

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
FISCALÍA ADJUNTA DE IMPUGNACIONES
ABUSOS SEXUALES CONTRA
PERSONAS MENORES DE EDAD

Este compendio jurisprudencial tiene como finalidad servir de herramienta para fundamentar las intervenciones del Ministerio Público en su gestión de la acción penal. Contiene la posición jurídica de cada órgano jurisdiccional que pretende ser un insumo para lo atinente al tema bajo estudio. Se ha omitido el nombre de las partes involucradas así como los testigos atendiendo a las restricciones establecidas en la ley N° 8968, "Protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales", y en el "Reglamento de actuación de la Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales en el Poder Judicial (Ley No. 8968)" (Circular N° 193-2014).

ÍNDICE

1

Historia del tipo penal.....	5
Indemnidad sexual	7
Fin libidinoso	10
Acción abusiva	14
Acción abusiva es casuística.....	18
Debe describirse la acción abusiva en la imputación	19
Modificación respecto a la parte del cuerpo que el imputado le tocó a la víctima de un delito sexual no constituye una variación esencial de la acusación	20
Beso en la boca configura acción abusiva	21
Beso en la oreja configura acción abusiva	23

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

Actos con fines sexuales no se limitan al contacto corporal.....	24
Abuso sexual no se restringe a una parte del cuerpo	25
Rozamientos pueden constituir abusos sexuales.....	26
Uso del término "actos" puede contener un conjunto de acciones físicas que suceden en un mismo momento sin solución de continuidad	27
Introducción de lengua en ano o vagina constituye un abuso sexual.....	28
Innecesario que la conducta sea reiterada en el tiempo	32
Acceso vestibular- Posición mayoritaria: Violación	33
Acceso vestibular- Posición minoritaria abusos sexuales	34
Estructura anatómica del área genital femenina	39
Himen dilatado e himen dilatado	41
Diferencia entre el delito de abusos sexuales y la contravención de tocamientos	43
Edad de la víctima como agravante	45
Violencia como agravante	46
Vulnerabilidad de la víctima como agravante	48
Ingreso clandestino a la vivienda mientras la víctima duerme configura un aprovechamiento de la vulnerabilidad	51
Tíos no son ascendientes.....	52
Los tíos abuelos no encajan en las agravantes.....	53
Concepto de custodia.....	54
Relación de confianza como agravante	56
Posición de garante no es necesaria para que surja la relación de confianza	58
La concurrencia de varios agravantes puede aumentar el reproche sin que esto implique necesariamente un vicio de doble valoración	59

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

Clandestinidad y violencia más allá de la necesaria como elementos a valorar en el reproche	60
Afectaciones a terceras personas no puede servir para fundamentar el reproche	61
Falta de arrepentimiento o colaboración del imputado, nacionalidad, tenencia de una dosis de cocaína, o de dos parejas sentimentales, no son argumentos válidos para aumentar el reproche	62
Debe fundamentarse las razones por las que la afectación emocional a la víctima aumenta el reproche penal.....	64
Imposibilidad de perdón judicial	65
Síndrome de acomodación.....	66
El principio de libre valoración de la prueba permite sustentar una condenatoria exclusivamente en la declaración de la víctima.....	71
Las premisas "Los niños y niñas siempre mienten" o "siempre dicen la verdad" son generalizaciones contrarias a las reglas de la sana crítica	73
Valor probatorio del lenguaje paraverbal y corporal	74
La ausencia de una descripción detallada de los abusos no resta credibilidad a la víctima.....	75
Falta de precisión en aspectos periféricos no denotan necesariamente falta de veracidad.....	76
Dislexia o trastornos de memoria no implican necesariamente falta de credibilidad de la víctima	77
Vida sexual activa con anterioridad a los hechos o que consumiera drogas o alcohol no desacredita la versión de la víctima	78
Deber de establecer los mecanismos necesarios para que no se discrimine en caso de discapacidad de la víctima	79
La imputación por lapsos en delitos sexuales cometidos en perjuicio de menores de edad no vulnera el derecho de defensa	80

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

Posibilidad de imputar un lapso de doce meses en caso de delitos sexuales cometidos en perjuicio de una persona menor de edad.....	82
Imposibilidad de exigir ubicación espacio-temporal exacta de los hechos.....	83
Cómputo de la prescripción.....	84
Testimonios especiales: Menor de edad.....	89
Interés superior del menor.....	92
Posibilidad de rechazar careo atendiendo al principio de interés superior del menor.....	94
Medidas procesales a favor de la víctima procuran evitar o minimizar la revictimización, NO son requisitos de validez del acto.....	96
Uso de Cámara de Gesell.....	98
El fin de la pericia psicológica NO es para avalar la declaración del menor sino permitir un mejor abordaje de la víctima.....	101
Protección procesal del menor de edad:Declaratoria de debate privado puede ser dictada de oficio.....	102
Protección procesal del menor de edad: Acompañamiento profesional en debate.....	103

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

HISTORIA DEL TIPO PENAL

Nota del compilador: La redacción original del Código Penal de 1970 tipificaba las conductas que hoy sanciona el tipo de los abusos sexuales contra persona menor de edad bajo el nombre de «abuso deshonesto» precisamente en el artículo 161. La ley contra la explotación sexual comercial de personas menores de edad (N°7899) vigente desde el 18 de agosto de 1999 introdujo el delito de abusos sexuales contra persona menor de edad. Esta normativa fue reformada por la Ley N°8002 vigente desde el 30 de junio de 2000 ya que la Sala Constitucional consideró que la ausencia de una pena expresamente establecida en el tipo penal violentaba el principio de legalidad (Vid.: 2000-6304 y 2000-9453). El tipo penal fue nuevamente reformado por la Ley N°8590 vigente desde el 30 de agosto de 2007 para agregar una serie de agravantes adicionales. Finalmente, la Ley N°9406 vigente desde el 13 de enero de 2017 modificó los agravantes contenidos en el inciso 1 y 8 del artículo 161 del Código Penal.

Las normas anteriores al 2001 no eran más favorables para el imputado. En ese sentido, **N°2013-855** de las quince horas y cuarenta y cinco minutos del once de julio del dos mil trece de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:**

“ÚNICO: [...] Por otra parte, la segunda hipótesis que plantea el gestionante, es que esas cinco delincuencias ubicadas entre el año 1998 y el mes de octubre del año 2001 (correspondientes a los hechos demostrados 2, 3, 4, 5 y 8, descritos previamente), se tengan como ocurridas cuando estuvo en vigencia la ley anterior a la Ley N° 7899, pues según dice, las penas previstas le resultaban más favorables. Tampoco le asiste razón al quejoso en la segunda hipótesis que plantea, por lo siguiente. En relación con el artículo 161 del Código Penal, la ley anterior a la N° 7899, es la Ley N° 7398, del 3 de mayo de 1994, publicada en La Gaceta N° 89, del 10 de mayo de 1994. En dicha redacción, se reprimía en el primer párrafo, con prisión de dos a seis años, al que sin tener acceso carnal abusara deshonestamente de una persona de uno u otro sexo, concurriendo alguna de las circunstancias del artículo 156 (a saber, que la víctima fuera menor de doce años, que la persona ofendida se hallara privada de razón o estuviera incapacitada para resistir o cuando se usara la violencia corporal o intimidación). Por su parte, el segundo párrafo del artículo 161 en cuestión, disponía que si además, mediaba alguna de las circunstancias previstas en los artículos 157 y 158, la pena sería de cuatro a doce años, remitiendo específicamente el artículo 157, a aquellos casos en que el autor fuera un ascendiente, descendiente o hermano por consanguinidad o afinidad de la víctima, supuesto que resulta aplicable en la especie, por ser el autor de los hechos, ascendiente por afinidad de la ofendida (su padrastro). Es decir, el rango punitivo previsto en la actualidad para los supuestos de abusos sexuales contra personas menores de edad e incapaces, en su modalidad agravada, es de cuatro a diez años de prisión, mientras que el de la ley previa invocada por el gestionante, era de cuatro a doce años, comprobándose que el extremo mínimo de la pena previsto en la redacción de la Ley N° 7398 era el mismo, pero el extremo superior, era más riguroso. Por lo tanto, aún cuando los cinco eventos a los que alude el sentenciado en su gestión, se tuvieran por acreditados como él lo alega, a saber, como cometidos durante la vigencia de la Ley N° 7398 (es decir, antes del 17 de agosto del año 1999, por ser esta la fecha en que entró a regir la reforma introducida mediante la Ley N° 7899), no es cierto que pueda tenerse, en modo alguno, como una norma más favorable, como erróneamente lo aduce. Apreciándose

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

así, que la ley sustantiva aplicada en el presente asunto, era la más favorable en este caso concreto, se declara sin lugar el procedimiento de revisión interpuesto."

Integración: José Manuel Arroyo Gutiérrez; Doris Arias Madrigal; Rosibel López Madrigal (Mag. Suplente); Sandra Eugenia Zúñiga Morales (Mag. suplente); y Jorge Enrique Desanti Henderson (Mag. suplente).

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

INDEMNIDAD SEXUAL

“Si bien es claro que la autodeterminación sexual de la persona es el bien jurídico protegido por esta norma penal, lo cierto es que la punición de contactos sexuales con menores de trece años y además incapaces en general reclama una explicación adicional, ya que se discute en doctrina si en estos casos el interés jurídicamente protegido no abarca algo más. [...] Debe tenerse en cuenta que la libertad sexual de las personas se encuentra restringida hasta alcanzar la mayoría de edad, es decir, a los dieciocho años. Por debajo de los trece años de edad hay una prohibición absoluta de mantener contactos sexuales con dichos menores de edad en consecuencia la indemnidad sexual de los menores de edad y demás incapaces también debe ser considerado el bien jurídico tutelado”

Gustavo Eduardo Aboso. *Derecho Penal: Estudio sobre los delitos contra la integridad sexual*. 2004. Buenos Aires, Argentina: Editorial BdeF, pp.65-66.

“Precisamente la libertad sexual es negada en relación con los menores de edad o con más exactamente, como veremos, con determinados menores de edad. Dado que carecen de dicha libertad, se dice, nadie puede lesionarla. Por ello, como hemos visto, actualmente la ley hace referencia, junto a la libertad, a la indemnidad sexual, concepto con el que se quiere reflejar, como indica Díez Ripollés, el interés en que determinadas personas, consideradas especialmente vulnerables por sus condiciones personales o situaciones, queden exentas de cualquier daño que pueda derivar de una experiencia sexual, lo que aconseja mantenerlas de manera total o parcial al margen del ejercicio de la sexualidad. La indemnidad sexual también es comúnmente entendida como el derecho a no sufrir interferencias en el proceso de formación de la personalidad. Se trata, desde esta perspectiva, de asegurar una normal evolución y desarrollo de la personalidad del menor, permitiendo, así, que llegado el momento puedan

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

decidir, entonces sí, con plena libertad sus opciones sexuales”.

Eduardo Ramón Ribas. Minoría de edad, sexo y derecho penal. 2013. Pamplona, España: Arrazandi, p.17

El bien jurídico es la indemnidad sexual

N°2016-440 de las diez horas y diez minutos del trece de mayo del dos mil dieciséis de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia**:

“IV-[...] La conducta típica del delito de abuso sexual se centra sobre la ejecución por parte del sujeto activo de “actos” de connotación sexual, de modo tal que el tipo penal, tal y como se expuso con anterioridad, hace la distinción con respecto a acciones o conductas con fines distintos. Por ello, corresponde al operador judicial determinar qué clase de actos responden a esta concepción, sobre todo, atendiendo al carácter abusivo de los mismos y la vulneración del bien jurídico que tutela este ilícito, que al igual que el tipo penal de violación, resguarda el ámbito de autodeterminación sexual, y que en el caso de los menores de edad, más particularmente se encarga de la preservación de la indemnidad sexual y el sano desarrollo de su sexualidad”.

Integración: Carlos Chinchilla Sandí; Jesús Ramírez Quirós; Doris Arias Madrigal; José Manuel Arroyo Gutierrez; y Celso Gamboa Sánchez.

En sentido idéntico: N°2006-829 de las nueve horas treinta y cinco minutos del veinticinco de agosto de dos mil seis de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (Integración:** Jesús Alberto Ramírez Quirós; Alfonso Chaves Ramírez; Rodrigo Castro Monge; Magda Pereira Villalobos; y Ana Eugenia Sáenz Fernández (Mag. suplente)).

N°2018-212 de las trece horas treinta y nueve minutos del nueve de mayo del año dos mil dieciocho del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Primer Circuito Judicial de Cartago**:

“VIII- [...] En primer término, debe indicarse que el bien jurídico tutelado en este delito es la indemnidad sexual, entendido como una manifestación de la dignidad del ser humano, consistente en el derecho que posee toda persona menor de edad de tener un sano desarrollo de su sexualidad, sin interferencias traumáticas en su esfera íntima por parte de terceros. La conducta del sujeto activo debe estar compuesta de actos dirigidos a utilizar el cuerpo de la persona menor de edad como si fuera un objeto, una acción del autor del hecho dirigida a instrumentalizar a la víctima: “La mencionada norma establece: “...Quien de manera abusiva realice actos con fines sexuales contra una persona menor de edad o incapaz o la obligue a realizarlos al agente, a sí misma o a otra persona, siempre que no constituya delito de violación...” Si bien es cierto que el realizar actos con fines sexuales o el obligar al sujeto a realizarlos (al sujeto activo, a sí mismo o a un tercero) no exige necesariamente contacto corporal directo, y así lo ha señalado la doctrina acogida por esta Sala y que se cita en el fallo, para que la conducta sea subsumible en el tipo sí resulta necesario que se dé la instrumentalización del cuerpo de la víctima (entendida en sentido amplio, es decir, haya contacto físico o no). (Sala Tercera, Resolución número 2007-00356, de 10:30 horas, del 20 de abril de 2007). Obviamente, dentro de los elementos objetivos del tipo se exige que el acto sea abusivo y con un fin sexual, entendiéndose por tal una aproximación corporal al cuerpo de la víctima con significación sexual, tal y como se da en la especie. En los votos 2005-15 del 21 de enero del 2005, y 2016-440 de las 10:10 horas del 13 de mayo del 2016, la Sala Tercera desarrolló este concepto

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

indicando que en el análisis del contenido sexual del acto deben examinarse las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como los aspectos relacionados con la personalidad del autor y la víctima”.

Integración: Marco Mairena Navarro; Ivette Carranza Cambronero; y Jorge Arturo Rojas Fonseca.

N°2017-496 de las nueve horas con cincuenta y cinco minutos del diecinueve de setiembre dos mil diecisiete del **Tribunal de Apelación del Primer Circuito Judicial de Cartago:**

“II.- [...] Es preciso rectificar ciertos conceptos formulados por el recurrente: en primer lugar, en el delito de abuso sexual contra persona menor de edad, más que la "reserva" o "libertad sexual" de la víctima —que en todo caso, la ley no le reconoce plenamente, en tanto no puede disponer libremente de su sexualidad —, el bien jurídico que está en juego es la "indemnidad sexual", es decir, el derecho de la persona menor de no ser dañada mediante una acción de connotación, índole o naturaleza sexual. En segundo lugar, no puede afirmarse que el abuso sexual contra persona menor de edad no castiga la acción realizada contra la voluntad expresa de la persona ofendida, sino únicamente la acción verificada sin su consentimiento. Ninguna parte del tipo penal permite deducir esa exclusión. Más aún, el numeral 161 del Código Penal sanciona expresamente a quien obligue a la víctima a realizar actos con fines sexuales al agente, a sí misma, o a un tercero. El apelante afirma que, de la edad de la menor abusada, [Nombre 002], y de sus palabras rendidas en el contradictorio, se debe deducir que los hechos que sufrió eran contrarios a su voluntad; no obstante, de inmediato se contradice dando especial validez a la manifestación de [Nombre 002] de que no se sentía muy afectada. [...] Pero además, el que la víctima no se hubiera sentido afectada no tendría la virtud de excluir, de manera necesaria, la existencia del delito. Tan cierto es ello que, aun si el abuso se hubiera cometido con la total conformidad de ésta, en razón de su edad, seguiría siendo una conducta penalmente sancionable”.

Integración: Giovanni Mena Artavia; Alfredo Araya Vega; y Christian Fernández Mora.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

FIN LIBIDINOSO

ART. 161 CÓDIGO PENAL: “[...] *con fines sexuales* [...]”.

“Generalizando, puede decirse que elementos subjetivos del tipo (o del injusto) son todos aquellos requisitos de carácter subjetivo distintos al dolo que el tipo exige, además de éste, para su realización”

Santiago Mir Puig. *Derecho Penal: Parte General*. 2009. Barcelona, España: Repertor, p. 278.

“En algunos delitos específicos se requiere, además, para constituir el tipo de injusto, la presencia de especiales elementos de carácter subjetivo”

Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán. *Derecho Penal: Parte General*. 2010. Valencia, España: Tirant lo Blanch, pp. 277-278.

“Los otros elementos que constituye el tipo subjetivo, además del dolo, son los llamados “elementos subjetivos del injusto”, que son parte integrante de lo injusto penal y cuya función es particularizar y describir más precisamente la voluntad de la acción del autor dirigida a la lesión de un bien jurídico y acentuar en el tipo penal la descripción externa de un acto interior desvalorado”.

Francisco Castillo González, *Derecho Penal: Parte General*, Vol. I. 2008. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, p. 579.

Es necesario un fin libidinoso como un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo

N°2014-1605 de las once horas y cuarenta y nueve minutos del ocho de octubre del dos mil catorce de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:**

“III.- [...] Efectivamente, tal y como lo reprocha la impugnante, el Tribunal de Apelación de Sentencia comete diversos yerros en su razonamiento, para absolver al acusado Minor Picado Sánchez, por la presunta comisión del delito de abuso sexual contra persona mayor de edad, según se pasa a explicar. Con el fin de

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

determinar si los hechos acreditados tienen o no una finalidad sexual, importan no solamente las normas sociales imperantes en nuestra sociedad, sino también el contexto en que se produce la conducta dañosa".

Integración: Carlos Chinchilla Sandí; Jesús Alberto Ramírez Quirós; Magda Pereira Villalobos; José Manuel Arroyo Gutiérrez; y Rafael Sanabria Rojas (Mag. suplente).

N°2017-1027 de las catorce horas quince minutos del veinticuatro de agosto de dos mil diecisiete del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José:**

"ÚNICO-[...] Se aprecia que aquí el legislador incorporó al tipo penal un elemento de carácter subjetivo diferente del dolo al decir que el autor actúa "con fines sexuales", pues se trata de una especial tendencia interna o subjetiva, un propósito o motivo determinante, una intención específica o un peculiar sentido que el legislador exige, aparte del dolo, para construir el tipo subjetivo, para que se entienda con mayor claridad o precisión el alcance de la conducta prohibida (función de garantía del tipo), como lo ha hecho también, por ejemplo, al referirse al "ánimo de lucro" en los tipos penales de «Sustracción agravada de menor o persona sin capacidad volitiva o cognoscitiva» (artículo 184 ter inciso 3 del Código Penal) y de «Privación de libertad sin ánimo de lucro»; o al mencionar el "ánimo de perjudicar" en la modalidad de «Estelionato» prevista en el artículo 217 inciso 4° del Código Penal; o al aludir a los "fines libidinosos" en los tipos penales de «Rapto propio» y «Rapto impropio» (artículos 163 y 164 del Código Penal); o a los "fines de matrimonio" en el «Rapto con fin de matrimonio» (artículo 165 del Código Penal); o a la ausencia de "propósito ofensivo" en la figura de «Exclusión de delito» (artículo 151 del Código Penal). Sobre estos elementos subjetivos especiales se enseña que "La ilicitud de muchos hechos no depende de su material objetividad, ni siquiera de que la misma se realice consciente y voluntariamente, sino del particular sentido que a la acción u omisión le imprima el fin específicamente perseguido por el agente, la coloración que le transmita a su ánimo, la peculiaridad que le confieran los motivos determinantes. Tales componentes psicológicos ingresan al tipo únicamente cuando es el propio tipo el que de modo expreso los acoge para fundamentar el injusto, su agravación, atenuación o exclusión. Un elemento subjetivo, sin embargo –como en su caso uno normativo–, ha de usarse por el legislador solo para completar y tornar más unívoca por tanto la determinación del hecho punible, sea con respecto a la figura básica o a las calificadas con agravación o atenuación [...]. La función de los elementos subjetivos especiales (esto es, distintos del dolo) [...], es el diferenciar un hecho injusto de otro justo, separar un injusto punible de otro impune, deslindar una figura delictiva de otro, o bien calificar el tipo con agravación o atenuación [...] . No siempre, por desgracia, ha acertado la doctrina en la identificación de los elementos subjetivos del injusto. Manido es uno de los ejemplos con que comenzó esta teoría en los albores del esquema neoclásico: el tocamiento de los genitales de una niña, se dijo, puede ser delictivo o no, según 'el fin del agente', que es terapéutico en el reconocimiento ginecológico y lascivo en los delitos sexuales. La diferencia no es aquí subjetiva, no pende de ningún ánimo especial del autor, sino de circunstancias completamente objetivas, como es el 'rol' social del agente: cualquiera que sea el fin subjetivo, nadie podrá normalmente pretender la licitud de tales tocamientos ginecológicos por fuera del papel social del médico en ejercicio concreto de su profesión; y al revés, cualquiera que sea la lascividad de sus reconditeces, si el reconocimiento está médicamente indicado el acto no será jamás antijurídico. Un reconocimiento profano de carácter previo podrá también ser aceptado, en casos especiales, en el papel social de ciertos parientes tutelares, sin que la diferencia entre lo justo y lo injusto dependa tampoco aquí de puros momentos psicológicos del autor, sino de su función social en el contexto de las circunstancias totales del hecho." (FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan: Derecho Penal Fundamental, Vol. II, Editorial Temis, Bogotá, 1998, págs. 280 a 281). La importancia de tales elementos radica en que, si no concurren con el dolo (a nivel de tipicidad subjetiva), no se da el respectivo tipo de injusto (así MUÑOZ CONDE, Francisco: Teoría General del Delito, Tirant lo blanch, Valencia, 1991, pág. 68; MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, y otros: Lecciones de Derecho Penal, Tomo II Teoría del Delito, Editorial Jurídica Continental, San José, 2016, págs. 175 a 178), cuestión que resultaría perfectamente posible, por ejemplo, discutir, criticar, refutar, contradecir, justificar o disculpar en juicio a partir de la acusación, tal como ha sido redactada en este caso, siendo de interés agregar a lo dicho tres precisiones más: A) que el logro efectivo de la finalidad sexual es irrelevante para conformar la tipicidad subjetiva, en tanto que para la consumación formal del delito no se requiere que el autor alcance o logre la finalidad propuesta, sino solamente que actuara orientado por esa

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

finalidad (si los "fines sexuales" se llegan a satisfacer, esto solo tendría que ver con la fase de agotamiento del delito); B) que este tipo de elementos subjetivos no pertenecen al tipo objetivo –como erróneamente han sostenido el Tribunal de Juicio y la Defensa Pública en este asunto–, sino que se integran al tipo subjetivo, porque se refieren a un proceso psicológico que, así como el dolo, tiene lugar en la mente del autor (cfr. CASTILLO GONZALES, Francisco: Derecho Penal Parte General, Tomo I, Editorial Jurídica Continental, San José, 2008, págs. 579 a 581), de lo cual se deriva que generalmente no se tiene prueba directa (salvo casos de resolución manifestada o confesión del autor), por lo que esa finalidad sexual normalmente se habrá de inferir inductivamente del análisis de las circunstancias de modo, tiempo y lugar del hecho, conforme a las reglas de la sana crítica y bajo la premisa de que en caso de duda se estará a lo más favorable al imputado; y C) Que al considerar que en el presente caso la acusación parte de la premisa de que los actos descritos fueron realizados con fines sexuales, no se causa agravio alguno al imputado, pues más bien se está restringiendo la acusación en función de la garantía del tipo penal (el encartado no podría resultar sancionado si los actos que le atribuyen no hubieran tenido esa finalidad); y no es indispensable que la acusación tenga que decir expresamente que el autor realizó los actos abusivos “con fines sexuales”, si la concurrencia de ese elemento subjetivo diferente del dolo se deriva inequívocamente de la materialidad de cada uno de esos actos, según el contexto de circunstancias de modo, tiempo y lugar en que estos han sido descritos en la acusación, como sucede en este caso”.

Integración: Jorge Luis Arce Viquez; Raúl Madrigal Lizano; y Edwin Salinas Durán.

No es indispensable que la pieza acusatoria se refiera expresamente al fin libidinoso si de los hechos descritos se desprende con claridad

N°2019-1608 de las once horas y veinte minutos del trece de diciembre del dos mil diecinueve de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:**

12

I. [...] Con dichas situaciones tenidas por ciertas en el fallo de instancia, es evidente que el sentenciado se motivó con fines libidinosos, en contra de la menor ofendida. Es decir, aunque no existió un contacto corporal directo con la vagina de la víctima; si se materializó el delito, sí realizó un acto con fin sexual, ya que, el encartado ejecuta acciones directamente sobre la vagina de la ofendida, para lograr su completa desnudez, y, es de ahí donde surge la determinación del fin sexual, derivada de las acciones tenidas por demostradas, pues sin justificación alguna, se vulneraron zonas eróticas del cuerpo de la menor, pese a que no se acreditó un tocamiento directo en esa zona. En ese sentido, la doctrina ha señalado que dicho ilícito: “...consiste en conductas de acercamiento o contactos corporales con la víctima, de significación sexual, sin que constituyan acceso carnal. (...) también puede tratarse de aproximaciones que no importen un contacto corporal directo, pero que tengan un contenido sexual respecto de otros sentidos del agente que no sean el del tacto, como el de la vista (desnudar a la víctima -pero no el mirarla cuando se la sorprende desnuda, como vimos-, levantarle la falda, etcétera). Creus, Carlos, 1998, Derecho penal, Parte especial, Tomo 1, Buenos Aires, Editorial Astrea, p. 210. A mayor abundamiento, se ha estimado por parte de la doctrina nacional que: “...Se requiere una aproximación corporal –con o sin desnudez- y, en consecuencia, no bastan ni las palabras ni la simple contemplación, siempre que ésta no sea el resultado de la acción física de desnudar a la víctima...” (Gutiérrez Villalobos, Maribel, 1999, Delitos sexuales: aumento de las penas y su eficiencia punitiva, Costa Rica, Editorial EUNED, p. 91). Así las cosas, sin prejuzgar sobre los reclamos formulados por la defensa técnica en el recurso de apelación de sentencia y que no fueron resueltos, en cuanto a la protesta planteada, el cuadro fáctico probado sí revela el objetivo de la acción del encartado, su finalidad libidinoso, no solo frente a la procuración de circunstancias con el propósito de despojar a la menor de la ropa interior, sin tener una razón en justificación de ello, sino también por la zona del cuerpo que representa un área privada, que regularmente no entra en contacto directo con otras personas, llevándose a cabo bajo la amenaza de que si decía algo podía morir ella o su abuela; lo que demuestra que no se trata de un acto normal y la intención libidinoso queda claramente definida. Por todo esto, es que en el presente asunto están presentes los elementos objetivos y subjetivos del

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

delito de abuso sexual contra persona menor de edad. El acusado, ejecutó actos abusivos con fines sexuales en contra de la menor de edad, al acercarse a esta y proceder a ejecutar la acción física de desnudar a la víctima, despojándola de su ropa interior –calzón-, en una connotación eminentemente sexual, no es indispensable que la pieza acusatoria haga referencia expresa al fin libidinoso, si de la descripción del cuadro fáctico acusado se desprende esta situación”.

Integración: Jesús Alberto Ramírez Quirós; Ronald Cortés Coto (Mag. Suplente); Sandra Eugenia Zúñiga Morales (Mag. suplente); Rafael Segura Bonilla (Mag. suplente); y Jorge Enrique Desanti Henderson (Mag. suplente).

N°2016-120 de las catorce horas cincuenta y dos minutos del veintinueve de febrero de dos mil dieciséis del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Primer Circuito Judicial de Cartago:**

“III.- [...] Ahora bien, la circunstancia de que en el segundo abuso se haya indicado únicamente que el acusado procedió a tocarle a la menor ofendida la vagina por encima de la ropa, sin incluir la frase con ánimo libidinoso, no afecta la tipicidad de la conducta. Conviene recordar que el delito de abuso sexual contra personas menores de edad e incapaces, contenido en el numeral 161 del Código Penal, se configura típicamente cuando el agente activo, despliegue un acto abusivo que en sí mismo contenga un fin sexual, lesionando el bien jurídico protegido, cual es, en este caso, la reserva y el decoro de la persona ofendida, atinente a su libertad sexual, y en el presente asunto independientemente de que en la pieza acusatoria y en los hechos tenidos por demostrados, se haya omitido en uno de los hechos insertar que existió de parte del justiciable un ánimo libidinoso, lo cierto es que como lo señaló el otrora Tribunal de Casación, con argumentos que quienes suscribimos esta resolución compartimos, señaló: “...El artículo 161 del Código Penal no exige, como elemento del tipo, el fin libidinoso, sino más bien la realización de un acto de contenido sexual. Ciertamente, existen algunos casos en los cuales resulta difícil determinar la naturaleza del mismo. Sin embargo, hay otros en los cuales su contenido se desprende con claridad de la dinámica misma del hecho. Como bien lo ha dicho la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en el Voto 18-2006 de las once horas veinte minutos del veinte de enero de dos mil seis, “En cuanto al fin sexual, la falta de indicación de que el tocamiento fue “libidinoso” en los hechos demostrados, aunque es un término deseable, no resulta indispensable, pues del contexto integral de lo acreditado se extrae con claridad – sin necesidad de que se asentara expresamente – que cuando el encartado... tocó la vagina de la ofendida, ello tenía una connotación sexual pues ello se comprende claramente” (Resolución 2010-1152, de las 15:15 horas, del primero de octubre del 2010). En este caso el tocamiento del cuerpo de la ofendida, específicamente en donde se localiza la vagina, es una acción claramente abusiva y violatoria de su derecho al sano desarrollo físico, psicológico y sexual, al punto que aún con su corta edad ante la inminencia de uno de los abusos en su perjuicio, la menor expresamente le manifestó al acusado, que “no””.

Integración: Ingrid Estrada Venegas; Jorge Arturo Rojas Fonseca; y Gustavo Chang Mora.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

ACCIÓN ABUSIVA

ART. 161 CÓDIGO PENAL: “[...] *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*”.

“Esta acción genérica de abusar sexualmente comprende todo acercamiento o contacto corporal con la víctima, de significación sexual, sin que constituya acceso carnal”.

Carlos Creus y Jorge Eduardo Buompadre. *Derecho Penal: Parte Especial*, Vol. I. 2013. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, p. 182.

“[...] se define como la realización de contactos corporales con contenido sexual sobre el cuerpo de una persona de uno u otro sexo, sin que haya alcanzado el acceso carnal o su tentativa”.

Adrián Marcelo Tenca, *Delitos Sexuales*. 2001. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, p.19

La acción abusiva consiste en instrumentalizar el cuerpo de la víctima

N°2019-411 de las quince horas y dos minutos del veinticinco de abril del dos mil diecinueve de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:**

“II. [...] Con relación a los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de abusos sexuales contra personas menores de edad e incapaces, ha señalado este Despacho: “...en punto a cuál debe ser la naturaleza del acto para que este sea considerado como parte de la acción típica del ilícito en cuestión, esta Sala ha insistido en que necesariamente debe tratarse de un acto que implique la instrumentalización del cuerpo de la víctima, que puede implicar o no contacto físico (...). Tal posición la ha asumido esta Sala en varias resoluciones, valga citar a efecto ilustrativo la número 330-F de las 9:55 horas del 28 de junio de 1996: ‘...El abuso deshonesto también puede tratarse de acciones que no importen un contacto corporal directo, pero que tengan un contenido sexual objetivo respecto de otros sentidos diferentes al tacto como el de la vista, caso en el cual la conducta del agente provoca que el cuerpo de la víctima devenga en mero objeto de contemplación (por ejemplo, obligando a la víctima a tocarse impudicamente, desnudarla, levantarle la falda, etcétera)... El autor, como se dijo anteriormente, usa el cuerpo de la víctima cuando ésta recibe sobre sí el acto del mismo autor, o cuando ella actúa, por obra del agente, sobre su propio cuerpo, o sobre el del autor o el de un tercero...’ Esto ocurre,

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

por ejemplo, al desnudarla total o parcialmente, hacerla desnudarse o desnudarle... Ello es así porque tal y como afirma Creus, no siempre el abuso sexual consistirá en tocamientos, no es así como debe entenderse el requisito de la materialidad, sin embargo el ilícito en cuestión no se configura si además de faltar el contacto físico, tampoco se da un acercamiento (...). Además, se ha establecido también que debe tratarse de un acto abusivo, porque: "[...] No se trata, entonces, simplemente de realizar actos con fines sexuales, sino que deben ejecutarse de manera abusiva y el abuso, por definición, consiste en hacer algo que puede ser: contra la voluntad expresa o presunta del sujeto pasivo; sin su voluntad (v. gr.: los abusos sorpresivos), que vaya más allá de lo que la víctima consintió o estuvo dispuesta a consentir o prevaliéndose de diversas circunstancias en cuanto signifiquen que la persona ofendida no podía expresar una voluntad libre o ejercer una resistencia efectiva, por citar algunos ejemplos. La voluntad o el consentimiento de la víctima sigue siendo el núcleo esencial para distinguir lo punible de lo que no lo es o en qué supuestos lo es; salvo en los casos de menores de doce años, pues aquí la ley mantiene la presunción absoluta de que no pueden emitir un consentimiento válido y los actos sexuales a los que se les someta serán siempre abusivos, desde el punto de vista jurídico penal [...]" (Resolución 380-05 de 8:25 horas de 13 de mayo de 2005)... (Sala Tercera, fallo número 523, de las 9:35 horas del 8 de mayo de 2008. Integración de los Magistrados Arroyo Gutiérrez, Chaves Ramírez, Ramírez Quirós, Pereira Villalobos y Estrada Navas)".

