

**UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE LAS AMÉRICAS**

**ESCUELA DE DERECHO**

**TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN PARA OPTAR POR EL GRADO DE  
LICENCIATURA EN DERECHO**

**Título de la investigación**

**PENETRACION PARCIAL O VESTIBULAR: Análisis de la interpretación  
jurisprudencial en Costa Rica. ¿Se vulnera el principio de tipicidad penal?**

**Nombre de la estudiante**

**María Fernanda Hernández Aguilar**

**Tutor**

**Dr. Luis Zúñiga Solís**

**Sede San José,**

**Febrero, 2025**

## **Dedicatoria**

A Dios, por su infinita bondad y amor, por darme la salud, la sabiduría y la fortaleza necesarias para llegar hasta este punto. Sin su guía, este logro no habría sido posible.

A mi familia, por ser mi mayor fuente de amor, apoyo y motivación; por inculcarme los valores del esfuerzo y la perseverancia; y a cada uno de mis seres queridos, por estar siempre a mi lado en este camino.

## **Agradecimientos**

Ante todo, quiero expresar mi gratitud a Dios, fuente de sabiduría y fortaleza, quien me ha guiado en cada paso de este proceso y me ha dado la perseverancia para culminar este importante logro en mi vida.

A la Universidad Internacional de las Américas, por brindarme las herramientas y el conocimiento necesario para crecer tanto académica como profesionalmente. A sus docentes y autoridades, quienes con su dedicación han dejado una huella invaluable en mi formación.

A mi mamá y abuela, por ser mi pilar inquebrantable, por su amor incondicional, apoyo y comprensión en los momentos de mayor desafío. Sin su confianza y aliento, este sueño no habría sido posible.

A Fer por su apoyo incondicional y sus palabras de ánimo que nunca me faltaron en este proceso.

A mi profesor tutor, Luis, por su paciencia, guía y consejos invaluable durante todo este proceso. Su orientación ha sido fundamental para la realización de esta tesis y para mi crecimiento académico.

A todos aquellos que, de una u otra manera, han contribuido a la culminación de este trabajo, mi más sincero agradecimiento.

## INDICE

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN.....	6
Problema de Investigación.....	6
Planteamiento del problema .....	6
Antecedentes .....	14
<i>Tesis Internacionales</i> .....	14
<i>Antecedentes Nacionales</i> .....	20
Proyecciones .....	23
Pregunta de Investigación.....	25
Objetivo General .....	25
Objetivos Específicos.....	25
Justificación .....	26
Capítulo II: Marco Teórico.....	29
2.1 Tipicidad.....	29
2.1.1 Elemento Objetivo de Tipicidad .....	30
2.2 Elemento Subjetivo de la Tipicidad .....	34
2.2.1 Dolo .....	35
2.2.2 Culpa .....	37
2.3 Análisis Constitucional del Principio de Legalidad.....	39
2.4 Análisis Penal del Principio de Legalidad.....	44
2.5 Abuso Sexual .....	49
2.6 Violación.....	53
2.7 Análisis Medico de Penetración .....	57

2.7.1 Anatomía femenina .....	59
2.8 Prohibición de la Analogía.....	63
2.9 Penetración Parcial o Vestibular .....	68
2.10 Derecho Comparado.....	72
2.10.1 Argentina.....	72
2.10.2 Perú .....	75
2.10.3 México .....	77
Capítulo III. Marco metodológico.....	79
Capítulo IV. Análisis de resultados .....	92
Capítulo V. Conclusiones y recomendaciones .....	127
Conclusiones .....	127
Recomendaciones .....	134
Referencias .....	137
Anexos .....	143
Transcripción de entrevistas .....	143

## CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

### Problema de Investigación

El análisis jurídico de la actuación conocida como la penetración parcial o vestibular ha desarrollado un criterio muchas veces subjetivo, en donde la objetividad de los jueces en Costa Rica se pierde debido a la creación de un concepto como lo es el de “penetración parcial o vestibular”, ocasionando que los juzgadores determinen el delito de violación en una actuación que no coincide con dicho tipo penal.

### Planteamiento del problema

El problema principal de investigación se basó en la interpretación jurisprudencial que realizan los jueces penales en Costa Rica, específicamente en casos de materia en delitos sexuales con la apreciación que han obtenido sobre la penetración parcial o vestibular y como se ha tipificado esta acción. En materia penal se entiende por tipicidad la adecuación de la conducta al tipo penal, es decir al hecho que se califica como delito. Esto se puede ver como lo menciona Salgado (2020):

*En mi opinión, debe tenerse en cuenta que la conducta para que sea punible, se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. Ello conlleva a considerar que la tipicidad surge cuando la ley penal define de manera inequívoca, expresa y clara la estructura del tipo penal (p. 1).*

La tipicidad penal se entiende como la necesidad que tuvo el legislador de definir de manera expresa y clara dentro de la ley las conductas que serían punibles, y a su vez garantiza que la sociedad conozca de antemano cuales son aquellas sanciones reprochables a nivel judicial para que exista un control no solo a las personas usuarias de los sistemas judiciales sino también a quienes se encargan de repartir dicha justicia, logrando así, que no existan vulneraciones en la aplicación de las leyes. Este principio logra crear una armonía social donde se asegura que todas las personas sean tratadas iguales ante la ley.

En Costa Rica este concepto se encuentra cobijado dentro del artículo 39 de la Constitución Política, el cual indica:

*ARTÍCULO 39.- 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 indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad.*

De la misma forma que la Carta Magna resguarda dentro de su normativa concepto de tipicidad de manera intrínseca, lo hace la normativa penal costarricense, el Código Penal (2019) en su artículo primero establece que: *“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”*.

De lo anterior se puede afirmar que este concepto es lo que en Costa Rica se ha comprendido por tipicidad, de forma que cualquier acción que se considere

como reprochable a nivel social y sea merecedora de una sanción punitiva, debe ser estrictamente detallada y previamente estar contenida en la ley.

Es importante mencionar que si bien es cierto el sistema penal en Costa Rica ha evolucionado debido a diversos factores de índole cultural, político y social, la aplicación del principio de tipicidad sigue siendo esencial a través de los años, ya que es la manera eficaz que estableció el legislador de proteger los derechos de las personas que se enfrentan a un proceso penal, sin este marco de legalidad delimitado por el legislador, podría el Derecho Penal recaer en un sistema inquisitivo donde el poder punitivo podría desvirtuarse, afectando gravemente la convivencia pacífica y el respeto por los derechos humanos.

Una noticia en el Diario La Extra (2021), dio a conocer la postura de la magistrada Sandra Eugenia Zúñiga Morales quien salvo su voto luego de que considerara que el imputado había incurrido en un abuso sexual y no en una violación a causa de realizar una penetración vulvar, en la que expresamente se dice que:

*En el fallo, Zúñiga explicó las razones por las cuales considera que una violación se da solo en condiciones en las que el himen sea roto, luego de que la sentencia declarara a Salazar como autor responsable. “Como consecuencia del recurso de apelación formulado por la defensa técnica del encartado, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal tuvo por demostrado ‘que el imputado introdujo uno de sus dedos en el área vulvar de la menor ofendida, en otras palabras, que el encausado introdujo su dedo*

*entre los labios mayores y menores del órgano externo femenino’, concluyendo que ‘ese cuadro fáctico es constitutivo de un delito de abuso sexual agravado previsto en el artículo 161 del Código Penal, y no de un delito de violación...’, explica el escrito” (párr. 12).*

Como se observó, es una discusión que no se ha esclarecido en su totalidad y que incluso dentro de un mismo tribunal juzgador se dan diferentes criterios de apreciación al respecto de la calificación de este hecho. En materia penal, para que una acción sea considerada como un delito debe ser sometida a un análisis de antijuricidad, la antijuricidad se puede entender como los comportamientos contrarios a lo establecido en la norma penal, de esta manera debe evaluarse siempre que la conducta que se pretende juzgar se ajuste a lo que el legislador previamente estableció en la norma.

