

**UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE LAS  
AMÉRICAS**

**MAESTRIA EN DERECHO CON ENFASIS**

**EN DERECHO PENAL**

**LA INTERPRETACIÓN DE LOS TÉRMINOS  
"PENETRACIÓN PARCIAL", "COITO VULVAR" Y  
"ACCESO CARNAL" EN LA JURISPRUDENCIA  
JUDICIAL COSTARRICENSE (EN UN PERÍODO  
QUE COMPRENDE LOS AÑOS DEL 2012-2018)**

**DANIEL ESTEBAN CONTRERAS  
GONZÁLEZ**

**SAN JOSÉ, JUNIO, 2019**

## **AGRADECIMIENTOS**

A Dios por ser mi apoyo, fortaleza y por guiarme en la escogencia de la profesión que me apasiona.

A la Universidad Internacional de las Américas por brindar este postgrado con la excelencia académica que los distingue.

A mi familia y a todas las personas que han formado parte de mi vida, especial agradecimiento por su amor, consejos, apoyo, ánimo y compañía en los momentos más difíciles.

## **DEDICATORIA**

A Dios: por haberme permitido llegar a este punto y dado la salud para lograr mis objetivos, además de su infinita bondad y amor.

A Karla, mi esposa, por ser el motivo que me impulsa a luchar por mis sueños y por adoptarlos como suyos.

## CONTENIDO

AUTORIZACIÓN DEL TUTOR	ii
AUTORIZACIÓN DEL LECTOR	iii
AUTORIZACIÓN DEL FILÓLOGO	iv
AGRADECIMIENTOS	v
DEDICATORIA	vi
CONTENIDO	vii
RESUMEN EJECUTIVO	xi
Capítulo I: Introducción	12
1.1 <b>¡Error! Marcador no definido.</b>	
1.2 <b>¡Error! Marcador no definido.</b>	
1.3 <b>¡Error! Marcador no definido.</b>	
1.4 19	
1.4.1 <b>¡Error! Marcador no definido.</b>	
1.4.2 Objetivos específicos	18
1.5 Proyecciones	18
Capítulo 2: Marco Teórico	20
2.1 Fundamentación y requisitos de la sentencia	20
2.1.1 Los cinco momentos de la fundamentación en la sentencia penal	22
2.1.1.1 La fundamentación fáctica	23
2.1.1.2 La fundamentación descriptiva	23
2.1.1.3 La fundamentación analítica o intelectual (silogismo o inferencia inductiva)	23

	9
2.1.1.4 La fundamentación jurídica	24
2.2 El debido proceso	25
2.2.1 El debido proceso, instrumento legal	31
2.2.2 El debido proceso, principio general	33
2.2.3 Principios	35
2.2.3.1 Principio de Legalidad	35
2.2.3.2 Principio de Tipicidad	38
2.2.4 Generalidades de la valoración de la prueba	40
2.2.4.1 Prueba legal o tasada	41
2.2.4.2 Sistema de libre convicción	43
2.2.4.3 Sistema de la sana crítica	43
2.2.4.4 Reglas de la lógica	44
2.3 Principio de identidad	44
2.4 Principio de contradicción	46
2.5 Ley de tercero excluido	46
2.6 Principio de razón suficiente	47
2.6.1 Reglas de la psicología y de la experiencia	48
2.7 Principio de Reserva de Ley	50
2.8 El principio de interpretación jurídica aplicado a la materia penal	51
2.8.1 La interpretación como una actividad necesaria para la aplicación de las normas jurídicas	51
2.9 Bien jurídico tutelado en lo delitos sexuales	52
2.9.1 Posición del bien jurídico en la teoría del delito	56
2.9.2 Criterio de la Sala Constitucional respecto al bien jurídico	59

	10
2.9.3 Delito de Violación, artículo 156 Código Penal Costarricense	61
2.9.3.1 Tipo Objetivo	64
2.9.3.1.1 Tipo Subjetivo	65
2.9.3.1.1.1 Sujeto activo	65
2.9.3.1.1.2 Sujeto pasivo	66
2.10 Definición de acceso carnal	66
2.10.1 Consumación y Tentativa	68
2.11 Aspectos Médico Legales	69
2.11.1 Anatomía genital femenina	69
2.11.1.1 Órganos Internos	69
2.11.1.2 Órganos Externos	70
Fuente: Elaboración propia, a partir de Parrondo et al, 2010.	71
2.12 Conceptos Médico Legales	71
2.12.1 Penetración Parcial	71
2.12.2 Penetración Total	72
2.12.3 Coito Vulvar	73
2.12.4 Diferencias entre términos	74
Capítulo III: Marco Metodológico	76
3.1	80
3.2	80
3.3	81
CAPITULO 4. ANÁLISIS DE RESULTADOS	79
4.1 Percepción de los operadores del sistema sobre los términos en estudio	79

	11
4.2 Contraste de lo mencionado en las entrevistas con lo que dice la jurisprudencia	81
4.3 Comentarios para mejorar la interpretación de estos términos	91
4.4 Posicionamiento personal con respecto a la temática expuesta	93
CAPITULO 5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	100
5.1 Conclusiones	100
5.2 Recomendaciones	103
REFERENCIAS BIBLIOGRAFÍAS	104
APÉNDICES	110

## **RESUMEN EJECUTIVO**

La presente investigación es un análisis de las resoluciones judiciales de la Sala Tercera y los tribunales de apelación en un período que comprende del año 2012 al 2018 a manera de diagnóstico acerca de la interpretación y aplicación de los términos "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal" descritos en el artículo 156 del Código Penal y la adecuación de las conductas a dicho tipo penal, con lo cual se pretende esto por cuanto pretende demostrar la interpretación y aplicación dada a estos términos, y con esto, no solo ampliar los conocimientos de índole médico legal, sino también demostrar la necesidad de aplicar el Derecho a tenor del principio de legalidad, el cual es absoluto en materia penal, así como consolidar la seguridad jurídica de los actores del proceso penal.

En cuanto a la metodología se tiene que es una investigación de tipo cualitativa que brinda los resultados para analizar las resoluciones judiciales de la Sala Tercera y los tribunales de apelación en un período que comprende del año 2012 al 2018 a manera de diagnóstico acerca de la interpretación y aplicación de los términos "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal" descritos en el artículo 156 del Código Penal y la adecuación de las conductas a dicho tipo penal. Para lo anterior se acude a un aplicaron entrevistas a profundidad a personas representativas y expertos, así como también un análisis documental de la jurisprudencia sobre la temática.

## **Capítulo I: Introducción**

### **1.1 Tema**

“La interpretación de los términos "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal" en la jurisprudencia judicial costarricense a nivel de la sala tercera y los tribunales de apelación en un período que comprende los años del 2012-2018”

### **1.2 Problema de estudio**

¿De qué manera la interpretación jurisprudencial de los términos "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal", por parte de la Sala Tercera y los Tribunales de Apelación de los últimos cuatro años, ha marcado un cambio a nivel del análisis de la tipicidad del artículo 156 del Código Penal?

### **1.3 Justificación del tema y el problema**

El problema surge de la interpretación y aplicación de los términos de “Penetración parcial”, “Coito vulvar” y “Acceso carnal” por parte de los Juristas específicamente en la interpretación de la jurisprudencia emitida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales de Apelación de Sentencia en Costa Rica, al momento de tipificar el delito de violación descrito en el artículo 156 del Código Penal. Es precisamente en este momento, cuando utilizan los términos “acceso carnal vía vulvar”, y el “coito vulvar” como elemento configurador para determinar la consumación de la conducta descrita como “acceso carnal”, extendiendo este concepto a otros órganos genitales femeninos; razón por la cual se analizará la doctrina que ha definido el concepto de violación, como “el acceso carnal realizado en contra de la voluntad de la víctima” y los términos de “penetración parcial” y “coito vulvar” a la luz de la medicina legal, para determinar las acciones que contienen los términos “penetración parcial”, “coito vulvar” y “acceso carnal” en relación a la anatomía genital femenina.

Partiendo de estas definiciones utilizadas por los juristas, con la intención de extender la protección del bien jurídico tutelado en este tipo de delitos, bajo este supuesto, están

sancionando como delito de violación descrito en el numeral 156 del Código Penal, conductas que no se contemplan el termino médico legal como “acceso carnal”, por lo que se estaría frente a una gravísima trasgresión del principio de Legalidad Criminal, así como sus subprincipios de Reserva de ley y Tipicidad Penal, lo cual se traduce en un grave quebranto a los derechos fundamentales para los ciudadanos que están en manos del sistema de justicia costarricense. Lo anterior considerando que la Carta Magna, en el numeral 39 Constitucional establece, en lo que interesa:

Artículo 39.- A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior...". Además, en el Código Penal Costarricense el artículo 1 señala: "Artículo 1.- Nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible ni sometido a penas o medidas de seguridad que aquélla no haya establecido previamente.

Es claro que, de los artículos supra citados, se desprende a todas luces el Principio de Legalidad, ya que ambos se exigen tanto la previa tipificación de la conducta, que se pretende perseguir penalmente, para que la misma se constituya en delito o contravención y a su vez establece este principio como límite a la respuesta penal del aparato estatal, en la aplicación de la Ley Penal. Por lo que se podría estar ante acciones inconstitucionales, por contravenir al Principio de Legalidad, receptado los numerales 39 y 1 antes mencionados, debido a que se impondría una pena o medida de seguridad fundamentándose en lo reglado en el artículo 156 del Código Penal, a un supuesto de hecho donde se incurra en coito vulvar y no acceso carnal, de forma que la legalidad vela para que quienes ostentan el Ius puniendi, no incurran en excesos o arbitrariedades, de manera que no se podrá constituir en delito, ninguna conducta humana a la que el legislador no haya dado con anterioridad tal calificativo con base en un tipo penal, así como tampoco se podrá imponer pena alguna, convirtiéndose el Principio de Legalidad en una garantía de seguridad jurídica para el ciudadano.

La mala praxis jurídica, contraviene al Principio de Reserva de Ley, el cual establece que solo podrán ser regulados o restringidos, los derechos fundamentales de las personas

mediante ley formal, la cual debe ser emanada del Poder Legislativo por el procedimiento que esta constitucionalmente establecido para la creación de leyes, por lo que la aplicación indistinta de los términos “penetración parcial”, “coito vulvar” y “acceso carnal”, podría ocasionar confusión entre los juristas y estar ante una interpretación analógica a la ley penal, lo cual acarrearía la creación de una nueva norma penal vía jurisprudencia; de ahí la importancia de analizar la conducta descrita en el numeral 156 del Código Penal que los Juristas están aplicando para determinar el supuesto de hecho e imponer la consecuencia jurídica que está prevista en ella. Con el fin de evitar la creación de delitos vía jurisprudencia lo cual deviene en inconstitucional; dado que si la analogía fuese legal en materia penal y el juez gozara de la facultad de imponer sanciones a conductas que no están previamente tipificadas en la ley penal, fundamentándose únicamente en la similitud de las circunstancias de unos y otros hechos.

El Juez podría estar invadiendo la competencia del Legislador, lo que acarrearía la inexistencia de límites al poder sancionador del estado frente al ciudadano. Ante una mala praxis jurídica, otro de los subprincipios del principio de legalidad violentados es el de tipicidad, el cual exige que las conductas ya sea por comisión u omisión, estén claramente descritas, existiendo una estricta adecuación de la conducta que el legislador pretende prohibir en el tipo penal contemplado en la norma y el hecho cometido, descripción que debe ser precisa y clara, para evitar tergiversaciones o interpretaciones subjetivas de los aplicadores del derecho. El artículo 156 del Código Penal en estudio dispone: "Artículo 156.- Violación. 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..." por lo que, sin lugar a dudas, serían causas de atipicidad, no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados por la ley, que son vía anal, oral o vaginal, o que de los hechos se describa cualquier otro comportamiento o realización de actos sexuales que no constituya “acceso carnal”, los cuales serían atípicos del delito de violación, aunque pueda ser una conducta típica de otro delito, como el de abusos sexuales por ejemplo.

Hay que tener claro, que los Juristas en este caso concreto no estarían aplicando la técnica legislativa de las normas penales en blanco, la cual, si es permitida, pero en la aplicación del numeral 156 de Código Penal, los Juristas no están recurriendo a otra norma para completar el tipo penal, sino que simplemente están aplicando una norma a las conductas “penetración parcial”, “coito vulvar” no descrita en ella. Por otra parte, también hay que considerar que la Sala Constitucional ha admitido en ciertos casos la constitucionalidad de algunos tipos penales con ciertos niveles de apertura, siempre que no sea meramente subjetivo el criterio del Jurista para delimitar la conducta del individuo, y podríamos estar en este caso en concreto en el supuesto de que los jueces están dando apertura al tipo penal de violación, delimitando la conducta perseguida bajo un criterio meramente subjetivo y antojadizo. Lo expuesto da lugar al siguiente problema:

Esta investigación se considera relevante a nivel médico legal y jurisprudencial para la correcta aplicación de estos términos por parte de los juristas en materia de delitos sexuales, específicamente en el delito de violación, cuya conducta está descrita en el numeral 156 del Código Penal, que manifiestamente indica que tipicidad estableció el legislador para determinar el delito de violación, al punto, que todas aquellas conductas que no superan el análisis de tipicidad del delito de “violación”, se constituyen en “abusos sexuales”, o en cualquier otro delito regulado en ese apartado, razón por la cual este tema es tan enriquecedor y su abordaje es de gran interés ciudadano e institucional para el Poder Judicial de Costa Rica. En virtud de que, el Supremo Poder Judicial de la República tiene la obligación de aplicar y respetar las leyes, así como administrar la justicia, el cual es el objetivo fundamental que le designa la Constitución Política de Costa Rica vigente.

En forma simple se describe anatómicamente los órganos genitales que se encuentran involucrados en los supuestos de “penetración parcial”, “coito vulvar” y “acceso carnal”, y podemos señalar que la vulva femenina se encuentra localizada en la zona pélvica, conforma de un conjunto de órganos externos que son visibles en la región perineal, entre los cuales se encuentra el monte de venus, los labios mayores que a su vez recubren los labios menores, mismos que rodean la uretra. Tenemos por otra parte la vagina propiamente dicha, el cual es un conducto musculoso que se localiza dentro del cuerpo femenino y

conforma parte de los órganos genitales internos de la mujer, el cual se extiende desde la vulva hasta el cérvix, siendo delimitada su apertura externa, por una membrana llamada Himen (Seidel, Ball Dains & Benedict, 2016). Según la anatomía de cada uno de los órganos genitales femeninos involucrados en los términos “penetración parcial”, “coito vulvar” y “acceso carnal”, el único que es susceptible de ser penetrado o “accedido carnalmente” tal cual lo indica el numeral 156 del Código Penal es la vagina y no la vulva. El legislador en dicho numeral describe esa conducta punible como delito de violación, y no el roce como mecanismo masturbatorio del miembro viril en la vulva, por lo que considerando que, en el supuesto de hecho, es el punto de partida de la interpretación jurídica de la norma penal, podríamos estar ante una valoración analógica, cuya aplicación en la ley penal está prohibida en supuestos de hecho, donde la conducta descrita es diferente a lo que taxativamente en la norma se expresa. De modo que la aplicación a supuestos no contenidos en la ley, aun similares, constituyen la “analogía in malam partem” la cual su prohibición está estipulada en el artículo 2 del Código Penal Costarricense, por ser perjudicial para quien está siendo filtrado por el sistema de Justicia Penal.

Indudablemente para poder individualizar la norma que corresponde aplicar a cada caso en concreto, es necesario que el Juez establezca un enlace por ejemplo entre él, los hechos descritos en el cuadro fáctico y la ley, de manera que logre armonizar dicha trilogía en el análisis de tipicidad, para no incurrir en mala praxis jurídica, razón por la cual se trae a estudio en esta investigación los términos “penetración parcial”, “coito vulvar” y “acceso carnal” como conductas constituyentes del delito de violación; donde actualmente existe criterio jurisprudencial de que el “acceso carnal”, en el delito de violación se puede dar de forma parcial o total, es decir que el miembro viril podría penetrar la cavidad vaginal de forma completa o parcial, para los efectos de tipicidad ambas acciones configuran el delito sin mayor confusión. Los jueces están definiendo la penetración parcial como la acción de penetración sin atravesar el portal himeneal y definen penetración total si atraviesa portal himeneal.

Específicamente, la problemática consiste en que, bajo tales circunstancias en materia penal, analizar las posiciones jurisprudenciales que han influenciado en la tipicidad de los delitos sexuales, durante el período 2012-2018.

Además, esta investigación es relevante ya que se podrá definir con exactitud cómo opera en Costa Rica a nivel práctico la conformación de la tipicidad y el encontrar las soluciones adecuadas para los efectos que esto produce; también sería de gran utilidad para todos los estudiantes de la carrera de derecho que desean convertirse en jueces, ya que podrían interpretar y observar las normas penales como corresponde, encontrando el espíritu de la ley que el legislador quiso plasmar en ellas y esto haría que el sistema judicial funcione adecuadamente.

## **1.4 Objetivos**

### **1.4.1 Objetivo general**

Analizar las resoluciones judiciales de la Sala Tercera y los tribunales de apelación en un período que comprende del año 2012 al 2018 a manera de diagnóstico acerca de la interpretación y aplicación de los términos "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal" descritos en el artículo 156 del Código Penal y la adecuación de las conductas a dicho tipo penal.

### **1.4.2 Objetivos específicos**

1. Determinar los fundamentos de los términos "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal" en nuestro ordenamiento jurídico.
2. Identificar las opiniones de funcionarios judiciales como, fiscales, defensores, jueces y médico forense, acerca de la interpretación de los términos "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal" en materia de delitos sexuales.
3. Contrastar el contenido esencial de las resoluciones judiciales de Sala Tercera y Tribunales de Apelaciones y las opiniones de los expertos entrevistados sobre la temática expuesta.

## **1.5 Proyecciones**

Desde la perspectiva del estudio, se plantean una serie de proyecciones de la investigación, primeramente, se analizarán los términos penetración parcial, coito vulvar y acceso carnal, desde el punto de vista jurídico y doctrinario de acuerdo con el sistema penal costarricense.

Posterior a ello, se pretende reconocer las opiniones de profesionales en medicina y expertos en Derecho Penal en relación con los términos en estudio, como inciden en la tipicidad y sus efectos prácticos.

Aunado a esto, se buscará tener una comparación con lo dispuesto en la jurisprudencia y la opinión de los expertos para lograr determinar las conclusiones y recomendaciones relevantes para la correcta interpretación de los términos.

## Capítulo 2: Marco Teórico

### 2.1 Fundamentación y requisitos de la sentencia

La fundamentación de la sentencia está enmarcada en el artículo 142 del Código Procesal Penal que se transcriben a continuación:

Fundamentación Las sentencias y los autos contendrán una fundamentación clara y precisa. En ella se expresarán los razonamientos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones, así como la indicación del valor otorgado a los medios de prueba. La simple relación de las pruebas o la mención de los requerimientos de las partes no reemplazarán, en ningún caso, la fundamentación. Será insuficiente cuando se utilicen formularios, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias, la simple descripción de los hechos o la sola mención de los elementos de prueba. No existe fundamentación cuando se haya inobservado las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo. Los autos y las sentencias sin fundamentación serán ineficaces.

De lo anterior se destaca que toda sentencia penal se debe apoyar en los fundamentos, es decir, cada una de las razones que llevan a esas conclusiones, porque el deber de fundamentar es una imposición legal. Todo lo relativo a los hechos está enmarcado en el principio de congruencia, que consiste en la relación inmediata necesaria que debe existir entre las pretensiones de las partes y lo resuelto por el tribunal.

En cuanto a los requisitos de las sentencias estas se encuentran en el numeral 363 del Código Procesal Penal que se muestra a continuación:

Requisitos de la sentencia La sentencia contendrá:

a) La mención del tribunal, el lugar y la fecha en la que se ha dictado, el nombre de los jueces y las partes, los datos personales del imputado y la enunciación del hecho que ha sido objeto del juicio.

- b) El voto de los jueces sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación, con exposición de los motivos de hecho y de derecho en que los fundan, sin perjuicio de que se adhieran a las consideraciones y conclusiones formuladas por quien votó en primer término.
- c) La determinación precisa y circunstanciada del hecho que el tribunal estima acreditado.
- d) La parte dispositiva con mención de las normas aplicables.
- e) La firma de los jueces.

Como se observa las sentencias deben cumplir una serie de requisitos para que esta sea aceptada, es fundamental que se presente en ella, fecha, lugar, hora, exposición de los motivos de hecho y de derecho, así como las normas aplicables junto con la firma del juez, por lo que la sentencia debe contar con momentos para una adecuada fundamentación como se muestra en el siguiente apartado.

No obstante, antes de continuar, es importante ofrecer otra definición de fundamentar, la cual en el lenguaje cotidiano significa establecer, asegurar, hacer firme una cosa. Fundar equivale a apoyar con motivos o razones eficaces o con discursos una cosa. En el ámbito del Derecho Procesal, Maier (1996) define la motivación como “la exposición de las razones de hecho y de derecho que justifican la decisión” (p.56). Esto es, la exteriorización del porqué de las conclusiones de hecho y de derecho que el Tribunal afirma para arribar a la solución del caso; se reconoce que una sentencia está fundada, al menos en lo que hace a la reconstrucción histórica de los hechos, cuando menciona los elementos de prueba a través de los cuales arriba racionalmente a una determinada conclusión fáctica, esos elementos han sido válidamente incorporados al proceso y son aptos para ser valorados (legitimidad de la valoración, y exterioriza la valoración probatoria, esto es, contiene la explicación del porqué de la conclusión, siguiendo las leyes del pensamiento humano (principios lógicos de igualdad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente), de la experiencia y de la psicología común.

De lo anterior se deduce, que la valoración de las pruebas es tan solo una fase o momento de la motivación de la sentencia, ciertamente la más importante, porque cobra relevancia para la ponderación de los elementos probatorios que se han conocido en debate, pero, además, es claro que los principios que la regulan pueden incidir en la forma en que se aplica la ley sustantiva y la imposición de la pena.

### **2.1.1 Los cinco momentos de la fundamentación en la sentencia penal**

En una sentencia el razonamiento judicial se divide en las siguientes fases:

La fundamentación probatoria (descriptiva e intelectual) y la motivación jurídica (que abarca la determinación del hecho y las normas sustantivas aplicables en la subsunción y en la fijación de la pena).

Nuestro Código Procesal Penal contempla cuatro momentos principales en que se hace necesario aplicar la actividad fundamentadora o motivadora del fallo en la estructura de la sentencia moderna. Estos momentos son:

- a) Aquél en que se expresan resumidamente los elementos de juicio con que se cuenta: fundamentación descriptiva;
- b) Aquél en que se procede a determinar la plataforma fáctica (hechos probados): fundamentación fáctica;
- c) Aquél en que se analizan los elementos de juicio con que se cuenta: fundamentación analítica o intelectual; y
- d) Aquél en que se realiza la tarea de adecuar o no el presupuesto de hecho al presupuesto normativo: fundamentación jurídica;
- e) Aquél en que se procede a motivar la pena impuesta (silogismo práctico) (Elizondo y Salazar, 2008, p. 16)

De lo anterior se destaca que la fundamentación debe expresar los hechos, descriptivamente y analíticamente, lo que debe contar con una fundamentación jurídica motivando la sentencia impuesta. A continuación, se describen cada uno de los momentos de la fundamentación.

#### **2.1.1.1 La fundamentación fáctica**

Es el establecimiento de los hechos que positivamente se tengan como de mostrados de conformidad con los elementos probatorios, que han sido legalmente introducidos al debate, conforman el marco fáctico a partir del cual deben extraerse las consecuencias jurídicas fundamentales, a saber, la confirmación o no de la hipótesis acusatoria, la adecuación o no de esa hipótesis al presupuesto normativo penal, la posibilidad o no de acoger las pretensiones del actor civil, etc. Resulta esencial en este apartado el mandato legal de una descripción clara, precisa y circunstanciada de los hechos establecidos como verdaderos, no sólo en cuanto a la correlación entre acusación y sentencia, sino también en cuanto a su relación y necesaria coherencia con el análisis de fondo de los elementos probatorios (Andrés Ibáñez, 1996).

#### **2.1.1.2 La fundamentación descriptiva**

Se debe considerar cada elemento probatorio útil involucrado mediante una referencia explícita a los aspectos más sobresalientes de su contenido. Se trata de dejar constancia de las ideas principales y pertinentes y no una transcripción literal de lo que dicen los testigos, al igual la prueba documental y pericial en donde se deben destacar especialmente de las conclusiones atinentes o relevantes al caso, de manera que el lector de la sentencia, ajeno al fallo y que no ha estado en el debate, pueda comprender a cabalidad de dónde se extrae la información que hace posible de terminadas apreciaciones y conclusiones. Otra manera es eliminarse las remisiones al expediente donde se supone que constan los elementos de juicio, para incorporarlos efectivamente a la redacción del fallo. Esta manera de proceder hará de la sentencia un documento que se baste por sí solo (Andrés Ibáñez, 1996).

### **2.1.1.3 La fundamentación analítica o intelectual (silogismo o inferencia inductiva)**

Según Arroyo y Rodríguez (2003) el juzgador debe dedicarse a la valoración propiamente dicha de la prueba. Aquí, no sólo se trata de apreciar cada elemento de juicio en su individualidad, sino realizar una apreciación en conjunto. No basta, por ejemplo, expresar que el testimonio fue incoherente, contradictorio, o falaz; como tampoco lo contrario, hay que dejar constando los aspectos en que consistió la coherencia o incoherencia, la consistencia o inconsistencia, la veracidad o falsedad del deponente. En cuanto a las apreciaciones psicológicas o subjetivas del juez respecto a la persona que rinde testimonio, en este caso la autoridad juzgadora tiene que explicar por qué los gestos y actitudes del deponente le revelan sinceridad o falsedad, o por qué el llanto o el nerviosismo es síntoma de una u otra actitud; o por qué tal o cual gesto respalda una u otra apreciación a que llega el juzgador. Sin embargo, cuando en el ánimo del juzgador las manifestaciones gestuales o verbales del declarante le resulten ambiguas, no pueden servirle de base para ninguna conclusión.

Por otra parte, tratándose de la prueba testimonial, hay que expresar tanto las razones que se tiene para creer a alguno o algunos de los testimonios, como las razones que se tiene para rechazar o desechar otro u otros. Idéntico procedimiento habrá que seguir tratándose de la prueba documental y pericial.

### **2.1.1.4 La fundamentación jurídica**

Tiene como base la descripción circunstanciada de los hechos que el tribunal tuvo por establecido con el anterior proceso inductivo y después de analizar la distinta posibilidad argumentativa debatida por las partes, racionalmente opte por una, indicando por qué esos hechos deben ser subsumidos en tal o cual norma sustantiva. Sin embargo, la exposición del derecho aplicable no se satisface con la mera enunciación del tipo penal en juego, o de su *nomen iuris* es deseable que se citen los preceptos consultados o aplicados, pues ello permite conocer cuáles han sido los textos legales utilizados por el tribunal. Será necesario, que, aunque de manera somera, el juez indique los diferentes estratos de la teoría del delito aplicable a la hipótesis comprobada. Bastará con que indique por qué estima que se está en presencia de una acción, que esta es típica (conurrencia de elementos

descriptivos y normativos del tipo en cuestión), que además es antijurídica (con la referencia, cuando corresponde a los supuestos de justificación) y culpable (cuando se haya discutido alguna causa de inculpabilidad), y, finalmente, que esté sujeta a sanción (Arroyo y Rodríguez, 2003).