Integran: Jesús Alberto Ramírez Quirós; Ronald Cortés Coto (Mag. Suplente); Jorge Enrique Desanti Henderson (Mag. suplente); Jaime Robleto Gutiérrez (Mag. suplente); Rafael Sanabria Rojas (Mag. suplente).

N°2008-1316 de las catorce horas cinco minutos del doce de noviembre de dos mil ocho de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:**

"II- [...] Al respecto, debe recordarse que el delito de abusos deshonestos implica una instrumentalización del cuerpo de las perjudicadas para los consabidos fines, sobre la que debieron centrarse los juzgadores. De acuerdo con la más autorizada doctrina y los parámetros jurisprudenciales establecidos por esta Cámara, ante este tipo de supuestos el operador jurídico debe tomar en cuenta que: "[...] 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. debate y al dictado de la sentencia".

Integración: José Manuel Arroyo Gutiérrez; Jesús Alberto Ramírez Quirós; Magda Pereira Villalobos; Carlos Chinchilla Sandí; y Janette Castillo Mesén (Mag. suplente).

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

N°2009-302 de las ocho horas y treinta y cuatro minutos del veinticinco de marzo del dos mil nueve de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:**

“III. [...] Para efectos de análisis, conviene esbozar algunas consideraciones sobre los alcances de la figura típica en cuestión. Así, acudiendo a los antecedentes jurisprudenciales de esta Sala, tenemos que: “[...] 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. [...]” (cfr. de esta Sala, sentencia número 328 de las 09:45 horas de 28 de junio de 1996; sobre la figura básica de los abusos deshonestos, véanse: BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar: Código Penal, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987, página 400 y 401; CUELLO CALON, Eugenio: Derecho Penal, Parte Especial, Barcelona, Editorial Bosch, 1961, tomo II, páginas 521 y 522; FONTAN BALESTRA, Carlos: Derecho Penal, Parte Especial, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1978, página 185 a 199; LOPEZ BOLADO, Jorge Daniel, y otros: Violación. Estupro. Abuso Deshonesto, Buenos Aires, Ediciones Lerner, 1971, páginas 145 a 169); LLOBET, Javier y RIVERO, Juan Marco: Comentarios al Código Penal, San José, Editorial Juricentro, 1989, páginas 253; RODRIGUEZ DEVESA, J.M.: Derecho Penal Español, Parte Especial, Madrid, Artes Gráficas Carasa, 1983, páginas 156 y 181 a 183; SOLER, Sebastián: Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1976, tomo III, páginas 297 a 303) [...]” (Resolución 2004-00244, a las 9:25 horas, de 19 de marzo de 2004). Nótese que se trata de un pronunciamiento que se refiere a la norma anterior derogada pero que mantiene plena vigencia, al mantenerse en la actualidad los mismos elementos subjetivos y objetivos en el ilícito actual de abuso sexual contra persona mayor de edad”.

Integración: Janette Castillo Mesén (Mag. suplente); María Elena Gómez Cortés (Mag. suplente); Lilliana García Vargas (Mag. suplente); Luis Víquez Arias (Mag. suplente); y Rafael Sanabria Rojas (Mag. suplente).

N°2006-829 las nueve horas treinta y cinco minutos del veinticinco de agosto de dos mil seis de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:**

“V. [...] Ya esta Sala se ha pronunciado en cuanto a los requisitos necesarios para estimar 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

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

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”.

Integración: Jesús Alberto Ramírez Quirós; Alfonso Chaves Ramírez; Rodrigo Castro Monge; Magda Pereira Villalobos; y Ana Eugenia Sáenz Fernández (Mag. suplente).

N°2019-653 de las diez horas con cuarenta y cinco minutos del seis de setiembre de dos mil diecinueve del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Tercer Circuito Judicial:**

“II.-[...] *En relación con el carácter abusivo contenido en el tipo penal del delito de abuso sexual contra persona menor de edad, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, mediante el voto 753-2013 del 18 de junio de 2013, ha señalado como criterio unificador lo siguiente: “ II.- [...] Ciertamente se nota una posición encontrada en los precedentes del Tribunal de Apelación de Sentencia del II Circuito Judicial de San José, mencionados por el recurrente, en cuanto a cómo debe entenderse el elemento normativo del tipo, consistente en el “carácter abusivo” del acto con fines sexuales que comete el sujeto activo, en el delito previsto en el numeral 161 del Código Penal. [...] El carácter abusivo de la conducta, constituye un elemento normativo-valorativo y como tal, requiere un análisis caso por caso. Sobre el particular, se ha indicado que: “ ...no se trata (...) simplemente de realizar actos con fines sexuales, sino que deben ejecutarse de manera abusiva y el abuso, por definición, consiste en hacer algo que puede ser: contra la voluntad expresa o presunta del sujeto pasivo; sin su voluntad (v. gr.: los abusos sorpresivos), que vaya más allá de lo que la víctima consintió o estuvo dispuesta a consentir o prevaliéndose de diversas circunstancias en cuanto signifiquen que la persona ofendida no podía expresar una voluntad libre o ejercer una resistencia efectiva, por citar algunos ejemplos. La voluntad o el consentimiento de la víctima sigue siendo el núcleo esencial para distinguir lo punible de lo que no lo es o en qué supuestos lo es; salvo en los casos de menores de doce años, pues aquí la ley mantiene la presunción absoluta de que no pueden emitir un consentimiento válido y los actos sexuales a los que se les someta serán siempre abusivos, desde el punto de vista jurídico penal” (Sala Tercera, fallo número 380, de las 8:25 horas, del 13 de mayo de 2005. El subrayado no corresponde al original). Ahora bien, el planteamiento según el cual será abusiva la conducta, sólo cuando la víctima no se opone activamente al tocamiento – verbal o físicamente – deja de lado que esta Sala también ha indicado que no existe o es inválido el consentimiento, cuando el sujeto activo se aprovecha de una actuación sorpresiva, de una relación de poder, de las condiciones particulares de vulnerabilidad del sujeto pasivo (como se dijo, hay una presunción general con los menores de doce años, pero ello no excluye otras situaciones que habrá que valorar caso por caso), o de la confianza creada para con la víctima, a fin de vencer su oposición. En este orden de ideas, [...] (Sala Tercera, resolución número 244, de 9:25 horas, del 19 de marzo de 2004. El subrayado es suplido). La conclusión es clara: para estimar que el acto fue consentido, debe comprobarse que la anuencia es dada por una persona con la madurez necesaria para ello, en condiciones que garanticen un juicio libre e informado de su parte, lo cual en nuestro ordenamiento se presume con la mayoría de edad, y se niega de manera definitiva en una persona menor de doce años”.*

Integración: Yadira Godínez Segura; Annia Enríquez Chavarría; y Carmen Peraza Segura.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

ACCIÓN ABUSIVA ES CASUÍSTICA

N°2017-768 de las catorce horas y doce minutos del treinta de agosto del dos mil diecisiete de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:**

“II.- [...] Contrario a lo sostenido por el ad quem, el abuso sexual contra persona menor de edad debe analizarse siempre de manera casuística, siendo incorrecta la afirmación en el sentido de que para que se pudiera dictar una sentencia condenatoria era necesario que expresamente se consignara que la niña le tocó el pene al encartado al momento de extraer la pelota, siendo suficiente la descripción contenida en el hecho acusado que tuvo por probado el a quo, en el entendido de que se narra que el imputado aprovechó con un fin libidinoso, que la ofendida ante su pedido sacara la bola que él introdujo en el área de su pene, propiamente entre la ropa”.

Integración: Doris Arias Madrigal; Jesús Alberto Ramírez Quirós; Celso Gamboa Sánchez; Rosibel López Madrigal (Mag. Suplente); y Jaime Robleto Gutiérrez (Mag. suplente).

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

DEBE DESCRIBIRSE LA ACCIÓN ABUSIVA EN LA IMPUTACIÓN

N°2016-119 de las trece horas cuarenta y cinco minutos de treinta y uno de mayo de dos mil dieciséis del **Tribunal de Apelación del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste**:

“ÚNICO. [...]El tema ha sido objeto de discusión y al respecto en el voto 379-2011 del antiguo tribunal de casación penal de San Ramón, que incluye la sentencia 380-2005 de la Sala Tercera de la Corte, se indicó: " [...] Este defecto se arrastra, como ya se indicó, desde que se formuló la acusación, en el tanto en la misma, según la descripción en ella contenida, nunca se acusó por el Ministerio Público propiamente un delito de abuso sexual contra una persona menor de edad, en la medida en que lo único que se describió en dicha pieza fueron hechos ciertamente de naturaleza sexual, pero no cometidos de manera abusiva. Esta sola circunstancia sería suficiente para anular la sentencia, dado que en ningún momento se tuvo por acreditado propiamente ningún acto constitutivo de abuso sexual mediante la realización de actos sexuales realizados en contra de la voluntad expresa o presunta de la víctima". Los anteriores argumentos son compartidos por esta Cámara, de tal manera que sin duda la acusación para imputar un hecho típico de abuso sexual contra persona menor de edad, debe describir en el marco fáctico, no solo el evento de contenido sexual que se realizó, sino el carácter abusivo del mismo, es decir que contraría la voluntad del sujeto pasivo. Este no es un elemento que pueda presumirse, pues hacerlo de esa forma lesiona el principio de tipicidad penal que es una garantía para todas las partes del proceso penal”.

Integración: Gerardo Rubén Alfaro Vargas; María Lucila Monge Pizarro; y Cynthia Dumani Stradtman.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

**MODIFICACIÓN RESPECTO A LA PARTE DEL CUERPO QUE EL
IMPUTADO LE TOCÓ A LA VÍCTIMA DE DELITO SEXUAL NO
CONSTITUYE UNA VARIACIÓN ESENCIAL DE LA ACUSACIÓN**

N°2017-409 de las once horas veintisiete minutos del once de agosto de dos mil diecisiete del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Primer Circuito Judicial de Cartago**:

“II.-[...] Como se observa, la modificación realizada por el juzgador consistió en la sustitución de la parte del cuerpo que el imputado le tocó a la ofendida con fines sexuales (pierna por la vagina), sin que se aprecie que dicha variación haya resultado esencial para efectos de garantizar el efectivo ejercicio de defensa del imputado, puesto que en todo momento el encartado pudo conocer que se le atribuía un hecho ocurrido el día 3 de octubre de 2013 en la casa de habitación de la ofendida, el cual había consistido en realizar actos abusivos de contenido sexual sobre el cuerpo de la víctima, sin que resulte relevante para los efectos mencionados, que la parte del cuerpo que libidinosamente le tocó haya sido la pierna o la vulva de la agraviada, pues en ambos supuestos el hecho sigue siendo abusivo y con un evidente contenido sexual, máxime cuando se da dentro de un contexto en el que la acción del imputado va seguida de la verbalización de sus deseos de mantener relaciones sexuales con la ofendida a cambio de dinero. Por otra parte, tampoco existe una modificación en la descripción del comportamiento del acusado o de las circunstancias acusadas, toda vez que lo que se imputó y se demostró es que sin tener ningún consentimiento de la víctima, el imputado introdujo su mano dentro de la pantaloneta de la ofendida con la intención de tocar libidinosamente su cuerpo, resultando irrelevante si en dicho accionar tocó solo una pierna, la vulva o ambas partes de su cuerpo, pues la acción sancionada consiste en la realización abusiva de actos con fines sexuales, lo que se hubiese configurado aun en el supuesto hipotético de que luego de introducir su mano entre las ropas de la ofendida no hubiese logrado hacer contacto con alguna parte de su cuerpo, dado que según se indicó la connotación del evento tenía una finalidad evidentemente sexualizada y el tipo penal no exige que se lleve a cabo un tocamiento, sino como se dijo, un acto abusivo con una finalidad sexual, lo que evidentemente debe ser interpretado por el tribunal en cada caso concreto. Tácitamente en la argumentación del recurrente, se plantea el cuestionamiento de si podía dársele credibilidad a la ofendida ante la modificación de la versión que dio en juicio respecto de la brindada en la etapa preparatoria; sin embargo, se trata de una cuestión que fue correctamente analizada por el juzgador en la sentencia, al señalar que la agraviada explicó adecuadamente que su versión siempre había consistido en señalar que el imputado le había tocado la vagina y no ninguna otra parte del cuerpo, por lo que atendiendo a los principios de inmediación, contradicción y oralidad, considera esta Cámara que la versión que debe primar en este caso es la que la ofendida brindó en el debate, dando respuesta a las interrogantes que fueron planteadas por las partes y en las que no fue posible apreciar por parte del Tribunal que existiera algún signo de mendacidad en su versión y más bien se pudo apreciar que su versión respondía a la vivencia de un hecho que realmente experimentó y que por motivos que no fueron abordados por las partes en sus interrogatorios, se consignó erróneamente que el lugar del tocamiento que el imputado realizó sobre el cuerpo de la víctima, sin que dicha situación venga a demeritar de forma alguna la credibilidad de la deposición brindada por esta. Al no corroborarse el vicio alegado por el recurrente corresponde declarar sin lugar el presente motivo de impugnación y confirmar la resolución impugnada”.

Integración: Christian Fernández Mora; Ivette Carranza Cambronero; y Giovanni Mena Artavia.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

BESO EN LA BOCA CONFIGURA ACCIÓN ABUSIVA

N°2007-926 de las once horas veinticinco minutos del treinta y uno de agosto de dos mil siete de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:**

“II- [...] Finalmente, pero no menos importante, hay que agregar que a diferencia de que lo que estima N., el hecho de besar al ofendido en la boca, con el propósito de lograr una satisfacción sexual, es una conducta típica. Al respecto, ha dicho esta Sala: “Al analizar el beso como acto típico del delito de abusos deshonestos, la doctrina jurídica se ha dividido en tres posiciones. Una primera corriente sostiene que el beso no constituye un acto típico de abuso deshonesto, salvo que sea acompañado con otras actuaciones que determinen en forma clara una conducta impúdica en el sujeto activo; para otros, siempre constituye un acto de naturaleza sexual; mientras que una tercera posición, que ha sido dominante, afirma que todo dependerá de la intención que motivó al autor (véanse, entre otros, a NUÑEZ, Ricardo, Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, Omeba, 1964, tomo IV, páginas 313 y 314; ARCILLA GONZÁLEZ, Antonio, El delito sexual en la legislación colombiana, Bogotá, Editorial Caravana, 1959, 2º edición, páginas 121 y 122; CARMONA SALGADO, Concha, Los delitos de abusos deshonestos, Barcelona, Bosch, 1981, páginas 103 y 104). En realidad el beso constituye un caso límite, donde no es posible saber por el hecho mismo, su significado con respecto a la honestidad. Besar puede ser la expresión de un sentimiento de cariño, de felicitación, puede reflejar un acto de amor filial, puede constituir una práctica consuetudinaria de saludo, incluso de piedad, desprovisto siempre de cualquier significado impúdico, pero también puede estar fundamentado en una clara y directa pasión sexual, con un determinante contenido libidinoso, donde el sujeto activo refleja una finalidad lujuriosa y lasciva. Ahora bien, para desentrañar con certeza cuál pudo ser el significado del beso y la finalidad del autor, es indispensable examinar con sumo cuidado todas las circunstancias en que el acto se produjo (cfr. de esta Sala la sentencia número 104 de las 08:40 horas de 03 de abril de 1992)”.

Integración: José Manuel Arroyo Gutiérrez; Jesús Alberto Ramírez Quirós; Magda Pereira Villalobos; Carlos Chinchilla Sandí; y Maria Elena Gómez Cortés (Mag. suplente).

N°2021-178 de las once horas cuarenta y cinco minutos del diecisiete de febrero de dos mil veintiuno del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del tercer Circuito Judicial de Alajuela:**

“I. [...] Del examen de los razonamientos contenidos en la anterior cita no se aprecia las infracciones alegadas por la defensa. Esta cámara comparte las posturas teóricas expuestas en el recurso y, de esta forma, se destaca que, por la forma en que está estructurado el tipo penal bajo estudio, debe verificarse que el acto sea abusivo, es decir, sin el consentimiento de la persona víctima, lo cual no fue controvertido en el recurso, y que la justiciable tenía un fin sexual con su acción de besar al infante agraviado, aspecto que sí fue cuestionado por la defensora. Este último factor, por tratarse de un elemento subjetivo adicional al dolo de la conducta, debe inferirse inductivamente, pues, salvo manifestación expresa, es posible aproximarse a las intencionalidades a partir de los indicios derivados de los datos fácticos debidamente acreditados en el contradictorio. Por tratarse de una interpretación indiciaria se recurre a máximas de la experiencia para establecer las conexiones entre un dato fáctico y el otro, para, de esta manera, aproximarse a la finalidad que tuvo la persona juzgada al momento de cometer el acto por el cual está siendo juzgada. [...] Aunque la justiciable no hubiera expresado alguna palabra con algún sentido sexual o libidinoso; lo sorpresivo y lo clandestino de su acción denotan un abuso de su parte hacia la corporeidad de la persona menor de edad agraviada, quien carecía de la posibilidad de defenderse del ataque así como de consentir tales actos.[...] Puede aceptarse que el beso no fue dado con erotismo, pero sí hubo un irrespeto hacia la dignidad y hacia la corporeidad del niño afectado. [...] la conducta sí fue abusiva porque se efectuó sin el consentimiento del niño agraviado; fue excesiva porque pudo haberlo besado en la frente, si su intención era saludarlo o despedirlo; injusta porque se aprovechó de la

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

clandestinidad y vulnerabilidad del ofendido; impropia porque ella era una persona adulta y, por ende, debía reconocer y amparar los derechos del infante agraviado; e indebida, como lo reconoce la apelante".

Integración: Raúl Madrigal Lizano; Jose Blanco González; y Ana Lucrecia Hernández Chavarría.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

BESO EN LA OREJA CONFIGURA ACCIÓN ABUSIVA

N°2014-64 de las once horas veintisiete minutos del dieciocho de noviembre de dos mil catorce del **Tribunal de Apelación del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste:**

“ÚNICO MOTIVO: [...] El imputado en su recurso indica que él no niega haberle dado un beso (folio 71) en la oreja de la ofendida, pero que este acto no tenía carácter libidinoso y que el Tribunal no pudo justificar dicho aspecto, para considerarse que se buscaba satisfacer sus deseos sexuales. Asimismo, se muestra como un adulto mayor víctima de abuso económico pues dice que la ofendida y su madre en varias ocasiones le pedían dinero luego de que sabían que él había ido a cobrar su pensión. En ese sentido, es claro para esta Cámara que el análisis se debe hacer desde el contexto mismo en que éste se dio, puesto que sí es cierto que no cualquier beso puede considerarse abusivo, en los términos que lo impone el artículo 161 del Código Penal. En este caso, la ofendida era una niña de once años, que apenas conocía al acusado, quien le guardaba a la madre de la menor víveres en su refrigeradora, pues ella no tenía, sin embargo, con quien no tenía ninguna relación de amistad o de confianza, como para que se considerara aceptable y normal que el acusado le hubiera dado un beso; pues la misma niña ha indicado que no existía ese tipo de trato, que se saludaban pero no de beso ni de abrazo. Véase que el acusado, primero tomó a la joven por la cintura y la abrazó, luego le da el beso, que no fue en la boca, porque la ofendida no lo permitió, pero es evidente que esta acción fue realizada sin el consentimiento de la ofendida, de manera que sí está instrumentalizando su cuerpo, en la medida que no hay voluntad ni consentimiento de su parte. Es así que bajo las circunstancias, el Tribunal de Juicio tiene por demostrado, objetivamente, que un beso dado sin consentimiento y con un abuso de confianza hacia el sujeto pasivo puede considerarse típico del tipo penal de abuso sexual, siendo innecesario que el mismo fuera hecho en la oreja o en la boca. [...] Con relación al tema del beso y su posible connotación sexual, la Sala Tercera de Casación ha tenido oportunidad de pronunciarse, por ejemplo, en el voto número 104-F-92 de las 8:40 horas del 3 de abril de 1992, que dijo: "Cuando estamos en presencia de una actuación, como el abrazo y el beso, que pueden tener diferente significado según sea el contexto en que se realicen y su finalidad, es indispensable indicar en forma exhaustiva la situación en que se desarrollaron para apreciar aquellos factores, pues abrazar a otra persona y besarla no necesariamente pueden tener un contenido sexual o libidinoso" (El subrayado no pertenece al original). Asimismo, en el voto N° 2004-00326 de las 09:32 horas del 2 de abril de 2004, esa Sala indicó: "Recordemos que incluso los besos en la situación señalada son suficientes para concluir que se está ante un abuso deshonesto, a pesar de que el beso constituye una de las conductas más difíciles de calificar para establecer si constituye un abuso sexual o no, por la gran cantidad de significados que puede tener. Al analizar el beso como acto típico del delito de abusos deshonestos, la doctrina jurídica se ha dividido en tres posiciones. Una primera corriente sostiene que el beso no constituye un acto típico de abuso deshonesto, salvo que sea acompañado con otras actuaciones que determinen en forma clara una conducta impúdica en el sujeto activo; para otros, siempre constituye un acto de naturaleza sexual; mientras que una tercera posición, que ha sido dominante, afirma que todo dependerá de la intención que motivó al autor (véanse, entre otros, a NUÑEZ, Ricardo, Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, Omeba, 1964, tomo IV, páginas 313 y 314; ARCILLA GONZÁLEZ, Antonio, El delito sexual en la legislación colombiana, Bogotá, Editorial Caravana, 1959, 2ª edición, páginas 121 y 122; CARMONA SALGADO, Concha, Los delitos de abusos deshonestos, Barcelona, Bosch, 1981, páginas 103 y 104). En realidad el beso constituye un caso límite, donde no es posible saber por el hecho mismo, su significado con respecto a la honestidad. Besar puede ser la expresión de un sentimiento de cariño, de felicitación, puede reflejar un acto de amor filial, puede constituir una práctica consuetudinaria de saludo, incluso de piedad, desprovisto siempre de cualquier significado impúdico, pero también puede estar fundamentado en una clara y directa pasión sexual, con un determinante contenido libidinoso, donde el sujeto activo refleja una finalidad lujuriosa y lasciva”.

Integración: Cynthia Dumani Stradtmann; Elizabeth Montero Mena; y Roy Antonio Badilla Rojas.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

ACTOS CON FINES SEXUALES NO SE LIMITAN AL CONTACTO CORPORAL

N°2016-1754 de las nueve horas del veintidós de diciembre de dos mil dieciséis del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José:

"III.- [...] En definitiva, lleva razón el recurrente y es poco lo que se debe agregar a lo que plantea en su argumentación, la cual es correcta. Ello, por cuanto es claro que lo que se castiga en el delito de abuso sexual contra persona menor de edad previsto en el artículo 161 del Código Penal, es la objetivación del cuerpo de la víctima como un instrumento para la satisfacción de los deseos impúdicos del agente activo, mediante acciones abusivas de connotación sexual que, quebrantan la libertad sexual del sujeto pasivo del actuar ilícito. Así, lleva razón el recurrente en cuanto a que el tipo penal en cuestión no describe acciones específicas ni partes del cuerpo concretas sobre las cuales deba darse la acción libidinosa, pues el verbo típico se limita a señalar que la conducta que infringe el bien jurídico tutelado es "realizar actos con fines sexuales", lo que, por definición, comprende toda acción relacionada con el "sexo", circunstancia que no se limita -ni excluye- al contacto corporal entre víctima e imputado. En este caso, la plataforma fáctica planteada en la acusación, señaló lo siguiente: "(...) De inmediato el acusado aprovechando que la menor ofendida [Nombre 002]. se encontraba en la parte delantera del vehículo, privada de su libertad ambulatoria y en completo estado de indefensión, procedió a sacar su pene y a masturbarse frente a ella y le indicó que se dejara tocar por él, situación que no fue permitida por la ofendida, quien al ver que el acusado la iba a tocar procedió a tirarle el bulto que portaba y de inmediato abrió la puerta del vehículo y se bajó del mismo (...)" (cfr. folio 120). De acuerdo con esta descripción fáctica, no resulta insuficiente la pieza acusatoria para someter al justiciable a un contradictorio donde se discuta la existencia de un delito consumado de abuso sexual contra persona menor de edad, pues deberá discutirse nuevamente si así ocurrió o no, el hecho endilgado al aquí imputado, precisamente, por todas las acciones desplegadas por él, según el planteamiento del Ministerio Público. Por lo expuesto, se declara con lugar el motivo, y tal y como se estableció al resolver el primer reclamo, se anula la sentencia en su totalidad, y se ordena el reenvío de la causa ante el Tribunal Penal para que con integración diferente proceda a resolver lo que corresponda".

Integración: Edwin Esteban Jiménez González; Ingrid Estrada Venegas; y Ana Isabel Solís Zamora.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

ABUSO SEXUAL NO SE RESTRINGE A UNA PARTE DEL CUERPO

N°2020-707 de las once horas ocho minutos del veintisiete de noviembre dos mil veinte del **Tribunal de Apelación del Primer Circuito Judicial de Cartago**:

"III-[...] De previo a puntualizar por qué en este asunto se incurre en un vicio de falta de fundamentación, por ser esta insuficiente, conviene destacar que (contrario a lo que parece entender la apelante) el abuso sexual no se restringe, cuando se comete mediante tocamientos, a que estos se realicen en zonas genitales o paragenitales del cuerpo humano. Bien pueden cometerse al tocar el rostro, los brazos, las manos, los hombros, el cuello, la espalda o las piernas, por ejemplo. La conducta típica básica consiste en realizar, de forma abusiva, actos con fines sexuales contra la persona menor de edad (artículo 161 del Código Penal) y es en relación con la finalidad de los tocamientos constatados en este caso, que se aprecia el yerro del Tribunal de Juicio".

Integración: David Fallas Redondo; Karen Valverde Chaves; y Christian Fernández Mora.

N°2019-5 de las diez horas cincuenta minutos, del once de enero de dos mil diecinueve del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José**:

"II.- [...] En otro orden de ideas, el recurrente cuestiona que los hechos demostrados no son lo suficientemente descriptivos para establecer que, el tocamiento de las piernas y muslos de la ofendida es típico del delito de abuso sexual contra persona menor de edad. Esta Cámara de Apelación no comparte sus cuestionamientos porque del examen de la sentencia, se extrae con meridiana claridad que, los dos eventos demostrados sí se ajustan a las previsiones típicas del ordinal 161 del Código Penal, el cual sanciona 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". Aprecia éste Tribunal que existe un yerro en el planteamiento de la parte al pretender que la conducta acusada requiera del tocamiento de una parte íntima o privada de las víctimas, siendo esa una tesis incorrecta porque el tipo penal no prevé que deba tocarse una determinada parte del cuerpo de la ofendida, soslayándose que, el tipo solamente exige que el acto abusivo se realice con fines sexuales, eróticos o libidinosos, los cuales deben ser determinados de forma casuística pero, bajo ninguna circunstancia prevé que se realicen sobre determinada parte del cuerpo. De hecho, el autor Carlos Creus, sobre ese particular señaló lo siguiente: "no siempre el significado sexual de la aproximación depende del lugar del cuerpo del sujeto pasivo al que el autor accede con sus sentidos, sino que puede ser cualquiera cuando es aquél quien le otorga el significado sexual por la parte de su cuerpo que aproxima al de la víctima (p.ej., acercamiento del miembro viril a los pies de ella), o porque subjetivamente se lo da (p.ej., pasar la mano por el cuello de la víctima)" (Creus, Carlos. Derecho Penal, Parte Especial, t. I, 6a ed. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2006, p. 211)".

Integración: Alejandra Valenciano Chinchilla; Maribel Bustillo Piedra; y Elizabeth Montero Mena.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

ROZAMIENTOS PUEDEN CONSTITUIR ABUSOS SEXUALES

N°2020-861 de las catorce horas quince minutos del once de setiembre de dos mil veinte del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Tercer Circuito Judicial:**

"I. [...]Pues bien, la Real Academia Española de la Lengua define el verbo "rozar" como: "Dicho de una cosa: Pasar tocando y oprimiendo ligeramente la superficie de otra o acercándose mucho a ella". Entonces, rozar y tocar no constituyen acciones distintas y excluyentes entre sí, como parece interpretar quien recurre."

Integración: José Alberto Rojas Chacón; Francisco Lemus Víquez; y Adriana Escalante Moncada.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

USO DEL TÉRMINO "ACTOS" PUEDE CONTENER UN CONJUNTO DE ACCIONES FÍSICAS QUE SUCEDEN EN UN MISMO MOMENTO SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD

N°2018-428 de las catorce horas veinticinco minutos, del seis de abril de dos mil dieciocho del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José:**

"II.- [...] El artículo 161 del Código Penal establece, en lo conducente: "Será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años, quien, de manera abusiva, realice actos con fines sexuales contra una persona menor de edad o incapaz o la obligue a realizarlos al agente, a sí misma o a otra persona, siempre que no constituya delito de violación" (Lo destacado en negrita es nuestro). Como se desprende de dicho texto normativo, el núcleo de la acción típica es "realizar actos con fines sexuales". El uso de "actos" en plural puede contener un conjunto de acciones físicas que suceden en un mismo momento, como ocurre en el presente caso, en que la multiplicidad de acciones abusivas se dieron en un momento, sin solución de continuidad, y lo único que naturalmente los separó, fue el cambio de la menor ofendida de un sillón a otro, a donde era seguida por el encausado sin interrupción. Véase que tanto la acusación como los hechos probados hablan de una única acción: el imputado [Nombre 001] realizó de manera abusiva actos con fines sexuales en contra de la menor de 13 años de edad [Nombre 002]. ya que primeramente se le acercó por detrás de ella, le tocó los hombros por encima de la ropa y le dio besos en la nuca a la menor, seguidamente, ella se cambia de lugar en la sala de la casa y el imputado la sigue y le tocó los pechos por encima de la ropa, una vez más la menor agraviada se cambió de lugar y el acusado no contento con su actuar la sigue y toma a la menor ofendida de la cabeza por detrás de las orejas e intenta a darle un beso, sin embargo, la menor evade el beso y seguidamente el acusado [Nombre 001] le dice: "Ay [Nombre 002], tranquila" y se retira del lugar" (lo destacado en negrita es nuestro) . La separación de actos la hicieron los juzgadores partiendo del supuesto de que las acciones desarrolladas en cada uno de los asientos, constituye un delito de abuso sexual, cuando en realidad hay una única unidad de acción con una misma finalidad, y no varios. Véase cómo el tribunal escindió los hechos probados para tener dos delitos independientes, eliminando la parte en que la menor ofendida se pasó a un tercer sillón, donde el endilgado le tomó la cabeza e intentó besarla en la boca, exclusión que no justificó, limitándose a expresar lacónicamente que no era sancionable. Ello por cuanto cercenó el iter criminis del delito de abusos sexuales contra persona menor de edad, para seccionarlo en dos acciones, dejando por fuera un segmento que formaba parte de lo que es una misma acción lasciva, continua y sin solución de continuidad (el intento de darle un beso). Distinto sería si hubiese una ruptura causal, en cuyo caso sí habría más de un abuso sexual; pero si en un mismo episodio como en el que nos ocupa, estando la menor ofendida en la sala de la casa, el imputado le dio besos en el cuello y le tocó el hombro, por lo que esta se movió de lugar, seguida por el acusado quien procedió a tocarle los pechos, todo ello en forma continua e ininterrumpida, siempre en el mismo lugar, no se observa cómo puede hablarse de acciones independientes, solo porque se trata de tocamientos en diversas partes del cuerpo de la agraviada, y en distintos sillones dentro del mismo recinto, cuando en realidad tienen conexión una con otra, sin que el primer tramo por sí mismo signifique una finalidad lasciva autónoma, aparte del tocamiento de los pechos".

