado cuerpo legal, por lo que hay una errónea aplicación de la ley sustantiva. Indica que el encartado ... era el compañero de convivencia de la madre de la menor ofendida, de manera que no tenía los atributos de la patria potestad establecidos por el artículo 142 del Código de Familia ... de los hechos anteriores deben destacarse algunos aspectos importantes, como que el imputado convivía con la madre de la ofendida y habitaban todos bajo el mismo techo. Al respecto cabe señalar que la relación adulto-menor, en que el primero ejerce sobre el segundo alguna forma de autoridad y correlativamente existe subordinación, respeto o reverencia, ya sea temporal o permanente, a que se refiere la agravante prevista en el artículo 158 del Código Penal, es suficiente para constituir la figura del guardador o encargado de la custodia del menor, sin que sea necesario que el adulto ejerza la patria potestad o represente legalmente al menor. Sobre ello ha dicho esta Sala: «...

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

la situación de un adulto con respecto a un menor que -como en el caso de autos- viven aunque sea temporalmente bajo el mismo techo donde aquel ejerce autoridad, es la de guardador en el sentido de las normas aplicadas por él a quo...». (Sentencia N° 544-F, a las 10:30 hrs. del 30 de setiembre de 1993.) Se trata de una relación de hecho, de carácter meramente circunstancial, que puede ser incluso espontánea y pasajera, en la cual un menor se encuentra bajo la protección, cuidado o supervisión de un adulto, por muy diversas razones, tales como la relación que surge entre quienes llevan de paseo a algunos menores, los que reciben en sus casas a los hijos de los vecinos, el conductor del autobús escolar, etc. La norma penal en este caso, no se circunscribe a los conceptos de patria potestad acuñados por el derecho de familia, sino que extiende la protección de los niños a sencillas y temporales relaciones de hecho. En esos supuestos la agravante existe porque el adulto se prevalece de su condición y de la autoridad que en ese momento ejerce sobre la menor para obtener de ella el consentimiento para realizar el acto sexual (estupro), o para agredirla sexualmente (violación); y además, porque en cierta medida rebasa con mayor grado de culpabilidad los deberes que las circunstancias le imponían, por tratarse de la persona encargada de la guarda o custodia de una menor de edad y prevalerse de esa situación para mantener relaciones sexuales con su víctima, violando la confianza que se había depositado en el adulto. En el presente caso es muy clara la concurrencia de la agravante, porque además de que el imputado convivía con la madre de la menor y vivía con ellas en la misma casa, realizó la acción delictiva mientras tenía a su cuidado a la ofendida en tanto la madre de ésta asistía a su trabajo. Con mayor razón debe aplicarse la agravante si se observa que existía una convivencia marital estable entre la madre de la ofendida y el encartado ...” , sentencia N° 41-F-94, de las 9:20 hrs. del 28 de enero de 1994”. En igual sentido se ha manifestado la doctrina, indicando que el concepto de encargado de la custodia o guarda “ no se limita a la relación jurídica de quienes tiene por la ley civil

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

específicamente esa función, tales como el tutor o curador, sino que es bastante más amplia y comprende a toda persona que esté de hecho encargada de la guarda o de la educación de la víctima, aún con la prescindencia de la existencia de los padres o de tutores o curadores legales..." (FONTAN BALESTRA, Carlos, Derecho Penal Parte Especial , Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 10ª Edición, 1985, p. 241). En el presente caso ha quedado acreditado que el imputado tenía la custodia de la ofendida -aunque fuera en forma temporal y a ciertas horas del día-. Obsérvese como en el considerando I , concretamente en el hecho probado "B", los juzgadores tienen por acreditado "que la señora P

. salía a trabajar a las cuatro de la mañana, y que él se quedaba solo en esa casa cuidando los hijos de ésta, E . y J . V . V . P . , de doce y ocho años de edad respectivamente, hasta que un familiar los recogía a las ocho de la mañana, cierto día del mes de julio de ese año, el imputado B . M . ingresó a la habitación que compartían los hermanos y se dirigió directamente a la cama de J . , a quien comenzó a tocarle impúdicamente...", de manera que para los efectos del tipo penal contenido en el artículo 161 en relación con el 158 del Código Penal, esa momentánea pero periódica relación de hecho basta para configurar el agravante señalado, razón por la cual el reclamo se rechaza. "

PARENTESCO POR AFINIDAD COMO CALIFICANTE DE LA FIGURA

[SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.]²¹

" III. [...] la aplicación a la causa del artículo 161 reformado por Ley N° 7899 de 3 de agosto de 1999, se hizo acorde a derecho en virtud de una disposición legal, por resultar la pena respecto al tipo penal aplicable más favorable al acusado, circunstancia que no se modificó con la reforma mediante Ley N° 8002 de 8 de junio de 2000, que mantuvo la misma penalidad en el caso de la figura agravada del ilícito en el párrafo segundo del artículo 161 del Código Penal. En este caso, el ilícito se agrava no sólo

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

porque la ofendida contaba con menos de doce años de edad al perpetrarse los hechos, sino también porque el encartado era guardador de la menor, pues se estableció en sentencia, que él cumplió respecto a la menor con el rol de padre y fue dicha relación de acceso y confianza, precisamente lo aprovechado por el justiciable, para abusar de la niña. En todo caso, corresponde aclarar que aun cuando se asuma que el a-quo hubiese errado al considerar que el justiciable era el custodio de la menor, el supuesto equívoco sería por completo incapaz de modificar las conclusiones del Tribunal, así como la adecuación típica del suceso, careciendo de todo interés el reproche al subsistir otras circunstancias a través de las que se mantiene la tipificación fijada en el fallo, respecto a la conducta ejecutada por el justiciable. En este caso se está en presencia de una circunstancia calificante en razón del parentesco, por cuanto el encartado – según se tuvo por demostrado – era el conviviente de la madre de la perjudicada al momento de perpetrar los acontecimientos, vínculo que hace surgir el parentesco por afinidad entre el acusado “concubino” y los parientes consanguíneos de su “compañera”, de ahí que durante esa relación de hecho que ligó a los convivientes, surgió un nexo por afinidad entre él – quien se convirtió en su padrastro – y la niña víctima del abuso sexual (Cfr. en igual sentido, entre otros los siguientes votos de esta Sala: #306-98 de las 10:18 horas del 27 de marzo de 1998; # 783-99 de 10:15 horas del 25 de junio de 1999; # 329-00 de las 9:25 horas del 31 de marzo de 2000; # 2001-00238 de las 9:10 horas del 2 de marzo de 2001; # 2001, 01196 de las 9:30 horas del 7 de diciembre de 2001; # 2003-00768 de las 9:50 horas del 4 de setiembre de 2003) . Acorde con lo indicado, el comportamiento del imputado, siempre se ajustaría al delito de abusos deshonestos en su forma calificada, por lo que se excluye la aplicación del tipo penal en su forma simple. Ahora bien, el Tribunal aplicó la legislación conforme la última reforma operada, en razón de que el extremo mayor de la pena disminuyó, siendo por ello más favorable para los intereses del encartado. Nótese, que

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

los abusos deshonestos agravados - según preveía la Ley # 7398 , del 3 de mayo de 1994 - se penaban con prisión de 4 a 12 años, mientras que en la actualidad, la sanción va de los 4 a 10 años de privación de libertad. Por ello, pese a que en el ínterin de los hechos, la norma aplicable al delito se modificó, no se ha menoscabado de ninguna forma los intereses de García Gutiérrez en el juzgamiento de los ilícitos."

ABUSOS DESHONESTOS IRRELEVANTE DETERMINAR EDAD DE LA VÍCTIMA CUANDO EXISTE INTIMIDACIÓN

[SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA]²²

"I.- [...]. Resulta evidente, que los hechos sometidos a examen jurisdiccional se enmarcan temporalmente antes de las reformas legales implementadas mediante Ley 7.899 de 3 de agosto de 1999, que rige a partir de su publicación en La Gaceta N° 159 del día 17 de agosto de 1999 y Ley 8.002 de 8 de junio de 2000, publicada en La Gaceta N° 126 de 30 de junio de 2000. Mediante dicha instrumentalización, se reformó -entre otros- el numeral 161 del Código Penal, que actualmente contiene la figura de abusos sexuales contra personas menores de edad e incapaces. Evidentemente, en virtud de la imposibilidad de aplicación del principio de retroactividad normativa contra reo, la solución al caso concreto deviene de un razonamiento distinto al señalado -pero sí es prudente acotar- que dado que la norma vigente agota todas las hipótesis comisivas posibles de manera expresa, actualmente la discusión ni siquiera sería factible en sede de casación en una causa como la que ahora nos ocupa. Más ello no implica que la prohibición legal de la conducta no existiese al momento en que T.M.B. fue abusada sexualmente por su padre, precisamente por ello la relación entre los ordinales citados del

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

código sustantivo contemplaba tres hipótesis fácticas: que la víctima fuese menor de doce años (que es la que discute aquí la impugnante), que aún siendo mayor de doce años, la persona ofendida se hallase privada de razón o estuviese incapacitada para resistir y por último, cuando el sujeto activo empleara violencia corporal o intimidación. El Derecho -por antonomasia- no pretende las situaciones lógicas límite, aunque se admitiese en aplicación del in dubio pro reo in facto, que al momento del abuso sufrido, T.M.B. haya tenido más de doce años de edad, ello no significa que la conducta desplegada por el agente sea atípica y conlleve la supresión de los análisis de culpabilidad y antijuridicidad de su comportamiento. El bien jurídico tutelado que es la libertad sexual de la víctima, fue materialmente afectado por la clara elección de un sujeto que pudo comportarse de manera distinta y eligió no hacerlo; el aparente problema en estudio radica en la tipicidad y hacia ella nos abocamos. El parentesco en sí mismo que vincula a los protagonistas del hecho punible, no es razón suficiente para dar por sentado que existe intimidación o violencia física, así: "...Se ha discutido si el temor reverencial, cuando median relaciones de parentesco o dependencia, es suficiente por sí mismo, para que el hecho deba tenerse por cometido mediante intimidación. Con evidente error se ha creído ver algunas de las agravantes previstas en el artículo 122 el reconocimiento legal de que en tales casos existe una situación de violencia moral; pero esas relaciones o condiciones personales no son elementos de la violación, sino circunstancias que la califican..." FONTAN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal. Parte Especial. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 8º edición, 1978, p. 173. En este mismo sentido, se ha indicado que: "...la jurisprudencia ha entendido que no constituye intimidación el respeto y la obediencia que el descendiente debe al ascendiente que aprovecha éste para violarlo; necesitándose la amenaza grave e inminente para que el hecho configure el delito, pues, por ser la violación cometida por los ascendientes una agravante de la figura simple, no puede ser considerado aquel elemento como constitutivo de la