Si bien la referencia al bien jurídico en cuestión es imprescindible, los esfuerzos argumentativos deben concentrarse en las razones de mayor relevancia, por ejemplo, si se ha sostenido que la conducta debe encuadrarse en una norma más favorable los intereses del justiciable, el tribunal deberá explicar por qué acoge dicha posición, o por qué la tesis es inaceptable.

El juez debe evitar incurrir en dos errores: la omisión o el exceso. En la omisión no se desarrollan los aspectos relevantes de la figura delictiva aplicada, sino que únicamente el juzgador se limita a transcribir textualmente la letra de la ley, haciendo algunas manifestaciones genéricas sobre la existencia del hecho y de la prueba que lo respalda.

## **2.2 El debido proceso**

En Costa Rica, la Constitución Política tiene establecida sus propias garantías; así indica su jerarquía o supremacía frente a otras normas del ordenamiento jurídico. Los mecanismos de garantía los constituyen la reforma a la Constitución y el control de constitucionalidad de la ley. Por eso es aceptable que se entienda a nuestra constitución como un instrumento político-jurídico, con amplio predominio de norma jurídica.

Referencia importante, en cuanto a este tema de garantías Constitucionales ha indicado la Sala Constitucional, que señala que el concepto del debido proceso envuelve comprensivamente el desarrollo progresivo de todos los derechos fundamentales de carácter procesal o instrumental, como conjunto de garantías de los derechos de goce, es decir, de

los medios tendientes a asegurar su vigencia y eficacia. También la Corte Suprema de Justicia, actuando como Tribunal Constitucional, ya había señalado en reiteradas ocasiones que todo ciudadano tiene derecho al acceso a una justicia pronta y cumplida y en estricta conformidad con las leyes, según lo establece la Carta Fundamental.

Asimismo, la Sala Constitucional, en el Voto 1331-90 relacionado con el proceso penal, ha hecho referencia a avance de las garantías constitucionales:

... I.- Desde el momento mismo de la comisión de un hecho delictivo nace un conflicto, por un lado, el derecho del grupo social para reprimirlo, junto con el de la víctima a la reparación, frente al derecho del presunto culpable de ser juzgado con reconocimiento de una serie de garantías constitucionales y legales que pretenden protegerlo de posibles errores, o perjuicios propios de su condición- de imputado. La evolución del procedimiento penal en su historia, deja ver un avance constante en el reconocimiento de esas garantías; antes de la Revolución Francesa los hombres envejecían y morían, sin llegar a conocer la causa de su reclusión, hoy las legislaciones de los países de nuestro círculo de cultura receptan una serie de principios mediante los cuales' se pretende evitar que la situación se repita (Voto 1331-90 de la Sala Constitucional).

De lo anterior se deduce que las garantías constitucionales han sufrido cambios, realmente radicales, ya que años atrás los imputados no conocían el por qué eran encarcelados, ni mucho menos si tenían derechos o garantías que los protegieran. Por lo que en la actualidad con el artículo 39 de la Constitución Política ofrece varias garantías a los encausados en procesos penales, sobre ello la Sala menciona:

Con lo dicho no se asegura que esas garantías lo sean sólo para procesados-, dentro de ellas, y para lo que interesa al presente asunto, sobresalen las establecidas en razón de los principios de defensa en juicio y demostración de culpabilidad... Para que las partes que entran en confrontación -en la mayoría de los casos el Ministerio Público y la Defensa-, puedan desempeñar cabalmente su cometido, se les ha dado una serie de recursos y garantías que tienden a facilitar la pureza del procedimiento y la eficiencia de su actuación (Voto 1331-90 de la Sala Constitucional).

De acuerdo con lo expuesto, las Garantías Constitucionales protegen los valores y derechos fundamentales en una sociedad a través de instrumentos jurídicos procesales, además inferir, que, al decir Garantías Constitucionales, en forma precisa, se refiere a la Justicia Constitucional, en su forma más amplia.

Las garantías y/o instrumentos procesales, son aquellos recursos y procedimientos que permiten a las partes de un conflicto jurídico, defender sus intereses, en estricto apego al marco jurídico. El derecho al debido proceso, como garantía procesal, se ha generado a raíz de la interpretación precisa del artículo 39 de la Carta Magna, como se explicó, pero además se encuentra en los diversos instrumentos jurídicos internacionales, tales como La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos y Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los que se consagran diversos aspectos adscritos al Derecho del Debido Proceso.

Por esto se considera, que además de ser un derecho consagrado en nuestra constitución (en forma interpretativa, no literal), es también un derecho humano

identificado por los más altos organismos internacionales como ya fue expuesto. Pero además hemos evidenciado, la posición de notables juristas costarricenses que acogen, con abierta y contrario posición a los pronunciamientos de nuestra Sala Constitucional, que el Debido Proceso debe entenderse como derechos humanos aplicable a todas las materias.

Sobre el particular, indica Somarribas:

El Debido Proceso es algo tan intrínseco a los derechos fundamentales que aun cuando no se consagre dentro del texto constitucional, mantiene su vigencia y efectividad, asimismo su rango constitucional, porque sostener lo contrario... implicarla la negación misma de los derechos fundamentales. (Somarribas, 1988, p. 271)

También la Sala, mediante el voto 3165-93, nos ha indicado:

Las garantías del debido proceso tienen como finalidad proteger a la persona humana en su libertad, dignidad y bienes por los cuales hace que el debido proceso se pueda considerar como una garantía de los derechos del hombre y de la sociedad." (Sala Constitucional voto 3165-93)

Como dato histórico vinculante, el año de 1978, mediante la Casación N° 110 el Poder Judicial aceptó la garantía del debido proceso que contiene el artículo 39 de la Constitución Política, relacionado al proceso penal-, como una garantía de carácter general, aplicable a procedimientos judiciales y administrativos. Posteriormente es la Sala Constitucional, a partir de su fundación de 1989, quien amplía el texto del numeral 39, a todas las otras ramas del ordenamiento jurídico, sin que tal ampliación se haya cumplido.

Sobre este particular, algunos autores, entre ellos Somarribas, introduce el término de Garantía Constitucional Amplia, referente a esta posición de la Sala de extender a todas las ramas del derecho y no solo a lo penal. En este sentido, cabe destacar que la

enunciación del artículo 39 referido es bastante claro y extenso, en esencia, aunque no de forma literal, y tratándose de derechos humanos, esta tal forma amplia no procede de ninguna manera restrictiva, ni por materia ni por instancia, en un ordenamiento jurídico como el de Costa Rica, que, aunque con muchos defectos, es uno de los más reconocidos a nivel internacional.

Se concuerda con el autor que el debido proceso pretende eliminar las violaciones, desigualdad, el desequilibrio social, político o económico entre las partes. Se refieren a procedimientos reales, vigentes que permitan al ciudadano ejercer acciones en defensa de sus derechos, los cuales obviamente no solo pueden estar enmarcados en una materia legal, sino que, como derecho humano, debemos dar una interpretación amplia y acorde con el espíritu constitucional.

Por lo tanto, se toma en consideración el concepto que expresa Somarribas:

El Debido Proceso no es un derecho público subjetivo, sino que por el contrario se trata de una garantía constitucional, que tiende a garantizar el ejercicio y cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales de los individuos integrantes de un Estado Soberano. Dado que funge como garantía constitucional, está integrado por un conjunto de derechos, de carácter sustantivo y adjetivo. Tal situación hace concebir a la garantía del Debido Proceso como el mejor delimitador de la autolimitación del Estado en relación con los derechos fundamentales..."

...la cláusula del Debido Proceso no es un derecho público subjetivo en sí, pero es un conjunto de derechos públicos subjetivos, lo cual es distinto, por principios de lógica, pues las características de la parte pueden estar contenidos en el todo, pero esto no implica que el todo y la parte sean lo mismo. (Somarribas, 1988, p. 262)

Se considera que más que una garantía procesal, como muchas veces se le quiere ver, es un Derecho Humano y como tal tutelado por nuestra Constitución, lo que se perfila precisamente dentro del concepto de garantía constitucional y derecho fundamental, del individuo, debiendo entenderse este, de forma amplia y suficiente. En este sentido se difiere en forma directa, con la doctrina de la Sala Constitucional, que ha sido selectiva y ha limitado su rango de acción, cuando a todas luces, no es aplicable ningún tipo de limitación a este derecho fundamental y constitucional que tenemos los costarricenses.

Con esta línea de pensamiento, que no es propia y mucho menos exclusiva, ya otras personalidades de nuestro sistema jurídico han planteado ideas similares, veamos lo que el ex magistrado de la Sala Tercera, Dr. Daniel González Álvarez menciona: "...el principio del debido proceso es genérico y se refiere a todo el ordenamiento... genera exigencias fundamentales respecto de todo proceso o procedimiento." (González, 1994, p.83)

De lo anterior, se deduce que los componentes que se ven ilustrados en el concepto de debido proceso, tales como: derecho a la defensa, a aportar pruebas, notificación debida y directa al interesado del carácter y naturaleza del procedimiento, capacidad de disentir, capacidad de recurrir, asistencia letrada, derecho a juez natural, derecho a la defensa, la cosa juzgada formal y material, la irretroactividad de la ley, audiencias, derecho a la conciliación, notificación y fundamentación de resoluciones judiciales, aquella que ya nos parece ilusoria, justicia pronto y cumplida y muchas otras más, entre ellas el derecho a la doble instancia.

En relación con la temática que concierne este documento, el debido proceso está garantizado constitucionalmente pero además como derecho humano, declarado en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha sido de tanta relevancia, que ha sido tímidamente reconocido en algunas sentencias jurisdiccionales, principalmente penales.

Una vez que se han estudiado los aspectos del debido proceso, como principio general, se debe analizar el concepto del debido proceso legal, que se analiza en el apartado siguiente.

### **2.2.1 El debido proceso, instrumento legal**

Además de la importancia de tener en claro el concepto de debido proceso, hay que tomar en cuenta que la doctrina ha diferenciado entre el debido proceso como derecho constitucional y derecho humano y el debido proceso, pero como instrumento legal.

A pesar de su extrema relación, hemos de advertir no son sinónimos y por lo tanto su importancia de distinguirlos, dada las etéreas diferencias.

De acuerdo la magistrada constitucional Ana Virginia Calzada Miranda, refiere que el cumplimiento del debido proceso legal no implica el cumplimiento del debido proceso como principio general.

El debido proceso legal se refiere simplemente a la conformidad que un proceso presente en relación con la norma positiva, en tanto que el principio del debido proceso va más allá de la norma y exige la presencia de una serie de requisitos y sub principios que se han ido desarrollando en los diversos sistemas jurídicos a través de la historia. Por ello, aun cuando en determinado proceso se hayan observado estrictamente las normas procesales correspondientes, aquél podría cumplir las exigencias del debido proceso legal, dada su adecuación con la norma procesal, pero no con el principio del debido proceso (Calzada, 1993, p. 6).

Como ya se ha analizado, el debido proceso, se ha desarrollado en dos sub conceptos del debido proceso legal, primero referente a su perspectiva formal o adjetiva, y el debido proceso sustantivo o material, pero, aunque las sutiles diferencias, se relacionan recíprocamente.

Así, se considera el debido proceso, con dos sub conceptos:

1. Sustantivo o material: Se refiere al límite, que se le establece al poder de acción que tiene el Estado; es decir hasta dónde puede llegar sin afectar los derechos fundamentales del administrado.

2. Como sub concepto -Adjetivo o procesal: medio del cual se establece la seguridad y fundamentación que el proceso que va a afectar algún derecho, está conforme a la ley, es decir, tiene un fundamento normativo para tal acción, pero que además le ofrece a quien es sometido a cualquier proceso, poder ejercer un control efectivo sobre el mismo en su defensa y aporte de pruebas, con lo que, también le facilita ejercer control sobre la actividad procesal que está siendo objeto.

El Principio del Debido Proceso, se debe entender como la tutela de los derechos fundamentales, ante las acciones irregulares de entes públicos o privados. Además, permite mediante el conjunto de procedimientos, instrumentos y acceso a las instancias debidas, ejercer derechos y establecer controles y límites en contra de las acciones que debe seguir el Estado cuando su objetivo sea privar, perturbar o limitación el uso y disfrute de derechos fundamentales, de un individuo.

Resumiendo, es procedente afirmar que el “debido proceso legal” se refiere al esquema procesal, y así ha sido integrado en nuestro medio, dejando de lado su concepción material o sustantiva, simplemente el cumplimiento de los procedimientos legales dentro de una disputa jurídica

### **2.2.2 El debido proceso, principio general**

En este punto se retoma el concepto del debido proceso como principio general, como un concepto genérico, dirigido a todo el ordenamiento jurídico, requiriendo exigencias de todo de proceso o procedimiento.

Oportunamente, la Sala Constitucional mediante su resolución 1562 de las 15:06 horas del 30 de marzo de 1993, aborda el tema de la diferenciación entre debido proceso legal y debido proceso como principio general, y en esa oportunidad señaló:

Es importante distinguir entre el debido proceso legal y el principio del debido proceso, conceptos que no son necesariamente coincidentes. El debido proceso legal se refiere a aquel trámite seguido con arreglo a las normas procesales vigentes, en tanto el principio del debido proceso va más allá al exigir que en los trámites judiciales se cumplan una serie de sub principios, como la posibilidad de ser oído en juicio, de aportar pruebas, etc., que si no están presentes en las normas procesales, éstas cumplirían con el debido proceso legal, pero no con el principio general del debido proceso, cuyo contenido se ha ido perfilando históricamente. (Sala Constitucional mediante su resolución 1562 de las 15:06 horas del 30 de marzo de 1993)

En este sentido, debe tomarse en cuenta que el proceso tiene como fin, la averiguación total de los hechos, por lo que los jueces deben investigar la verdad objetiva diligentemente, la Sala menciona:

... es importante recordar que las normas procesales existen y deben interpretarse para facilitar la aplicación de la justicia y no como obstáculos para alcanzarla; lo cual obliga a concluir que los requisitos procesales, especialmente las inadmisiones, deben regularse en forma racional y restrictiva, pues de lo

contrario como en este asunto, violentan el orden constitucional y producen indefensión manifiesta. (Sala Constitucional mediante su resolución 1562 de las 15:06 horas del 30 de marzo de 1993)

Dentro de los principios generales, en Derecho, se encuentra entre otros el del debido proceso, cuya tutela se dirige a los derechos fundamentales. Así se lo ha identificado el Lic. Somarribas:

Como garantía general que es, el Debido Proceso protege no solo los derechos fundamentales consagrados por el texto constitucional, como todos aquellos consagrados en los Tratados y Convenios Internacionales como aquellos derechos fundamentales que no están incluidos en la Carta Fundamental pero que forman parte de la constitución material o real. El Debido Proceso como garantía constitucional, protege los derechos de todos los individuos que se encuentran dentro del territorio nacional, por lo cual se debe considerar como titulares de dicha garantía todo aquel sujeto de derecho, sea esta persona física y jurídica. (Somarribas, 1988, p. 271)

De tal forma, es aceptable indicar el debido proceso, como derecho constitucional y derecho humano, está enmarcado en el principio general del debido proceso. De ahí la importancia de explicar los principios más relevantes para el presente estudio.

## 2.2.3 Principios

### 2.2.3.1 Principio de Legalidad

Existe una pretensión de este principio en el sentido de proteger los derechos de los ciudadanos de la forma más correcta mediante limitaciones de la soberanía de un Estado frente al individuo y a la sociedad.

Dicho principio está dispuesto en la Constitución Política donde indica:

A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indicado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad. (Artículo 39).

No obstante lo anterior cabe señalar que históricamente se concibe al principio de legalidad penal como una medida que solo sanciona con una pena, o con una medida de seguridad cualquier acción u omisión peligrosa de una persona que vaya contra la sociedad o del Estado; y que por ningún hecho puede ser considerado como delito sin que la Ley anterior lo haya previsto como tal, es decir; se requiere que exista una Ley escrita previa al hecho delictivo donde mediante un proceso se determine en sentencia firme.

Expone la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en relación al principio de legalidad lo siguiente:

Las exigencias que un sistema penal respetuoso de los derechos fundamentales tiene en punto a la ley penal, hacen que el principio de legalidad criminal sea una de sus bases esenciales de la que derivan otros sub principios como la necesidad de que la ley sea previa al hecho (*lex praevia*), que esté estructurada de manera clara (*lex certa*), completa en todos sus elementos esenciales (*lex stricta*) (Sala Tercera voto 01117).

Esta definición de la Sala Tercera alude a la exigencia de una Ley escrita, anterior a la comisión de un delito, donde debe encontrarse expresamente la pena, prevista como sanción por el hecho punible cometido, esta debe establecer de manera clara si la acción constituye delito o no; para que la ciudadanía pueda tener conocimiento de las conductas prohibidas por la Ley.

Es decir, el principio de legalidad exige que, si la Ley no contiene estipulado o no describe la conducta como delito, no existe delito ni sanción para quien realice determinada conducta, es por ello necesario que la ley se encuentre vigente previa a la realización del hecho.

La Sala Constitucional se ha pronunciado estableciendo que es necesaria una redacción clara en la construcción del tipo penal; en ese sentido a dispuesto:

El principio de legalidad exige, para que la ciudadanía pueda tener conocimiento sobre si sus acciones constituyen o no delito, que las normas penales estén estructuradas con precisión y claridad. La precisión obedece a que, si los tipos penales se formulan con términos muy amplios, ambiguos o generales, se traslada, según ya se indicó al juez, en el momento de establecer la subsunción de una conducta a una norma, la tarea de determinar cuáles acciones es punibles. (Sala Constitucional voto 1876, 1990)

Este principio de legalidad significa en materia penal que la utilización precisa y clara de la norma penal permite a los jueces una interpretación clara de la norma al encontrarse establecida en la Constitución Política de modo que la Ley resulta imprescindible para la protección de los derechos humanos además permite al individuo comprender de forma apropiada, cuál es la conducta que se encuentre prohibida en la norma para no realizarla.

El principio de legalidad tiene como antecedente la Carta Magna inglesa del 17 de junio de 1215, la cual en su numeral 39 cita: “Ningún hombre libre será arrestado o detenido en prisión o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de ninguna manera; y no dispondremos de él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país” (Pacheco, 1987, p. 56).

Jurídicamente en Costa Rica el principio de legalidad encuentra asidero legal en la Constitución Política artículo 39 y en el artículo 1 del Código Penal, estableciéndose como la prevalencia de la ley sobre cualquier actividad o función del poder público, instaurando un límite al monopolio de la fuerza represiva de la que goza el Estado por medio del cual impone sanciones a las infracciones del ordenamiento jurídico y a su vez como parámetro para establecer si un Estado es compatible con un Estado de derecho.

Esto significa que todas las actuaciones que provengan del Estado deben ser realizadas con absoluto respeto de los derechos fundamentales de las personas, además de estar regido por la ley vigente y su jurisdicción, y nunca por la voluntad de los individuos, esto con la finalidad de proteger la sociedad y al propio infractor, de los eventuales abusos a los que podría ser sometido en caso de no actuarse dentro el marco de garantías establecidas en el principio de legalidad, el cual se refleja en los subprincipios de Reserva de ley, prohibición de la analogía, irretroactividad de la ley y el principio de *nom bis in ídem*.

Sobre la base del principio de legalidad como pilar fundamental de un estado de derecho, los gobernantes deberán garantizar y proveer a los ciudadanos las herramientas sociales necesarias para desarrollarse equilibradamente, de este modo, no podrán actuar de manera contraria a lo establecido por la Constitución, que recopila las normas esenciales del Estado.

Bajo la tutela de estas normas esenciales, el ejercicio del *Ius Puniendi* del Estado debe sustentarse en normas jurídicas determinadas por órgano competente y un conjunto de materias que caen bajo su jurisdicción, razón por la cual el principio de legalidad se torna en un principio fundamental del derecho público que resguarda la seguridad jurídica.

Tanto en los procesos de creación de los tipos penales como en su aplicación, es inherente el Principio de Legalidad, en razón de que sin una ley previa que describa las conductas prohibidas, no existiría delito y consecuentemente tampoco la imposición de una pena o medida de seguridad, actuando de esta forma el Estado, en garantía de la seguridad jurídica, garantizando a los receptores de la ley penal, el derecho al libre acceso de conocer cuáles son las conductas previamente clasificadas como delitos o contravenciones y las eventuales consecuencias, así como también del procedimiento al que serían sometidos en caso de ser juzgado por la infracción de algún tipo penal.

### **2.2.3.2 Principio de Tipicidad**

Parte relevante de una investigación es conocer como están clasificados los delitos o conductas, por lo que a continuación se presenta el concepto de tipicidad, lo cual es “una cualidad que ésta dada por la identificación de una conducta con la prevista en una figura de delito.” (Enciclopedia jurídica, 2014, p. 1) Lo anterior tiene que ver con el tipo de delito cometido, es decir, debe ser encasillado dentro de un código específico, por ejemplo, la venta y distribución de drogas, se encuentra dentro de la transgresión de narcotráfico. Se considera fundamental este concepto ya que busca esclarecer y clasificar la violación de acuerdo a los códigos y leyes.

Este principio representa una garantía indefectible para los administrados, que deben tener certeza respecto de cuáles conductas están tipificadas como delitos y las respectivas consecuencias de su comisión, resultando violatorio tanto del principio de legalidad como del principio de tipicidad, la confección de tipos penales que manifiesten a la autoridad del Estado, la posibilidad de valorar antojadizamente el contenido de la prohibición.

Este principio exige en resguardo del debido proceso, de la necesaria determinación de las conductas punibles descritas en un tipo penal, de forma precisa y circunstanciada, describiendo con claridad cuál o cuáles son los hechos que se sancionan, la consecuencia jurídica y de la cual se pueda extraer fácilmente el bien jurídico que se busca tutelar, a fin

de evitar ambigüedades o interpretaciones antojadizas o arbitrarias por parte de los aplicadores del derecho.

Sobre este tema, cabe mencionar que la Sala Constitucional, ha admitido la técnica legislativa de las normas penales en blanco, en las cuales se remite a normas del mismo rango para completar el tipo penal, también ha admitido la constitucionalidad de tipos penales con algún nivel de apertura, siempre y cuando, la delimitación de la conducta no dependa absolutamente del criterio subjetivo del juzgador (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 16202-10. San José, a las quince horas y cincuenta minutos del veintiocho de setiembre del dos mil diez).

De ahí la importancia de conocer los sistemas de valoración de la prueba en los procesos penales y las exigencias de cada uno de ellos y sus distintos matices centrándose en especial en el sistema de la sana crítica utilizado a nivel nacional.

Para Brown (2007) la actividad probatoria tiene nacimiento con el comienzo del proceso penal, aun en etapa investigativa. Es allí, quizá donde con mayor rapidez se aprecian los elementos probatorios de la causa y es allí donde aparecen inmediatamente las consecuencias negativas.

La instrucción penal tiene una actividad valorativa de la prueba reunida desde un principio del proceso. La denuncia, la iniciación oficiosa, los secuestros, rastros, planimetrías, informes, pericias y testimonios son en principio valorados por el instructor llevando una primera calificación legal a la individualización del imputado, a la decisión de notificar la formación de la causa, tomar huellas dactilares, declaraciones y medidas de seguridad como la detención y la prisión preventiva.

De lo anterior, se deduce que la valoración de la prueba cobra trascendencia desde el inicio del proceso penal y los errores que hubieran existido en su producción son en algunas oportunidades confirmados con las mismas deficiencias iniciales. Sin embargo, es importante mencionar que la actividad de valorar la prueba se desarrolla durante todo el

proceso y que no es una actividad reservada exclusivamente al sentenciante en oportunidad de emitir su fallo.

Según Gadea (2005) el principio de la valoración razonable de la prueba en el proceso penal debe ser restrictiva, excluye la libre convicción del juez, quien tiene la potestad y la obligación de valorar la prueba recibida conforme a las reglas de la sana crítica racional, las cuales reconocen su discrecionalidad, pero lo someten a criterios objetivos ya que debe justificar con normas de derecho su decisión.

#### **2.2.4 Generalidades de la valoración de la prueba**

Es indudable que todos los problemas relativos a la prueba son muy importantes en la administración de justicia en general y particularmente en el ámbito penal, en donde está en juego uno de los más preciados derechos del hombre: su libertad. Por esta razón, el juez debe tener muy claro cuál es el objeto de la prueba, a quién corresponde probar (carga de la prueba), el procedimiento previsto en la ley para obtenerla, pero, sobre todo, el método previsto para su valoración. Poco o nada se beneficia la administración de justicia con un moderno y bien concebido procedimiento probatorio relativo al objeto, carga y obtención de la prueba, si el sistema de valoración es deficiente o si aun siendo moderno, su aplicación por el magistrado es arbitraria, bien sea por desconocimiento de la técnica prevista por la ley o por corrupción. El primer problema no es tan grave; basta con mejorar la preparación académica de los jueces. La solución del segundo sí que es una tarea monumental (Houed, 2009)

La valoración “es una operación intelectual destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba recibidos (Houed, 2009, p. 59). En este concepto se encierra no sólo el mecanismo para llegar a establecer qué valor tiene la prueba producida incorporada al juicio, si no la esencia misma de la elevada y casi sagrada labor del juez. No hay otra tarea más delicada e importante en la administración de la justicia que destinar toda la fuerza intelectual a establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba recibidos. En ese momento es donde el juez no sólo pone al servicio de la justicia su intelecto su sabiduría y experiencia sino, y, sobre todo, su honestidad.

En virtud de *que la* convicción de culpabilidad necesaria para condenar, únicamente puede derivarse de la prueba incorporada al proceso, la actividad intelectual para hacer esa derivación, sin duda, adquiere capital importancia. Ya no se trata de saber qué es en sí misma la prueba, ni sobre qué debe recaer, ni por quién o cómo debe ser producida. Se trata de señalar, con la mayor exactitud posible, cómo gravitan y qué influencia ejercen los diversos medios de prueba, sobre la decisión que el magistrado debe expedir (Houed, 2009, p. 59).

Cualquiera que sea el procedimiento que utilice el juez para la valoración de la prueba, su intelecto necesariamente debe pasar por diversos estados de conocimiento en relación con la verdad sobre los hechos sometidos a su decisión. Tales estados son la verdad, la certeza, la duda, la probabilidad y la improbabilidad. A continuación, se analizan los distintos sistemas de valoración de la prueba y sus características distintivas.

#### **2.2.4.1 Prueba legal o tasada**

Este régimen, denominado también de prueba tasada o tarifada se fundamenta, al contrario del sistema de íntima convicción, en la desconfianza en quienes tienen la delicada labor de juzgar a los demás, especialmente cuando éstos ya no están constituidos en jurados populares, sino que son tribunales integrados por jueces burócratas y generalmente unipersonales. Este sistema, propio del proceso de tipo inquisitivo, rigió principalmente en épocas de escasa libertad política (constituyendo un fenómeno correspondiente a la falta de libertad judicial), como un curioso intento de garantía para el imputado, en el momento de la sentencia definitiva, frente a los extraordinarios poderes otorgados a los jueces por la ley en todo el procedimiento previo (Houed, 2009, p. 68).

En este sistema, la ley sustituye al juez en la valoración de la prueba, porque es el legislador quien fija, a priori, en la respectiva legislación procesal, la eficacia conüiccional de cada prueba, estableciendo bajo qué condiciones el juez debe darse por convencido de la existencia de un hecho o circunstancia (aunque íntimamente no lo estuviera) y, a la inversa; señalando los casos en que no puede darse por convencido (aunque íntimamente lo esté). Si

en el régimen de íntima convicción no era preciso dar las razones de la decisión (motivación), no sólo porque la ley no lo exigía sino por la naturaleza misma del sistema, en el de prueba legal, posiblemente tampoco era necesario motivar el fallo, pero por otra razón: si la ley fijaba el valor a la prueba, las razones del juez salían sobrando. Por ejemplo, si la ley decía que Dos testigos idóneos hacen plena prueba, no hace falta más motivación; lo único que debía constatar el magistrado era la cantidad e idoneidad de los testigos; la credibilidad de los testimonios se la daba la ley sin discusión alguna.