El Código Penal (2019) define en el artículo 161 lo que se considera normativamente como abuso sexual y lo define como:

***Artículo 161.- Abusos sexuales contra personas menores de edad y personas incapaces.** 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 (p. 68).*

El abuso sexual en la normativa costarricense es considerado como cualquiera acción que de manera abusiva sea realizada por el sujeto activo hacia el sujeto pasivo que siempre en la que sea evidente y manifiesta la intención de

carácter sexual. Estas actuaciones no deben configurar el delito de violación el cual es descrito también el Código Penal (2019) como:

*Artículo 156.- 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 (pp. 63-64).*

Analizando este artículo, se podría observar que el problema radica principalmente en que el concepto de penetración parcial o vestibular, los juristas lo han estado subsumiendo dentro de la figura del tipo penal de violación, cuando lo que le podría corresponder por la naturaleza de su acción es un abuso sexual y esto podría estar generando una vulneración al principio de tipicidad penal, como se puede observar en el voto Resolución N.º 00382 – 2024 de las diez horas con cuarenta minutos del 02 de mayo del 2024, que cita expresamente:

*“A modo de resumen, ha de decirse que sobre la base de los principios de legalidad y de tipicidad penal las personas juzgadoras sólo pueden aplicar*

*aquellas normas aprobadas por el órgano con facultades legislativas -el congreso- y ceñirse a los alcances que pueda tener el contenido gramatical de aquellas disposiciones jurídicas. No es que la interpretación o integración de ciertos conceptos estén proscritas, pero ellas han de hacerse siguiendo dos reglas: 1. Deben ser excepcionales y 2. Han de realizarse en favor de quien enfrenta al andamiaje punitivo del Estado. Dichos principios representan una garantía para la ciudadanía que entiende que los tribunales de justicia se guían por lo dispuesto en la ley. Con ello, se conjura el riesgo de la arbitrariedad y de una aplicación selectiva y autoritaria del ius puniendi del cual el Estado tiene su monopolio” (párr. 9).*

Es de vital importancia entender que el papel de los jueces en Costa Rica es la de juzgar conforme a Derecho, es decir, conforme a la normativa expresa; los jueces penales deben apegarse a las normas penales y constitucionales, ya establecidas con sus parámetros de legalidad para garantizar que se cumpla el debido proceso.

No se puede juzgar a una persona sin una norma expresa, que previamente califique su conducta como delictiva y los delitos sexuales no resultan la excepción, se debe tener plena convicción de que no se está quebrantando ningún ítem del debido proceso si la libertad de una persona está siendo comprometida.

Otro de los desafíos importantes al que los jueces se podrían estar enfrentando con respecto a la penetración parcial o vestibular, es la definición que se le ha dado por parte de los médicos y es que como tal la definición de penetración

vulvar no existe, puesto que para que se configure la penetración debe darse un acceso carnal y lo que realmente ocurre en una penetración vulvar es más un rozamiento de la zona genital sin embargo, muchos juristas podrían estar deduciendo que el solo hecho de que el sujeto activo pueda tocar o rozar la zona genital de la víctima lo constituye en un delito de violación, olvidando por completo que esas acciones están representadas en el tipo penal de abuso sexual.

Como lo menciona Zúñiga (2019) el criterio acerca de la penetración parcial o vestibular ya se encuentra definido desde el punto de vista médica y los jueces en Costa Rica deben apegarse a ese concepto para resolver aquellos casos donde se den estos hechos, lo anterior lo explica de la siguiente forma:

*Considera el autor que cuando en un tipo penal se establecen aspectos que son de carácter técnico, debe de respetarse la interpretación que dispone la rama de estudio correspondiente, en este caso, el concepto de penetración está claro y bien definido desde el punto de vista médico, por lo que desde el punto de vista jurídico debería de respetarse la interpretación técnica, ya que de no ser así, el juzgador se estaría extralimitando en sus funciones, las cuales son exclusivamente de interpretar normas, y en este caso, el Juzgador está creando elementos típicos, al forzar con interpretaciones peregrinas el que una conducta encaje donde los criterios técnicos y legislativos no contemplaron, como en el caso de estudio, el rozamiento producto de la penetración parcial desde el punto de vista médico resulta imposible, ya que no puede haber penetración donde no hubo penetración, y desde el punto de*

*vista legislativo, hay un tipo penal que se adecúa más a la conducta desplegada en el coito vulvar, siendo el abuso sexual (p. 2)*

Es necesario realizar esta investigación con el fin de determinar si en Costa Rica el análisis jurídico que se le otorga a la figura de la penetración parcial o vestibular puede estar afectando el principio de tipicidad en materia penal, el cual no permite limita al sistema penal en la medida en que la que ningún individuo puede ser sometido a un proceso penal sin que exista una ley que de manera previa descrita la conducta reprochada y la califique como delito.

La penetración parcial o coito vulvar se adecua más a la conducta tipificada dentro del tipo penal de abuso sexual configurado dentro del artículo 161 siguientes y concordantes del Código Penal, y no como se ha abordado en la actualidad por los juzgadores como un delito de violación, lo cual ocasiona no solo una vulneración al principio de tipicidad que es un pilar fundamental de un Estado Democrático como el de Costa Rica, sino también vulnera los derechos constitucionales del imputado, como el acceso a la libertad, ya que al ser una pena mayor la del delito de violación el imputado que resulte acusado de los cargos de violación por la acción de penetración parcial o vestibular tendría una pena de diez a dieciséis años cuando lo que se ajustaría más es una pena de tres a ocho años por el tipo penal de abuso sexual.

Es por todo lo anterior que esta investigación se vuelve necesaria para entender cuáles son los alcances de este fenómeno y si es posible mejorar el criterio con el que se ha manejado durante los último años.

## **Antecedentes**

### ***Tesis Internacionales***

La primera tesis internacional consultada es la de García (1996) con el tema “La necesidad jurídica de clasificar el delito de violación sexual y la de adecuar su penalidad conforme a su gravedad”, la cual la realiza para la Universidad del Valle de México y opta por el grado académico de Licenciatura en Derecho.

De esta tesis se obtiene la siguiente conclusión dando respuesta al objeto de estudio de la investigación, cuando la autora indica que:

*Proponemos en base a todo lo hasta aquí manifestado, que por delito de violación propiamente dicho, se conceptúe a toda aquella conducta mediante la cual el sujeto activo, representado exclusivamente por persona de sexo masculino, realiza cópula, independientemente de que se lleve a cabo o no su agotamiento fisiológico, con persona de sexo masculino o femenino, mediante el empleo de violencia de tipo física o moral y sin contar además, en ningún momento, desde que inicia dicho acto de violencia, con el consentimiento del pasivo, o bien, dicho consentimiento se encuentra afectado, en el supuesto de existir, de algún vicio de la voluntad, siendo además dicha realización de cópula, mediante la introducción del miembro viril (pene) del sujeto activo del delito, en cualquier vía idónea del cuerpo del sujeto pasivo, llámese ésta vaginal, anal u oral.*

*Cualquier otro supuesto, fuera de lo previsto en el concepto de violación dado, no corresponderá a los parámetros dados por nuestro ordenamiento*

*penal en los párrafos primero y segundo del artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal (p.38).*

Para lo anterior se recomienda:

*Por delito de violación propiamente dicho se debe entender a toda aquella conducta que integre los siguientes elementos:*

*a) La realización de cópula efectuada por persona de sexo masculino en el cuerpo de persona de cualquier sexo.*

*b) La cópula se lleve a cabo mediante el empleo de violación física o moral.*

*c) Que durante la realización de la cópula, exista la oposición a la misma, desde el momento en que den inicio a los actos de violencia, mediante los cuales se consigue dicha realización de copulación hasta su culminación, o bien, si existe consentimiento a la misma, este consentimiento esté afectado de algún vicio de la voluntad.*

*d) Que se dará por efectuada la cópula, aunque no se lleve a cabo el agotamiento fisiológico de la misma, siempre y cuando se realice el ayuntamiento del miembro viril, en cualquiera de las siguientes partes del cuerpo de la víctima: vagina, ano, boca (pp. 96-97).*

Apoyada en la investigación realizada por la autora es pertinente indicar que en el análisis de la penetración y las diferentes formas y lugares corporales en que puede ocurrir, se evidencian carencias en la delimitación de los tipos penales que pertenecen a los delitos sexuales y en cuyo caso podría representar una oportunidad de mejora a considerar en el planteamiento de las recomendaciones.

La segunda tesis internacional consultada es la de Garces (1985) con el tema “La agravación de la penalidad en el delito de violación como alternativa de proteger la libertad sexual”, la cual la realiza para la Universidad del Valle de México y opta por el grado académico de Licenciatura en Derecho.

La autora de esta tesis en su investigación afirma que su objeto de investigación se puede ver como:

*Dentro de los presupuestos del delito, la conducta, hecho, -acto o acción, se considera en forma general como la voluntad de hacer o no hacer determinada acción, o como mejor diría Jiménez de Azúa “la manifestación de voluntad, que mediante acción produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja inerte ese mundo, cuya mutación se guarda”.*

*La conducta típica en el delito de violación se constituirá mediante la cópula realizada con violencia, en cualquiera de sus dos formas, física o moral, resultando por tanto un delito de acción.*

*Por su resultado, es formal o de mera conducta, pues su realización no implica un resultado material, sino jurídico, en el que no ocasiona mayores consecuencias en el mundo externo; instantáneo, porque tan pronto se consuma, desaparece o se agota la consumación; de lesión y no de peligro, porque cuando se realiza la cópula violenta se lesiona un bien jurídico protegido por la ley (p.46)*

De esta manera concluyó la autora que:

*El delito de violación es uno de los delitos sexuales más graves que ha presenciado la historia y ha contemplado el código penal, por la calidad del delito que ha demostrado ser. Es uno de los que también ha sido castigado con las penas más severas. Pero a pesar de su gravedad en México, desde el nacimiento del Código Penal Mexicano de 1871, pocas han sido las modificaciones en su artículo a la pena.*

*La pena máxima se ha mantenido vigente desde el código de 1931, aunque se han creado algunos intentos de reforma, como es el caso del que se llevó a cabo a principios de 1987 y que lo reformó con una pena no idónea, aunque se logró un avance, ya que ésta debió ser mayor.*

*Es un delito de criterio uniforme en cuanto a estudio doctrinario se refiere, en la mayoría de sus elementos, aunque es un hecho que debe admitir criterios muy amplios para su valoración.*

*Es un delito que se debe actualizar y analizar desde el enfoque, los puntos de vista, la forma de actuar y el criterio con que actualmente se desenvuelve la gente.*

*La captación de las denuncias sobre violación, debería hacerse por un grupo capacitado y concentrado en un lugar específico, que deberá contar con abogados, psicólogos, sociólogos y trabajadoras sociales, que colaboren en el esclarecimiento y rehabilitación de la ofendida (pp. 108-109).*

En esta investigación se observa que el delito de violación es un delito que ha sido poco reformado a pesar de ser un tipo penal que a través del tiempo se han conocido distintas acciones que se asocian a él y que no se establecen en la ley

pero en las cual los juzgadores han considerado que deben ser analizadas bajo el delito de violación.