Integración: Rosa María Acón Ng; Kathya Jiménez Fernández; y Raúl Madrigal Lizano.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

INTRODUCCIÓN DE LENGUA EN ANO O VAGINA CONSTITUYE UN ABUSO SEXUAL

N°2016-575 de las nueve horas treinta y cinco minutos del diez de junio del dos mil dieciséis de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:**

III.-[...] Efectivamente, de la lectura del numeral 156 citado, y en atención al principio de legalidad, no se puede extraer que la introducción de la lengua en la vagina resulte un delito de violación, en el tanto la lengua no califica como “objeto” ni está estipulada específicamente en la norma como violación, la introducción de la misma en la cavidad vaginal o anal. Es así como, ante esta omisión del legislador, no es factible penalizar dicha conducta bajo los criterios del artículo 156 [...] Si bien el artículo 156 del Código Penal costarricense, es más amplio que el equivalente español, pues nuestros legisladores incluyeron, en la ley de 1999, la introducción de “uno o varios dedos”, además de la de “objetos” (sumándole “animales” en 2007), es lo cierto que una lectura de la norma acorde con el principio de interpretación restrictiva que rige por imperativo legal, no da lugar a estimar que con el término “objetos”, el legislador haya querido incluir no sólo los cuerpos sólidos inanimados, sino también otras partes del cuerpo, distintas de los dedos, que sí se estipulan expresamente en el mencionado artículo 156 del Código Penal. A ello debe agregarse, que la diferenciación misma de las categorías “dedos” (parte del cuerpo humano), “objetos” (cuerpos inanimados) y “animales” (otros seres animados), da a entender que se trata de categorías diversas, de modo que los dedos son la única parte del cuerpo cuya introducción se sanciona como violación, y mal haría el operador del derecho en interpretar ampliativamente la palabra “objeto”, para incluir en él otras partes del cuerpo no previstas en el tipo”.

Integración: Carlos Chinchilla Sandí; Jesús Alberto Ramírez Quirós; José Manuel Arroyo Gutiérrez; Celso Gamboa Sánchez; y Doris Arias Madrigal quien salva el voto.

N°2018-1065 de las trece horas cuarenta y cinco minutos, del diez de agosto de dos mil dieciocho del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José:**

II.-[...] (A) Cuestiones previas. Antes de indicar las razones por las que resulta atendible el reclamo formulado, deben decirse que, esta Cámara encuentra un problema en el uso del lenguaje por parte de los jueces. Cuando se dice que el imputado “lame la vagina” de la ofendida, por la descripción que hace la agraviada de este acontecimiento, debe entenderse que, en realidad, donde el encausado ejecutó dicha acción fue en la vulva de la víctima, pues la vagina es, según el Diccionario de la Real Academia Española, un “conducto muscular y membranoso de las hembras de los mamíferos que se extiende desde la vulva hasta la matriz” (<http://dle.rae.es/?id=bGEOgye>) la que, por su ubicación anatómica, tiene su acceso en la membrana conocida como himen (que se encuentra, en la línea de unión vulvovaginal). Aunado a lo anterior, vale la pena recordarle al Tribunal de instancia que la introducción de la lengua en las cavidades del cuerpo no configura el delito de violación. Al respecto, ya se ha pronunciado, en diferentes momentos, la jurisprudencia nacional, al indicar: “El segundo tema propuesto, se dirige a efectuar un análisis de las conductas que nuestro legislador tipificó, como constitutivas del delito de violación. Hasta el año 1999, la previsión legal de dicho ilícito, disponía que los autores podían ser únicamente del sexo masculino. Ello es así, porque la redacción de la norma existente antes de la reforma que entró en vigencia el 17 de agosto de 1999 (Ley 7899 de 3 de agosto de 1999), sancionaba como responsable de cometer violación, a “...quien tenga acceso carnal con una persona de uno u otro sexo...”. El concepto de acceso carnal, se entiende como: “...la penetración del órgano genital masculino en orificio natural de la persona...” (FONTÁN BALESTRA, (Carlos): Derecho Penal, Parte Especial, 15ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 207; el resaltado es suplido). De acuerdo con la posición doctrinal acogida por la jurisprudencia patria, la cavidad oral sí se halla comprendida dentro del concepto de orificio natural de una

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

persona. En este mismo sentido, Fontán Balestra señala que la figura, en su acepción tradicional, comprende "...toda actividad directa de la libido...en la que exista una penetración del órgano genital del actor, que puede representar el coito o una forma equivalente a éste..." (Op. Cit., p. 208; el subrayado no corresponde al original). Con la reforma al mencionado numeral 156, ocurrida en el año 1999, el concepto de violación se amplió, al comprender tanto a quien accede carnalmente, como a quien "...se haga acceder...por vía oral, anal, o vaginal, con una persona de cualquier sexo...". A partir de entonces, una mujer podía ser autora de violación en su acepción de "acceso carnal", al obligar al sujeto pasivo a accederla. Pero la reforma ocurrida con la ley número 7899 de 3 de agosto de 1999, introdujo una nueva modalidad de violación, que trascendiendo el tradicional "acceso carnal", incluía la acción consistente en "...introducir, por vía vaginal o anal uno o varios dedos u objetos...", lo que posteriormente se amplió (mediante ley 8590 de 17 de agosto de 2007), a la acción de introducirle a la víctima "...uno o varios dedos, objetos o animales, por la vía vaginal o anal..." u "...obligarla a que se los introduzca ella misma...". Sobre los alcances de la reforma efectuada en el año 1999, se comentó que: "...lo que otrora se consideran como actos constitutivos de abusos deshonestos, ahora se califican como violación: tales son los supuestos de obligar a otro a realizar sexo oral, y la introducción de objetos o dedos en la vagina o en el ano. Problemática es la definición del término "objeto". Las referencias científicas más próximas las encontramos en el sistema español. En ese país los autores han precisado que sólo puede ser considerado como objeto aquella cosa que represente y sustituya al pene en sus funciones invasivas y de penetración. No entrarían en la acepción gases, líquidos, ni "cosas pequeñas" (botones, por ejemplo). Sí integran el concepto, la introducción de frutas, verduras, lapiceros, trozos de árbol o de escobas, clavos y aún la penetración mediante el miembro de un animal. La distinción que se realiza en el tipo entre "objeto" y "dedos" patentiza la intención de discernir entre cosas inanimadas e "instrumentos corpóreos". Dentro de estos últimos expresamente se alude a los dedos, dejando por fuera de la regulación introducir la lengua en la vagina, el ano o la boca. Tales acciones no quedan impunes, pues pueden perseguirse a través del delito de abusos sexuales (art. 161 CP). Esta última precisión es la adecuada a la exigencia de taxatividad, pues es prohibido interpretar análoga o extensivamente el tipo penal en contra del reo (arts. 1 y 2 CP), y aún desde el punto de vista de la proporcionalidad es coherente, pues aún cuando implican un serio vejamen, el contenido injusto de las acciones no es equiparable entre sí..." (Rodríguez Campos, Alexander: "Más ley, menos derecho: comentarios sobre la Ley contra la Explotación Sexual en Personas Menores de Edad", en: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Año 13, número 19, agosto 2001, pp. 86-87). Precisamente sobre el término "objetos" dentro de la previsión legal del tipo bajo análisis, indican Orts Berenguer y Suárez-Mira: "...En este supuesto de violación se castiga la introducción de algún objeto en la vagina o en el ano del sujeto pasivo, quedando excluida la que afecta a la boca. Por objeto debe entenderse todo cuerpo sólido que por su tamaño y forma idónea resulte apto para la introducción en dichas vías, en cierto modo como un sustitutivo del órgano genital masculino, y que además sea adecuado para dar algún significado sexual al hecho de su introducción..." (ORTS BERENGUER, (Enrique) y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (Carlos): Los Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 99). De especial relevancia para el tema que nos ocupa, es la cita al pie de página que hacen dichos autores sobre la precisión del término objetos incluido dentro de la segunda modalidad de configuración del ilícito: "...quedan excluidos los cuerpos en estado líquido o gaseoso... y partes del cuerpo humano, en el tanto lo sean. En el mismo sentido, Zugaldía señala que parece preferible una interpretación restringida que excluya a órganos como la lengua, o a miembros o extremidades como los dedos, y se circunscriba a supuestos en que el autor utilice instrumentos peligrosos para la integridad física de la persona agredida sexualmente..." (Op. Cit. nota al pie número 193, p. 99). Si bien el artículo 156 del Código Penal costarricense, es más amplio que el equivalente español, pues nuestros legisladores incluyeron, en la ley de 1999, la introducción de "uno o varios dedos", además de la de "objetos" (sumándole "animales" en 2007), es lo cierto que una lectura de la norma acorde con el principio de interpretación restrictiva que rige por imperativo legal, no da lugar a estimar que con el término "objetos", el legislador haya querido incluir no sólo los cuerpos sólidos inanimados, sino también otras partes del cuerpo, distintas de los dedos, que sí se estipulan expresamente en el mencionado artículo 156 del Código Penal. A ello debe agregarse, que la diferenciación misma de las categorías "dedos" (parte del cuerpo humano), "objetos" (cuerpos inanimados) y "animales" (otros seres animados), da a entender que se trata de categorías diversas, de modo que los dedos son la única parte del cuerpo cuya introducción se sanciona como violación, y mal haría el operador del derecho en interpretar ampliamente la palabra "objeto", para incluir en él otras partes del cuerpo no previstas en el tipo. A la inteligencia de "objeto" como cuerpo inanimado, abona también el hecho de que en la reforma posterior (2007), se haya incluido la introducción de "animales" (seres vivos), para distinguirlos de los cuerpos sólidos inanimados (objetos). (...) En el orden de consideraciones antes expuestas, es claro que la introducción de la lengua en la vagina de la menor, no puede

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

incluirse en el concepto de "acceso carnal", pues este implica, necesariamente, que exista penetración del miembro viril del sujeto activo en el ano, boca o vagina de la víctima, o bien que el sujeto activo se haga penetrar, con el miembro viril del ofendido, en dichas cavidades".

Integración: Ana Isabel Solís Zamora; Rosaura Chinchilla Calderón; y Rodrigo Obando Santamaría.

N°2016-871 de las quince horas cinco minutos, del dieciséis de junio de dos mil dieciséis del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José:**

"IV. [...] Ahora bien, en el sub-exámine, el Tribunal de Juicio establece: " (...) iii. En tercer lugar, el endilgado [Nombre 054] procedió a lamer e introducir su lengua en el ano del ofendido [Nombre 049] (accedió carnalmente por la vía anal) (...)" . Por otra parte; en lo que sí lleva razón el impugnante es que, en el caso concreto el tribunal de sentencia estableció que, a través de la acción de introducir la lengua en el ano, el imputado accedió carnalmente al ofendido; empero, tal conclusión no puede ser avalada por esta Cámara; el hecho especificado como: " (...) iii. En tercer lugar, el endilgado [Nombre 054] procedió a lamer e introducir su lengua en el ano del ofendido [Nombre 049] (accedió carnalmente por la vía anal) (...)", no configura un delito de Violación, sino que lo que se evidencia es un delito de abuso sexual conforme lo dispuesto por el numeral 161 del Código Procesal Penal. Tal y como lo ha resuelto la jurisprudencia nacional: "...lo que otrora se consideran como actos constitutivos de abusos deshonestos, ahora se califican como violación: tales son los supuestos de obligar a otro a realizar sexo oral, y la introducción de objetos o dedos en la vagina o en el ano. Problemática es la definición término "objeto". Las referencias científicas más próximas las encontramos en el sistema español. En ese país los autores han precisado que sólo puede ser considerado objeto aquella cosa que represente y sustituya al pene en sus funciones invasivas y de penetración. No entrarían en la acepción gases, líquidos, ni "cosas pequeñas" (botones, por ejemplo). Sí integran el concepto, la introducción de frutas, verduras, lapiceros, trozos de árbol o de escobas, clavos y aún la penetración mediante el miembro de un animal. La distinción que se realiza en el tipo entre "objeto" y "dedos" patentiza la intención de discernir entre cosas inanimadas e "instrumentos corpóreos". Dentro de estos últimos expresamente se alude a los dedos, dejando por fuera de la regulación introducir la lengua en la vagina, el ano o la boca. Tales acciones no quedan impunes, pues pueden perseguirse a través delito de abusos sexuales (art. 161 CP). Esta última precisión es la adecuada a la exigencia de taxatividad, pues es prohibido interpretar análoga o extensivamente el tipo penal en contra del reo (arts. 1 y 2 CP), y aún desde el punto de vista de la proporcionalidad es coherente, pues aún cuando implican un serio vejamen, el contenido injusto de las acciones no es equiparable entre sí..." (Rodríguez Campos, Alexander: "Más ley, menos derecho: comentarios sobre la Ley contra la Explotación Sexual en Personas Menores de Edad", en: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Año 13, número 19, agosto 2001, pp. 86-87). Precisamente sobre el término "objetos" dentro de la previsión legal del tipo bajo análisis, indican Orts Berenguer y Suárez-Mira: "...En este supuesto de violación se castiga la introducción de algún objeto en la vagina o en el ano del sujeto pasivo, quedando excluida la que afecta a la boca. Por objeto debe entenderse todo cuerpo sólido que por su tamaño y forma idónea resulte apto para la introducción en dichas vías, en cierto modo como un sustitutivo del órgano genital masculino, y que además sea adecuado para dar algún significado sexual al hecho de su introducción..." (ORTS BERENGUER, (Enrique) y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (Carlos): Los Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 99). De especial relevancia para el tema que nos ocupa, es la cita al pie de página que hacen dichos autores sobre la precisión del término objetos incluido dentro de la segunda modalidad de configuración del ilícito: "...quedan excluidos los cuerpos en estado líquido o gaseoso... y partes del cuerpo humano, en el tanto lo sean. En el mismo sentido, Zugaldía señala que parece preferible una interpretación restringida que excluya a órganos como la lengua, o a miembros o extremidades como los dedos, y se circunscriba a supuestos en que el autor utilice instrumentos peligrosos para la integridad física de la persona agredida sexualmente..." (Op. Cit, nota al pie número 193, p. 99). Si bien el artículo 156 del Código Penal costarricense, es más amplio que el equivalente español, pues nuestros legisladores incluyeron, en la ley de 1999, la introducción de "uno o varios dedos", además de la de "objetos" (sumándole "animales" en 2007), es lo cierto que una lectura de la norma acorde con el principio de interpretación restrictiva que rige por imperativo legal, no da lugar a estimar que con el término "objetos", el

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

legislador haya querido incluir no sólo los cuerpos sólidos inanimados, sino también otras partes del cuerpo, distintas de los dedos, que sí se estipulan expresamente en el mencionado artículo 156 del Código Penal. A ello debe agregarse, que la diferenciación misma de las categorías “dedos” (parte del cuerpo humano), “objetos” (cuerpos inanimados) y “animales” (otros seres animados), da a entender que se trata de categorías diversas, de modo que los dedos son la única parte del cuerpo cuya introducción se sanciona como violación, y mal haría el operador del derecho en interpretar ampliativamente la palabra “objeto”, para incluir en él otras partes del cuerpo no previstas en el tipo. A la inteligencia de “objeto” cuerpo inanimado, abona también el hecho de que en la reforma posterior (2007), se haya incluido la introducción de “animales” (seres vivos), para distinguirlos de los cuerpos sólidos inanimados (objetos). (...). En el orden de consideraciones antes expuestas, es claro que la introducción de la lengua en la vagina de la menor, no puede incluirse en el concepto de “acceso carnal”, pues este implica, necesariamente, que exista penetración del miembro viril del sujeto activo en el ano, boca o vagina de la víctima, o bien que el sujeto activo se haga penetrar, con el miembro viril del ofendido, en dichas cavidades. Por ello es desatinada la afirmación que se hace en sentencia, de que al introducir la lengua en la vagina de la menor, RC. logró tener “acceso carnal oral” (...). El resaltado es nuestro. Resolución: 2015-00472, SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las ocho horas y cincuenta y un minutos del ocho de abril del dos mil quince. Tal y como se deduce de la resolución que antecede, el hecho acreditado: “ (...) iii. En tercer lugar, el indilgado [Nombre 054] procedió a lamer e introducir su lengua en el ano del ofendido [Nombre 049] (accedió carnalmente por la vía anal) (...)”, no puede ser configurativo de un delito de Violación, porque: 1) no puede encuadrarse en la previsión de acceso carnal; 2) no es posible interpretar que la lengua constituye un “objeto”, porque ello implicaría una interpretación ampliativa del tipo penal, y el ordenamiento jurídico costarricense no permite hacer ese tipo de ponderación, por tanto se recalifica el hecho a un delito de Abuso Sexual contra persona menor de edad”.

Integración: Elizabeth Montero Mena; Roy Antonio Badilla Rojas; y Giovanni Mena Artavia.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

INNECESARIO QUE LA CONDUCTA SEA REITERADA EN EL TIEMPO

N°2015-184 de las nueve horas del veintiséis de marzo de dos mil quince del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela:

“V.[...] Comparte esta Cámara el criterio vertido por las juezas, en el sentido de que al ser cuestionado -se agrega aquí, innecesariamente- al respecto durante el debate, el menor indicara que para la fecha de los hechos él se masturbaba, tal circunstancia de ningún modo incide en la efectiva agresión de índole sexual que le causó el encartado. El ciclo natural humano de descubrimiento de la propia sexualidad, independientemente de la forma en que opere, no es susceptible de ser comparada con la intromisión abusiva de un tercero en ese campo, -en este caso un adulto- ejecutando actos de índole sexual en frente de la víctima e incluso pidiéndole que participara en esas acciones sexuales, con el evidente fin de obtener una ganancia libidinosa para el agresor. La concepción sobre el carácter de corrupto de la víctima que pudiera influir en la tipicidad de la conducta -sobre lo que además no existe ninguna prueba en este caso-, es un concepto abandonado por nuestra legislación sustantiva desde finales del siglo pasado, abriendo paso a una política de persecución criminal enfocada en el peligro abstracto de la conducta prohibida en el delito de corrupción agravada y la necesidad de proteger al sector etario de los menores de edad, así como a las personas incapaces, de conductas sexuales abusivas de parte de terceros, que pudieran traer perjuicios al normal desarrollo sexual y emocional de esa población. Tampoco resulta una exigencia que los actos abusivos de índole sexual fueran reiterados o persistentes en el tiempo, puesto que tal y como lo razonaron las juzgadoras, nada impide que un solo acto de esa naturaleza logre el fin propuesto por el autor del ilícito, que es corromper el sano desarrollo sexual de la víctima”.

Integración: Yadira Godínez Segura; Annia Enríquez Chavarría; y Mayid González González.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

ACCESO VESTIBULAR

Nota del compilador: Existen dos posiciones jurisprudenciales sobre esta cuestión. El Ministerio Público y -hasta el momento- la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia- sostiene el criterio mayoritario que se trata una violación. Algunos Tribunales de Apelación de Sentencia Penal se adhieren al criterio minoritario que califica esta conducta como un delito de abusos sexuales.

POSICIÓN MAYORITARIA: VIOLACIÓN

N°2021-787 de las diez horas cuarenta y dos minutos del dieciséis de julio de dos mil veintiuno de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:**

“III.-[...] Se reitera el criterio unificador de esta Sala en el sentido de que, cuando se constata la ocurrencia de una penetración vestibular o vulvar, se violenta la libertad sexual de la persona ofendida, configurándose el acceso carnal como elemento normativo del tipo penal de violación, previsto y sancionado en el artículo 156 del Código Penal”.

Integración: Patricia Solano Castro; Jesús Alberto Ramírez Quirós; Álvaro Burgos Mata; William Serrano Baby (Mag. Suplente) y Sandra Eugenia Zúñiga Morales quien salva el voto.

N°2015-1581 de las nueve horas y dieciséis minutos del diez de diciembre del dos mil quince de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:**

II.-[...] Por su parte, el sector jurisprudencial que se opone a la anterior interpretación, sí avala la configuración de un delito de violación, aún cuando el acceso carnal, vía vaginal, sea parcial, siendo este criterio el que debe prevalecer. Esta Sala ya ha definido el punto, en el sentido de que la penetración vestibular o vulvar, sí afecta la intimidad de la mujer, infringiendo el tipo penal de violación, admitiéndose de esa manera, la posibilidad de que dicho delito se consume, mediante un acceso carnal parcial (no necesariamente íntegro) y sin ruptura del himen, indicándose que: “...la introducción puede acontecer entre los labios vaginales (repliegues cutáneos de la vulva) hasta el himen, sin afectación de éste último. Ciertamente, el desgarramiento del himen, en algunos supuestos de castidad sexual genital, constituye un signo anatómico demostrativo de la efectiva penetración en la cavidad vaginal, máxime cuando el artículo 156 del Código Penal prevé como conducta típica el “acceso carnal “. Sin embargo, la introducción incompleta de algún objeto en la zona vaginal, sin afectación del himen, no impide calificarla como violación.”(En ese sentido, resolución N° 321-2007, de las 11:18 horas del 28 de marzo de 2007)” [...]. “Se reitera el criterio que ya ha sido unificado por esta Sala, en el sentido de que cuando se constate el acceso o penetración vestibular, sí se vulnera el principio de libertad sexual, contenido en el artículo 156 del Código Penal, con respecto a la existencia del delito de violación”

Integración: Carlos Chinchilla Sandí; Jesús Alberto Ramírez Quirós; José Manuel Arroyo Gutiérrez; Doris Arias Madrigal; y Maria Elena Gómez Cortés (Mag. suplente).

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

En sentido idéntico: N°2015-1531 de las nueve horas y cuarenta minutos del veintisiete de noviembre del dos mil quince de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (Integración: Carlos Chinchilla Sandí; Jesús Alberto Ramírez Quirós; José Manuel Arroyo Gutiérrez; Doris Arias Madrigal; y Jorge Enrique Desanti Henderson (Mag. suplente)); N°2017-1121** de las once horas y nueve minutos del veintidós de diciembre del dos mil diecisiete de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (Integración: Jesús Alberto Ramírez Quirós; Rosibel López Madrigal (Mag. Suplente); Maria Elena Gómez Cortés (Mag. suplente); Ronald Cortés Coto (Mag. Suplente); y Rafael Segura Bonilla (Mag. suplente)); N°2016-833** de las once horas veinte minutos del diez de octubre de dos mil dieciséis del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela (Integración: José Alberto Rojas Chacón. David Fallas Redondo. Eduardo Rojas Sáenz).**

POSICIÓN MINORITARIA: ABUSOS SEXUALES

N°2020-808 de las quince horas cuatro minutos del veintiocho de agosto de dos mil veinte del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela:**

"IV. [...] En consecuencia, de ser cierta la falta de tipicidad alegada por el recurrente, en el sentido de que fue objeto de una errónea calificación del delito en evidente perjuicio suyo, estaría en presencia de una violación al derecho de debido proceso del imputado" (Sala Constitucional resolución número 6660 de la 9:33 horas del 17 de diciembre de 1993). Este repaso por los preceptos constitucionales, legales y por las antecedentes jurisprudenciales en torno a los principios que rigen la aplicación y la interpretación de la Ley Penal, es necesario a fin de explicar, por qué, en este caso, esta Cámara de Apelación de Sentencia, estima que se dio una interpretación extensiva del tipo penal contenido en el artículo 156 del Código Penal, en este caso concreto. Al efecto, este tipo penal indica: "Será sancionado con pena de prisión de diez a dieciséis años, quien se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, con una persona de uno u otro sexo, en los siguientes casos: 1) Cuando la víctima sea menor de trece años. 2) Cuando se aproveche de la vulnerabilidad de la víctima o esta se encuentre incapacitada para resistir. 3) Cuando se use la violencia corporal o intimidación. La misma pena se impondrá si la acción consiste en introducirle a la víctima uno o varios dedos, objetos o animales, por la vía vaginal o anal, o en obligarla a que se los introduzca ella misma" (el resaltado es suplido). Es necesario destacar que el último párrafo de este tipo penal fue adicionado mediante ley número 7899 del 17 de agosto de 1999. Es decir, mediante reforma legislativa se ampliaron los presupuestos de hecho para el acceso carnal descrito en el primer párrafo del artículo 156 en comentario. Este dato es relevante, ya que el último párrafo no puede ser interpretado de forma aislada, sino que este está inmerso en una norma, en la cual el primer párrafo establece la acción que el juzgador tipificó como ilícita, a saber, quien se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal. El diccionario de la Real Academia Española, en el diccionario de español jurídico define el acceso carnal como la introducción en vagina, ano, o boca, del órgano sexual masculino, de miembros corporales u objetos. Por su parte, Raúl Goldstein, explica que hay acceso carnal cuando el órgano genital masculino penetra en el cuerpo de la víctima (Goldstein Raúl. Diccionario de Derecho Penal y Criminología. Editorial Astrea, Buenos Aires, segunda edición, página 20). De igual manera, el tratadista Francisco Muñoz Conde, al comentar el delito de violación indica que el acceso carnal consiste en una penetración vaginal, anal o bucal (en tal sentido consultar Muñoz Conde Francisco. Derecho Penal. Parte Especial. Valencia. Editorial Tirant lo blanch, 2002, página. 210). En síntesis, se puede concluir que el acceso carnal conlleva la introducción del órgano masculino o de un miembro corporal, en la cavidad anal, vaginal u bucal de la víctima. En este orden de ideas, se puede afirmar que cuando el legislador adicionó el último párrafo al artículo 156 del Código

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

Penal, lo hizo para tipificar como constitutiva del delito de violación, aquellas acciones que conllevan un acceso carnal utilizando para ello, los dedos u otro tipo de objetos o instrumentos, y de ahí la razón de ser que se incluyera ese párrafo en este tipo penal. Por ello, se puede afirmar que, el último párrafo del artículo en comentario retoma la noción de acceso carnal, cuando indica que también serán configurativas de esta conducta, las acciones de introducirle a la víctima uno o varios dedos, objetos o animales, por la vía vaginal o anal, o en obligarla a que se los introduzca ella misma. A partir de esta precisión, es que este Tribunal de Apelación de Sentencia, estima que, en este caso, en el que quedó plenamente descartado un acceso carnal, debido a que no existió una penetración del dedo del imputado en la cavidad vaginal de la ofendida, sino que lo que ejecutó el imputado fue tocarle el órgano externo femenino de la víctima, constituido por la vulva, que comprende entre otras estructuras, los labios mayores y menores, es que se estima que la acción no es configurativa de la descripción normativa del delito de violación, sino del delito de abuso sexual agravado previsto en el artículo 161 del Código Penal, que sanciona a quien de manera abusiva realice actos con fines sexuales contra una persona menor de edad, o incapaz. Asimismo, dicha delincuencia se agrava debido a la edad de la víctima. Sobre este tópico, este Tribunal de Apelación de Sentencia conoce la postura jurisprudencial de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (con la anterior conformación), expresada en las resoluciones números 1531-2015, 1581-2015 y 1121-2017, en la que se indica que el acceso vestibular o coito vulvar también configura el delito de violación. No obstante, esta Cámara de Apelación no comparte aquella línea de pensamiento, en tanto estima que mantener esa postura implicaría realizar una interpretación extensiva del tipo penal, lo cual está prohibido en nuestro ordenamiento jurídico, según lo dispone expresamente el artículo 2 del Código Procesal Penal y el artículo 2 del Código Penal. Además, se vulneraría el debido proceso, pues se da al concepto de acceso carnal, un alcance que va más allá del establecido en el tipo penal de violación. Se estima que, en casos como el presente, en los que se descartó por completo un acceso carnal en el conducto vaginal de la ofendida, y que, por el contrario, lo que se tuvo por demostrado fue un tocamiento de la vulva de la víctima, ejecutada por el imputado con uno de sus dedos, esa acción es típica de la conducta prevista en el artículo 161 del Código Penal, y no del delito de violación del artículo 156 de ese cuerpo normativo. Como se ha explicado a lo largo de este fallo, a criterio de estas personas juzgadoras de alzada, la acción descrita en el último párrafo del artículo 156 del Código Penal, conlleva necesariamente la acción de introducir un dedo en la cavidad vaginal de la víctima, y ese hecho no se tuvo por demostrado en este caso. La postura aquí expresa respeta los principios de legalidad, y de tipicidad penal. Adicionalmente, esta interpretación no despenaliza la conducta ejecutada por el imputado, ya que la misma encuadraría en otro tipo penal (artículo 161)".

35

Integración: José Alberto Rojas Chacón; Francisco Lemus Víquez; y Adriana Escalante Moncada.

En sentido idéntico: N°2020-560 de las diez horas quince minutos del veintinueve de junio de dos mil veinte del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela** (Integración: Adriana Escalante Moncada; José Asdrúbal Quirós Pereira; y Francisco Lemus Víquez); y N°2020-808 de las quince horas cuatro minutos del veintiocho de agosto de dos mil veinte del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Tercer Circuito Judicial** (Integración: José Alberto Rojas Chacón; Francisco Lemus Víquez; y Adriana Escalante Moncada).

