

**Sentencia: 00442**  
**Expediente: 06-**  
**004563-0305-PE**  
**Fecha:**  
**18/09/2008 Hora:**  
**2:55:00 PM**  
**Emitido por:**  
**Tribunal de**  
**Casación Penal,**  
**San Ramón**

## **Extracto 1**

**Tipo de Extracto:** Voto de mayoría

**Rama derecho:** Derecho Penal

**Redactor del Texto de Origen:** Sojo Picado Guillermo

### **Descriptores**

- *Abusos sexuales contra personas menores de edad e incapaces*
- *Valoración de la prueba en materia penal*
- *Delitos sexuales*

### **Restrictores**

- Análisis sobre la valoración del consentimiento de la víctima
- Improcedente fundamentación con perjuicios de género
- Análisis sobre el consentimiento de la víctima en delitos sexuales
- Improcedente fundamentación con perjuicios de género
- Análisis sobre la valoración del consentimiento de la víctima
- Improcedente fundamentación con perjuicios de género

## **Texto del extracto**

**“ II.- Se resuelve: Este Tribunal de Casación declara con lugar el segundo motivo por la forma del recurso presentado por la representación fiscal, y por considerarlo innecesario se omite pronunciamiento sobre el primer motivo de forma. En consecuencia se anula la sentencia recurrida y el debate que le dio origen y se ordena el reenvío para nueva sustanciación conforme a derecho .** La sentencia absolutoria dictada en la causa por el Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de Alajuela, consideró como argumentos para la absolutoria del imputado los siguientes: **( i )** Que no se duda de que el imputado haya besado a la ofendida en su cuello y boca y que le haya tocado los senos y las piernas, de lo que sí se tienen dudas es que tales actos los ejecutara el imputado de manera abusiva conforme lo exige el tipo penal del numeral 161 del Código Penal. **(ii)** Que la ofendida intentaba “quitarse” para no ser más acosada por el imputado, y que hasta llegó a empujarlo, pero realmente esa resistencia según dice el Tribunal no se acreditó en debate. **(iii)** Que tampoco se desacreditó la versión del imputado de que fue la propia menor la que empezó a tocarle la espalda, preguntándole si tenía pecas, hecho este que fue aceptado parcialmente por la menor ofendida, cuando reconoció que tanto ella como el imputado se habían hecho cosquillas, lo que no