También se observa que la autora concluyó en esta investigación que los delitos de tipo sexual deben actualizarse a las situaciones ya que son delitos sumamente complejos en su estudio y muchas actuaciones que ocurren en hechos así no se encuentran tipificados de manera exacta en la ley.

La tercera tesis internacional consultada es la de Contreras (2022) con el tema “la violación genérica o el acceso carnal no consentido en el ordenamiento jurídico penal chileno”, la realiza para la Universidad del Valle de Chile y opta por el grado académico de Licenciatura en ciencias jurídicas y sociales.

Dentro su investigación la autora destaca el concepto de violación el cual lo vuelve el objeto de su investigación y lo define como:

*Según lo expresado anteriormente, para que la violación se entienda consumada se sigue la teoría inmissio penis, consistente en que se entenderá que el delito de violación se ha cometido cuando hay una penetración, ya sea total o parcial, del órgano sexual masculino en las cavidades mencionadas en el artículo objeto de esta memoria.*

*La dogmática contemporánea es conteste en que la violación es un delito de mera actividad, puesto que no exige ninguna alteración en el mundo externo, es decir, ningún resultado.*

*Ahora bien, se discute si la violencia y actos de carácter sexual que preceden al acceso carnal pueden ser calificados de tentativa o frustración. Por una parte, el profesor Matus, la profesora Ramírez, el autor Rodríguez Collao y el*

*académico Winter, plantean que se trata de tentativa, pues al ser la violación un delito de mera actividad excluye la frustración. Esto es según el inciso segundo del artículo 7 del Código Penal, puesto que ya se han realizado todos los actos que el tipo penal exige, faltando la producción del resultado; no obstante, al no exigirse ningún resultado en este tipo penal, la frustración no aplica. (Rodríguez, 2021) Por otra parte, la jurisprudencia sigue la teoría del último acto, la que plantea que se considera frustración cuando el hecho delictivo se encuentra en su fase final de ejecución. (Acuña et al, 2021) Es importante señalar, que ambas posturas se refieren a casos en que el autor se ve enfrentado a una imposibilidad fáctica para poder terminar su cometido (pp. 41-42).*

De esta investigación la autora concluyó que:

*A través del presente trabajo se ha observado que el modelo que tiene el tipo penal de violación es de coerción, el cual viene de los inicios de la historia de la humanidad y que guarda relación con el sistema patriarcal, en donde las mujeres se hallan en posiciones considerablemente desfavorables en contraposición a los hombres. (El nomen iuris “violación” como demanda reivindicativa. Notas sobre la necesidad de reconocimiento de la agencia sexual de las mujeres, 2019)*

*La consagración de la violación en Chile se ha basado en este mismo marco, el que ha girado en torno a determinadas causales basadas en la violencia, intimidación, privación de sentido, incapacidad para oponerse y enajenación mental, todas interpretadas de manera estricta. En razón de estas*

*modalidades es que este tipo penal se caracteriza por enjuiciar más a la víctima que al propio victimario, como fue expresado en el Capítulo relativo a la Historia de la Violación; estudiando qué hace la víctima, a qué se dedica, su vida sexual, cómo iba vestida, entre otras interrogantes y enjuiciamientos morales, que no debiesen tener relevancia a la hora de intentar determinar si ocurrió un ilícito (p. 63).*

En la investigación se resalta la necesidad de regular de forma idónea los tipos penales correspondientes a delitos sexuales ya que durante la historia han sido altamente cuestionados ya que en muchas veces no satisfacen la necesidad de justicia para la víctima ni para el imputado.

### **Antecedentes Nacionales**

En el primer antecedente nacional, Contreras (2019), en su trabajo final, tesis para optar por el grado de maestría en Derecho Penal de la Universidad Internacional de las Américas, realiza una investigación sobre “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”. Asegura que existe un problema con la interpretación que los jueces en Costa Rica le han otorgado al término de penetración parcial coito vulvar y acceso carnal, así afirma:

*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 (p.95)*

Esta investigación resulta de interés ya que desprende conclusiones importantes del autor como el hecho del análisis que los jueces realizan al término de penetración vestibular parcial lo confusa que resulta al no existir una diferencia respecto de la penetración total, ya que se entiende que si se utiliza el termino de penetración es porque si existió tal acción y no se termina de entender porque los juristas han decidido enmarcar dentro de ese término una posible acción que no se dio en tu totalidad.

En el segundo antecedente nacional se encontró al Tribunal de Casación Penal en la sentencia 1250 del 26 de octubre del 2010, quien realiza una explicación de donde termina la vulva y donde empieza la vagina, en donde se dispone que:

*Si bien es cierto el tipo penal no exige que haya ruptura himenal para que se configure la violación, al punto que puede existir violación cuando ya ha existido una previa ruptura de dicha membrana, desde el punto de vista médico legal lo que distingue la violación es, por antonomasia, la penetración (de pene, dedo u objeto) dentro de la cavidad vaginal y la vagina inicia una vez que se traspasa (total o parcialmente) el sitio en donde está o estuvo la membrana himenal. Dicho de otro modo, forma parte de los elementos objetivos del tipo que el objeto se introduzca, en este caso, en la vagina y la*

*definición de vagina surge a partir de que se traspase el límite en donde estuvo o está el himen (párr. 6).*

De esta forma puede observarse como la doctrina jurídica y la jurisprudencia Costarricense ha considerado una interpretación distinta al concepto de penetración desarrollando y marcando diferencias entre la penetración parcial y total.

Como tercer antecedente nacional la Sala Tercera en la sentencia 1452 del 15 de noviembre del 2007 emitida por el tribunal penal establece que:

*Si en la acusación se dice que hubo penetración como un evento y en la sentencia se determina que la misma fue parcial o vulvar, se trata en esencia de este hecho y por consiguiente no se vulnera ningún derecho del acusado (párr. 5).*

Se concluyó en esta resolución que el coito vulvar o penetración parcial resulta más una especie de rozamiento que realiza el pene o cualquier otro tipo de objeto sobre la vulva sin que se llegue a consumir el acto de acceder carnalmente hasta la vagina por lo que este término no coincide en sentido medico ni técnico con el tipo penal de violación sino que refiere más un abuso sexual

Como cuarto antecedente en la resolución 00953 del 2016, emitida por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Alajuela, dispone que:

*De acuerdo con la redacción del tipo penal contenido en el artículo 156 de la ley sustantiva, se configura el delito de violación aún en aquellos supuestos donde ocurre un acceso carnal sin que se produzca la ruptura del himen*

*(penetración vestibular o vulvar). Así las cosas la membrana himeneal no se convierte en un límite para establecer la existencia o no de la delincuencia acreditada (párr. 10).*

Esta conclusión es de gran importancia ya que la interpretación que sostiene la Sala Tercera está dando una clara violación al principio de tipicidad, el Juzgador está atribuyendo la calidad de delito a acciones que no están contempladas como tales, como es el hecho de la penetración parcial o coito vulvar, siendo que para que se dé el acceso carnal que habla el 156 del código penal, requiere como condición la penetración, y el coito vulvar es un rozamiento, lo cual está tipificado con un abuso sexual, contemplado en el 161 del código penal, por lo que considerar violación al coito vulvar esta genera vulneración el principio de legalidad y tipicidad penal.

### **Proyecciones**

Esta investigación pretende analizar desde el punto de vista jurídico, doctrinario y médico, los términos de penetración, penetración parcial o vulvar, acceso carnal, vulva, vagina, rozamiento, coito vulvar y si la posición que han mantenido los jueces en Costa Rica en el que en diversas ocasiones se ha pronunciado acerca de que la penetración parcial o vestibular se configura como delito de violación pueda estar vulnerando el principio de tipicidad penal.

Además de lo anterior, pretende esta investigación realizar un estudio exhaustivo de los tipos penales de abuso sexual y violación correlacionándolas con las interpretaciones que se les han dado en nuestro sistema penal, buscando las

principales diferencias entre ambos delitos y adecuando la figura de la penetración parcial al tipo penal que corresponde.