N°2019-179 de las quince horas del doce de abril de dos mil diecinueve del **Tribunal de Apelación del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste:**

"III.- [...] En este sentido, debe hacerse ver que, en relación con los requerimientos del tipo penal del delito de violación, ha de advertirse que para la fecha en que se estableció que ocurrieron los hechos delictivos atribuidos en la presente causa (año 2017) la redacción vigente del artículo 156 del Código Penal (ya reformado por Ley 8590 en el año 2007) establecía como requisito de tipicidad, en lo que interesa a este caso, el acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, que podía efectuarse mediante la introducción del pene, objetos, animales o dedos. Luego entonces, para poder afirmar que, como se acusó en la especie, el imputado [Nombre 001] cometió el

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

delito de violación debía, consecuentemente, poder demostrarse que había conseguido realizar el acceso carnal por vía vaginal y además, debía haberse acusado la realización de esa acción específica. Sin embargo, como se ha visto en el considerando anterior, lo que el Ministerio Público atribuyó al imputado en su acusación y lo que la sentencia de instancia tuvo por probado (a folios 58 y 59) es que [Nombre 001] realizó tocamientos en los pechos de la ofendida y le introdujo su pene entre los labios vulvares (que incorrectamente denomina "labios vaginales") acción que constituye el denominado "coito vestibular" o "coito vulvar" pero que, como lo ha señalado con integración parcialmente distinta, esta misma Cámara de Apelación en sus antecedentes no comprende los presupuestos fácticos requeridos por el tipo objetivo del delito de violación. Así se ha dicho en la sentencia 2019-110 de las 13:55 horas del 11 de marzo, mediante voto de mayoría: "...Ahora bien, dejando de lado que a la luz de la literatura médico forense, los fundamentos del fallo de instancia son insuficientes para establecer como un hecho probado, la penetración vaginal; los juzgadores de instancia, aunque sin referencias concretas (ver registro audiovisual de la sentencia en el marcado 50:00) también se han pronunciado tomando partido por la tesis desarrollada hace algunos años en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal (a la que se hace alusión en el extracto citado supra) que propone que el mero rozamiento del pene, entre los labios vulvares, satisface los requerimientos del tipo penal y configura por ello, el delito de violación (ver en este sentido los votos de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia número 1997-1208 de las 10:00 horas del 7 de noviembre, 2007-321 de las 11:18 horas del 28 de marzo, 2010-282 de las 11:00 horas del 16 de abril, 2007-605 de las 16:50 horas del 31 de mayo y 2009-624 de las 15:09 horas del 29 de abril, así como también, en el mismo sentido, las resoluciones del Tribunal de Apelación de Sentencia del Segundo Circuito Judicial de San José número 2012-382 de las 16:20 horas del 16 de abril y del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago número 2012-88 de las 9:36 horas del 29 de febrero). Esa tesis, sin embargo, no es compartida por la mayoría de esta Cámara de Apelación de Sentencia, en tanto las postulaciones son argumentalmente deficientes desde su construcción analítica, pues no se representan algunos problemas elementales que parecen de obligatoria referencia, tales como la precisión del concepto "penetrar" o la implícita comprensión de la vulva como una cavidad o como una porción componente de la vagina. Si bien se entiende que en el lenguaje vulgar exista la fusión entre ambas estructuras (vulva y vagina) ello no las equipara anatómicamente. Para la literatura científica se encuentran bien diferenciados ambos tejidos, según se advierte de la revisión de los textos histológicos: "... La vagina es un tubo fibromuscular que comunica los órganos genitales internos con el medio externo. La vagina es una vaina fibromuscular extendida desde el cuello uterino hasta el vestíbulo vaginal, que es la región situada entre los labios menores. En las vírgenes, el orificio de entrada puede estar ocluido por el himen, que es un repliegue de la mucosa que se proyecta dentro de la luz vaginal. El himen o sus restos derivan de la membrana endodérmica que separaba la vagina en desarrollo de la cavidad del seno urogenital definitivo del embrión..." "...La vagina posee un epitelio estratificado plano no queratinizado y carece de glándulas. La superficie luminal está tapizada por epitelio estratificado plano no queratinizado cuya lubricación depende del moco producido por las glándulas cervicales. Las glándulas vestibulares mayores y menores ubicadas en la pared del vestíbulo vaginal producen más moco para lubricar ese órgano. En la pared de la vagina misma no hay glándulas... los genitales externos femeninos consisten en las siguientes partes, que en conjunto reciben el nombre de vulva y tienen un revestimiento de epitelio estratificado plano: Monte de Venus. El monte de Venus es una prominencia redondeada sobre la sínfisis pubiana que está formada por tejido adiposo subcutáneo. Labios mayores. Los labios mayores son dos pliegues cutáneos longitudinales grandes, homólogos del escroto, que se extienden desde el monte de Venus y forman los límites laterales de la hendidura urogenital. Contienen una capa delgada de músculo liso que se parece al dartos escrotal y una gran cantidad de tejido adiposo subcutáneo. La superficie externa, así como la del monte de Venus, está cubierta de vello pubiano. La superficie interna es lisa y carece de pelo. En ambas superficies hay glándulas sebáceas y sudoríparas ... Labios menores. Los labios menores son pliegues cutáneos pares, carentes de vello, que limitan el vestíbulo vaginal y son homólogos de la piel del pene. En las células profundas del epitelio hay gran cantidad de pigmento melanina. El centro conjuntivo de cada uno de esos pliegues carece de tejido adiposo pero tiene muchos vasos sanguíneos y fibras elásticas finas. En la estroma hay glándulas sebáceas grandes. Clítoris. El clítoris es una estructura eréctil homóloga del pene. Su cuerpo está compuesto por dos formaciones eréctiles pequeñas, los cuerpos cavernosos del clítoris, que terminan en un diminuto tubérculo redondeado de tejido eréctil llamado glande del clítoris. La piel que cubre el glande es muy fina y contiene terminaciones nerviosas sensitivas abundantes. Vestíbulo vaginal. El vestíbulo está revestido por epitelio estratificado plano. Sobre todo en las cercanías del clítoris y alrededor del meato urinario hay gran cantidad de glándulas mucosas pequeñas, llamadas glándulas vestibulares menores o glándulas de Skene. Las glándulas vestibulares mayores o glándulas de Bartholin...". (Ross, Michael H. y otros. Histología: Texto y Atlas Color. Médica Panamericana, 4

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

edición, 2006, p.p. 756-760. Se eliminaron los realces del original. Para más referencias desde la embriología puede consultarse Pedernera Astegiano. *Embriología en la Clínica: Casos Médicos*. Editorial Panamericana, 1 edición, 2006, p.p. 25-26 y para una descripción desde la anatomía consúltese Ellis, *Clinical Anatomy*, Blackwell Publishing Ltd, 11 edición, 2006, p.p. 136-139). Con mayor claridad sobre punto, en el medio nacional Vega ha hecho referencia al tema en cuestión, señalando de forma explícita que: "...Vulva. Es un área de forma ovalada, de disposición vertical, que esta (sic) limitada arriba por la comisura anterior, a ambos lados por los labios mayores, abajo por la comisura posterior y en su zona medial por los labios menores, el clítoris, el vestíbulo vaginal, el introito vaginal, el himen y la fosa navicular posterior. Nótese que la vulva no incluye la vagina ...". (Vega, Franz. *Fundamentos de Anatomía Genital y Estudio del Dictamen Médico Legal para la Correcta Comprensión de Pericias Forenses en Delitos Sexuales; Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales. Universidad de Costa Rica, número 5, marzo 2014, p.p. 663-664. El realce es suplido*). Teniendo esto claro, ha de acordarse que, aunque coloquialmente se equiparen ambas estructuras o bien en la comprensión común se confundan -como se advierte en la exposición de los juzgadores de instancia que hacen referencia, por ejemplo, a "los labios de la vagina" (ver registro audiovisual de la fundamentación analítica en el marcador 52:30)-, ello no autoriza en un plano de razonamiento jurídico, regido por el principio de legalidad (artículo 1 del Código Penal) y por reglas determinadas de interpretación (artículo 2 del Código Procesal Penal) a procurar en la semántica del término un concepto amplio asociado al vocablo vulva, si el técnico es más restrictivo, así como tampoco sería admisible procurar la analogía de un elemento normativo del tipo, para ampliar su ámbito de aplicación. Por otra parte, aún aceptando, sólo hipotéticamente, que la vulva es parte de la estructura de la vagina, el rozamiento del pene, objetos, animales o dedos entre los genitales externos, no es equivalente a una penetración, pues por definición léxica (ver en <https://dle.rae.es/?w=penetrar>) ello supone introducción en una estructura o pasar a través de ella (internamente) lo que excluye la fricción o el contacto superficial. Como acertadamente lo señala Vega, a diferencia de la vagina, la vulva no es una cavidad, por lo que no puede ser penetrada: "...Debe comprenderse que el concepto de coito vulvar no implica penetración vaginal. La penetración debe ser necesariamente en una cavidad, y la vulva, como ya se dijo, no lo es; la vagina sí. Así entonces hablar de penetración parcial porque el pene o los dedos o la lengua haya (sic) tocado la vulva no es anatómicamente correcto. Para que se acceda (se penetre) debe atravesarse la puerta de entrada a la cavidad, que en el caso de la vagina es el himen y en el caso del recto es el ano. Así como nadie piensa que exista una penetración anal parcial cuando lo que se produce es un coito interglúteo, igualmente tampoco debe pensarse que exista una penetración parcial vaginal, cuando lo que ha ocurrido es un coito interfemora (roce del pene entre los muslos) o un coito vulvar (roce del pene entre los labios mayores de la vulva)". (Vega, Franz. *Fundamentos de Anatomía Genital y Estudio del Dictamen Médico Legal para la Correcta Comprensión de Pericias Forenses en Delitos Sexuales; Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales. Universidad de Costa Rica, número 5, marzo 2014, p.p. 666-668. El realce es suplido*). El criterio de mayoría expuesto en el precedente de cita, se mantiene en esta oportunidad invariable por unanimidad de los votos de esta Cámara con la presente integración".

37

Integración: Manuel Gómez Delgado; Cynthia Dumani Stradtman; y María José Elizondo Alvarado.

N°2014-96 de las dieciocho horas treinta y cinco minutos, del veintidós de enero de dos mil catorce del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José:**

"II [...] Es importante señalar que la vulva no es una cavidad, como erróneamente lo asume el Tribunal de juicio, sino que es la parte externa de los genitales femeninos, y se compone de los labios mayores, labios menores y el clítoris. Precisamente, se le llama coito vulvar al roce del órgano masculino sobre la vulva, pero sin introducción del pene en la vagina. También es importante apuntar que, en el presente asunto, se descarta el acceso carnal, entendido como la introducción del pene en la cavidad vaginal, pues la víctima es una niña de diez años, con un himen que tiene un centímetro de diámetro, y que por las proporciones anatómicas, al tratarse de una membrana que se encuentra en la entrada del ducto vaginal, no es factible que un adulto introduzca su miembro viril en dicha cavidad, sin causar una ruptura en el himen de la menor. En el presente caso, el mismo Tribunal tuvo por probado que hubo un coito vulvar, pero confunde los hallazgos médicos con la doctrina al respecto, y termina concluyendo, de forma equivocada, que hubo acceso carnal, cuando en realidad lo

Tel: 2222-0501 / 2222-0278 Fax: 2222-0531

Correo electrónico: faimpugnaciones@poder-judicial.go.cr

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

que se dio fue un abuso sexual contra persona menor de edad calificado, cuya pena va de cuatro a diez años de prisión, según el artículo 161 del Código Penal”.

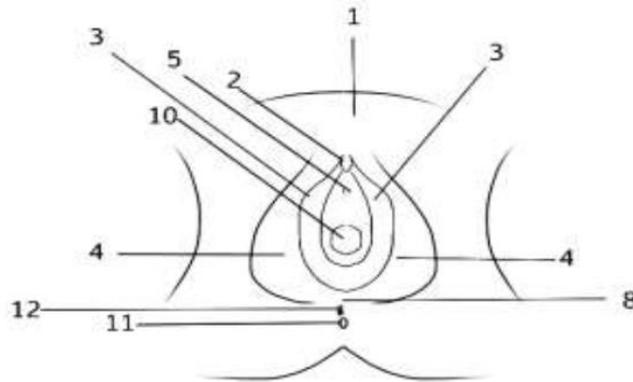
Integración: Ana Isabel Solís Zamora; Ana Lorena Jiménez Rivera; y Joe Campos Bonilla.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

ESTRUCTURA ANATÓMICA DEL ÁREA GENITAL FEMENINA

“AREA GENITAL FEMENINA: El área genital femenina, para efectos forenses, es una zona anatómica de forma romboidal, cuyos extremos se extienden desde la región púbica hasta el ano, limitada lateralmente en su extensión más ancha por los bordes laterales de los labios mayores. Esta área contiene los genitales externos, así como los genitales internos, estos últimos incluyen vagina, el útero, las trompas de Falopio, los ovarios y el recto (parte distal del intestino grueso). Por su parte los genitales externos están conformados por todas las estructuras anatómicas que pueden visualizarse dentro del polígono que se encierra desde el monte de Venus hasta el Ano.

[...]



Genitales externos femeninos. Vista desde la posición ginecológica. Monte de Venus (1); Clítoris (2); Labios menores (3); Labios mayores (4); Meato urinario (5); horquilla vulvar (8); Ano (11); Rafe medio (12) (dibujo propio del autor, derechos reservados)”.

Franz Vega Zúñiga, *Fundamentos de anatomía genital y estudio del dictamen médico legal para la correcta comprensión de las pericias forenses en los delitos sexuales*. 2013. San José, Costa Rica: Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales, pp. 710-711.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

N°2019-110 de las trece horas cincuenta y cinco minutos de once de marzo de dos mil diecinueve del **Tribunal de Apelación del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste**

“1.- [...] Si bien se entiende que en el lenguaje vulgar exista la confusión entre ambas estructuras (vulva y vagina) ello no las equipara anatómicamente. Para la literatura científica se encuentran bien diferenciados ambos tejidos, según se advierte de la revisión de los textos histológicos: “...La vagina es un tubo fibromuscular que comunica los órganos genitales internos con el medio externo. La vagina es una vaina fibromuscular extendida desde el cuello uterino hasta el vestíbulo vaginal, que es la región situada entre los labios menores. En las vírgenes, el orificio de entrada puede estar ocluido por el himen, que es un repliegue de la mucosa que se proyecta dentro de la luz vaginal. El himen o sus restos derivan de la membrana endodérmica que separaba la vagina en desarrollo de la cavidad del seno urogenital definitivo del embrión...” “...La vagina posee un epitelio estratificado plano no queratinizado y carece de glándulas. La superficie luminal está tapizada por epitelio estratificado plano no queratinizado cuya lubricación depende del moco producido por las glándulas cervicales. Las glándulas vestibulares mayores y menores ubicadas en la pared del vestíbulo vaginal producen más moco para lubricar ese órgano. En la pared de la vagina misma no hay glándulas... los genitales externos femeninos consisten en las siguientes partes, que en conjunto reciben el nombre de vulva y tienen un revestimiento de epitelio estratificado plano: Monte de Venus. El monte de Venus es una prominencia redondeada sobre la sínfisis pubiana que está formada por tejido adiposo subcutáneo. Labios mayores. Los labios mayores son dos pliegues cutáneos longitudinales grandes, homólogos del escroto, que se extienden desde el monte de Venus y forman los límites laterales de la hendidura urogenital. Contienen una capa delgada de músculo liso que se parece al dartos escrotal y una gran cantidad de tejido adiposo subcutáneo. La superficie externa, así como la del monte de Venus, está cubierta de vello pubiano. La superficie interna es lisa y carece de pelo. En ambas superficies hay glándulas sebáceas y sudoríparas... Labios menores. Los labios menores son pliegues cutáneos pares, carentes de vello, que limitan el vestíbulo vaginal y son homólogos de la piel del pene. En las células profundas del epitelio hay gran cantidad de pigmento melanina. El centro conjuntivo de cada uno de esos pliegues carece de tejido adiposo pero tiene muchos vasos sanguíneos y fibras elásticas finas. En la estroma hay glándulas sebáceas grandes. Clítoris. El clítoris es una estructura eréctil homóloga del pene. Su cuerpo está compuesto por dos formaciones eréctiles pequeñas, los cuerpos cavernosos del clítoris, que terminan en un diminuto tubérculo redondeado de tejido eréctil llamado glande del clítoris. La piel que cubre el glande es muy fina y contiene terminaciones nerviosas sensitivas abundantes. Vestíbulo vaginal. El vestíbulo está revestido por epitelio estratificado plano. Sobre todo en las cercanías del clítoris y alrededor del meato urinario hay gran cantidad de glándulas mucosas pequeñas, llamadas glándulas vestibulares menores o glándulas de Skene. Las glándulas vestibulares mayores o glándulas de Bartholin ...”. (Ross, Michael H. y otros. *Histología: Texto y Atlas Color*. Médica Panamericana, 4 edición, 2006, p.p. 756-760. Se eliminaron los realces del original. Para más referencias desde la embriología puede consultarse Pedernera Astegiano. *Embriología en la Clínica: Casos Médicos*. Editorial Panamericana, 1 edición, 2006, p.p. 25-26 y para una descripción desde la anatomía consúltese Ellis, *Clinical Anatomy*, Blackwell Publishing Ltd, 11 edición, 2006, p.p. 136-139). Con mayor claridad sobre punto, en el medio nacional Vega ha hecho referencia al tema en cuestión, señalando de forma explícita que: “...Vulva. Es un área de forma ovalada, de disposición vertical, que esta (sic) limitada arriba por la comisura anterior, a ambos lados por los labios mayores, abajo por la comisura posterior y en su zona medial por los labios menores, el clítoris, el vestíbulo vaginal, el introito vaginal, el himen y la fosa navicular posterior. Nótese que la vulva no incluye la vagina...” (Vega, Franz. *Fundamentos de Anatomía Genital y Estudio del Dictamen Médico Legal para la Correcta Comprensión de Pericias Forenses en Delitos Sexuales*; Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales. Universidad de Costa Rica, número 5, marzo 2014, p.p. 663-664. El realce es suplido)”.

Integración: Manuel Gómez Delgado; Gustavo Gillen Bermúdez; y Cynthia Dumani Stradtman.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

HIMEN DILATABLE E HIMEN DILATADO

“Es igualmente necesario recordar que ciertos hímenes, por su elasticidad, pueden resistir el primer coito y aún los sucesivos, de modo que su integridad no se opone a que haya tenido lugar la cópula. El examen del himen, comprobando su resistencia a la dilatación, se hace necesario en estos casos; si el himen no es dilatado y está íntegro, debe excluirse la penetración”.

Gisbert Calabuig. *Medicina Legal y Toxicología*. Barcelona, España: ELSEVIER, p. 643.

“El himen dilatado, mejor conocido como himen complaciente, presenta un orificio que permite el paso del pene o de dedos sin romperse y vuelve a las dimensiones normales una vez que aquel o aquellos se retiran. Esta condición se debe a una mayor elasticidad de algunos hímenes”. [...] El himen con orificio dilatado tiene también la membrana íntegra, pero en cambio, el orificio mantiene un diámetro anormal grande. Esta condición puede ser congénita o adquirida por dilataciones lentas, repetidas y progresivas”.

Eduardo Vargas Alvarado. *Medicina Legal*. 2017. México D.F., México: Trillaz, p.287.

N°2019-110 de las trece horas cincuenta y cinco minutos de once de marzo de dos mil diecinueve del **Tribunal de Apelación del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste:**

“1.- [...] El himen establece, pues, cuándo empieza la vagina ya que dicha membrana se define como “...un tabique incompleto que se inserta en el límite respectivo de los conductos vaginal y vulvar” (Kvitko. El himen. estudio médico legal. Ediciones La Rocca. Buenos Aires, 2005, p. 24). [...] Sin embargo, tal y como acertadamente lo hace ver la defensora recurrente, la valoración física que se hizo a la ofendida y que se documentó mediante el dictamen médico legal DML-2015-0302 de 18 de febrero del 2015, visible a folio 18 y 19, estableció mediante la exploración física de rigor, que la menor presentaba un himen de tipo semilunar de 0,5 cm de diámetro, no dilatado ni dilatado y que al momento de la valoración que, dicho sea de paso, se practicó aproximadamente dos años después de ocurrido el hecho acusado, se encontraba íntegro. Lo anterior es un dato de fundamental importancia si se comprende que el aludido repliegue delimita el introito vaginal, pues se ubica entre la vulva y el orificio inferior de la vagina (Vargas Alvarado, Eduardo. Medicina Legal, Editorial Trillas, 2000, p. 255) por lo que superarlo es condición necesaria para acceder esa cavidad (En este sentido puede consultarse: Vega, Franz. Fundamentos de Anatomía Genital y Estudio del Dictamen Médico Legal para la Correcta Comprensión de Pericias Forenses en Delitos Sexuales; Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales. Universidad de Costa Rica, número 5, marzo 2014, p. 668). En el entendido de que el himen es una membrana de tejido conjuntivo, vasos capilares y fibras elásticas, que asume diferentes formas (típico,

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

anular, semilunar, labiado, atípico) y consistencias, un himen dilatado o dilatable permite, luego del desarrollo de cierto diámetro (la literatura especializada a la que se hizo referencia, sugiere los 9 milímetros que, por lo general, se alcanzan a los 6 años de edad) el paso de hasta dos dedos de un examinador, pero los de diámetro menor o consistencias distintas (fibrosa, cartilaginosa u ósea) no permiten acceso sin sufrir ruptura hasta el borde de inserción. Ergo, no es posible afirmar que haya existido acceso a la cavidad vaginal, si en el "portal himeneal" se presenta un himen, no dilatado ni dilatado sin lesión o ruptura, como ocurre en el caso que nos ocupa, según se desprende del dictamen médico legal 2015-0302 de 18 de febrero del 2015, que concluyó que el himen de la examinada tenía un diámetro de 0,5 centímetros, no era de tipo dilatado ni se encontraba dilatado y se mantenía íntegro. El hecho de que la ofendida, una niña tan solo 3 años de edad, haya afirmado la introducción del dedo del imputado en su cavidad vaginal y haber experimentado dolor, es comprensible si se tiene en cuenta su inexperiencia sexual, que le dificultaría advertir la diferencia entre un acceso carnal y el rozamiento exterior del introito, actividades ambas que pueden resultar dolorosas".

Integración: Manuel Gómez Delgado; Gustavo Gillen Bermúdez; y Cynthia Dumani Stradtman.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

DIFERENCIA ENTRE EL DELITO DE ABUSOS SEXUALES Y LA CONTRAVENCIÓN DE TOCAMIENTOS

Nota del compilador: La contravención de los tocamientos tipificada en el numeral 392.5 del Código Penal fue derogada por la Ley N°9877 vigente desde el 27 de agosto de 2020.

N°2009-302 de las ocho horas y treinta y cuatro minutos del veinticinco de marzo del dos mil nueve de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:**

"II.[...] *El recurrente minimiza lo acontecido y la condena impuesta en un afán de evadir su responsabilidad. Para ello, realiza su particular interpretación del tipo penal en estudio, cuando es evidente que el ilícito de abuso sexual contra persona menor de edad no se confunde para nada con las contravenciones que señala, mucho menos, tratándose de la simple manifestación de palabras obscenas o proposiciones indecorosas. Los hechos investigados comprenden un comportamiento abusivo más complejo, precisamente, la instrumentalización del cuerpo de la perjudicada con fines sexuales. En ese mismo sentido, la diferencia con la figura contravencional de tocamientos resulta también evidente, por cuanto, según lo ha entendido esta misma Sala: "[...] ambas normas –el artículo 385 inciso 5) y 161 del Código Penal- describen como prohibidas una acción que debe ser abusiva, supone la ausencia de consentimiento de la persona sobre la que se despliega, y, es de naturaleza sexual, en el tanto el tocamiento debe ser también impúdico. Sin embargo, éste último debe entenderse que se refiere al mero roce facilitado por la aglomeración de personas, pues estipula: "[...] Artículo 385: Se impondrá de cinco a treinta días multa: [...] Tocamientos 5) A quien se aprovechara de las aglomeraciones de personas para tocar, en forma grosera o impúdica, a otra persona sin su consentimiento [...]"*. Ello es así toda vez que, de acuerdo con la literalidad de las palabras, el verbo tocar se refiere simplemente a "...ejercitar el sentido del tacto. Llegar a algo con la mano, sin asirlo...". (Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Madrid. Vigésima Segunda Edición, pp. 1485, 2001). Lo anterior, de acuerdo con una interpretación sistemática de las normas. Evidentemente, el tocamiento implica un menor grado de reproche, de ahí que el legislador lo considerase una conducta contravencional. Así, no puede descartarse que el delito de abuso sexual contra persona menor de edad pueda ser cometido aprovechando la misma circunstancia prevista para el ilícito de tocamiento. Es decir, que el agente, sacando provecho las condiciones acarreadas por la existencia de gran cantidad de personas aglomeradas o en tumulto –verbigracia, poco espacio, cercanía, incomodidad para defenderse, dificultad para ser identificado, etcétera-, proceda contra su víctima de forma abusiva, con fines sexuales, sin que su acción implique el sólo roce con aquella, de lo contrario, nos encontraríamos en presencia del ilícito contravencional. El análisis de la cuestión debe realizarse en cada supuesto particular, de modo que la acción típica quede determinada en forma clara a partir de las probanzas recibidas [...]" (2008-01316, a las 14:05 horas, de 12 de noviembre de 2008)".

Integración: Janette Castillo Mesén (Mag. suplente); Maria Elena Gómez Cortés (Mag. suplente); Lilliana García Vargas (Mag. suplente); Luis Víquez Arias (Mag. suplente); y Rafael Sanabria Rojas (Mag. suplente).

En sentido idéntico: N°2007-00508 de las quince horas veintiuno minutos del veintitrés de mayo de dos mil siete de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia** (Integración: Alfonso Chaves Ramírez; Jesús Alberto Ramírez Quirós; Magda Pereira Villalobos; Carlos Chinchilla Sandí; y Rafael Sanabria Rojas (Mag. suplente)); y N°2011-679 de las doce horas y veinte minutos del uno de junio del dos mil once de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia** (Integración:

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

Carlos Chinchilla Sandí; Jenny Quirós Camacho (Mag. suplente); Carlos Estrada Navas (Mag. suplente); Lilliana García Vargas (Mag. suplente); y Rafael Sanabria Rojas (Mag. suplente)).

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

EDAD DE LA VÍCTIMA COMO AGRAVANTE

ART. 161.1 CÓDIGO PENAL: *“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”.*

Nota del compilador: La Ley N°9406 vigente desde el 13 de enero de 2017 subió la edad de configuración de este agravante a 15 años. La Ley N°8590 vigente desde el 30 de agosto de 2007 subió la edad de configuración del agravante a 13 años. La Ley N°7899 vigente desde el 18 de agosto de 1999 fijó originalmente la edad de configuración de este agravante en 12 años.

N°2019-176 de las diez horas y veintiocho minutos del quince de febrero del dos mil diecinueve de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:**

“III. [...]. Sobre la primera agravante, en la fundamentación intelectual del fallo, se desprende que, los jueces tuvieron por acreditado que los hechos se perpetraron cuando la menor ofendida tenía entre siete y ocho años de edad, esta circunstancia si bien es el presupuesto fáctico que configura la agravante, lo cierto es que, los juzgadores también están facultados para ponderar la edad específica que tenía una víctima en cada caso concreto, así como el tipo de acciones desplegadas y la magnitud de estas sobre el cuerpo de la agraviada. Este tipo de razonamientos no desborda ni los límites de los tipos penales en estudio ni los presupuestos legales previstos en el artículo 71 del Código Penal, ya que en la fundamentación de la pena, se deben considerar las condiciones personales de la víctima”.

Integración: Jesús Alberto Ramírez Quirós; Sandra Eugenia Zúñiga Morales (Mag. suplente); Rafael Segura Bonilla (Mag. suplente); Jorge Enrique Desanti Henderson (Mag. suplente); Gerardo Rubén Alfaro Vargas (Mag. suplente).

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

VIOLENCIA COMO AGRAVANTE

ART. 161.2 CÓDIGO PENAL: *“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”.*

“Debe entenderse como tal el empleo de violencia material, esto es energía física aplicada por el autor sobre la víctima o en su contra con el fin de anular o vencer su resistencia, y con ello abusar sexualmente [...] El uso de amenazas equivale a la intimidación del antiguo texto. La intimidación es todo acto de violencia moral, idóneo para producir temor en el ánimo del sujeto pasivo, en forma tal que este se encuentre obligado a soportar o ejecutar la acción que el agente propone. Se trata de la violencia moral o vis compulsiva, que consiste en la amenaza de un mal futuro que el autor profiere a la víctima. El temor debe ser razonable y tener un fundamento, ya que es un requisito básico de la amenaza”.

46

Edgardo Alberto Donna. *Delitos contra la integridad sexual*. 2000. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, pp. 24 y 27.

N°2020-00714 de las diez horas y cero minutos del doce de junio de dos mil veinte de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia**

“Il [...]. Prueba de ello es la discusión que a continuación se efectuará, sobre los alcances de la causal de agravación del delito de abuso sexual, consistente en el uso de violencia corporal (inciso 2) del artículo 161 del Código Penal). A juicio del recurrente, el uso de fuerza física que se tuvo por acreditada en la especie, fue la necesaria para la comisión del delito de abusos sexuales, y por ello desde su óptica, las acciones debieron ser calificadas como un delito de abusos sexuales contra persona menor de edad, en su modalidad simple. Sin embargo, no asiste razón al defensor particular del encartado. Una cosa es la fuerza física mínima necesaria para ejecutar el abuso sexual (rozar el cuerpo de la víctima, movimientos de manos u otras partes del cuerpo para tocar o besar al sujeto pasivo), y otra, el aprovechamiento de la superioridad física o el uso adicional de fuerza, para vencer la resistencia de la víctima, o impedir que esta pueda oponerla. Esto último es lo que se tuvo por probado, en el caso particular. Conforme a la descripción de hechos acreditados, que se ha mantenido incólume, Angulo Leal hizo uso de su superioridad física, primero para halar fuertemente a la afectada hacia su cuerpo, y abrazarla, y en un segundo momento, para vencer la resistencia que activamente ejerció la afectada, contra el tocamiento del cual estaba siendo objeto. Es así que se tiene por cierto que la víctima quitó con su mano, la extremidad del sindicado, que en ese momento estaba sobre su abdomen y se movía hacia los genitales de la menor, lo cual aprovechó el justiciable para asir la mano de [Nombre 001]., y, contra la voluntad de esta, ponerla sobre su pene (hecho probado número dos, folio 141 frente). En concordancia con lo anterior

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

se pronuncia Creus, al señalar que: "... El agente usa de fuerza o intimidación cuando despliega energía física o vis moral para vencer la resistencia que le opone o para eliminar de antemano la que puede oponer la víctima. La fuerza, es decir, la violencia física, debe, en principio, aplicarse sobre la víctima..." (Creus, Carlos: *Derecho Penal, Parte Especial*, tomo I, 5ª edición. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 193. El resaltado es suplido). De la anterior cita doctrinaria, se colige, por un lado, la conceptualización de violencia corporal o física como uso de fuerza para vencer la resistencia actual o impedir la que pudiera oponerse, y por otro, el uso de fuerza, violencia física, o violencia corporal, como sinónimos. Es así que se encuentra ajustado a Derecho, el razonamiento del ad quem, en el sentido de que la agravante prevista en el inciso 2) del artículo 161 del Código Penal, se desprende claramente de la dinámica de los hechos probados, en específico, los puntos uno y dos de dicho marco fáctico".

Integración: Jesús Alberto Ramírez Quirós; Patricia Solano Castro; Álvaro Burgos Mata; Gerardo Rubén Alfaro Vargas; y Sandra Eugenia Zúñiga Morales.

N°2014-5 de las catorce horas veintidós minutos del trece de enero de dos mil catorce del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Primer Circuito Judicial de Cartago:**

"II- [...] Por otro lado, la violencia corporal a la que se refiere la agravante contenida en el artículo 161 del Código Penal, específicamente en el inciso segundo, presupone precisamente eso: un acto violento, entendiendo por esto "1. Que está fuera de su natural estado, situación o modo. 2. Que obra con ímpetu y fuerza. 3. Que se hace bruscamente, con ímpetu e intensidad extraordinarias. 4. Que se hace contra el gusto de uno mismo, por ciertos respetos y consideraciones. 5. Se dice del genio arrebatado e impetuoso y que se deja llevar fácilmente de la ira". (Diccionario de la Real Academia Española). Lo anterior es importante, puesto que la aproximación del agresor en casos de delitos sexuales, así como el tocamiento en sí mismo, muchas veces implica un contacto físico, pero se trata de un contacto que requiere el mismo ataque, sin que ello pueda siempre ser considerado como violencia corporal".

Integración: Laura Murillo Mora; Jorge Arturo Rojas Fonseca; y Jaime Robleto Gutiérrez.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

VULNERABILIDAD DE LA VÍCTIMA COMO AGRAVANTE

N°2019-653 de las diez horas con cuarenta y cinco minutos del seis de setiembre de dos mil diecinueve del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Tercer Circuito Judicial:**

"II. [...] A lo anterior se suman las circunstancias particulares en las que se encontraban las menores, que fueron aprovechadas por el inculpado, a fin de victimizarlas. Contrario a lo que estima el recurrente, se trata de elementos que, si bien podrían por sí mismos ser causales de agravación del delito, también contribuyen a descartar que las ofendidas hayan tenido las condiciones psíquicas y emocionales para ejercer un acto de voluntad libre e informado: 1) La relación de poder que el encartado ostentaba sobre las menores, por su mayor experiencia y su edad (69 años), en contraposición a la de las [Nombre 010], y [Nombre 009]. (7 y 14 años, respectivamente); 2) El aprovechamiento además, de la condición sociocultural de las agraviadas, pues eran niñas menores de escasos recursos económicos, quienes además no contaban con adecuada vigilancia de sus padres o cuidadores; 3) El sindicado utilizó a una compañera de las ofendidas, con el fin de acercarse a ellas sin generar desconfianza; 4) Previo a perpetrar los tocamientos, el imputado ofreció alimentos y dinero a las víctimas, generando así en ellas una sensación falsa de cariño, al que eran especialmente vulnerables por su ingenuidad y carencias afectivas (fs. 543 vto.-544 fte.). [...] Ahora bien, en el caso bajo examen, los juzgadores de instancia valoraron que aquel consentimiento de la menor, para que el encartado la besara y ejecutara los tocamientos sexuales en sus senos, estaban viciados por la circunstancia de que la víctima se encontraba bajo un estado de vulnerabilidad, del que se había aprovechado el encartado para acercarse a ella, pedirle su número telefónico, enviarle mensajes de contenido sexual y propuestas de esa naturaleza, para enamorarla y convencerla y así vencer la resistencia (física o emocional) de la menor, quien para la fecha de los hechos se encontraba abandonando los 12 años e ingresando a sus 13 años (no se pudo establecer fecha exacta), pero sí que en el ínterim la víctima cumplió 13 años. Asimismo se valoró que por su parte, el justiciable contaba con la experiencia de 30 años de edad (persona casada, con hijos), que le facilitó seducir sexual y emocionalmente a la víctima, puesto que esta confesó que ella llegó a creer las palabras bonitas que le dijo el encartado, respecto a sentimientos amorosos hacia ella. [...] De esta forma los juzgadores no solo determinaron el marco abusivo, bajo el cual actuó el encartado para vencer la resistencia de la víctima, sino también la vulnerabilidad en la que esta se encontraba, causal agravante que prevé el inciso 1) del artículo 161 del Código Penal".

48

Integración: Yadira Godínez Segura; Annia Enríquez Chavarría; y Carmen Peraza Segura.