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

misma..." LOPEZ BOLADO, Jorge Daniel. Violación, Estupro, Abuso Deshonesto . Buenos Aires, Lerner, 1971, p. 54. Teniendo claro ese presupuesto y admitiendo entonces que la violencia moral no puede presumirse ni extraerse a priori de las relaciones filiales, entonces debe examinarse exhaustivamente cada caso concreto a fin de determinar si se ha dado o no la intimidación, hurgando no solo en el marco de hechos probados sino en la sentencia como un todo, sin que ello implique una nueva ponderación probatoria, puesto que la valoración y decisión del a quo permanece incólume. Si admitimos entonces, que en 1995, T.M.B., tenía más de doce años de edad cuando fue víctima de abuso sexual por su padre Juan Carlos Mata Cedeño; quien no consta concluyentemente ejerció sobre ella violencia física para perpetrar el delito, sin embargo -pese a que en ejercicio de su derecho, la víctima se abstuvo de declarar en el contradictorio- la madre de ésta y testigo presencial L.B.M. depuso: "... A la hija que manoseó es a T. que en esa época tenía doce años. Yo lo que vi fue que él le tenía la boca tapada con la mano y con la otra la tocaba, yo lo vi cuando le tenía la mano en la vagina de ella, yo entré y le dije que cómo se le ocurría, idiota, estúpido y comenzamos a pelear a las tres de la mañana. Yo me imagino que T. estaba despierta, luego yo le pregunté a ella y me dijo que eso había pasado varias veces pero que él la amenazaba siempre." (Ver folios 241, líneas 22 a 28 y 242, líneas 1 y 2 de la sentencia. El énfasis no es del original). Diáfananamente, de lo insertado en lo conducente, se infiere que aún cuando la ofendida fuese mayor de doce años edad, la conducta del agente es típica puesto que actuó ejerciendo violencia moral contra la menor, elemento descriptivo y jurídico previsto en los numerales 156 y 161 del Código Penal que estaban vigentes al momento de los hechos. Por ende se cumplen los requisitos de tipicidad, culpabilidad y antijuridicidad que constituyen el delito acusado, en consecuencia no existe vicio alguno en la sentencia que acoger y por ello se declara sin lugar el presente recurso."

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

ALCANCES DE LOS CONCEPTOS "CUSTODIA" Y RELACIÓN DE CONFIANZA COMO ELEMENTOS QUE AL ESTAR PRESENTES AGRAVAN LA FIGURA

[SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.]²³

El recurrente confunde los alcances del concepto de custodia, a que se refiere el numeral 161 inciso 3) del Código Penal, con la circunstancia atinente a la relación de confianza que contempla el inciso 4) de la citada norma, y que fue comprobado probatoriamente en el fallo que se cuestiona, como agravante de la conducta delictiva desplegada por el enjuiciado. Así, en el primero de los presupuestos señalados, se hace mención, como elemento agravante de la figura de abuso sexual contra persona menor de edad o incapaz, la autoría, entre otros, de quien se halle ligado a la víctima en una relación de guardia o custodia. Sobre el concepto de "custodia", a que hace referencia la normativa penal, esta Sala, en reiterados pronunciamientos, le ha concedido una interpretación amplia, más allá de la noción de patria potestad, que contemplan, la custodia, guarda, crianza y educación, contenida en el Derecho de Familia. Por el contrario, la guarda o custodia, con trascendencia penal, remite también a una relación de hecho, "de carácter meramente circunstancial, que puede ser incluso espontánea o pasajera, en la cual un menor se encuentra bajo la protección, cuidado o supervisión de un adulto, por muy diversas razones, tales como la relación que surge entre quienes llevan de paseo a algunos menores, los que reciben en sus casas a los hijos de los vecinos, el conductor del autobús escolar, etc. La norma penal en este caso, no se circunscribe a los conceptos de patria potestad acuñados por el Derecho de Familia, sino que extiende la protección de los niños a sencillas y temporales relaciones de hecho..." (ver entre otros, los votos números 544-F de las 10:30 horas del 30 de setiembre de 1993; 41-F-94 de las 9:20 horas del 28 de enero de 1994; 847-98 de las 9:11 horas del 4 de setiembre de 1998. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia). Por su parte, el inciso 4) del mencionado numeral 161, determina también como circunstancia agravante, la relación de

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

confianza, del agresor sexual con la víctima o su familia, medie o no relación de parentesco, en tanto aquel se prevalece de ella para abusar sexualmente de la persona menor de edad o incapaz ofendida. La relación de confianza, traducida en ese vínculo o conexión existente entre las personas, que puede surgir también de forma espontánea, automática, y en un espacio temporal muy pequeño, no necesariamente implica una relación de custodia, sea legal o de hecho, temporal o permanente, como parece entenderlo el gestionante, y se estructura precisamente para aquellos casos en donde, si bien existe una relación de confianza, no se dan los elementos propios de la guarda o custodia, aunque estos últimos conceptos involucran una relación de confianza. Trasladando las anteriores consideraciones al caso examinado, aun cuando, se aceptara que el menor ofendido G. G. S., al momento de los hechos que se tuvieron por demostrados, no se hallaba "en custodia" del imputado, sí existía una evidente relación de confianza entre el imputado y la víctima, y también con respecto a la madre del menor, en tanto el niño confiaba plenamente en Villalobos Berrocal, quien era el pulpero del barrio, su vecino y además el padre de su amigo L, con el cual compartía juegos, en razón de su similar condición etaria, lo que le permitía su permanencia en el patio de la casa del ofensor sexual, o dentro de la vivienda o en el negocio comercial que allí operaba, situación que era aceptada por la madre de G, con sustento en ese mismo vínculo existente, permitiendo que su hijo visitara ese entorno, bajo la creencia que, así como el acusado debía proteger a su propio hijo, también lo haría con el niño ofendido. Sobre este orden de ideas, tomando en consideración ese espacio permitido por el imputado, y la actividad de juego, que normalmente ocurría entre los niños, permite estimar el surgimiento automático de una relación de confianza, tal y como fue considerada por el Tribunal, para tener por agravada la conducta delictuosa del justiciable, quien se da a la tarea de abusar sexualmente a la pequeña víctima, prevaleciéndose de ese ambiente de confianza, circunscribiéndose tal actividad dentro de los presupuestos típicos contenidos en la

norma penal aplicada, sin que advierta esta Sala, vicio alguno que deba ser declarado."

ANÁLISIS SOBRE LA OMISIÓN DEL LEGISLADOR EN CUANTO A LA CLASE DE PENA EN CASO DE AGRAVACIÓN O CALIFICACIÓN DEL HECHO

[SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.]²⁴

"II. En primer término, debe apuntarse que toda la discusión acerca de la supuesta impunidad generada por la no especificación de la pena prevista en el segundo párrafo del artículo 161 del Código Penal, es de muy vieja data. Ya la redacción con que nació este tipo penal decía a la letra: "Artículo 161.- Será reprimido con prisión de dos a cuatro años , el que sin tener acceso carnal abusare deshonestamente de una persona de uno u otro sexo, concurriendo alguna de las circunstancias del artículo 156. (punto y aparte) Si además mediere alguna de las circunstancias previstas en los artículos 157 y 158 la pena será de cuatro a seis años ." (Los subrayados no son del original). Esta forma de redacción, se heredó a las sucesivas reformas, entre ellas, las concretadas mediante Ley No. 7398 de 3 de mayo de 1994 y la No. 7899 de 3 de agosto de 1999, aquí en cuestión. Pero la aplicación del texto del artículo 161 del Código Penal, previo a esta reforma del 99 en el caso que nos ocupa, no obedece, como lo acusa la Defensa, a un mero afán de punibilidad -social o judicial- al margen de los razonamientos lógico-jurídicos y de los principios fundamentales que informan nuestra materia. Tómese nota aquí que el Tribunal sentenciador, al momento de calificar el delito acusado y de

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

aplicar la sanción a imponer, sostuvo, como datos relevantes que: (a) es de aplicación el numeral 161 del Código Penal vigente al momento de ocurridos los hechos (octubre de 1997); (b) no es posible aplicar la reforma de agosto de 1999 en virtud de que por su medio se volvían más severas las sanciones a las conductas previstas (se entiende tanto las figuras simples como las agravadas); (c) no es de recibo la solicitud de sobreseimiento que hace la defensa argumentando en el sentido de que la modificación legislativa era aplicable según el párrafo segundo de la nueva redacción que convirtió la conducta en atípica, por no prever de manera determinada la pena a imponer; (d) si bien la conducta se ajustaba al tipo agravado conforme la reforma (por ser la víctima menor de 12 años) y que esa conducta no era punible (por indeterminación de la clase de pena), se olvidó el defensor de que el tipo penal simple se mantuvo y que fue sólo la agravante la que tuvo modificaciones; y (e) acoger la petición de la defensa llevaría a aplicar en perjuicio del acusado la ley penal más gravosa. Como bien puede apreciarse, el Tribunal descartó la aplicación del numeral 161 del Código Penal, según los términos de la reforma de 1999 en su totalidad, por estimar que esa norma, íntegramente, es decir, incluso para la figura típica simple o básica, establecía penas más severas a imponer y, en consecuencia, se decantó por la aplicación de la norma más favorable al acusado, a saber, la que se encontraba vigente al momento en que ocurrió el hecho, en el mes de octubre de 1997. Ahora bien, en el apartado de "calificación jurídica y sanción aplicable" de la sentencia que se examina, los juzgadores, como se resumió, se refirieron a que la conducta desplegada por el acusado se adecuaba a la agravante prevista en el segundo párrafo del 161 reformado y que esa conducta resultaba impune, haciendo simultáneamente referencia a que, en su criterio, subsistía un tipo básico que resultaba aplicable. Esta última digresión en el razonamiento de los jueces, sembró confusiones que sirven a la parte recurrente para esgrimir sus principales argumentos. Debe entenderse sin embargo que de conformidad con el criterio que finalmente se