Aunado a esto, se busca estudiar a través del derecho comparado el análisis y el tratamiento jurídico que se le otorga a la aplicación acción que configura la penetración parcial o vestibular en los ordenamientos jurídicos internacionales para conocer si existe una perspectiva jurídica diferente que se pueda adecuar en Costa Rica como posible recomendación así como también conocer las opiniones de expertos en Derecho Penal en relación con los términos en estudio y como inciden en la tipicidad del Ordenamiento Jurídico costarricense para asegurar una investigación que referencie una perspectiva de los profesionales que ejercen el derecho penal en nuestro país.

Por último, esta investigación busca proponer una solución en armonía con los principios constitucionales y procesales penales de un Estado Garantista de derechos humanos como Costa Rica.

## **Pregunta de Investigación**

Debido a las fundamentaciones anteriores, surge la pregunta:

¿La interpretación jurisprudencial y dogmática de la penetración parcial o vestibular en Costa Rica violenta el principio de tipicidad y la seguridad jurídica de la persona imputada?

## **Objetivo General**

Analizar la figura de penetración parcial o vestibular, con el fin de determinar si en la postura que se sigue en Costa Rica, existen vulneraciones al principio de tipicidad penal.

## **Objetivos Específicos**

1. Examinar el principio de tipicidad en materia penal en el ordenamiento jurídico costarricense para la evaluación de posibles vulneraciones en delitos sexuales en la aparente dicotomía entre la penetración y la penetración parcial.
2. Delimitar el concepto médico legal de penetración parcial o vestibular para el conocimiento de este término en los criterios normativos de abuso sexual y violación
3. Análisis jurisprudencial local e internacional para conocer la interpretación aplicada a la penetración parcial o vestibular.

## **Justificación**

La seguridad jurídica que tienen las personas nacidas y que residen en Costa Rica es uno de los pilares fundamentales de nuestra democracia, es por eso por lo que al momento de someter a una persona a un proceso penal debe garantizarse que sus derechos no se vean vulnerados por los funcionarios del sistema, es decir, todas aquellas personas que se encuentran acreditadas para acusar o juzgar a las personas imputadas.

En ese mismo marco de seguridad jurídica no podemos analizar las conductas acusadas a la ligera, por el contrario, deben realizarse un estudio minucioso de cada hecho en su espacio y temporalidad, y ese estudio debe estar íntimamente relacionado con la normativa expresa de nuestro país y el campo de los delitos sexuales la penetración parcial o vestibular no puede estar excluida de este estudio.

Esta investigación es de vital importancia ya que durante años muchos jueces en Costa Rica han mantenido una interpretación que podría estar generando una violación a distintos principios del Derecho Penal, esto debido a que se está calificando como delito de violación sexual, actuaciones de parte del sujeto activo hacia la víctima que no están tipificadas como tales, haciendo referencia a la penetración vestibular o parcial.

De acuerdo con el artículo 156 del Código Penal, es necesario que se dé un acceso carnal de parte del sujeto activo por vía oral, anal o vaginal, hacia la víctima, mientras que, el término de "penetración parcial o vestibular" se refiere más a un

rozamiento, lo cual se debería tipificar como abuso sexual de acuerdo con nuestra normativa costarricense.

Por otra parte, es importante mencionar que con esta postura que han acogido los jueces en Costa Rica y que se ha impregnado en todas las instancias judiciales, se podría estar vulnerando otro factor determinante que viene de la mano con la interpretación que se le han dado a estas actuaciones, se trata de la pena privativa de libertad ya que, al considerarse la penetración vestibular o parcial como una violación, se impone una pena de 10 a 16 años, cuando debería de ser considerado como un abuso sexual, que tiene una pena de 3 a 8 años, lo cual se vuelve en algo sumamente cuestionable desde diferentes ámbitos constitucionales y de garantías sociales que poseemos en el estado garantista en el que vivimos.

Ese mismo estado garantista es el que vivimos no permite que puedan generarse estas actuaciones sin tener una discusión acerca de que lo está sucediendo y como es que se podría estar juzgando erróneamente a una persona por un delito que no cabe dentro de la calificación penal que se le reprocho, es decir no cometió ese delito y se encontraría descontando una pena privativa de su libertad en un centro penitenciario a causa de un juzgamiento que no se realizó conforme a derecho.

No resulta lo mismo la cantidad de años que una persona puede descontar privada de su libertad por una violación en contraste con un abuso sexual y aunque el fin del proceso penal es garantizar la justicia para la persona que fue víctima de

un delito sexual no se puede dejar de lado que quien recibe la sanción también es una persona a la que se le deben garantizar todos y cada uno de sus derechos.

Esto no quiere decir que las víctimas que resultan de un delito sexual queden desprotegidas de recibir justicia por los hechos que se cometieron en perjuicio de estas, por el contrario, se trata de aplicar un debido proceso capaz de asegurar que a todas las partes involucradas se les respeten sus derechos.

Por último, esta Tesis pretende hacer la reflexión del respeto que debe tenerse a la interpretación que el juzgador le está otorgando a la norma cuando en un tipo penal se establecen aspectos que son de carácter técnico como sucede con el concepto de penetración vestibular y parcial, ya que se podría determinar que el juzgador quiere hacer encajar estas actuaciones dentro de una norma que no corresponde con el tipo penal.

## Capítulo II: Marco Teórico

### 2.1 Tipicidad

En materia penal se entiende por tipicidad la adecuación de la conducta al tipo penal, es decir al hecho que se califica como delito. Esto se puede ver como lo menciona Salgado (2020):

*En mi opinión, debe tenerse en cuenta que la conducta para que sea punible, se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. Ello conlleva a considerar que la tipicidad surge cuando la ley penal define de manera inequívoca, expresa y clara la estructura del tipo penal (p. 1).*

Es decir, la tipicidad penal se entiende como la necesidad que tuvo el legislador de definir de manera expresa y clara dentro de la ley las conductas que serían punibles y a su vez garantiza que la sociedad conozca de antemano cuales son aquellas sanciones reprochables a nivel judicial para que exista un control no solo a las personas usuarias de los sistemas judiciales sino también a quienes se encargan de repartir dicha justicia, logrando así que no existan vulneraciones en la aplicación de las leyes.

Muñoz (1984) afirma que la tipicidad se traduce como la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal. Además en su explicación de la tipicidad afirma que:

*Por imperativo de principio de legalidad en su vertiente del nullum crimen sine lege solo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tal.*

*Ningún hecho, por antijurídico y culpable que sea, puede llegar a la categoría de delito si al mismo tiempo no es típico, es decir no corresponde a la descripción contenida en una norma penal (p. 38).*

La tipicidad se deriva del principio de legalidad, lo que significa que no se puede reprochar ninguna conducta que no esté descrita previamente en la ley y es el primer elemento para constituir una conducta como delito, es decir, el Derecho Penal y el legislador intentan atenuar los conflictos dentro de la sociedad creando pautas de conductas esperables de los individuos y que si no se respetan tengan por consecuencia una sanción o pena para la solución del conflicto dado.

### **2.1.1 Elemento Objetivo de Tipicidad**

Para que la tipicidad se pueda entender de manera exitosa el tipo penal debe estar especificado de forma detallado, clara y entendible para todos la sociedad, incluso para que aquellas personas que cuenten con alguna limitación física, cognitiva o motora. Es esencial destacar que no deben confundirse los conceptos de “tipo” con “tipicidad”, si bien es cierto están relacionados entre sí, el primero hace alusión a la descripción de la conducta sancionada por ley, el segundo pertenece a la conducta reprochable, la tipicidad subsume la acción al tipo penal descrito en la norma.

El tipo penal pertenece al Código Penal, al Código Procesal Penal, a las leyes conexas y a cualquier tipo de ley que especial que regulen actuaciones en materia penal. Sin el tipo penal es imposible que podamos averiguar al antijuricidad y la culpabilidad de una conducta, lo que dejaría sin efecto poder aplicar las normas penales, el tipo es la fórmula, mientras que la tipicidad es la característica esencial para que se desarrolle una conducta delictiva.

El análisis que el juzgador debe realizar dentro de un proceso penal para determinar que se encuentra ante un delito que cuenta con tipicidad debe ser exhausto, la Sala Tercera de la Corte mediante su resolución 00231 - 1993 de las 09:35 horas del 27 de mayo de 1993, aborda el tema de la Utilidad de la aplicación de la "Teoría del Delito en materia de Tipicidad, y en esa oportunidad señaló:

*La teoría del delito es un método analítico que descompone la acción en tres partes, a fin de verificar o desvirtuar su carácter delictivo. A nivel de tipicidad se estudia el disvalor de la acción; en la antijuricidad la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, y en la culpabilidad los elementos normativos y subjetivos del juicio de reproche. De esta forma, el juzgador debe comprobar la realización del tipo penal antes de constatar el resultado dañoso; por consiguiente, si la conducta es atípica termina allí el análisis, sin pasar a estudiar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico (párr 1).*

En Costa Rica este concepto se encuentra cobijado dentro del principio de legalidad que establece el artículo 39 de la Constitución Política, el cual indica:

*ARTÍCULO 39.- 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 indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad.*

De la misma forma que la Carta Magna resguarda dentro de su normativa concepto de tipicidad de manera intrínseca lo hace la normativa penal costarricense, el Código Penal (2019) en su artículo primero establece que: *“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”*.

