



Boletín de Jurisprudencia Penal

Fiscalía Adjunta de Impugnaciones (FAIM)

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

1 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° **28**
2016

RESOLUCIÓN

Resolución N°: 2015-01613
Órgano emisor: Sala de Casación Penal
Fecha resolución: 18 de diciembre del 2015
Recurso de: Casación de sentencia penal

DESCRIPTOR / RESTRUCTOR

⇒ **Descriptor:** **Declaración del ofendido**
⇒ **Restrictor:** Víctimas con capacidades cognitivas limitadas

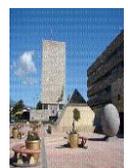
SUMARIO

- La declaración de una víctima con capacidades cognitivas limitadas debe ser valorada según la sana crítica. No debe ser desacreditada por las dificultades con las que la víctima relata las circunstancias modales, espaciales y temporales del delito.

EXTRACTO LITERAL DEL VOTO

“Es decir, el Tribunal de Apelación concluyó que, a pesar de las limitaciones en las capacidades de la víctima, su relato no sugería la presencia de indicadores que hicieran dudar de la veracidad de su versión de los hechos, o de que pudiese inventar eventos o circunstancias que no ocurrieron. Sin embargo, de inmediato y de forma contradictoria, efectivamente sin acudir ni sustentar su criterio en algún elemento de

convicción, sino derivado únicamente de la misma deposición de la ofendida, cuyo valor probatorio fue previamente justipreciado, los jueces de segunda instancia aseguraron que la deposición de la afectada era insuficiente y generaba una duda razonable, únicamente en relación con la circunstancia de la introducción del pene del acusado en la vagina y boca de la ofendida, por la ausencia de detalles en su declaración”.





“De este modo, los jueces de apelación por un lado confirmaron que no existía razón o prueba alguna que permita derivar que la ofendida en su versión de los hechos pudiere inventar o describir situaciones que no ocurrieron, pero a la vez, descartaron que la confirmación que hace la víctima, ante preguntas del fiscal, respecto de la penetración o introducción del pene en la vagina y la boca, fuere suficiente y contundente para tener por acreditado con certeza el delito de violación. Efectivamente, esta aseveración del Tribunal de Apelación no solo es contradictoria con la plena credibilidad que otorgó al dicho de la ofendida en un primer momento, sino que además no se estructura con base en ningún elemento probatorio que conste en el proceso, ni tampoco es posible extraer dicha conclusión de la propia deposición de la agraviada”.

“Esta valoración integral de la prueba, y la confrontación de la versión de la afectada con el resto de las probanzas traídas al proceso que se verificó en el fallo condenatorio, es el paso lógico que el Tribunal de alzada omitió verificar en su resolución, pues ni

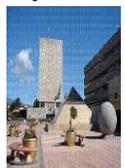
siquiera analizó las denuncias ni lo que las testigos declararon en el juicio oral, que aunque se trate de testimonios referenciales, proporcionaban elementos importantes para respaldar lo dicho por la víctima durante todo el proceso, y propiamente durante el debate y, descartar cualquier halo de duda sobre ese detalle en particular de su deposición, sobre la introducción del pene en su vagina y su boca. Bajo estas premisas, se aprecia que el fundamento y análisis probatorio que fue elaborado en el fallo condenatorio fue atinado, completo y examinó detalladamente la forma en que la víctima confirmó en juicio esa circunstancia de introducción del pene en su boca y vagina, la cual se analizó junto con la restante prueba testimonial y documental, a fin de demostrar que en otras oportunidades procesales la víctima sostuvo esa misma versión, sin que surgiera dentro del proceso ninguna razón, de orden personal ni tampoco relacionada con su discapacidad, que permitiera poner en duda que esa circunstancia efectivamente ocurrió, tal y como fue declarado por la ofendida durante la etapa del debate”.

VOTO INTEGRO N°2015-01613, Sala de Casación Penal

Res: 2015-01613. SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas y cuarenta y cinco minutos del dieciocho de diciembre del dos mil quince. Visto el Recurso de Casación, interpuesto en la presente causa seguida contra de [nombre 001] por el delito de violación, cometido en perjuicio de [nombre 002]. Intervienen en la decisión del recurso, los Magistrados Carlos Chinchilla Sandí, Jesús Ramírez Quirós, José Manuel Arroyo Gutiérrez, Doris Arias Madrigal y Rosibel López Madrigal, esta última en su condición de Magistrada Suplente. También participa en esta

instancia la licenciada Natalia Gamboa Sánchez en su condición de defensora pública del encartado. Se apersono el licenciado Hector Chacón Chang representante de la Fiscalía Adjunta de Impugnaciones.

