



Boletín de Jurisprudencia Penal

Fiscalía Adjunta de Impugnaciones (FAIM)

Tel. 2222-0501 / Fax 2222-0531 / faimpugnaciones@poder-judicial.go.cr

I Circuito Judicial de San José, de la esquina sureste de la Corte Suprema de Justicia, 100 m. sur y 50 m. este. Av.10, C.21-23. Edificio AFE, 5° piso.

Ministerio Público, Costa Rica



EL PRESENTE BOLETÍN está dirigido a fiscales y fiscalas del Ministerio Público y tiene como finalidad exclusiva el servir de herramienta para fundamentar las intervenciones del Ministerio Público en su gestión de la acción penal. Sin embargo, no debe interpretarse que el Ministerio Público necesariamente comparte los criterios jurídicos vertidos en los votos referidos. Periódicamente se enviará también una actualización de los índices numéricos, alfabéticos o temáticos respectivos. **SE ADJUNTA EL VOTO COMPLETO** con 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). Quienes estén interesados en recibir este material pueden enviar una solicitud a la Fiscalía Adjunta de Impugnaciones.

N° **09**
2016

RESOLUCIÓN

Resolución N°: **2015-01581**

Órgano emisor: Sala de Casación Penal

Fecha resolución: 10 de diciembre del 2015

Recurso de: Casación Penal



UNIFICA CRITERIOS

DESCRIPTOR / RESTRUCTOR

- ⇒ **Descriptor:** **Violación**
- ⇒ **Restrictor:** Acceso vestibular

SUMARIO

- El acceso vestibular sí vulnera el principio de libertad sexual, por lo que sí se configura como condición suficiente para la consumación del delito de violación.

EXTRACTO LITERAL DEL VOTO

"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”.

VOTO INTEGRO N°2015-01581, Sala de Casación Penal

Res: 2015-01581. SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas y dieciséis minutos del diez de diciembre del dos mil quince.

Recurso de casación interpuesto en la presente causa seguida contra [Nombre 001], por el delito de Abuso Sexual Contra Persona Menor de Edad y Violación, cometido en perjuicio de [Nombre 002]. Intervienen en la decisión del recurso los Magistrados Carlos Chinchilla Sandí, Jesús Alberto Ramírez Quirós, José Manuel Arroyo Gutiérrez, Doris Arias Madrigal y María Elena Gómez Cortés, ésta última en su condición de Magistrada suplente. Además participa en esta instancia, el licenciado Julián Martínez Madriz, en condición de Fiscal de la Fiscalía Adjunta de Impugnaciones del Ministerio Público.

Resultando

1. Mediante sentencia N° 2015-476, dictada a las quince horas veintidós minutos del seis de agosto de dos mil quince, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago, resolvió: “POR TANTO : Por mayoría, se declara parcialmente con lugar el recurso de apelación interpuesto por la Defensora Pública de [Nombre 001]. Se anula parcialmente la sentencia impugnada y se declara a [Nombre 001] autor responsable de un delito de violación en grado de tentativa en daño de [Nombre 002]. Se ordena el reenvío para la fijación de la pena conforme a la nueva calificación legal. Se acoge el alegato con relación al segundo delito de violación atribuido al encartado [Nombre 001], se ordena el reenvío ante el Tribunal de origen para nueva sustanciación conforme a derecho corresponde. En lo demás el fallo se mantiene incólume. El Juez Rivera Rodríguez salva el voto y declara sin lugar la impugnación. NOTIFÍQUESE. (Fs.) JAIME ROBLETO GUTIERREZ, MARCO MAIRENA NAVARRO Y DOUGLAS RIVERA RODRIGUEZ.”(sic).

2. Contra el anterior pronunciamiento el licenciado Julián Martínez Madriz, en condición de Fiscal de la Fiscalía

Adjunta de Impugnaciones del Ministerio Público, interpone recurso de casación.

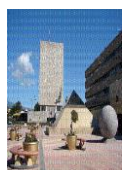
3. Verificada la deliberación respectiva, la Sala se planteó las cuestiones formuladas en el recurso.

4. En los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes; y,

Considerando

I. Mediante resolución N° 2015-1384, de las 09:06 horas, del 6 de noviembre de 2015 (cfr. folios 56 a 61), esta Sala admitió para su trámite, el recurso de casación interpuesto por el licenciado Julián Martínez Madriz, en su condición de representante del Ministerio Público, contra la resolución N° 2015-476, dictada por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago, a las 15:22 horas, del 6 de agosto de 2015 (f. 25 a 32), en el que se alega la causal de precedentes contradictorios, la inobservancia de un precepto legal procesal por falta de motivación de la sentencia y la errónea aplicación de un precepto legal sustantivo, específicamente, de los artículos 24 y 156 del Código Penal.