De lo anterior se puede establecer que este concepto es lo que en Costa Rica se ha comprendido por tipicidad, de forma que cualquier acción que se considere como reprochable a nivel social y sea merecedora de una sanción punitiva debe ser estrictamente detallada y previamente estar contenida en la ley, si bien es cierto el Estado tiene facultad para ejercer las leyes estas leyes deben estar expresamente escritas, ninguna persona puede estar sometida a un proceso donde no estén claros los motivos por los cuales se somete.

Es importante mencionar que si bien es cierto el sistema penal en Costa Rica ha evolucionado debido a diversos factores de índole cultural, político y social, la aplicación del principio de tipicidad sigue siendo esencial a través de los años ya que es la manera eficaz que estableció el legislador de proteger los derechos de las personas que se enfrentan a un proceso penal, sin este marco de legalidad delimitado por el legislador, podría el Derecho Penal recaer en un sistema inquisitivo

donde el poder punitivo podría desvirtuarse, afectando gravemente la convivencia pacífica y el respeto por los derechos humanos.

Para que el juzgador pueda aplicar la tipicidad objetiva es necesario que logre crear una conexión entre los hechos descritos en el cuadro factico y la norma que se establece en la Ley, de tal forma que si esto no ocurre puede ocasionar que se dé una interpretación analógica por su parte, lo que ocasionaría que el proceso penal tenga falencias que se podrían convertir en actividades procesales defectuosas. Un ejemplo de este posible escenario podría darse con la interpretación que se han realizado en distintos procesos penales en el país en el que el término “penetración parcial”, se configura como delito de violación aunque este delito de violación exprese claramente que tiene que existir una “acceso carnal” que no llega a consumarse en la “penetración parcial”, lo que produce que muchos juzgadores establezca la penetración parcial como la acción de penetración sin atravesar el portal himenial y definen penetración total si atraviesa portal himenial.

Por lo tanto, para esta investigación que la tipicidad objetiva es el elemento que determina que una conducta es reprochable frente al sistema penal y que debe cumplirse con todos sus elementos objetivos y subjetivos que previamente se establecen por ley para que se dé una sanción punitiva, además el juzgador debe realizar un estricto análisis para determinar si la conducta reprochable se subsume dentro de algún tipo penal y que de esta manera se configure la tipicidad de la conducta.

## 2.2 Elemento Subjetivo de la Tipicidad

La Tipicidad Subjetiva se puede conceptualizar en dos vertientes, la primera como el conocimiento y la voluntad que poseen los individuos de conocer lo que hacen, es decir, tener plena conciencia y querer cometer una acción conociendo previamente si están actuando de forma correcta o incorrecta, lo que se conoce como dolo y la segunda vertiente se trata de la culpabilidad, que se refiere a la voluntad del sujeto activo al momento de cometer la acción

Al respecto, la Universidad de Navarra (2018) define a Tipicidad Subjetiva como:

*Dicho conocimiento es algo que pertenece a la estricta subjetividad del agente, a la cual el Derecho penal (y el proceso judicial) no puede acceder, porque la experiencia subjetiva ajena no comparece ante nuestros sentidos directamente, sino solo de manera indirecta: es el propio agente el que nos tiene que referir lo que sabe, lo que quiere, lo que desea (y aun entonces, cabe el error o que no sea cierto lo que dice). Cabe también la posibilidad de que respecto a la experiencia subjetiva ajena saquemos conclusiones inferidas de datos externos: lo que nosotros mismos hacemos en casos semejantes, lo que cualquier persona de su condición, origen y circunstancias haría en similar ocasión. Así, de una persona que se encuentra durante las horas de clase en un aula, inclinado sobre un papel, empuñando un bolígrafo, y mirando fijamente a la pizarra, decimos sin dudar*

*que está asistiendo a clase y que conoce que está asistiendo a clase. De forma semejante, inferimos el dolo en Derecho penal (párr. 4).*

### **2.2.1 Dolo**

Con respecto a la primer vertiente para que el sujeto tenga pleno conocimiento de lo que está haciendo existe un elemento fundamental que debe darse: el dolo. Hernández (1993) en su diccionario jurídico elemental define el dolo penal como: *En Derecho Penal. Constituye dolo la resolución libre y consciente de realizar voluntariamente una acción u omisión prevista y sancionada por la ley (p. 3).*

De tal manera que el dolo no puede existir sin los elementos cognitivos y volitivos. En primer lugar tenemos el elemento del conocimiento, el Diccionario de la Real Academia Española (2023) lo define cómo: *“Entendimiento, inteligencia, razonamiento natural”*.

Es decir, el sujeto activo debe tener el juicio de conciencia para comprender la acción que está realizando, en un proceso penal es fundamental tomar en cuenta no solo la declaración del sujeto activo o imputado sino también sus actuaciones de conducta para determinar si se encuentra en un estado cognitivo o mental para enfrentarse a un proceso penal. En el dolo el conocimiento es un elemento potencial, ya que el ser humano tiene la capacidad de evitar lo que conoce, es decir si conozco que una conducta está mal puedo evitar realizarla; por eso con solo querer algo ya se puede estar en condiciones de evitarlo.

Otro de los elementos esenciales dentro del dolo es la voluntad, el Diccionario de la Real Academia Española (2023) define cómo: *Libre albedrio o libre determinación, animo o resolución de hacer algo.*

La voluntad es la decisión que toma un individuo para ejercer una acción, conociendo previamente cuáles son sus consecuencias. Esta es la voluntad que se extiende a todas las acciones que realice el sujeto activo para consumir su objetivo, es importante acotar que para que se del dolo el sujeto activo debe llevar sus deseos o su voluntad al exterior, si su voluntad es realizar una conducta sancionable pero nunca la materializa no existiera el dolo o si por el contrario, tiene todo el conocimiento y la voluntad de cometer un delito pero no sucede por agentes externos a él, no se podría establecer un delito de tipo doloso sino que entran otras figuras como la tentativa.

Existen dos tipos de dolo, el dolo directo y el dolo eventual, el dolo directo es cuando el sujeto activo tiene toda la intención de cometer una acción conociendo sus consecuencias de forma previa y el dolo eventual es aquel en el que sujeto activo no tiene como objetivo un resultado sin embargo conoce que puede ocurrir y lo acepta con tal de lograr su objetivo.

La Sala Tercera de la Corte mediante su resolución 01214 – 2007 de las 09:10 horas del 29 de octubre de 2007, expreso al respecto del dolo que:

*Dentro de nuestra normativa penal, existen diversas clases de tipos penales (de acción, de omisión propia, de comisión por omisión u omisión impropia), así como también, figuras de carácter especial tal y como resultan*

*ser los tipos preterintencionales o los tipos cualificados por el resultado. Según la doctrina, los delitos calificados por el resultado, son aquellos cuya estructura está conformada por un tipo básico cometido con dolo o imprudencia y un resultado que califica, en relación con él cuando basta con establecer la relación de causalidad (imputación objetiva) con la conducta del agente, sin que importe si el resultado fue previsto y querido; e, incluso, así no haya sido previsible, por lo que la exigencia de culpabilidad no tiene importancia en relación con él (párr. 6).*

De lo supra citado anteriormente se puede apreciar para esta investigación que dentro de la tipicidad subjetiva encontramos un elemento esencial para la configuración de una acción delictiva y es el dolo, dicho elemento debe estar presente con sus dos componentes esenciales que son el conocimiento y la voluntad, si falta alguno de estos por cualquier motivo no estamos frente a un delito, sino frente a otro tipo de actuación.

El dolo debe configurarse desde su etapa más prematura que resulta en la psiquis del sujeto activo, es decir para que exista el dolo el sujeto activo debe haber conocido con anterioridad las consecuencias de realizar determinada acción y debe querer aun así seguir adelante con su accionar, además de esto, el sujeto debe tener plena conciencia y no puede encontrarse limitada o viciada de alguna manera.

### **2.2.2 Culpa**

La segunda vertiente se trata de la culpa que pertenece a los elementos subjetivos de la tipicidad y esta tiene que ver con la voluntad que tenía el sujeto en

el momento de cometió la acción cuestionable, Castillo (2009) en su libro Derecho Penal Parte General Tomo I, la describe como:

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

De esta manera la culpa viene a mostrar que quien actúa sin esta no puede ser reprochado penalmente, es decir este elemento protege al autor del hecho metido de un exceso en la intervención represiva de los operadores de derecho.