Resultando: 1. Mediante sentencia N° 893-2015, dictada a las diez horas cincuenta y cinco minutos del veintitrés de junio de dos mil quince, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal. Segundo Circuito Judicial de San José, resolvió: **“POR TANTO: Se declara parcialmente con lugar el recurso de apelación**





interpuesto por la defensa pública. Se resuelve el fondo y se recalifican los hechos por los cuales resultó condenado [nombre 001] como constitutivos de un único delito de abuso sexual agravado. Se dispone el reenvío del proceso para que el Tribunal, con distinta integración, proceda a realizar una audiencia en que se defina la pena a imponer. Asimismo, se deja sin efecto la condena en costas dispuesta en contra del acusado y en su lugar se dispone que las costas de este proceso corren a cargo del Estado. En todo lo demás, el fallo permanece incólume. Se prórroga la prisión preventiva, que está vigente hasta el 14 de julio, por el plazo de SEIS MESES, contabilizados a partir del 15 de julio de 2015 y hasta el 14 de enero de 2016 ambas fechas inclusive, plazo que se considera de sobra razonable para que dentro de él se defina la pena que debe descontar el acusado y se completen los eventuales recursos contra esa decisión. **Notifíquese.** Helena Ulloa Ramírez, Edwin Salinas Durán y Jorge Luis Arce Víquez **Jueces y Jueza del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal.** (sic)". 2. Contra el anterior pronunciamiento, la licenciada Emy Román Bryan en su condición de fiscal de la Fiscalía Adjunta de Impugnaciones, interpuso 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. Informa el Magistrado José Manuel Arroyo Gutiérrez; y,

Considerando: I. Mediante resolución número 2015-1333, de las 10:15 horas, del 30 de octubre de 2015, esta Sala admitió para su trámite el único motivo del recurso de casación interpuesto por la Licenciada Amy Román Bryan, representante del Ministerio Público, que impugnó la sentencia número 2015-0893, de las 10:55 horas, del 23 de junio de 2015, dictada por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, que declaró parcialmente con lugar el recurso de apelación interpuesto por la defensa pública del acusado [nombre 001], y recalificó los hechos a un delito de abuso sexual cometido en perjuicio de persona incapaz.

II. En el único motivo admitido que plantea la representante fiscal, reclama inobservancia de un precepto legal procesal, concretamente el artículo 142 del Código Procesal Penal e invocando la causal del numeral 468 inciso b) de ese mismo cuerpo legal. La recurrente arguye que la resolución del Tribunal de Apelación contiene un vicio de logicidad e inobservó las reglas de la sana crítica, pues asegura que se incurrió en una fundamentación contradictoria en la valoración de elementos probatorios de carácter decisivo, a saber, la declaración de la agraviada. En ese sentido, el ente fiscal reclama que los jueces de alzada admitieron en un primer momento que el relato de la ofendida era creíble y auténtico, cuando señaló que el acusado fue quien cometió los actos abusivos en su contra, que le introdujo el pene en su vagina y que le colocó también el pene en su boca, a pesar de las limitadas capacidades que la misma presenta. Sin embargo, en un segundo estudio de análisis, y con base precisamente en las mismas limitaciones que presenta la afectada en sus capacidades cognitivas, los jueces de instancia estimaron que su declaración fue insuficiente y poco confiable para tener certeza si efectivamente existió o no introducción parcial o total del pene, y por consiguiente, para tener por configurado el delito de violación, recalificando los hechos a un delito de abuso sexual.

En criterio de quien recurre, el razonamiento seguido por el Tribunal de Apelación transgredió el principio lógico de derivación, particularmente el de razón suficiente, porque las apreciaciones hechas por los juzgadores, que cuestionan la confiabilidad del relato de la víctima, particularmente respecto de la penetración, no tienen sustento probatorio alguno. Así, aprecia que el razonamiento del tribunal es inválido, y por ende, corresponde confirmar lo resuelto en sentencia condenatoria respecto de la calificación jurídica atribuida a los hechos, por ser éstos constitutivos del delito de violación, según los términos del artículo 156 inciso 2) del Código Penal.