Sobre ello, Houed menciona:

En términos generales el sistema de prueba legal ha sido abandonado en la mayoría de las legislaciones. Sin embargo, aparte de que algunas todavía conservan instituciones propias de ese régimen (prueba plena y semiplena), conviene considerar, sin embargo, que aquel régimen no era fruto de un planteamiento arbitrario, sino que, por el contrario, constituía el resultado de un conjunto de experiencias que, si no satisfacen ya a la conciencia jurídica de la sociedad, pueden valer todavía por lo menos, como sugerencias de particulares cautelas en el examen crítico de las pruebas... Así, el principio de testis unus, testis nullus, es indudablemente superado; pero qué conciencia de juez no queda titubeante frente a una condena que deba infligirse sobre la palabra de un solo testigo, que puede haber sido determinado por interés o sugestión, ¿y no es susceptible de control alguno? (Houed, 2009, p. 69).

Históricamente el método de las pruebas legales se hizo posible por la decadencia o desaparición del juez popular, se consideró como una exigencia del proceso inquisitorio, puesto que concediéndose en este proceso al juez todo poder de iniciativa, de investigación y de decisión y quedando el acusado desprovisto de su propia defensa, el legislador intervino para limitar los poderes del juez en el momento culminante en el cual este debía proceder a absolver o condenar, tomando como base los resultados obtenidos en su propia investigación. Por ello, este método, antes que una cohesión de la conciencia del juez, se interpretó como una eficaz defensa del acusado frente al juez y también como un poderoso

auxilio prestado al juez, el auxilio de la experiencia amplia y profunda, de una experiencia secular y colectiva, de una experiencia por decir así, codificada (Brown, 2009)

#### **2.2.4.2 Sistema de libre convicción**

También llamado de prueba en conciencia, es un sistema muy simple. Se utilizó en Grecia y Roma y es propio de los jurados populares. Su simpleza estriba en que la ley no establece regla alguna para la apreciación de las pruebas. El juez es libre de convencerse, según su íntimo parecer, de la existencia o inexistencia de los hechos de la causa, valorando aquellos según su leal saber y entender.<sup>9</sup> En consecuencia, bajo este régimen, el magistrado no tiene que suministrar explicación alguna acerca de su decisión, es decir, no tiene que fundamentarla; basta con que íntimamente, allá en la soledad de su conciencia, estime que el acusado es culpable para que la condena sobrevenga sin más y, a la inversa, es suficiente el íntimo convencimiento de su inocencia para que el resultado sea la absolución (Houed, 2009).

La confianza en los jueces que juzgaban bajo este sistema, era prácticamente absoluta y quizá por ello, el régimen funcionó preferentemente en el sistema de jurados populares y con menor frecuencia en tribunales unipersonales, en virtud de que es más difícil torcer la conciencia de varios que la de un solo hombre. La pluralidad de conciencias convencidas posiblemente fue el control más eficaz a que estaba sometido este régimen libérrimo en la apreciación de la prueba.

#### **2.2.4.3 Sistema de la sana crítica**

Según Brown (2007) las legislaciones que establecen un proceso escrito hablan de sana crítica mientras que aquellas en las que impera el proceso oral hacen referencia a las libres convicciones (p.25). En este sentido, cuando el sistema tiene influencia en mayor o menor grado del sistema de pruebas legales se hace referencia a la sana crítica opuestamente cuando esa influencia del sistema de pruebas legales es menor se habla de libres convicciones.

En este sistema, el juez no debe ceñirse a reglas preestablecidas por la ley a la hora de valorar la prueba, aunque si debe evaluarlas de acuerdo a un razonamiento lógico. Esto

en muchas legislaciones surge implícitamente de la obligación de motivar o expresar el fundamento de las resoluciones, lo que no es poco. No obstante, a continuación, se describen las reglas de la lógica utilizadas en nuestro país.

#### **2.2.4.4 Reglas de la lógica**

Aunque la estimación valorativa de las pruebas y las conclusiones fácticas de la sentencia son inatacables en casación, está en cambio sujeto a control el proceso lógico seguido por el juez en su razonamiento. Que el tribunal de casación realiza bajo este aspecto un examen sobre la aplicación del sistema probatorio establecido por la ley a fin de custodiar la aplicación de las reglas de la sana crítica en la fundamentación de la sentencia, verificando si en su fundamentación se han observado las reglas fundamentales de la lógica, la psicología y la experiencia.

Pues bien, la motivación es una operación lógica fundada en la certeza y el juez debe observar los principios lógicos supremos o “leyes supremas del pensamiento” que gobiernan la elaboración de los juicios y dan base cierta para determinar cuáles son, necesariamente, verdaderos o falsos. Por lo que a continuación se muestra los principios de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente.

### **2.3 Principio de identidad**

Según Arroyo y Rodríguez (2003) la identidad es el ser una persona o cosa la misma que se supone es, y en lógica se expresa bajo la fórmula ‘A es A’. El juez de mérito violaría este principio si afirma que una persona o cosa es otra distinta de la que verdaderamente es, lo que se expresaría así: “A es S”. Debe el tribunal de mérito apreciar la prueba de acuerdo al principio de identidad al verlas cosas relacionadas en el delito (armas o herramientas), y las personas que participaron o se relacionaron con él (autor, coautor, cómplice, instigador, ofendido o testigo); por manera que debe identificarse plenamente al autor y a los partícipes del hecho criminal, así como los testigos, y de igual forma las cosas.

En la sentencia condenatoria, el imputado debe estar debidamente individualizado, esto es que a través del contradictorio se debe de y establecer el grado de autoría o participación, porque de lo contrario la sentencia deviene nula. Este aspecto es tan importante, que la inobservancia del mismo se traduce en un motivo de casación según lo establece el inciso a) del artículo 369 del Código Procesal Penal, y perfectamente se puede traducir también en un aspecto de violación de las reglas de la sana crítica, en los términos establecidos por el inciso d) del mismo artículo. En efecto, si a través del contradictorio no se ha individualizado al imputado, esto es no se ha acreditado en él la autoría o participación en los hechos acusados, el tribunal no puede válidamente resolver lo contrario, pues se estaría violando el principio de identidad (Arroyo y Rodríguez, 2003).

De igual forma que con el imputado, el juez de mérito debe estar seguro de que el testigo del que recibe la declaración es la persona que presenció los hechos y que fue citada a juicio. En Costa Rica importa que los tribunales insistan en la identificación mediante la cédula de identidad, toda vez que existe un padrón electoral abierto y la emisión de cédulas es altamente segura. Si no hay certeza sobre la identidad del testigo, se estaría violando el principio de identidad en la valoración de la prueba.

Lo mismo se aplica a las evidencias, ya que debe existir certeza de que las cosas apreciadas como prueba en el debate, son aquellas relacionadas con el delito, decomisadas o recolectadas en una -determinada situación. Aquí se aplica el “principio de la cadena de custodia de la prueba”, -en virtud del cual las -cosas relacionadas con el hecho criminal deben ser debidamente guardadas -para que se mantengan -dentro de lo posible- según fueron encontradas, desde que se decomisan o recolectan hasta que queda firme la sentencia a la que sirvieron de prueba. En lo que respecta a los hechos de la acusación y de la sentencia condenatoria, debe haber identidad total; de donde se colige que los elementos de prueba deben tener igual identificación con la especie acreditada. (Arroyo y Rodríguez, 2003).

## 2.4 Principio de contradicción

La ley de contradicción establece que una persona o cosa no puede ser y no ser a la misma vez, por manera que no pueden ser válidos dos juicios, -de los cuales uno expresa que alguien o algo es y el-otro- dice-- que ese alguien o ese algo no es; No pueden -ser verdaderos a-la-vez los juicios “A es B” y “A no es

Así cuando en la sentencia-de mérito se valora la prueba, y en relación a ella se afirma algo y luego se niega, existe una violación de las reglas de la lógica, concretamente la ley de contradicción. No podría decirse en general que el imputado es culpable y luego que es inocente, o que un testigo no reconoció al imputado pero que de acuerdo a ello se establece su identidad, o que los bienes decomisados no son los sustraídos, pero de acuerdo a ello se condena por hurto o robo. En todos esos casos y en algunos otros más que se podrían descubrir al estudiar cuidadosamente algunas sentencias, se estaría violando la ley lógica de contradicción (Arroyo y Rodríguez, 2003). Este principio se complementa con la ley de tercero excluido, según la cual de dos proposiciones que se contradicen recíprocamente, una necesariamente es verdadera como se muestra en el siguiente apartado.

## 2.5 Ley de tercero excluido

Según ILANUD (1989):

La mejor definición de este principio sería la siguiente: Dos juicios que se niegan, esto es contradictoriamente opuesto entre sí, uno es necesariamente verdadero. En otros términos, si se afirma “A es B” y después se dice “A no es B”, ello implica que uno de los dos postulados es falso y el otro es verdadero.<sup>26</sup>

De manera que, al valorar la prueba, el Juez de juicio debe ver que no exista una fundamentación contradictoria, lo que implica que debe ser congruente el hecho probado con la prueba recibida, al tiempo que la prueba debe ser congruente en sí misma. Esto implica un doble control por parte de la Sala Tercera da la Corte Suprema de Justicia, cual es, primero en la estructura general de [fallo en lo que toca a la fundamentación de los hechos con la prueba en su totalidad, y segundo,

de cada medio de prueba en su auto contradicción y en su consonancia con todo el elenco de pruebas.

No es lógica la sentencia cuyos hechos son una afirmación de culpabilidad o inocencia, pero se desvirtúan con los elementos de prueba que según el Juzgador de mérito la sustentan. Tampoco el fallo que da crédito a un testigo que afirma y luego niega de un mismo punto de su declaración, que desatiende -sin exponer razones- a un grupo de testigos para basar el juicio en otro grupo-cuya versión es diametralmente opuesta al primero (p.152).

En este sentido es importante mencionar que no se trata de establecer una verdad, de acuerdo a la cantidad de testigos tal y como si el proceso fuera una competencia que se gana o se pierde de acuerdo a la cantidad de puntos acumulados (que son los testigos); porque a una persona puede creérsele por encima de dos o tres, si es segura, espontánea y resiste el examen del tribunal y las partes, y en contraste con ella las otras son inseguras y contradictorias en sí mismas y entre sí.

## **2.6 Principio de razón suficiente**

Para apreciar la prueba de acuerdo al principio de razón suficiente, cada elemento aportado por un testigo, documento u otro medio, debe estar probado los otros elementos del elenco. Esto es, cada elemento debe estar probado por otros, de manera que entre todos formen un engranaje sólido donde cada pieza es sostenida por las otras, pero a su vez aquella forma parte del conjunto que sostiene a las demás.

De igual manera que como se ha expuesto con relación a cada elemento de prueba y su relación con los demás, el pensamiento del juez de juicio debe estar estructurado lógicamente, de suerte que, si considera válida una proposición, es porque en ella tienen aplicación todas las reglas lógicas, de suerte que en su conjunto cumplan con la razón suficiente como para aceptar como una verdad el pensamiento escrito en la sentencia examinada por los magistrados de casación. A estas reglas lógicas está sometido el juicio del tribunal de mérito; si ellas resultan violadas, el razonamiento no existe, y por ende la

fundamentación de la sentencia, aunque aparecerá como acto escrito, no tendrá vida como pensamiento, y desde el punto de vista del sistema procesal vigente, será nula por falta de motivación (art.142).

Tal y como menciona Arroyo y Rodríguez (2003) la razón de este razonamiento deriva precisamente de los primeros dos párrafos del artículo 142 precitado. En efecto, esa norma lo que prevé en sus dos primeros párrafos es la obligación del juzgador de crear ideas que sean plasmadas a manera de fundamentación intelectual es por esto que se dice en esos párrafos que:

Pero si este artículo establece la obligación del juzgador de producir ideas, esto es de fundamentar sus decisiones, y el requisito se cumple, en los términos establecidos por estos dos primeros párrafos del 142, pero con los vicios contemplados en el inciso d) del artículo 369, entonces no se puede sentenciar la ausencia de fundamentación, pues el juzgador habrá creado ideas, habrá fundado su decisión, simplemente que el proceso de elaboración de estas ideas resultó defectuoso por no respetarse la reglas de la sana crítica.

En la sentencia el objeto del pensar jurídico debe estar claramente determinado, libre de toda impureza que pueda debilitar el vigor dialéctico que necesita para revelar la convicción del juzgador, para lo cual debe observar los principios lógicos de identidad, de contradicción, de tercero excluido y de razón suficiente que constituyen las bases fundamentales del pensamiento. Aunque se pueda considerar superada bajo ciertos aspectos la lógica clásica (en cuanto al esquema puramente racional se adicionan otros elementos), la garantía de motivación consiste en que mientras por un lado se deja al juez libertad de apreciación psicológica, queda en cambio obligado a correlacionar lógicamente los argumentos, demostrando su conclusión, para prevenir la arbitrariedad (Arroyo y Rodríguez, 2003)

### **2.6.1 Reglas de la psicología y de la experiencia**

Otras reglas que se deben de cumplir para tener una motivación adecuada son las normas de la psicología y la experiencia común. Las leyes de la psicología considerada

como ciencia empírica del pensamiento, el juez tiene el deber de aplicarlas en la valoración de las pruebas. No es necesario que indique cuál sea el procedimiento psicológico que emplee; pero debe aplicar un procedimiento como el que explica Arroyo y Rodríguez (2003):

Si el juez afirmara, por ejemplo, que cree más a un testigo que a otro por ser uno rubio y otro moreno, incurriría en una valoración arbitraria de la fuente de convencimiento, desconociendo la psicología. Pero será suficiente que el juez se apoye “en la mayor apariencia de sinceridad” de un testigo con relación a otro, porque en este caso aquella sí resulta aplicada. Este último razonamiento no es compartido por la doctrina costarricense, en efecto ya que, decir que se quebranta la ley de la psicología al fundamentar un fallo en el color del pelo de un individuo y, por el contrario, se cumple con ella cuando se toma en cuenta la mayor apreciación de su sinceridad al declarar, nos parece que tiene que ver muy poco con un concepto psicológico y, por el contrario, las mismas leyes lógicas generales pueden resolver el punto sin necesidad de acudir a un concepto tan vago de lo psicológico (p.91)

En cuanto a las llamadas normas de la experiencia, se pueden definir como juicios hipotéticos de contenido general desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos (Arroyo y Rodríguez, 2003). La sentencia que razona en contra de esas máximas, o que se funda en pretendidas máximas de la experiencia inexistentes, contiene un vicio indudable en su motivación, que será controlable en casación.

La motivación, pues, será falsa cuando una de sus premisas esté constituida por un hecho no cierto, incompatible con la experiencia misma, como por ejemplo si se admite que se puede atravesar una pared de cemento con un cuchillo; si una de las premisas está dada por un hecho que se pretende de la experiencia común, cuando en realidad exige una demostración particular sustentada en las pruebas, como si, por ejemplo, se atribuyen a

ciertas enfermedades determinados efectos prescindiendo del dictamen pericial. Sobre ello, Arroyo y Rodríguez (2003) mencionan. “No creemos que sea posible buscar diferencias sustanciales entre la casación por violación de una máxima de experiencia y el recurso por defecto de motivación” (p. 91).

Tampoco es admisible que del control de la casación se excluya este problema, fundado en que examinar la logicidad del juicio de hecho significará examinar el mismo juicio de hecho, y que si la casación pudiese examinar las máximas de experiencia terminaría por abolir todo límite a su competencia. De lo que se lleva expuesto se puede colegir adecuadamente que sustraer al control de la casación el empleo por parte del juez de premisas falsas o inmotivadas, dejaría el camino librado a la arbitrariedad. El tribunal de casación puede examinar las máximas de experiencia invocadas, o controlar el desconocimiento o la violación de otras, dentro de los límites del control de logicidad de la sentencia. Se equiparán al concepto de máximas de experiencia a los fines de su control en casación, los llamados hechos notorios.

## **2.7 Principio de Reserva de Ley**

Ahora bien, continuando con los principios, según Sentencia 14678-17

...los límites de los derechos fundamentales son reserva de ley. Consecuentemente, la ley puede establecer límites a los derechos fundamentales, siempre y cuando, mediante ese instrumento legislativo se module su contenido esencial sin llegar a vaciarlo (garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales). De otra parte, los límites que imponga la ley deben superar el test de proporcionalidad y razonabilidad, de modo que sean necesarios y obedezcan a los principios de intervención mínima, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto.

La figura de la reserva legal viene dada por la consagración a nivel constitucional de determinadas materias que, debido a la importancia jurídica y política que tienen asignadas, sólo pueden ser reguladas mediante ley, desde el punto de vista formal, y ello excluye la

posibilidad de que tales materias sean desarrolladas mediante reglamentos o cualquier otro instrumento normativo que no goce de dicho rango legal.

En íntima conexión con el principio de Legalidad, el principio de Reserva de Ley, limita la potestad de imperio del Estado a regular sus actuaciones con normas que posean rango de ley, no por reglamentos u otros actos normativos de rango inferior, lo que produce que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo mediante el procedimiento que está previsto en la Constitución Política de Costa Rica para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales.

## **2.8 El principio de interpretación jurídica aplicado a la materia penal**

### **2.8.1 La interpretación como una actividad necesaria para la aplicación de las normas jurídicas**

El dominio del Derecho Penal, su correcto manejo y comprensión, requerirá, por todo ello, no sólo conocer lo que literalmente dicen las leyes (por ejemplo, “Quien haya dado muerte a una persona, será” ...artículo 111.CP) así como su/s significado/s (muerte: ¿destrucción de la vida?, sino también preguntarles acerca de aquello que (textualmente) no dicen y descubrir/decidir su respuesta.

Será preciso, en suma, interpretar, esto es, separar, difundir y exponer el texto, pero, en cierto modo, como señala Larenz (1990):

mediante la interpretación “se hace hablar” a este sentido, es decir, éste es enunciado con otras palabras más claras, expresado más precisamente y hecho comunicable. Al efecto es característico para el proceso de la interpretación que el intérprete sólo quiere hacer hablar al texto, sin añadir o preterir cosa alguna (p.309).

La interpretación, dicho de otro modo, no es un simple instrumento del jurista para acceder al Derecho ya creado por los legisladores y contenido en la Ley, lo cual permitiría configurar la interpretación como simple prolongación del texto y hallazgo del verdadero significado o voluntad en él contenido; es una forma de culminación del proceso en el que el intérprete asume un papel creativo. Como afirma Quintero (1996):

es indudable que los jueces y tribunales tienen, como es lógico y por voluntad constitucional, el llamado monopolio de la jurisdicción, en cuya virtud les está reservada la función de declarar el derecho que corresponde aplicar a cada caso, y esa tarea no es sólo “interpretación”, sino que en el contexto de la relación entre el hombre y el estado se presenta como un acto de creación del Derecho que es procedente aplicar a aquel sujeto y a aquel conflicto (p. 3).

A la interpretación de una norma jurídica son inherentes frecuentes viajes de ida y vuelta, entre la escritura y la lectura de la ley se produce una “relación dialéctica”, en la que lo primero, o sea, la escritura, dirige y condiciona lo segundo, es decir, la lectura. Pero es una relación según la cual la lectura condiciona también el significado contenido en la escritura; se trata, por ello, de una relación que no es rígida, sino articulada. Esta necesidad de interpretación de la ley, que provoca la existencia de un círculo hermenéutico entre el intérprete y la disposición legal, no es, sin embargo, un defecto, sino, como hemos visto, una cualidad inherente al lenguaje, a la que éste no podría renunciar para seguir viviendo.

También el Derecho necesita un lenguaje de este tipo, vivo y flexible, sin el cual quedaría impedido para cumplir la función que le es propia de ordenar la coexistencia en la sociedad comunicando a las personas, de modo por ellas comprensible, las reglas fundamentales que regirán su convivencia.

El mensaje legal es transmitido a través del lenguaje jurídico, el cual tiene unas reglas de uso y un ámbito semánticos propios, pero que no deja de ser tributario del lenguaje general y que, como aquél, también debe estar atento a la evolución de la sociedad y ser capaz de responder.

## 2.9 Bien jurídico tutelado en lo delitos sexuales

Para Hormazábal (1991) la historia del bien jurídica data desde:

El desarrollo del modelo de sociedad de las revoluciones burguesas habría de consolidarse definitivamente con el fracaso de las revoluciones sociales de 1848.

A partir de entonces se rompió el equilibrio que había existido entre el componente político y económico de dichas revoluciones y entra a cobrar preeminencia este último aspecto. El factor económico se constituye en el factor condicionante de las existencias del modelo y de la estructura política, pero no en cuanto significa la posesión de un capital, esto es de una suma de dinero, sino en su utilización para la extracción de plusvalía de la fuerza de producción (p. 34).

De lo anterior se destaca que el modelo social se fundamenta a partir de las relaciones sociales que se acceden por el valor económico en incremento o el crecimiento del capital. En este sentido, el Estado como organización política, no es un factor ajeno al proceso productivo como sucedía en el estadio anterior en que se limitaba única y exclusivamente a vigilar el mantenimiento de las condiciones naturales del modelo, sino por el contrario es un Estado que defiende el sistema, es decir, se ha identificado plenamente en el goce de los derechos.

Según Castillo (2008) parte de la historia del bien jurídico se deriva del derecho común europeo en donde el delito debía representar un daño social el cual se identificaba con la violación de un derecho subjetivo. De igual manera autores como Feuerbach y Carrara desarrollaron el concepto partiendo del contrato social y la imputabilidad respectivamente. Propiamente en Costa Rica, la Constitución de 1871 y de 1949 no hacen referencia directa o indirecta al bien jurídico, pero si se toman en cuenta los límites del ius puniendi estatal. No obstante, para efectos de estudio se tomará en cuenta la Constitución vigente, en donde sobre la temática se expone:

Artículo 28.- Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley. Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley. No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seglares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas (Constitución Política, 1949).

En este queda claro entonces, que el Estado costarricense tiene las herramientas necesarias para combatir y penar hechos que lesionen a terceros, al orden público, a la moral desde el punto de vista social y de Derecho. No obstante, cabe destacar que para 1949 no se conocía la teoría del delito y no es con la promulgación del Código Penal, específicamente en el artículo 27, donde se evidencia dicho concepto como se muestra a continuación:

ARTÍCULO 27.- No comete delito el que, ante una situación de peligro para bien jurídico propio o ajeno, lesiona otro, para evitar un mal mayor, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) Que el peligro sea actual o inminente; b) Que no lo haya provocado voluntariamente; y c) Que no sea evitable de otra manera. Si el titular del bien que se trata de salvar, tiene el deber jurídico de afrontar el riesgo, no se aplicará lo dispuesto en este artículo.

Es en este artículo donde se nombra el bien jurídico como criterio de interpretación de distintos tipos de penales, es decir, debe de hacerse una distinción entre la conducta que viola la norma y la conducta que produce un daño social. En otras palabras, lo que justifica la existencia del Derecho penal es la lesión del bien jurídico como tal, por lo que si una conducta no viola el bien jurídico no existe delito.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, es necesario conocer el concepto de bien jurídico desde el punto de vista penal, sobre ello, Espinoza (2009) expresa:

El derecho penal de un Estado democrático exige, mínimamente, que todas las conductas que se describan como delito, presupongan un atentado contra un bien jurídico, fundamentalmente para evitar el riesgo de que las regulaciones penales, obedezcan a criterios de orden formal o mera desobediencia (p. 12).

De lo anterior se destaca que el Estado tutela un determinado bien jurídico, es decir, es un objeto, persona y/o derecho de protección, que no debe confundirse con el objeto material del delito. Así, por ejemplo, en el hurto, el objeto viene dado por la cosa sustraída, mientras que el bien jurídico por el patrimonio. El bien jurídico es aquella realidad juzgada socialmente por su vínculo con el individuo y su desarrollo, por lo que un bien jurídico son la vida, la salud, la integridad, la libertad y el patrimonio, por citar algunos.

Aunado a esto, es importante destacar lo que menciona Fernández (2012) el cual considera que el bien jurídico es un pilar de la teoría del delito como se muestra seguidamente:

En ese sentido, el Bien Jurídico es una de las piedras angulares de la Teoría del Delito, y si se quiere, además, uno de los puntos de partida esenciales en un Estado Social de Derecho, en el cual, entre otros, implica una limitación a la potestad punitiva del Estado, en tanto, todos los tipos penales deben contener un bien jurídico que tutelen, pues no se trata de crear aquellos con el fin de limitar derechos fundamentales de manera arbitraria, sino que debe existir necesariamente un control –que a la vez va a servir de legitimación- y en consecuencia, el legislador al crear este tipo de normas, debe analizar si verdaderamente se va a proteger un interés individual o social realmente relevante, ya que pueden existir ciertos intereses que si bien, son individuales o sociales, no resultan de tal relevancia que ameriten ser descritos en un tipo penal, de tal manera que lo anterior es acorde con los Principios de Intervención Mínima, Fragmentariedad, Última Ratio y Lesividad u Ofensividad, principios rectores en materia del Bien Jurídico, en tanto, el Derecho Penal no debe pretender abarcar todas las controversias sociales, sino solamente aquellas que resulten indispensables para la armónica convivencia social y además, aquellas en las cuales se sancione las

conductas que lesionen o pongan en peligro de manera significativa dicha convivencia social.

En este sentido, cabe destacar que el bien jurídico se relaciona con la teoría del delito en el tanto que garantiza los derechos fundamentales de las personas, asimismo que legitima la acción penal acorde con los principios que tienen que ver con el Derecho, lo que genera una paz y convivencia social en armonía con los derechos lo cual le imprime legitimidad al proceso penal, a través de novedosas implementaciones que no permitirían la indefensión de los individuos, por lo tanto el Derecho Penal exige una tipicidad para determinar si es necesario que se incluyan como proceso penal o no.

### **2.9.1 Posición del bien jurídico en la teoría del delito**

En cuanto a la posición en la teoría del delito, cabe destacar lo que menciona Castillo (2008) en su libro *El bien jurídico penalmente protegido*, lo cual se transcribe a continuación:

Para una parte de la doctrina, el lugar del bien jurídico dentro de la teoría del delito es la tipicidad. Así, Sax sostiene la tesis que el tipo legal "es una figura valorativamente neutra, que no puede cumplirse sin que ocurra la lesión al bien jurídico merecedor de pena", situación que considera necesaria para legitimar la punición estatal. Sax quiere introducir la posibilidad de "atipicidad" (exclusión del tipo) limitando la responsabilidad a los fines de protección de la norma y subordinando este concepto al de "atipicidad" (exclusión del tipo) por falta "de un elemento típico" cuando falte lesión al bien jurídico (p. 126).

Es decir, debe existir la tipicidad lo cual está dada por la identificación de una conducta con la prevista en una figura de delito. Por lo que se hace necesario conocer lo que es la antijuricidad que es "lo contrario al derecho. La acción antijurídica. Contradice las normas jurídicas es un juicio de valor que nos dice lo que no está de acuerdo con la ley, en tanto que la tipicidad es una descripción, una acción es o no antijurídica, no existen zonas intermedias". (Garófalo, 1885, p.32).

Es decir, la antijuricidad permite conocer si un hecho es contrario a la ley o no por lo que para ello es necesario cotejar las normas dispuestas en la legislación vigente. Es decir, se debe demostrar su culpabilidad para que se tutele un bien jurídico, para Cabanellas (2006) la culpabilidad es:

Es un componente esencial dentro de la teoría del delito. Y se define como el reproche que se le hace a un sujeto activo que pudiendo adecuar su conducta a derecho realizó una acción con toda la intención de obtener el resultado que deseaba. Por ejemplo, es declarar a alguien culpable del delito de tráfico de drogas. (p.192).