N°2020-1827 de las nueve horas cinco minutos, del doce de noviembre de dos mil veinte del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José:**

"II-[...] Aspecto a esta definición legal podemos hacer las siguientes observaciones: a) que la condición de que la persona ofendida sea menor de edad o incapaz ya es un elemento constitutivo del tipo simple; b) que la "vulnerabilidad" a la que se refiere el inciso 2), debe ser una cualidad que no es equivalente a la condición propia de ser una persona menor de edad o incapaz, sino algo más que eso, tan disvalioso que justifica que se incremente la pena; c) que la "vulnerabilidad" tampoco equivale a que la víctima "se encuentre incapacitada para resistir" (como sucede, por ejemplo, cuando la víctima ha perdido la conciencia por ebriedad o por el uso de narcóticos –provocado por el autor o aprovechado por él, al encontrar a la víctima privada de sentido–; o por una enfermedad o trastorno o cualquier otra causa que físicamente le impida oponer resistencia). Hacer la distinción es necesario para resolver el presente caso, porque es de conocimiento común que el término "vulnerabilidad" se relaciona generalmente, a niños, mujeres y ancianos, entre otros grupos de personas, que se supone tienen, en general, una menor posibilidad de oponer resistencia o defenderse (de ejercer, hacer respetar o imponer su voluntad en el momento del hecho) de acciones en contra de su pudor o libertad

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

sexual, en relación a otros grupos de personas (como, por ejemplo, el de los hombres adultos fuertes), de manera que se supone que una persona menor de edad es relativamente vulnerable frente al abuso o maltrato de una persona adulta (particularmente cuando esta utiliza violencia corporal o intimidación). Vulnerabilidad es la cualidad de vulnerable, lo que significa "que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente" (Real Academia Española: Diccionario de la Lengua Española, Tomo II, 22ª edición, Madrid, 2001, p. 2321); o "que puede recibir un daño o perjuicio física o moralmente y resulta fácilmente conmovido por ello" (Pequeño Larousse Ilustrado, Ediciones Larousse, 17ª edición, México, 2011, p. 1047); y es sinónimo de "dañable, lastimable, atacable, desvalido, desamparado, indefenso, inerme, perjudicable, endeble, débil, sensible"; y antónimo de "invulnerable, inasequible, fuerte, insensible" (Diccionario de Sinónimos y Antónimos, Editorial Océano, España, 1987). Retomando la segunda idea (b), la "vulnerabilidad" del artículo 161 inciso 2), necesariamente se debe entender como algo más que la mera condición de ser una persona menor de edad o incapaz, por lo que resulta incorrecto que el tribunal aplique la agravante del inciso 2) porque estima acreditado que el autor se aprovechó de "...la minoría de edad de la menor agraviada, de la vulnerabilidad en razón de su corta edad, de su incapacidad para reaccionar ante un acto sexual prematuro", porque tal criterio es redundante; y porque si fuera "corta" la edad de la víctima, se aplicaría la agravante prevista en el inciso 1) del artículo 161 del Código Penal. Para que se justifique razonablemente la agravación de la pena que ha sido prevista para el tipo simple, la "vulnerabilidad", deberá referirse a circunstancias particulares del ofendido que acentúen la debilidad que se supone inherente a su edad (o a su incapacidad) en el tipo simple, es decir, circunstancias personales del sujeto pasivo que le hacen correr un mayor riesgo, porque facilitan aún más que la persona menor de edad o incapaz pueda ser abusada sexualmente por el autor (particularmente cuando este hace uso de violencia corporal o intimidación). Esa mayor vulnerabilidad de la persona ofendida puede obedecer a condiciones sociales, culturales, políticas, económicas, educativas, que incrementen la situación de desigualdad y de riesgo, que aprovecha el autor, por ejemplo: el abandono, la orfandad, la indigencia o pobreza extrema, una crisis emocional; pues son factores que debilitan la capacidad de la víctima para prevenir, resistir o sobreponerse a la conducta abusiva del autor. En el presente caso no resulta claro que el autor se haya aprovechado de una vulnerabilidad de la ofendida conocida para él. No justifica el tribunal por qué se ha de tener certeza de que el autor supiera que la ofendida fuera una persona con alguna particular condición de vulnerabilidad y que a, partir de ese conocimiento, él quisiera sacar provecho para realizar los hechos descritos en la sentencia, en contra de la voluntad de la menor de edad ofendida. Por lo anterior, considera este Tribunal de Apelación que no se ha demostrado con certeza que concurriera la "vulnerabilidad" como circunstancia de agravación de la conducta, por lo que procede recalificar los hechos como dos delitos de abusos sexuales contra persona menor de edad. En cuanto a la pena, en el Considerando VI de la sentencia se aprecia que el tribunal penal se inclinó por aplicar la pena mínima prevista para el delito agravado, estimándola "justa, proporcional y adecuada"; haciendo la indicación expresa de que en este asunto".

49

Integración: Jorge Luis Arce Víquez; Manuel Gómez Delgado; y Ana Isabel Solís Zamora.

N°2017-787 de las nueve horas del veintinueve de junio de dos mil diecisiete del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José:**

"II.- [...] Es decir, lo que influyó para agravar la conducta acusada no fue que [Nombre 001] se prevaleciera de su relación de autoridad con la víctima, que no la tenía, sino que por su condición de autoridad en el campo del porrismo, que sí lo era, desde que era un profesional altamente reconocido, incluso a nivel internacional, por sus destrezas y habilidades en el desarrollo de esa actividad, al punto que brindaba seminarios y asesoramientos en esa área, esto influyó en la menor de edad ofendida, quien por la admiración y respeto que le profesaba como practicante de esa disciplina, devino mayormente vulnerable. Vulnerabilidad que, entonces, sí aprovechó el encartado para lograr sus desviados propósitos. Establecido lo anterior, no tiene interés discutir la propuesta del apelante, respecto al tema de que se aplicó como agravante la relación de autoridad, lo que no era posible conforme a la reforma del artículo 161, inciso 8, del Código Penal (según Ley N° 9406 de 30 de noviembre de 2016, publicada en La Gaceta N° 10, Alcance Digital N° 09 de 13 de enero de 2017), pues se puede afirmar que el Tribunal de Juicio no utilizó en ningún momento el principio de autoridad, ni para agravar

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

la conducta ni para establecer la sanción, sino que lo que agravó la conducta del acusado fue aprovecharse de la vulnerabilidad de la persona ofendida, razón suficiente para que no se calificara como el tipo simple del delito de abusos sexuales contra personas menores de edad y personas incapaces. Por lo anterior, sin lugar los reclamos”.

Integración: Edwin Salinas Durán; Raúl Madrigal Lizano; y Miguel Porras Cascante.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

**INGRESO CLANDESTINO A LA VIVIENDA MIENTRAS LA VÍCTIMA
DUERME CONFIGURA UN APROVECHAMIENTO DE LA
VULNERABILIDAD**

N°2016-1302 de las diez horas y veintiséis minutos del veintiuno de diciembre del dos mil dieciséis de **la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:**

“III.- [...] En esta misma línea, mediante resolución N° 2005-380, de las 08:25 horas, del 13 de mayo de 2005, esta Sala definió los alcances del artículo 161 del Código Penal, a la luz del elemento “abusivo”, contenido en el tipo objetivo, así como también sobre el consentimiento de la víctima: “La norma reprime a quien: “de manera abusiva realice actos con fines sexuales contra una persona menor de edad o incapaz...”. No se trata, entonces, simplemente de realizar actos con fines sexuales, sino que deben ejecutarse de manera abusiva y el abuso, por definición, consiste en hacer algo que puede ser: contra la voluntad expresa o presunta del sujeto pasivo; sin su voluntad (v. gr.: los abusos sorpresivos), que vaya más allá de lo que la víctima consintió o estuvo dispuesta a consentir o prevaliéndose de diversas circunstancias en cuanto signifiquen que la persona ofendida no podía expresar una voluntad libre o ejercer una resistencia efectiva, por citar algunos ejemplos. La voluntad o el consentimiento de la víctima sigue siendo el núcleo esencial para distinguir lo punible de lo que no lo es o en qué supuestos lo es; salvo en los casos de menores de doce años [Nota del compilador: La redacción del artículo 161, pues aquí la ley mantiene la presunción absoluta de que no pueden emitir un consentimiento válido y los actos sexuales a los que se les someta serán siempre abusivos, desde el punto de vista jurídico penal. En cuanto a las personas mayores de doce años de edad¹, el delito no se configura de forma automática (como lo entendió el a quo), con solo que exista un acto con fines sexuales, sino que debe examinarse si medió o no consentimiento del sujeto pasivo o si concurren otras circunstancias que se adecuen a la norma represiva (v. gr.: ataques sorpresivos o el aprovechamiento de diversos factores que pueden coincidir o no con algunas de las causas de agravación de la figura) y, en general, si fueron hechos de manera abusiva.” (la negrita es del original, el subrayado es suplido). En el caso concreto, conforme describe la acusación, el acusado ingresa clandestinamente a la vivienda de la persona menor ofendida, y se aprovecha de la situación, que ésta se encontraba durmiendo, para cometer los actos de claro contenido sexual sobre su cuerpo. Esos actos se convierten automáticamente en abusivos pues el ataque, según describe de forma diáfana la pieza acusatoria, fue sorpresivo precisamente por el ingreso furtivo del imputado a un domicilio, a altas horas de la noche, específicamente a las veintitrés horas con treinta minutos aproximadamente, sin contar con autorización de sus moradores, de ahí que no es posible tan siquiera pensar en que existió un consentimiento presunto de la víctima, para ser invadida en su autodeterminación sexual, pues la misma se encontraba reposando, todo ello analizado en conjunto, determinan la existencia de una situación en la que la víctima se encontraba en una condición vulnerable.”

51

Integración: Carlos Chinchilla Sandí; Jesús Alberto Ramírez Quirós; Doris Arias Madrigal; Celso Gamboa Sánchez; y Rafael Segura Bonilla (Mag. suplente).

¹ Nota del compilador: la redacción del inciso 1) del artículo 161 del Código Penal de la Ley N°7899 fijaba la edad en 12 años. La Ley N°8590 subió esta edad a 13 años y la Ley N°9406 a quince años. Vid.: “Historia del tipo penal” y “Edad de la víctima”.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

TÍOS NO SON ASCENDIENTES

ART. 161.3 CÓDIGO PENAL: *“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”.*

Nota del compilador: La Ley N°7899 vigente desde el 18 de agosto no contenía el actual 161.4 del Código Penal que agrava la conducta por ser tío, tía, sobrino, sobrina, primo y prima de la víctima. Estas relaciones familiares fueron consideradas como agravantes con Ley N°8590 vigente desde el 30 de agosto de 2007.

N°2018-1130 de las once horas, del veintiuno de agosto de dos mil dieciocho del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José:**

“IV.- [...] debe revocarse parcialmente la sentencia, en cuanto a la calificación jurídica, solo respecto a la aplicación del parentesco como agravante, ya que, para el año 2006 (según la fijación temporal del delito), el único lazo de este tipo que generaba un mayor reproche era el siguiente: “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.” Cabe aclarar que el “tío” no puede considerarse ascendiente, pues, tal como se dijo en la resolución número 658, de las 10:30 horas del 23 de junio de 2009, emitida por esta Cámara con una integración diversa, bajo la denominación de Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José: “Si bien jurídicamente se puede ser hermano por consanguinidad o afinidad, no sucede lo mismo con los ascendientes o descendientes, porque estos conceptos tienen una connotación biológica, al punto que se afirma que la agravante se funda en el carácter incestuoso de la relación (Así CREUS, Carlos: Derecho Penal Parte Especial, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2º ed., 1988, § 440, pág. 200; hay que recordar que en su versión original, el artículo 174 del Código Penal sancionaba el delito de «Incesto»). Ascendiente es el «padre, madre, o cualquiera de los abuelos, de quien desciende una persona» (Real Academia Española: Diccionario de la Lengua Española, Madrid, 21ª edición, 1992, p. 146); descender es «proceder, por natural propagación, de un mismo principio o persona común...» (Ibídem, p. 495). En esta materia no puede imponerse sanción alguna, mediante aplicación analógica de la ley penal, y consideramos que equiparar padrastro a padre biológico dentro del concepto de descendiente sólo puede darse dentro de una interpretación analógica prohibida por el artículo 2 del Código Penal ”

Integración: Ana Isabel Solís Zamora; Rosaura Chinchilla Calderón; y Rodrigo Obando Santamaría.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

LOS TÍOS ABUELOS NO ENCAJAN EN LAS AGRAVANTES

Nota del compilador: Sí pueden encajar en caso de que tengan los menores bajo su cuidado.

N°2019-286 de las diez horas, del veintidós de febrero de dos mil diecinueve del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José:**

"II. [...]. No obstante, en cuanto al inciso 3 , existe una errónea aplicación de la ley, pues el encausado no es "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" (inciso 3 del artículo 161 del Código Penal vigente para el momento en que ocurrieron los hechos), sino que el parentesco que refirieron las juzgadoras se relacionaba con su condición de tío abuelo paterno, vínculo que, para la fecha de los hechos, no constituía una agravante en sí misma".

Integración: Ana Isabel Solís Zamora; Jorge Luis Arce Víquez; y José Manuel Cisneros Mojica.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

CONCEPTO DE CUSTODIA

ART. 161.6 CÓDIGO PENAL: *“El autor sea tutor o encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima”.*

N°1994-41 de las nueve horas con veinte minutos del veintiocho de enero de mil novecientos noventa y cuatro de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:**

“I.-[...] 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 sentido idéntico: 2004-1125 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del veinte de setiembre del dos mil cuatro de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.**

N°2019-401 de las ocho horas quince minutos de trece de agosto de dos mil diecinueve del **Tribunal de Apelación del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste.**

“V.-[...] El artículo 161 del Código Penal, dispone en el inciso 6) como causa de agravación del delito que el autor sea tutor o encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima. Sobre el tema, la recurrente cita el antecedente 01125-2004 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en el cual se cita el voto 041-F-1994 de la misma Sala, en el cual se resolvió: “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”. Es decir, jurisprudencialmente se ha establecido, que el concepto de custodia, como elemento normativo del tipo penal de abuso sexual agravado, no es correlativo al concepto que tiene en el derecho de familia”.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

Integración: José Manuel Cisneros Mojica; Gerardo Rubén Alfaro Vargas; y
Cynthia Dumani Stradtman.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

RELACIÓN DE CONFIANZA COMO AGRAVANTE

ART. 161.8 CÓDIGO PENAL: *“El autor se prevalezca de su relación de confianza o autoridad con la víctima o su familia, medie o no relación de parentesco”.*

N°2020-1556 de las dieciséis horas veintiséis minutos del veintiséis de noviembre del dos mil veinte de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia**

II.[...] *Dicho de otro modo, la confianza implica, insalvablemente, una relación anterior marcada por la asimetría; situación que es justamente aprovechada por el sujeto activo para desplegar los actos típicos. Esta aseveración encuentra respaldo en una interpretación literal-gramatical del propio texto legal, pues debe resaltarse que el legislador ha establecido como requisito de tipicidad que “el autor se prevalezca”. Es decir; que la condicionante se erige tras el empleo del verbo “prevalecer”, el cual significa: “1. intr. Dicho de una persona o de una cosa: Sobresalir, tener alguna superioridad o ventaja entre otras .” ([https://dle.rae.es/prevalecer ?m=form](https://dle.rae.es/prevalecer?m=form)) (el destacado no corresponde al original)”.*

Integración: Patricia Solano Castro; Gerardo Rubén Alfaro Vargas; Sandra Eugenia Zúñiga Morales; Maria Elena Gómez Cortés (Mag. suplente); y Rafael Segura Bonilla (Mag. suplente).

N°2015-353 de las diez horas del nueve de junio de dos mil quince del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del tercer Circuito Judicial de Alajuela:**

“IV. Dentro del fundamento de la sentencia, a través de la prueba recabada los jueces confirmaron que efectivamente entre el justiciable y la familia de la menor [Nombre 010] existía una relación previa de amistad y confianza, al grado que el encartado tenía una relación comercial con el padre de la víctima -coordinación de tours turísticos- e incluso le había ofrecido a éste y su familia un lugar para habitar en la parte baja de su propia casa, en donde efectivamente vivía la menor ofendida y su familia para la fecha de los hechos investigados. Se determinó que fue en esa coyuntura en la que el encartado solicitó a los padres de la menor que ésta llegara a laborar a la cafetería de su propiedad, lo cual derivaron los jueces de la declaración de la víctima y de la testigo [Nombre 017] -aunque el imputado dijo que el padre de la menor les ofreció a la menor para ayudar en la cafetería, mientras que su esposa, la testigo [Nombre 008] dijo que ella misma fue quien le pidió al padre de la ofendida que la menor les ayudara-, todo lo cual señala en definitiva que aquella circunstancia de ayuda laboral de parte de la víctima en el mencionado negocio, se suscitó como resultado de la relación de amistad y confianza existente entre el imputado y la familia de la ofendida. El delito investigado se encuentra descrito en el artículo 161 del Código Penal que textualmente indica: “Será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años, quien, de manera abusiva, realice actos con fines sexuales contra una persona menor de edad o incapaz o la obligue a realizarlos al agente, a sí misma o a otra persona, siempre que no constituya delito de violación. La pena será de cuatro a diez años de prisión cuando: 8) El autor se prevalezca de su relación de confianza con la víctima o su familia, medie o no relación de parentesco” (así modificado por Ley 8590 publicada el 30 de agosto de 2007). De manera que aún cuando la menor ofendida señaló en debate que ella particularmente no le tenía confianza al encartado, esa circunstancia no desdibuja la tipicidad de la agravante, puesto que lo que exige el tipo penal es que la conducta de parte del autor del delito sea en función de una relación de confianza con la víctima o bien con la familia de ésta. Dentro de las acepciones que el idioma otorga al vocablo de “confianza” en relación con las personas, están las siguientes: “d e ~.1. loc. adj. Dicho de una persona: Con quien se tiene trato íntimo o familiar. 2. loc. adj. Dicho de una persona: En quien se puede confiar.” (<http://lema.rae.es/drae/?val=confianza>). La experiencia común señala que el significado confianza entre

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

las personas, es percibido fácilmente como una situación de familiaridad y afinidad, de acercamiento físico y/o emocional entre éstas. Precisamente estas situaciones derivadas de la confianza, que propician que un agresor sexual conscientemente saque ventaja de esa relación -en la cual encuentra menos o nulos obstáculos para acometer sexualmente contra una persona menor de edad-, es la acción que el legislador decidió sancionar con mayor rigurosidad, otorgándole una agravante a la conducta”.

Integración: Yadira Godínez Segura; Annia Enríquez Chavarría; y Adriana Escalante Moncada.

N°2020-507 de las once horas cincuenta y cinco minutos del veintisiete de agosto de dos mil veinte del **Tribunal de Apelación del Primer Circuito Judicial de Cartago:**

"ÚNICO- [...] El delito por el cual se encontró responsable al imputado [Nombre 004], se encuentra descrito en el artículo 161 del Código Penal que textualmente indica: "Será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años, quien, de manera abusiva, realice actos con fines sexuales contra una persona menor de edad o incapaz o la obligue a realizarlos al agente, a sí misma o a otra persona, siempre que no constituya delito de violación .” Dicho tipo base se agrava cuando: "... 8) El autor se prevalezca de su relación de confianza con la víctima o su familia, medie o no relación de parentesco." (así modificado por Ley 8590 publicada el 30 de agosto de 2007). Lo que debe determinarse en el caso concreto para aplicar o no esta última previsión legal son dos elementos objetivos básicos: la existencia de una relación de confianza entre el acusado con la perjudicada o con su familia, y que esa circunstancia fue aprovechada por el imputado para cometer el delito, es decir, que la conducta de parte del autor del delito se llevó a cabo en función de ese vínculo. Dentro de las acepciones que el idioma otorga al vocablo de "confianza" en relación con las personas, están las siguientes: "d e ~.1. loc. adj. Dicho de una persona: Con quien se tiene trato íntimo o familiar. 2. loc. adj. Dicho de una persona: En quien se puede confiar." (<http://lema.rae.es/drae/?val=confianza>). Aunado a ello debe considerarse que esa relación de confianza denota en muchos casos una relación de familiaridad y afinidad que permite en algunos supuestos una posibilidad de acercamiento físico y/o emocional, que pueda permitir que el agresor sexual se prevalezca de ello para para acometer sexualmente contra una persona menor de edad ya que la víctima reduce sus niveles de precaución, razón por la cual el legislador decidió sancionar dicha conducta con mayor rigurosidad".

Integración: Marco Mairena Navarro; Xiomara Gutierrez Cruz; y Jaime Robleto Gutierrez.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

**POSICIÓN DE GARANTE NO ES NECESARIA PARA QUE SURJA LA
RELACIÓN DE CONFIANZA**

N°2017-1410 de las ocho horas cincuenta minutos, del veintitrés de noviembre de dos mil diecisiete del **Tribunal de Apelación de Sentencia del Segundo Circuito Judicial de San José:**

“III.- [...] Por otro lado, en cuanto a la relación de confianza que se tuvo por existente entre la ofendida y el imputado, tampoco lleva razón el impugnante. En primer lugar, debe aclararse que no resulta necesario, como parece entenderlo la defensa, que exista una "posición de garante", para que surja la relación de confianza que describe el artículo 161 inciso 8 del Código Penal”.

Integración: Laura Murillo Mora; Patricia Vargas González; y Mario Alberto Porras Villalta.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

**LA CONCURRENCIA DE VARIOS AGRAVANTES PUEDE AUMENTAR
EL REPROCHE SIN QUE ESTO IMPLIQUE NECESARIAMENTE UN
VICIO DE DOBLE VALORACIÓN**

N°2014-1024 de las ocho horas con doce minutos del cinco de junio de dos mil catorce del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José:**

“II.- [...]En tercer lugar, del resto de la motivación solo se infiere que han habido dos agravantes: que la ofendida era menor de 13 años de edad y que el encartado era su tío político (incisos 1 y 7 del numeral 161 del Código Penal). Esta Cámara ha indicado, reiteradamente, que si en un determinado asunto concurren dos causales de agravación, eso es válido para aumentar el juicio de reproche, desde que los elementos del tipo agravado se habrían cumplido con una sola de ellas y, entonces, no se da la doble valoración de los elementos objetivos del tipo”.

Integración: Rosaura Chinchilla Calderón; Rafael Gullock Vargas; y Lilliana García Vargas.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

**CLANDESTINIDAD Y VIOLENCIA MÁS ALLÁ DE LA NECESARIA
COMO ELEMENTOS A VALORAR EN EL REPROCHE**

N°2020-122 de las diez horas del veintiséis de marzo de dos mil diecinueve del **Tribunal de Apelación del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste:**

"II. [...]Al escuchar el fallo, que dictado de forma oral, se comprende que, a pesar de citar en reiteradas oportunidades los supuestos contenidos en los incisos uno y dos del guarismo 161 del código sustantivo, son las circunstancias paralelas a la agresión sexual, como la clandestinidad que se procura el imputado para acometer contra su víctima y el uso de la violencia distinta de la necesaria para agotar el tipo (como lo es el sujetarla y arrojarla al suelo o tomarla por el cuello) las que motivan la decisión. Es importante anotar aquí que no se trata de una doble valoración, pues, la vulnerabilidad de la menor, la que se tiene del abordaje inicial y de la diferencia de edad entre agresor y víctima se utilizan para encuadrar el hecho en el tipo penal agravado, una vez realizada esa labor, corresponde ponderar la pena a imponer entre dos extremos. Si bien la dosimetría de la pena no tiene un desarrollo tan claro en nuestra legislación, producto de la carencia que representa no contar con una ley de ejecución de la pena, la doctrina y el desarrollo jurisprudencial permiten reconocer los dos momentos esenciales, el primero es el de la legitimación de la sanción (que se corresponde con las razones que validan autorizan al Estado para imponer una determinada pena); y el segundo, la finalidad de la pena (respondiendo a la pregunta: ¿para qué sirve la sanción?). El estadio de la legitimación, está asociada a lo que llamamos el reproche por el injusto, que implica que, ante la existencia de una quebranto al ordenamiento que lesiona bienes jurídicos de relevancia penal (en algunos casos la puesta en peligro es suficiente), el aparato represor se encuentra habilitado para actuar; este estadio permite establecer un límite al castigo, asociado al hecho y las condiciones objetivas de su realización, que impide (como parte de un ejercicio dialéctico de autolimitación) respuestas "curativas" o "rehabilitadoras", que resultan de suyo ilegales, así como propuestas resocializadoras desproporcionadas. Es útil agregar aquí que la determinación del quantum, en este momento del ejercicio de determinación represiva, está relacionado exclusivamente con aquellos datos del suceso que razonablemente pudo controlar el justiciable. Tampoco resultaría válido aumentar el reproche por circunstancias no acusadas, en el tanto representen para sorpresa para la defensa. El segundo momento, el estadio del examen de la finalidad, propone la adecuación de la pena a las razones válidamente aceptadas para la sanción, es decir, permitir que el individuo sometido a la represión interiorice la escala de valores y bienes jurídicos que la sociedad tiene en estima como indispensables para garantizar la convivencia social; lo anterior, a su vez, impide la imposición de penas draconianas asociadas a la sensibilidad que pueda despertar ciertos hechos en los operadores jurídicos. Solo mediante la racionalización del acto de castigar se puede alejar el fantasma de la venganza de los pasillos judiciales".

Integración: José Manuel Cisneros Mojica; Wilson Flores Fallas; y Max Escalante Quirós.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

**AFECTACIONES A TERCERAS PERSONAS NO PUEDE SERVIR PARA
FUNDAMENTAR EL REPROCHE**

N°2020-602 de las dieciséis horas del nueve de octubre de dos mil veinte del
Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago:

"III-[...]. Los juzgadores utilizaron para establecer el monto de pena, un año más que el mínimo previsto por el tipo penal, circunstancias ya de por sí consideradas en la descripción típica del delito. La mención a aspectos como la vulnerabilidad de la ofendida, la imposibilidad de esta para defenderse, la utilización de violencia corporal, la relación de confianza existente, ya se encuentran establecidos en los diferentes incisos que componen el tipo objetivo fijado en el numeral 161 del Código Penal. Por lo que al ponderarlos como criterio para la fijación de la pena surge el vicio aludido por el recurrente. Lo mismo debe decirse con relación al criterio expuesto en dicho extremo del fallo en lo atinente a los perjuicios morales sufridos por [Nombre 002], hermano de la ofendida, ya que el bien jurídico tutelado por la norma y cuya afectación es uno de los lineamientos para la dosimetría sancionatoria, corresponde a la menor ofendida y no a este último. Debido a ello, existiendo un defecto en el razonamiento de los jueces en punto a la sanción penal, se dispone la ineficacia del fallo únicamente de dicho apartado, ordenándose el correspondiente juicio de reenvío para discutir nuevamente la sanción a imponer."

Integración: Marco Mairena Navarro; Xiomara Gutierrez Cruz; e Iris Valverde Usaga.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

**FALTA DE ARREPENTIMIENTO O COLABORACIÓN DEL IMPUTADO,
NACIONALIDAD, TENENCIA DE UNAS DOSIS DE COCAÍNA, O DE DOS
PAREJAS SENTIMENTALES, NO SON ARGUMENTOS VÁLIDOS PARA
AUMENTAR EL REPROCHE**

N°2018-1512 de las nueve horas cuarenta minutos del veintinueve de octubre de dos mil dieciocho del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José:**

“II.- [...] El reclamo es atendible. Esto así, porque del análisis integral del fallo y, en particular, con lo que se refiere a la fijación de la pena, aspecto tratado en el fallo oral en la secuencia 01:07:53 a 01:23:45, se denota que la fundamentación resulta deficitaria, pues aun dejando de lado que la mayoría del Tribunal, los jueces Charpantier Ugarte y Angulo De la O se decantaron por un quantum de cinco años de prisión, y por minoría, el juez Ghesquiere Briceño impuso cuatro años y seis meses de prisión, que fue la penalidad que solicitó el representante del Ministerio Público en sus conclusiones (archivo número 180004471283PE-12082018014710-2_Multimedia--0, en la secuencia 01:52:29), se percibe que, tal y como lo advierte el representante fiscal de impugnaciones, al fijar el extremo sancionatorio el Tribunal no solo incurrió en justificaciones que rozan con preceptos constitucionales sino en una doble valoración de la conducta atribuida al imputado para razonar el extremo de cinco años de prisión que se impuso, sin que tampoco se estableciera de manera puntual, cuál es la consideración que explica el aumento de la sanción sobre el extremo mínimo, al tanto que pueda garantizarse que la pena impuesta al acusado [Nombre 001] resultó razonable y proporcional al reproche penal que se le hace. El Tribunal para fijar la sanción en los extremos señalados toma en consideración la edad de la víctima, la afectación que tuvo, como que el acusado no mostró arrepentimiento ni reconoció el hecho y más bien, al momento del hecho, se sonreía, lo que se interpretó como una burla para la víctima, estimando igualmente que evadió su responsabilidad e incluso le endilgó a la víctima la comisión de una calumnia en su perjuicio, además de que es un ciudadano extranjero indocumentado, mayor de edad. No obstante, la minoridad de la ofendida es un aspecto propio del tipo penal que agrava la pena entrándose de una persona menor de quince años, por lo que la edad de la víctima es un parámetro contemplado por el tipo penal base (artículo 161, inciso 1) del Código Penal) para agravar la conducta. Es claro, también, que todo aquel que sufre algún delito, máxime en los de índole sexual, sufre una afectación emocional importante, que si bien ha de tomarse en consideración a efecto de la pena, es evidente que para potenciar una mayor recriminación debe vincularse con la propia víctima, desde que no todas las personas reaccionan de igual forma ante un delito, por lo que si bien la ofendida quedó con temor de que le vuelva a suceder un hecho de similar naturaleza o, incluso, de volverse a encontrar con el imputado, no se fundamenta la incidencia de ese estado emocional para avalar una sanción mayor a la que señala la norma. Tampoco se entiende cómo, para explicar la penalidad, para el Tribunal resulta más reprochable que el imputado haya agarrado el seno a la víctima, a que solo hubiera sido un tocamiento pasajero, desde que ambas acciones, ejecutadas dolosamente, configuran el tipo penal acusado. Respecto a la falta de arrepentimiento o que el imputado no haya reconocido la autoría del hecho, o haya dado versiones que no corresponden a lo demostrado en juicio, por lo que se considera miente, o que es un ciudadano extranjero indocumentado no lucen argumentos válidos. En relación con la improcedencia de tales argumentaciones, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que: “...la FALTA DE ARREPENTIMIENTO del justiciable, factor que no puede ser considerado para fijar la sanción establecida, conforme lo ha expuesto la Sala en otras oportunidades (ver, entre otras, las resoluciones No. 813-05, de 22 de julio de 2005; No. 81-08, de 8 de febrero de 2008 y la No. 265-08, de 28 de marzo de 2008), pues amén del valor fundamental del principio de inocencia y de que a nadie puede exigírsele, desde el punto de vista jurídico, que se arrepienta de sus actos, lo que la ley permite considerar es el efectivo arrepentimiento y los actos posteriores al delito por los que el autor pretenda revertir sus efectos lesivos, consideración que, a contrario sensu, favorece al justiciable. Baste recordar que dicha circunstancia no puede ser utilizada por los Jueces en perjuicio del imputado, puesto que se entiende como una extensión del derecho de abstención”. (El resaltado es del original. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, N° 2017-00897, de las 9:47 horas, del 11 de octubre de 2017), sino también, este

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

Tribunal, desde vieja data señaló que: "Respecto al arrepentimiento que menciona el juzgador, como lo ha señalado reiteradamente esta Cámara, tal exigencia conculca el derecho de defensa, pues impone la obligación de reconocer y arrepentirse de los hechos, ignorando que casualmente el encausado tiene pleno derecho de guardar silencio y no colaborar, de ninguna manera, en su autoincriminación". (Tribunal de Casación Penal, N° 566-F-98, a a las 11:15 horas del 18 de agosto de 1998). Por lo que, entonces, haber considerado la falta de arrepentimiento o de colaboración del imputado, o su nacionalidad, o que al momento de su detención llevaba consigo unas dosis de cocaína, o que tuviera dos parejas sentimentales, no son argumentos válidos para fijar la pena, ni menos utilizarlos para aumentar el extremo punitivo que se aplicó. En similar sentido, si el imputado [Nombre 001], al momento de su detención, alegó ante la autoridad policial que se trataba de una calumnia de la ofendida, no puede estimarse que trató de endilgarle un delito a la víctima que, por consiguiente, repercute en la imposición de la pena, sino más bien como un argumento de su defensa material y, como tal, cobijado por el derecho de defensa y a la no autoincriminación. En el presente caso, aun cuando el Tribunal brinda explicaciones para fundamentar la pena que impone determinando que no era factible la pena mínima de cuatro años de prisión, como lo alega la recurrente a nombre del imputado, se basó en consideraciones que resultan inatendibles en concordancia con el debido proceso y el grado de culpabilidad, lo que implica que la fundamentación del fallo no satisface las previsiones normativas ni tampoco, justificadamente, las expectativas del propio apelante, por lo que procede acoger el segundo reclamo del recurso, anular parcialmente la sentencia solo en cuanto a la fijación de la pena se refiere, ordenando el reenvío para nueva sustanciación de ese extremo. En todo lo demás, permanece incólume lo resuelto."