III. Por mayoría, se declara con lugar el recurso de casación interpuesto. El artículo 142 del Código Procesal Penal contiene una exigencia legal en la elaboración de sentencias, que impone a los juzgadores, entre otros, la debida observancia de las reglas de la sana crítica en la valoración de los elementos probatorios que tienen un carácter decisivo dentro de la resolución del asunto sometido a su conocimiento. En este caso, plantea la representación fiscal que el Tribunal de Apelación, dentro de sus facultades en el examen de prueba, desatendió esas reglas, puntualmente las reglas de derivación y razón suficiente, al analizar la declaración de la agraviada, cuyo testimonio definitivamente fue decisivo en la condenatoria del acusado. Esta Sala estima que lleva razón la representante del Ministerio Público en sus alegatos. De una lectura pormenorizada del fallo impugnado, es posible colegir que existen yerros importantes en la construcción lógica seguida por el Tribunal de Apelación en la ponderación de la prueba, particularmente en el peso probatorio otorgado a la deposición de la víctima, y su confrontación con el resto del elenco de prueba. Claramente se aprecia, en el considerando segundo de la resolución impugnada, a partir del folio 219, que los jueces de alzada elaboraron una serie de razonamientos y consideraciones técnicas acerca del especial tratamiento que corresponde dar a las personas con alguna discapacidad, sobre todo cuando se encuentran en posición de víctimas y los ajustes pertinentes dentro del proceso, a efectos de valorar sus declaraciones. Al finalizar ese análisis, los juzgadores concluyeron de la siguiente forma: *"No existe elemento alguno en las pericias que sugiera o permita concluir que la ofendida puede alterar la realidad, inventar o sobredimensionar eventos que no ocurrieron o que padece de algún trastorno senso-perceptivo que la pueda llevar a narrar cosas que no sucedieron o interpretar erróneamente conductas y comportamientos de los demás. Por el contrario, sugieren que es altamente vulnerable a ser colocada en situaciones de riesgo porque no puede anticipar el peligro y reaccionar en consecuencia y es claro que el acusado la conocía y ella le tenía confianza porque había sido novio de su hermana y la abordó diciéndole que iba a su casa a recoger unos frijoles que le tenía a él el padre de la joven lo cual ella mismo (sic) dijo que era "pura mentira" porque no la llevó a su casa sino a un llano, donde ella no le pidió que fueran. Así, no existe ningún sustento que permita afirmar que la ofendida pueda narrar hechos que no ocurrieron o señalar erróneamente a una persona como responsable"*. (folio 220 vuelto). Es decir, el Tribunal de Apelación concluyó que, a pesar de las limitaciones en las capacidades de la víctima, su relato no sugería la presencia de indicadores que hicieren dudar de la veracidad de su versión de los hechos, o de que pudiese inventar eventos o circunstancias que no ocurrieron. Sin embargo, de inmediato y de forma contradictoria, efectivamente sin acudir ni





sustentar su criterio en algún elemento de convicción, sino derivado únicamente de la misma deposición de la ofendida, cuyo valor probatorio fue previamente justipreciado, los jueces de segunda instancia aseguraron que la deposición de la afectada era insuficiente y generaba una duda razonable, únicamente en relación con la circunstancia de la introducción del pene del acusado en la vagina y boca de la ofendida, por la ausencia de detalles en su declaración. Para sustentar esta postura, el Tribunal puntualizó: *“Y esto porque a pesar de que la ofendida describe que el acusado utilizó el pene “polla” según su definición, para que “lo probara” con su boca y que posteriormente le colocó el pene en la vagina, no es posible concluir con certeza que estos eventos consistieran en la introducción total o parcial del pene en la boca y en la vagina. Ciertamente la hermana de la ofendida dijo que ella narró que el acusado quiso introducirle el pene en la vagina pero no pudo hacerlo y que por eso eyaculó y le puso el semen en la boca a la víctima, lo cierto es que su relato es de referencia y la ofendida aunque respondió que sí a la pregunta de si la polla entró en su vagina, este relato no es claro ni contundente por las razones ya señaladas en cuanto a la dificultad para narrar lo ocurrido con el detalle que permite afirmar certeramente que hubo penetración, a lo que se suma la ausencia de valoración médica de la víctima, que habría podido arrojar luces sobre este aspecto y no existe otra prueba independiente que permitiera afirmar esa circunstancia, con la certeza necesaria para respaldar un fallo condenatorio por ese delito así calificado”*. (Folios 221 vuelto a 222). De este modo, los jueces de apelación por un lado confirmaron que no existía razón o prueba alguna que permita derivar que la ofendida en su versión de los hechos pudiese inventar o describir situaciones que no ocurrieron, pero a la vez, descartaron que la confirmación que hace la víctima, ante preguntas del fiscal, respecto de la penetración o introducción del pene en la vagina y la boca, fuere suficiente y contundente para tener por acreditado con certeza el delito de violación. Efectivamente, esta aseveración del Tribunal de Apelación no solo es contradictoria con la plena credibilidad que otorgó al dicho de la ofendida en un primer momento, sino que además no se estructura con base en ningún elemento probatorio que conste en el proceso, ni tampoco es posible extraer dicha conclusión de la propia deposición de la agraviada. Como el mismo Tribunal de alzada lo admitió en su oportunidad, si bien es cierto la exposición espontánea de los detalles del hecho por parte de la afectada debió ser conducida mediante el interrogatorio desarrollado por las partes y los jueces en debate, debido a las evidentes limitaciones de verbalización que la víctima presentaba, por su discapacidad cognitiva, no por ello era posible deducir que un detalle, como la afirmación de una penetración o la introducción del pene en la cavidad vaginal y la boca pudiese ser inventado, y tampoco se demostró que fuere un aspecto que pudiese haber sido sugerido mediante las interrogantes que le fueron formuladas. De esta manera, no es posible inferir del razonamiento del fallo de alzada, porqué es posible otorgar plena credibilidad al relato que hace la ofendida sobre la existencia de un ataque sexual en su contra por parte del encausado, y los demás detalles que la misma proporciona, y a su vez, porqué esa credibilidad se ve desmerecida únicamente en relación con la existencia de una introducción vía vaginal y oral del pene del acusado. En ese sentido, el Tribunal de alzada no evoca ningún elemento probatorio que le sirviere de fundamento para arribar a dicha conclusión y descartar que los hechos así descritos de forma