Resulta importante para esta investigación hacer una diferenciación entre el dolo y la culpa, la culpa en materia penal se relaciona a la voluntad intrínseca con la que actúa un sujeto, es decir que si existe una acción que encaja en un tipo penal para ser sancionado pero el sujeto no tiene la intención de cometer dicha acción, si podría tener el conocimiento que dicha acción podría generar una consecuencia de tipo penal, sin embargo, nunca posee la intención de realizarla o que de ese sea el desenlace.

Por último, para el tema de la investigación es necesario definir que el elemento subjetivo de la violación o abuso sexual está directamente relacionado con el dolo con el que cuenta el sujeto activo para realizar una actuación como el abuso sexual o la violación.

### 2.3 Análisis Constitucional del Principio de Legalidad

Este principio en su sentido más amplio busca generar una protección de las actuaciones de un Estado frente a la sociedad. Dicho principio se establece en la Constitución Política donde indica:

*ARTÍCULO 11.-Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal por sus actos es pública. La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas.*

De acuerdo con el artículo supra citado, la Administración Pública del Estado costarricense se encuentra sometida a que una serie de regulaciones que no pueden evadir, esto con el fin de que todos sus actos públicos se encuentren dentro del marco de la Ley.

Dentro de este principio de legalidad los funcionarios públicos deben cumplir las leyes y no usarlas para favorecerse o para facultarse actuaciones distintas para su beneficio. Parte de su responsabilidad es el conocimiento de las leyes de su competencia y abogar por que estas se cumplan con los parámetros establecidos,

en materia penal, específicamente los juzgadores deben someter a estricto estudio y análisis cada caso en concreto para determinar cuáles son las posibles normal vulneradas y encontrar reparación al daño de manera que la justicia sea pronta y cumplida.

Donna (1996) parafrasea a Roxin en su definición del principio de legalidad y lo menciona afirmando que:

*El principio de legalidad, como bien lo dice Roxin, exige que la pena no sólo se fundamente en una norma escrita, sino además que se determine con certeza mediante esa ley. De modo que un precepto que quede indeterminado, tanto en sí como en la sanción, aun cuando sea mediante ley del Congreso de la acción, violará el principio de ley previa. No será respetuosa del principio de legalidad una norma que dijera: "Será reprimido el hurto", sin especificar de qué se trata tal conducta. En otros términos, esto significa que la ley penal debe determinar y delimitar la acción contraria a la norma (p.18).*

La ley penal por lo tanto debe siempre estar de forma escrita y no puede ser antojadiza, se requiere para eso que la ley tenga el carácter no solo de ser formal sino también que debe tener sentido material, por eso el legislador tiene el deber de describir con exactitud el tipo penal y lo espera de este.

El Tribunal Contencioso Administrativo en su Resolución número 274-2005 sección Primera Del Tribunal Contencioso Administrativa, a las diez horas cincuenta y cinco minutos del seis de julio del dos mil cinco ha señalado que:

*El principio de legalidad, es efecto y manifestación directa del sometimiento del Poder Público al Derecho. En este sentido, todo el comportamiento de la Administración Pública está afecto y condicionado a una norma habilitadora, ya sea escrita o no escrita. De esta forma, el instituto se proyecta en su doble vertiente positiva y negativa. En su primera dimensión, se constituye como fuente permisiva de la conducta administrativa específica, en tanto se traduce en concretas potestades administrativas, que por ser tales , adquieren el carácter de funcionales, es decir, dispuestas al servicio de la colectividad y para el cumplimiento de los fines públicos. Son pues, apoderamientos que se confieren a la Administración, no para su ejercicio facultativo, sino por el contrario, para su obligada aplicación, ejecutando no sólo el mandato del legislador, sino además, complementándolo mediante los diversos poderes que el Ordenamiento Jurídico le atribuye. Por ende, la función administrativa no puede verse como la ciega y cerrada ejecución del precepto legal, sino como complementaria y ejecutiva de lo dispuesto por las normas superiores. Por otro lado, en su fase negativa, el principio se proyecta como límite y restricción del comportamiento público, pues cualquier actuación suya, deberá ajustarse a la norma de grado superior, so pena de invalidez (párr. 11).*

En este sentido, el Principio de Legalidad dota a los funcionarios de dos dimensiones, la primera en positivo donde están facultados para hacer cumplir la Ley y aplicar el poder que se les otorgo para cumplir con el fin público y en una segunda dimensión en negativo como un límite donde quedan sujetos a respetar su

investidura y cumplir con un comportamiento adecuado del cual siempre tengan que rendir cuentas.

El Ordenamiento Jurídico costarricense es en gran medida quien dota de facultades a los funcionarios públicos, es decir existe una correlación directa entre estos dos, para los funcionarios públicos solo está permitido lo que se encuentre de forma expresa dentro del Ordenamiento Jurídico y todo lo que constitucionalmente no lo este, les es estrictamente prohibido. Esta prohibición surge de la necesidad de velar por las conductas éticas y morales de los funcionarios públicos de tal forma que no existan vulneraciones en sus obligaciones con respecto a la imparcialidad, la probidad y evitando al máximo los conflictos de intereses.

El artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública establece que:

*Artículo 11.- 1. La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.*

*2. Se considerará autorizado el acto regulado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto a motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa.*

En cuanto a este artículo es indispensable que toda norma que dote a los funcionarios públicos de facultades deba estar previamente descrita en la Ley y que sus actuaciones también se ubiquen dentro de ese parámetro, ningún funcionario

puede interpretar la Ley a su conveniencia o para su beneficio y tampoco puede crear interpretaciones que puedan generar un perjuicio contra la sociedad. Para esto es que todo funcionario público tiene un control de sus funciones que en la mayoría de los casos ejerce un ente superior o un jerarca el cual vela porque las actuaciones de los funcionarios públicos a su cargo se desempeñen de acuerdo a los parámetros establecidos.

Desde el punto de vista constitucional y para esta investigación se definió el Principio de Legalidad como aquel principio que establece un parámetro de regulación para las actuaciones de los funcionarios públicos, especialmente para los juzgadores en materia penal, este principio les otorga la facultad para realizar los procesos penales en estricto apego al Ordenamiento jurídico y brindar justicia de conformidad con lo establecido por este, sin embargo; estas facultades también presentan ciertas obligaciones entre esas los juzgadores no deben abusar de su poder ni deben impartir justicia con interpretaciones que no se ajusten a lo que ya este normado, ya que esto podría crear una vulneración al Principio de Legalidad en el cual su fin es justamente proteger a los individuos para que el Estado respete sus derechos.

El Principio de Legalidad existe como un mecanismo de defensa para la sociedad de un Estado Democrático y como una garantía constitucional que asegura que los funcionarios públicos de un gobierno no van a realizar actos desproporcionados de justicia y que todas sus actuaciones van de acuerdo al fin público que es garantizar que se cumplan las leyes y se reparta una justicia equitativa. Si bien es cierto han existido casos donde no siempre resulta de esta

forma, este principio vela porque estas actuaciones sean aisladas y no se conviertan en una norma y para eso el Estado pone a funcionar toda su maquinaria pública y vela por el resguardo de los derechos fundamentales de sus administrados.

#### **2.4 Análisis Penal del Principio de Legalidad**

El principio de Legalidad se creó con el fin de resguardar los derechos de las personas de manera tal que no existieran transgresiones de parte del Estado hacia la sociedad. Dicho principio también se encuentra intrínseco en la Constitución Política en su artículo 39 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 culpa.*

Del artículo supra citado se puede interpretar que lo que la ley no contiene explícitamente o no describe la conducta como delito, no debe generar ningún reproche penal para quien realizó determinada acción, es por ello necesario que la ley se encuentre vigente y de expresamente de forma previa a la realización del hecho.

Históricamente este principio de legalidad desde la óptica penal, surgió como una manera de asegurar que solamente se iba a poder castigar a una persona que realizara algún delito que fuera en contra de lo que se consideraba correcto dentro de la sociedad si existe una ley previa al cometimiento de ese delito y para eso se debía asegurar que la persona que estuviera siendo acusada tuviera el derecho de

pasar por un proceso penal donde se determinara que había sido culpable, siempre protegiendo los derechos que también poseía aunque estuviera sometido a un proceso de índole penal.

Pacheco (1987) indica que 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 (p. 56).*

Desde la antigüedad se contempló que los individuos podían tener derechos fundamentales los cuales no podían ser trasgredidos por los Estados de Derecho ni por sus gobernantes y esta corriente avanzó hasta lo que se conoce hoy como uno de los principios pilares de nuestra constitución y de nuestro sistema penal.

Esto se puede ver porque el Principio de Legalidad no solo se encuentra en la Constitución Política sino también en el artículo primero del Código Penal costarricense el cual indica que: *“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”*.