De lo anterior se destaca que la culpabilidad es cuando una persona ha sido responsable de un acto delictivo por lo que tiene que cumplir con la sanción, es decir, merece una pena.

Aunado a esto, una posición similar sostiene Günther citado por Castillo (2008):

La tarea principal del Derecho Penal es una prevención general total, cuya función es el reconocimiento de la norma...les da a los fines preventivos del Derecho penal una valoración diferente a la que le da la doctrina dominante...el bien jurídico no tiene la función de legitimación del Derecho penal (p. 135).

De lo anterior se destaca que de acuerdo con lo expresado por Günther y como consecuencia de que no existe un concepto claro y definido de lo que es el bien jurídico, este no se puede legitimar. Para Jakobs citado por Castillo (2008) el bien jurídico es el sentido y la finalidad de las particulares disposiciones penales. Además, cabe mencionar que este autor considera al Derecho como garante de la identidad normativa, la Constitución y la sociedad, cuyo objeto es resolver los problemas del sistema social.

En este sentido, se tiene que para tutelar el bien jurídico es necesario que la conducta lesione a dicho bien y que a su vez el bien jurídico que se viola este especificado en la normativa, tal y como lo describe Castillo (2008):

Este conocimiento del autor debe ser doble: (1) El autor debe conocer que su conducta lesiona el orden jurídico, es decir, que hay una norma que sanciona su comportamiento, aunque no se requiere que conozca la pena específica que sanciona su conducta. Lo anterior tiene su razón de ser en que el Estado solamente puede sancionar al autor si este ha conocido previamente las prohibiciones y mandatos, ha podido dirigir su comportamiento conforme a ellos y ha tenido la oportunidad de tener un comportamiento conforme a derecho. El autor debe querer con su conducta violar la norma (antijuridicidad formal y conciencia del autor de violar la norma) (2) Por otro lado, el autor debe saber que su comportamiento realiza una lesión o puesta en peligro específica a un bien jurídico que representa, según el orden de valores, un determinado injusto del orden jurídico (p. 127).

De lo anterior se deduce entonces, que si no existe una violación al bien jurídico no es un delito, por otro lado, en delitos de resultado en los cuales no hay violación a un bien jurídico, estos no se castigan ya que no existe la tentativa inidónea, se excluye el tipo objetivo.

En relación a ello, Castillo (2008) menciona que se establecen dos reglas para tutelar las conductas que no violan un bien jurídico en nuestro derecho:

(1) Los comportamientos que no violan un bien jurídico son atípicos, sea por aplicación de las reglas de la imputación objetiva, o sea por los criterios reductores de la tipicidad que posibilitan al juez una interpretación teleológica reductiva. La atipicidad de la conducta, según nuestra opinión, se basa en razones diferentes a las esgrimidas por Sax, Günther o Zaffaroni.

2) Si la conducta lesiona el bien jurídico y el agente llega desconocer que su conducta lesionaba el bien jurídico, el error sobre el bien jurídico tutelado violado es un error sobre el sentido social o significación de la conducta (error sobre la valoración total de la conducta). Este error es un error de prohibición -. excluye la culpabilidad solamente en el caso de que sea inevitable -, y no un error de tipo (p. 128).

Corolario, cabe destacar que los comportamientos que no vulneran un bien jurídico no son típicos por lo que queda a criterio o interpretación del juez o bien si la persona o imputado no tiene conocimiento de que su conducta afecta un bien jurídico se le excluye de culpabilidad siempre y cuando su error haya sido por una situación inevitable.

### **2.9.2 Criterio de la Sala Constitucional respecto al bien jurídico**

En relación con el criterio del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Tercer Circuito Judicial de Alajuela San Ramón. Sentencia 148 de las catorce horas con cincuenta y siete minutos del trece de marzo de dos mil trece. Expediente: 09-201830-0306-PE, el cual se muestra seguidamente:

Continuando con esta disposición de ideas conviene recordar que el delito de Abusos Sexuales contra Personas Mayores de Edad pertenece a la categoría de ilícitos que protegen como bien jurídico tutelado "*La libertad sexual*" entendida como un área privada de reserva del sujeto pasivo en el ámbito de su sexualidad que se puede infringir atacando su pudor individual. Esta libertad de autodeterminación sexual comprende el derecho de obtener de manera natural su madurez sexual, abarcando aspectos como la elección del sujeto con quien desea iniciar su actividad sexual, cuando posea las condiciones suficientes para adoptar una decisión de tal magnitud y la posterior conservación de este derecho para mantener relaciones sexuales consentidas con las personas libremente elegidas y de la manera en que resulte conforme con su consentimiento. En el ordenamiento jurídico costarricense este bien jurídico tutelado puede ser infringido de maneras diversas, siendo el delito de Abuso Sexual contra Personas Mayores de Edad uno de los mecanismos de sanción de estas infracciones.

En otras palabras, la competencia penal le corresponde materializar el ius puniendi del Estado, solamente como última ratio, es decir, es una función condicionada en forma estricta, por las normas y principios constitucionales, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, de los cuales se desprende el ordenamiento jurídico.

Tanto en el Derecho Penal como en la totalidad del ordenamiento, el bien jurídico tutelado ha cumplido con una serie de funciones siendo la más trascendental la función de reducir la coerción estatal imponiendo un límite al poder represivo del Estado, en razón de que el pilar fundamental en la creación de tipos penales es la protección de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penalmente relevante para las personas, la sociedad o el Estado.

El bien jurídico además funge como criterio para la clasificación de los delitos, siendo en materia de delitos de carácter sexual, que el bien jurídico tutelado en el tipo básico de las agresiones sexuales es la libertad sexual, también entendida como la libertad de disposición carnal, la cual se manifiesta en la capacidad que goza cada individuo para hacer uso o no de su propio cuerpo en actividades sexualmente íntimas y a su vez, dicha capacidad de autodeterminación lo faculta para ejercer los mecanismos necesarios para defenderse de ataques contrarios a su voluntad.

Precisamente es esa ausencia de consentimiento de la víctima lo que el legislador pretende tutelar en el título tercero del código penal respecto a los delitos sexuales, previendo que, por diversas circunstancias y características propias de los medios de comisión de los delitos sexuales, la víctima se ve sometida a la voluntad del agente, quien también en algunos casos aprovecha que las particularidades de la víctima no le permiten prestar válidamente su consentimiento.

La negativa interacción sexual por parte del sujeto pasivo se puede deber a diversas circunstancias, como la reducción a la impotencia por medio de violencia física o psicológica, o simplemente que no se haya utilizado ninguna de las anteriores, puesto que no era necesario debido a las calidades de la víctima, quien puede ser por ejemplo, una mujer parapléjica, postrada en cama sin ninguna posibilidad de defensa, un niño con problemas mentales que le produce graves dificultades para comunicarse, entre otros casos similares en donde la víctima se encuentre impedida para manifestar su verdadera voluntad.

Indudablemente los delitos sexuales atentan contra los valores morales de las personas, contra un derecho humano fundamental que es la libertad de elegir libremente la persona con quien se desea sostener relaciones sexuales y aunque no exista armonía en las diferentes legislaciones respecto a una determinación correcta y acertada del bien jurídico tutelado, esto aunado a que la evolución en la descripción de la conducta en el tipo penal del delito de violación, en lo que se refiere a expresar que tanto el victimario como la víctima puede ser cualquier persona, abre la posibilidad de diversas formas de transgredir la sexualidad de las personas y que este delito pueda perpetrarse inclusive entre personas del mismo sexo.

La invasión de la esfera de autonomía sexual, ámbito propio de cada persona, la cual se vulnera invadiendo la facultad de decidir libremente quién penetra y quien no, conlleva una gravedad congénita que la caracteriza, esto en virtud de que el bien jurídico tutelado reviste suma trascendencia por el tipo de afectación que produce.

### **2.9.3 Delito de Violación, artículo 156 Código Penal Costarricense**

El numeral 156 es conocido como el tipo base, el cual contiene los fundamentos para considerar la conducta como prohibida y por ende, sancionar a los infractores, se constituye como uno de los tipos penales de mayor complejidad en el marco del ordenamiento jurídico penal costarricense, esto en virtud de que su análisis conlleva un ejercicio de interpretación exhaustivo y bajo una perspectiva bipartita, es decir, una visión jurídica y médico legal, las cuales de manera complementaria le brindan al operador jurídico las herramientas necesarias para la aplicación certera del tipo penal.

Este tipo penal de índole sexual mantiene relación directa con los temas investigados de acceso carnal, penetración parcial del pene y coito vulvar, esto en virtud de que, en el análisis de esta figura en diversos casos concretos, diferentes factores jurídicos y médico legales hacen que sendos términos sean inherentes a esta tipología.

De acuerdo con el Código Penal, el delito de violación:

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.

En el delito de violación, el verbo corresponde a “tener acceso carnal”. No obstante, para que tenga un sentido lógico, el verbo debe de analizarse con los elementos accesorios del tipo, así se tendrá una idea clara de la conducta que el legislador quiso prohibir.

El delito de violación, circunscrito en la tipología de delitos sexuales, se erige como uno de los tipos penales de mayor complejidad en el marco del ordenamiento jurídico penal costarricense, esto en virtud de que su análisis conlleva un ejercicio de interpretación exhaustivo y bajo una perspectiva bipartita, es decir, una visión jurídica y médico legal, las cuales de manera complementaria le brindan al operador jurídico las herramientas necesarias para la aplicación certera del tipo penal.

Solórzano Niño hace referencia a la violación de la siguiente manera: “Es la penetración del miembro viril, por cualquiera de los orificios naturales de la persona, sin su consentimiento” (citado por Ávila y Muñoz, 2013, p. 91). Por lo tanto, se hace alusión a la apertura vulvar, lo cual desde el sentido es erróneo por cuanto el acceso carnal en el ámbito penal de violación se debe, forzosamente, presentar en la cavidad vaginal, de tal manera que la vagina y la vulva son dos zonas totalmente distintas, según la anatomía sexual femenina, como se mostrará más adelante.

De igual manera el Código Penal expone las sanciones cuando se comete abusos contra las personas menores y mayores de edad como se muestra en los artículos 161 y 162:

#### **Artículo 161.-**

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:

- 1) La persona ofendida sea menor de trece años.
- 2) 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.
- 3) El autor sea ascendiente, descendiente, hermana o hermano de la víctima.
- 4) El autor sea tío, tía, sobrina, sobrino, prima o primo de la víctima.
- 5) El autor sea madrastra, padrastro, hermanastra o hermanastro de la víctima.

### **Abusos sexuales contra las personas mayores de edad**

#### **Artículo 162.-**

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

- 1) El autor se aproveche de la vulnerabilidad de la persona ofendida, o esta se encuentre incapacitada para resistir o se utilice violencia corporal o intimidación.
- 2) El autor sea ascendiente, descendiente, hermana o hermano de la víctima.
- 3) El autor sea tío, tía, sobrina, sobrino, prima o primo de la víctima.
- 4) El autor sea madrastra, padrastro, hermanastra o hermanastro de la víctima.
- 5) El autor sea el tutor o el encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima.
- 6) El autor realice la conducta contra alguno de los parientes de su cónyuge o conviviente, indicados en los incisos 3) y 4) anteriores.
- 7) El autor se prevalezca de su relación de confianza con la víctima o su familia, medie o no relación de parentesco. *(Así reformado mediante el artículo 1° de la ley N° 8590 del 18 de julio del 2007).*

Se muestra en estos artículos que la acción para ser tipificada debe ser abusiva y de carácter sexual, contra una persona menor de edad o incapaz, y la ley establece penas de prisión de 3 a 8 años. En caso de que sean mayores de edad, será de 2 a 4 años de prisión. No obstante, es importante realizar un análisis de tipo objetivo y subjetivo de las acciones presentadas, como se muestra en los siguientes apartados.

### **2.9.3.1 Tipo Objetivo**

El análisis del tipo objetivo del delito de violación es complejo debido a la diversidad de elementos, tanto normativos y descriptivos del mismo, aunado al hecho de que algunos de los términos inherentes a esta tipología penal requieren un estudio tanto jurídico como médico legal, en aras de tener un panorama más amplio y preciso.

Cabe señalar que para efectos de la presente investigación se analizará el tipo penal de violación en la totalidad de su texto, en virtud de que los términos objeto de la investigación, a saber, penetración parcial y coito vulvar, poseen relación directa con la integridad del tipo penal descrito por el artículo 156 del Código Penal Costarricense.

Según Ávila y Murillo (2013):

sea típica la acción del abuso sexual, es necesario que se configuren acciones de contacto de índole sexual sobre el cuerpo del sujeto pasivo, las cuales pueden darse por el autor o por parte de un tercero utilizado como un instrumento para llegar al fin propuesto por parte del sujeto activo (p. 109).

El Tribunal de Apelación de la Sentencia, en su resolución 1574 del año 2007, indica lo siguiente con respecto al tipo penal de abuso sexual:

Como se desprende de la redacción de la figura simple se trata de dos formas de realización del tipo penal, tanto por el sujeto activo como obligando al sujeto pasivo a realizarlos. Los actos deben ser de naturaleza sexual y tener la condición de abusivos y las acciones deben ser ejecutados por el sujeto activo "contra una persona menor de edad o incapaz", lo que implica que deben ser realizados sobre el cuerpo de la víctima, pues es con ellos que se afecta su libertad sexual por un lado y su pudor o reserva sexual. También se comete el hecho si se obliga a la

víctima a realizar tales actos, al agente, a sí misma o a otra persona en cuyo caso se requiere que la acción sea realizada por la víctima misma. En la primera forma de comisión directa del propio sujeto activo (Tribunal de Casación Penal, II Circuito Judicial de Goicoechea. Sentencia N° 1574 de 8 H. 40 del 14 de diciembre del 2007.)

Por lo tanto, de acuerdo con esta jurisprudencia debe de existir actos de naturaleza sexual, y que estos sean abusivos, es decir, en contra de la voluntad del sujeto pasivo, es decir, que la víctima no tuvo oportunidad para resistir el acto sexual, de ahí la relevancia de conocer el análisis de tipo subjetivo.

#### **2.9.3.1.1 Tipo Subjetivo**

Para Ávila y Murillo (2007):

Este tipo penal es un delito meramente doloso, en el que la culpa o negligencia no tienen cabida en el mismo. El sujeto activo debe tener la voluntad de ejecutar determinado acto sexual como tocamientos, en el cuerpo de la víctima, es decir, debe tener las facultades de decisión y ejecución de ese acto (p. 112)

De lo anterior se destaca que el elemento subjetivo de la violación o abuso sexual tienen que ver con el conocimiento por parte del autor que se realiza un acto de carácter sexual, por lo que es esencial también reconocer el sujeto activo y pasivo como se muestra a continuación:

##### **2.9.3.1.1.1 Sujeto activo**

Para Barsallo y Miranda (2016) el sujeto activo se refiere:

al poseedor de la facultad de demandar el cumplimiento de sus derechos, en otras palabras, la persona sujeta de derecho. En principio, todos los seres humanos sin discriminación de género, etnia o edad, tanto individual como colectivamente, son titulares de los derechos humanos (p. 99).

El término “quien” dispuesto en la redacción del tipo penal de violación se constituye en un elemento descriptivo el cual hace alusión al sujeto activo, este a su vez puede ser cualquier persona, a saber, de cualquier sexo. Este elemento refleja que el delito de violación se erige como un delito común, es decir, el sujeto activo no requiere calidades o características especiales para desplegar la acción típica, esto aunado a que se trata de un delito de propia mano como bien se señaló con anterioridad.

Este concepto ha evolucionado en el tiempo, ya que antes se consideraba que solamente la mujer podía ser víctima de este delito; sin embargo, en la actualidad no, puesto que la característica fundamental del mismo radica en lograr acceso carnal sin el consentimiento de la persona humana afectada.

#### **2.9.3.1.1.2 Sujeto pasivo**

Para Barsallo y Miranda (2016) el sujeto pasivo es:

La persona, ente u órgano, nacional o internacional sobre quien recae la obligación de cumplir o respetar los derechos del sujeto activo, mejor dicho, es ante quien el sujeto activo puede demandar el cumplimiento de sus derechos. El sujeto pasivo puede ser doble, ya que se refiere al Estado y las demás personas. En ocasiones, solamente al Estado y, en otras situaciones, se refiere a ambos. Al decir Estado, se incluye a toda la comunidad internacional, no solamente al país al cual pertenece cada individuo. Depende del derecho al cual se refiera (p. 100)

De lo anterior se destaca que el sujeto pasivo puede ser cualquier persona, ya sea hombre o mujer el cual sufre abuso sexual o en este caso violación por parte del autor del delito.

#### **2.10 Definición de acceso carnal**

Acceso carnal significa la penetración completa o incompleta del miembro viril en la apertura vulvar o anal de la víctima. Penetración incompleta existe cuando existe la

unión del pene erecto con la apertura vulvar o anal de la víctima (p. 174). De acuerdo con lo anterior se puede decir que la violación no requiere que exista completamente el coito, ni la emisión de semen, es decir, puede haber violación aun cuando el himen quede intacto. Es por lo anterior que existe diferencias entre el acceso carnal y la violación, por lo que se encuentran diversos tipos penales, como el estupro o incesto. Sobre ello, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia expone:

Solamente se impone hacer referencia al artículo 159 del Código Penal, que prevé el delito de relaciones sexuales con personas menores de edad, y que en criterio del gestionante, resultaba aplicable en su caso. Dicha norma dispone: “Quien, aprovechándose de la edad, se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, con una persona de cualquier sexo, mayor de doce años y menor de quince, aún con su consentimiento, será sancionado con pena de prisión de dos a seis años. Igual pena se impondrá si la acción consiste en introducir, por vía vaginal o anal uno o varios dedos u objetos. La pena será de cuatro a diez años de prisión cuando la víctima sea mayor de doce años y menor de dieciocho, y el agente tenga respecto de ella la condición de ascendiente, tío, tía, hermano o hermana consanguíneos o afines, tutor o guardador”. Resulta claro para esta Sala, que la frase “aún con el consentimiento” resulta innecesaria y confusa, pues de no existir el consentimiento de la víctima menor de edad, lo que se configuraría es el delito de violación, como sucedió en el presente asunto, en tanto se descartó que la afectada hubiera consentido el hecho ejecutado en su perjuicio. Según ha indicado esta Sala: “...dentro de una comprensión lógica de la figura penal mencionada, con relación a las normas atinentes al delito de violación, los supuestos contemplados en el numeral 159 ídem, se referirán a aquellas conductas delictivas desplegadas por el autor, tendentes a mantener relaciones sexuales con personas menores de edad, aprovechándose de su edad y del consentimiento otorgado por las víctimas, de uno u otro sexo, pues para aquellos casos en que la víctima sea menor o mayor de edad, sea incapaz o se encuentre incapacitada para resistir, o se emplee la violencia corporal o intimidación, y se produce en su perjuicio acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, o se le introduzcan por esas mismas vías, uno o varios dedos u objetos, se cometerá el delito de violación, calificándose o

agravándose la figura por las circunstancias contempladas en los numerales 157 y 158ibidem. Desde esta perspectiva..., en el citado artículo 159, el consentimiento de la víctima, sí es un elemento diferenciador del tipo...” (Así, resolución N° 2005-01222, de las 9:28 horas, del 26 de octubre de 2005). A partir de lo expuesto, y al no advertirse vicio alguno en la ley sustantiva aplicada en el presente asunto, **se declara sin lugar** el reproche (Sala Tercera De La Corte Suprema De Justicia. - Sentencia número 403 de las catorce horas cincuenta y siete minutos del doce de mayo de dos mil diez. Expediente: 08-000168-0006-PE).

De lo anterior se destaca que las vías de acceso carnal están relacionadas con el concepto de introducción ya sea del órgano sexual masculino, cualquier miembro corporal u objetos por vía vaginal, anal o bucal. Lo anterior se refleja en la siguiente sentencia:

...y se produce en su perjuicio acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, o se le introduzcan por esas mismas vías, uno o varios dedos u objetos, se cometerá el delito de violación, calificándose o agravándose la figura por las circunstancias contempladas en los numerales 157 y 158ibidem. (Sala Tercera De La Corte Suprema de Justicia. - Sentencia número 403 de las catorce horas cincuenta y siete minutos del doce de mayo de dos mil diez. Expediente: 08-000168-0006-PE).

Es decir, que las vías de acceso pueden ser oral, anal o vaginal según sea el caso, por lo que el delito puede ser visto como una consumación o una tentativa como se muestra en el siguiente apartado.

### **2.10.1 Consumación y Tentativa**

El delito de violación tal y como lo describe el numeral 156 del Código Penal costarricense se consuma con la comisión de la conducta “*quien se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal*” esto con la penetración del miembro viril masculino, uno o varios dedos, objetos o animales, por lo que la comisión de actos de ejecución dirigidos al acceso carnal sin que se logre la penetración, constituye tentativa.

Señala Padilla (1967) respecto a la tentativa: La tentativa, desde un enfoque general puede concebirse como el instituto jurídico que se aplica en el momento en que, en virtud de un ilícito, la ejecución no se ha llevado a término o la consumación no se ha perfeccionado (p.63).

Para estar frente a la comisión del delito de violación, no basta con la mera intención del agente de lograr acercamiento sexual de cualquier índole, es requerimiento del tipo penal de violación que se logre el acceso carnal, los actos de violencia que recaigan sobre la víctima como medio de intimidación o reducción a la impotencia, no son constituyentes del delito, más bien son medios idóneos para vencer la resistencia de la víctima o eliminar de previo la que pueda ejercer, asegurándose el agente el fin carnal.

Para estar con certeza frente a un delito de violación tentado, se requiere de la concurrencia de ciertos elementos para su configuración, como lo es un propósito delictivo exteriorizado en mundo real, traducido en acciones físicas, que las acciones sean aptas para la realización del tipo preconcebido por el agente, que los actos de ejecución se vean entorpecidos por razones ajenas a la voluntad del agente y la no consumación del tipo penal.

## **2.11 Aspectos Médico Legales**

### **2.11.1 Anatomía genital femenina**

A continuación, se muestran de manera general la anatomía genital femenina, con el fin de comprender de mejor manera los conceptos que rodean esta investigación. Los órganos sexuales femeninos se dividen en órganos internos y órganos externos.

#### **2.11.1.1 Órganos Internos**

La vulva está constituida por aquellas partes del aparato genital femenino que son visibles en la región perineal. El *monte de Venus* es una prominencia adiposa que está situada por encima de la sínfisis del pubis a partir de la cual se originan dos pliegues longitudinales de piel constituyendo los *labios mayores*, que rodean a su vez a los *labios menores*, formados por unos pliegues cutáneos delgados y pigmentados, con abundantes glándulas sebáceas y sudoríparas, que carecen de folículos pilosos.

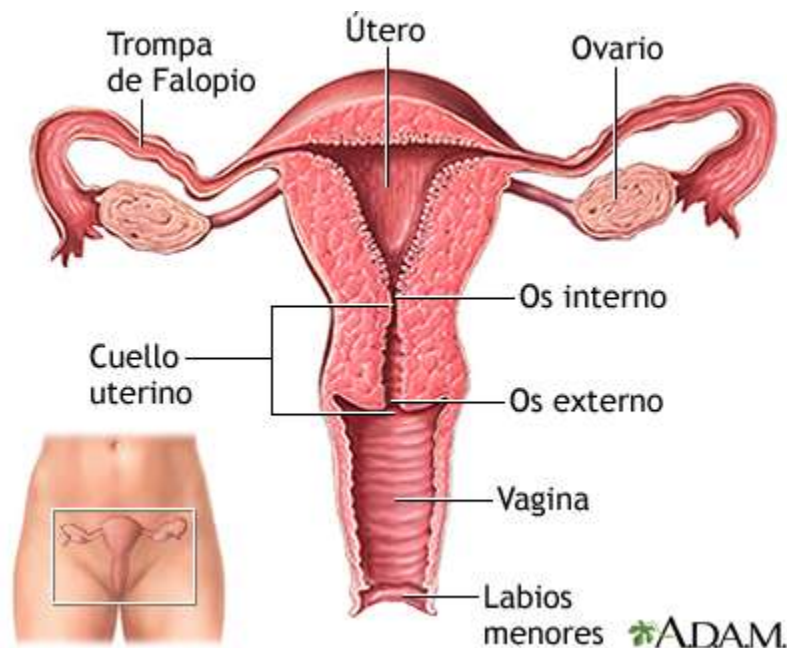
Los labios menores se unen por delante formando el prepucio del clítoris mientras que por la parte posterior se fusionan formando parte de la horquilla perineal. El *clítoris* es un órgano eréctil de pequeño tamaño situado en el borde inferior de la sínfisis del pubis,

formado por los cuerpos cavernosos y sus envolturas. (Parrondo, Pérez, Álvarez, 2010, p.15)

La separación de los labios permite observar el vestíbulo y el meato uretral, a unos 2 cm por debajo del clítoris. En el vestíbulo vaginal se halla el *himen*, los conductos de Skene y de Bartholino. El himen es una membrana cutáneo mucosa, delgada y vascularizada, que separa la vagina del vestíbulo, presentando una gran variabilidad respecto a su grosor, forma y tamaño. Los conductos de las *glándulas de Skene* desembocan a ambos lados del meato uretral (figura 2). Los conductos de las *glándulas de Bartholino* se hallan a ambos lados del vestíbulo, a nivel del tercio medio del orificio vaginal, en la hendidura que separa el himen de los labios menores. (Parrondo et al, 2010, p.15)

### 2.11.1.2 Órganos Externos

Están constituidos por el útero, la vagina, los ovarios y las trompas de Falopio, todos ellos relacionados con el resto de la víscera de la pelvis menor el colon, la vejiga urinaria y la uretra.



Fuente: [https://medlineplus.gov/spanish/ency/esp\\_imagepages/19263.htm](https://medlineplus.gov/spanish/ency/esp_imagepages/19263.htm)

A continuación, una breve explicación de cada uno de ellos, en el siguiente esquema:



Fuente: Elaboración propia, a partir de Parrondo et al, 2010.

## 2.12 Conceptos Médico Legales

A continuación, se muestran los principales conceptos médicos legales que son relevantes para la presente investigación.

### **2.12.1 Penetración Parcial**

Este término no tiene un concepto definido doctrinalmente, se observa principalmente a nivel jurisprudencial en Costa Rica, algunas de las interpretaciones pueden resultar certeras en algunos casos y en otras pueden ser ambiguas y hasta confusas, poniendo en amenaza la seguridad jurídica y el principio de legalidad. Para Ávila y Murillo (2014):

La penetración parcial constituye una acción inherente en la tipología penal de delitos sexuales, específicamente el tipo de violación y en algunos casos se inmiscuye la interpretación de la misma a la luz del delito de abuso sexual (p. 2).

Aunado a esto, estos autores consideran la penetración parcial como:

...la penetración parcial del miembro viril en el conducto vaginal conlleva que la conducta se adecúe al tipo penal de violación, esto en virtud de que se accede carnalmente al sujeto pasivo mediante la vía vaginal, lo cual configura el delito de violación en razón de que se realiza la acción típica de acceso carnal, siempre que existan las causales correspondientes dispuestas por el numeral 156 del Código Penal costarricense (Ávila y Murillo, 2014, p. 3)

A pesar de lo expuesto, es importante considerar que la penetración parcial puede darse en las zonas del cuerpo donde exista profundidad y que no esté en contacto con el exterior, por lo que se consideraría entonces el coito vulvar, sin embargo, no contiene el llamado acercamiento sexual o coito inter femora, que no pasa, de ser un abuso deshonesto.