clara y concreta por la ofendida efectivamente hubiesen ocurrido, a fin de configurar los delitos de violación que fueron acreditados en etapa de juicio. Tampoco se analizó en la resolución impugnada, en que radicaron los yerros cometidos por los jueces de juicio en el examen de las pruebas, que les permitió arribar a un juicio de certeza acerca de la ocurrencia del hecho en las circunstancias que narró la agraviada, sino que desarrollan sus propias apreciaciones de la prueba, sin tener fundamento para ello. Si se estudia con detenimiento la sentencia de juicio, es posible deslindar con claridad las razones por las cuales los juzgadores, mediante el juicio oral, tuvieron por acreditada la circunstancia de introducción del pene del imputado en la vagina y la boca de la agraviada, cuando señala: *“De hecho la ofendida comentó además que el imputado se le subió encima y le quitó la blusa y luego le introdujo el pene en su vagina, agregando en todo momento y a pesar de la dificultad que presentó al momento de declarar, que esa parte del cuerpo del imputado si entró en su vagina y que luego no contento con esto y a no poder introducir en totalidad el pene, entonces se la metió el mismo en la boca a la ofendida contra su voluntad. Si bien es cierto, la ofendida reconoce que no sabe para que sirve lo que ella denomina “polla” que es el pene, lo cierto del caso, es que a través de todo el proceso su versión se ha mantenido incólume, donde a pesar de la serie de problemas cognitivos que presenta, la misma siempre ha podido recordar con certeza cómo sucedieron los hechos, siendo que la misma no tenía justificación alguna para mentir en contra del acusado...”*. (Folio 137). A través de esta aproximación, los jueces de juicio pudieron percibir la coherencia y credibilidad de la declaración de la ofendida, como prueba principal dentro del proceso, pero no se contentaron únicamente con la versión de la agraviada en debate, sino que hicieron confrontación de la misma con el resto del acervo probatorio y, señalaron: *“En esa oportunidad indicó (refiriéndose a la declaración de [nombre 003]) que fue cuando se revelaron los hechos, donde [nombre 002] cuenta que en una ocasión [nombre 001] se detuvo y le dijo que la iba a llevar a la casa, pero lejos de eso más bien la llevó a un llano y ahí se detuvo y le bajó el bumer, él se bajó el pantalón y luego intentó penetrarla y ella dijo que no le entraba y entonces que luego de intentar meterla y no podía, entonces él se agarró el pene y le salió un líquido blanco y se lo pasó por la cara. Si bien es cierto la ofendida en ese momento no habló que le haya introducido el pene en su vagina y luego en su boca, ella durante su denuncia y durante el contradictorio si aclaró dicho aspecto y quedó bien claro que ambas violaciones sí se dieron”*. (Folio 138). A través de este ejercicio de confrontación del dicho de la afectada, con la prueba testimonial y documental, el Tribunal de Juicio derivó, bajo un juicio lógico y fundado, la existencia de dos accesos carnales, uno vía vaginal y otro vía oral, diferenciables en el tiempo, en perjuicio de la ofendida por parte del acusado. Bajo ese razonamiento, el tribunal sentenciador destacó la correspondencia del dicho de la víctima con la testigo [nombre 004], quien era profesora de la agraviada en el momento de la revelación de los hechos, y a quien le dio una versión sobre cómo ocurrieron los mismos, testimonio que permitió a los juzgadores confirmar que la ofendida, en todo momento ha sostenido, a pesar de sus limitaciones, que el encartado efectivamente introdujo su pene en la vagina y en la boca de la víctima. Asimismo, de un estudio de los autos, es fácil apreciar que, en la denuncia inicial, que consta a folio 2 vuelto, la señora [nombre 003] refirió, en lo que interesa: *“...me dijo que él se*