De lo anterior se observa como en materia penal este principio rige todas las actuaciones y es el fin de los procesos penales, que todos los individuos que son sometidos a un proceso penal lo hagan conociendo que será un proceso que se

realizara en estricto apego a las leyes y que no pueden ser juzgados si no existe una ley previa que sancione su conducta.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado al respecto principio de legalidad en varias ocasiones, sin embargo; una de sus más interesantes conclusiones indica 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 subprincipios como la necesidad de que la ley sea previa al hecho (lex previa), que esté estructurada de manera clara (lex certa), completa en todos sus elementos esenciales (lex stricta) (Sala Tercera, voto 01117).*

Desde esta óptica, la Sala Tercera define que toda Ley Penal debe tener tres elementos esenciales para que pueda ser permitida; el primero es el de lex previa, que se refiere a que la Ley tiene la necesidad imperante de existir de manera previa antes de asentarse una sanción sobre la conducta de algún individuo que se interprete como delito, esto como una forma de garantizar la seguridad social, ya que sería un caos imaginar convivir en una sociedad donde no existan parámetros previamente descritos de cuales actuaciones son lícitas y cuáles no. Este subprincipio también prohíbe que la ley tenga carácter retroactivo y que se aplique esa retroactividad en perjuicio de los individuos, de esta manera no podría catalogarse ninguna actuación como delito sin que haya sido descrita esa actuación como merecedora de recibir una pena sancionatoria.

En segundo lugar se tiene la *lex certa*, lo que significa que la Ley debe tener suficiente grado de certeza, muchos autores han dicho que este subprincipio tiene dos vertientes, uno como la determinación de que la ley debe ser absolutamente determinante, es decir no debe tener espacios confusos que puedan aprovechar para generar un perjuicio a los individuos y el segundo es la taxatividad de la ley, es decir que se pueda interpretar de manera clara y específica el espíritu de la norma.

Y por último el concepto de *lex stricta* que se refiere a que las acciones que desencadenan una responsabilidad penal así como sus penas deben estar reservadas a la ley escrita, esto lo que quiere decir es que solo el legislador está facultado para ellos, de tal forma que aunque existan otras fuentes que el juzgador pueden tomar en cuenta para dictaminar la resolución de un proceso penal como lo son la jurisprudencia o la costumbre, su decisión final debe estar ampliamente sustentada en la ley escrita.

Hernández (1993) refuerza esta teoría en su libro “El Derecho de la Constitución” donde expresa:

*De acuerdo con el principio de legalidad, característica de un Estado de Derecho toda potestad pública tiene que estar contemplada por una norma expresa, ya sea de rango constitucional o legal.*

*No obstante, debemos recordar que el bloque que integra el principio de legalidad está formado, además de las normas escritas, por principios no escritos, que derivan de la naturaleza de las cosas, por lo que también forman parte del ordenamiento estatal. Su fundamento habría que encontrarlo en la*

*necesidad, como fuente suprema del orden normativo estatal y, en tal condición, como integrante del bloque de constitucionalidad (p. 36).*

Es decir, si bien es cierto este principio se puede nutrir de principios no escritos es fundamental que para garantizar la seguridad jurídica del Estado, cada decisión que tomen los jueces en Costa Rica se encuentre respaldada dentro del marco de las leyes escritas.

La Sala Constitucional en su voto 1876 del año 1990 se refirió al Principio de Legalidad y lo definió como:

*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.*

Para esta investigación el Principio de Legalidad desde la óptica penal se define como aquel en que todas las actuaciones que realice el Estado Democrático de Costa Rica deben darse en estricto apego por el Ordenamiento jurídico que se encuentre actual y siempre bajo el respeto de los derechos fundamentales de los individuos, siempre con la fin de proteger tanto a la víctima como al imputado en los procesos penales.

El principal objetivo de este principio es que pueda protegerse a las partes de un proceso penal de abusos que puedan darse por abusos de poder por posibles subprincipios como los que se mencionaron anteriormente, entre esos el de irretroactividad (lex previa), el de analogía (lex certa) y principio de nom bis in ídem.

Como lo ha dicho el jurista Feuerbach, que desarrolló en materia penal el nullum crimen, nulla poena sine lege scripta, no existe crimen ni pena sin una ley que lo permita, desde la hipótesis el principio de legalidad coexiste de manera directa con el proceso de la creación de los tipos penales, esto porque todos los tipos penales deben estar desarrollados de forma previa, clara y escrita para que las actuaciones que incluyen sean consideradas delitos.

## **2.5 Abuso Sexual**

El diccionario panhispánico del español jurídico (2023) define el abuso sexual como *“Delito contra la libertad sexual, circunscrito a acciones de connotación sexual distintas del acceso carnal, bucal o anal, pudiendo concurrir violencia o intimidación”*.

A su vez, el Código Penal Costarricense define el abuso sexual como:

*Artículo 161.- **Abusos sexuales contra personas menores de edad y personas incapaces.** 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 (p. 68).*

De lo anterior se puede interpretar que el abuso sexual es cuando un individuo (sujeto activo) realiza actos indebidos con un fin sexual hacia otro individuo, en este caso un menor de edad (sujeto pasivo). Estas actuaciones pueden ir desde los besos, caricias, rozamientos y cualquier otra manifestación de carácter sexual siempre y cuando no incurra en el delito de violación, lo que se traduce a que no debe existir un acceso carnal de parte del sujeto activo hacia el sujeto pasivo en alguna de sus cavidades.

Cobra entonces relevancia el aspecto que para considerarse abuso sexual no se puede dar una penetración ya que se estaría ante el delito de violación, esto genera una discusión de cuando es que realmente ocurre una penetración y cuando solo existe rozamiento, por eso es necesario conocer la anatomía femenina y sus órganos.

Los órganos sexuales femeninos se dividen en órganos internos y externos. Los órganos externos del aparato reproductor femenino son el monte de Venus, los labios mayores, los labios menores, el clítoris y el vestíbulo vaginal, mientras que los internos incluyen la vagina, el cuello uterino, el útero, las trompas de Falopio y los ovarios.

Por lo tanto para que se configure el delito sexual de abuso todas las actuaciones que el sujeto activo realice sobre el sujeto pasivo deben darse en los órganos externos del aparato reproductor femenino, esto no excluye que también se puede configurar un abuso sexual hacia un sujeto pasivo que sea de

género masculino, sin embargo, esta investigación se enfocara en los casos donde la víctima es de género femenino.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en su resolución número 00440 - 2016 se ha referido sobre este tema expresando:

*La conducta típica del delito de abuso sexual se centra sobre la ejecución por parte del sujeto activo de “actos” de connotación sexual, de modo tal que el tipo penal, tal y como se expuso con anterioridad, hace la distinción con respecto a acciones o conductas con fines distintos. Por ello, corresponde al operador judicial determinar qué clase de actos responden a esta concepción, sobre todo, atendiendo al carácter abusivo de los mismos y la vulneración del bien jurídico que tutela este ilícito, que al igual que el tipo penal de violación, resguarda el ámbito de autodeterminación sexual, y que en el caso de los menores de edad, más particularmente se encarga de la preservación de la indemnidad sexual y el sano desarrollo de su sexualidad. Ahora bien, tal y como lo describe el tipo penal en cuestión, se especifican varias modalidades en que se pueden ejecutar estos actos abusivos, ya sea que el sujeto activo los realice sobre la víctima, o la misma los ejecute sobre su agresor, sobre sí misma, o sobre terceras personas. Se trata básicamente de actos dirigidos a utilizar el cuerpo de la persona menor de edad como si fuera un objeto, una acción del autor del hecho dirigida a instrumentalizar a la víctima: “La mencionada norma establece: “...Quien de manera abusiva realice actos con fines sexuales contra una persona menor de edad o incapaz o la obligue a realizarlos al agente, a sí misma o a otra persona, siempre que*

*no constituya delito de violación...” Si bien es cierto que el realizar actos con fines sexuales o el obligar al sujeto a realizarlos (al sujeto activo, a sí mismo o a un tercero) no exige necesariamente contacto corporal directo, y así lo ha señalado la doctrina acogida por esta Sala y que se cita en el fallo, para que la conducta sea subsumible en el tipo sí resulta necesario que se dé la instrumentalización del cuerpo de la víctima (entendida en sentido amplio, es decir, haya contacto físico o no) (párr. 10).*

La Sala Tercera es clara en delegar la responsabilidad al operador judicial de determinar cuáles son los actos que responden a este tipo penal de abuso sexual para cada caso en concreto, es por eso que estos conceptos deben ser lo suficientemente claros y se debe conocer a profundidad cual es el bien jurídico tutelado que aunque en el caso de abuso sexual es igual al tipo penal de violación, refiriéndose a la autodeterminación sexual, no deben de interpretarse los tipos penales como iguales ya que su sentido más amplio conllevan la diferencia de si hubo o no acceso carnal.

Si bien es cierto aunque el abuso sexual se relaciona en su mayoría de casos con tocamientos en el área de la vulva de la víctima, no solo se configura ese delito ahí, sino como bien lo expresa la Sala Tercera se produce cuando se da una instrumentalización del cuerpo del sujeto pasivo, es decir cualquier tipo de acción que realice el sujeto activo sobre el sujeto pasivo con fines sexuales sobre su cuerpo se estaría ante el tipo penal de abuso sexual.