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

impuso en este tema, no es cierto que, en el caso concreto, pudiera decirse que la conducta bajo examen al adecuarse al supuesto del segundo párrafo del tantas veces citado artículo 161 reformado, resultaba impune. Esta afirmación errónea, que llevan a tal confusión, reviste un carácter absolutamente secundario en la definición del fallo, puede prescindirse de ella sin que en lo esencial se afecte la decisión tomada que se basa, sea dicho una vez más, en el carácter más beneficioso del tipo penal finalmente aplicado. Ciertamente la jurisprudencia de esta Sala Tercera y de la Sala Constitucional se pronunciaron, después del debate de posiciones que suscitó el punto, por darle validez y eficacia jurídica al citado segundo párrafo del 161 y establecer, con toda determinación, que no había posibilidad de declarar la impunidad de las conductas al amparo del citado texto. A esta Sala no le queda, en consecuencia, ninguna duda de que esa imprecisión no invalida el argumento principal del a quo, antes descrito, y que conlleva la aplicación de la norma vigente en octubre de 1997 cuando ocurrieron los hechos. En el presente caso, la imposición del tipo penal de "Abusos Deshonestos" previo a la reforma del 99, se hace en virtud exclusiva de ese criterio, puesto que la ley reformada vino a agravar las consecuencias jurídicas (sanción o pena) de los supuestos fácticos previstos en la nueva redacción (tanto la figura simple como las agravadas). En consecuencia no estamos ante una decisión judicial que haya violentado, del Código Penal, el principio de legalidad (artículo 1), así como tampoco la prohibición de analogía in malam partem (artículo 2), ni la regla que obliga la aplicación de la ley posterior más favorable (artículo 12), ni, finalmente, la norma contenida en el artículo 161 con sus distintas reformas. En razón de lo dicho, no puede sino concluirse que con la promulgación de la Ley No. 7899 de 3 de agosto de 1999 (publicada en "La Gaceta" el 17 de agosto inmediato siguiente), no fue abierto ningún período de impunidad para ciertas conductas descritas en el segundo párrafo del artículo 161 del Código Penal, lapso que se cerró, según el impugnante, hasta que sobrevino la modificación establecida

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

mediante Ley No. 8002 de 8 de junio de 2000 (publicada en ese mismo diario oficial el 30 de junio inmediato siguiente). Si, por otra parte, en su momento, tanto en la jurisprudencia de los tribunales nacionales como en la misma instancia legislativa, se ha reconocido la existencia de una imprecisión técnica en la redacción del segundo párrafo del numeral 161 del Código Penal, este aspecto ha sido interpretado en definitiva, por la jurisprudencia de esta Sala Tercera como por la Sala Constitucional, en el sentido de que era perfectamente aplicable por no ser contrario a la Constitución Política ni, específicamente, al principio de legalidad penal. Consecuentemente, para los supuestos en que se ha aplicado ese numeral, y que, insistimos, no es el punto decisivo en la sentencia que se examina, la redacción de la reforma de agosto de 1999, no trae las dos consecuencias que alega la Defensa (doble impunidad: para período de vigencia de la reforma del 99 y para conductas realizadas con anterioridad), puesto que el principio de legalidad stricto sensu se ha respetado, para todas aquellas hipótesis en que se ha interpretado y aplicado la ley conforme los criterios en cuestión, teniéndose por plenamente previstos tanto el supuesto fáctico como la sanción aplicable, motivo por el cual se respeta a plenitud el nullum crimen nulla poena sine lege (artículos 39 de la Constitución Política y 1 del Código Penal). No existe tampoco ley posterior más favorable (artículo 12 del Código Penal) con la cual resolver, porque de resultar, como en el caso bajo análisis, inaplicable el numeral 161 reformado, lejos de abrir una laguna de impunidad, despeja la posibilidad de remitirse a la norma más favorable, que precisamente prevé y sanciona con mayor benignidad la conducta prohibida debidamente descrita y contenida en el mismo artículo 161, según la redacción previa a la reforma del 99, y que el Tribunal sentenciador terminó aplicando en esta ocasión por ser la legislación vigente al momento de ocurrido el hecho. Tampoco se ha quebrantado la disposición legal relativa al concurso aparente de normas (artículo 23), ni se da ningún ejercicio indebido o ilegítimo de subsubción o de

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

aplicación analógica de ley penal (artículo 2 ibídem) tal como lo denuncia el recurrente. Adviértase una vez más que en este tema no ha existido tal lapso o laguna de impunidad puesto que, para los hechos ocurridos durante la vigencia de la reforma del 99, la jurisprudencia de los más altos tribunales de la República, como quedó dicho, establecieron su legítima aplicación pese a la imprecisión técnica detectada en la redacción del segundo párrafo del 161 y, como en el presente caso, ante hechos ocurridos con anterioridad a la citada modificación legal, el juzgador ha estado siempre legitimado para aplicar la descripción típica vigente al momento de ocurrida la conducta que se busca sancionar, porque según lo resolvieron los Jueces en el presente asunto, esa tipificación anterior resultaba más favorable al acusado. A mayor abundamiento, téngase en cuenta que al insistir en su punto de vista, alegando que debió aplicarse el segundo párrafo del numeral 161 reformado y derivar de ahí la impunidad de su defendido, el recurrente se equivoca al señalar, respecto del tantas veces citado numeral 161, que "el párrafo segundo engloba al primero" , cuando lo que ocurre es todo lo contrario. Desde un punto de vista estrictamente lógico es válido afirmar que "todo menor de doce años es menor de edad" resultando en consecuencia formalmente inválido afirmar lo opuesto, a saber, que " todo menor de edad es menor de doce años" . Esto significa, ni más ni menos, que es el primer párrafo del numeral 161 el que, en cualquier caso, englobaría al segundo, agregando éste un elemento de especialidad que la jurisprudencia nacional terminó por declarar válidamente aplicable, pese a no referir expresamente la naturaleza de la pena prevista y remitiéndose, para aclarar el punto, al primer párrafo que permitía deducirla como pena de prisión . La argumentación de la Defensa tampoco se sostiene en cuanto alega que la única

comparación normativa posible es la que se realiza entre las especies fácticas, sin importar las consecuencias jurídicas de cada disposición. La doctrina dominante -que se cita de seguido- acerca de la estructura de las normas jurídicas de conducta, la

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

conceptualiza como integrada por dos elementos que se exigen y complementan mutuamente: la hipótesis fáctica (o hecho-tipo) y la disposición o precepto (consecuencia jurídica o sanción aplicable). De esta suerte, el artículo 23 del Código Penal cuando menciona "disposición legal" o "norma" prevalente, remite a ambos elementos integrantes. No es posible entonces entrar al análisis de la supuesta concurrencia aparente de normas en el caso que se nos presenta, en tanto no hay tal concurso, ni el Tribunal a quo ha pretendido aplicarlo. A este propósito, un criterio doctrinario señala: "...es innegable que el legislador al enunciar una regla jurídica de comportamiento: a) Prefigura la existencia de un hecho-tipo, esto es la existencia de una clase o serie de situaciones de hecho (Si es H...). b) Vincula a esta clase o especie de hecho una consecuencia ya predeterminada con las características de objetividad y de obligatoriedad (...debe ser C)." [Ver: Reale, Miguel; Introducción al Derecho, Ediciones Pirámide S.A., 1989, pp.73-81.] En el mismo sentido el carácter sancionatorio no sólo es parte integrante de la norma de derecho sino que es su característica definitoria, es decir, constituye el rasgo que hace la diferencia entre la norma jurídica y otros tipos de norma como la moral o la simple costumbre social, así; "La presencia de una sanción externa e institucionalizada es una de las características de aquellos grupos de normas que constituyen, de acuerdo con una acepción que se hace cada vez más común, los ordenamientos jurídicos..." [Ver: Bobbio, Norberto; Teoría General del Derecho; Editorial Temis, S.A., Bogotá, 1999, pp. 110 y siguientes]. Con los mismos argumentos queda desvirtuada la queja de que en la especie se ha aplicado analógicamente la ley penal (artículo 2 del Código Penal). De toda suerte, la analogía in bonam partem no es un método de interpretación prohibido en materia penal, lo que está prohibido es la analogía in malam partem, por la ampliación de un criterio sancionatorio a un hecho inicialmente no previsto, cosa que no sucede en el subjuice, según las razones y las interpretaciones jurisprudenciales que se han dado. No se trata de que los juzgadores de esta causa hayan

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

aplicado una norma a un caso similar o parecido a otro en perjuicio del acusado; lo que ocurre es que se pronunciaron por aplicar la norma que más le favorecía en razón del momento en que ocurrió el hecho (octubre de 1997), desplazando la norma que contenía la reforma posterior, por prever respuestas sancionatorias mucho más severas. Advirtiéndolo una vez más que, aunque no es el motivo central que decidió este caso, el razonamiento del quejoso resulta, por demás, inadmisibles, puesto que de conformidad con él, y en atención a un rígido y absoluto apego a la letra de cada presupuesto normativo, sería imposible aplicar, los tipos penales simples o básicos cuando las agravantes de dichas figuras, prima facie acusadas, no se demostraren o resultaren inaplicables bajo cualquier concepto. De igual manera es pertinente decir aquí que el Derecho no puede resultar, en su aplicación, irracional o absurdo. Según lo propone el recurrente, el sistema judicial costarricense debió sancionar una serie de conductas perpetradas contra infantes mayores de doce años, pero debió dejar en la impunidad hechos idénticos cuyas víctimas no sobrepasaran ese límite de edad. Tal despropósito hubiera generado no sólo la inaceptable impunidad (que el interesado justifica para salvar las formas), sino que al mismo tiempo se hubiera generado la más rotunda inseguridad jurídica. De todas maneras, volviendo al punto de partida, es importante recordar aquí que el Tribunal sentenciador en ningún momento hizo comparación entre el primer y segundo párrafos del numeral 161, según quedaron reformados en agosto de 1999, porque como se ha dicho reiteradamente, la razón que tuvo para desechar esta legislación fue mucho más allá, en tanto rechazó la aplicación íntegra de esa novedosa norma por prever consecuencias punitivas mucho más rigurosas, incluido el tipo básico. Por otra parte, resulta una especulación infundada afirmar, como lo hace el impugnante, que el Tribunal de sentencia terminó por aplicar las reglas del concurso ideal de normas, como si se tratara de una única acción que pudiera ser subsumida en dos tipos penales diversos, imponiéndose consecuentemente la penalidad del más severo (artículo 75 del Código Penal). Ya se dijo, a