había sacado la chuncha refiriéndose al pene (sic), que no le entraba abajo, me imagino que en la vagina, que él le dijo que se la chupara, que después [nombre 001] se la jaló y botó algo blanco...”, es decir, desde la primera noticia existe un indicio claro de que existió una penetración del pene del acusado tanto en la vagina como en la boca de la ofendida, quien pese a sus dificultades de verbalización, con sus propias palabras pudo describir claramente la acción a su hermana, referencia que no fue analizada por el Tribunal de Apelación. Asimismo, a folio 8 de los autos, consta la denuncia que fue tomada directamente a la agraviada, en donde la misma señaló: “...me decía que probará su pene yo no quería entonces me obligó a provarlo (sic), me empujó la cabeza y me metió el pene en mi boca, luego él me metió nuevamente en el carro en la parte de atrás, y se subió encima mío, y me comenzó a tocar con sus manos los pechos por encima de la ropa, luego me metió el pene en la parte de adentro (señala la parte genital tanto en la parte de atrás como de adelante)”. Esta información inicial que brindó tanto la hermana de la víctima como ella misma, inclusive con intervención de una psicóloga, y que fue incorporada legítimamente al debate como parte del material probatorio, revela que la circunstancia de introducción del pene en la vagina y la boca de la agraviada, no sólo no era desconocida desde el inicio del proceso, sino que sí tiene sustento en otros elementos de convicción debidamente incorporados al juicio, que vienen a respaldar la afirmación que hizo la ofendida en el juicio oral sobre esa circunstancia particular. Esta valoración integral de la prueba, y la confrontación de la versión de la afectada con el resto de las probanzas traídas al proceso que se verificó en el fallo condenatorio, es el paso lógico que el Tribunal de alzada omitió verificar en su resolución, pues ni siquiera analizó las denuncias ni lo que las testigos declararon en el juicio oral, que aunque se trate de testimonios referenciales, proporcionaban elementos importantes para respaldar lo dicho por la víctima durante todo el proceso, y propiamente durante el debate y, descartar cualquier halo de duda sobre ese detalle en particular de su deposición, sobre la introducción del pene en su vagina y su boca. Bajo estas premisas, se aprecia que el fundamento y análisis probatorio que fue elaborado en el fallo condenatorio fue atinado, completo y examinó detalladamente la forma en que la víctima confirmó en juicio esa circunstancia de introducción del pene en su boca y vagina, la cual se analizó junto con la restante prueba testimonial y documental, a fin de demostrar que en otras oportunidades procesales la víctima sostuvo esa misma versión, sin que surgiera dentro del proceso ninguna razón, de orden personal ni tampoco relacionada con su discapacidad, que permitiera poner en duda que esa circunstancia efectivamente ocurrió, tal y como fue declarado por la ofendida durante la etapa del debate. A partir de todas estas consideraciones, en este caso particular, se aprecia que los jueces de alzada obviaron el análisis de la totalidad de las probanzas allegadas al proceso, restándole mérito a la principal declaración testimonial sin fundamento alguno. Así, acudió a un razonamiento erróneo y carente de sustento con el fin de variar la calificación jurídica del hecho y, utilizó valoraciones subjetivas y contradictorias en el escrutinio del testimonio de la agraviada, apartándose de las reglas mínimas para un examen integral del acervo probatorio, que si fue elaborado dentro de la sentencia condenatoria. No se verifica en la especie ningún aspecto en la declaración de la ofendida, ni ningún detalle que conste a lo largo del proceso, ni en la prueba evacuada en juicio, que razonablemente arroje

duda alguna sobre la circunstancia de la introducción del pene del acusado en la vagina y en la boca de la afectada. Aunado a ello, los jueces de alzada en su resolución contravinieron el principio de libertad probatoria, al afirmar que, para una mejor demostración sobre la existencia de una penetración en el caso concreto era necesario y útil una valoración médica a la afectada que confirmara tal circunstancia, con lo cual se desconoce reiterados pronunciamientos jurisprudenciales, que señalan que la presencia o no de lesiones físicas a consecuencia de un ataque sexual no es un elemento determinante para tener por demostrado un delito de violación, sino que deben estudiarse adicionalmente otros extremos que pudieran confirmar la existencia de un acceso carnal. Asimismo, debe tenerse en cuenta que, frecuentemente se presentan situaciones en que se verifican penetraciones parciales, que eventualmente no dejan signos físicos de tal circunstancia (como la ruptura del himen), sin que por ello pueda descartarse, *prima facie*, la existencia de un ilícito de violación: “*Estima este Despacho que si bien la pericia clínica determina que la menor [nombre 005] mantenía íntegro su repliegue membranoso (himen) ubicado en el orificio externo de la vagina y no era éste dilatado, ello no excluye de forma necesaria, concluyente e indubitable la existencia de un acceso carnal, aunque sea parcial y sin ruptura del himen, pues 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. Por ello, 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*”. (Sala Tercera, resolución número 321-2007, de las 11:18 horas del 28 de marzo de 2007). Finalmente, otro yerro importante que se aprecia en la resolución del Tribunal de Apelación, que dio origen a la modificación en la calificación jurídica del hecho delictivo, se identifica en la determinación de una unidad de acción en sentido jurídico en las acciones ilícitas que fueron acreditadas en juicio en contra del acusado. En ese sentido, los jueces de alzada indicaron: “*Sin embargo, no hay duda alguna de que el imputado sí realizó comportamientos de abuso sexual en contra de la voluntad de la ofendida, despojándola de su blusa, colocando su pene en la zona vulvar, tocándola sobre su pantalón y, posteriormente, colocando su pene en la boca de la víctima para que lo probará, sin que pueda afirmarse que lo introdujo. (...) En este caso, ambas*