De ahí la importancia de esta investigación ya que el error de interpretación no cuenta con matices médico legales, sino por el contrario se utiliza la argumentación jurídica, considerando que la penetración parcial está ligada con el acceso carnal, el cual se encuentra estipulado de manera explícita en la normativa vigente, lo cual se torna en el tópico de referencia para el análisis de la penetración total como se muestra seguidamente.

### **2.12.2 Penetración Total**

Para Rodríguez (2016) el término penetración total está relacionado con el acceso carnal tipificado en la normativa, en donde el legislador no se refiere a un mero roce o tocamiento del pene sobre las cavidades que se han establecido en el tipo penal, sino que el pene debe necesariamente ingresar o entrar en ellas, es decir, debe existir penetración. En este punto no interesa si la introducción o penetración del pene es total o parcial, pues en cualquier forma se produce un acceso carnal.

Por lo que la penetración total es considerada como la introducción total del órgano sexual masculino, se estima que siempre se produce una introducción carnal cuando el pene ingresa, aunado a que el legislador no exige, como parte del tipo penal objetivo, una penetración total de éste en las cavidades señaladas.

En relación con esta temática, CREUS citado por Rodríguez (2016) explica que:

La penetración típica importa la llegada del órgano sexual masculino al interior del cuerpo de la víctima, es decir, a zonas de él que normalmente no están en contacto con el exterior, aunque no interese ni el perfeccionamiento del coito por medio de la eyaculación, ni el alcance que haya adquirido la penetración y, mucho menos, que haya dejado rastros en el cuerpo de la víctima (como lo sería la desfloración u otras lesiones) (...)

A pesar, que la penetración total y parcial tienen interpretaciones similares, es importante destacar que la penetración total es cuando se accede carnalmente y de manera completa con el órgano sexual, objeto o animal, ya sea vía anal, vaginal o bucal. No obstante, como se observó, líneas atrás esta penetración puede ser parcial o mínima, que también puede confundirse con el término coito vulvar o vestibular como se muestra en el siguiente apartado.

### 2.12.3 Coito Vulvar

Según Ávila y Murillo (2014) el coito vulvar se da cuando el órgano sexual masculino roza algunas partes del cuerpo de la víctima sin tener profundidad en él. Sobre ello, Roldan (2002) expone:

...la penetración completa o incompleta del pene en la vulva, sin que necesariamente haya eyaculación. La intención del ofensor de realizar el coito es clara pero el pene no traspasa el himen no porque no quisiera sino por un problema anatómico o por resistencia de la víctima

De lo anterior se destaca que el coito vulvar se produce el roce del órgano masculino en la región vulvar, por lo que algunos autores consideran como un abuso deshonesto y otros valoran el coito vulvar suficiente para construir el acceso carnal.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, mediante la resolución 1376-2005 indica lo siguiente:

El a quo, ateniéndose a lo descrito en la acusación, calificó el hecho como abuso sexual, por estimar que lo que hizo el encartado fue rozar con su miembro viril la vulva de la niña, acto que puede constituir el mencionado coito vulvar, pero, incluso aunque no lo fuera, es apto para causar lesiones en los labios de la vulva, originadas en el mecanismo de fricción.

El juez califica el hecho como abuso sexual debido a la presencia del coito vulvar, sin embargo, en ese mismo voto, la Sala Tercera genera inseguridad al exponer que:

Es obvio, además, que el coito vulvar es una penetración vaginal (de hecho, como se dijo, constituye una violación, si ocurre contra la voluntad del sujeto pasivo y se presentan las demás circunstancias típicas) y, por ende, es fácilmente confundible con un acceso carnal “pleno”, sobre todo cuando se trata de niñas, quienes pueden percibirlo o creerlo de ese modo

Por lo tanto, el coito vulvar es diferente a la penetración, ya que este es un roce en la vulva de la mujer, lo cual no rompe el himen, por ende, no existe acceso carnal, por lo que no es penetración.

#### **2.12.4 Diferencias entre términos**

Los términos de penetración parcial y coito vulvar son acciones completamente distintas y autónomas entre sí, en lo que se refiere a la tipología de delitos sexuales, específicamente a nivel nacional.

Por lo que la penetración parcial es cuando se penetra de manera incompleta la cavidad vaginal, provocando un acceso carnal y, por ende, se aplica la tipicidad de violación, mientras que la acción de coito vulvar se refiere a la acción de friccionar o masturbarse en la zona vulvar, por lo se tipifica como abuso sexual.

## **Capítulo III: Marco Metodológico**

### **3.1 Método**

Según Hernández, Fernández y Baptista (2010) la investigación cualitativa se enfoca a “comprender y profundizar los fenómenos, explorándolos desde la perspectiva de los participantes en un ambiente natural y en relación con el contexto” (p.364). Este proyecto de investigación se realiza desde lo cualitativo, ya que se busca profundizar las resoluciones judiciales de la Sala Tercera y los tribunales de apelación en un período que comprende del año 2012 al 2015 a manera de diagnóstico acerca de la interpretación y aplicación de los términos "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal" descritos en el artículo 156 del Código Penal y la adecuación de las conductas a dicho tipo penal.

La presente investigación es cualitativa, ya que permitirá estudiar además de las características, los alcances y jurisprudencia, sobre todo relativa a los resultados que han tenido en el ordenamiento jurídico costarricense. Así, el trabajo de campo conlleva una participación intensa con los sujetos de estudio, en donde se llevará un registro detallado de los acontecimientos para su posterior análisis. (Barrantes, 2010, p. 132). Además, se basa en opiniones y documentos, opiniones tanto de personas especialistas en el tema como defensores públicos, fiscales y jueces especializados en el tema.

### **3.2 Selección de técnicas**

#### **Entrevista**

De acuerdo con Hernández et al., (2014), la entrevista como “una reunión para conversar e intercambiar información entre una persona (entrevistador) y otra (entrevistada) u otros (entrevistados)” (p.403). Las entrevistas se utilizan para recabar información en forma verbal, a través de preguntas que propone el investigador. Con el fin de reunir datos que faciliten dar respuesta al planteamiento del problema de investigación.

Con respecto al instrumento planteado, se establecen las entrevistas a profundidad, las cuales puede generar gran variabilidad de datos permitiendo a los participantes

expresarse en relación con el tema; la misma es flexible y posibilita obtener información relevante, veraz, y desde la perspectiva de la realidad y vivencias en el ámbito de construcción y reconstrucción del proyecto de vida. Por otra parte, Hernández et al. (2014), mencionan que en las entrevistas se clasifican en tres subcategorías “entrevista estructurada, semiestructurada y no estructurada” (p.403).

### **Revisión documental**

Según Hernández et al., (2014) el análisis documental se refiere al estudio de un documento, independientemente de su soporte (audiovisual, electrónico, papel, etc.) (p.96).

Cuando se realiza una revisión de un documento, se hace desde dos puntos de vista:

- Por un lado, nos fijamos en su parte externa, es decir, en el soporte documental. A esto lo llamamos Análisis Formal o Externo. Nos ayuda a identificar un documento dentro de una colección.
- Por otro lado, analizamos el contenido del documento, es decir, estudiamos su mensaje, la temática sobre la que trata. A esta parte se la conoce como Análisis de Contenido o Interno.

La revisión documental se utilizó principalmente en la elaboración del referente teórico conceptual de esta investigación para lo cual se utilizaron diferentes fuentes, como libros de texto, tesis, así como jurisprudencia.

### **3.3 Selección de la población**

En este caso la población meta del trabajo está constituida por cinco expertos, es decir personas que conocen del tema desde hace largo tiempo y pueden responder sobre las resoluciones judiciales de la Sala Tercera y los tribunales de apelación en un período que comprende del año 2012 al 2015 a manera de diagnóstico acerca de la interpretación y aplicación de los términos "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal”.

Los sujetos participantes son:

Jueces.

Fiscales.

Defensores Públicos

Profesionales en Medicina

## CAPITULO 4. ANÁLISIS DE RESULTADOS

### 4.1 Percepción de los operadores del sistema sobre los términos en estudio

El problema principal en torno a las acciones de penetración parcial y coito vulvar surge a partir de que no existe una interpretación unívoca en la conceptualización de ambos términos, lo cual suscita una aplicación errónea de acciones inapropiadas en los casos concretos que se presentan en la realidad jurisdiccional costarricense.

Se tiene claro que penetración parcial y coito vulvar o vestibular se erigen como dos acciones de índole sexual totalmente independientes entre sí y que cada una de éstas posee particularidades sui generis que las caracterizan, razón por la cual, en tesis de principio, no debería existir ambigüedad alguna en torno a su interpretación y consecuente aplicación.

En la actualidad, la discusión principal se da con base en que en los casos concretos de índole sexual en los cuales se presenta la acción de coito vulvar, es decir, acciones donde existe roce o masturbación del miembro viril en la zona vulvar y bajo los cuales aplicaría el tipo penal de abuso sexual, los diversos tribunales penales costarricenses aplican la figura de penetración parcial de la vulva, y no de la cavidad vaginal, por ende surge la calificación legal del tipo penal de violación. Es por ello que se les cuestiona a los expertos sobre la ¿A qué le remite cada uno de estos conceptos?, a lo que algunos de los entrevistados mencionan:

Bueno en los tres términos en general se está hablando de violación y de abuso sexual, Penetración parcial en los términos que ha venido diciendo la jurisprudencia, en mi opinión muy personal no lo comparto, estrictamente por mi función de defensor, no estoy de acuerdo en la interpretación de la penetración parcial en el área vulvar, cuando se habla de violaciones en una mujer, esto porque en el artículo 156 del Código Penal habla de acceso carnal por la vía oral, vaginal o anal, nos quedamos en el tema de la vagina para mí cuando se habla de una penetración vulvar específicamente no alcanza a acceder el área vaginal, la cavidad vaginal, si bien la vulva corresponde al área genital de la mujer no es la vagina (Entrevistado 1)

La penetración parcial o total es violación, lo importante es que se ya penetro la zona vulvar, los labios de la persona ya es violación. El acceso carnal es la penetración con el pene y el otro es la vulva el coito vulvar es mantener relaciones sexuales a través de la vulva o como se conoce popularmente la vagina (Entrevistado 2)

Penetración vaginal, si penetración del pene a la vagina. Es que por lo general los casos que yo he visto en juicio es cuando hay un acceso carnal, completo, por decirlo así, siempre se han dado casos de penetración completa, cuesta mucho un caso de penetración parcial, eso casi nunca se da. Solo un caso, eso fue en Siquirres, porque fue difícil para resolver por que esta persona tenía una malformación congénita y estaba un poco complicado ver si la vagina se había terminado de formar por que a ella le había, por lo que anatómicamente hablando no había una vagina que penetrar, es decir, no era penetrable. (Entrevistado 3)

De lo anterior se destaca que en el caso del término penetración parcial pensaría que se trata de un acceso carnal sea vía oral, anal o vaginal pero al menos de la modalidad vaginal entendería que no es todo el objeto o miembro que se introduce, por ejemplo, el artículo 156 del CP, se explica que la tipicidad del delito es acceder o tener acceso carnal en esas tres modalidades, el último párrafo indica que esta acción también se da con la introducción de varios dedos, objetos o animales, yo entendería que una penetración parcial, que no es la totalidad del objeto que se está accediendo, los dedos objeto o en el caso del miembro masculino no es la introducción total del miembro.

En el caso del coito vulvar es cuando el miembro masculino roza la vulva, en este punto, cabe destacar que algunos de los entrevistados no tienen claros los términos (entrevistado 2), considerando que la vagina no es lo mismo que la vulva, por lo que los términos tienden a confundir y por ende la interpretación del delito sería errónea.

Ávila y Murillo (2014) consideran que las interpretaciones pueden resultar certeras en algunos casos y en otras pueden ser ambiguas y hasta confusas, poniendo en amenaza la seguridad jurídica y el principio de legalidad, tal y como se muestra en el siguiente extracto:

La penetración parcial constituye una acción inherente en la tipología penal de delitos sexuales, específicamente el tipo de violación y en algunos casos se inmiscuye la interpretación de la misma a la luz del delito de abuso sexual (Ávila y Murillo, 2014, p. 2).

En cuanto al termino acceso carnal, Rodríguez (2016, p. 36) considera que es cuando existe una penetración total, es decir, cuando el pene debe necesariamente ingresar a la cavidad vaginal. Aunado a esto, en este punto no interesa si la introducción o penetración del pene es total o parcial, pues en cualquier forma se produce un acceso carnal, por lo que no debería de existir esa diferenciación entre total y parcial, de todas maneras, ya hubo un acceso carnal.

En relación con el término coito vulvar, la doctrina menciona la misma definición que expresaron los entrevistados, que es cuando el órgano sexual masculino roza algunas partes del cuerpo de la víctima sin tener profundidad en él. Sobre ello, Roldan (2002) expone:

...la penetración completa o incompleta del pene en la vulva, sin que necesariamente haya eyaculación. La intención del ofensor de realizar el coito es clara pero el pene no traspasa el himen no porque no quisiera sino por un problema anatómico o por resistencia de la víctima (p. 32).

Como bien se ha mencionado estos términos pueden llegar a interpretarse de diferentes maneras sin tomar en cuenta la intención del imputado, por lo que el tipo penal puede variar bajo estas condiciones tal y como se describe en la cita anterior donde la intención es clara, pero por un problema anatómico o por resistencia de la víctima, no se llega a consumir la violación y es considerado un abuso deshonesto o en el mejor de los casos una tentativa de violación.

#### **4.2 Contraste de lo mencionado en las entrevistas con lo que dice la jurisprudencia**

La presente investigación posee como fin principal analizar las resoluciones judiciales de la Sala Tercera y los tribunales de apelación en un período que comprende del año 2012 al 2015 a manera de diagnóstico acerca de la interpretación y aplicación de los

términos "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal" descritos en el artículo 156 del Código Penal y la adecuación de las conductas a dicho tipo penal, como acciones sexuales resulta compleja y conlleva diversas vicisitudes que obstaculizan realizar una aplicación certera en los casos concretos y, en diversas ocasiones, hasta controversia.

Sobre ello, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las once horas y nueve minutos del veintidós de diciembre del dos mil diecisiete, Resolución N. ° 01121 - 2017:

la defensa técnica refiere la existencia de precedentes contradictorios en torno a la configuración del tipo penal de violación. Fundamenta su queja en los numerales 8, 142, 184, 468 y 469 del Código Procesal Penal. Indica que, según la posición de los Jueces de Apelación, para la configuración de la acción típica de violación basta el acceso vestibular, sin que se requiera la lesión y penetración de la membrana himeneal de la ofendida. Desde su perspectiva, esta tesis se opone a la que ha sostenido, entre otros, el Tribunal de Apelación de Sentencia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, Sección Segunda, en la sentencia número 2012-01010, de las 10:40 horas, del 11 de diciembre del 2012, de la cual se incluye un extracto en el recurso de apelación, así como el Tribunal de Apelación de Sentencia de Cartago, en el voto número 2014-0482, de las 13:30 horas, del 13 de octubre del 2014, en el que refiere que la penetración vestibular causa lesiones en la membrana himeneal, en ausencia de las cuales la conducta del imputado no tipifica como violación (la introducción incompleta de un objeto –dedo- en el área vaginal, sin lesión o afectación del himen, impide calificar la conducta como violación). Señala el recurrente que en esta última sentencia se analizaron hechos con características idénticas al caso de su defendido, estableciendo específicamente los Jueces de Apelación que la penetración de un dedo de un adulto en la vagina virgen de una menor de cinco años, que es lo que se le atribuye a su representado, necesariamente produce la ruptura del himen.

A nivel nacional hay jurisprudencia donde se indica que el artículo 156 del Código Penal exige un acceso carnal por la vía oral, anal o vaginal, ya sea completo o parcial, sin embargo, sí debe darse algún nivel de penetración, por lo que rozamientos fuera de la cavidad vaginal no constituyen el delito de violación. La resolución 01581 – 2015, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia se refiere así:

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 eyaculación... 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.º 2014-586 de las 10:45 horas, del 28 de noviembre de 2014 y N.º 2014-482, de las 13:30 horas, del 17 de octubre de 2014, a las que se remite en el fallo recurrido).

Es importante, en este punto destacar que el artículo 156 tampoco exige que se produzca algún efecto adicional, ni la ruptura del himen ni alguna lesión sobre la víctima. Lo esencial es que se dé el acto de penetración. Asimismo, el acceso carnal no es solamente la entrada del miembro viril, se sanciona como acceso el que se da mediante la introducción total o parcial de uno o más dedos, objetos o animales, en alguna de las vías que se indica, para ello es importante, que los legisladores y los administradores de Justicia tengan claro las diferencias anatómicas, tal y como lo expone la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las nueve horas y cuarenta minutos del veinticinco de setiembre del dos mil quince, resolución N.º 01239 – 2015, que se muestra seguidamente:

...a nivel anatómico se diferencia de forma clara y expresa entre **vulva** y **vagina**; así que la vulva corresponde a los genitales externos del órgano reproductor femenino, es “... *el área de forma ovalada, de disposición vertical, que está 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 Z., Franz, *Fundamentos de Anatomía genital y estudio del dictamen médico legal para la correcta comprensión de pericias forenses en delitos sexuales*, En: Homenaje al Prof. Dr. Francisco Castillo González en sus 70 años, *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales* N.º 5, Universidad de Costa Rica, 2014, p. 664). Mientras la vagina por su parte, no es visible a simple vista, pues se localiza dentro de los genitales internos, después de la vulva y “... *es un conducto alargado en forma cilíndrica, de tamaño variable, en adultos en promedio mide unos 10 cm. de longitud*” (Ibid., p. 670). Distinción entre genitales externos e internos femeninos, así como vulva y vagina, sobre la que existe abundante bibliografía, precisamente porque ese es el sentido normal y ordinario de esas expresiones (Cfr. Larrondo P, Pérez-Medina.; Álvarez-Heras Jo, *Anatomía del Aparato Genital Femenino* (...). Considero que el legislador asignó al concepto “vagina” el contenido normal y usual que desde las ciencias médicas se le otorga (distinguiéndolo de “vulva”), y es a ese significado al que debe acudir para entender con claridad la conducta prohibida; si la intención del legislador era dar otra diferente, ampliándola o restringiéndola, o bien variando su significado ordinario, debía acudir a otras vías, como podría ser incluir en el texto legal una definición auténtica. En este caso particular, el hecho probado de interés textualmente refiere: “2.- *Sin determinar fecha exacta, pero a mediados del año dos mil cinco, la ofendida [Nombre 003]. de siete años de edad, estaba en su casa que se ubica en [...], y mientras la ofendida se encontraba durmiendo se le acercó el imputado [Nombre 001] quien, aprovechándose de la corta edad de la menor, así como de la relación de confianza y parentesco que los une, de forma abusiva comenzó a quitarle la ropa y de seguido le introdujo el pene en la zona vulvar*

*entre los labios mayores y menores, sin traspasar la zona del himen...*” Es evidente, el encartado conforme a esa descripción fáctica, nunca llegó a acceder con su pene la **vagina** de la ofendida, tal y como lo exige el artículo 156 del Código Penal, para su configuración típica. El tipo penal de forma clara y puntual alude a un acceso carnal de vagina, no de vulva (que como se dijo, es la parte externa del aparato reproductor femenino, situado antes de la vagina); por tanto, el hecho tenido por demostrado como la introducción del pene en la zona vulvar, pero sin sobrepasar la zona himeneal, no se podría subsumir en el tipo penal de violación consumada.

Aunado a esto, la problemática de interpretación es evidente, por cuanto se asemejan ambos términos, penetración parcial del pene y coito vulvar, como una misma acción y, por ende, se pretende aplicar ambos de manera indistinta, cuando realmente se trata de dos términos de índole sexual distintos.

Otro punto que es importante mencionar es que el término penetración parcial, al utilizar este se habla claramente de penetración, pero no se asume como el tipo penal violación, si no sobrepasa el himen, sea dilatado o no. Además, la penetración parcial hace referencia a un acceso o introducción del miembro viril dentro de la cavidad vaginal (acceso carnal) y coito vulvar no permite introducción o acceso puesto que la vulva no cuenta con cavidad.

Es decir, esto tiende a confusión en virtud de la interpretación que se realiza con base en ambos términos, resulta que la aplicación de la acción de coito vulvar subsume de manera indistinta a la penetración parcial, esto por cuanto el roce del miembro viril en la zona vulvar, sin que exista acceso carnal, se reputa como una penetración de tipo parcial o incompleta y por ende se pretende aplicar el tipo penal de violación, según el criterio de diversos órganos jurisdiccionales.

Algunas de las expresiones de los entrevistados en cuanto a si ¿Consideran que la interpretación de los términos "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal" en la jurisprudencia es correcta?, las respuestas fueron las siguientes:

Bueno en realidad no sé qué tipo de sentencias de la Sala Tercera, pero en mi criterio la sentencia debería de ser igual violación ya que puede ocasionar lesiones igual, además de la afectación psicología en la persona, el hecho que haya o no habido un acceso no implica que debería darse menos cantidad de años de cárcel, esto sin saber lo de las sentencias ya que no es lo usual que nos lleguemos a dar cuenta de eso o cuantos años le dieron o como determino el juez la situación (Entrevistada 5).

Yo pienso que es incorrecto ya que dejaría por fuera lo que es la zona vulvar, para poder acceder a la vagina tiene que pasar por los labios menores y eso es vulva y no se está analizando la vulva ya que solo se enfocan en la vagina. (Entrevistada 6).

En relación con las respuestas anteriores se tiene que la interpretación de la Sala Tercera no es la correcta para algunos de los entrevistados, máxime si se considera que las respuestas anteriores son de profesionales en medicina, en donde de acuerdo con su perspectiva la afectación física y psicológica de las victimas debe ser considerado al momento de fundamentar una sentencia, además, según lo manifestado no se cuenta con claridad de términos por parte de los administradores de justicia.

A pesar de ello, otros entrevistados tuvieron opiniones opuestas, tal y como se muestra en la siguiente transcripción:

Yo creo que más allá de ser correcta o no, considero que la interpretación correcta es la del Tribunal de Apelación al margen de que se utilice conceptos adecuados o inadecuados, a nivel legal, bajo el artículo 156 y el principio de interpretación no permite ir más allá y solo se califica como violación cuando existe una penetración que traspasa la vagina medicamente esa penetración es cuando se traspasa el himen este o no roto. Creo que sería conveniente reconstruir el tipo penal, no considero que el tipo penal en este momento de suficiente ámbito de protección en especial a lo que se refiere a la vulnerabilidad de mujeres y son problemas de interpretación que no se dan en las otras vías, en la vía anal no se da esta interpretación se vuelve más sencillo de interpretarlo y en la boca a pesar de que

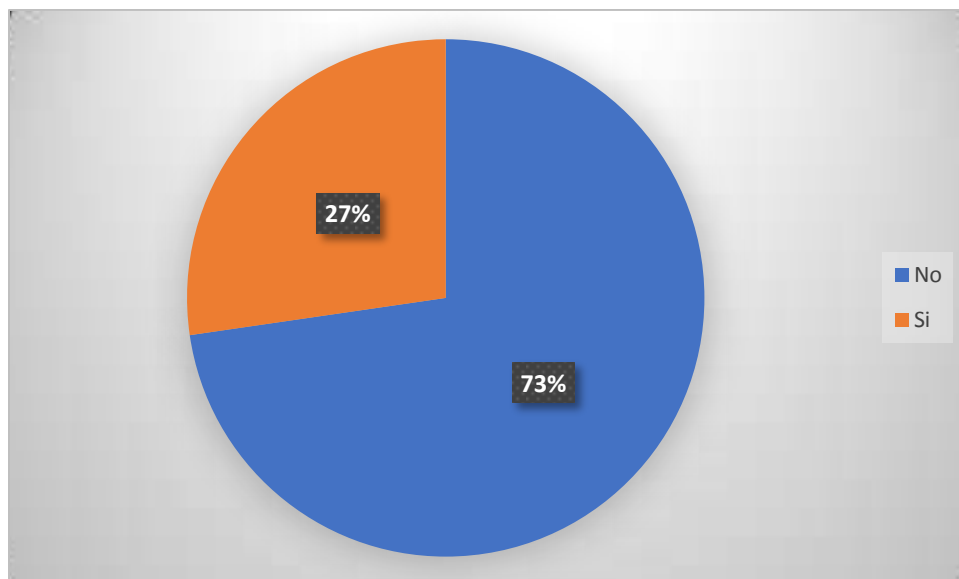
tiene diferentes partes no existe mayor problema. El concepto y enfoque penal tiene que concentrarse en el consentimiento de la víctima, no tiene que concentrarse la interpretación en cuanto tiene que penetrarse para que sea violación o no, para que sea abuso o tentativa de violación. (Entrevistada 7).

Corolario, lo expuesto anteriormente puede provocar ciertos roces con el principio de legalidad y con el principio de tipicidad, ya que extender el tipo penal representa concentrar ideas e interpretaciones no descritas por el legislador en el tipo, violentando así los principios mencionados.

Por lo tanto, el autor de este documento considera que crear una interpretación amplia del tipo penal conlleva a que determinados delitos consuman otros con menor pena, para evitar que ciertas acciones queden impunes bajo el sistema penal actual de Costa Rica, por lo que es importante definir los conceptos de una manera clara y que se delimiten las acciones que corresponden al coito vulvar, penetración parcial y acceso carnal, con el fin de lograr que se establezca de manera clara el tipo penal.

A continuación, se muestra el análisis del cuestionario a expertos:

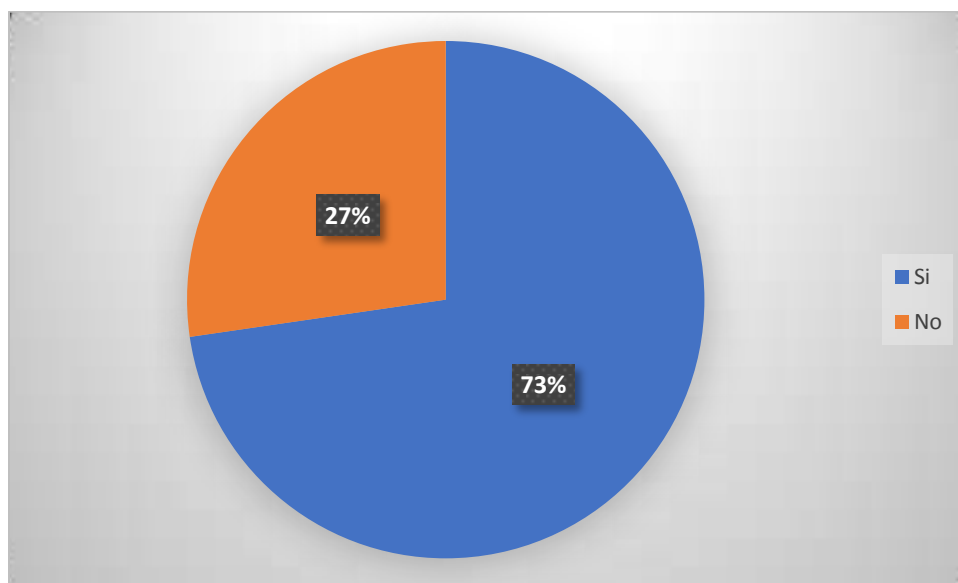
**Gráfico 1. Conocimiento de si a nivel interpretativo de los términos en estudio están siendo bien utilizados**



**Fuente:** Cuestionario aplicado a expertos en Derecho Penal y medicina.

En el grafico anterior se tiene la opinión de los expertos en Derecho Penal en relación con el conocimiento de a nivel interpretativo de los términos en estudio están siendo bien utilizados donde un 73% de los expertos mencionan que están siendo bien utilizados y el 27% dice que sí.