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

propósito de la alegación correspondiente al concurso aparente, que en la especie no hay concurrencia de normas de ningún tipo y que el a quo no aplicó ninguna de esas modalidades de solución al caso, dado que simplemente no podemos hablar de que han concurrido diversas normas, ni en apariencia ni idealmente, puesto que el artículo 161 reformado en agosto de 1999 fue desplazado en virtud de resultar mucho más gravoso en el caso concreto y no en virtud de alguna otra motivación. Poco agrega, por último, la Defensa, cuando señala que la interpretación jurisprudencial precedente que hiciera esta Sala Tercera respecto a la redacción anterior del artículo 161 del Código Penal y la conexión lógico-gramatical que había entre su primer y segundo párrafo, no es de ninguna manera aplicable a la redacción que surgió de la reforma de agosto de 1999. La misma jurisprudencia de esta Sala definió la conexión lógica y jurídica entre un primer párrafo que explícitamente señalaba la naturaleza de la pena prevista, y su aplicabilidad al contenido y sentido del segundo párrafo, de modo que no puede seguirse discutiendo este punto. Además, respecto al criterio vertido por la Sala Constitucional en este tema, no toma en cuenta el reclamante la última y definitiva interpretación que hiciera ese alto Tribunal en el que enmienda la supuesta inconstitucionalidad decretada en la resolución que cita el reclamante. Así tenemos: " VI.- El artículo consultado no infringe el principio de legalidad. En lo que al artículo 161 del Código Penal se refiere, en el primer párrafo se establece un tipo básico de abusos deshonestos contra personas menores de edad e incapaces, por el que se impone una sanción de tres a ocho años de prisión . El párrafo segundo y los incisos siguientes tipifican conductas agravadas del mismo tipo penal, razón por la cual, pese a que no se indique expresamente la clase de sanción a imponer, al señalar que se trata de "cuatro a diez años" ; se entiende que se trata de "años de prisión" , pues los supuestos establecidos en el párrafo segundo, se remiten al tipo básico previsto en el primer párrafo y además se trata de circunstancias de agravación del delito, que por una razón lógica no pueden tener una sanción menos

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

severa, dado que la gravedad de los hechos es mayor y por ende el reproche también lo es. En este caso, la interpretación de la norma no va más allá de la literalidad del texto consultado porque la pena está establecida por el legislador en el mismo tipo penal. No se traslada al juez en ningún momento la determinación de la sanción imponible, el ciudadano sabe a qué atenerse porque el tipo penal lo señala en forma expresa, no es necesario recurrir a una figura penal análoga o integrarla con la sanción prevista para otra conducta. El principio de legalidad penal lo que supone es que la previsión de la pena, por razones de seguridad jurídica y de competencia exclusiva del legislativo, debe efectuarla la ley, y no la voluntad del poder ejecutivo o judicial. La interpretación de la norma que se hace en este caso no va más allá de la interpretación literal o gramatical, según la cual se debe averiguar el significado o significados de las palabras en su sentido lingüístico y conforme a la significación gramatical en que son empleados los vocablos dentro de la frase correspondiente. En el supuesto que se analiza, se observa que todo el párrafo segundo del artículo remite al primer párrafo, no sólo en cuanto al tipo de sanción a imponer, sino también en cuanto a diferentes elementos de la conducta, que se agrava cuando: 1) es cometida contra una persona menor de doce años; 2) el autor se aproveche de la vulnerabilidad de la persona ofendida o ésta se encuentre incapacitada para resistir o se utilice violencia corporal o intimidación; 3) el autor sea ascendiente, descendiente, hermano por consanguinidad o afinidad, padrastro o madrastra, cónyuge o persona que se halle ligado en relación análoga de convivencia, tutor o encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima; 4) cuando el autor se prevalezca de su relación de confianza con la víctima o su familia, medie o no relación de parentesco. Todas esas circunstancias agravan la conducta que está descrita en el primer párrafo de la norma, remiten a ese tipo básico, sin que se mencione expresamente. De igual modo, aunque no se diga expresamente, por la constitución gramatical de la norma, se infiere inequívocamente que al indicarse que la pena es de

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

"cuatro a diez años", se trata de años de prisión..." (Resolución No. 2001-10140 dictada a las 14:30 horas de 10 de octubre del 2001). Ciertamente esta definición jurisprudencial, debe referirse aquí sólo a título de mayor abudamiento y para dejar constando que es falso que el punto haya sido definido conforme lo señala el impugnante. De igual manera, la aclaración y modificación sobrevenida con la reforma de Ley No. 8002 de junio de 2000, lo único que vino a hacer fue aclarar la naturaleza de la pena a imponer (prisión), en relación a la previsión fáctica del párrafo segundo del numeral 161 del Código Penal, superando dudas sobre su aplicación a partir de ese momento y obligando a su eficacia, cuestión que se había prestado para interpretaciones disímiles de conformidad con la redacción vigente hasta entonces. "

NATURALEZA DE LA INTIMIDACIÓN

[SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.]²⁵

"I.- [...]. La intimidación que debe existir para llenar el tipo penal en caso de violación (y que se exige por remisión en los abusos deshonestos), debe ser grave, real y posible, de modo que esté causalmente relacionada con el resultando del delito (sobre esto v. Bustos Ramírez, Juan: Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Editorial Ariel, S. A. Barcelona, 1991, pp. 116 y 117). En el presente caso no se hace alusión a una intimidación grave, real y posible, sino a amenazas sin concreción de contenido, por lo que no se ha probado una relación causal entre amenaza y daño. Así las cosas se excluye el tipo del artículo 161 del Código Penal. Para estimar configurada la intimidación tampoco basta la simple relación de parentesco, como pareciera decirlo el Tribunal. "... Se ha discutido si el temor reverencial, cuando median relaciones de parentesco o dependencia, es suficiente por si mismo, para que el hecho pueda tenerse por cometido mediante la intimidación. Con evidente error se ha creído ver algunas de las

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

agravantes previstas por el artículo 122 el reconocimiento legal de que en tales casos existe una situación de violencia moral; pero esas relaciones o condiciones personales no son elementos de la violación, sino circunstancias que la califican..." (FONTAN BALESTRA, Carlos, Derecho Penal. Parte Especial. Abeledo Perrot, 8° edición, Buenos Aires, 1978, p. 173). En igual sentido, se señala que "... la jurisprudencia ha entendido que no constituye intimidación el respeto y la obediencia que el descendiente debe al ascendiente que aprovecha éste para violarlo; necesitándose la amenaza grave e inminente para que el hecho configure delito, pues, por ser la violación cometida por los ascendientes una agravante de la figura simple, no puede ser considerado aquel elemento como constitutivo de la misma..." (LOPEZ BOLADO, Jorge Daniel. Violación, estupro, abusos deshonestos. Lerner, Buenos Aires, 1971, p. 54)."

CONSULTA DE CONSTITUCIONALIDAD DEL LOS ARTÍCULOS 161 162 CÓDIGO PENAL

[SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.]²⁶

Consulta judicial facultativa formulada por el Tribunal de Juicio de Cartago, mediante resolución de las siete horas con treinta minutos del veintisiete de marzo del dos mil, dictada dentro del expediente número 96-200458-335-PE, que es proceso penal por el delito de Abusos Deshonestos, en donde aparece como imputado Juan Francisco Ponce Centeño y ofendida Marylin Marín Víquez.

Resultando:

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las trece horas y cuarenta y cinco minutos del cuatro de abril del dos mil, y con fundamento en los artículos 8, inciso 1), de la Ley Orgánica del Poder Judicial; 2, inciso b); 3, 13, 102 y 104 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el despacho consultante solicita a

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

esta Sala que se pronuncie sobre la constitucionalidad de los artículos 161 y 162 del Código Penal (según reforma por Ley No. 7899, contra la explotación sexual de las personas menores de edad), debido a que presentan roces con el artículo 39 de la Constitución Política y el principio de debido proceso. Manifiesta el consultante que el artículo 161 del Código Penal reformado mediante Ley No. 7899, hace referencia al tipo penal de abusos sexuales contra personas menores de edad e incapaces, indicando que en una segunda penalidad agravada a la cual hace cita la norma no se establece pena. En cuanto al artículo 162 del mismo Código, regula el delito de abusos sexuales contra personas mayores de edad, sin especificar el tipo de pena, en el caso de que la ofendida sea mayor de edad. Manifiesta el consultante que conforme al artículo 39 constitucional, no es posible atribuir responsabilidad penal a una persona cuando no existen todos los requisitos debidos para la existencia del delito, dentro de ellos, que la figura penal esté prevista de sanción definida en cuanto al tipo y el monto de la misma, lo que no ocurre en los casos citados, en los cuales se establece el monto de una sanción pero, por omisión u error del legislador no se menciona cual de las sanciones existentes en la legislación penal (prisión, extrañamiento, multa, inhabilitación o medida de seguridad) es la aplicable en el caso con lo cual estamos en frente de un problema de tipicidad que violenta de esta forma el artículo 39 de la Constitución Política. Agrega además que la Sala Constitucional en un inicio había resuelto al tratarse del problema de la Ley de Armas que la falta de especificación del tipo de pena no era violatoria del sistema constitucional, principalmente el artículo 39 constitucional (Votos No. 1970-96, 2798-96 y 2799-96), pero con posterioridad a esto, la Sala mencionó que si era violatorio a la Carta Magna el hecho de interpretar sistemáticamente al complementar el tipo con otros en el cual se especifica la pena, lo que evidencia una violación al principio de legalidad (Voto NO. 6408-96 de las 15:06 horas del 26 de noviembre de 1996).

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

2.- En el procedimiento se cumplió con las formalidades establecidas por ley.