conductas comparten una misma realidad fenoménica: (...) Luego los actos se realizan en las mismas condiciones espacio temporales, (...) conducta que se realiza en perjuicio de la misma víctima y que lesiona el mismo bien jurídico, de un tipo penal que expresamente contempla la pluralidad de actos como configurativa del hecho. En consecuencia, desde el punto de vista jurídico, considerando el factor final (voluntad y plan de autor) y el factor normativo (estructura del tipo penal y bien jurídico), junto a la identidad de la víctima, por la particular estructura y redacción del tipo penal de abuso sexual contra persona incapaz, se trata de una única acción y por ende, de un único delito de abuso sexual agravado, ...". (Folio 222 frente y vuelto). Es más que evidente que el Tribunal de Apelación estructura su razonamiento sobre una concepción muy particular, hartó superada a través de múltiples pronunciamientos jurisprudenciales, en lo tocante al tema de la unidad de acción y concursos en delitos sexuales, que ha descartado que el tipo penal de abuso sexual contemple pluralidad de actos para la configuración del tipo penal: "Por otro lado, no es de recibo tampoco el argumento de que sólo se le debe condenar por uno de los hechos acreditados por el Tribunal, al estimar que el tipo penal lo que exige, es castigar con una sola pena, una "pluralidad de actos", cuando se trata de la misma persona ofendida, sin importar la cantidad, forma, tiempo o espacio en que se dieron, estimando desde su óptica, que no cabe un concurso material en el supuesto que expone. Sobre el particular, en lo que atañe al uso del singular o del plural en los tipos penales, conviene reiterar aquí lo expuesto por la Sala en la sentencia No. 1094-03, de 11:03 horas, de 28 de noviembre de 2003: "Reprocha el petente que se le declaró autor responsable de un concurso material de abusos deshonestos, cuando en realidad se trata de un solo delito. Según indica, el hecho punible es uno "que su misma tautología lo ha definido en plural" (sic, folio 254) y considera que únicamente existe concurso en los casos en que se abusa de distintas personas o de una sola, pero en tiempos muy separados entre sí. Concluye que la conducta por él ejecutada constituyó una "extensión" del mismo delito y que vulnera el principio de tipicidad definirla como un concurso. La queja es improcedente pues, como puede notarse, el sentenciado no brinda en realidad ninguna fundamentación lógico-jurídica a sus apreciaciones, sino que se conforma con opinar, desde su perspectiva de lego, sobre el modo en que debería interpretarse la norma que reprime las conductas objeto de la condena. Debe señalarse, en cualquier caso, que el artículo 161 del Código Penal, antes de la reforma introducida por ley No. 7899 de 3 de agosto de 1999, se refirió siempre al "abuso deshonesto", en singular; pero incluso su actual denominación ("abusos sexuales", "actos con fines sexuales") no significa que el legislador pretendió sancionar como delito solo aquellos casos en que la conducta sea reiterada (cual parece entenderlo [nombre 001]), sino que la redacción corresponde a un mero estilo en el que el uso del singular o del plural no afecta de manera alguna la comprensión clara del contenido semántico de la norma, como tampoco la afectaría si se hablase de "agresión" o "agresiones con armas", de "hurto" o "hurtos" u otros ejemplos similares. La simple lectura del tipo penal evidencia que uno solo de los actos encuadra en la figura y que su reiteración no integra un único delito, sino un concurso de ellos". (Sala Tercera, resolución número 1363-2009, de las 17:06 horas del 14 de octubre de 2009). De la misma manera, existen reiteradas resoluciones de esta Sala, que han señalado