II. En el primer motivo, el recurrente invoca la existencia de precedentes jurisprudenciales contradictorios. Indica el recurrente que en las resoluciones N° 2010-282, de las 11:00 horas, del 16 de abril de 2010, N° 2009-624, de las 17:09 horas, del 29 de abril de 2009, N° 2007-1092, de las 9:40 horas, del 26 de septiembre de 2007, N° 2007-605, de las 16:50 horas, del 31 de mayo de 2007 y N° 2007-321, de las 11:18 horas, del 28 de marzo de 2007, todas de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, así como en los fallos N° 2012-173, de las 10:30 horas, del 30 de marzo, del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago; N° 2013-599, de las 14:00 horas, del 1 de octubre de 2013, del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, San Ramón y N° 2012-382, de las 16:20 horas, del 16 de abril del 2012, del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, se establece que basta el acceso vestibular para que se





configure el tipo penal de violación. A pesar de ello, en la resolución que ahora se impugna, N° 2015-476, dictada por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago, a las 15:22 horas, del 6 de agosto de 2015 (f. 25 a 32), se concluye que no basta el acceso vestibular para configurar el tipo penal, sino que debe existir una penetración del himen de la víctima. Señala que los aspectos dogmáticos acerca del concepto de vagina, utilizados por el ad quem, no son capaces de excluir la existencia de penetración vaginal. Indica que el tipo penal exige un acceso carnal por vía vaginal, el cual puede ser parcial, es decir, entre los labios vaginales y hasta el himen, por ende, basta el acceso vestibular para la configuración del ilícito causado. Como agravio, refiere la existencia de un perjuicio ilegítimo a las pretensiones del Ministerio Público, pues el cambio de criterio implicó la recalificación de los hechos, en contra de lo petitionado por el ente fiscal. Se declara con lugar el alegato: Tal y como lo hace ver el representante del Ministerio Público, han existido interpretaciones jurisprudenciales contradictorias sobre la posibilidad de que el delito de violación se configure con un acceso carnal parcial, por vía vaginal, es decir, entre los labios vaginales hasta el himen, sin afectación de este último. De acuerdo con un sector de la jurisprudencia –al que pertenece la sentencia impugnada–, el acceso carnal implica, en el caso de la violación vaginal: “...que el órgano genital del varón acceda o se introduzca en la vagina de la mujer, rebasando, por consiguiente, el “portal himeneal”, no bastando con una simple aproximación o contacto entre ambos genitales, aunque tampoco es necesaria la cópula completa, ni mucho menos la eyacuación... lo que más importa es que quede claro que la conducta típica implica la penetración vaginal y no la vulvar, ya que así lo impone el principio de legalidad y el sub principio de *lex stricta*, y porque así se deriva de los criterios médicos forenses de los cuales debe partirse para la delimitación rigurosa del verbo típico en estudio...” (f. 28). (En igual sentido, resoluciones del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago, N° 2014-586 de las 10:45 horas, del 28 de noviembre de 2014 y N° 2014-482, de las 13:30 horas, del 17 de octubre de 2014, a las que se remite en el fallo recurrido). Con base en tales razonamientos, en el fallo impugnado se concluyó que cuando el acceso carnal ocurre entre los labios vaginales y el himen, se está ante una tentativa idónea del delito de violación, pero no ante un delito consumado. 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 ha aceptado que el ámbito de intimidad de la víctima se puede agredir mediante el acceso carnal a la cavidad vestibular de la mujer, infringiéndose el tipo penal de violación, en los siguientes términos: [...] ...las razones histórico culturales basadas en una específica moral sexual asentada en la tutela de la “virginidad” que singularizaron la tipificación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, en ningún caso pueden convertir al himen en el límite físico que permitiría distinguir entre la violación y un abuso sexual, en los supuestos en que la víctima sea una mujer que no había mantenido relaciones sexuales genitales con ruptura de himen previas a la agresión. Lo contrario supondría imponer un criterio discriminatorio basado en patrones socioculturales, con una gran carga de prejuicios, sobre la vieja idea de la “virginidad sexual” como objeto de tutela penal, de manera que se establecerían tratos diferenciados e injustos, en los niveles de protección y sanción estatal entre mujeres con o sin desgarramiento del himen, según sus experiencias sexuales previas, en detrimento de su libertad de determinación en la esfera erótica. Por consiguiente, la subsunción del ataque en el delito de violación o de abuso sexual no puede, necesariamente, venir determinada por las experiencias sexuales previas de la mujer...” (Resolución N° 321-2007, de las 11:18 horas del 28 de marzo de 2007). Debe recordarse, que según se ha indicado, lo que se protege con los delitos de índole sexual, son la libertad y la indemnidad sexual, la primera, entendida como el derecho de toda persona de ejercer la actividad sexual en libertad, mientras que la segunda, refiere el derecho de todo ser humano a no ser inquietado, a estar exentos de daño en materia sexual. En ese sentido, cuando un individuo accede carnalmente a otro, a través de cualquiera de sus formas y en contra de su voluntad, irrumpe en una de las parcelas más privadas de la vida de la víctima, en su intimidad. Con base en ello, el Estado está obligado a tutelar esos derechos a fin de preservar a las personas agraviadas de intromisiones intolerables en su intimidad y que no tienen por qué soportar. El delito sexual para la víctima, es una experiencia negativa e inesperada, que repercute