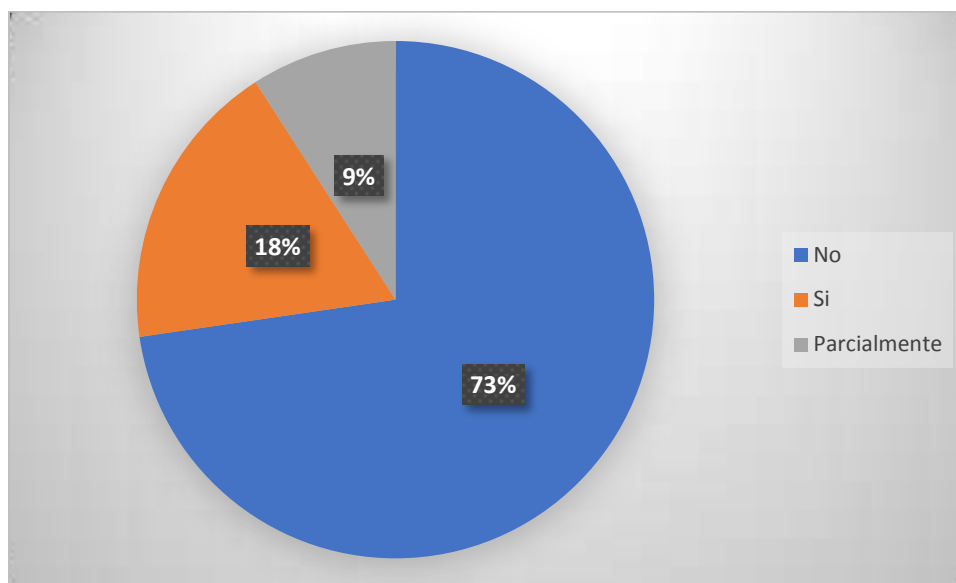
**Gráfico 2. Cuestionamiento si cuando se da la penetración parcial se produce acceso carnal**



**Fuente:** Cuestionario aplicado a expertos en Derecho Penal y medicina.

Al preguntarles si cuando se da la penetración parcial se produce acceso carnal, un 73% expresa que, si se da acceso carnal, porque de cualquier manera se está dando la penetración y el 27% considera que no se produce dicho acceso.

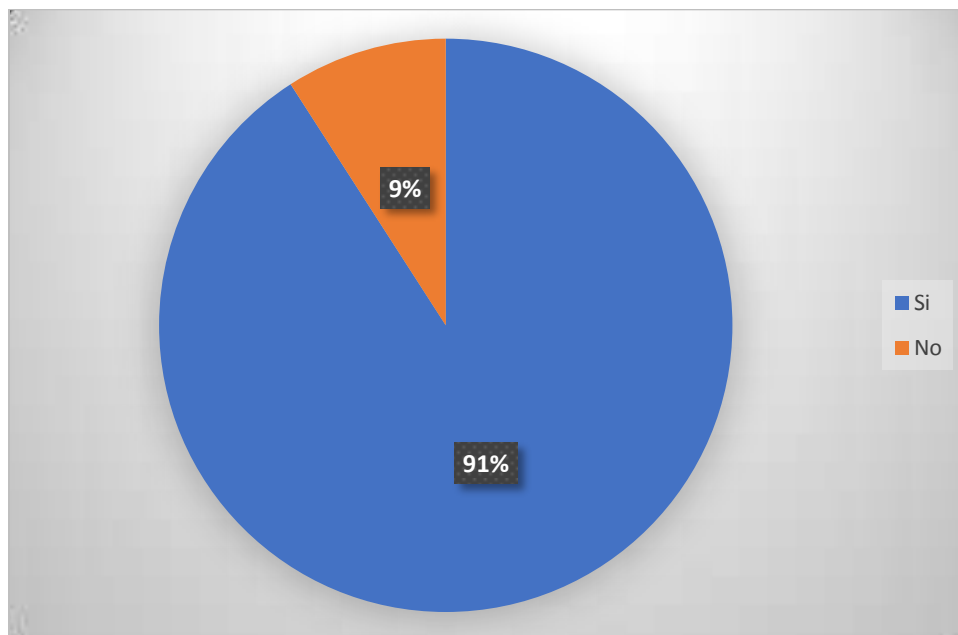
**Gráfico 3. Opinión si está bien utilizado el tipo penal de violación cuando se habla de coito vulvar y penetración parcial**



**Fuente:** Cuestionario aplicado a expertos en Derecho Penal y medicina.

En el gráfico anterior se muestra la opinión si está bien utilizado el tipo penal de violación cuando se habla de coito vulvar y penetración parcial, donde un 73% considera que no están siendo bien utilizados, un 18% dicen que si, y el 9% restante considera que están parcialmente bien utilizados, es decir, el tipo penal violación para los expertos no está bien utilizada.

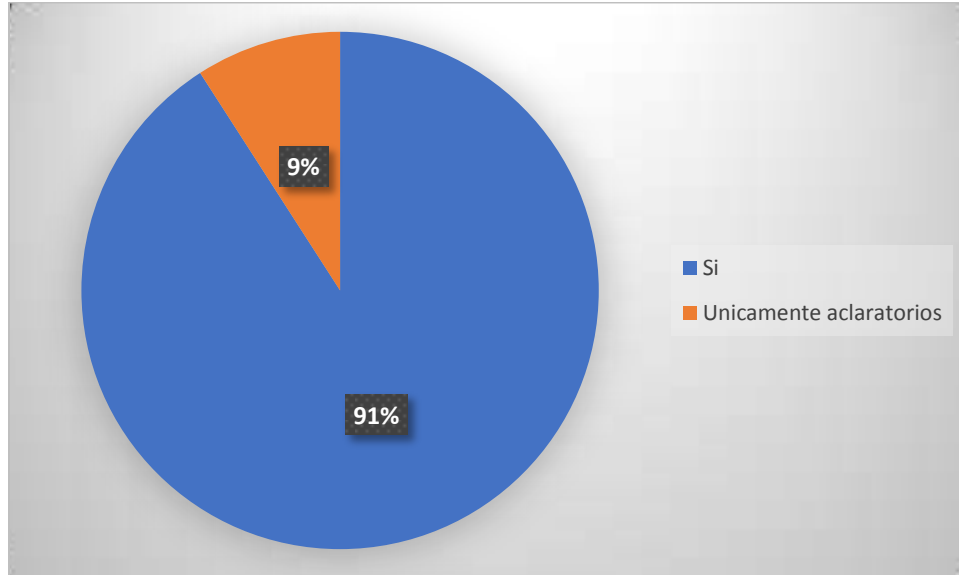
**Gráfico 4. Opinión si considera necesario realizar cambios a nivel doctrinal y jurisprudencial en relación con los términos en estudio**



**Fuente:** Cuestionario aplicado a expertos en Derecho Penal y medicina.

En relación con la opinión si es necesario realizar cambios a nivel doctrinal y jurisprudencial en relación con los términos en estudio, un 91% de los expertos a quienes se les aplicó el cuestionario menciona que si es necesario aplicar cambios y el 9% dice que no.

**Gráfico 5. Opinión si debería realizarse cambio a nivel de tipología penal**



**Fuente:** Cuestionario aplicado a expertos en Derecho Penal y medicina.

Ahora bien, en cuanto a la opinión si debería realizarse cambio a nivel de tipología penal se tiene que el 91% menciona que sí y el 9% consideran que no deben realizarse cambios.

#### **4.3 Comentarios para mejorar la interpretación de estos términos**

Finalmente, se les pregunta a los expertos si desean incluir comentario sobre la temática planteada en la conversación, a los que respondieron lo siguiente:

Lo mejor sería legislarse, yo creo que las reglas deben estar claras, ya que estos delitos son muy técnicos y estos aspectos debería legislarse me parece que a la hora que un jurista interprete en los tribunales ya que es una interpretación demasiado extensa que va más allá de lo que dice la ley, pero bueno es mi opinión y son los tribunales lo que resuelven. (Entrevistado 1)

En general los tipos penales en materia sexual revisten una problemática de lenguaje incluso de semántica que se redactan mal, es padecimiento también de otros delitos penales. También los instrumentos convencionales obligan al coito vulvar como violación ya que existe una falta de consentimiento (Entrevistado 8)

El delito de violación actualmente en la jurisprudencia es muy reciente, en el cual antes cada acceso carnal en diferentes partes del cuerpo era contemplado como un delito independiente. Ahora la sala varia su criterio si se da en el mismo acto, aunque sean hechos separados en un tiempo, pero sucesivo, considero que es un poco grosero porque creo que cada penetración como esta en el código o sea acceso vaginal, carnal o sea no es copulativa es disyuntiva eso también me parece no estaría correcto. Además, de eso se toma el delito de abuso sexuales, antes de eso el hombre a una mujer la desnuda, le lame los pechos, le practica sexo oral, la pone a ella a hacer otras cosas y eso no se castiga se dice que es un delito de pasaje como que si fuera responsabilidad de la mujer que el hombre haga esto para poder penetrarla, por lo que hay antes de la penetración no debería quedar impune sino también como una abuso sexual, lo que siento es que se permite que haya este abuso para que el hombre reaccione y exista una penetración a la fuerza contra la víctima, no sería correcto verlo como un delito de pasaje sino como un hecho aislado. (Entrevistado 2)

En cuanto a los comentarios, se evidencia que están enfocados a mejorar, reformar el tipo penal de violación de igual manera el artículo 156 del Código Penal, que debe ser explícito y muy claro en cuanto a los límites que determinan el tipo penal. Lo anterior considerando que la violación es un delito reprochable a nivel social y la Sala Tercera ha tratado de adecuar este tipo de conductas con razonamientos subjetivos como se ha descrito en este documento llegaría a lo sumo ser un delito de abuso sexual y la pena es mucho menor. Por lo que es importante realizar algún tipo de modificación o reforma para este tipo penal para que se pueda evitar estas interpretaciones erróneas.

#### **4.4 Posicionamiento personal con respecto a la temática expuesta**

Las resoluciones judiciales de la Sala Tercera y los tribunales de apelación acerca de la interpretación y aplicación de los términos "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal" descritos en el artículo 156 del Código Penal y la posición personal se basa principalmente (y que dio origen a esta investigación), en el artículo del Profesor y Doctor Franz Vega denominado " Fundamentos de anatomía genital y estudio del dictamen médico legal para la correcta comprensión de pericias forenses en delitos sexuales", donde explica de manera clara las características anatómicas y el análisis de los casos delitos sexuales desde un punto de vista legal y médico, lo cual hace la interpretación correcta sobre los tecnicismos utilizados para determinar el tipo penal violación.

De ahí que personalmente considero que a nivel jurisprudencial existe un roce del principio de legalidad con la interpretación que se ha dado a los términos objeto de mi investigación. El legislador establece claramente las vías de acceso carnal configurativas del delito de violación, siendo la vía vaginal la que ha generado controversia en los últimos años, donde para mí criterio partiendo desde una óptica médico jurídica cualquier conducta de agresión sexual que no implique una penetración en la cavidad vaginal no se puede tipificar ni juzgar como violación.

Tengo claro que, de la anatomía genital femenina, se desprende que vulva y vagina a pesar de pertenecer al órgano reproductor femenino, no son lo mismo, además que, por características propias de la morfología de la vulva, está no es una cavidad susceptible de penetración ya sea por miembro viril, dedos, objetos o animales, por lo que desde mi criterio considero que la penetración parcial siempre va a ser penetración es decir hay acceso carnal, porque aunque sea una parte del miembro está ingresando en la vagina. El coito vulvar es el roce con los labios mayores y menores que comprenden la vulva.

Lo anterior concuerda con lo expuesto por los expertos entrevistados, comparando lo expuesto en la jurisprudencia. Al cuestionarles a los entrevistados sobre los términos de "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal", se obtuvieron las siguientes respuestas relevantes:

Bueno en los tres términos en general se está hablando de violación y de abuso sexual, Penetración parcial en los términos que ha venido diciendo la jurisprudencia, en mi opinión muy personal no lo comparto, estrictamente por mi función de defensor, no estoy de acuerdo en la interpretación de la penetración parcial en el área vulvar, cuando se habla de violaciones en una mujer, esto porque en el artículo 156 del Código Penal habla de acceso carnal por la vía oral, vaginal o anal, nos quedamos en el tema de la vagina para mí cuando se habla de una penetración vulvar específicamente no alcanza a acceder el área vaginal, la cavidad vaginal, si bien la vulva corresponde al área genital de la mujer no es la vagina (entrevistado 1).

Penetración vaginal, si penetración del pene a la vagina. Es que por lo general los casos que yo he visto en juicio es cuando hay un acceso carnal, completo, por decirlo así, siempre se han dado casos de penetración completa, cuesta mucho un caso de penetración parcial, eso casi nunca se da (Entrevistado 3)

Penetración parcial, de acuerdo con el nombre cuando hay ingreso incompleto del objeto o miembro. Coito vulvar es la fricción de los órganos genitales sin que haya penetración y acceso carnal es cuando si hay una penetración completa (Entrevistado 5).

De acuerdo con lo expuesto por los expertos y el análisis jurisprudencial realizado se tiene que existe diferencias o más bien un desconocimiento por parte de los administradores de justicia en relación con los términos, ya que de acuerdo con la teoría queda claro que la vagina es una cavidad de aproximadamente 10 cm de profundidad y la vulva es la parte externa que conduce a la vagina, es decir, corresponde a los labios mayores y menores, de ahí que por lo tanto que exista una necesidad por aclarar los términos expuestos en este estudio.

Cabe señalar que los entrevistados también consideran que cuando se habla de coito se trata de penetración vaginal o anal, entonces si se limita al termino de penetración parcial, desde la jurisprudencia que es la penetración vulvar no se alcanza lo que es el coito, que sería la penetración total. Siempre la penetración va a ser acceso carnal, desde el punto de vista del artículo 156, la penetración va a ser vaginal, si es parcial o completa debe ser

penetración vaginal, lo que se difiere de la jurisprudencia que trata la penetración parcial o el coito vulvar, por lo que debe haber claridad en estos términos.

Aunado a esto, el entrevistado 7 menciona que el término acceso carnal es un concepto viejo que está contenido en el artículo 156, que cuenta con problemas desde el punto de vista de la semántica jurídica, da la sensación que el concepto se construyó cuando la violación era solo del hombre hacia la mujer, de hecho, y el mismo artículo habla de hacerse acceder, ya que el lenguaje no es claro si se habla de penetración. Acceso me parece que se originó tal vez cuando la idea era el pene accedando y la construcción del tipo cuando se habla de la vía vaginal, anal y oral.

El antiguo Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial, actual Tribunal de Apelación de la Sentencia ratifica la posición de los autores de la presente investigación, en torno al tema de penetración parcial, coito vulvar, violación, abuso sexual y el acceso carnal.

Lo que sí debe determinarse es si esa introducción parcial fue en la vagina o entre los labios de la vulva pues de ello dependerá si hay penetración parcial o no, ergo, si el delito está consumado o no. Ya en el voto N.º 2009- 423 esta misma Cámara indicó que era importante que las partes exploraran, gracias a la facilidad que para ello da la oralidad, la inmediatez y el contradictorio, qué suelen entender las víctimas por "vagina" desde que este concepto suele estar asociado, en el conocimiento común, a "vulva", aunque médicamente ambos sean términos diversos y, dependiendo de la posición doctrinal que se asuma, la introducción del pene en los labios o roce de dicho órgano con la vulva puede ser, o no, considerado violación....En esta ocasión ha de tomarse posición desde esta sede. Para ello hay que tener en cuenta que la penetración ha sido definida como la introducción (total o parcial) de, en este caso, el pene o un objeto en la cavidad vaginal. ....De modo que esta Cámara no comparte el criterio de la Sala Tercera según el cual: "... si bien la pericia clínica determina que la menor (...) 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"... Quienes esto suscribimos no consideramos ni que se dé un trato discriminatorio a la mujer que ha tenido ruptura himeneal respecto de la que no (pues, en ambos casos, de lo que se trata es determinar si el acceso superó el área anatómica donde se ubicaba el himen no que éste exista efectivamente) ni que, para proteger el bien jurídico tutelado (la libertad sexual) deba llegar a interpretarse la norma de esa forma porque, de lo que se trata, es simplemente de aplicar el principio de legalidad y la interpretación restrictiva, es decir, la derivada del lenguaje, que dicho principio impone (artículo 1 del Código Penal), sin que se dé desprotección en casos de acercamiento o roce del pene (u otro objeto) en el área vulvar de la mujer pues tales supuestos quedan comprendidos bien mediando el tipo penal del abuso sexual bien, de darse los restantes supuestos para ello, con la consideración de una tentativa de violación como ha sucedido en este caso, siendo en el tema de la pena en que otras consideraciones puedan analizarse ya sea para mantener el extremo menor previsto para la violación, aplicar los montos medios o el máximo o, inclusive, disminuir el mínimo por no haberse consumado la acción pese a la voluntad del agente para ello. En tal sentido se ha indicado: "Si continuamos cambiando el concepto de acceso carnal de acuerdo a los pareceres, conceptos y preconceptos, llegaremos a absorber el delito de abuso deshonesto y el de corrupción en la cada vez más amplia figura del delito de violación. No será así si se produce la adecuación de la norma y del procedimiento mediante pensamiento razonado y no mágico de la justicia contemporánea, que en sus variantes jurisprudenciales demuestra que interpreta con analogía, con lo cual las necesidades de la prueba, la argumentación y defensa del acusado entonces ya nada tienen que ver con el delito definido antes de cometerlo" (ACHÁVAL, Alfredo. Delito de violación: estudio sexológico, médico legal y jurídico. Legislación comparada. Abeledo Perrot, 2ª edición actualizada, Buenos Aires,

1992, p. 195) ...Con tal criterio no es ni la membrana himeneal ni la idea cultural de virginidad la que se tutela, sino la libertad sexual, pero respetando el límite impuesto por el principio de legalidad al aludir, en el artículo 156, a acceso carnal por vía vaginal. Ese derrotero también permitirá deslindar cuándo se da la violación por penetración parcial y cuándo la tentativa de violación o los abusos sexuales. La necesidad de fijar un límite entre diversas figuras típicas se produce no sólo en este tipo de delitos sino también en otros”. (Tribunal de Casación Penal, II Circuito Judicial de San José. Sentencia N° 607 de 9 H. 10 del 11 de junio de 2009).

De lo anterior se destaca que de acuerdo con la jurisprudencia anterior a los años en estudio de este documento se exponen deficiencias que pueden darse en un sistema judicial en el cual se realicen interpretaciones extensivas de los tipos penales.

En este sentido, al preguntarles a los entrevistados si esta interpretación es la correcta, en donde la mayoría considera que la interpretación lejos de ser o no adecuada lo importante es que los términos sean aclarados desde una perspectiva médico legal y que rija bajo el artículo 156 del Código Penal y el principio de interpretación no permite ir más allá y solo se califica como violación cuando existe una penetración que traspasa la vagina medicamente esa penetración es cuando se traspasa el himen este o no roto.

De ahí la necesidad de reconstruir el tipo penal, adecuándolo a los nuevos delitos, es decir, las nuevas formas de cometer los delitos sexuales, considerando que el tipo penal en este momento no es suficiente para la protección en especial a lo que se refiere a la vulnerabilidad de mujeres y son problemas de interpretación que no se dan en las otras vías, en la vía anal no se da esta interpretación se vuelve más sencillo de interpretarlo y en la boca a pesar de que tiene diferentes partes no existe mayor problema. Otro aspecto importante, es que el concepto y enfoque penal tiene que concentrarse en el consentimiento de la víctima, no tiene que concentrarse la interpretación en cuanto tiene que penetrarse para que sea violación o no, para que sea abuso o tentativa de violación.

Sobre ello, jurisprudencia internacional, específicamente, de Venezuela, expone:

c) Que el acusado C.A.J.A., penetró a la niña (...) pero no le causó el desgarró de la membrana himeneal quedó acreditado con el dicho de la niña, quien manifestó: (...) aseveraciones que se corresponden con lo expuesto por el experto médico forense Dr. F.B.V., quien señaló: (...) En este particular es importante resaltar que la respuesta del médico forense en cuanto a negar absolutamente la penetración en la niña (...) se debe obviamente a un concepto médico clínico pero que no se corresponde con la definición legal del delito de violencia sexual, de allí que a pregunta formulada al experto de si conocía la definición de violencia sexual conforme a la norma manifestó que no. Por otra parte, la ausencia de rastros de violencia en la niña tenía que resultar de su valoración, necesariamente así, ya que no fue empleada la violencia física, no fue un acto sexual violento que implicara someter a la víctima mediante la fuerza para vencer su resistencia, en este caso particular se aprovechó de las condiciones de ser la víctima una niña de 10 años, pertenecer el acusado a su entorno familiar, conocer la rutina de la madre de la niña y la circunstancia de que las niñas permanecían solas en las tares, asimismo se introdujeron las amenazas de que si decía algo provocaría un problema o le haría lo mismo a su hermanita, se hizo creer a la niña que lo mismo le había sucedido a su tía Y. como un evento normal en el crecimiento y se le estimuló sexualmente al mostrarle un video pornográfico de manera que el acusado preparó y ejecutó el acto conscientemente.

...no hubo penetración, ni ningún tipo de lesión del área vaginal...” pues en el caso de haberse producido aunque fuere una penetración parcial como aduce la recurrida, esta hubiese dejado evidencia, dado la edad de la niña (...), tal y como lo refirió el experto al precisar “... puede ser como usted dijo por la penetración del pene o con la manipulación (sic) dedos también puede ocurrir este desgarró y donde una niña de diez años donde los genitales aún no están lo suficientemente aptos pues es mucho más notorio el suceso...”, en razón de los argumentos científicos aportados por el funcionario experto, se deduce que no hubo tal penetración parcial por vía vaginal, tal y como sostiene la recurrida y que la misma se haya producido, constituyendo una flagrante violación al principio de

presunción de inocencia la cual es fulminante y destruida una vez obtenida mediante la recepción de los medios de pruebas.

(Decisión nº 03 de Corte de Apelaciones de Portuguesa, de 11 de noviembre de 2009)

En este sentido, se evidencia que la decisión del juez se tomó considerando las pruebas atendiendo a la sana crítica, considerando que esta valoración no puede ser realizada de manera arbitraria, debe acogerse a los principios lógicos, debe existir coherencia en la unidad probatoria, llámese testimonios de la víctima o examen médico forense, por lo que la fundamentación exponer los motivos por los cuales se dicta determinada sentencia.

Por lo que, además, de contar con la correcta aplicación de los términos como los define el Profesor y Doctor Franz Vega Zúñiga debe de aplicarse la valoración de la prueba, para determinar la intención del imputado y el testimonio de la víctima, buscando la reafirmación de la existencia de la prueba debidamente debatida, como primer eslabón para apoyar, más allá de toda duda razonable, una sentencia de culpabilidad, más aún cuando la duda debe imperar a favor del acusado.

## CAPITULO 5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### 5.1 Conclusiones

Una vez que se ha analizado las resoluciones judiciales de la Sala Tercera y los tribunales de apelación en un período que comprende del año 2012 al 2018 a manera de diagnóstico acerca de la interpretación y aplicación de los términos "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal" descritos en el artículo 156 del Código Penal y la adecuación de las conductas a dicho tipo penal, se concluye lo siguiente:

- ✓ Del análisis de los fundamentos de los términos en estudio se concluye que son básicamente de tipo normativo, es decir, se encuentran expuestos en el artículo 156 del Código Penal, siendo las vías de acceso oral, anal o vaginal según sea el caso, aunado a esto, se encuentra clarificado para aspectos judiciales en las sentencias de la Sala Tercera y el Tribunal de Apelación.
- ✓ La penetración parcial se considera en este sentido como un acceso carnal sea vía oral, anal o vaginal pero al menos de la modalidad vaginal entendería que no es todo el objeto o miembro que se introduce, según lo expuesto en el artículo 156 del Código Penal, se explica que la tipicidad del delito es acceder o tener acceso carnal en esas tres modalidades, el último párrafo indica que esta acción también se da con la introducción de varios dedos, objetos o animales, por lo que se entiende que una penetración parcial, consiste en la introducción o acceso parcial, es decir, que no es la totalidad del objeto, los dedos objeto o en el caso del miembro viril masculino no es la introducción total del pene.
- ✓ Por otro lado, el coito vulvar, es un término que se aplica cuando el miembro viril masculino roza de manera masturbatoria la vulva de la mujer, logrando tener acceso únicamente a la zona de los labios mayores y menores de la vagina que es lo que corresponde a la vulva femenina.
- ✓ El otro termino es el acceso carnal el cual es la introducción dentro del ano, la boca o la vagina de cualquier de dedos, pene, objetos o animales, en este caso, la doctrina toma el acceso carnal como la introducción total o parcial del pene en la vagina.

- ✓ En cuanto a las opiniones de los funcionarios judiciales, se concluye que los expertos entrevistados consideran que los términos no son claros y que existe cierto desconocimiento, en cuanto a la anatomía femenina específicamente.
- ✓ La interpretación puede llegar a ser confusa ya que los términos por ejemplo el de penetración parcial, debería de ser tomado como violación ya que necesariamente y como su término lo dice existió penetración, aunque sea parcial, ya se tuvo acceso carnal. En este sentido, la construcción semántica incorrecta de este término es contradictorio en sí mismo, ambiguo de cierta manera, ya que la penetración implica un acceso o paso de uno a otro lugar, por lo que la mera introducción de una sección del pene en la vagina de acuerdo con lo analizado no sería un delito tan grave.
- ✓ Además, los entrevistados consideraron que el análisis debe ser pormenorizado, es decir, individualizado, tomando en cuenta el testimonio de las víctimas para poder determinar la intención del autor.
- ✓ El coito vulvar, en si como termino genero controversia entre los expertos ya que para algunos ya que es un término más moderno que el tipo penal por lo que se genera problemas de interpretación obviamente a la luz del principio de tipicidad, coito es un concepto médico que implica un acto consistente en la introducción del pene en la vagina, por lo que en este caso el coito vulvar o vestibular, es la introducción del pene en la zona vulvar, por lo que al existir un acceso debería considerarse como un acto sexual.
- ✓ Uno de los expertos considera que a pesar de que la ley exige en el artículo 303 del Código Procesal Penal, que debe ser claro, preciso y circunstancial, el artículo 156 no es claro en cuanto al acceso vaginal.

De las resoluciones judiciales de Sala Tercera y Tribunales de Apelaciones y las opiniones de los expertos entrevistados se extrajo que existen diferencias entre la interpretación dada por las resoluciones judiciales y los expertos entrevistados, ya que el acceso carnal debe interpretarse cuando existe penetración sin especificar si es total o

parcial, este último no debería de aplicarse, ya que, aunque sea parcial hubo acceso carnal según lo dispuesto en la legislación costarricense.