que la unidad de acción en este tipo de delincuencias se rompe si las acciones abusivas son sucesivas y no simultáneas, perfectamente diferenciables, aunque se produzcan en un breve espacio de tiempo y contra una misma persona: "En la especie, si bien es cierto los delitos sexuales juzgados no son de violación, sino de abuso sexual contra persona menor de edad, se estima que no es una situación jurídica relevante que afecte en modo alguno, el criterio jurídico que esta Cámara ha preceptuado, respecto de acciones delictivas como las que desplegó el encartado [nombre 006], de tal forma que no es posible considerar que las mismas, constituyan una acción única, como lo pretende establecer la recurrente. Esto en razón de que, no es correcto considerar que basta con que se lleve a cabo un acto impúdico sobre la humanidad de una víctima de abuso sexual, para que otros actos lascivos subsiguientes que despliegue el agresor sexual, resulten en su favor, subsumidos por el dolo y la primera acción lujuriosa lesiva del bien jurídico que ejecutó, aún cuando su separación espacio-temporal sea nula o casi nula (En este mismo sentido ver la resolución N° 478-F-93, de las 9:05 horas, del 27 de agosto de 1993)". (Sala Tercera, resolución número 1532-2008, de las 10:40 horas del 19 de diciembre de 2008). Más aún, en el presente caso, que se ha determinado que el ataque sexual producido por el acusado corresponde con dos accesos carnales, uno vía vaginal y otro vía oral, que se verifican de modo sucesivo, no existe la menor duda de que se trata de dos acciones independientes, que configuran el tipo penal de violación, y que son reprochables jurídicamente por haber lesionado de manera significativa el bien jurídico indemnidad sexual en dos oportunidades distintas, por lo que se aprecia que la calificación jurídica inicial que tuvo por demostrada el tribunal de juicio se ajusta a derecho. Estas aseveraciones permiten concluir que los reclamos que formuló el Ministerio Público son procedentes, al comprobarse que efectivamente los jueces de alzada incurrieron en vicios significativos en el iter lógico que los motivó a variar la calificación legal del hecho. Por el contrario, tal y como se examinó líneas atrás, se determina que la sentencia de juicio desarrolló de forma amplia y bajo un adecuado análisis y sustento probatorio, la comprobación de dos delitos de violación, de modo que no se aprecia vicio alguno que invalide lo resuelto en primera instancia. Por consiguiente, por mayoría, se declara con lugar el recurso de casación interpuesto por la representante del Ministerio Público, deja sin efecto el fallo de apelación que fue impugnado, y por encontrarse apegada a derecho, se confirma en todos sus extremos la sentencia condenatoria en contra del acusado.

Por Tanto: Por mayoría, se declara con lugar el recurso de casación planteado por la Licenciada Amy Román Bryan, en su condición de representante del Ministerio Público. En consecuencia, se deja sin efecto la resolución 893-2015, emitida por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, al ser las 10:55 horas del 23 de junio de 2015. En vista de lo anterior, se confirma la sentencia 22-2015, de las 15:45 horas, del 14 de enero de 2015, del Tribunal Penal del Tercer Circuito Judicial de San José. Los Magistrados Arroyo Gutiérrez y López Madrigal salvan el voto. **Notifíquese. Carlos Chinchilla S., Jesús Ramírez Q., José Manuel Arroyo G., Doris Arias M., Rosibel López M. (Mag. Suplente).**

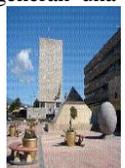




VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO ARROYO GUTIÉRREZ Y LA MAGISTRADA SUPLENTE LÓPEZ MADRIGAL

Los que suscriben, Magistrado Arroyo Gutiérrez y Magistrada López Madrigal nos separamos del voto de mayoría y declaramos: El tema central del alegato interpuesto, radica en la forma en la que fue analizada la declaración de la ofendida, que conllevó al Tribunal de Apelación a recalificar la conducta acusada al imputado, de dos delitos de violación, a un único delito de abuso sexual. Alega la representación fiscal, que los Jueces de Apelación no logran explicar las razones por las cuales las capacidades cognitivas de la ofendida, se consideran insuficientes para determinar la tipicidad del delito de violación, argumentando que el cuestionamiento de la confiabilidad de la víctima respecto a la penetración, es realizado por el Tribunal de Apelación, sin ningún sustento probatorio del cual se derive, por lo que concluye que el razonamiento utilizado en alzada es inválido por fundamentación inexistente. Los suscritos Magistrados no compartimos tal razonamiento esbozado. El Tribunal de Apelación realiza un amplio análisis con respecto a las condiciones cognoscitivas de la víctima, amparado en los dictámenes sociales y psicológicos realizados por el Departamento de Trabajo Social y Psicología del Poder Judicial (cfr. f. 18 a 20 y 24 a 28), determinando que la ofendida tiene problemas para estructurar un relato, cuenta con dificultades de memoria; de estructuración verbal, planeamiento y organización de la información y padece de hidrocefalia congénita, enfermedad que le ha generado afectaciones en su salud física, así como un retardo en el desarrollo psicomotor severo (cfr. 41 fte y voto). Y que bajo tales condiciones es que se tiene que proceder con la valoración integral de la declaración rendida. Es en este aspecto, que el Tribunal de Apelaciones, aún y cuando le otorga plena credibilidad en la narración de la dinámica general de los hechos imputados, no puede otorgarle la credibilidad necesaria, para acreditar con un juicio de certeza, un aspecto relevante de la calificación jurídica imputada originalmente, como lo es la penetración. De la declaración de la ofendida el *ad quem* procede a valorar y establecer que: “[...] el relato que brindó permite asociar al imputado con conductas de agresión sexual en perjuicio de la ofendida, claramente vulnerable, por su condición de discapacidad que incluso impide que actúe en consecuencia frente a una situación de riesgo o peligro. Es importante tener presente que a pesar de que deban adoptarse medidas de compensación razonables, para las personas con discapacidad, aún ello podría impedir que se obtuviera información de calidad para averiguar la verdad de lo ocurrido, en virtud de la discapacidad y de las limitaciones que pudiera aquejar a un testigo o víctima y ante ello y, en ausencia de otras probanzas, no podría apoyarse una sentencia condenatoria, sin que ello implique violentar el derecho de acceso a la justicia de una persona con discapacidad, siempre y cuando se hubieran realizado los esfuerzos necesarios para tratar de compensar esa situación y permitir el pleno goce de los derechos.” (cfr. f. 220 voto a 221). El Tribunal de Apelación indica que dentro de la valoración integral de lo declarado por la ofendida, no se puede extraer con la certeza necesaria, para acreditar el reproche de culpabilidad del que tiene que derivar una sentencia condenatoria, que los eventos narrados, constituyeran una introducción del pene del encartado en la boca y vagina de la ofendida. Esto por cuanto, existe una dificultad para determinar tal circunstancia de