Redacta el Magistrado Piza Escalante ; y,

Considerando:

I.- Sobre el objeto de impugnación.- En la presente consulta judicial de constitucionalidad se impugnan los artículos 161 y 162 del Código Penal, en lo reformado mediante Ley contra la explotación sexual de la personas menores de edad, No. 7899, en cuanto a que no establecen el tipo pena correspondiente. Manifiesta el consultante que conforme al artículo 39 constitucional, no es posible atribuir responsabilidad penal a una persona cuando no existen todos los requisitos debidos para la existencia del delito, dentro de ellos, que la figura penal esté prevista de sanción definida en cuanto al tipo y el monto de la misma, lo que no ocurre en los casos citados, en los cuales se establece el monto de una sanción pero, por omisión u error del legislador no se menciona cual de las sanciones existentes en la legislación penal (prisión, extrañamiento, multa, inhabilitación o medida de seguridad) es la aplicable en el caso con lo cual estamos en frente de un problema de tipicidad que violenta de esta forma el artículo 39 de la Constitución Política.

II.- Sobre el fondo. Esta Sala ya se ha referido a la constitucionalidad del artículo 162 del Código Penal, por "Consulta Judicial promovida por el TRIBUNAL DE JUICIO DEL PRIMER CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ referente al artículo 162 del Código Penal, reformado mediante la Ley número 7899 de 3 de agosto de 1999, denominada "Ley contra la explotación sexual de personas menores de edad", publicada en La Gaceta número 159 de 17 de agosto de 1999", indicando en su Voto No. 06304-00 de las quince horas cincuenta y seis minutos del diecinueve de julio del dos mil, lo siguiente:

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

"I.- Objeto de la Consulta. El Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José, plantea esta consulta para que se establezca si la falta de determinación del tipo de pena contenido en el artículo 162 del Código Penal, reformado mediante la Ley número 7899, denominada "Ley contra la explotación sexual de personas menores de edad", publicada en La Gaceta número 159 de 17 de agosto de 1999, lesiona el principio de tipicidad, el cual se relaciona con el de reserva de ley dispuesto por el artículo 39 de la Constitución Política. La norma consultada dispone lo siguiente:

"Abusos sexuales contra personas mayores de edad

Artículo 162.- Si los abusos descritos en el artículo anterior, se cometen contra una persona mayor de edad, la pena será de dos a cuatro años. La pena será de tres a seis años en los siguientes casos:

1) Cuando el autor se aproveche de la vulnerabilidad de la persona ofendida o esta se encuentre incapacitada para resistir o se utilice violencia corporal o intimidación.

2) Cuando el autor sea ascendiente, descendiente, hermano por consanguinidad o afinidad, padrastro o madrastra, cónyuge o persona que se halle ligado en relación análoga de convivencia, tutor o encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima.

3) Cuando el autor se prevalece de su relación de confianza con la víctima

su familia, medie o no relación de parentesco".

II.- Del Principio de Tipicidad Penal. Los estrictos instrumentos

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

utilizados por el derecho penal, para la protección de bienes jurídicos, hacen que éstos sean restringidos por medio de principios y posiciones jurídicas. En ese sentido el principio de tipicidad adquiere relevancia, al señalar, que solo las conductas descritas en ley previa son consideradas como delitos. Respecto a la tipicidad la Sala se ha pronunciado en diferentes ocasiones. En la resolución de las dieciséis horas veinte minutos del quince de enero de mil novecientos noventa y uno, dijo:

"Los tipos penales deben estar estructurados básicamente como una proposición condicional, que consta de un presupuesto (descripción de la conducta) y una consecuencia pena, en la primera debe necesariamente indicarse, al menos, quien es el sujeto activo, pues en los delitos propios reúne determinadas condiciones (carácter de nacional, de empleado público, etc.) y cual es la acción constitutiva de la infracción (verbo activo), sin estos dos elementos básicos (existen otros accesorios que pueden o no estar presentes en la descripción típica del hecho) puede asegurarse que no existe tipo penal. De todo lo anterior puede concluirse en la existencia de una obligación legislativa, a efecto de que la tipicidad se constituya en verdadera garantía ciudadana, propia de un Estado democrático de derecho, de utilizar técnicas legislativas que permitan tipificar correctamente las conductas que pretende reprimir como delito, pues la eficacia absoluta del principio de reserva, que como se indicó se encuentra establecido en el artículo 39 de la Constitución, sólo se da en los casos en que se logra vincular la actividad del juez a la ley, y es claro que ello se encuentra a su vez enteramente relacionado con el mayor o menor grado de concreción y claridad que logre el legislador. La necesaria utilización del idioma y sus restricciones obliga a que en algunos casos no pueda lograrse el mismo nivel de precisión, no por ello puede estimarse que la descripción presente problemas constitucionales en relación con la tipicidad, el establecer el límite de generalización o concreción que exige el principio de legalidad, debe hacerse en cada caso

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

particular."

Del principio de tipicidad interesa para evacuar esta consulta la referencia a las sanciones que deben establecerse mediante ley. En ese sentido en la sentencia número número 1876-90 de las dieciséis horas del diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa, expresó la Sala:

"Es criterio de la Sala que esa técnica no se aparta del marco constitucional de división de Poderes, siempre que el Ejecutivo se mantenga dentro del marco propio de sus atribuciones constitucionales y que la ley que remite establezca con suficiente claridad los presupuestos de la punibilidad, así como la clase y extensión de la pena".

El establecimiento de la pena como parte integrante del principio de tipicidad posibilita que el ciudadano tenga certeza jurídica no sólo de cual es la conducta prohibida sino también la sanción correspondiente por la comisión de ella. El reproche de culpa y la pena posibilitan al autor aceptarlas por causa de su propia legitimidad. Esto significa que el reproche de culpa debe ser autorizado y la pena debe corresponder a la medida mostrada por la deslealtad.

III. De la inconstitucionalidad del artículo 162 del Código Penal. Una vez examinado el principio constitucional de tipicidad, procede ahora revisar sí la norma consultada violenta ese principio y por ende el artículo 39 constitucional. El texto de la norma establece como sanción al delito de abusos sexuales contra personas mayores de edad una pena de dos a cuatro años y para la circunstancia de agravación de tres a seis años. El tipo penal no establece que tipo de pena se debe imponer, lo que provoca que no cumpla con los requisitos mencionados en el considerando precedente. Esta ausencia lesiona el artículo 39 de la Constitución Política, al no determinar en forma clara y precisa

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

el tipo de sanción prevista para la conducta reprochable. El destinatario queda en una situación de que no puede reconocer la consecuencia de su acción y se deja al arbitrio del juzgador la interpretación del tipo de sanción aplicable al caso, siendo éste quien realiza la labor legislativa. Es importante señalar, de los argumentos de la Procuraduría General de la República en su informe a esta Sala, que en el expediente legislativo en que se consignó el procedimiento para reformar la ley que contiene el artículo consultado, se constató que la omisión contenida en el texto surgió desde el momento en que se hizo la propuesta de adición al numeral de cita y se mantuvo hasta la publicación en el diario oficial La Gaceta, lo que demuestra que la voluntad del legislador fue ésta y no un error en la fase de publicación. Por último, el Tribunal consultante refiere la posibilidad de integrar la norma con el artículo 161 precedente, que sí establece pena de prisión, en el sentido de que si está en términos de prisión tiene que aplicarse para el artículo consultado en forma similar. Sin embargo, la jurisprudencia de esa Sala ha señalado que no resulta constitucionalmente posible integrar un tipo penal mediante interpretación sistemática, pues de lo contrario se lesiona el principio de tipicidad criminal consagrado en el artículo 39 de la Constitución Política (véase en ese sentido la sentencia número 6408-96 de las quince horas tres minutos del veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y seis). En suma, el principio de tipicidad exige que la pena prevista en los tipos penales se encuentre establecida en forma clara y precisa, para que los destinatarios tengan conocimiento cuál es la sanción aplicable a la conducta aplicable al caso concreto. La omisión del legislador de indicar el tipo de sanción implica una transgresión a los principios constitucionales citados y propiamente al numeral 39 de la Constitución Política. Por ello, es criterio de esta Sala que son inconstitucionales las siguientes frases del artículo 162 del Código Penal, reformado mediante la ley número 7899, denominada "Ley contra la explotación sexual de las personas menores de edad", publicada en La Gaceta número 159 de 17 de

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

agosto de 1999: a) Del párrafo primero, la que dice... "La pena será de dos a cuatro años", b) Del párrafo segundo la que dice.. "La pena será de tres a seis años..".

IV. Observa el Tribunal que estando en curso esta consulta, por Ley No. 8002, del ocho de junio del dos mil, publicada en La Gaceta No. 126 de 30 de junio del 2000, se reformó de nuevo el artículo 162 consultado, restituyéndose en el texto la pena de prisión. No obstante que en esta ocasión se cumplió con la exigencia de tipicidad, por la materia que trata, la reforma no afecta los alcances de la presente sentencia."

En razón de que en la presente consulta judicial se plantea el mismo cuestionamiento sobre el artículo 162 del Código Penal según el texto reformado mediante Ley número 7899 de 3 de agosto de 1999, denominada "Ley contra la explotación sexual de personas menores de edad", que desarrolla el Voto No. 06304-00, se evacúa esta consulta en el sentido de que el tipo penal no establece que tipo de pena se debe imponer y en razón de ello la omisión del legislador provoca que no se cumpla con los requisitos establecidos para los tipos penales (principio de tipicidad penal), lesionando de esta forma el artículo 39 de la Constitución Política, al no determinar en forma clara y precisa el tipo de sanción prevista para la conducta reprochable. Por ello, es criterio de esta Sala que son inconstitucionales las siguientes frases del artículo 162 del Código Penal, reformado mediante la ley número 7899, denominada "Ley contra la explotación sexual de las personas menores de edad", publicada en La Gaceta número 159 de 17 de agosto de 1999: a) Del párrafo primero, la que dice... "La pena será de dos a cuatro años", b) Del párrafo segundo la que dice.. "La pena será de tres a seis años." . En cuanto al artículo 161 del Código Penal según el texto reformado mediante Ley número 7899 de 3 de agosto de 1999, denominada "Ley contra la explotación sexual de personas menores de edad", esta Sala considera que se da la misma violación del artículo 39 de la Constitución Política al

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

no establecerse en el párrafo segundo de la norma el tipo de sanción. Por ello, es criterio de esta Sala que es inconstitucional la siguiente frase del artículo 161 del Código Penal, reformado mediante la ley número 7899, denominada "Ley contra la explotación sexual de las personas menores de edad", publicada en La Gaceta número 159 de 17 de agosto de 1999: a) Del párrafo segundo la que dice: "La pena será de cuatro a diez años en los siguientes casos...". Esta Sala hace la observación que estando en curso la consulta judicial planteada por el Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José, a la cual hemos hecho cita, por Ley No. 8002 del ocho de junio del dos mil, publicada en La Gaceta No. 126 del 30 de junio del 2000, se reformó de nuevo tanto el artículo 161 como 162 consultados, restituyéndose en ambos textos la pena de prisión, situación que cumple con la exigencia de tipicidad. Dicha reforma no afecta los alcances del Voto No. 06304-00 ni de la consulta que aquí ha sido planteada.

[SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.]²⁷

Consulta judicial facultativa formulada por el Tribunal de Juicio de Cartago, mediante resolución de las siete horas treinta minutos del veintisiete de marzo del dos mil, dictada dentro del expediente número 96-200458-335-PE, que es causa seguida contra Juan Francisco Ponce Centeño por el delito de abuso deshonesto cometido en perjuicio de Marylin Marín Víquez.

Resultando:

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las trece horas cuarenta y cinco minutos del cuatro de abril del dos mil, y con fundamento en los artículos 8, inciso 1), de la Ley Orgánica

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

del Poder Judicial; 2, inciso b); 3, 13, 102 y 104 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el despacho consultante solicita a esta Sala que se pronuncie sobre la constitucionalidad de los artículos 161 y 162 del Código Penal reformados por la "Ley contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad " número 7899 del diecisiete de agosto de mil novecientos noventa y nueve del tres de agosto de mil novecientos noventa y nueve, publicada en la Gaceta número 159 del diecisiete de agosto siguiente. En cuanto al artículo 161 señala que la primera parte de esa norma sanciona con pena de prisión de tres a ocho años a "...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..." . En la segunda parte de la norma se establecen supuestos de conductas agravadas, indicando que "La pena será de cuatro a diez años..." , sin que para esta oración se especifique el tipo de pena, de acuerdo al artículo 50 del mismo Código Penal. Por otro lado, el artículo 162 del mismo Código Penal establece el delito de abusos sexuales contra personas mayores de edad, remitiendo en cuanto a la conducta al artículo anterior, en el caso de que el o la ofendida sea mayor de edad y señalando que "... la pena será de dos a cuatro años..." , aumentando la misma de "... tres a seis años en los siguientes casos...". De manera que, en todo el artículo de comentario no se especifica el tipo de pena regulada para el delito. El artículo 39 de la Constitución Política establece que a nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, sea que reconoce que no es posible atribuir responsabilidad penal a una persona cuando no se den todos los requisitos debidos para la existencia del delito, dentro de ellos que la figura penal esté prevista de sanción definida en cuanto al tipo y el monto de la misma. En el caso de las normas consultadas por no indicar la sanción prevista para la conducta, se infringe el principio de tipicidad. La Sala Constitucional, tratándose de tipos

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

establecidos en la Ley de Armas, resolvió en las sentencias 1970-96, 2798-96 y 2799-96 que la falta de especificación del tipo de pena no era violatoria del sistema constitucional, especialmente del artículo 39. No obstante, posteriormente en la sentencia 06408-96 de las quince horas seis minutos del veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y seis, la Sala señaló que sí es violatorio de la Constitución Política, el interpretar sistemáticamente al complementar el tipo con otros, en los cuales se especifica la pena, lo que evidencia un lesión al principio de legalidad.

2.- La consulta de constitucionalidad planteada fue resuelta por esta Sala en la sentencia número 09453 de las catorce horas cuarenta y un minutos del veinticinco de octubre del año dos mil.

3.- En virtud de lo dispuesto por los artículos 7, 11 y 12 de la Ley de Jurisdicción Constitucional y en reiterada jurisprudencia al respecto, esta Sala puede revocar sus propias resoluciones cuando éstas se han dictado con evidente error o se cause indefensión, grave perjuicio o injusticia.

Redacta el magistrado Solano Carrera ; y,

Considerando:

I.- Facultad de la Sala para revocar sus propias resoluciones. Esta Sala ha señalado en reiteradas oportunidades que a pesar de que las sentencias que dicta son irrecurribles, en virtud de lo dispuesto en el artículo 11 párrafo segundo de la Ley de Jurisdicción Constitucional, la propia Sala puede revisarlas a fin de evitar indefensión, grave perjuicio o injusticia, partiendo del principio general de Derecho Constitucional, de que los fallos que dicta un tribunal en única instancia, pueden ser anulados por éste, cuando se trata de corregir graves errores en la apreciación de los hechos, que deparan perjuicio para las partes involucradas

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

(Véanse al respecto las sentencias 292-92 de las diez horas del siete de febrero de mil novecientos noventa y dos y 1028-92 de las catorce horas treinta minutos del veintidós de abril de mil novecientos noventa y dos).

II.- Revocatoria parcial de la sentencia 09453-00. En el caso que se analiza, por sentencia número 09453 de las catorce horas cuarenta y un minutos del veinticinco de octubre del año dos mil, la Sala resolvió la consulta planteada por el Tribunal de Juicio de Cartago, en relación con los artículos 161 y 162 del Código Penal reformados por la "Ley contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad " número 7899 del diecisiete de agosto de mil novecientos noventa y nueve del tres de agosto de mil novecientos noventa y nueve, publicada en la Gaceta número 159 del diecisiete de agosto siguiente, señalando:

"En razón de que en la presente consulta judicial se plantea el mismo cuestionamiento sobre el artículo 162 del Código Penal según el texto reformado mediante Ley número 7899 de 3 de agosto de 1999, denominada "Ley contra la explotación sexual de personas menores de edad", que desarrolla el Voto No. 06304-00, se evacua esta consulta en el sentido de que el tipo penal no establece qué tipo de pena se debe imponer y en razón de ello la omisión del legislador provoca que no se cumpla con los requisitos establecidos para los tipos penales (principio de tipicidad penal), lesionando de esta forma el artículo 39 de la Constitución Política, al no determinar en forma clara y precisa el tipo de sanción prevista para la conducta reprochable. Por ello, es criterio de esta Sala que son inconstitucionales las siguientes frases del artículo 162 del Código Penal, reformado mediante la ley número 7899, denominada "Ley contra la explotación sexual de las personas menores de edad", publicada en La Gaceta número 159 de 17 de agosto de 1999: a) Del párrafo primero, la que dice... "La pena será de dos a cuatro años", b) Del párrafo segundo la que dice.. "La pena será de tres a seis años." En cuanto al artículo

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

161 del Código Penal según el texto reformado mediante Ley número 7899 de 3 de agosto de 1999, denominada "Ley contra la explotación sexual de personas menores de edad", esta Sala considera que se da la misma violación del artículo 39 de la Constitución Política al no establecerse en el párrafo segundo de la norma el tipo de sanción. Por ello, es criterio de esta Sala que es inconstitucional las siguiente frase del artículo 161 del Código Penal, reformado mediante la ley número 7899, denominada "Ley contra la explotación sexual de las personas menores de edad", publicada en La Gaceta número 159 de 17 de agosto de 1999: a) Del párrafo segundo la que dice: "La pena será de cuatro a diez años en los siguientes casos...". Esta Sala hace la observación que estando en curso la consulta judicial planteada por el Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José, a la cual hemos hecho cita, por Ley No. 8002 del ocho de junio del dos mil, publicada en La Gaceta No. 126 del 30 de junio del 2000, se reformó de nuevo tanto el artículo 161 como 162 consultados, restituyéndose en ambos textos la pena de prisión, situación que cumple con la exigencia de tipicidad. Dicha reforma no afecta los alcances del Voto No. 06304-00 ni de la consulta que aquí ha sido planteada."

Lo anterior consta en la parte considerativa del fallo; no obstante en la parte dispositiva se lee: "Estése a lo resuelto en la sentencia número 06304-2000 de quince horas cincuenta y seis minutos del diecinueve de julio del dos mil." En dicha sentencia (06304-00) la Sala anuló parcialmente el artículo 162 del Código Penal, al establecer:

"Se evacua la consulta judicial de constitucionalidad en el sentido de que son inconstitucionales y en consecuencia se anulan las siguientes frases del artículo 162 del Código Penal, según el texto reformado mediante Ley número 7899 de 3 de agosto de 1999, denominada "Ley contra la explotación sexual de personas menores de edad", publicada en La Gaceta número 159 de 17 de agosto de

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

1999: a) Del párrafo primero, la que dice.. "La pena será de dos a cuatro años"; b) Del párrafo segundo la que dice... "La pena será de tres a seis años..".

Conforme puede apreciarse, no se indicó nada en relación con el artículo 161 porque el mismo no estaba siendo objeto de consulta. En consecuencia, la sentencia 09453-00 que resolvió la consulta de constitucionalidad formulada por el Tribunal de Juicio de Cartago, adolece de un evidente error, en lo que a dicho artículo se refiere. Si en el cuerpo de la sentencia se consideró que la norma era inconstitucional, así debió establecerse en la parte dispositiva, anulándose la norma del ordenamiento jurídico a partir de la primera publicación del respectivo aviso en el Boletín Judicial e indicándose las consecuencias de dicha anulación (artículos 88, 90, 91 y 92 de la Ley de Jurisdicción Constitucional). Los defectos apuntados en principio, deberían ser saneados en esta resolución. No obstante, se estima que el criterio sostenido por la Sala en relación con el artículo 161 del Código Penal, reformado por la Ley número 7899 citada, debe modificarse y en consecuencia se revoca parcialmente la sentencia número 09453 de las catorce horas cuarenta y un minutos del veinticinco de octubre del año dos mil. En cuanto a lo resuelto respecto del artículo 162 de la misma Ley, se mantiene tanto la parte considerativa como dispositiva del fallo.

III.- Artículo 161 del Código Penal según reforma por ley número 7899 del tres de agosto de mil novecientos noventa y nueve. El Tribunal consultante refiere que el artículo 161 del Código Penal puede lesionar la Constitución Política, concretamente el principio de legalidad, en la medida en que al describir la penalidad agravada no se establece el tipo de pena a imponer. Dicha norma textualmente señala:

"Artículo 161.- Quien de manera abusiva realice actos con fines sexuales contra una persona menor de edad o incapaz o la obligue a

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

realizarlos al agente, a sí misma o a otra persona, siempre que no constituya delito de violación, será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años.