- ✓ Aunado a esto, el termino penetración parcial puede confundirse con el de coito vulvar, Máxime si se tratan de víctimas menores de edad, porque al ser una penetración mínima, puede considerarse o interpretarse como un coito vulvar. En este punto cabe destacar que el artículo 156 no hace referencia al traspaso del himen sea o no dilatable.
- ✓ A pesar, que la penetración total y parcial tienen interpretaciones similares, es importante destacar que la penetración total es cuando se accede carnalmente y de manera completa con el órgano sexual, objeto o animal, ya sea vía anal, vaginal o bucal.
- ✓ Otro punto que es importante mencionar es que el término penetración parcial, al utilizar este se habla claramente de penetración, pero no se asume como el tipo penal violación, si no sobrepasa el himen, sea dilatable o no. Además, la penetración parcial hace referencia a un acceso o introducción del miembro viril dentro de la cavidad vaginal (acceso carnal) y coito vulvar no permite introducción o acceso puesto que la vulva no cuenta con cavidad.
- ✓ Por lo tanto, a nivel jurisprudencial existe un roce del principio de legalidad con la interpretación que se ha dado a los términos objeto de mi investigación. El legislador establece claramente las vías de acceso carnal configurativas del delito de violación, siendo la vía vaginal la que ha generado controversia en los últimos años, donde para mí criterio partiendo desde una óptica médico jurídica cualquier conducta de agresión sexual que no implique una penetración en la cavidad vaginal no se puede tipificar ni juzgar como violación

## 5.2 Recomendaciones

- ✓ Con el fin de evitar una interpretación amplia del tipo penal lo cual implica a que determinados delitos consuman otros con menor pena, y para evitar que ciertas acciones queden impunes bajo el sistema penal actual de Costa Rica, es importante definir los conceptos de una manera clara y que se delimiten las acciones que corresponden al coito vulvar, penetración parcial y acceso carnal, con el fin de lograr que se establezca de manera clara el tipo penal, en donde el coito vulvar consiste en un roce del miembro masculino con los labios tanto mayores como menores de la víctima, la penetración parcial debería de eliminarse ya que de acuerdo con mi posición la penetración por el solo hecho de introducirse dentro de la cavidad vaginal constituye un acceso carnal.
- ✓ Aclarar estos términos y hablar de los genitales y del área vulvar, para lo cual pueden solicitar la colaboración de los médicos forenses, peritos y demás expertos en la temática en cuanto a la clarificación de dichos términos, por lo que es importante tomar como referencia el artículo del Profesor y Doctor Franz Vega donde explica bien las limitaciones de la zona genital y el área vulvar.
- ✓ Una vez que exista dicha claridad de términos, es necesario modificar el tipo penal, con el fin de brindar una protección especial a lo que se refiere a la vulnerabilidad de mujeres ya que este tipo de interpretación no da en las otras vías de acceso (anal o bucal por ejemplo), asimismo, debe de concentrarse en el consentimiento de la víctima, no tiene que concentrarse la interpretación en cuanto tiene que penetrarse para que sea violación o no, para que sea abuso o tentativa de violación. El tipo penal violación debe considerarse cuando existe una penetración de la vagina, sea parcial o total, al igual cuando se presenta un coito vulvar, se debe de tomar en cuenta lo expuesto por la víctima, por lo que el solo hecho de que exista un roce, y que por impedimento de la víctima no haya existido penetración, su intención pudo haber sido la violación desde el inicio.

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

Arroyo, J. y Rodríguez, A. (2003) *Lógica Jurídica y Motivación de la Sentencia Penal*, Editorial Jurídica Continental, 2da edición, San José-Costa Rica.

Arroyo, J. y Rodríguez, A. (2003) *Lógica Jurídica y Motivación de la Sentencia Penal*, Editorial Jurídica Continental, 2da edición, San José-Costa Rica.

Ávila, M y Murillo, R. (2013) Los términos de penetración parcial y coito vulvar en la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales de Apelación de sentencia como acciones distintas a la luz de los delitos sexuales de violación y abuso sexual. Trabajo Final de Graduación para optar por la Licenciatura en Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Ávila, M, y Murillo, R. (2014). Consideraciones médico - legales acerca de los conceptos jurisprudenciales de penetración parcial y coito vulvar: la corrección de un yerro conceptual. *Medicina Legal de Costa Rica*, 31(2), 24-33. Recuperado de: [http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1409-00152014000200003&lng=en&tlng=es](http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152014000200003&lng=en&tlng=es).

Barsallo, M. y Miranda, L. (2016) *Análisis delito: relaciones sexuales con personas menores de edad, artículo 159 del Código Penal y sus implicaciones sobre los derechos sexuales de los adolescentes*. Tesis para optar por grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica.

Brown, G (2007) *Limites a la valoración de la prueba penal*. 1ed. Rosario: Nova Tesis Editorial Jurídica.

Buendía, L. et al. (1998). *Métodos de Investigación en Psicopedagogía*. España:

McGraw-Hill.

Burgos, A. (2011) La doctrina ha definido la violación, como “el acceso carnal realizado en contra de la voluntad de la víctima”.

Cabanellas, G. (2006). Diccionario Jurídico Elemental. 18<sup>a</sup> Edición. Editorial Heliasta. Bue<sup>no</sup>s Aires, Argentina.

Calzada, A (1993). El acceso a la justicia como derecho fundamental. *Ivstitia*, San José no.82 octubre.

Castillo, F (2014) Observaciones sobre el delito de violación. Recuperado de: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/16525>

Castillo, F. (2008) *El bien jurídico penalmente protegido*, 1<sup>o</sup> ed., Ed. Jurídica Continental, San José.

Dall'Anese, F (2008) Falta de fundamentación de la sentencia y violación de reglas de la sana crítica. [En línea] Recuperado de: <http://www.defensachubut.gov.ar/?q=node/2436>

Enciclopedia Jurídica (2018) Concepto de tipicidad. Recuperado de: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/tipicidad/tipicidad.htm>

Espinoza, W. (2009). Delitos de Tráfico de Drogas: actividades conexas y su investigación. Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial. Pp. 10-23.

Fernández, A. (2012) Aspectos sobre el Bien Jurídico Tutelado en Materia Penal.

Recuperado de: <https://semanariouniversidad.com/opinion/aspectos-sobre-el-bien-juridico-tutelado-en-materia-penal/>

Gadea Nieto, D. (2005). *El Sistema Procesal Utilizado en Costa Rica: Sistema Mixto*. En

el XII Congreso de Derecho Procesal, Volumen IV: Sistemas de Enjuiciamiento Penal y sus Órganos de Acusación. Estados Unidos Mexicanos, México. pp. 284. Recuperado de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1655/8.pdf>

Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P. (2010). Metodología de la Investigación.

México: Editorial Mac Graw-Hill.

Hormazábal, H (1991) *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*, 1º ed.,

PPU, Barcelona.

Houed Vega. M. (2007). La Prueba y su Valoración en el Proceso Penal. Instituto de

Estudio e Investigación Jurídica. Managua, Nicaragua. PP. 59-72.

Larenz, V. (1990) Metodología de la ciencia del Derecho. Ariel: Barcelona

Méndez, C. (2004). Metodología: Diseño y Desarrollo del Proceso de Investigación.

México: Editorial Mac Graw-Hill.

Pacheco, M. (1987). Los Derechos Humanos. Documentos Básicos. Chile: Editorial

Jurídica de Chile.

Padilla Castro, G (1967). La Tentativa. Revista de Ciencias Jurídicas. (Nº 10) p 63-82. San

José, Costa Rica.

Parrondo P, Pérez-Medina T, Álvarez-Heros J. (2010) Anatomía del aparato genital femenino. Recuperado de:  
<https://we.riseup.net/assets/217366/Anatomia+del+aparto+genital+femenino.pdf>

Quintero, V (1996) Doctrina y jurisdicción ante el nuevo Código Penal español. Actualidad Jurídica Aranzadi.

Rodríguez, G et al. (1996). Metodología de la investigación cualitativa. Málaga: Editorial Aljibe.

Rodríguez, M (2016) Relaciones sexuales consentidas con persona menor de edad. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*. Número 9. Año 9. ISSN 1659-4479.

Roldan, J (2002). Aspectos medicolegales de los delitos sexuales en el código penal de Costa Rica. *Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal*. San José, volumen 7, junio 2002, p. 37.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 16202-10. San José, a las quince horas y cincuenta minutos del veintiocho de setiembre del dos mil diez

Sala Constitucional mediante su resolución 1562 de las 15:06 horas del 30 de marzo de 1993

Sala Constitucional voto 3165-93

Sala Tercera voto 01117

Seidel, M. Ball, J. Dains, J. & Benedict, W. (2016) Manual Mosby de exploración física. España: Océano/Mosby

Sistema Costarricense de Información Jurídica (2019) Código Penal. Recuperado de:

[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=5027&nValor3=98548&strTipM=FN](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=5027&nValor3=98548&strTipM=FN)

Sistema Costarricense de Información Jurídica (2019) Constitución Política de Costa Rica.

Recuperado de:

[http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=871&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=871&strTipM=TC)

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Tercer Circuito Judicial de Alajuela San Ramón.

Sentencia 148 de las catorce horas con cincuenta y siete minutos del trece de marzo de dos mil trece. Expediente: 09-201830-0306-PE

Vega, F (2013) Fundamentos de anatomía genital y estudio del dictamen medico legal para

la correcta comprensión de pericias forenses en delitos sexuales. Revista Digital de la

Maestría en Ciencias Penales. Número 5. RDMCP-UCR. Recuperado de:

<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/12457/11711>

Voto 1331-90 de la Sala Constitucional

Zúñiga, U (2015) Código Penal, ley No 4573 de 15 de noviembre de 1970, San José,

Investigaciones Jurídicas, 26° Edición.

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. Resolución N° 01581 – 2015

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las once horas y nueve minutos

del veintidós de diciembre del dos mil diecisiete, Resolución N° 01121 - 2017

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las nueve horas y cuarenta minutos del veinticinco de setiembre del dos mil quince. Resolución N° 01239 - 2015

## **APÉNDICES**

**Apéndice A****Declaración Jurada**

Yo Daniel Esteban Contreras González, mayor de edad, portador de la cédula de identidad, número 110760378 graduado de la Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Penal de la Universidad Internacional de las Américas, hago constar que conozco las penas y consecuencias con las que se castiga en el Código Penal el delito de perjurio, y ante la Universidad y ante quienes se constituyen en el Tribunal Examinador de mi Proyecto de Graduación para optar por el título de Maestría declaro solemnemente que mi proyecto de investigación titulado "La interpretación de los términos "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal" en la jurisprudencia judicial costarricense a nivel de la sala tercera y los tribunales de apelación en un período que comprende los años del 2012-2018", es una obra original e inédita que ha respetado todo lo preceptuado por las leyes penales, así como la Ley de Derecho de Autor y Derecho Conexos vigente y las normas éticas que toda investigación debe respetar de forma obligatorio. Asimismo, quedo advertido que la Universidad se reserva el derecho de protocolizar este documento ante notario público.

En fe de lo anterior, firmo en la ciudad de San José, a los veinticuatro días del mes de junio de dos mil diecinueve,



Daniel Esteban Contreras González

Cédula 110760378

## Apéndice B

### GUÍA PARA ENTREVISTA

#### PROFESIONAL EN DERECHO Y MEDICINA FORENSE

Buenos días/tardes. Mi nombre es Daniel Contreras González y estoy elaborando un proyecto de investigación como requisito para optar por el grado de Maestría en Derecho Penal de la Universidad Internacional de las Américas.

La idea de esta entrevista es poder conocer distintas opiniones de profesionales en Derecho y Medicina Forense, que conozcan del tema de investigación y puedan opinar sobre las resoluciones judiciales de la Sala Tercera y los tribunales de apelación de sentencia en un período que comprende del año 2012 al 2018 a manera de diagnóstico acerca de la interpretación y aplicación de los términos "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal".

Aquí no hay respuestas correctas o incorrectas, lo que importa es justamente su opinión sincera.

Cabe aclarar que la información es sólo para efectos propios de mi investigación, sus respuestas serán unidas a otras opiniones de manera anónima y en ningún momento se identificará qué dijo cada participante.

Para agilizar la toma de la información, resulta de mucha utilidad grabar la conversación. Tomar notas a mano demora mucho tiempo y se pueden perder cuestiones importantes. ¿Existe algún inconveniente en que grabemos la conversación? El uso de la grabación es sólo a los fines de análisis.

¡Desde ya muchas gracias por su tiempo!

#### **DATOS PERSONALES Y ACADÉMICOS**

Nombre completo/ Grado académico/ Universidad/ Cargo actual y lugar de trabajo/Antigüedad en el cargo/ Trayectoria profesional/ Experiencia en docencia.

## **ABORDAJE DEL TEMA**

¿En su desempeño profesional a conocido casos de delito de violación?

En materia de delitos sexuales, específicamente el de violación, contenido en el artículo 156 del código penal costarricense, de conformidad con las vías de acceso carnal establecidas por el legislador, siendo la vía vaginal una de estas, ¿Considera usted que la interpretación de los términos "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal" en la jurisprudencia es correcta?

¿A nivel penal la violación sanciona, de manera explícita y clara, la introducción en la vagina y no en la zona vulvar, aunque atravesar ésta sea necesario para vulnerar la cavidad vaginal? Por favor mencione si esto es lo correcto de acuerdo con su percepción.

Siguiendo con el tema del delito de violación, en general si yo le menciono los términos de "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal" ... ¿qué es lo primero que se le viene a la mente? ¿A qué le remite cada uno de estos conceptos? ¿Por qué? ¿Algo más?

Finalmente, ¿Algún otro comentario que quiera agregar? ¡Muchas Gracias!

### **Cuestionario**

1. ¿Tiene conocimiento de si a nivel interpretativo los términos "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal" están siendo bien utilizados?

( ) Sí

( ) No

2. ¿Considera usted que el acceso carnal se da cuando existe una penetración del órgano genital masculino en orificio natural de otra persona habiendo o no eyaculación?

( ) Sí

( ) No

3. ¿Considera usted que cuando se da una penetración parcial se produce acceso carnal?

Sí

No

4. ¿Está bien utilizado el tipo penal de violación cuando se habla de coito vulvar y penetración parcial?

Sí

No

5. ¿Considera usted que es necesario realizar cambios a nivel doctrinal y jurisprudencial en relación con estos términos?

Sí

No

6. ¿Debería de realizarse cambios a nivel de tipología penal en relación con estos términos?

Sí

No

**Apéndice C****GUÍA PARA ENTREVISTA****PROFESIONAL EN MEDICINA Y CIRUGIA**

Se está elaborando la tesis intitulada **“LA INTERPRETACIÓN DE LOS TÉRMINOS "PENETRACIÓN PARCIAL", "COITO VULVAR" Y "ACCESO CARNAL" EN LA JURISPRUDENCIA JUDICIAL COSTARRICENSE (EN UN PERÍODO QUE COMPRENDE LOS AÑOS DEL 2012-2015)”**, para optar por el grado de Maestría en Derecho Penal de la Universidad Internacional de las Américas. La información obtenida mediante la aplicación de este instrumento, será utilizada con la discrecionalidad del caso, y solamente para efectos académicos de este trabajo.

Edad: \_\_\_\_\_

Profesión: \_\_\_\_\_

Años de experiencia: \_\_\_\_\_

1. ¿Qué es para usted como profesional en medicina violación?

---

---

---

2. ¿Cómo determinan si es violación?

---

---

---

3. ¿Qué aspectos evalúan ustedes como profesionales en medicina al momento de tener un paciente con sospecha de violación?

---

---

---

4. ¿Qué protocolo siguen para la atención de una víctima de violación?

---

---

---

5. ¿Qué recomendación podría darse para el reconocimiento idóneo de una violación?

---

---

---

## Apéndice D

### TRANSCRIPCIONES DE ENTREVISTAS

#### Entrevistado 1. Defensor público

Buenos tardes licenciado. Mi nombre es Daniel Contreras González y estoy elaborando un proyecto de investigación como requisito para optar por el grado de Maestría en Derecho Penal de la Universidad Internacional de las Américas.

La idea de esta entrevista es poder conocer distintas opiniones de profesionales en Derecho y Medicina Forense, que conozcan del tema de investigación y puedan opinar sobre las resoluciones judiciales de la Sala Tercera y los tribunales de apelación de sentencia en un período que comprende del año 2012 al 2018 a manera de diagnóstico acerca de la interpretación y aplicación de los términos "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal".

Buenas tardes no hay problema puede grabarlo, tipo conversación como usted dice. Mi nombre es José Salazar Monge, soy defensor público tengo 10 11 años de estar en la defensa pública, acá se atienden diferentes materias, sin embargo, yo estoy6 avocado en la materia penal de adultos. Soy Licenciado en derecho de la Universidad Latina, mi puesto es la Defensa pública de Guápiles. Trayectoria profesional tengo 20 años de trabajar en el Poder Judicial, 10 de ser defensor.

¿En su desempeño profesional a conocido casos de delito de violación?

Entrevistado 1: Si claro

Daniel: Específicamente en el delito de violación

Entrevistado 1: En esta zona predominan mucho los delitos sexuales y los delitos contra la propiedad, hay bastante trabajo, si la experiencia en este tipo de delitos es bastante, principalmente que como defensores nos toca llevar todas las etapas del proceso, por lo general la fiscalía, los cuales son los que investigan y otros los fiscales de juicio, sin que sea una regla estricta, y nosotros acá atendemos las personas desde que se indagan y durante todo el proceso, la etapa de investigación, etapa media, y la etapa de juicio,

Siguiendo con el tema del delito de violación, en general si yo le menciono los términos de "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal" ... ¿qué es lo primero que se le viene a la mente? ¿A qué le remite cada uno de estos conceptos? ¿Por qué? ¿Algo más?

Bueno en los tres términos en general se está hablando de violación y de abuso sexual, Penetración parcial en los términos que ha venido diciendo la jurisprudencia, en mi opinión muy personal no lo comparto, estrictamente por mi función de defensor, no estoy de acuerdo en la interpretación de la penetración parcial en el área vulvar, cuando se habla de violaciones en una mujer, esto porque en el artículo 156 del Código Penal habla de acceso carnal por la vía oral, vaginal o anal, nos quedamos en el tema de la vagina para mí cuando se habla de una penetración vulvar específicamente no alcanza a acceder el área vaginal, la cavidad vaginal, si bien la vulva corresponde al área genital de la mujer no es la vagina.

¿Ese conocimiento a nivel de anatomía genital femenina, no se tiene claro a nivel?

Ese es el tema el Derecho Penal es importantísimo tener las cosas claras, de hecho, a la hora de imputar un fiscal que va a imputar en una acusación, la ley le exige en el artículo 303 del CPP, que debe ser claro, preciso y circunstancial, si se dice que la penetración alcanzo el área de los labios la zona vulvar, para mí no está claro lo que dice el artículo 156 en cuanto al acceso vaginal. Por eso siempre he dicho si queremos entender el delito de violación a nivel vulvar, bueno legislemos en este sentido, por lo que es necesario aclarar estos términos y hablar de los genitales y del área vulvar, pero la ley no dice eso, más bien lo que habla es vaginal, para mí el termino penetración parcial está hablando en el área vaginal ya sea completa o parcial, pero ya habría violación, pero en el área vaginal. Lo que pasa es que la jurisprudencia interpreta la con solo la introducción vulvar ya se está hablando de penetración parcial, y yo no manejo ese criterio.

Licenciado en materias de delitos sexuales, específicamente el artículo 156 del CPP, establece como vía de acceso la vía oral, vaginal o anal, ¿considera usted que la interpretación a nivel jurisprudencial es correcta?

Cuando hablamos de coito a mi entender es penetración vaginal o anal, entonces si nos limitamos al termino de penetración parcial, desde la jurisprudencia que es la penetración vulvar no alcanzaríamos lo que es el coito, que sería la penetración total. Siempre la penetración va a ser acceso carnal, yo la diferencia que hago es cuando hablamos de penetración desde el punto de vista del artículo 156, la penetración va a ser vaginal, si es parcial o completa debe ser penetración vaginal, lo que yo me aparto de la jurisprudencia habla de penetración parcial es con solo penetrar la vulva, entonces las reglas tienen que ser claras.

¿Entonces esa proximidad al canal vaginal no se podría considerar una violación considerándolo desde otra óptica si el ofensor sexual aproximara el miembro masculino al rostro de la víctima o lo que se conoce también la penetración Inter glúteo, entonces se está ante un delito de violación?

Considero que solo con el acercamiento no, para ser violación tienen que introducirse, ya sea un dedo, un objeto, miembro viril u otro, tiene que haber un acceso. De esas tres áreas del cuerpo humano

Entonces como ellos están interpretando esa proximidad del miembro a la cavidad vaginal, ya con eso se configura el tipo penal, entonces aproximación del pene al rostro de la víctima o a los glúteos, entonces esto podría configurarse al tipo de delito de abuso sexual siendo que la vía oral y anal también son vías de acceso, ¿pregunto si eso podría ser?

Ya le capté, por lo menos no he visto resoluciones con estas circunstancias que exista proximidad a la cara o las nalgas, habría que ver si ellos lo entienden así, me parecería gravísimo y se está yendo muy allá. El criterio de esta jurisprudencia porque lo que se está protegiendo la norma protege la dignidad sexual en este caso de las mujeres, se protege la libertad sexual, cuando la acción se limita la introducción del pene, de un dedo, no es que está quedando desprotegida por que ya hay normas que la protegen como abuso sexual, para mí eso es un tocamiento de la vulva del clítoris, después si introducimos en la vagina es una violación. La preocupación de la jurisprudencia es que se debe de proteger esa parte, por lo que ya está protegida y ya esta es un delito sexual.

¿La última pregunta usted considera que este tema es de importancia o debería de abordarse?

Lo mejor sería legislarse, yo creo que las reglas deben estar claras, ya que estos delitos son muy técnicos y estos aspectos debería legislarse me parece que a la hora que un jurista interprete en los tribunales ya que es una interpretación demasiado extensa que va más allá de lo que dice la ley, pero bueno es mi opinión y son los tribunales lo que resuelven.

Perfecto, muchas gracias por el tiempo y la información brindada

## **Entrevistado 2. Fiscal de delitos sexuales**

Buenos días/tardes. Mi nombre es Daniel Contreras González y estoy elaborando un proyecto de investigación como requisito para optar por el grado de Maestría en Derecho Penal de la Universidad Internacional de las Américas.

La idea de esta entrevista es poder conocer distintas opiniones de profesionales en Derecho y Medicina Forense, que conozcan del tema de investigación y puedan opinar sobre las resoluciones judiciales de la Sala Tercera y los tribunales de apelación de sentencia en un período que comprende del año 2012 al 2018 a manera de diagnóstico acerca de la interpretación y aplicación de los términos "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal".

Aquí no hay respuestas correctas o incorrectas, lo que importa es justamente su opinión sincera.

Cabe aclarar que la información es sólo para efectos propios de mi investigación, sus respuestas serán unidas a otras opiniones de manera anónima y en ningún momento se identificará qué dijo cada participante.

¿Usted me permite grabarlo? Si estoy de acuerdo.

Le agradezco mucho por su tiempo

Mi nombre es Luis Grijalba Alfaro, soy Licenciado en Derecho, posgrado en materia registral y Master en Derecho Penal, soy coordinador de la Fiscalía Adjunta de Pococí, tengo alrededor de dos años en este cargo. Bueno inicié en el MP a trabajar en el año 2010, en Grecia estuve a cargo del departamento de violencia sexual y violencia de género. Luego estuve en la fiscalía en el I Circuito Judicial de San José, donde llevaba delitos varios y a partir en el departamento de delitos sexuales, superviso a los fiscales se tiene un equipo de respuesta rápida de 72 horas para los delitos sexuales y de violencia de género, delitos de trata, y por el momento casi todos los días se me asignan juicios.

¿Qué piensa usted cuando le digo los términos "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal"?

La penetración parcial o total es violación, lo importante es que se ya penetro la zona vulvar, los labios de la persona ya es violación. El acceso carnal es la penetración con el pene y el otro es la vulva el coito vulvar es mantener relaciones sexuales a través de la vulva o como se conoce popularmente la vagina.

En materia de delitos sexuales, específicamente el de violación, contenido en el artículo 156 del código penal costarricense, de conformidad con las vías de acceso carnal establecidas por el legislador, siendo la vía vaginal una de estas, ¿Considera usted que la interpretación de los términos "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal" en la jurisprudencia es correcta?

Pues sí, en realidad si la están aplicando correctamente

¿A nivel penal la violación sanciona, de manera explícita y clara, la introducción en la vagina y no en la zona vulvar, aunque atravesar ésta sea necesario para vulnerar la cavidad vaginal? Por favor mencione si esto es lo correcto de acuerdo con su percepción.

Le voy a decir lo que dice la Sala Tercera el acceso vestibular es que el pene pase los labios de la vulva sin que sea necesario que haya introducción más allá del himen si es que existe el himen, eso es lo que la Sala tercera dice que es un acceso vestibular, viéndolo de manera correcta no se está accedando nada, en este caso el himen, no habría penetración, sin embargo, esa vulneración que presenta la mujer es considerado violación y eso es lo que dice la Jurisprudencia, sin embargo, visto desde un punto médico, no hay penetración ya que no ha penetrado absolutamente nada y esa es la controversia. En la Sala Tercera si se protege y se considera que solo con penetrar los labios, prácticamente el roce del pene en la vagina o en la vulva sería suficiente para que haya una violación.

¿Algo que quiera agregar o comentario?

El delito de violación actualmente en la jurisprudencia es muy reciente, en el cual antes cada acceso carnal en diferentes partes del cuerpo era contemplado como un delito independiente. Ahora la sala varia su criterio si se da en el mismo acto, aunque sean hechos

separados en un tiempo, pero sucesivo, considero que es un poco grosero porque creo que cada penetración como esta en el código o sea acceso vaginal, carnal o sea no es copulativa es disyuntiva eso también me parece no estaría correcto. Además, de eso se toma el delito de abuso sexuales, antes de eso el hombre a una mujer la desnuda, le lame los pechos, le practica sexo oral, la pone a ella a hacer otras cosas y eso no se castiga se dice que es un delito de pasaje como que si fuera responsabilidad de la mujer que el hombre haga esto para poder penetrarla, por lo que hay antes de la penetración no debería quedar impune sino también como una abuso sexual, lo que siento es que se permite que haya este abuso para que el hombre reaccione y exista una penetración a la fuerza contra la víctima, no sería correcto verlo como un delito de pasaje sino como un hecho aislado.

Bueno Lic. le agradezco mucho la información y tiempo que me brinda

Con mucho gusto

### **Entrevistado 3. Jueza**

Buenos días/tardes. Mi nombre es Daniel Contreras González y estoy elaborando un proyecto de investigación como requisito para optar por el grado de Maestría en Derecho Penal de la Universidad Internacional de las Américas.

La idea de esta entrevista es poder conocer distintas opiniones de profesionales en Derecho y Medicina Forense, que conozcan del tema de investigación y puedan opinar sobre las resoluciones judiciales de la Sala Tercera y los tribunales de apelación de sentencia en un período que comprende del año 2012 al 2018 a manera de diagnóstico acerca de la interpretación y aplicación de los términos "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal".

Aquí no hay respuestas correctas o incorrectas, lo que importa es justamente su opinión sincera.

Cabe aclarar que la información es sólo para efectos propios de mi investigación, sus respuestas serán unidas a otras opiniones de manera anónima y en ningún momento se identificará qué dijo cada participante.

Para agilizar la toma de la información, resulta de mucha utilidad grabar la conversación. Tomar notas a mano demora mucho tiempo y se pueden perder cuestiones importantes. ¿Existe algún inconveniente en que grabemos la conversación? El uso de la grabación es sólo a los fines de análisis.

Perfecto no hay ningún problema siempre que sea para esos fines

Desde ya yo le agradezco mucho el tiempo

Mi nombre es Jeannette Mena Rodríguez soy juez cuatro del Tribunal de Juicio de Guápiles, soy Master en Derecho Penal de la UIA, trabajo como juez desde el 2012, y como fiscal desde el 2004 al 2012.

¿En su desempeño profesional a conocido casos de delito de violación?

Si, en esta zona se da mucho

Y específicamente de violación ¿

Si bastante

Siguiendo con el tema del delito de violación, en general si yo le menciono los términos de "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal" ... ¿qué es lo primero que se le viene a la mente? ¿A qué le remite cada uno de estos conceptos? ¿Por qué? ¿Algo más?