Integración: Edwin Salinas Durán, Jorge Luis Arce Víquez; e Iris Lucía Valverde Usaga.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

**DEBE FUNDAMENTARSE LAS RAZONES POR LAS QUE LA
AFECTACIÓN EMOCIONAL A LA VÍCTIMA AUMENTA EL REPROCHE
PENAL**

N°2020-32 de las trece horas dieciocho minutos del veintitrés de enero de dos mil veinte del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela**:

“Pues bien, con respecto al primer punto, tomando en consideración la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados por el artículo 161 del Código Penal, esta clase de agresiones sexuales son desvaloradas por el legislador, justamente porque en el caso de las personas menores de edad, por encontrarse en etapas de desarrollo, es esperable que tales conductas abusivas produzcan una afectación emocional y/o psicológica a las víctimas, cuya magnitud y alcances deben ser valorados en cada caso concreto. Para esta valoración, naturalmente, ha de tomarse en consideración las condiciones particulares de las víctimas y el material probatorio de que disponga el Tribunal (v. gr. declaración de la persona directamente ofendida, testimonios de familiares cercanos, dictámenes psicológicos forenses o estudios de trabajo social, etc.). Pero la sola mención abstracta de que una determinada víctima sufrió una “afectación emocional”, al ser una consecuencia común en esta clase de hechos punibles, es insuficiente para incrementar el juicio de reproche si no va acompañada de una adecuada ponderación de su gravedad en el caso concreto. Dicho de otra manera, no bastan las referencias genéricas de que un abuso sexual perturbó la vida de una víctima específica, sino además con cuánta intensidad y por qué ello justifica un incremento en el juicio de reproche al acusado”.

Integración: José Alberto Rojas Chacón; Ana Lucrecia Hernández Chavarría; y Francisco Lemus Víquez.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

IMPOSIBILIDAD DEL PERDÓN JUDICIAL

N°2008-1207 de las diez horas doce minutos del veintisiete de octubre del dos mil ocho de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia**:

“II- [...]. Asimismo, la prohibición legal que existía en el artículo 93 inciso 7 (hoy derogado por la Ley N ° 8590 del 18 de julio del 2007) era expresa en el sentido de que “El Juez no podrá otorgar el perdón si el Patronato Nacional de la Infancia se opone cuando la persona ofendida fuere menor de edad”. Es interesante resaltar que la derogatoria de esta norma, si bien, no afectaba al presente asunto, al menos sí evidencia la intención del legislador de eliminar el perdón judicial para los delitos sexuales”.

Integración: Lilliana García Vargas (Mag. suplente); Carlos Estrada Navas (Mag. suplente); Luis Víquez Arias (Mag. suplente); María Elena Gómez Cortés (Mag. suplente); y Rafael Sanabria Rojas (Mag. suplente).

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

SÍNDROME DE ACOMODACIÓN

“Víctima de agresiones sexuales. La situación anímica de esta víctima, traumatizada por la experiencia delictiva, reviste particular vulnerabilidad. Necesita, como pocas otras, una asistencia personal y psicológica inmediata, sostenida, apoyo que nadie mejor que asociaciones privadas de ayuda a esta clase de víctimas pueden dispensar con conocimiento de esta causa. Suele ser reacia a la denuncia de los hechos y a la colaboración con el sistema legal (por temor a la publicidad de los mismos, o a posibles represalias del autor, o consciente de las dificultades probatorias) y su comprensible susceptibilidad y desconfianza hacen que interprete como hostiles incluso trámites y diligencias rutinarias de la policía o la oficina judicial. La victimización secundaria es particularmente acusada en estos delitos. Cada actuación procesal retrotrae a la víctima en el tiempo al drama que padeció y se ve obligada a revivir. Percibe muy negativamente las actitudes de los funcionarios no especializados que la interrogan sobre las circunstancias de la agresión sexual, viendo en las mismas un reproche o acusación velada a su propia conducta. La versión manipuladora del defensor de quien la agredió, culpabilizándola, a menudo, ante el propio Tribunal de lo sucedido opera como una humillación ulterior difícil de superar; humillación que se agravará más aún si la sentencia es absolutoria o prosperan conocidas técnicas de neutralización a favor del agresor (“algo habrá hecho para que le suceda lo que le ocurrió ...”, “se lo mereció por haberlo provocado ...” etc.)”

Antonio García Pablos de Molina. *Tratado de criminología*. 2009. Valencia: Tirant lo Blanch, p.188.

“También suelen producir distintos síntomas dependiendo de la etapa de desarrollo en la que se encuentra el menor. Por ejemplo, los niños de preescolar suelen tener pesadillas, trastorno por estrés postraumático, lesiones físicas y comportamientos sexuales inapropiados. Los niños de edad escolar, por su parte, suelen presentar efectos como miedo, enfermedades mentales, agresiones, pesadillas, problemas escolares, hiperactividad y regresión. En cuanto a los

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

adolescentes, a menudo muestran síntomas relacionados con la depresión, retraimiento, comportamiento suicida o las autolesiones, las actividades ilegales, las fugas de casa y el abuso de sustancias tóxicas, así como problemas escolares y de aprendizaje”.

William L. Marshall. *Agresores sexuales*. 2001. Barcelona, España: Ariel, p.24.

N°2009-862 de las catorce horas y treinta y tres minutos del uno de julio del dos mil nueve de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:**

“II.- [...] En reiteradas ocasiones el punto referido a las repercusiones psicológicas del abusosexual en menores de edad y las etapas por las que suele atravesar el menor víctima de esos hechos, ha sido objeto de estudios e Investigaciones que han demostrado precisamente que la mayoría de los abusadores de personas menores de edad son familiares o bien, personas muy allegadas a su ámbito familiar o su círculo de desenvolvimiento y por lo tanto forman parte de su círculo de confianza (vecinos, amigos de la familia, maestros, etc). Las diversas consecuencias psicológicas que tiene el abuso sexual en el menor, fueron denominadas por el Dr. Roland Summit como "Síndrome de acomodación del abuso sexual de menores", y se refiere a cinco categorías específicas: 1) Ocultamiento; 2) Desamparo; 3) Acorralamiento y acomodación; 4) Denuncia tardía, conflictiva y poco convincente; y 5) Retracción. El menor de edad opta por no revelar el secreto y aceptar su situación aprendiendo a sobrevivir con el vejamen. Al respecto, la jurisprudencia de casación penal ha indicado: “[...] 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”.

Integración: José Manuel Arroyo Gutiérrez; Jesús Alberto Ramírez Quirós; Alfonso Chaves Ramírez; Magda Pereira Villalobos; y Carlos Chinchilla Sandí.

N°2020-78 de las dieciséis horas treinta minutos del treinta y uno de enero de dos mil veinte del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del tercer Circuito Judicial de Alajuela:**

“I- [...] En reiteradas ocasiones el punto referido a las repercusiones psicológicas del abuso sexual en menores de edad y las etapas por las que suele atravesar el menor víctima de esos hechos, ha sido objeto de estudios e Investigaciones que han demostrado precisamente que la mayoría de los abusadores de personas menores de edad son familiares o bien, personas muy allegadas a su ámbito familiar o su círculo de desenvolvimiento y por lo tanto forman parte de su círculo de confianza (vecinos, amigos de la familia, maestros, etc). Las diversas consecuencias psicológicas que tiene el abuso sexual en el menor, fueron denominadas por el Dr. Roland Summit como "Síndrome de acomodación del abuso sexual de menores", y se refiere a cinco categorías específicas: 1) Ocultamiento; 2) Desamparo; 3) Acorralamiento y acomodación; 4) Denuncia tardía, conflictiva y poco convincente; y 5) Retracción. El menor de edad opta por no revelar el secreto y aceptar su situación aprendiendo a sobrevivir con el vejamen. Al respecto, la jurisprudencia de casación penal ha indicado:

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

"[...] 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." No concuerda esta Sala con que la reacción de la menor debió haber huido de su agresor o bien, repudiarlo, pues ello riñe con las reglas de la sana crítica. Mucho menos comparte este Tribunal que existan elementos para determinar que la menor inventó los hechos para llamar la atención del padre como consecuencia de la respuesta al síndrome de Electra, argumento que no pasa de ser una especulación sin fundamento alguno. En virtud de lo anteriormente señalado y al ser manifiestamente incorrecta la valoración de la prueba y los razonamientos que el Tribunal de mérito plasmó en el fallo, se declara con lugar el recurso de casación, se anula la sentencia y el debate que le precedió y se ordena el reenvío de la causa para una nueva sustanciación conforme a derecho" (Sala Tercera, voto No. 862-2009 de las 14:33 horas del 2 de julio de 2009)".

Integración: José Alberto Rojas Chacón; Ana Lucrecia Hernández Chavarría; y Francisco Lemus Víquez.

N°2018-1563 de las once horas cuarenta minutos del ocho de noviembre de dos mil dieciocho del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José:**

68

"II.- [...] En relación con el tema que introdujo el defensor, en cuanto a la implantación de memoria, esta Cámara, bajo la denominación de Tribunal de Casación Penal, indicó: " §1. En primer lugar, es importante indicar que la debate en la psicología y psiquiatría forenses, entre lo que se denomina el "Síndrome Summit" (o Síndrome de Acomodación Infantil documentado a partir de estudios de Roland Summit de 1984) versus los estudios de Coleman y Clancy referentes a la sugestionabilidad de las personas menores de edad (debate que surge en Estados Unidos desde las décadas de los años ochenta y noventa del siglo anterior), es un tema de mucha actualidad que, en nuestro país, escasamente ha sido abordado y en la mayoría de los casos gracias a las intervenciones de profesionales como Ramón González Magdalena, Luis Diego Herrera Amiguetti, Gioconda Batres y Willy Hoffmaister Torres. Aquel síndrome, en términos muy generales, establece que cuando los niños o niñas son abusados sexualmente pueden detectarse cinco etapas o categorías (cfr.: SUMMIT, Roland. El síndrome de acomodación al abuso sexual de niños. reproducido por PANIAMOR con permiso de Child Abuse and Neglect, vol. 7, pp. 177-192, Pergamon Press Ltd., 1983 a través de documento mimeografiado; BATRES MÉNDEZ, Gioconda. Del ultraje a la esperanza: tratamiento de las secuelas del incesto. ILANUD, 2ª edición, San José, 1997 y GONZÁLEZ PINTO. Jorge Alberto. Abordaje de ofendidos en situaciones de violencia intrafamiliar, abuso sexual y menores involucrados en procesos familiares. UNICEF- Escuela Judicial, San José, 2º edición, 2001) que son: a)- el ocultamiento: El abusador recurre a expresiones como "Este es nuestro secreto, nadie más podría entenderlo; no se lo digas a nadie; nadie va a creerle; tu madre, si se entera, te odiará para siempre; destruirás a la familia y terminarán todos en un orfanato", para que la víctima no cuente ni busque ayuda. b)- el desamparo: se produce una traición de las relaciones vitales y el abandono de los tutores (padres, maestros, religiosos, profesionales acreditados en cualquier área) y la aniquilación de la seguridad básica que provee la familia pues muchas veces el agresor forma parte de esos círculos de protección que el infante percibe como tales; c)- el acorralamiento o acomodación: el niño o niña siente que no hay salida o escapatoria para lo que vive, está indefenso y, sin embargo, la constante victimización le permite tener, de algún modo, una

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

sensación de poder y control (no destruir a la familia tal y como lo interiorizó en la fase de ocultamiento). No concibe que quien deba protegerle le esté causando daño; d)- la denuncia tardía, conflictiva y poco convincente: el abuso suele callarse por tiempo indefinido -lo que ha generado que en el decreto legislativo referente al fortalecimiento de la lucha contra la explotación sexual de las personas menores de edad, pronto a ser ley de la República pues falta su publicación se contemple que el inicio del cómputo de la prescripción surge hasta que la víctima sea mayor de edad- salvo que la víctima observe que le está ocurriendo lo mismo a alguna amiga o familiar cercana en cuyo caso o que el hecho se descubra incidentalmente en cuyo caso el tiempo que ha durado y la falta de conocimiento de terceros, se revierten contra la víctima en términos de que lo consintió, lo inventó, etc. e)-la retractación: la revelación suele generar caos familiar y económico, el juicio se revierte contra la víctima y ello hace que ella tienda a retractarse, salvo que exista un proceso de contención psicológica, económica y familiar. Frente a ello, los estudios de Coleman y Clancy han establecido que los niños y niñas son fácilmente sugestionables (cfr.: COLEMAN, Lee y CLANCY, Patrick. *False allegations of child sexual abuse. Why is it happening?*. En: *Criminal Justice*, Chicago, Volumen 5, N° 3, 1990, pp. 15-20; Matamoros, María. "Los dilemas del testimonio de menores (sugestionabilidad y credibilidad) y los fines de la justicia". En: *Revista Iustitia*, N° 160, año N° 14, pp. 29-34 y GUILLÉN RODRÍGUEZ, Ileana. *La valoración del testimonio de menores en delitos sexuales*. Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 1ª edición, 2005), de modo tal que entre menos sean interrogados sobre el tema y que, cuando lo sean, éste se haga de forma correcta disminuyendo los sesgos del entrevistador y tratando de excluir el uso de los modelos humanos anatómicamente detallados (MAD'S) por las críticas que se han derivado de éstos, disminuirá el riesgo de sugestionabilidad. Ésto último ha generado lo que se conoce como "memoria implantada o falsos recuerdos". El debate mencionado le da un elemento adicional a la de por sí delicada labor de decidir pues, en el tema del abuso sexual infantil, los modelos teóricos descritos han hecho que se pase por tres etapas: a)- el considerar que siempre los niños y niñas mentían sobre el abuso, lo que acentuaba su vulnerabilidad y desprotección jurídica; b)- la desmitificación que sobre el tema hace Summit luego de la cual todo les es creído llegándose a extremos absurdos como el sostener que si el infante no se retracta dice la verdad y que si se retracta también porque ello es producto del abuso, lo que pone en una situación difícil a quienes resultan señalados de cometer hechos ya que el niño o niña es el principal o único testigo y c)- el considerar que el relato del niño obedece a una memoria implantada ante la ausencia, en nuestro medio, de programas y técnicas para abordar a las víctimas en las primera etapas del proceso y aún en el debate. En nuestro país, pese a las intenciones legislativas (artículos 212 y 221 del Código Procesal Penal y 124 a 127 del Código de la Niñez y la Adolescencia) no es sino en los dos últimos años en que se instaura la Cámara Gesell y no para todo el país y aún son muchas entrevistas a los niños, la mayoría de forma no apropiada. Puestos en situaciones extremas, la ausencia de un protocolo de interrogación o la multiplicidad de entrevistas conllevaría, siguiendo las tesis de Coleman y Clancy, a que no pudiera condenarse en ningún caso ante la posibilidad, así sea remota, de que el infante hubiera sido sugestionado, posibilidad que introduce una duda que implica resolver a favor del acusado. Obviamente la tesis es extrema y, por ello, tiene elementos de absurdo, como la tuvo la otra de Summit referente a la consideración automática de la retractación. Se evidencia, entonces, cómo ha de tenerse extremo cuidado ante los dos sensibles intereses en juego: la integridad de las víctimas y la libertad de los acusados. No puede afirmarse, sin más, que en todos los asuntos sexuales deba creerse al denunciante y condenarse pese a imprecisiones graves espacio-temporales o circunstanciales ni, tampoco, lo contrario ante la ausencia de aquel protocolo y la existencia de principios como la libertad probatoria y la valoración de la prueba conforme a la sana crítica. §2. Ante las evidencias de sesgos documentadas por ambas teorías, quien juzga esta clase de delitos ha de ser particularmente riguroso/a en el análisis de la prueba lo que implica, entonces, un examen detenido y específico del caso concreto, sin que puedan usarse como pretextos, para arribar a una decisión u otra, la dificultad del interrogatorio a niños/as, la dificultad de análisis de su discurso ante la ausencia de categorías cognoscitivas en desarrollo, la posibilidad de sugestionabilidad, etc." (Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, resolución número 925, de las 16:20 horas del 17 de agosto de 2007)".

Integración: Ana Isabel Solís Zamora; Rosaura Chinchilla Calderón; y Raúl Madrigal Lizano.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

N°2017-99 de las trece horas treinta y cinco minutos, del veintiséis de enero de dos mil diecisiete del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José:**

“1. – [...] Claro está, tomando en consideración que, en situaciones excepcionales, y a efecto de tutelar el acceso a la justicia de las víctimas, se ha aceptado algún grado de indeterminación en la descripción del hecho, usualmente en cuando a la ubicación espacio temporal del mismo, y referente a aspectos no esenciales de la imputación, que en forma definitiva no afectarían el derecho de defensa de la persona a quien se le atribuye. Así se ha resuelto por la jurisprudencia nacional: “[...] En materia de abuso sexual de menores, no puede pretenderse un relato lineal y absolutamente coincidente en todos los casos y respecto de todos los detalles. Tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala y como resulta de numerosos estudios que sobre el tema se han desarrollado y que conforman una importante fuente de reglas de la experiencia y la psicología a tenerse en cuenta en estos casos, los menores no están ni física, ni emocional ni psicológicamente preparados para enfrentar eventos de esta naturaleza, esto condiciona no sólo sus reacciones inmediatas y por ello los cambios en su comportamiento, sino además la verbalización que hagan de lo sucedido, pues las reacciones del entorno, de sus seres cercanos o de personas desconocidas, pueden provocar que el menor omita detalles, sea más explícito en algunas oportunidades o del todo se retracte, producto de lo que se conoce en psicología como el “síndrome de acomodación” que es un fenómeno que se presenta en los niños víctimas de abuso sexual y que los lleva a tratar de manejar no sólo sus propias sensaciones y sentimientos frente a lo sucedido, sino a tratar de adaptarse a su entorno y a manejar la culpa que en muchos casos se presenta, sobre todo si el abusador es alguien ligado por parentesco o afecto a la víctima. El temor a la reacción de los demás, la vergüenza de revivir lo sucedido, la necesidad de contar lo menor posible o de ocultar detalles graves pueden explicarse por estos referentes que se han señalado y que deben tener los Juzgadores muy en cuenta para no caer en el error de considerar a un menor falaz porque los detalles no son coincidentes o han variado o están ausentes unos detalles, entre uno y otro relato [...]” precedente número 366-05, de las 8:45 horas, del 6 de mayo de 2005 de esta Sala (en mismo sentido consúltese, entre otros, los precedentes número 1168-04, de las 9:40 horas, del 1º de octubre de 2004, 50-05, de las 9:40 horas, del 4 de febrero y 511-05, de las 9:40 horas, del 2 de junio, ambas de 2005, 1112-06, de las 15:05 horas, del 1º de noviembre de 2006, 312-07, de las 10:10 horas, del 28 de marzo y 1201-07, de las 14:55 horas, del 24 de octubre, ambos de 2007, 747-08 de las 11:15 horas, del 18 de julio del año en curso)...” (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 2008-01301, de las 09:24 horas, del 7 de noviembre de 2008).”

70

Integración: Mayid González González; Roy Antonio Badilla Rojas; y Elizabeth Montero Mena.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

**EL PRINCIPIO DE LIBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERMITE
SUSTENTAR UNA CONDENATORIA EXCLUSIVAMENTE EN LA
DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA**

“El método de libre convicción o sana crítica racional (ambas formulas tienen el mismo significado) consiste en que la ley no impone normas generales para acreditar algunos hechos delictivos (como las relativas al cuerpo del delito) ni determina abstractamente el valor de las pruebas, sino que deja al juzgador en libertad para admitir toda prueba que estime útil al esclarecimiento de la verdad (en principio todo se puede probar y por cualquier medio), y para apreciarla conforme a las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común. Estas reglas de la sana crítica racional, del “correcto entendimiento humano”, como dice Couture-contingentes y variables con relación a la existencia del tiempo y del lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia- son las únicas que gobiernan el juicio del magistrado”.

Alfredo Vélez Mariconde. Derecho Procesal Penal, Vol. I. 1982. Córdoba, Argentina: Editorial Marcos Lerner, pp.361-363.

“La sana crítica implica que en la valoración de la prueba, el juez adquiera la convicción observando las leyes lógicas de pensamiento, en una secuencia razonada y normal de correspondencia entre estas y los hechos motivo del análisis, por lo que el criterio valorativo debe estar basado en un juicio lógico, en la experiencia y en los hechos sometidos al juzgamiento, no debiendo derivar solo de los elementos psicológicos desvinculados de la situación fáctica, requiriendo al mismo tiempo la libertad para apreciar las pruebas que de acuerdo a la lógica y las reglas de la experiencia, que según el criterio del juez sean aplicables al caso”.

José Alberto Rojas Chacón y Manuel Gómez Delgado. Apelación, Casación y Revisión de la sentencia penal. 2011. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, p.119.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

N°2016-703 de las nueve horas del trece de mayo de dos mil dieciséis del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José:

"II.- [...] Por otra parte, contrario a lo indicado por el gestionante, el Tribunal si contó con prueba válida y suficiente para el dictado de la sentencia condenatoria. En tal sentido se recibió, entre otros, los testimonios del menor de edad ofendido y de su madre [Nombre 004]. La circunstancia de que, a excepción de la propia víctima, no haya más testigos presenciales no es un factor, que haga necesariamente, surgir una duda favorable a los intereses del acusado. En efecto, debe tenerse presente, como incluso se hizo constar en el fallo (ver folio 92 vuelto), que la declaración de la persona ofendida si puede ser suficiente, para sustentar una sentencia condenatoria, pues en nuestro sistema rige el principio de libertad probatoria de modo que, no se precisa que, a su vez, deba estar respaldada por otra prueba directa. En tal sentido," el numeral 182 establece la libertad probatoria (propia de los sistemas de corte acusatorio), según la cual 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 ley. Lo anterior significa que, contrario a aquellos regímenes de naturaleza inquisitiva en los cuales -entre otras- impera la característica de que el valor que el juez deberá otorgarle a las pruebas viene pre-fijado por el legislador de antemano, quien le señala a aquel cuáles son las reglas que obligatoriamente tiene que seguir en dicho proceso valorativo (prueba tasada), en el modelo vigente en nuestro país más bien rige la libre convicción, según el cual el juez es libre para valorar las pruebas y darles el valor que estime conveniente, sólo limitado en dicha labor por las reglas de la debida motivación y el respeto a las máximas de la sana crítica racional" (Sala Tercera, N° 2004-514, de las 12:50 horas, del 14 de mayo de 2004). Criterio que ha sido señalado en forma reiterada por la Sala Constitucional al referir, mediante votos números 1739-92 y 2002-6511: "El principio de la amplitud de la prueba: Supuesto que la finalidad del procedimiento es ante todo la averiguación real de los hechos, tanto el Ministerio Público como el juez tienen el deber de investigar esa verdad objetiva y diligentemente, sin desdeñar ningún medio legítimo de prueba, sobre todo si ofrecida por la defensa no resulta manifiestamente impertinente, e inclusive ordenando para mejor proveer la que sea necesaria, aun si ofrecida irregular o extemporáneamente. En material penal todo se puede probar y por cualquier medio legítimo, lo cual implica, desde luego, la prohibición absoluta de valerse de medios probatorios ilegítimos y de darles a éstos, si de hecho los hubiera, alguna trascendencia, formal o material" (el destacado es suplido). El Tribunal de mérito merced al contradictorio, recibió la declaración del menor ofendido, quien señaló en lo conducente, como en una única ocasión, el encartado lo llamó a la oficina, lugar donde se encontraba solo, y luego de un intercambio breve de palabras, aprovechó para tocarle el pene por encima de la ropa. Esta manifestación le resultó a los juzgadores sincera, creíble y contundente, así como se trató de un relato que resultó coincidente, con lo que el menor le indicó a su madre al respecto".

72

Integración: Ingrid Estrada Venegas; Edwin Esteban Jiménez González; y Edwin Salinas Durán.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

**LAS PREMISAS “LOS NIÑOS Y NIÑAS SIEMPRE MIENTEN” O
“SIEMPRE DICEN LA VERDAD” SON GENERALIZACIONES
CONTRARIAS A LA REGLA DE LA SANA CRÍTICA**

N°2013-278 de las ocho horas y trece minutos del veintiséis de febrero del dos mil trece de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:**

"1.[...] Con relación al tema de la credibilidad de la declaración del menor siendo víctima en el proceso penal, resulta importante señalar en primer término que, el considerar que siempre los niños y niñas mienten o que sus declaraciones son todas creíbles respecto al abuso o la violación, son tesis extremas que no consideran las reglas de la sana crítica. Pues, los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso, pueden demostrarse empleando cualquier medio de prueba, siempre y cuando sea lícito, así lo establece el artículo 182 del Código Procesal Penal. Así, con relación al tema de la fundamentación intelectual, el Tribunal a través de los principios del contradictorio y de la inmediación de la prueba, -entre otros- retores del juicio penal, otorgó valor probatorio de cargo al testimonio de la víctima".

Integración: José Manuel Arroyo Gutiérrez; Jesús Alberto Ramírez Quirós; Carlos Chinchilla Sandí; Doris Arias Madrigal; y Sandra Eugenia Zúñiga Morales (Mag. suplente).

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

VALOR PROBATORIO DEL LENGUAJE PARAVERBAL Y CORPORAL

N°2014-1024 de las ocho horas con doce minutos del cinco de junio de dos mil catorce del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José:**

"1.- [...] El Tribunal de instancia expresó que arribó a la credibilidad de la versión de la ofendida, no solo por el correlato entre esta, con la de su madre y la denuncia (que, entonces, sí fue valorada, sin que quepa hacer contraposiciones entre ésta y la declaración oral, como lo pretende la impugnante, pues son recibidas con principios distintos: una sin intermediación, contradictorio, presencia de partes, etc. y otra con respeto pleno de todos esos principios, por lo que siempre lo obtenido en el juicio es mucho más amplio que lo narrado en otras etapas, para fines específicos de algunos operadores jurídicos), sino valorando la declaración verbal con el lenguaje corporal de los declarantes. Tal vez los jueces de instancia incurrieron en algunas imprecisiones, al señalar que esos eran los dos únicos aspectos a ponderar, o, al no razonar más ampliamente, por qué el valorar esos elementos era importante, pero lo cierto es que las reglas de la psicología y la experiencia, integrantes de la sana crítica, determinan que el lenguaje paraverbal (tono de voz, énfasis, etc.) y el corporal (emociones, sudoración, miradas, nerviosismo o relatos planos, lineales, etc.) son elementos que contribuyen a verificar si una versión es coherente o no, de modo que no se observa yerro en que los jueces los hayan valorado. La tesis defensiva —de que los hechos surgieron por celos o venganza de la mamá de la ofendida hacia el encartado, con quien tuvo alguna relación afectiva por poco tiempo, mientras él estuvo separado de su hermana, mucho tiempo después de los hechos (según él mismo lo dijo en su declaración)— parte de obviar el relato mismo de la propia ofendida y las referencias a hechos graves, como su intento de suicidio o las convulsiones sin causa física, así determinadas por el médico, según lo narró la madre (por lo que la tesis de la impugnante, de que era otro su origen, son meramente especulativas). Sobre este extremo dijeron, con razón, los jueces: "...la menor ofendida, presentó malestar, angustia, incomodidad, gestos faciales que pudo interpretar el Tribunal como de aflicción y llamó la atención que sus emociones afloraron cuando se ahondaba en el tema del abuso, hasta romper en llanto. Estos elementos no verbales son característicos de verdaderos sentimientos, pues en ella se afectó su psiquis, con lo que puede afirmarse que estos hechos sí se dieron. Y no quiere decirse que todo menor que llora en un contradictorio dice la verdad, sino que es el análisis conjunto de un todo, puede determinarse si el menor se creó una fantasía o por el contrario se trata de un montaje".

Integración: Rosaura Chinchilla Calderón; Rafael Gullock Vargas; y Lilliana García Vargas.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

LA AUSENCIA DE UNA DESCRIPCIÓN DETALLADA DE LOS ABUSOS NO RESTA CREDIBILIDAD A LA VÍCTIMA

N°2011-542 de las diez horas veintidós minutos del veinte de mayo del año dos mil once de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia**:

"II [...] Debe recordarse que nuestro sistema no se basa en automatismos probatorios, por lo que sería absurdo afirmar que a falta de cicatriz en el rostro el juzgador deba absolver, existiendo pruebas contundentes y que no dejen margen a duda. Nótese que, el Tribunal no pasa por alto las diferencias que existen en el relato de la ofendida J, pero toma en cuenta muchas variables para explicar por qué razón tales diferencias no significan que la víctima esté mintiendo o que los hechos no hayan sucedido. Además, debe tenerse en cuenta que, el hecho de que el menor en debate no dé una descripción absoluta de las características físicas del imputado, no significa que se le tenga que restar credibilidad a su declaración o, que se la descalifique como medio idóneo de prueba. Como bien lo menciona Dohring, las divergencias menores en cuanto a detalles pueden incluso fortalecer la credibilidad de un testimonio. "...No pocas veces son una señal de que el testigo ha observado y elaborado sus percepciones por sus propios medios y fuerzas y que es poco probable que haya concertado las respuestas con otros sujetos informantes. (...) Habiendo ciertas incongruencias, en cambio, el juzgador tiene que temer esa concordancia engañosa, que es a veces difícil de advertir y conduce no pocas veces a una determinación errónea de los hechos...". (Ver Dohring, Erich. "La prueba, su práctica y apreciación"- Ed. E.J.E.A.-Argentina- 1972-p. 160). Además, no se puede desconocer el efecto de los delitos sexuales en personas menores de edad, máxime si se toma en consideración la edad de la menor ofendida para la época de los hechos (15 años de edad) y que fue sometida a conductas altamente sexualizadas, deviniendo estos hechos en traumáticos, al punto que es posible que una menor no mantenga 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."

75

Integración: Doris Arias Madrigal; Janette Castillo Mesén (Mag. suplente); Maria Elena Gómez Cortés (Mag. suplente); Rafael Sanabria Rojas (Mag. suplente); y Carlos Estrada Navas (Mag. suplente).

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

**FALTA DE PRECISIÓN EN ASPECTOS PERIFÉRICOS NO DENOTAN
NECESARIAMENTE FALTA DE VERACIDAD**

N°2019-938 de las diez horas cincuenta y cinco minutos del nueve de agosto del dos mil diecinueve de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:**

“Por lo que lleva lugar la quejosa al referenciar que el vicio invocado no debe de ser descartado bajo la premisa expuesta por el Tribunal de Apelación de Sentencia, al señalar que en los delitos sexuales -debido al transcurso del tiempo- pueden existir contradicciones sobre aspectos esenciales de la acusación -y con ello- tenerse como hecho probado en sentencia un comportamiento que no se deriva del marco probatorio evacuado en el contradictorio, únicamente bajo dicha justificación y premisa. Con lo cual, se evidencia el error en la construcción del razonamiento expuesto por el ad quem, al validarse y tenerse por acreditada una conducta que no fue expuesta en ese sentido en el debate, situación que se desprende de la misma fundamentación expuesta por el Tribunal de Apelación de Sentencia, al indicarse al respecto que: “[...] En este mismo orden de ideas, el hecho de que la afectada no mencionara o recordara si fue besada o no, tampoco implica que su declaración carezca de validez o credibilidad, pues, tal y como se explicó líneas atrás, entre los hechos y la realización del debate, sumada la edad que ella tenía al momento en que se suscitó el incidente, pasaron muchos años y es posible que esta situación pudo haber afectado su memoria sobre todo lo que ocurrió.” (Cfr. f. 163 vto., el resaltado y subrayado es suplido). Si bien de lo manifestado por la ofendida en debate puede ser que no se establezca la existencia de un beso inapropiado por parte del encartado [...] y ello -tal y como lo indica el ad quem- no afecta la credibilidad o validez de la declaración rendida por la agraviada que determina el ulterior comportamiento lesivo, el Tribunal de Apelación de Sentencia (para la debida acreditación del tipo penal en el caso concreto) lejos de explicar la incidencia o irrelevancia de tener como parte de un hecho probado una circunstancia que no se deriva de la prueba, se limita a descartar el alegato bajo la premisa errónea de que en los delitos sexuales el transcurso del tiempo puede validar contradicciones en aspectos esenciales de la acusación”.

76

Integración: Jesús Alberto Ramírez Quirós; María Elena Gómez Cortés (Mag. suplente); Jorge Enrique Desanti Henderson (Mag. suplente); Rafael Segura Bonilla (Mag. suplente); y Gerardo Rubén Alfaro Vargas (Mag. suplente).