La pena será de cuatro a diez años en los siguientes casos:

- 1) Cuando la persona ofendida sea menor de doce años.
- 2) Cuando el autor se aproveche de la vulnerabilidad de la persona ofendida o ésta se encuentre incapacitada para resistir o se utilice violencia corporal o intimidación.
- 3) Cuando el autor sea ascendiente, descendiente, hermano por consanguinidad o afinidad, padrastro o madrastra, cónyuge o persona que se halle ligado en relación análoga de convivencia, tutor o encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima.
- 4) Cuando el autor se prevalece de su relación de confianza con la víctima o su familia, medie o no relación de parentesco."

Considera la Autoridad Consultante que el hecho de que al describir las conductas agravadas, no se indique en forma precisa a qué pena corresponde la frase "cuatro a diez años" podría vulnerar el artículo 39 de la Constitución Política, que establece que a nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente...". Señala que no es posible atribuir responsabilidad penal a una persona cuando no existan todos los requisitos debidos para la configuración del delito, dentro de ellos, que la figura penal esté prevista de sanción definida en cuanto al tipo y el monto de la misma.

IV.- Contenido del principio de legalidad. E l respeto al principio constitucional de legalidad en materia penal, como

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

garantía para el ciudadano, implica que no puede haber delito sin una ley previa, que no puede imponerse una pena si ésta no está descrita en la ley, que no puede aplicarse una sanción si no es por medio de un juicio justo y de acuerdo con lo previsto en la ley y por último, que la ejecución de la pena ha de ajustarse a lo previsto en la ley: en suma, los principios denominados, legalidad criminal, penal, procesal y de ejecución. Por otra parte, el principio de legalidad también garantiza, que sólo el Poder Legislativo, que es quien tiene la representación popular, pueda seleccionar y definir las conductas que se consideran delictivas y establecer sus consecuencias punitivas. Desde esta perspectiva puede decirse que el principio de legalidad tiene una doble dimensión; por una parte la política que expresa el predominio del poder legislativo sobre los otros poderes del Estado y que la convierte en garantía de seguridad jurídica para el ciudadano y la técnica que exige que el legislador utilice en la redacción de los tipos penales, cláusulas seguras y taxativas. De acuerdo al principio de legalidad penal, la sanción a imponer debe estar clara y precisamente establecida en la ley. En ese sentido ha señalado esta Sala:

"El principio de legalidad es un componente fundamental del debido proceso. En sentido amplio, tanto en su dimensión política como técnica se constituye en una garantía del ciudadano frente al poder punitivo del Estado. Se expresa en cuatro principios básicos: no hay delito sin una ley previa -legalidad criminal- no hay pena sin ley -legalidad penal- la pena debe ser impuesta en virtud de un juicio justo y de acuerdo a lo dispuesto en la ley -legalidad procesal- y la ejecución de la pena debe ajustarse a lo previsto en la ley y en los reglamentos -legalidad de ejecución-. De manera que para que una conducta constituya delito necesariamente debe estar prevista en una ley previa en donde se establezca en forma clara y precisa la conducta a sancionar. (Sentencia 01738-99 de las dieciséis horas doce minutos del nueve de marzo de mil novecientos noventa y nueve)

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

V.- Estructuración de los tipos penales.

Ya concretamente, en cuanto a la debida estructuración de los tipos penales, esta Sala resolvió en la sentencia 00102-98 de las diez horas tres minutos del nueve de enero de mil novecientos noventa y ocho, lo siguiente:

"...cabe mencionar que todos los actos gravosos para los ciudadanos, provenientes de autoridades públicas, deben estar acordados en una ley formal. Dicho principio adquiere marcada importancia en materia penal, pues tratándose de delitos y penas, la ley es la única fuente creadora. En esta materia es de común aceptación el contenido del aforismo latino "nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege". Ya esta Sala en sus sentencias 1876 y 1877 ambas del año noventa, se refirió con amplitud a este tema al indicar: "Al hacer referencia el constituyente en el citado artículo 39 al término "delito", se está refiriendo a una acción típica, antijurídica y culpable, a la que se le ha señalado como consecuencia una pena. De esos predicados de la acción para que sea constitutiva de delito, interesa ahora la tipicidad y su función de garantía ciudadana. Para que una conducta sea constitutiva de delito no es suficiente que sea antijurídica -contraria a derecho-, es necesario que esté tipificada, sea que se encuentre plenamente descrita en una norma, esto obedece a exigencias insuprimibles de seguridad jurídica, pues siendo la materia represiva la de mayor intervención en bienes jurídicos importantes de los ciudadanos, para garantizar a éstos frente al Estado, es necesario que puedan tener cabal conocimiento de cuáles son las acciones que debe abstenerse de cometer, so pena de incurrir en responsabilidad criminal, para ello la exigencia de ley previa, pero esta exigencia no resulta suficiente sin la tipicidad, pues una ley que dijera por ejemplo, "será constitutiva de delito cualquier acción contraria a las buenas costumbres", ninguna garantía representa para la ciudadanía, aunque sea previa,

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

en este caso será el criterio del juez el que venga a dar los verdaderos contornos a la conducta para estimarla o no constitutiva de delito, en cambio si el hecho delictivo se acuña en un tipo y además éste es cerrado, el destinatario de la norma podrá fácilmente imponerse de su contenido, así, por ejemplo, el homicidio simple se encuentra cabalmente descrito en el artículo 111 del Código Penal: "Quien haya dado muerte a una persona, será penado con prisión de ocho a quince años". La función de garantía de la ley penal exige que los tipos sean redactados con la mayor claridad posible, para que tanto su contenido como sus límites puedan deducirse del texto lo más exactamente posible. Ya en sentencia número 1876-90 de las dieciséis horas de hoy, esta Sala indicó que el principio de legalidad exige, para que la ciudadanía pueda tener conocimiento sobre si sus acciones constituyen o no delito, que las normas penales estén estructuradas con precisión y claridad. La precisión obedece a que si los tipos penales se formulan con términos muy amplios, ambiguos o generales, se traslada, según ya se indicó, al Juez, al momento de establecer la subsunción de una conducta a una norma, la tarea de determinar cuáles acciones son punibles, ello por el gran poder de absorción de la descripción legal, y la claridad a la necesaria comprensión que los ciudadanos deben tener de la ley, para que así adecuen su comportamiento a las pretensiones de la ley penal . III.- Los tipos penales deben estar estructurados básicamente como una proposición condicional, que consta de un presupuesto (descripción de la conducta) y una consecuencia (pena), en la primera debe necesariamente indicarse, al menos, quién es el sujeto activo, pues en los delitos propios reúne determinadas condiciones (carácter de nacional, de empleado público, etc) y cuál es la acción constitutiva de la infracción (verbo activo), sin estos dos elementos básicos (existen otros accesorios que pueden o no estar presentes en la descripción típica del hecho) puede asegurarse que no existe tipo penal." De lo anterior puede concluirse en la existencia de una obligación legislativa, a efecto de que la tipicidad se constituya en verdadera garantía

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

ciudadana, propia de un Estado democrático de derecho, de utilizar técnicas legislativas que permitan tipificar correctamente las conductas que pretende reprimir como delito, pues la eficacia absoluta del principio de reserva, que como ya se indicó se encuentra establecido en el artículo 39 de la Constitución, sólo se da en los casos en que se logra vincular la actividad del juez a la ley, y es claro que ello se encuentra a su vez enteramente relacionado con el mayor o menor grado de concreción y claridad que logre el legislador. La necesaria utilización del idioma y sus restricciones obliga a que en algunos casos no pueda lograrse el mismo nivel de precisión, no por ello puede estimarse que la descripción presente problemas constitucionales en relación con la tipicidad, el establecer el límite de generalización o concreción que exige el principio de legalidad, debe hacerse en cada caso particular. III .- Problemas de técnica legislativa hacen que en algunas oportunidades el legislador se vea obligado además de utilizar términos no del todo precisos (tranquilidad pública en el artículo 271 del Código Penal), o con gran capacidad de absorción (artificios o engaños en el artículo 216 del Código Penal), a relacionar la norma con otras, tema este que ya fue tratado por la Sala en el voto 1876-90 antes citado. Ambas prácticas pueden conllevar oscuridad a la norma y dificultar su comprensión, causando en algunos casos roces con las exigencias que conlleva la tipicidad como garantía."

VI.- El artículo consultado no infringe el principio de legalidad. En lo que al artículo 161 del Código Penal se refiere, en el primer párrafo se establece un tipo básico de abusos deshonestos contra personas menores de edad e incapaces, por el que se impone una sanción de tres a ocho años de prisión . El párrafo segundo y los incisos siguientes tipifican conductas agravadas del mismo tipo penal, razón por la cual, pese a que no se indique expresamente la clase de sanción a imponer, al señalar que se trata de "cuatro a diez años" ; se entiende que se trata de "años de prisión" , pues los supuestos establecidos en el párrafo

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

segundo, se remiten al tipo básico previsto en el primer párrafo y además se trata de circunstancias de agravación del delito, que por una razón lógica no pueden tener una sanción menos severa, dado que la gravedad de los hechos es mayor y por ende el reproche también lo es. En este caso, la interpretación de la norma no va más allá de la literalidad del texto consultado porque la pena está establecida por el legislador en el mismo tipo penal. No se traslada al juez en ningún momento la determinación de la sanción imponible, el ciudadano sabe a qué atenerse porque el tipo penal lo señala en forma expresa, no es necesario recurrir a una figura penal análoga o integrarla con la sanción prevista para otra conducta. El principio de legalidad penal lo que supone es que la previsión de la pena, por razones de seguridad jurídica y de competencia exclusiva del legislativo, debe efectuarla la ley, y no la voluntad del poder ejecutivo o judicial. La interpretación de la norma que se hace en este caso no va más allá de la interpretación literal o gramatical, según la cual se debe averiguar el significado o significados de las palabras en su sentido lingüístico y conforme a la significación gramatical en que son empleados los vocablos dentro de la frase correspondiente. En el supuesto que se analiza, se observa que todo el párrafo segundo del artículo remite al primer párrafo, no sólo en cuanto al tipo de sanción a imponer, sino también en cuanto a diferentes elementos de la conducta, que se agrava cuando: 1) es cometida contra una persona menor de doce años; 2) el autor se aproveche de la vulnerabilidad de la persona ofendida o ésta se encuentre incapacitada para resistir o se utilice violencia corporal o intimidación; 3) el autor sea ascendiente, descendiente, hermano por consanguinidad o afinidad, padrastro o madrastra, cónyuge o persona que se halle ligado en relación análoga de convivencia, tutor o encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima; 4) cuando el autor se prevalezca de su relación de confianza con la víctima o su familia, medie o no relación de parentesco. Todas esas circunstancias agravan la conducta que está descrita en el primer párrafo de la norma, remiten a ese tipo

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

básico, sin que se mencione expresamente. De igual modo, aunque no se diga expresamente, por la constitución gramatical de la norma, se infiere inequívocamente que al indicarse que la pena es de "cuatro a diez años", se trata de años de prisión. En el caso del artículo 162 anulado mediante la resolución 06304-00 citada, la situación es distinta porque en todo el texto de la norma no se hace alusión alguna al tipo de sanción que debe imponerse. De ahí que en ese supuesto, considera la Sala que sí se está frente a una seria lesión del principio de legalidad. En consecuencia, procede evacuar la consulta formulada, señalando que el artículo 161 no infringe el Derecho de la Constitución.