Penetración vaginal, si penetración del pene a la vagina. Es que por lo general los casos que yo he visto en juicio es cuando hay un acceso carnal, completo, por decirlo así, siempre se han dado casos de penetración completa, cuesta mucho un caso de penetración parcial, eso casi nunca se da. Solo un caso, eso fue en Siquirres, porque fue difícil para resolver por que esta persona tenía una malformación congénita y estaba un poco complicado ver si la vagina se había terminado de formar por que a ella le había, por lo que anatómicamente hablando no había una vagina que penetrar, es decir, no era penetrable.

En materia de delitos sexuales, específicamente el de violación, contenido en el artículo 156 del código penal costarricense, de conformidad con las vías de acceso carnal establecidas por el legislador, siendo la vía vaginal una de estas, ¿Considera usted que la interpretación de los términos "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal" en la jurisprudencia es correcta?

Si digamos, cuesta mucho que se dé desde la práctica, la penetración parcial al final termina siendo un abuso sexual, de lo que se habla es del roce del pene en la vagina, nunca se ha aplicado la penetración parcial, lo que se aplica es si hay penetración o no hay penetración, no concebimos que se dé una penetración parcial, por lo que se continua el delito como una tentativa de violación

¿A nivel penal la violación sanciona, de manera explícita y clara, la introducción en la vagina y no en la zona vulvar, aunque atravesar ésta sea necesario para vulnerar la cavidad vaginal? Por favor mencione si esto es lo correcto de acuerdo con su percepción.

Para mi si es correcto se requiere la introducción del miembro dentro, si estamos hablando de un simple roce ahí da para otro delito que es la tentativa, nosotros lo hemos aplicado asi,

Si se logra determinar con el dictamen con la pericia médico legal si hubo o no introducción o bien con el himen complaciente.

Entonces ustedes resuelven como tentativa de violación cuando se determina que, si existió la intención de penetrar, pero por causas ajenas, no se logra, el roce por decirlo, y en los casos donde se logra determinar que el fin libidinoso del victimario no era penetrar sino utilizar a la víctima como mecanismo de roce masturbatorio en la zona vulvar,

En ese caso puede ser un delito de abuso sexual, pero hay que analizar cada caso tomando en cuenta el testimonio de las víctimas para poder determinar la intención de autor, si es penetrar, masturbar o tocar, pero hay que ver cada caso.

Finalmente, ¿Algún otro comentario que quiera agregar?

En esta zona de Guápiles si se ven muchos casos de abuso sexual, más de este tipo de delitos que robos. Abuso sexual y violación dentro del grupo familiar, nunca se dan casos de introducción parcial, o es o no es.

¡Muchas Gracias!

#### **Entrevistado 4. Juez de Tribunal**

Buenos días. Mi nombre es Daniel Contreras González y estoy elaborando un proyecto de investigación como requisito para optar por el grado de Maestría en Derecho Penal de la Universidad Internacional de las Américas.

La idea de esta entrevista es poder conocer distintas opiniones de profesionales en Derecho y Medicina Forense, que conozcan del tema de investigación y puedan opinar sobre las resoluciones judiciales de la Sala Tercera y los tribunales de apelación de sentencia en un período que comprende del año 2012 al 2018 a manera de diagnóstico acerca de la interpretación y aplicación de los términos "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal".

Aquí no hay respuestas correctas o incorrectas, lo que importa es justamente su opinión sincera.

Cabe aclarar que la información es sólo para efectos propios de mi investigación, sus respuestas serán unidas a otras opiniones de manera anónima y en ningún momento se identificará qué dijo cada participante.

Para agilizar la toma de la información, resulta de mucha utilidad grabar la conversación. Tomar notas a mano demora mucho tiempo y se pueden perder cuestiones importantes. ¿Existe algún inconveniente en que grabemos la conversación? El uso de la grabación es sólo a los fines de análisis.

No hay ningún problema

¡Desde ya muchas gracias por su tiempo!

José Alexander Gómez Moreno, tengo una especialidad en Derecho Penal y Constitucional de la Escuela Judicial y la maestría de la UIA, soy juez de Tribunal de Juicio del I Circuito Judicial de la Zona Atlántica, acá tengo 6 años como juez penal juvenil y trece. He sido profesor de derecho Penal General de la Universidad Latina desde el 2013.

¿En su desempeño profesional a conocido casos de delito de violación?

Si claro, varios

Siguiendo con el tema del delito de violación, en general si yo le menciono los términos de "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal" ... ¿qué es lo primero que se le viene a la mente? ¿A qué le remite cada uno de estos conceptos? ¿Por qué? ¿Algo más?

Bueno con penetración parcial pensaría que se trata de un acceso carnal sea vía oral, anal o vaginal pero al menos de la modalidad vaginal entendería que no es todo el objeto o miembro que se introduce, por ejemplo, el artículo 156 del CP, se explica que la tipicidad del delito es acceder o tener acceso carnal en esas tres modalidades, el último párrafo indica que esta acción también se da con la introducción de varios dedos, objetos o animales, yo entendería que una penetración parcial, que no es la totalidad del objeto que se está accediendo, los dedos objeto o en el caso del miembro masculino no es la introducción total del miembro.

Coito vulvar yo no lo tengo muy claro, tengo entendido que la jurisprudencia lo ha desarrollado, pero considero que es una relación sexual donde se accede la vulva de la mujer.

El acceso carnal es la introducción dentro del ano, la boca o la vagina de cualquier de estas modalidades, dedos, pene, objetos o animales,

En materia de delitos sexuales, específicamente el de violación, contenido en el artículo 156 del código penal costarricense, de conformidad con las vías de acceso carnal establecidas por el legislador, siendo la vía vaginal una de estas, ¿Considera usted que la interpretación de los términos "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal" en la jurisprudencia es correcta?

Yo considero que ahí hay un problema que consistiría en equiparar el concepto jurídico que abarca la vagina como todo el aparato reproductor femenino y el concepto que podría ser más específico de medicina, como usted lo mencionaba el coito vulvar, pero desde el punto de vista de la interpretación de la Sala Tercera pareciera que se entiende que vulva y vagina son lo mismo, y desde el punto de vista entiendo que no lo es. De ahí

entonces qué pensaría que hay un roce con el principio de legalidad con la interpretación que se ha dado, el acceso o el contacto vulvar implica necesariamente que hay un acceso vaginal

¿A nivel penal la violación sanciona, de manera explícita y clara, la introducción en la vagina y no en la zona vulvar, aunque atravesar ésta sea necesario para vulnerar la cavidad vaginal? Por favor mencione si esto es lo correcto de acuerdo con su percepción.

Si partiendo, yo no soy médico lógicamente, pero partiendo de que la vulva no es lo mismo que la vagina, entiendo que estos son los conceptos médicos y que los diferencian, yo pensaría que en términos de un acceso completo donde hay un acceso carnal, vulvar, es decir, donde existe el roce del pene con la zona vulvar, pues no constituiría un acceso vaginal. Ahora el acceso vaginal si implicaría un acceso con la zona vulvar, por lo que podría analizarse el Inter crímenes como un acto de ejecución del acceso vulvar que puede quedar hasta ahí como una tentativa de violación o un delito autónomo como lo es el abuso sexual.

¿Entonces en ese caso habría que determinar la intención del abusador?

Claramente, habría que determinar primero la especificad subjetiva , por ejemplo si la finalidad es acceder vaginalmente, si la persona el agente activo , solo llega al roce de la zona vulvar, pero en eso momento que ha llegado hasta ahí los actos de ejecución, por alguna razón ya no se logra un acceso vaginal, es decir, el pene no llega a introducirse en la vagina, yo consideraría que se está ante una tentativa de violación, sin embargo, si la persona lo que tenía como finalidad era únicamente el roce del pene con los labios o la zona vulvar, considero que no podríamos hablar de actos de ejecución encaminados al acceso vaginal sino un delito autónomo de abuso sexual. Y un tercer escenario sería una persona que tiene la finalidad del acceso vaginal y mientras hace los actos de ejecución del roce en la zona vulvar y en ese momento por su propia voluntad decide no continuar con los actos de ejecución ahí se hablaría del delito de violación y un arrepentimiento activo, sin embargo, queda un delito remanente que sería el de abuso sexual. Entonces creo que tres escenarios dependiendo de la finalidad y del acto de ejecución en el que se encuentre.

Que Finalmente, ¿Algún otro comentario que quiera agregar? ¡Muchas Gracias!

Es interesante porque yo no tenía conocimiento del manejo de estos tres conceptos que usted menciona en la jurisprudencia, por lo que es un tema relevante que debe ser analizado y que se da mucho el cuestionamiento a la categoría o concepto jurídico de vagina y si coincide con el concepto médico.

## **Entrevistado 5. Médica**

Buenos tardes. Mi nombre es Daniel Contreras González y estoy elaborando un proyecto de investigación como requisito para optar por el grado de Maestría en Derecho Penal de la Universidad Internacional de las Américas.

La idea de esta entrevista es poder conocer distintas opiniones de profesionales en Derecho y Medicina Forense, que conozcan del tema de investigación y puedan opinar sobre las resoluciones judiciales de la Sala Tercera y los tribunales de apelación de sentencia en un período que comprende del año 2012 al 2018 a manera de diagnóstico acerca de la interpretación y aplicación de los términos "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal".

Aquí no hay respuestas correctas o incorrectas, lo que importa es justamente su opinión sincera.

Cabe aclarar que la información es sólo para efectos propios de mi investigación, sus respuestas serán unidas a otras opiniones de manera anónima y en ningún momento se identificará qué dijo cada participante.

Para agilizar la toma de la información, resulta de mucha utilidad grabar la conversación. Tomar notas a mano demora mucho tiempo y se pueden perder cuestiones importantes. ¿Existe algún inconveniente en que grabemos la conversación? El uso de la grabación es sólo a los fines de análisis.

Tiene mi autorización para grabarlo

¡Desde ya muchas gracias por su tiempo!

Mi nombre es. María Gabriela Vega Sarraute, posgrado en Medicina Legal del CENDEISS, soy médico legal, medico 1, en el Poder Judicial en la Unidad Médico Legal de Pococí, tengo dos años de laborar.

Me gradué como médico general en el 2002, en el 2003 empecé a trabajar para la CCSS, y posteriormente empecé mi especialidad en el Poder Judicial. He dado clases en la UCR y en la Universidad Santa Paula y en Pococí di unos cursos de epidemiología y microbiología.

¿En su desempeño profesional a conocido casos de delito de violación?

Claro muy a menudo, hemos tenido abusos a personas menores de edad y con discapacidad o por ejemplo se pone robo agravado, pero luego hubo una violación, si los he conocido.

Siguiendo con el tema del delito de violación, en general si yo le menciono los términos de "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal"... ¿qué es lo primero que se le viene a la mente? ¿A qué le remite cada uno de estos conceptos? ¿Por qué? ¿Algo más?

Bueno con penetración parcial a nivel médico legal no se tiene una definición se utiliza más que todo coito vulvar, ya que cuando hay una penetración a nivel del himen ya se toma como una penetración más bien cuando se habla de eso es un coito vulvar es de un tocamiento ya sea pene o algún otro objeto, manos dedos, a nivel genital donde no se introduce dentro de la vagina pasando el himen, que es la primera puerta de entrada.

El coito vulvar, este término se toma más que todo en las menores de edad, por que indican que el hombre introdujo el pene dentro de la vagina y anatómicamente no es posible en edades hasta los 6 o 7 años, porque es imposible que se introduzca el pene por el tamaño de la vagina, en ese momento es imposible que el mismo hueso pélvico no permite que eso suceda, pero si se encuentran lesiones como equinos, desgarros parciales a nivel de labios mayores, eso lo vemos como un coito vulvar. Incluso a veces vemos pacientes que tienen desde la entrada o portal himeneal hasta los límites del himen pueden tener una longitud amplia que ella sienta que hubo un tipo de penetración ahí, pero también depende del tamaño del pene del hombre que si es pequeño puede llegar hasta este punto que si bien es cierto no hay una penetración franca puede a nivel de eso, o bien entre labios vaginales, verdad.

El acceso carnal si lo entendemos como la penetración ya sea anal, oral o vaginal no solamente con el pene, puede ser dedos o cualquier otro instrumento como que puede el perpetrador introducirlo.

En materia de delitos sexuales, específicamente el de violación, contenido en el artículo 156 del código penal costarricense, de conformidad con las vías de acceso carnal establecidas por el legislador, siendo la vía vaginal una de estas, ¿Considera usted que la interpretación de los términos "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal" en la jurisprudencia es correcta?

Bueno en realidad no sé qué tipo de sentencias de la Sala Tercera, pero en mi criterio la sentencia debería de ser igual violación ya que puede ocasionar lesiones igual, además de la afectación psicología en la persona, el hecho que haya o no habido un acceso no implica que debería darse menos cantidad de años de cárcel, esto sin saber lo de las sentencias ya que no es lo usual que nos llegemos a dar cuenta de eso o cuantos años le dieron o como determino el juez la situación.

¿A nivel penal la violación sanciona, de manera explícita y clara, la introducción en la vagina y no en la zona vulvar, aunque atravesar ésta sea necesario para vulnerar la cavidad vaginal? Por favor mencione si esto es lo correcto de acuerdo con su percepción.

Bueno si nos ponemos a ver la vagina es el conducto después del himen, yo pienso que al ustedes ser abogados tienen que regirse por lo que dice explícitamente la ley, entonces yo pienso que si es correcto pero que debería cambiar definitivamente porque en realidad la vulva aplica lo que es la zona pélvica o los labios mayores y menores, eso debería para mi cambiarse, por lo que vagina no comprende toda el área genital.

Finalmente, ¿Algún otro comentario que quiera agregar?

Es que los casos que vemos aquí constantemente a veces uno ve casos en los niños y no encontramos lesiones por que son desde hace mucho tiempo, eso podría ser eventualmente que haya existencia de esos datos de una violación sino de coito vulvar, entonces de ahí son las pruebas las que lo determinan. En nuestro caso yo creo que sí debería de abrirse esa opción cuando hay lesiones a nivel vulvar ya se sabe que la persona perpetradora si trato de

hacerlo, pero anatómicamente no fue posible y cuando es posible hay lesiones que son tan severas que ameritan un tratamiento quirúrgico, incluso dejan al niño o niña sin poder tener una reproducción posterior por que dañan el útero, vejiga, pero llegan a tener daños ahí, cuando fue posible es porque hubo una fuerza y violencia.

¡Muchas Gracias!

### **Entrevistado 6. Médica**

Buenos días. Mi nombre es Daniel Contreras González y estoy elaborando un proyecto de investigación como requisito para optar por el grado de Maestría en Derecho Penal de la Universidad Internacional de las Américas.

La idea de esta entrevista es poder conocer distintas opiniones de profesionales en Derecho y Medicina Forense, que conozcan del tema de investigación y puedan opinar sobre las resoluciones judiciales de la Sala Tercera y los tribunales de apelación de sentencia en un período que comprende del año 2012 al 2018 a manera de diagnóstico acerca de la interpretación y aplicación de los términos "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal".

Aquí no hay respuestas correctas o incorrectas, lo que importa es justamente su opinión sincera.

Cabe aclarar que la información es sólo para efectos propios de mi investigación, sus respuestas serán unidas a otras opiniones de manera anónima y en ningún momento se identificará qué dijo cada participante.

Para agilizar la toma de la información, resulta de mucha utilidad grabar la conversación. Tomar notas a mano demora mucho tiempo y se pueden perder cuestiones importantes. ¿Existe algún inconveniente en que grabemos la conversación? El uso de la grabación es sólo a los fines de análisis.

Si claro no hay problema

¡Desde ya muchas gracias por su tiempo!

Mi nombre es Kathia Montoya Salas, Médica General, especialista en Medicina Forense de la UCR, soy jefa de la Unidad Médico Legal, trabajo desde hace 9 años en el Poder Judicial y 6 años de ser jefa de la unidad, tengo un postgrado en anatomía humana y un posgrado en valoración de daño corporal. Fui profesora de anatomía humana en la UAM y en la UIA.

¿En su desempeño profesional a conocido casos de delito de violación?

Si claro de los casos que más nos toca valorar, específicamente por sospechas de delito de violación o abuso sexual.

Siguiendo con el tema del delito de violación, en general si yo le menciono los términos de "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal"... ¿qué es lo primero que se le viene a la mente? ¿A qué le remite cada uno de estos conceptos? ¿Por qué? ¿Algo más?

Penetración parcial, de acuerdo con el nombre cuando hay ingreso incompleto del objeto o miembro.

Coito vulvar es la fricción de los órganos genitales sin que haya penetración y acceso carnal es cuando si hay una penetración completa.

En materia de delitos sexuales, específicamente el de violación, contenido en el artículo 156 del código penal costarricense, de conformidad con las vías de acceso carnal establecidas por el legislador, siendo la vía vaginal una de estas, ¿Considera usted que la interpretación de los términos "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal" en la jurisprudencia es correcta?

Yo pienso que si hay un cierto desconocimiento y lo he visto a la hora de ir a un juicio cuesta como entender la anatomía de la mujer no están claros los límites entre vulva y vagina y creo que se les hace un mundo.

¿Y es que cuando nos referimos al termino vagina eso comprende o no el área genital?

No vagina es lo que esta del orificio hacia dentro la vagina es lo que no se ve, la vulva corresponde a los labios menores y mayores.

¿A nivel penal la violación sanciona, de manera explícita y clara, la introducción en la vagina y no en la zona vulvar, aunque atravesar ésta sea necesario para vulnerar la cavidad vaginal? Por favor mencione si esto es lo correcto de acuerdo con su percepción.

Yo pienso que es incorrecto ya que dejaría por fuera lo que es la zona vulvar, para poder acceder a la vagina tiene que pasar por los labios menores y eso es vulva y no se está analizando la vulva ya que solo se enfocan en la vagina.

¿Entonces usted considera que se debería tener más claro las vías de acceso en estos conceptos?

Yo pienso que si deberían analizarse más los conceptos de vulva lo cual va ligada a la parte vaginal

Finalmente, ¿Algún otro comentario que quiera agregar? ¡Muchas Gracias!

Yo diría que la ley deja muchas cosas sueltas, ya que hay personas que vienen a ser valoradas por una violación o abuso y lo que hubo fue coito vulvar, ya que para poder ver alguna lesión tienen que venir inmediatamente y por general los casos no vienen al instante, a veces vienen dos o tres días después y talvez se están quedando impunes por esa falta de esa modificación que debería de hacerse.

## **Entrevistado 7. Defensor Público**

Buenos días licenciado. Mi nombre es Daniel Contreras González y estoy elaborando un proyecto de investigación como requisito para optar por el grado de Maestría en Derecho Penal de la Universidad Internacional de las Américas.

La idea de esta entrevista es poder conocer distintas opiniones de profesionales en Derecho y Medicina Forense, que conozcan del tema de investigación y puedan opinar sobre las resoluciones judiciales de la Sala Tercera y los tribunales de apelación de sentencia en un período que comprende del año 2012 al 2018 a manera de diagnóstico acerca de la interpretación y aplicación de los términos "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal".

Aquí no hay respuestas correctas o incorrectas, lo que importa es justamente su opinión sincera.

Cabe aclarar que la información es sólo para efectos propios de mi investigación, sus respuestas serán unidas a otras opiniones de manera anónima y en ningún momento se identificará qué dijo cada participante.

Para agilizar la toma de la información, resulta de mucha utilidad grabar la conversación. Tomar notas a mano demora mucho tiempo y se pueden perder cuestiones importantes. ¿Existe algún inconveniente en que grabemos la conversación? El uso de la grabación es sólo a los fines de análisis.

Si no tengo ningún problema

¡Desde ya muchas gracias por su tiempo!

Mi nombre es Francisco Jiménez Solano, soy Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, soy defensor público en Guápiles, tengo tres años de laborar en este cargo. Antes de ser defensor fungí como asesor en bufetes con especialidad en Derecho Penal.

¿En su desempeño profesional a conocido casos de delito de violación?

Si

Siguiendo con el tema del delito de violación, en general si yo le menciono los términos de "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal" ... ¿qué es lo primero que se le viene a la mente? ¿A qué le remite cada uno de estos conceptos? ¿Por qué? ¿Algo más?

Penetración parcial me parece que es un concepto jurídico que criticaría ya que no puede existir, ya que existe o no penetración. Me parece que es un concepto que ha querido subsanar algunos defectos del tipo penal del artículo 156 del Código Penal, cuando se habla de acceso carnal ya sea por la vía vaginal ha generado un conflicto de interpretación que me imagino que usted estudia, es un concepto que yo considero que tiene que analizarse desde una perspectiva de género, si no se hace cae en interpretaciones sesgadas, creo que el concepto de penetración parcial viene a justificar esa construcción esa interpretación y construcción de ese tipo penal que no se ajusta a los tiempos actuales para el momento en el que el tipo penal fue diseñado incluso con una reforma posteriormente no podría considerarse tan gravosa como lo es la violación que se consideraba en aquellos momentos. Creo que parte de una construcción semántica incorrecta una penetración parcial es contradictorio en sí mismo, ambiguo de cierta manera, ya que la penetración implica un acceso o paso de uno a otro lugar, penetración parcial suena (perdón por que utilice este lenguaje) a que si es solo la punta que entra en la vagina no hay un delito tan grave.

Coito vulvar o vestibular es un concepto que se desarrolló en la jurisprudencia española y en la Sala Tercera, y no tan reciente desde el 2006 aproximadamente que yo estudie cuando estaba en la universidad, plantea la idea de que el acceso se da en el momento en el que el pene ingresa a la vulva no en la vagina, la vagina es un órgano interno y la vulva es un órgano externo compuesto por los labios mayores y menores y en el momento en el que el pene ingresa en la vulva ya podría considerarse que hay un acto sexual como tal, es un concepto que de nuevo es más moderno que el tipo penal por lo que se genera problemas de interpretación obviamente a la luz del principio de tipicidad, es un concepto médico que en realidad es coito.

El acceso carnal es el concepto viejo que este contenido en el artículo 156 me parece, es un concepto que me parece problemático desde una perspectiva semántico jurídica, da la sensación que el concepto se construyó cuando la violación era solo del hombre hacia la mujer, de hecho, el mismo artículo habla de hacerse acceder, ya que el lenguaje no es claro si se habla de penetración. Acceso me parece que se originó tal vez cuando la idea era el pene accedando y la construcción del tipo cuando se habla de la vía vaginal, anal y oral

En materia de delitos sexuales, específicamente el de violación, contenido en el artículo 156 del código penal costarricense, de conformidad con las vías de acceso carnal establecidas por el legislador, siendo la vía vaginal una de estas, ¿Considera usted que la interpretación de los términos "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal" en la jurisprudencia es correcta?

Yo creo que más allá de ser correcta o no, considero que la interpretación correcta es la del Tribunal de Apelación al margen de que se utilice conceptos adecuados o inadecuados, a nivel legal, bajo el artículo 156 y el principio de interpretación no permite ir más allá y solo se califica como violación cuando existe una penetración que traspasa la vagina medicamente esa penetración es cuando se traspasa el himen este o no roto. Creo que sería conveniente reconstruir el tipo penal, no considero que el tipo penal en este momento de suficiente ámbito de protección en especial a lo que se refiere a la vulnerabilidad de mujeres y son problemas de interpretación que no se dan en las otras vías, en la vía anal no se da esta interpretación se vuelve más sencillo de interpretarlo y en la boca a pesar de que tiene diferentes partes no existe mayor problema. El concepto y enfoque penal tiene que concentrarse en el consentimiento de la víctima, no tiene que concentrarse la interpretación en cuanto tiene que penetrarse para que sea violación o no, para que sea abuso o tentativa de violación.

¿A nivel penal la violación sanciona, de manera explícita y clara, la introducción en la vagina y no en la zona vulvar, aunque atravesar ésta sea necesario para vulnerar la cavidad vaginal? Por favor mencione si esto es lo correcto de acuerdo con su percepción.

Si es correcta la perspectiva a la luz del 156 e incorrecta a la luz del ámbito de protección del tipo penal, de nuevo es un problema de construcción del tipo penal, de nuevo esa pregunta lo ejemplifica, de ahí el conflicto que jurisprudencialmente se ha venido determinando.

Finalmente, ¿Algún otro comentario que quiera agregar? ¡Muchas Gracias!

En general los tipos penales en materia sexual revisten una problemática de lenguaje incluso de semántica que se redactan mal, es padecimiento también de otros delitos penales. También los instrumentos convencionales obligan al coito vulvar como violación ya que existe una falta de consentimiento.

Muchas gracias ;

### **Entrevistado 8. Fiscal auxiliar**

Buenos días licenciada. Mi nombre es Daniel Contreras González y estoy elaborando un proyecto de investigación como requisito para optar por el grado de Maestría en Derecho Penal de la Universidad Internacional de las Américas.

La idea de esta entrevista es poder conocer distintas opiniones de profesionales en Derecho y Medicina Forense, que conozcan del tema de investigación y puedan opinar sobre las resoluciones judiciales de la Sala Tercera y los tribunales de apelación de sentencia en un período que comprende del año 2012 al 2018 a manera de diagnóstico acerca de la interpretación y aplicación de los términos "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal".

Aquí no hay respuestas correctas o incorrectas, lo que importa es justamente su opinión sincera.

Cabe aclarar que la información es sólo para efectos propios de mi investigación, sus respuestas serán unidas a otras opiniones de manera anónima y en ningún momento se identificará qué dijo cada participante.

Para agilizar la toma de la información, resulta de mucha utilidad grabar la conversación. Tomar notas a mano demora mucho tiempo y se pueden perder cuestiones importantes. ¿Existe algún inconveniente en que grabemos la conversación? El uso de la grabación es sólo a los fines de análisis.

Si yo estoy de acuerdo en la grabación, no hay ningún problema

¡Desde ya muchas gracias por su tiempo!

Marilyn Araya Leitón, soy licenciatura en Derecho de la Universidad Latina, soy fiscal auxiliar de la Fiscalía de Guápiles por aproximadamente dos años y medio.

¿En su desempeño profesional a conocido casos de delito de violación?

Si,

Siguiendo con el tema del delito de violación, en general si yo le menciono los términos de "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal" ... ¿qué es lo primero que se le viene a la mente? ¿A qué le remite cada uno de estos conceptos? ¿Por qué? ¿Algo más?

Que hace un acceso del miembro de manera parcial, del pene.

Coito vulvar es cuando el imputado realiza roces movimientos a la parte ofendida y así llega a eyacular, algunas veces no lo hace.

Acceso carnal es propiamente lo que nos habla el tipo penal sobre la introducción del pene, de algún objeto u otro dentro de la vagina de la víctima.

En materia de delitos sexuales, específicamente el de violación, contenido en el artículo 156 del código penal costarricense, de conformidad con las vías de acceso carnal establecidas por el legislador, siendo la vía vaginal una de estas, ¿Considera usted que la interpretación de los términos "penetración parcial", "coito vulvar" y "acceso carnal" en la jurisprudencia es correcta?

No me parece que no, no es correcta ya que no se está cumpliendo con los elementos objetivos del tipo penal.

¿A nivel penal la violación sanciona, de manera explícita y clara, la introducción en la vagina y no en la zona vulvar, aunque atravesar ésta sea necesario para vulnerar la cavidad vaginal? Por favor mencione si esto es lo correcto de acuerdo con su percepción.

No me parece es incorrecto tal y como lo había indicado, es inespecífico ese tipo penal

Finalmente, ¿Algún otro comentario que quiera agregar? ¡Muchas Gracias!

Me parece que este tipo de delitos son reprochables a nivel social y me parece que la jurisprudencia de la Sala Tercer ha tratado de adecuar este tipo de conductas con razonamientos subjetivos como le había indicado y por ende a lo sumo llegaría a un delito