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

**DISLEXIA O TRASTORNOS DE MEMORIA NO IMPLICAN
NECESARIAMENTE FALTA DE CREDIBILIDAD DE LA VÍCTIMA**

N°2019-592 de las catorce horas veinte minutos del diecinueve de agosto de dos mil diecinueve del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del tercer Circuito Judicial de Alajuela**:

"III. [...] *Tampoco puede ser considerado como sospechoso, que una persona que sufra dislexia, pueda recordar hechos que afirma que le sucedieron. La dislexia tiene como una de sus manifestaciones la disminución en la capacidad de memoria, pero ello no significa que se trate de personas que no sean capaces de mantener recuerdos -más aún los vivenciales-, o que no tengan capacidad de desenvolverse en el ámbito social o académico de forma satisfactoria, pues para ello existe el abordaje profesional, que contribuye a que estas personas superen dichas desventajas, abordaje que según la madre de la ofendida -que también declaró en el debate- ya estaba recibiendo su hija, puesto que se le diagnosticó y se hasta le aplicó la respectiva adecuación curricular en la escuela. El argumento relacionado con este tema, refleja discriminación hacia las personas disléxicas, cuando la experiencia común informa que hay multiplicidad de personas, con vidas destacadas, que han padecido de dicho trastorno. Por último, la ausencia de un dictamen pericial psicológico forense, no es óbice para que el Tribunal de Juicio haya podido arribar a una conclusión condenatoria. En el sistema procesal penal costarricense, aplica el principio de libertad probatoria, por lo cual, cualquier hecho puede ser acreditado mediante cualquier tipo de prueba producido e incorporado de forma legal al proceso y al debate. Así las cosas, considera esta Cámara de Apelación de Sentencia, que no se verifica ninguno de los yerros invocados por las defensa técnica y material del imputado. Y en virtud de ello, se declaran sin lugar los recursos.*"

Integración: Annia Enríquez Chavarría; Yadira Godínez Segura; y Carmen Peraza Segura.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

**VIDA SEXUAL ACTIVA CON ANTERIORIDAD A LOS HECHOS O QUE
CONSUMIERA DROGAS O ALCOHOL NO DESACREDITA LA VERSIÓN
DE LA VÍCTIMA**

N°2019-414 de las diez horas cincuenta minutos del seis de setiembre del año dos mil diecinueve del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Primer Circuito Judicial de Cartago**:

"IV. [...] El hecho de que la ofendida haya tenido una vida sexual activa con anterioridad a los hechos, o incluso que esta consumiera drogas o alcohol no demerita su versión en el sentido de que recibió una serie de tocamientos libidinosos no queridos sobre su cuerpo por parte del encartado, sin que exista alguna violación a las reglas de la sana crítica porque el tribunal sentenciador al rechazar argumentaciones similares de la defensa sobre el particular."

Integración: Christian Fernández Mora; Ivette Carranza Cambroneró; y David Fallas Redondo quien salva el voto.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

DEBER DE ESTABLECER LOS MECANISMOS NECESARIOS PARA QUE NO SE DISCRIMINE EN CASO DE DISCAPACIDAD DE LA VÍCTIMA

N°2015-0893 de las diez horas cincuenta y cinco minutos del veintitrés de junio del dos mil quince del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José:**

“II- [...] En consecuencia, existen elementos de juicio suficientes que señalan que la joven ofendida es una persona con discapacidad, que además funge como víctima de un delito de índole sexual, lo cual significa que como persona con discapacidad debe facilitarse el acceso a la justicia pleno sin discriminación y mediante las acciones y compensaciones razonables que permitan su pleno desenvolvimiento, en igualdad de derechos, en particular al rendir su declaración. En virtud de los principios consagrados en la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, ley 8661 ratificada por Decreto Ejecutivo número 34780 del 29 de setiembre de 2008, la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, ley número 7948, ratificada por Decreto Ejecutivo número 28405 del 8 de diciembre de 1999, las disposiciones de la ley número 7600 de Igualdad de Oportunidades para las personas con discapacidad, así como las Reglas de Brasilia, ratificadas por Corte Plena en sesión 17-2008 del 26 de agosto de 2008, se tiene que es obligación de las autoridades estatales y las judiciales, garantizar el pleno acceso a la justicia de las personas con discapacidad, lo que incluye la realización de “ajustes razonables”, entendido como “las modificaciones y adaptaciones adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida cuando se requieran en un caso particular para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”; el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana, garantizándose que tengan pleno acceso a la justicia en igualdad de condiciones que los demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales (artículos 2, 3 inciso d), 5 inciso 3, 13 Convención de Naciones Unidas, III de la Convención Interamericana). [...] En consecuencia, en su condición de víctima que debe rendir un testimonio, es claro que el tratamiento que a ella se le brinde, debe tener características que implique un ajuste razonable de las normas propias del testimonio, para que la rigidez y la inflexibilidad no se conviertan en una forma de discriminarla y violentar el derecho de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva. Es decir, para recibir su testimonio no sólo deben aplicarse las normas procesales que implican reducir o eliminar la revictimización sino además, aquellos ajustes razonables en razón de su discapacidad, para permitir que pueda rendir un relato, en sus condiciones personales, que pueda ser comprendido por todas las partes y valorado por los juzgadores. El repaso de la recepción de este testimonio en debate incluso permite evidenciar que a pesar de permitir el acompañamiento de una profesional en Trabajo Social, acompañamiento al que tiene derecho tanto como víctima, pero además como persona con discapacidad, incluso se cuestionó a la testigo con preguntas complejas que difícilmente ella podría asimilar. Sin embargo, se aprecia que se condujo el testimonio, de manera que de forma concreta, se pudiera enfocar a la declarante en los aspectos de interés, habida cuenta de las dificultades ya expuestas que ella tienen para organizar y estructurar un relato, para verbalizar y comunicarse. Entonces, estas características en efecto no permiten asimilar su testimonio, al de cualquier otra persona sin discapacidad que puede rendir un relato que se espera fluido, espontáneo y plagado de detalles, porque su condición personal no lo permite. Ignorar su condición de discapacidad y pretender darle un tratamiento que ignorase esa condición, habría violentado sus derechos fundamentales a la dignidad, igualdad (no discriminación), acceso a la justicia y tutela judicial efectiva”.

Integración: Helena Ulloa Ramírez; Edwin Salinas Durán; y Jorge Luis Arce Víquez.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

LA IMPUTACIÓN POR LAPSOS EN DELITOS SEXUALES COMETIDOS EN PERJUICIO DE MENORES DE EDAD NO VULNERA EL DERECHO DE DEFENSA

N°2006-1244 de las nueve horas cuarenta minutos del once de diciembre de dos mil seis de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia**:

“1.- [...] La imputación es la garantía para el respeto y vigencia del derecho de defensa. Solo la imputación clara, precisa, circunstanciada de los hechos y la conducta que se atribuye, posibilita la defensa real y efectiva. Sin embargo, no siempre es posible exigir las mismas condiciones de precisión y detalle, pues ello depende del tipo de hecho que se investiga y de muchos otros factores, sin que en todo caso la poca información o las dificultades para plasmarla en la acusación, pueda ser utilizada en detrimento del derecho de defensa. Como en reiterada jurisprudencia de esta Sala y de la Sala Constitucional se ha reconocido, lo que interesa es que el acusado comprenda cuál es la conducta que se le atribuye y cómo se ubica en tiempo y lugar, de manera que pueda adecuadamente trazar y conocer sus posibilidades de defensa y la ejerza efectivamente. En materia de delitos sexuales, especialmente cuando las víctimas son menores de edad y además, media una relación de parentesco entre víctima y victimario, es muy difícil, por no decir imposible, pretender datos precisos de fechas y horas exactas y lugares específicos, sobre todo si se trata de un abuso reiterado, de manera que exigir tales precisiones llevaría a la impunidad de la mayoría de casos de esta naturaleza. No se trata de relajar las garantías en aras de la eficiencia del sistema, se trata de reconocer que la acusación debe ser todo lo precisa y detallada que permitan las circunstancias y los hechos y por ello, de tener presente que no puede pretenderse exactitud en ciertos detalles para todos los casos y que su ausencia no implica necesariamente una lesión al derecho de defensa (cfr. al respecto entre otros el precedente 1054-06 de las 9:15 horas del 25 de octubre de 2006 de esta Sala)”.

80

Integración: José Manuel Arroyo Gutiérrez; Jesús Alberto Ramírez Quirós; Ronald Salazar Murillo (Mag. Suplente); Rafael Sanabria Rojas (Mag. suplente); y Rosario Fernández Vindas quien salva el voto.

En sentido idéntico: **N°2015-331** de las nueve horas y veintiocho minutos del veintisiete de febrero del dos mil quince de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia** (Integración: Magda Pereira Villalobos; Jesús Alberto Ramírez Quirós; Doris Arias Madrigal; Maria Elena Gómez Cortés (Mag. suplente); y Rafael Sanabria Rojas (Mag. suplente)); **N°2015-878** de las diez horas cincuenta y cinco minutos del veintiséis de junio del dos mil quince de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia** (Integración: Carlos Chinchilla Sandí; Jesús Alberto Ramírez Quirós; Doris Arias Madrigal; y Sandra Eugenia Zúñiga Morales (Mag. suplente) quien salva el voto); **N°2015-1016** de las once horas con cuarenta y cinco minutos del treinta y uno de julio de dos mil quince de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia** (Integración: Carlos Chinchilla Sandí; Jesús Alberto Ramírez Quirós; Doris Arias Madrigal; Rafael Sanabria Rojas (Mag. suplente) y José Manuel Arroyo Gutiérrez) quien salva el voto); **N°2020-653** de las doce horas y veinte minutos del veintinueve de mayo de dos mil veinte de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia** (Integración: Jesús Alberto Ramírez Quirós; Álvaro Burgos Mata; Gerardo Rubén Alfaro Vargas; Sandra Eugenia Zúñiga Morales y Ronald Cortés Coto (Mag.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

Suplente): **N°2020-1049** las doce horas cero minutos del veintiuno de agosto de dos mil veinte de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia** (Integración: Jesús Alberto Ramírez Quirós; Álvaro Burgos Mata; Gerardo Rubén Alfaro Vargas; Sandra Eugenia Zúñiga Morales y Ronald Cortés Coto (Mag. Suplente); **N°2020-1633** de las diecisiete horas cincuenta y siete minutos del veintisiete de noviembre de dos mil veinte de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia** (Integración: Patricia Solano Castro; Sandra Eugenia Zúñiga Morales; Gerardo Rubén Alfaro Vargas; Maria Elena Gómez Cortés (Mag. suplente); y Rafael Segura Bonilla (Mag. suplente).

N°2016-651 de las once horas con treinta minutos del tres de mayo de dos mil dieciséis del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José**:

"1.-[...] Es cierto que la acusación no precisa una fecha exacta de cada evento y se remite a un rango de aproximadamente dos años para ellos (a partir de la edad de la ofendida entre seis y siete años, entre nueve y diez años de edad, por ejemplo), pero sí permite establecer un marco espacial, temporal y modal para contextualizarlos, por lo que, a partir de tales elementos, se pueda ejercer adecuadamente el derecho de defensa que, como lo indicara el a quo, nunca estuvo orientado a atacar la imposibilidad de comisión de los hechos en lapsos específicos. Por otro lado este Tribunal ha sido del criterio que, mencionándose aquellos elementos, sobre todo en delitos sexuales en perjuicio de personas menores de edad que han sido sometidas a eventos reiterados en el tiempo, se solventa la necesaria circunstanciación que requieren las acusaciones, desde que no es posible pedirle exactitud a niños de poca edad que, primero, no están al tanto de que los eventos en su perjuicio son delictivos como para que retengan en su memoria fechas y, cuando logran tomar conciencia de ello han pasado lustros o décadas por los que les resulta difícil tal cosa y, por otra parte, no tienen el desarrollo cognitivo para ubicarse en las coordenadas temporales, pues esta categoría se desarrolla a más edad de aquella en que la aquí ofendida empezó a ser objeto de conductas indebidas en su perjuicio".

81

Integración: Rosaura Chinchilla Calderón; Giovanni Mena Artavia y Ana Isabel Solís Zamora.

En sentido idéntico: **N°2016-833** de las once horas veinte minutos del diez de octubre de dos mil dieciséis del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela** (Integración: José Alberto Rojas Chacón; David Fallas Redondo y Eduardo Rojas Sáenz).

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

**POSIBILIDAD DE IMPUTAR UN LAPSO DE DOCE MESES EN CASO DE
DELITOS SEXUALES COMETIDOS EN PERJUICIO DE UNA PERSONA
MENOR DE EDAD**

N°2020-1232 de las dieciséis horas dieciséis minutos del diez de diciembre de dos mil veinte del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Tercer Circuito Judicial:**

"III. [...] Adicionalmente, y como lo ha indicado de forma retirada la Sala de Casación Penal, en este tipo de delitos, por su naturaleza, es viable realizar la descripción del suceso en un plazo de doce meses, sin que se afecte el derecho de defensa, ya que los otros datos de la imputación, nombre de la ofendida, edad, sitio de ocurrencia, y forma modal de comisión, le permiten al acusado conocer de qué suceso se trata y ejercer su derecho de defensa. En este sentido es que se ha pronunciado la Sala de Casación Penal, al indicar: "En materia de delitos sexuales, especialmente cuando las víctimas son menores de edad y además, media una relación de parentesco entre víctima y victimario, es muy difícil, por no decir imposible, pretender datos precisos de fechas y horas exactas y lugares específicos, sobre todo si se trata de un abuso reiterado, de manera que exigir tales precisiones llevaría a la impunidad de la mayoría de casos de esta naturaleza. No se trata de relajar las garantías en aras de la eficiencia del sistema, se trata de reconocer que la acusación debe ser todo lo precisa y detallada que permitan las circunstancias y los hechos y por ello, de tener presente que no puede pretenderse exactitud en ciertos detalles para todos los casos y que su ausencia no implica necesariamente una lesión al derecho de defensa (cfr. al respecto entre otros el precedente 1054-06 de las 9:15 horas del 25 de octubre de 2006 de esta Sala)". (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución número 2006-01244, de las 09:40 horas, del 11 de diciembre de 2006. Integran: Arroyo, Ramírez, Fernández, Salazar, Sanabria). Y (Sala de Casación Penal, voto número 2020-565 del 15 de mayo de 2020).

Integración: Adriana Escalante Moncada; Karina Redondo Gómez; y José Alberto Rojas Chacón.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

**IMPOSIBILIDAD DE EXIGIR UBICACIÓN ESPACIO-TEMPORAL
EXACTA DE LOS HECHOS**

N°2013-889 de la las diez horas y quince minutos del doce de julio del dos mil trece de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:**

“ÚNICO. [...] Sobre este tema, es reiterada la posición jurisprudencial al respecto, en el sentido de que no puede exigirse a una persona menor de edad que ha sido víctima de reiteradas agresiones sexuales, que circunscriba cada una de ellas a un día en específico, sino que lo importante es que se tenga una noción clara de aspectos que permitan una ubicación en un período determinado, así por ejemplo, se puede considerar la edad de ese momento, algún acontecimiento, el nivel cursado en la escuela o colegio, detalles que permiten ubicar los hechos, tal y como ocurrió en este caso. La precisión absoluta, como lo pretende el recurrente, es muy difícil de lograr en este tipo de ilícitos en tratándose de víctimas que son personas menores de edad, y el análisis que realiza el juzgador, debe hacerse tomando en consideración la corta edad del ofendido, el evento traumático y, en general, su condición de persona menor de edad. El Tribunal otorgó credibilidad absoluta a la declaración de la menor y eso permite alcanzar la ubicación temporal que resulta suficiente en este caso, sin que pueda considerarse que esta falta de precisión absoluta (una fecha determinada) sea motivo para conculcar el derecho de defensa de los encartados. Para el Tribunal, la ofendida fue clara en su versión, específica, determinante y los jueces no tuvieron ninguna razón para creer que estuviera mintiendo, sino que, por el contrario, otorgó datos veraces que coinciden con el resto de los elementos de prueba”.

Integración: Carlos Chinchilla Sandí; Jesús Alberto Ramírez Quirós; Doris Arias Madrigal; María Elena Gómez Cortés (Mag. suplente); y Rafael Sanabria Rojas (Mag. suplente).

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

CÓMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN

Nota del compilador: El texto vigente (18 de octubre de 2021) del artículo 31 del Código Procesal Penal ha sido modificado cinco veces desde su redacción original de 1998.

Redacción original del Código Procesal Penal vigente desde el 01 de enero de 1998: *“Plazos de prescripción de la acción penal. Si no se ha iniciado la persecución penal, la acción prescribirá: a) Después de transcurrido un plazo igual al máximo de la pena, en los delitos sancionables con prisión; pero, en ningún caso, podrá exceder de diez años ni ser inferior a tres. b) A los dos años, en los delitos sancionables sólo con penas no privativas de libertad y en las faltas o contravenciones”.*

La Ley de fortalecimiento de la lucha contra la explotación sexual de las personas menores de edad (N°7594) vigente desde el 30 de agosto de 2007: *“Plazos de prescripción de la acción penal. Si no se ha iniciado la persecución penal, la acción prescribirá: a) Después de transcurrido un plazo igual al máximo de la pena, en los delitos sancionables con prisión; no podrá exceder de diez años ni ser inferior a tres, excepto en los delitos sexuales cometidos contra personas menores de edad, en los cuales la prescripción empezará a correr a partir de que la víctima haya cumplido la mayoría de edad. (Así reformado el inciso anterior mediante el artículo 2° de la ley N°8590 del 18 de julio del 2007). b) A los dos años, en los delitos sancionables sólo con penas no privativas de libertad y en las faltas o contravenciones”.*

Reforma varias leyes sobre la prescripción de daños causados a personas menores de edad (N°9057) vigente desde el 16 de octubre del 2012: *“Plazos de prescripción de la acción penal. Si no se ha iniciado la persecución penal, la acción prescribirá: a) Después de transcurrido un plazo igual al máximo de la pena, en los delitos sancionables con prisión, no podrá exceder de diez años ni ser inferior a tres, excepto en los delitos cometidos contra personas menores de edad, en los cuales la prescripción empezará a correr a partir de que la víctima haya cumplido la mayoría de edad. (Así reformado el inciso anterior por el artículo 1 de la ley N°9057 del 23 de julio de 2012, "Reforma de varias leyes sobre la Prescripción de Daños causados a Personas Menores de Edad") b) A los dos años, en los delitos sancionables sólo con penas no privativas de libertad y en las faltas o contravenciones”.*

Ley de derecho al tiempo (N°9685) vigente desde el 17 de junio del 2019: *“Plazos de prescripción de la acción penal. Si no se ha iniciado la persecución penal, la acción prescribirá: a) Después de transcurrido un plazo igual al máximo de*

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

la pena, en los delitos sancionables con prisión, no podrá exceder de diez años ni ser inferior a tres, excepto en los delitos cometidos contra personas menores de edad, en los cuales la prescripción empezará a correr a partir de que la víctima haya cumplido la mayoría de edad. (Así reformado el inciso anterior por el artículo 1° de la ley N° 9057 del 23 de julio de 2012, "Reforma de varias leyes sobre la Prescripción de Daños causados a Personas Menores de Edad") b) A los dos años, en los delitos sancionables sólo con penas no privativas de libertad y en las faltas o contravenciones. c) Veinticinco años después de que la víctima cumplió la mayoría de edad, cuando se trate de delitos sexuales cometidos contra personas menores de edad o sin capacidad volitiva o cognoscitiva. La regla anterior aplicará indistintamente para todo autor, cómplice o partícipe responsable del respectivo hecho punible, siempre que al momento de delinquir hayan adquirido la mayoría. (Así adicionado el inciso anterior por el artículo único de la ley N° 9685 del 21 de mayo de 2019, "Ley de Derecho al Tiempo, reforma Código Penal para ampliar el plazo de prescripción de la acción penal en casos de delitos sexuales contra personas menores de edad o sin capacidad volitiva o cognoscitiva")".

Ley de responsabilidad de las personas jurídicas sobre cohechos domésticos, soborno transnacional y otros delitos (N°9699) vigente desde el 11 de junio de 2019: *"Plazos de prescripción de la acción penal. Si no se ha iniciado la persecución penal, la acción prescribirá: a) Después de transcurrido un plazo igual al máximo de la pena, en los delitos sancionables con prisión, no podrá exceder de diez años ni ser inferior a tres, excepto en los delitos cometidos contra personas menores de edad, en los cuales la prescripción empezará a correr a partir de que la víctima haya cumplido la mayoría de edad. (Así reformado el inciso anterior por el artículo 1° de la ley N°9057 del 23 de julio de 2012, "Reforma de varias leyes sobre la Prescripción de Daños causados a Personas Menores de Edad") b) A los dos años, en los delitos sancionables solo con penas no privativas de libertad y en las faltas o contravenciones, excepto en los delitos cometidos por personas jurídicas, en los cuales la prescripción será de diez años. (Así reformado el inciso anterior por el artículo 41 de la ley sobre la Responsabilidad de las personas jurídicas sobre cohechos domésticos, soborno transnacional y otros delitos, N°9699 del 10 de junio del 2019) c) Veinticinco años después de que la víctima cumplió la mayoría de edad, cuando se trate de delitos sexuales cometidos contra personas menores de edad o sin capacidad volitiva o cognoscitiva. La regla anterior aplicará indistintamente para todo autor, cómplice o partícipe responsable del respectivo hecho punible, siempre que al momento de delinquir hayan adquirido la mayoría. (Así adicionado el inciso anterior por el artículo único de la ley N°9685 del 21 de mayo de 2019, "Ley de Derecho al Tiempo, reforma Código Penal para ampliar el plazo de prescripción de la acción penal en casos de delitos sexuales contra personas menores de edad o sin capacidad volitiva o cognoscitiva")".*

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

Reforma al Código Procesal Penal (N°9826) vigente desde el 21 de marzo de 2020: *“Plazos de prescripción de la acción penal. Si no se ha iniciado la persecución penal, la acción prescribirá: “a) Después de transcurrido un plazo igual al máximo de la pena, en los delitos sancionables con prisión, no podrá exceder de diez años ni ser inferior a tres, excepto en los delitos cometidos contra personas menores de edad, en los cuales la prescripción empezará a correr a partir de que la víctima haya cumplido la mayoría de edad. (Así reformado el inciso anterior por el artículo 1 de la ley N°9057 del 23 de julio de 2012, "Reforma de varias leyes sobre la Prescripción de Daños causados a Personas Menores de Edad") b) A los dos años, en los delitos sancionables solo con penas no privativas de libertad y en las faltas o contravenciones, excepto en los delitos cometidos por personas jurídicas, en los cuales la prescripción será de diez años. (Así reformado el inciso anterior por el artículo 41 de la ley sobre la Responsabilidad de las personas jurídicas sobre cohechos domésticos, soborno transnacional y otros delitos, N° 9699 del 10 de junio del 2019) c) Veinticinco años después de que la víctima cumplió la mayoría de edad, cuando se trate de delitos sexuales cometidos contra personas menores de edad y a los veinticinco años desde la consumación del hecho punible, del último acto de ejecución de la tentativa o del cese del delito continuo, según corresponda, cuando estos delitos sean cometidos contra personas mayores de edad sin capacidad volitiva o cognoscitiva. La regla anterior aplicará indistintamente para todo autor, cómplice o partícipe responsable del respectivo hecho punible, siempre que al momento de delinquir hayan adquirido la mayoría de edad. (Así adicionado el inciso anterior por el artículo único de la ley N° 9685 del 21 de mayo de 2019, “Ley de Derecho al Tiempo, reforma Código Penal para ampliar el plazo de prescripción de la acción penal en casos de delitos sexuales contra personas menores de edad o sin capacidad volitiva o cognoscitiva”) (Así reformado el inciso anterior por el artículo único de la ley N° 9826 del 10 de marzo del 2020)”.*

86

N°1999-4397 de las dieciséis horas con seis minutos del ocho de junio de mil novecientos noventa y nueve de la **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia:**

*“II.- DE LA APLICACIÓN DE LA LEY PROCESAL. CONFLICTO ENTRE LEYES DE VIGENCIA SUCESIVA. [...] Asimismo, en materia procesal penal, no está prohibido que la ley se aplique retroactivamente, según ella misma lo establezca, únicamente respecto de los casos pendientes, conforme al principio latino "leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit" (es cierto que las leyes y las constituciones dan forma a los negocios futuros, y que no se retrotraen a los hechos pasados, salvo expresa determinación, tanto respecto del tiempo pasado como en cuanto a los negocios pendientes aún). En este campo la doctrina señala que los procesos terminados no se rigen por la nueva ley, sino que ésta es de aplicación únicamente a los futuros, y **en relación con los asuntos en trámite, discrimina para que unos se tramiten conforme la ley anterior y otros con la nueva, según si han cumplido o no con determinados trámites o han llegado a una etapa precisa [...]** III.- DE LA NATURALEZA DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.- Para poder evacuar la consulta formulada por la Sala Tercera respecto de la aplicación del principio de la norma penal más favorable a las reglas de la prescripción de la acción penal, debe definirse en primer lugar en qué consiste ésta, y cómo se*

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

regula la legislación nacional. Varios son los elementos que deben hacerse notar respecto de la prescripción de la acción penal -ya señalados con anterioridad en la jurisprudencia constitucional-, que ayudan a conformar una idea respecto de este instituto jurídico. Primero, **que la regulación de la prescripción de la acción penal es un asunto de política criminal que adopta el Estado** a través del órgano competente para ello, sea la Asamblea Legislativa, de manera que ésta tiene potestades para establecer los parámetros para su regulación. Segundo, **que no existe un derecho constitucional a la prescripción**, sino más bien el derecho a la seguridad jurídica, a la legalidad, a la tutela judicial efectiva y a la igualdad, principios que no resultan lesionados por el Estado en tanto los plazos establecidos para la denuncia, investigación y juzgamiento de los delitos establecidos por el legislador sean razonables y estén definidos y limitados por la ley. Tercero, **que la prescripción es un instrumento jurídico creado a efecto de declinar el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, que actúa a modo de sanción procesal por la inactividad de los sujetos procesales en los procesos iniciados o no**.

Integración: Luis Paulino Mora Mora; Rodolfo Emilio Piza Escalante; Luis Fernando Solano Carrera; Eduardo Sancho González; Carlos Manuel Arguedas Ramírez; Ana Virginia Calzada Miranda; y Adrián Vargas Benavides.

En sentido idéntico: N°2002-3498 de las catorce horas con cuarenta y seis minutos del diecisiete de abril del dos mil dos de la **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia** (Integración: Luis Paulino Mora Mora; Luis Fernando Solano Carrera; Eduardo Sancho González; Carlos Manuel Arguedas Ramírez; Ana Virginia Calzada Miranda; Adrián Vargas Benavides; y Susana Castro Alpizar).

N°2014-1392 de a las nueve horas y treinta minutos del catorce de agosto del dos mil catorce de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:**

[...] tenemos el numeral 34 de la Constitución Política, el cual señala literalmente que: “A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas.” En ese sentido, únicamente las leyes sustantivas tienen efectos retroactivos en beneficio del acusado, así se establece en el ordinal 12 del Código Penal, en donde se apunta lo siguiente: “Ley posterior a la comisión de un hecho punible. Si con posterioridad a la comisión de un hecho punible se promulgare una nueva ley, aquél se regirá por la que sea más favorable al reo, en el caso particular que se juzgue.” Caso contrario, en nuestra normativa procesal no se establecen disposiciones expresas sobre la aplicación en el tiempo de las leyes adjetivas. Sin embargo, tratándose de leyes procesales, no rige la que más favorezca al encartado, sino la que se encuentre vigente. Así se ha definido tanto en jurisprudencia como en doctrina, las cuales también son fuentes de Derecho, en razón de que las normas procesales obedecen a cuestiones de política criminal y no a un derecho del justiciable. Asimismo, porque durante el tiempo agotado se van consolidando situaciones jurídicas, como el transcurrir de la acción penal en el presente caso, de acuerdo a los actos que la interrumpen y suspenden, conforme a las leyes procesales en vigencia, es decir se resguarda el principio de seguridad jurídica, y por supuesto, también va a depender de la ilicitud que se investigue [...] Por todo lo anterior, es decir por las razones legales y jurisprudenciales que esta Sala Casacional continúa fiel a la línea jurisprudencial que ha mantenido históricamente, sin que existan nuevos motivos para revocarla.

Integración: Carlos Chinchilla Sandí; Jesús Alberto Ramírez Quirós; José Manuel Arroyo Gutiérrez; Magda Pereira Villalobos; y Doris Arias Madrigal.

En sentido idéntico: N°2019-1081 de las quince horas y cero minutos del cuatro de setiembre del dos mil diecinueve de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia** (Integración: Jorge Enrique Desanti Henderson (Mag. suplente); Rosibel

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

López Madrigal (Mag. Suplente); Rafael Segura Bonilla (Mag. suplente); Jaime Robleto Gutiérrez (Mag. suplente); y Gerardo Rubén Alfaro Vargas (Mag. suplente)).

N°2014-1071 de las once horas y seis minutos del veintisiete de junio del dos mil catorce de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:**

“II.-[...] Así, las reglas procesales que deben tomarse en cuenta para una determinada causa son aquellas que se encuentran vigentes al momento en que se desarrolla y ejecuta un acto particular del proceso, con independencia de la promulgación de leyes posteriores que lo modifiquen, de lo contrario, se vulnerarían los principios de irretroactividad de la ley y de seguridad jurídica. Lo indicado, implica también que los actos procesales surten sus efectos a partir del momento en que se originan y no hasta que resulten objeto de valoración judicial” (la negrita es original).

Integración: Carlos Chinchilla Sandí; Jesús Alberto Ramírez Quirós; José Manuel Arroyo Gutiérrez; Magda Pereira Villalobos; y Jorge Enrique Desanti Henderson (Mag. suplente) quien salva el voto.

En sentido idéntico: N°2014-1392 de las nueve horas y treinta minutos del catorce de agosto del dos mil catorce de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (Integración:** Carlos Chinchilla Sandí; Jesús Alberto Ramírez Quirós; José Manuel Arroyo Gutiérrez; Magda Pereira Villalobos; y Doris Arias Madrigal); **N°2014-1595** de las dieciséis horas y cero minutos del dos de octubre del dos mil catorce de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (Integración:** Doris Arias Madrigal; Rosibel López Madrigal (Mag. Suplente); Sandra Eugenia Zúñiga Morales (Mag. suplente); Jorge Enrique Desanti Henderson (Mag. suplente); y Rafael Sanabria Rojas (Mag. suplente), los últimos dos salvan el voto); **N°2015-1048** de las diez horas cuarenta y cinco minutos del siete de agosto de dos mil quince de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (Integración:** Carlos Chinchilla Sandí; Jesús Alberto Ramírez Quirós; José Manuel Arroyo Gutiérrez; Magda Pereira Villalobos; y Rafael Segura Bonilla (Mag. suplente)); **N°2015-1435** de las ocho horas cincuenta y cinco minutos del veinte de noviembre de dos mil quince de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (Integración:** Carlos Chinchilla Sandí; Doris Arias Madrigal; Rafael Sanabria Rojas (Mag. suplente); Rosibel López Madrigal (Mag. Suplente); y Maria Elena Gómez Cortés (Mag. suplente)).

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

TESTIMONIOS ESPECIALES: MENOR DE EDAD

ART. 125 CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: *“Las autoridades judiciales o administrativas deberán evitar, en lo posible, los interrogatorios reiterados o persistentes a los menores víctimas de delitos y se reservarán para la etapa decisiva del proceso. Cuando proceda una deposición más amplia de la persona menor de edad, se tendrá siempre en cuenta su derecho a expresar su opinión”.*

ART. 212 CÓDIGO PROCESAL PENAL: *“Cuando deba recibirse la declaración de personas menores de edad víctimas o testigos, deberá considerarse su interés superior a la hora de su recepción; para ello el Ministerio Público, el juez o tribunal de juicio que conozca de la causa y según la etapa procesal en la que se encuentre, adoptarán las medidas necesarias para que se reduzcan los trámites y se reciba el testimonio en las condiciones especiales que se requieran, disponiendo su recepción en privado o mediante el uso de cámaras especiales para evitar el contacto del menor con las partes, y permitiendo el auxilio de familiares o de los peritos especializados. Podrá requerirse un dictamen al Departamento de Trabajo Social y Psiquiatría y Psicología Forense o de algún otro perito o experto debidamente nombrado, de conformidad con el título IV de esta Ley, sobre las condiciones en que deba recibirse la declaración. Se resguardará siempre el derecho de defensa. Las mismas reglas se aplicarán, cuando haya de recibirse el testimonio de víctimas de abuso sexual, trata de personas o de violencia intrafamiliar”.*

ART. 351 PÁRRAFO TERCERO: *“Para la recepción del testimonio de personas menores de edad, el tribunal tomará las medidas necesarias en atención a su interés superior y en aras de evitar o reducir la revictimización. Podrá auxiliarse de peritos o de expertos en el tema, que acompañen al menor en su relato o lo auxilien en caso*

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

necesario. Para garantizar los derechos del menor, el tribunal podrá disponer que se reciba su testimonio en una sala especial, o con el uso de cámaras especiales o de los medios tecnológicos disponibles, que faciliten a la persona menor de edad el relato, sin el contacto con las partes, cuando ello sea recomendado”.