permite descartar que los tocamientos fueran consentidos por la menor que ya contaba con 13 años de edad. **(iv)** Que la versión de la ofendida coincide con la del imputado, por ejemplo en que los hechos sucedieron en la casa de este último, porque el imputado la invitó a la casa y ella aceptó, y que pasaron varias horas juntos, inclusive fueron a comer pollo esa noche, lo cual hizo dudar a los juzgadores del carácter abusivo de los tocamientos realizados por el imputado sobre el cuerpo de la ofendida. **(v)** Que si bien el prevalecerse de la confianza de la víctima agrava la conducta en el abuso sexual, la acción debe ser realizada de manera abusiva, ya sea porque la víctima está intimidada, uso de la violencia física o el carácter sorpresivo del ataque, aspectos que insiste el Tribunal no se acreditaron en la especie. **(vi)** Dijo el Tribunal también que “... *aun cuando la menor sintiera temor de tener relaciones sexuales con el imputado, no pareciera que existiera una verdadera oposición a los tocamientos y besos realizados, pues incluso el simple hecho de correr al imputado para que no la besara en la boca, no es indicativo de que la situación no se quiere, pues el imputado continúa besándola, y véase que en el caso concreto, aún después de que supuestamente suceden esos hechos en la vivienda del acusado, éste es recibido por la ofendida en su vivienda, se sientan en un sillón y ella permite que el imputado la bese en la boca y se despide de beso en la boca*” (cfr. folio 110). **(vii)** En criterio del tribunal sentenciador no hubo una “resistencia verdadera” de la que el imputado pudiera inferir que la ofendida no deseaba lo que estaba sucediendo. **(viii)** De la versión de la ofendida se desprende que el imputado estuvo “coqueteando” con la ofendida, besándola, chupándole el cuello, haciéndole cosquillas, acariciándole los senos y las piernas, pero en el caso concreto tales actos no son abusivos, sino una receptabilidad que elimina tal requisito. **(ix)** Dice el *a quo* que es muy difícil aceptar que en el caso concreto la ofendida fuera forzada e intimidada de alguna manera por el imputado, agregando que el justiciable “*ni siquiera le toca las partes más íntimas de su cuerpo*”, tal como la vagina, cuando tuvo toda la oportunidad de hacerlo. **(x)** El imputado le propuso a la ofendida que si podían hacerlo, refiriéndose con esos términos a sostener relaciones sexuales, a lo que la ofendida se negó, respetando el imputado esa decisión, pidiéndole luego más bien perdón. **(xi)** El hecho de que la ofendida se pusiera a llorar posteriormente cuando llegó la madre a su casa, no es tampoco indicativo de que los tocamientos se hicieran contra la voluntad de la ofendida, pues dice el Tribunal que es posible que ella se sintiera culpable de haber aceptado este tipo de acto con una persona que era pareja de su tía. **(xii)** Finalmente se señala en la sentencia que se recurre que otra de las razones para absolver el justiciable es que de acuerdo con el dictamen pericial psicológico forense visible a folios 12 a 21, la menor, a pesar de ser tímida y reservada denotó rebeldía hacia los patrones de conducta establecidos por su madre, resaltándose cierta oposición al establecimiento de convencionalismos y límites impuestos, siendo un criterio técnico que merece respeto, y lleva reforzar la tesis, sobre la muy posible aceptación de la ofendida hacia los tocamientos realizados por el imputado. Expuestos, en consecuencia, los argumentos del Tribunal sentenciador para absolver al justiciable, debe indicarse que al hacerse la valoración probatoria en materia de delitos sexuales, de modo particular en el caso concreto, en que la *ratio decidendis* del asunto que se conoce gira sobre si la ofendida prestó consentimiento para la realización de los hechos, tesis a la que arriba el Tribunal de Juicio, y por ende, tal prestación de consentimiento elimina la tipicidad de la conducta al considerar no abusivos los hechos, deviene en necesario hacer las siguientes precisiones. Por un lado, el tema del consentimiento, ha sido objeto de una profusa evolución, desde concepciones que han exigido el comportamiento casi de heroína de la ofendida, a los fines de no ver menoscabada su libertad sexual, a una interpretación que tome en consideración las particularidades propias en que sucede el evento y las