manera clara y contundente, debido a las condiciones especiales de la capacidad cognitiva de la víctima, la escasa y genérica información que pudo aportar la agraviada con respecto a la dinámica final de lo acaecido, razón por la cual, no es posible demostrar con certeza absoluta si existió o no una penetración, para así establecer la constitución de un delito de violación. Adicional a lo anterior, el *ad quem*, hace referencia además, a la ausencia de cualquier otro medio probatorio que permitiera acreditar la calificación jurídica reprochada originalmente, ya que no existe ningún otro medio probatorio, sobre el cual se pueda respaldar y sostener el reproche de culpabilidad acusado, esto por cuanto, no existe una valoración médica practicada a la víctima que hubiese podido dilucidar la duda surgida al respecto. En este sentido, se tiene que el razonamiento utilizado por el Tribunal de Apelación estableció que: “...en lo que sí lleva razón la apelante es cuando señala que el relato de la ofendida como única prueba, no permite establecer con certeza que la conducta abusiva del acusado constituya dos delitos de violación consumados. Y esto porque a pesar de que la ofendida describe que el acusado utilizó el pene “polla” según su definición, para que “lo probara” con su boca y que posteriormente le colocó el pene en la vagina, no es posible concluir con certeza que estos eventos consistieran en la introducción total o parcial del pene en la boca y en la vagina. Ciertamente la hermana de la ofendida dijo que ella le narró que el acusado quiso introducirle el pene en la vagina pero no pudo hacerlo y que por eso eyaculó y le puso el semen en la boca a la víctima, lo cierto es que su relato es de referencia y la ofendida aunque respondió que sí a la pregunta de si la polla entró a su vagina, este relato no es claro ni contundente por las razones ya señaladas en cuanto a la dificultad para narrar lo ocurrido con el detalle que permita afirmar certeramente que hubo penetración, a lo que se suma la ausencia de valoración médica de la víctima, que habría podido arrojar luces sobre este aspecto y no existe otra prueba independiente que permitiera afirmar esa circunstancia, con la certeza necesaria para respaldar un fallo condenatorio por ese delito así calificado. Tampoco la hay para afirmar que se trató de una tentativa de violación vaginal, porque no se tiene información clara respecto de cuál podría ser la causa ajena a la voluntad del acusado que impidió la consumación del hecho, aspectos que incluso no fueron demostrados y ni siquiera se describen en la acusación y el relato de la hermana de la joven, al respecto, si bien arroja una probabilidad de que ocurriera por la dificultad misma de la condición de la víctima, ello no puede afirmarse con certeza.” (cfr. f. 221 voto y 222). En este sentido, se tiene por establecido que con respecto a la disyuntiva de la acreditación o no de una eventual penetración, que demuestre la comisión del delito de violación, el Tribunal de Apelación no puede sostener el valor probatorio suficiente que desvirtúe el principio de inocencia. Es por esta razón, que el *ad quem*, al momento de valorar integralmente la declaración de la agraviada, no puede sostener con la certeza requerida, la existencia del delito de violación, debido a la poca claridad específica con respecto a dicha acción y la ausencia de otros elementos probatorios que lo respalden. Circunstancia que por sí sola, no podría romper el principio de inocencia al no existir certeza absoluta de lo declarado, esto bajo un análisis integral de la dinámica especial con que la ofendida tuvo que ser abordada en debate. Es por esta razón que las condiciones particulares de discapacidad de la agraviada, así como la forma en que se recabó su declaración, efectivamente generan una





duda razonable, tal y como lo expuso el Tribunal de Apelación, en la dinámica final de lo acontecido. Razón por la cual, se comprueba el vicio invocado por parte de la recurrente en la sentencia recurrida, al no existir una clara violación a las reglas de la sana crítica, en la fundamentación brindada por el *ad*

quem. En consecuencia, se declara sin lugar el presente recurso de casación. Remítase la presente sumaria, a la mayor brevedad posible, ante el Tribunal Penal de Juicio para lo que en derecho corresponda. **José Manuel Arroyo G.; Rosibel López M. (Mag. Suplente).**