N°2001-1226 de las nueve horas cincuenta minutos del catorce de diciembre de dos mil uno de la **Sala tercera de la Corte Suprema de Justicia:**

“1.- [...] es criterio de la Sala que este puede ser alejado de la audiencia cuando se atiende al valor de los bienes jurídicos en conflicto, así como con base en diversas normas jurídicas de jerarquía suprallegal que ordenan ponderar los intereses de ciertos grupos de personas. Así ocurre con los menores de edad, respecto de los cuales y en virtud de normas positivas tanto de derecho interno como a través de instrumentos internacionales, se establece la prevalencia de su interés superior”.

Integración: Rodrigo Castro Monge; Alfonso Chaves Ramírez; José Manuel Arroyo Gutiérrez; Rafael Medaglia Gómez; y Jaime Amador Huevo.

N°2005-290 de las nueve horas cincuenta y cinco minutos del quince de abril del dos mil cinco de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:**

“1.-[...] No se acoge el reproche: Como bien indica el petente, tras el artículo 221 del Código Procesal Penal se encuentra el interés de no someter a los agredidos, a múltiples exámenes que les re-victimice; la desaplicación de tal norma, por tanto, sería un reclamo que correspondería a la persona perjudicada con ella, que no es el imputado. Esta disposición tiene su antecedente en el artículo 125 del Código de la Niñez y la Adolescencia, que establece: “... Las autoridades judiciales o administrativas deberán evitar, en lo posible, los interrogatorios reiterados o persistentes a los menores víctimas de delitos y se reservarán para la etapa decisiva del proceso. Cuando proceda una deposición más amplia de la persona menor de edad, se tendrá siempre en cuenta su derecho a expresar su opinión”, así como en las Reglas Prácticas emitidas por Corte Plena con ocasión de la promulgación de dicho código, que en el numeral 3° dispone, que: “... Los E.I. deben realizar las distintas pruebas y prácticas periciales Interdisciplinariamente, con el propósito de concertar, de ser posible en una sola sesión, todas las entrevistas que requiera la víctima, debiendo, antes de la realización de dicha sesión, elaborar un protocolo de ella y designar, cuando se estime conveniente, a uno de sus miembros para que se encargue de plantear las preguntas. En esta misma sesión, procurando no lesionar el pudor de la víctima, se deberá practicar el examen físico de la misma, salvo que exista impedimento insuperable que obligue su postergación”. Es claro, que la génesis de la norma procesal se dio en la legislación protectora del interés de las víctimas. Así lo ha considerado esta Sala en oportunidades anteriores, estableciendo que: “... El nuevo Código de rito, incorporando, precisamente, los principios que en interés de los menores establecen tanto instrumentos internacionales como leyes internas, contempla un trato distinto que pretende eludir o reducir, en lo posible, las medidas que puedan conllevar efectos revictimizantes en los niños y adolescentes, entre otros. Así, la entrevista (sin valor como prueba) que realiza el Ministerio Público durante la investigación preparatoria puede llevarse a cabo -eventualmente y salvo que se trate de la propia denuncia- exenta de formalidades. El artículo 212 prevé que se reciba privadamente, con el auxilio de familiares o peritos especializados e independientemente de la fase en que se halle el proceso (incluso en debate), el testimonio de los menores; es posible también exceptuar la publicidad del juicio oral cuando se reciban sus declaraciones (artículo 330 inciso e), así como concentrar en

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

un solo acto la práctica de dictámenes médicos y psicológicos, a través de un equipo interdisciplinario (artículo 221)". (voto 483-2001 y en el mismo sentido, 950-2001, 0031-2002).

Integración: Rodrigo Castro Monge; Jesús Alberto Ramírez Quirós; Jorge Luis Arce Víquez (Mag. suplente); Maria Elena Gómez Cortés (Mag. suplente); y Ronald Salazar Murillo (Mag. Suplente).

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

ART. 3.1 DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO: *“En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.*

Opinión Consultiva 17-2002 del 28 de agosto de 2002 la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“60. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño⁶³ establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia”.

Nº2021-3299 de las nueve horas treinta minutos del diecinueve de febrero de dos mil veintiuno de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia:

“VI. [...] De otro lado, el Principio del Interés Superior del Menor debe ser utilizado por el operador jurídico como pauta hermenéutica, lo que comprende la interpretación tanto del derecho infraconstitucional, como del derecho constitucional y todos aquellos tratados o convenios suscritos por el país; evidentemente, tal criterio interpretativo comprende igualmente a las autoridades de los otros Poderes Públicos en lo atinente a sus respectivas competencias. “Este reconocimiento del interés superior del niño como principio general que forma parte e informa a la globalidad del ordenamiento, ha llevado a la Sala a brindar y ordenar protección especial a los menores en materias tan diversas como la protección de su imagen e identidad, el resguardo de la imagen e identidad de los menores en conflicto con la ley, y a controversias suscitadas en asuntos migratorios, de salud y de familia –ver, entre otras, sentencias números 2003-5117, de las 14:48 horas del 17 de junio de 2003; 2004-1020, de las 8:32 horas del 6 de febrero de 2004; 2004- 8759, de las 8:56 horas del 13 de agosto de 2004; 2005- 4274, de las 18:06 horas del 20 de abril de 2005; 2007-10306, de las 14:10 horas del 20 de julio de 2007; y número 2008-7782, de las 10:01 horas del 9 de mayo de 2008-”.

Integración: Fernando Castillo Víquez; Paul Rueda Leal; Nancy Hernández López; Jorge Araya García; Luis Fernando Salazar Alvarado; Anamari Garro Vargas; Ileana Sánchez Navarro.

Nº2001-998 de las nueve horas del diecinueve de octubre de dos mil uno de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:

“Así, el numeral 212 del Código Procesal Penal, al regular los testimonios especiales, determina que, cuando deba recibirse testimonios de mujeres, de menores agredidos o de personas agredidas sexualmente, sin perjuicio de la fase en que se encuentre el proceso, el Ministerio Público o el tribunal, en su caso, podrán

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

disponer su recepción en privado y con el auxilio de familiares o peritos especializados en el tratamiento de esas personas, aplicándose la misma regla, cuando algún menor deba declarar por cualquier motivo, recogiendo esta norma el principio contenido en el artículo 126 del Código de la Niñez y la Adolescencia, sobre las condiciones que deben rodear la recepción de los testimonios de menores ofendidos, a efecto de garantizar su estabilidad emocional y su espontaneidad en el momento de efectuar su declaración. Tales indicadores tienen su génesis en la Convención sobre los Derechos del Niño, la que creó “un marco de referencia dentro del cual se inscribe la doctrina de la protección integral de los menores, que por su rango constitucional es de obligada observancia. Desde esa óptica cualquier acción, pública o privada, deberá tomar en cuenta el interés superior del menor, garantizándoles sus derechos en un ambiente físico y mental sano a los fines de procurar su pleno desarrollo personal” – ver artículos 3.1.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 5 del Código de la Niñez y la Adolescencia- recomendándose rodear al menor de las condiciones óptimas para que pueda rendir su declaración en forma libre y espontánea, sin que reciba influencias negativas de algún agente externo, que afecten la veracidad y fidedignidad de su testimonio –ver Voto número 191-99 de las 9:25 horas del 19 de febrero de 1999. Sala Tercera”.

Integración: Daniel González Álvarez; Jesús Alberto Ramírez Quirós; José Manuel Arroyo Gutiérrez; Rodrigo Castro Monge; y Joaquín Vargas Gené.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

POSIBILIDAD DE RECHAZAR CAREO ATENDIENDO AL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

N°1999-191 de las nueve horas con veinticinco minutos del diecinueve de febrero de mil novecientos noventa y nueve de la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:**

"El hecho investigado es de naturaleza sexual, atribuido al maestro de las niñas ofendidas. En ese tanto existe sin duda un interés superior que tutelar, cual es el de evitar la revictimización de las menores, con los innegables riesgos de un incremento de las secuelas psicológicas que pudo haber ocasionado en ellas el hecho afrentoso, y la virtual contención de las niñas de tener que referirse a un hecho tan grave atribuido a su propio mentor. La previsión de los Jueces al respecto fue la correcta, sobre todo porque en el momento que se discutía el tema, se contaba con un informe psicológico de la niña J. (fs. 252 ss.) en cuya impresión diagnóstica el perito refirió que los hechos investigados "al parecer produjo mucha ansiedad, temor y confusión, tanto a ella como a su grupo familiar". La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) creó un marco de referencia dentro del cual se inscribe la doctrina de la protección integral de los menores, que por su rango constitucional es de obligada observancia. Desde esa óptica cualquier acción, pública o privada, deberá tomar en cuenta el interés superior del menor, garantizándole sus derechos en un ambiente físico y mental sano a los fines de procurar su pleno desarrollo personal (Art. 3.1.2. CDN y 5 del Código de la Niñez y la Adolescencia -CNA-). Además se recomienda ofrecer al menor las condiciones óptimas para que pueda externar su opinión de una manera libre y espontánea, creándole el clima de seguridad y tranquilidad necesario, sustrayéndole de la posibilidad de ser influenciado de cualquier agente negativo externo que afecte la veracidad y fidedignidad de su testimonio. (Véanse al respecto las siguientes normas relacionadas con el tema: 12 y 16.2 CDN, 10, 14, 25 y 26 CNA). En ese sentido las medidas adoptadas por el Tribunal de mérito para el recibo de las deposiciones de las menores ofendidas, fueron acertadas. Ese tipo de previsiones, per se, no implica romper el principio de igualdad procesal, porque el estar privado el imputado del contacto visual con las víctimas, no le coloca necesariamente ante una virtual indefensión. Nótese que en todo momento estuvo representado por su Defensora, a quien nunca se le limitó el ejercicio de sus facultades. Inclusive siempre contó con la posibilidad de estar en contacto con su defendido, y de éste con aquélla, mientras discurría la práctica del recibo de los testimonios. Además el Tribunal, casualmente celoso de las facultades del justiciable dentro del proceso, previó que pudiera escuchar las declaraciones de las niñas sin ser observado por ellas desde el sitio de donde lo hacían. De esa manera cumplió con lo preceptuado por el Art. 126 CNA que establece: "Cuando un menor ofendido deba concurrir a un debate, las autoridades judiciales tomarán las previsiones del caso para que este discurra en audiencia privada, si a juicio del tribunal fuere necesario para garantizarle la estabilidad emocional, o para que no se altere su espontaneidad en el momento de deponer", tesis que es receptada en el nuevo Código Procesal Penal (Art. 212 CPP). De forma tal que el rechazo de la diligencia de careo y la forma de evacuar el testimonio de las menores víctimas, no constituyeron medidas arbitrarias que conspiraran contra el debido proceso legal, específicamente con el derecho de defensa del acusado".

94

Integración: Daniel González Álvarez; Mario Alberto Houed Vega; Alfonso Chaves Ramírez; y Rodrigo Castro Monge.

N°2020-513 las once horas con quince minutos del veintiocho de agosto de dos mil veinte del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Primer circuito Judicial de Cartago:**

"III. [...] El careo es, ciertamente, una actividad probatoria. Consiste en el enfrentamiento de dos (o incluso más) personas en cuanto a sus declaraciones. Del contraste de sus relatos y las actitudes que asuman al tener a su contendiente cara a cara, es eventualmente posible que el órgano juzgador obtenga información de calidad que

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

le permita establecer si hay alguna versión más creíble que otra. Lo que sucede es que para determinar tal credibilidad, el careo no resulta indispensable, sino que más bien es muy raro que se dé, ya que lo usual es que la determinación de la credibilidad de un relato se logre valorándolo individualmente y relacionándolo con los restantes elementos de convicción. Establecido lo anterior, es necesario agregar que cuando se trata de delitos sexuales, si bien es cierto no puede decirse que en todos los casos es improcedente el careo, también lo es que el mismo procedería sólo cuando no signifique un tratamiento contrario a los derechos de la víctima (aquí es importante recordar, debido a que la agraviada es mujer, lo establecido en los artículos 3,4 y 6 de la Convención Belem do Pará, pues del contenido de esas normas se evidencia la especial protección que el Estado se ha comprometido a garantizarle)”.

Integración: David Fallas Redondo; Ivette Carranza Cambronero; y Christian Fernández Mora.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

**MEDIDAS PROCESALES A FAVOR DE LA VÍCTIMA PROCURAN
EVITAR O MINIMIZAR LA REVICTIMIZACIÓN, NO SON REQUISITOS
DE VALIDEZ DEL ACTO**

N°2004-1364 de las once horas veinticinco minutos del veintiséis de noviembre de dos mil cuatro la **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:**

"I-. [...] Los reclamos son inatendibles: Además de las resoluciones, tanto de esta Sala (No. 153-F-94 de 10:50 horas de 13 de mayo de 1994) como de la Constitucional (No.3683-93 de 9:30 horas de 30 de julio de 1993), que el propio recurrente se hace cargo de transcribir y que han señalado que la falta de intervención efectiva del Patronato Nacional de la Infancia en las causas penales no es violatoria del debido proceso; debe señalarse que todas las normas que invoca quien impugna persiguen establecer derechos y garantías judiciales para los menores y no para el imputado adulto. Así sucede con las disposiciones que prevén la posibilidad de que se reciban sus testimonios en privado y con el auxilio de familiares o peritos especializados (artículo 212 del Código Procesal Penal), pues con ello se procura que el trato que se les dispensará en el proceso reduzca al máximo el peligro de revictimización. Sin embargo, aun esa norma establece la medida como una facultad de los Tribunales y del Ministerio Público ("podrán disponer") y no como un requisito para la validez de ningún acto procesal. En cuanto al Patronato Nacional de la Infancia, si bien resultaría de esperar que interviniera de manera activa y eficaz en los procesos en los que se discutan derechos de los menores o estos se vean, en general, involucrados; y cumpliera así el mandato constitucional y legal que pesa sobre esa entidad, lo cierto es que el incumplimiento de su misión ningún perjuicio acarrea al acusado, desde que el Patronato, de nuevo, no está llamado a tutelar los derechos e intereses de este último, sino a fungir como una parte interesada e inclinada decididamente a la tutela del menor. Lo mismo debe indicarse respecto de normativas como la Convención sobre los derechos del niño y el Código de la Niñez y la Adolescencia, en tanto ambos textos procuran afianzar la situación de los menores (ofendidos, acusados o simples testigos) dentro y fuera de los procesos judiciales, pero no establecen derechos o garantías que pueda invocar a su favor ningún adulto, en contra de los propios menores".

96

Integración: Rodrigo Castro Monge; Jesús Alberto Ramírez Quirós; José Manuel Arroyo Gutiérrez; Ronald Salazar Murillo (Mag. Suplente); y Jorge Luis Arce Víquez (Mag. suplente).

N°2019-104 de las once horas treinta y siete minutos del veintidós de marzo del año dos mil diecinueve del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Primer circuito Judicial de Cartago:**

"II.-[...] Entonces, el acompañamiento a la víctima previo al y durante el juicio no constituye un derecho del imputado ni su ausencia o incorrecta tramitación le provocaría, como tesis de principio, algún agravio a este, porque se trata más bien de una previsión que busca que no se revictimice a la persona vulnerable que figura como ofendida dentro de un proceso penal. Si bien es cierto se utilizó el término "perito" en los diferentes trámites que se hicieron para nombrar a la señora [...] como acompañante de la ofendida durante la recepción del testimonio, en virtud de las recomendaciones emitidas en las pericias de trabajo social y psicología, del estudio del expediente electrónico deriva que en la acusación no se ofreció ninguna pericia cuya realización estuviese a cargo de la citada profesional, tampoco en la audiencia preliminar se conoció solicitud en ese sentido ni durante el debate, es decir, la intervención de [...] no se encontraba regulada por lo establecido en los artículos 213 a 223 del Código Procesal Penal porque a ella no se le encomendó la realización de ningún peritaje, sino, sencillamente, el acompañamiento de la víctima durante su declaración que no reviste las formalidades que pretende atribuirle el recurrente ni requiere la presentación de títulos habilitantes, como

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

acertadamente lo consideró el a quo, incluso se prevé que ese acompañamiento lo realicen familiares de la persona ofendida, pues la finalidad procesal es que esta última pueda declarar con tranquilidad y confianza".

Integración: Xiomara Gutierrez Cruz; Marco Mairena Navarro; y Rodrigo Obando Santamaría.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

USO CÁMARA DE GESELL

N°2015-14 de las ocho horas con cuarenta y cinco minutos del nueve de enero de dos mil quince del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José:**

“II.-[...] (B) [...] Es así cómo esta Cámara, guiada por los argumentos de los recurrentes, pero verificando las grabaciones audiovisuales contenidas en DVD, tanto de la declaración de la niña [Nombre 002], en la Cámara Gesell (recibida en fecha 13 de junio de 2011 y cuyo resumen consta en la sentencia, parcialmente anulada, de folios 1126 a 1131 del tomo III), como en el debate anulado y recibida el 23 de mayo de 2013 (resumen en folios 1073 a 1078 del tomo III) como en el juicio actual, mediante deposición efectuada el 27 de mayo de 2014 (cuyo contenido se resume en la sentencia impugnada, visible en folios 1498 a 1501) concluye, en primer lugar, que resulta inaudito que la niña, por la falta de diligencia y visión del Ministerio Público, haya sido sometida a tantos interrogatorios, tan extenuantes como revictimizantes, algunos de ellos recibidos sin técnicas adecuadas, a pesar de ser la única testigo presencial del hecho y contar, para entonces, con solo 9 años de edad. La pregunta que surge de ¿por qué el fiscal a cargo del asunto no solicitó el anticipo jurisdiccional de esa declaración, en Cámara Gesell, pero con presencia de todas las partes y con auxilio de los profesionales en psicología? cuando era obvio que un hecho traumático, el estar en medio de una problemática socio-familiar y la corta edad de la infanta, aconsejaban que se diera esa mínima previsión, ante las posibles afectaciones a la memoria de los niños/as. Nótese que perfectamente se estaba ante el supuesto establecido en el numeral 293 del Código Procesal Penal y, conforme lo estatuido por el numeral 212 de esa misma normativa, así como los numerales 19 tanto de la Convención de los Derechos del Niño como de la Convención Americana de Derechos Humanos, en virtud de los cuales resultaba imperativo que el ente ministerial, resguardando el derecho de defensa, salvaguardara la integridad emocional de la niña, evitando exponerla a constantes interrogatorios y, de esa forma, a la vez, garantizar la pureza de la prueba. No obstante, por insólito que parezca, no solo no actuó de esa manera sino que, inclusive, parece no haberse preocupado por dar algún nivel de soporte psicológico a la declarante, instrumentalizándola para obtener de ella una declaración y no valorándola en su condición de persona, con derechos y dignidad que le deben ser respetados”.

98

Integración: Rosaura Chinchilla Calderón; Joe Campos Bonilla; y Lilliana García Vargas.

N°2021-871 de las quince horas treinta minutos, del nueve de junio de dos mil veintiuno del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José:**

“II.- [...] C. [...] En torno al reclamo, si bien el impugnante no identifica en sus alegatos a qué “CD” se refiere, es notorio que lo hace con referencia al DVD que contiene la denuncia que se le recibió a la víctima con la utilización del método de Cámara de Gesell, que estuvo en custodia del Ministerio Público y que fue presentado ante el tribunal de mérito para efectos del contradictorio. De este modo, ya puede tenerse claro que el medio de almacenaje, el disco DVD, no es una evidencia en sí mismo, sino que lo que contiene es una denuncia en formato audiovisual. Es decir, no es un objeto decomisado, una muestra o un elemento de convicción levantados en el lugar de los hechos o en dónde se ejecutó parte de estos, por lo que no debería guardarse un registro que demuestre la seguridad de su recolección, preservación, manipulación o traslado, entrega, custodia y empaque (cadena de custodia), sino que bastaría con que aquel acto se haya efectuado conforme a las formalidades dispuestas para su realización, se registre en un medio que permita su reproducción y que se conserve de un modo adecuado que garantice la veracidad e integridad de su contenido. La denuncia que contiene el registro de DVD fue tomada en apego al método de Cámara de Gesell y su diligenciamiento consta en el acta que levantó la representante del Ministerio Público, en la que confirmó la identidad de la persona ofendida -[Nombre 003]-, su edad para ese momento -nueve años-, su lugar de residencia -Trinidad de Moravia-, y el grado

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

escolar que cursaba -cuarto año de escuela-. Sin omitir que la diligencia se llevó a cabo a las 09:35 horas del 15 de noviembre de 2011 y se transcribió la narración del relato que la agraviada brindó (cfr. documento N° 0002, páginas 24 a 29). Precisamente, esta acta consta en los autos desde el inicio del procedimiento y era de conocimiento de la defensa técnica y material desde el mismo momento en que el endilgado fue indagado. Aunado a que, cuando se le dio traslado al imputado de la acusación formulada y se puso a su orden todos los elementos probatorios recabados, también se le informó que la fiscalía ofrecía como prueba material el disco que contenía la denuncia de la agraviada tomada en la Cámara de Gesell. Así, tampoco puede advertirse algún secretismo u ocultamiento de este medio de prueba al equipo de defensa. En este contexto, el que se aportara el disco mencionado en el plenario, por quien ha mantenido su custodia (el Ministerio Público), en nada afecta los derechos del imputado o la integridad de la prueba. Asimismo, verificar la identidad de la persona compareciente cuando se formula una denuncia -sea escrita u oral - es un deber y atribución del Ministerio Público (artículo 279 del Código de rito), por lo que, si este constató tal identidad y así lo dejó plasmado en el acta correspondiente, no debe dudarse de ello, claro está, a menos de que exista prueba que contradiga tal acto”.

Integración: Rafael Mayid González; Alfredo Araya Vega; y Giovanni Mena Artavia.

N°2012-1333 de las diez horas cincuenta y cinco minutos del cinco de julio de dos mil doce del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José:**

“II.-[...] El motivo se declara sin lugar. De acuerdo con el artículo 204 del Código de rito, el legislador estableció la obligación de toda persona que conozca sobre un suceso delictivo, de acudir al llamado judicial en su carácter de testigo, declarando la verdad de cuanto sepa sobre el hecho. Asimismo, el numeral 211 de este mismo cuerpo legal, señala que “Antes de comenzar la declaración, el testigo será instruido acerca de sus obligaciones y de las responsabilidades por su incumplimiento, prestará juramento y será interrogado sobre su nombre, apellido, estado civil, profesión, domicilio, vínculo de parentesco y de interés con las partes, y sobre cualquier otra circunstancia útil para apreciar su veracidad...”. Cuando se trata de testimonios especiales, haciendo referencia específica a las personas menores de edad víctimas u ofendidos por delitos sexuales, como el caso que se revisa, el artículo 212 del Código Procesal Penal establece la obligación del tribunal de juicio, de adoptar las medidas necesarias para que se reduzcan los trámites y se reciba el testimonio en las condiciones especiales que se requieran, haciendo uso de las cámaras especialmente creadas para este tipo de situaciones, de manera que se minimice el contacto de la persona menor de edad con las partes y permitiendo que sea acompañada por la persona que considere de su confianza. Es importante resaltar, que el Tribunal no puede obviar las disposiciones que para la recepción de testigos en debate, ha sido previsto por ley, por lo que debe conciliar la recepción de esta prueba oral denominada especial -artículo 212 del Código Procesal Penal- con los principios y formalidades propias de la etapa del contradictorio. Esto implica que las declaraciones obtenidas de esta forma, deben atender los requisitos establecidos en los numerales 134, 335 y 352 del Código en mención. De esta forma, el deponente debe prestar juramento -según la fórmula del artículo 134 de cita- y quien debe tomarlo es el juez que preside el debate -artículo 335 del Código de rito-, sin que exista la posibilidad legal de obviar el requisito de juramentación. Esto es una garantía para las partes, ya que el fin del proceso es la búsqueda de la verdad mediante los medios de prueba permitidos, según el numeral 180 del cuerpo legal en mención, por lo que el legislador previó la obligación de juramentar a quienes participan en este carácter, advirtiéndoles que deben decir verdad -artículo 134 del Código Procesal Penal-, lo que garantiza, como regla general, que los testigos sean sinceros, presunción que, por supuesto, admite prueba en contrario.[...] La licenciada [...], trabajadora social sirve de medio de comunicación entre la víctima -que está dentro de la cámara- y los jueces y las partes, quienes están fuera del recinto; y recibe las órdenes del Tribunal, así como las preguntas de las partes, mediante un dispositivo electrónico. [...] En cuanto a esta forma de juramentar a la testigo, donde el Tribunal lo hace por medio de la funcionaria de Trabajo Social, tampoco existe oposición alguna de la defensa durante esta diligencia, según se constata a folios 197 vuelto y 198. Ni siquiera apunta la recurrente, dentro de su impugnación cuál es el agravio concreto producido con la actuación del Tribunal de Juicio, al juramentar a través de la funcionaria, a las ofendidas. Debe decirse que, aún bajo esta circunstancia, el Tribunal de Apelación ha examinado esta forma de conducirse el a quo, y considera que no existe infracción

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

a garantía alguna, ya que la juramentación la hace el presidente del Tribunal de Juicio, quien gira las instrucciones y, al parecer, le dicta verbalmente, la forma en la que debe hacerse dicho acto. Con este proceder, se garantiza que las víctimas declaren sobre los hechos, bajo la advertencia de que deben decir verdad, a sabiendas que lo relatado está siendo escuchado, tanto por los jueces, como por las partes, y que no es la licenciada Abarca quien le gira las instrucciones de lo que debe hacer -en cuanto a la juramentación- o las preguntas que debe contestar, sino que son los jueces, la fiscal y la defensora quienes le hacen las preguntas”.

Integración: Ana Isabel Solís Zamora; Alfredo Chirino Sánchez; y Jorge Luis Arce Víquez.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

**EL FIN DE LA PERICIA PSICOLÓGICA NO ES PARA AVALAR LA
DECLARACIÓN DEL MENOR SINO PERMITIR UN MEJOR ABORDAJE
DE LA VÍCTIMA**

N°2017-1277 de las catorce horas cuarenta y ocho minutos, del veintitrés de octubre de dos mil diecisiete **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José:**

“ÚNICO: [...] iv. Respecto de la ausencia de una pericia psicológica o psiquiátrica de la menor de edad [Nombre 002] estimaron los jueces que en aplicación del principio de libertad probatoria y a partir de las declaraciones rendidas en juicio por la ofendida [Nombre 002] y su madre [Nombre 004] podía acreditarse que, como consecuencia directa de los hechos, la primera presenta secuelas emocionales y que aun cuando las pruebas psicológicas forenses podrían evidenciar la presencia de ciertos síntomas en la persona a valorar, los especialistas en esta área han sido claros en indicar que no se puede concluir que, por ejemplo un síndrome de estrés post traumático, sea exclusivamente generado por los hechos denunciados en el tanto podrían tener infinidad de causas, por lo que no podría restarse credibilidad a la ofendida o tener por no demostrados los hechos solo porque no consta una en el expediente. Esta Cámara de apelación concuerda con los jueces de instancia desde que, de conformidad con el numeral 182 del Código Procesal Penal, las circunstancias relacionadas con los hechos discutidos pueden acreditarse por cualquier medio lícito, legítimamente incorporado al proceso, por lo que, efectivamente las secuelas del abuso sexual sufrido por [Nombre 002] en manos del imputado [Nombre 001] han sido debidamente extraídas de la declaración rendida por la ofendida y su madre, quienes coincidieron en que la menor de edad no quiere ver al imputado, no le gusta vestir con prendas que dejen al descubierto la parte superior de su cuerpo, y en que se siente mal cuando recuerda o habla del tema, misma actitud que apreciaron los juzgadores en debate. Coincidir con la defensa sería tasar la prueba, lo cual contrastaría con el principio mencionado que rige nuestro sistema procesal e imponer obligaciones a las partes ofendidas -como someterlas contra su voluntad a una pericia de naturaleza psiquiátrica o psicológica cuando, en realidad, la legislación no lo prevé. Por lo expuesto, tampoco le asiste razón a la defensa sobre este extremo, con independencia de que se acepte que, efectivamente, los testimonios rendidos por personas menores de edad son "especiales" conforme lo establece el artículo 212 del Código Procesal Penal. Pero es que olvida la defensa que revisten esa particularidad no porque requieran de una pericia que avale o confirme sus manifestaciones, o le diga al juez si mintieron o no, si presentan tristeza o secuelas de los hechos que revelan, sino que se refiere a las condiciones en que deben ser tratados durante el proceso, por ejemplo evitando el contacto con su agresor, facilitándoles asistencia de un profesional en el área de psicología o de trabajo social, y respetando su integridad física y moral. Lo demás se determinará con la intermediación de la prueba y el escrutinio que de ella se practique por los intervinientes en el proceso sin perjuicio, claro está, de la valoración que se realice de pericias médicas, psicológicas, psiquiátricas o de cualquier otra índole, que contribuyan a esclarecer los hechos y sus consecuencias”.

Integración: Kathya Jiménez Fernández; Iris Valverde Usaga; y Raúl Madrigal Lizano.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

**PROTECCIÓN PROCESAL DEL MENOR DE EDAD: DECLARATORIA
DE DEBATE PRIVADO PUEDE SER DICTADA DE OFICIO**

N°2016-1702 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del dieciséis de diciembre de dos mil dieciséis del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José:**

"II.- El reclamo no es atendible [...]. En primer lugar, protesta de un acto procesal que estima afectó la imparcialidad del Tribunal, por cuanto según indica, la Juzgadora, para recibir la declaración de la menor de edad ofendida [Nombre 002] declaró la audiencia privada y retiró de la sala a la madre de la niña, sin que hubiera una gestión del ente acusador en ese sentido. Sin embargo, esa actuación no evidencia, sino desde una óptica eminentemente subjetiva, vicio alguno, pues deja de considerar el recurrente que, tratándose de la evacuación testimonial de personas menores de edad, la dinámica del debate debe dirigirse a proporcionar un ambiente de comodidad y de confianza al testigo – en la medida de las posibilidades que permite una sala de audiencias–, a fin de que la persona declarante atenúe el impacto de las formalidades del juicio, pero que además coadyuve a evitar la revictimización, lo que implica, muchas veces limitar la publicidad y la presencia de personas que, aunque puedan ser familiares cercanos, podrían resultar de influencia en el ánimo del declarante. En ese sentido es claro el numeral 212 del Código Procesal Penal cuando dispone que: "Cuando deba recibirse la declaración de personas menores de edad víctimas o testigos, deberá considerarse su interés superior a la hora de su recepción; para ello el ministerio público, el juez o tribunal de juicio que conozca de la causa y según la etapa procesal en la que se encuentre, adoptarán las medidas necesarias para que se reduzcan los trámites y se reciba el testimonio en las condiciones especiales que se requieran, disponiendo su recepción en privado o mediante el uso de cámaras especiales...", lo que refleja que, aun cuando el Ministerio Público no lo gestione, como parece entenderlo el recurrente, es deber del juez o tribunal de juicio tomar las medidas necesarias para que se reciba la declaración de una persona menor de edad en aras de su interés superior que, en casos como el presente, hacia viable la declaración de privacidad y el retiro de los parientes cercanos, pues no solo se trató de una víctima vulnerable inmersa en un ambiente de violencia doméstica, sino que además el delito acusado se cometió en el medio familiar".

Integración: Edwin Salinas Durán; Jorge Luis Arce Víquez; y Sandra Eugenia Zúñiga Morales.

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL
ABUSOS SEXUALES CONTRA PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS INCAPACES
FISCALÍA DE ADJUNTA DE IMPUGNACIONES

**PROTECCIÓN PROCESAL DEL MENOR DE EDAD:
ACOMPAÑAMIENTO PROFESIONAL EN DEBATE**

N°2013-2729 de las trece horas quince minutos, del quince de noviembre de dos mil trece del **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José:**

“III- [...] En ese momento se registra con total claridad a una mujer que se sienta junto a la menor y permanece con ella el resto del relato, identificándola la joven como su psicóloga, de nombre Marisela. Si bien es cierto, hubo una importante omisión por parte del Ministerio Público y del propio Tribunal de Juicio, en identificar a esta persona, pedirle sus datos y consignarlo así en el acta, quedó claro que se trató de una profesional en psicología –nadie ha desvirtuado esta información- y que estaba presente con la ofendida, como parte del acompañamiento profesional a que tiene derecho, no sólo como persona menor de edad, sino por su condición de víctima de un delito sexual, tal cual señalan y prescriben los artículos 71 1.b, 2.c,d, 212 y 351, todos del Código Procesal Penal y 107 inciso c del Código de la Niñez y Adolescencia, de manera tal que en este acompañamiento no existe ningún error o defecto, sino que a pesar de las omisiones ya indicadas, es claro que se hizo en protección a los derechos de la persona menor de edad ofendida, quien como resulta de la prueba documental y de su propio testimonio, incluso ya no vivía con sus parientes y había sido separada de su familia por intervención del Patronato Nacional de la Infancia, lo que acentúa la obligación estatal de darle apoyo”.

Integración: Rafael Segura Bonilla; Ingrid Estrada Venegas; y Katia Fernández González.