grandemente en su integridad física y emocional, por lo que siempre implica un alto nivel de vulnerabilidad. Precisamente, en esa condición se deben calificar a las mujeres agraviadas por conductas ilícitas de índole sexual, según lo establecen las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, en el artículo 11, el cual apunta de manera literal que: “Se considera en condición de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. La vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal. Destacan a estos efectos, entre otras víctimas, las personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar, las víctimas de delitos sexuales, los adultos mayores, así como los familiares de víctimas de muerte violenta.”. Del mismo modo, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”, más conocida como “Convención de Belém do Pará”, contempla en su numeral 4, en lo que resulta de interés que: “Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: a. el derecho a que se respete su vida; b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”. Así también, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, siendo consecuente con éste último instrumento y en la misma línea de la jurisprudencia internacional, ha ofrecido una interpretación adecuada acerca del concepto de la violencia sexual, cuyo extracto prescribe que: “es una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima “humillada física y emocionalmente”; situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas”. Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el documento número 63 de fecha 9 de diciembre de 2011, titulado como: “Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia Sexual en Mesoamérica”, ha manifestado su preocupación acerca de los obstáculos que enfrentan las mujeres víctimas de delitos sexuales para obtener un acceso a la justicia, adecuado y efectivo, tales como la prevalencia de patrones culturales discriminatorios en las actuaciones de los operadores de justicia, así como la falta de aplicación y desconocimiento de la normativa nacional e internacional que protege los derechos de las mujeres, entre otras. En ese sentido, estos desafíos impiden el ejercicio pleno y la garantía de los derechos

humanos de las mujeres víctimas, contemplados en instrumentos internacionales de derechos humanos, y vulnera el deber integral de los Estados de actuar con la debida diligencia requerida para prevenir, investigar, sancionar los actos de violencia contra las mujeres. Inclusive, no podemos dejar de lado la no discriminación y la garantía de la igualdad, como aspectos fundamentales del derecho de acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia. Sobre el particular, la “Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”, conocida como “CEDAW”, reviste especial importancia al ser diseñada con el objeto de promover la igualdad, entre mujeres y hombres en el ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales. El Comité CEDAW también, ha establecido que la discriminación comprende la violencia contra las mujeres en todas sus formas, por ello promueve el respeto, la protección, y el cumplimiento. Como corolario, se debe señalar que el ataque sexual se configura con acciones de esa misma naturaleza, que se cometen contra una persona sin su consentimiento, las cuales comprenden la invasión física del cuerpo humano, además, pueden incluir actos que no necesariamente involucren la penetración total de sus genitales. No obstante, también se vulnera la indemnidad y la libertad sexual de la persona ofendida, cuyos derechos deben protegerse y preservarse en todo ser humano, más aún cuando la víctima es menor de edad, debido a su desarrollo y formación físico-emocional, como en el caso bajo estudio. En vista de las razones expuestas, se declara con lugar el primer motivo del recurso incoado por el Ministerio Público. 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. En consecuencia, se anula parcialmente la resolución del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago, N° 2015-476, de las 15:22 horas del 6 de agosto de 2015 (f. 25 a 31), únicamente, en tanto, por voto de mayoría, se declaró a [Nombre 001] autor responsable de un delito de violación, en grado de tentativa, en daño de [Nombre 002] y se ordenó el reenvío para la fijación de la pena. En su lugar, se mantiene la calificación legal -como delito de violación consumado- otorgada por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de la Zona Atlántica, Limón, en la sentencia N° 262-2015, de las 15:30 horas, del 7 de mayo de 2015 (f. 1 a 14), así como la pena de diez años de prisión impuesta, al no haber sido éste un extremo objetado en apelación. Por ser innecesario, se omite pronunciamiento sobre los dos restantes alegatos interpuestos por el Ministerio Público. Notifíquese.-





Por tanto: Se declara con lugar el primer motivo del recurso incoado por el Ministerio Público. 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. En consecuencia, se anula parcialmente la resolución del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago, N° 2015-476, de las 15:22 horas del 6 de agosto de 2015 (f. 25 a 31), únicamente, en tanto, por voto de mayoría, se declaró a [Nombre 001] autor responsable de un delito de violación, en grado de tentativa, en daño de [Nombre

001] y se ordenó el reenvío para la fijación de la pena. En su lugar, se mantiene la calificación legal -como delito de violación consumado- otorgada por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de la Zona Atlántica, Limón, en la sentencia N° 262-2015, de las 15:30 horas, del 7 de mayo de 2015 (f. 1 a 14), así como la pena de diez años de prisión impuesta. Por ser innecesario, se omite pronunciamiento sobre los dos restantes alegatos interpuestos por el Ministerio Público. *Notifíquese. Carlos Chinchilla S., Jesús Ramírez Q., José Manuel Arroyo G., Doris Arias M., María Elena Gómez C., (Mag. Suplente).*