VII.- Textos anteriores del artículo 161 del Código Penal. Cabe anotar que la remisión del tipo agravado al tipo simple en cuanto a la clase de sanción a imponer, no sólo se produce en la norma que aquí se analizó, sino también en el texto original del Código Penal de 1970, el cual señala en el artículo 161:

"Artículo 161.- Será reprimido con prisión de dos a cuatro años , el que sin tener acceso carnal abusare deshonestamente de una persona de uno u otro sexo, concurriendo alguna de las circunstancias del artículo 156.

Si además mediare alguna de las circunstancias previstas en los artículos 157 y 158 la pena será de cuatro a seis años ."

Y, en la reforma a dicho artículo, efectuada por Ley número 7398 del diez de marzo de mil novecientos noventa y cuatro, que textualmente indica:

"Será reprimido con prisión de dos a seis años , el que sin tener acceso carnal abuse deshonestamente de una persona de uno u otro sexo concurriendo alguna de las circunstancias del artículo 156.

Si además media alguna de las circunstancias previstas en los

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

artículos 157 y 158, la pena será de cuatro a doce años .”

En ambos casos, realizando una interpretación gramatical y lógico-jurídica de la norma se extrae que la sanción prevista por el legislador para el delito en sus formas agravadas, es la pena de prisión, sin que quepa ninguna duda al respecto, garantizándose así la efectiva vigencia del principio de legalidad penal.

VIII.- Conclusión. Se concluye entonces que, en virtud de la facultad que tiene la Sala Constitucional para revocar sus propias resoluciones y mediando un mejor análisis de la consulta planteada, se revoca parcialmente la sentencia número 09453 de las catorce horas cuarenta y un minutos del veinticinco de octubre del año dos mil, en lo que al artículo 161 del Código Penal reformado por Ley número 7899 del tres de agosto de mil novecientos noventa y nueve se refiere. En su lugar, se evacua la consulta formulada en el sentido de que dicho artículo no resulta contrario al principio de legalidad, dado que interpretando tanto desde su sentido gramatical como lógico jurídico la norma, no cabe la menor duda de que el legislador previó la imposición de “pena de prisión” para el caso de las conductas agravadas de los abusos sexuales contra personas menores de edad e incapaces. En los demás aspectos, se mantiene incólume la resolución.

BESO PUEDE SER ACTO TÍPICO DE ESTE DELITO

[SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA]²⁸

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

En el motivo de la demanda de revisión interpuesta por el sentenciado C. A. S. C., que oportunamente fuera admitida por esta Sala, reclama como violación al debido proceso, errónea aplicación de la ley sustantiva, pues – según entiende – los hechos no debieron calificarse como abusos deshonestos, ya que – interpreta – “... un simple beso no puede constituir un abuso deshonesto...” (confrontar folios 107 y 108). Agrega, que: “... tocarse los genitales, aunque es incorrecto, es común en centros educativos y de trabajo...”. Manifiesta, que al decirle a uno de los ofendidos que era: “... carne fresca...”, no tenía ninguna connotación sexual, pues se trataba de una broma. El reclamo no puede prosperar: En efecto, el gestionante parte de la falsa premisa de proporcionar un esquema parcial de los hechos tenidos por demostrados, para concluir que la acción atribuida a él, es atípica respecto del delito de abusos deshonestos. No obstante, los suscritos Magistrados han tenido oportunidad de estudiar con atención el fallo de instancia, del cual se concluye que en compañía y de común acuerdo con un tercero menor de edad, el acusado lanzó al suelo al ofendido O. J. V. A. en un cafetal, lo redujo a la impotencia y lo besó en el cuello. En ese acto, le bajó los pantalones y logró acariciarle libidinosamente los órganos genitales. Inmediatamente, se dirigió hacia el también menor J. M. C. Z., a quien – junto con el citado menor – ataron sus manos hacia atrás, para de esta forma inmovilizarlo y besarle impudicamente su cuello (confrontar sentencia folios 51 y 52). Este relato fáctico se adecua no sólo a la prueba recibida en debate, que consistió básicamente en las declaraciones rendidas por los menores perjudicados por las agresiones sexuales, sino que además permite subsumir los hechos en el ilícito de abusos deshonestos agravado (conforme resulta de la relación establecida entre los artículos 157 inciso 3), 158 y 161 del Código Penal), pues el justiciable realizó su acción en compañía y con el auxilio de un tercero menor de edad, (contra quien se siguió causa ante la jurisdicción respectiva), ejerciendo violencia física, atando en un caso a uno de los jóvenes y en el otro, derribándolo y

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

colocándole una rodilla sobre su pecho para reducirlo a la impotencia. Mientras eso sucedía - según narran los perjudicados - ellos trataban de defenderse lanzando puntapiés al justiciable S. C. Por las circunstancias concretas en que se verificó el suceso, con ayuda de un tercero y venciendo eventuales resistencias, C. A. logró sus propósitos de abusar deshonestamente de los menores, sin que resulte excusa valedera, el hecho de que dentro del grupo de sus amigos, se acostumbra realizar ese tipo de tocamientos, pues en el caso concreto fueron rechazados seriamente por los menores; de ahí que no puede accederse a las pretensiones del quejoso, pues ello implicaría desconocer o modificar los hechos establecidos en el fallo de instancia. Por último, debe conocer el gestionante que el beso sí puede constituir un acto típico del delito en cuestión, cuando se demuestre - como sucedió en el caso - que la finalidad del sujeto activo estaba orientada a lesionar el bien jurídico de la autodeterminación sexual (Confrontar de esta Sala, Voto # 104-F-92, de 8: 40 horas del 3 de abril de 1.992)."

- 1 SÁNCHEZ DELGADO Daniel. Abusos Deshonestos VRS Tocamientos inmorales ¿Vacío o represión legal ? Algunas valoraciones frente al Derecho Penal Mínimo. REVISTA JUDICIAL. Marzo 2001. pp.187.
- 2 GONZALEZ CABEZAS Dinia y GONZALEZ GUZMAN Roy. Análisis jurídico de los Delitos de Violación e incesto contra menores por parte de parientes y allegados. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. 1992.pp84.85.
- 3 SÁNCHEZ DELGADO Daniel. Abusos Deshonestos VRS Tocamientos inmorales ¿Vacío o represión legal ? Algunas valoraciones frente al Derecho Penal Mínimo. REVISTA JUDICIAL. Marzo 2001. pp.191.192.
- 4 BEFELER SCHARF Daniel. El Delito de Abusos Deshonestos el tipo, la víctima y el agresor: comparación con el delito de violación. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. 1995.pp8.9
- 5 BEFELER SCHARF Daniel. El Delito de Abusos Deshonestos el tipo, la víctima y el agresor: comparación con el delito de violación. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. 1995.pp29.
- 6 Ley N° 4573.CÓDIGO PENAL. Costa Rica, del 04/05/1970.
- 7 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N°778, de las ocho horas cuarenta y cinco minutos del once de setiembre del dos mil tres.
- 8 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N°0511, de las nueve horas cuarenta minutos del dos de junio de dos mil seis.
- 9 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N°244, de las nueve horas veinticinco minutos del diecinueve de marzo de dos mil cuatro.
- 10 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 115, de las nueve horas cincuenta y cinco minutos del veintiuno de febrero de dos mil tres.
- 11 TRIBUNAL DE CASACION PENAL. Resolución N° 08, de las ocho horas cuarenta y siete minutos del doce de enero de dos mil siete.
- 12 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N°2006-00988, de las ocho horas treinta minutos del veintinueve de setiembre de dos mil seis.
- 13 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA .Resolución N°

2006- 0 0756, de las ocho horas cuarenta y cinco minutos del dieciocho de agosto del dos mil seis.

14 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N°586 , de las quince horas cincuenta y cinco minutos del diecinueve de junio de dos mil seis.

15 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N°525 , de las nueve horas cinco minutos del siete de junio de dos mil seis.

16 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N°1323 , de las nueve horas treinta minutos del dieciocho de noviembre de dos mil cinco.

17 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N°252-F-91, de las nueve horas cincuenta y cinco minutos del siete de junio de mil novecientos noventa y uno

18 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N°102-F, de las once horas veintisiete minutos del veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y uno.

19 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N°17, de las once horas quince minutos del veinte de enero de dos mil seis.

20 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N°003 8 , de las diez horas diez minutos d el doce de enero del dos mil uno .

21 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N°035, de las quince horas veinticinco minutos del primero de febrero de dos mil siete.

22 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N°057, de las nueve horas quince minutos del siete de febrero de dos mil tres.

23 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N°0107 , de las nueve horas cuarenta minutos del diecisiete de febrero de dos mil seis.

24 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N°0195 , de las diez horas quince minutos d el veintiocho de marzo de dos mil tres.

25 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N°356, de las diez horas cuarenta minutos del nueve de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

26 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

Resolución N°09453, de las catorce horas con cuarenta y uno minutos del veinticinco de octubre del dos mil.-

27 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N°10140, de las catorce horas con treinta y un minutos del diez de octubre del dos mil uno.-

28 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N°0745, de las quince horas con diez minutos del cinco de julio del dos mil.