referidas a la misma víctima ofendida. Sobre este punto, la Sala Tercera de la Corte se ocupado del tema, siendo que en el voto 2005-00994 de las a las nueve horas del dos de setiembre de dos mil cinco, dijo lo siguiente: “ *Superadas están aquellas añejas concepciones que para aceptar que una mujer hubiera sido víctima de ultraje sexual, para estimar que no hubo consentimiento de su parte, se le exigían conductas heroicas y hasta inverosímiles, trasladando a la víctima la demostración de su resistencia –con golpes, lesiones, lucha- que, si no estaban presentes, implicaban “consentimiento” de su parte, trasladando a la víctima la obligación de explicar lo sucedido, concepciones que tenían todo un trasfondo sociocultural que partía de una superioridad o poder de disposición del varón respeto del deseo y libertad sexual femenino, completamente erradicado. Se olvidaba desde estas concepciones, el poder intimidatorio, el terror que la fuerza física, el uso de armas o la sola situación de soledad y abuso son capaces de generar en una persona -hombre o mujer-, aspectos que pueden conducir a verdaderos estados de paralización, de incapacidad emocional para resistir y sin embargo, en ninguna de estas ocasiones, en que a lo mejor no hay evidencias físicas de lucha, como golpes o heridas, e incluso ni siquiera se presentan lesiones en el área genital, podría hablarse de un acceso carnal consentido, de manera que la valoración de tales aspectos no es tan simple como lo pretende el recurrente y debe trasladar también el énfasis en la víctima, su vivencia, sus condiciones y las características propiciadas o aprovechadas por el agente para materializar la conducta”* (resolución 820-04 de las 9:56 horas del 9 de julio de 2004. En el mismo sentido, 988-04 de las 9:55 horas del 20 de agosto también de 2004 y 617-99, de las 9:48 horas del 21 de mayo de 1999, entre otras”). En el caso concreto, el Tribunal de Juicio descartó la existencia de los delitos de abuso sexual acudiendo en algunas afirmaciones a perjuicios de género, y sienta básicamente la responsabilidad de los hechos en la ofendida, siendo que sin embargo, algunas de las afirmaciones contenidas en el fallo no están suficientemente respaldadas en consideraciones probatorias. En efecto, según se razona a folio 109 del fallo, si bien se admite que la ofendida llegó empujar al imputado, dice el *a quo* que “... *esta resistencia, por parte de la menor no se acreditó en el debate* ”. La ofendida dijo que ella se corría para que no la besara y que no estuvo de acuerdo con esa acción, de donde podría inferirse que la ofendida no mostró estar de acuerdo con los abusos practicados. Ahora bien, tampoco el hecho de que la ofendida fuera la que primero tocó al imputado haciéndole ver o preguntando si tenía pecas es indicativo que por esa razón hubiese consentido los hechos. Presume el Tribunal la ausencia de fuerza e intimidación porque la ofendida salió ese día con el imputado a dar varias “vueltas” e inclusive porque regresó con él a la casa, lo cual hacer ver el Tribunal suministra un indicio suficiente de que prestó consentimiento para los hechos, y aún más, excusa al justiciable porque pudiendo hacerlo no tocó a la ofendida en las partes más íntimas de su cuerpo. Tal modo de razonar desconoce que en estos delitos el consentimiento no se presume considerando que en la especie la propia ofendida dijo textualmente “... *me sentía nerviosa y quería correr, solo me corría para que no me besara, nno le dije que lo iba a acusar, yo no le decía nada estaba como en shock , me corría porque no me podía mover, cuando regresa me besa en la boca y yo le dije que no lo acusaría, yo no estaba de acuerdo con que me besara ...*” (cfr. la declaración de la ofendida a folio 108. La transcripción es fiel al original). Véase que la ofendida en todo momento negó estar de acuerdo con que el acusado la besara, de tal modo que este es un extremo que no explora adecuadamente el Tribunal de Juicio, sino que simplemente acepta que la ofendida consintió los hechos. El hecho de haber ido a dar una “vuelta” con el imputado y a comer pollo, tampoco es indicativo de que por esas razones hubiese consentido, pues como ya se dijo la ofendida en todo momento ha negado haber estado de acuerdo

con los hechos en su perjuicio. Más bien existen aspectos que debió el *a quo* analizar tales como que la menor llegó a la vivienda del imputado, esto en el sentido de establecer a partir de ahí si hubo un aprovechamiento de esa situación, esto es, de la edad e inexperiencia de la víctima, o bien de que tanto la ofendida como el imputado se encontraran en la vivienda del justiciable, al igual que cuando la menor se trasladó a su propia casa, y estando únicamente ella y el imputado, ocurrió el segundo bloque de hechos en su perjuicio. Finalmente, observa esta Cámara de Casación que conforme al análisis que se hace en la sentencia respecto del testimonio de la ofendida se le juzga como creíble, al punto de que no se tiene duda alguna de que los hechos ocurrieran, únicamente que se descartó la existencia de una verdadera oposición a los mismos, y si estos fueron de naturaleza abusiva, para finalmente no llegar a creerle a la perjudicada en cuanto a si consintió o no los tocamientos por parte del imputado. Todas estas circunstancias debieron merecer por el Tribunal de Juicio un análisis mucho más acabado y completo, esto desde la perspectiva de la fundamentación del fallo, de ahí que se estime procedente acoger el segundo reclamo del Ministerio Público y anular la sentencia recurrida para que se proceda a nueva sustanciación conforme a Derecho. No siendo necesario se omite pronunciamiento sobre el primer motivo del recurso presentado por la Fiscalía.”