De forma concluyente para esta investigación se puede definir el abuso sexual como aquel delito donde el sujeto activo utiliza al sujeto pasivo para que le realizase o se realice a si mismo cualquier acción o acto con fines sexuales en muchos casos por medio de la coacción o el soborno, siempre que ninguno de estos actos tenga como fin la penetración.

## **2.6 Violación**

El artículo 156 del Código Penal establece el delito de violación como:

*Artículo 156- Violación. Será sancionado con pena de prisión de diez a dieciséis años, a quien se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal, vaginal o mediante orificios creados en cualquier parte del cuerpo, 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 la intimidación.*

*La misma pena se impondrá si la acción consiste en introducirle a la víctima objetos, animales o cualquier parte del cuerpo, por vía oral, anal o vaginal, o mediante orificios creados en cualquier parte del cuerpo, o en obligarla a que se los introduzca ella misma por dichas vías (pp. 63-64).*

Gutiérrez (1999) define violación como:

*Consiste este, en la imposición de la cópula sin consentimiento del ofendido u ofendida, por medio de la coacción física o intimidación moral. Es lo que tanto en las historias de las instrucciones penales como en la doctrina y en las legislaciones contemporáneas, constituye la esencia del verdadero delito de violación (p. 78).*

El delito de violación es uno de los delitos más complejos de todo el ordenamiento jurídico, ya que tutela la libertad y la autodeterminación sexual, requiere entonces que el operador judicial realice un análisis exhausto de las circunstancias de cada caso en concreto, lo que lleva a que el juzgador tenga que realizar una interpretación no solo legal sino también médico legal en este tipo de delitos.

Si bien es cierto el juez es “el perito de peritos” en los delitos de violación sexual entran en juego muchos términos de índole médica como la penetración parcial, coito vulvar, acceso carnal, entre otros; lo que vuelve este tipo de delitos bastante complejos en cuanto a su estudio de tipicidad.

El diccionario panhispánico del español (2023) define violación como “*Delito que consiste en violar (tener acceso carnal con alguien en contra de su voluntad)*”. Sin embargo, esta definición se vuelve escasa para analizar todo los factores que se involucran en este tipo penal, por lo que Garces (1985) lo describe de una forma más amplia explicación que la violación consiente en:

*Para los fines de este estudio se consideró como violación, con base en el Código Penal del Distrito Federal, el acto mediante el cual un sujeto realiza*

*la cópula con una persona de cualquier sexo, por medio de la violencia física o moral; entendiéndose por cópula la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal, u oral. Este acto puede ser realizado por un solo agresor y sin ningún tipo de agravantes, y se conoce como violación simple; con la participación de dos o más sujetos, tumultuaria; entre parientes consanguíneos, incestuosa; y equiparada, cuando se realiza con menores, o personas incapaces de comprender el significado del hecho, o bien cuando se introduce por las vías referidas en el cuerpo de la víctima, cualquier instrumento distinto al miembro viril (p. 8).*

Como se pudo observar, la definición anterior explica de manera más amplia que se entiende por el delito de violación, no obstante; nuestra legislación amplía aún más los medios por los cuales se puede configurar este delito e incluye no solamente el miembro viril del sujeto activo, sino también objetos y animales que el sujeto activo utilice para desarrollar la acción de violación, además contempla que esta acción se pueda dar no solo en el cuerpo de la víctima, sino que también que la víctima sea la que realice la introducción de sus miembros, objetos o animales al sujeto activo, con la característica que nunca existió sin que medie el consentimiento.

La Sala Tercera de la Corte mediante su resolución número 01469 – 2019 de las 11:45 horas del 15 de noviembre del 2019, expreso al respecto de la violación:

*La tipicidad del delito de Violación no se reduce únicamente a la acreditación de un dolo único de satisfacción de la libido, sino que el dolo requerido en el*

*tipo es de acceder carnalmente contra la voluntad de la víctima lesionando, de esa manera, el bien jurídico “Autodeterminación Sexual” que se encuentra allí penalmente tutelado. No se trata, como lo quiere ver el impugnante, que basta con que lo acceda carnalmente una vez para que otras penetraciones resulten en su favor subsumidas por el dolo y la acción primera lesiva del bien jurídico, aun cuando su separación espacio-temporal sea nula o casi nula... El bien jurídico de la “Autodeterminación Sexual” protege concretamente la esfera de decisión frente a las relaciones sexuales, de tal manera que las mismas se produzcan por una decisión libre de los participantes. De allí que cada vez que se lesiona el bien jurídico antes mencionado se produce una acción en el sentido jurídico-penal del término (párr. 8).*

Esta jurisprudencia abordó un concepto clave y es el de él bien jurídico del delito de violación sexual, la “autodeterminación sexual” se trata de la forma en la que los individuos tienen la facultad de escoger con quien realizan actos sexuales, de esta manera cualquier otra acción que en algún grado no genere esa libertad de escoger y que provoque acciones en contra de la voluntad de una persona se configura como violación, esto independientemente de quien sea el sujeto activo, por ejemplo, se consideraría como violación sexual los actos sexuales que se hayan ocasionado dentro de un matrimonio sin el consentimiento de alguna de las partes.

El delito de violación sexual se puede define como cualquier acción que involucre un acceso carnal por parte del sujeto activo hacia el sujeto pasivo en cualquiera de su cavidades anatómicas (oral, anal o vaginal), con sus partes del

cuerpo, objetos o animales, inclusive si estas acciones de acceso carnal ocurren cuando el sujeto activo forzar al sujeto pasivo para que lo acceda a el mismo.

La violación sexual en Costa Rica tiene una pena de diez a dieciséis siendo que pueden ocurrir agravantes que aumente la pena cuando se trata de situaciones especiales que la ley contempla como es el caso de cuando el autor es cónyuge de la víctima, se produzca un embarazo o el autor sea familiar hasta el tercer grado de consanguinidad, entre otros que contempla el artículo 157 del Código Penal.

## **2.7 Análisis Medico de Penetración**

De acuerdo con la Real Academia Española (2023) la definición de penetración es: *“Introducción del pene por el orificio vaginal, el ano o la boca, en el contexto de una relación sexual”*. De esta interpretación se puede afirmar que la penetración es una acción que debe tener ciertas características para que se pueda considerar que se cumplió.

En primer lugar, la penetración se refiere al miembro viril masculino, es decir el pene; y debe darse una introducción de este en un orificio, en termino médicos solo el pene puede realizar el acto de penetración. Para los delitos sexuales esta acción es uno de los elementos esenciales ya que toda penetración que realice un sujeto activo sin consentimiento hacia un sujeto pasivo se califica con el tipo penal de violación.

El sujeto activo que realiza la penetración no necesita tener características específicas para realizar la acción, incluso aunque esta acción se le facilita al género masculino por su condición biológica evidente, existen objetos en forma de pene

con los que también se podrían consumir la acción de penetrar; incluso aunque por mucho se tiempo se pensó que esta acción solo se podría realizar de parte de los hombres a las mujeres, en la actualidad se conoce que no es necesariamente así y que existen muchos sujetos pasivos de género masculino que reciben la acción por parte de otros hombres e incluso mujeres con algún objeto que pueda cumplir la función de penetrar.

Una de las formas en las que se puede acceder carnalmente a una víctima de violación es mediante la penetración, así lo indica la Sala Tercera de la corte en su resolución número 00566-2001 de las 10:25 horas del 08 de junio del 2001 cuando expresó:

*Ahora bien, conforme lo indica el “Diccionario de la Lengua Española”, se entiende por “**acceder**”, entre otras voces que se señalan, el “**Tener acceso, paso o entrada a un lugar**” (Tomo I, Real Academia Española, Editorial Espab sa-Calpe S.A., 1984, p. 13). Es decir, ingresar o penetrar un lugar o cosa a través o por medio de algo. Ante esta conceptualización, se comete el delito de marras quien tiene acceso, penetra o logra ingresar carnalmente en el cuerpo de otra persona por la vagina, el ano o bien la boca. Este hecho es lo que viene a quebrantar el bien jurídico tutelado en esta clase de delitos, es decir, la libertad o la libre autodeterminación sexual de las personas, pues en el momento que la persona sufre una penetración o ingreso carnal en su cuerpo en contra de su voluntad, sea cual sea la naturaleza o forma en que ello ocurra, según lo descrito en el tipo penal, se configura la delincuencia. Bajo esta tesitura, si la lesión al bien jurídico protegido se*

*produce a partir del acceso o penetración carnal, no interesa si esa penetración o acceso se produce tan sólo por una de las partes o cavidades establecidas por el legislador, sino que la misma también puede producirse simultáneamente por medio de la introducción, penetración o acceso carnal en varias de las cavidades o partes que se enuncian, sin que por ello puede estimarse que nos encontramos ante una concurrencia de acciones o conductas independientes o distintas entre sí (párr. 12).*

La penetración en sentido amplio y de manera médico-legal se puede definir como la introducción que se realiza del órgano masculino reproductor pene hacia alguna cavidad u orificio en el cuerpo de otro individuo. La penetración se produce cuando se accede de forma carnal a un sujeto, debe hacerse la aclaración que rozar el pene en la zona de la vulva no se podría tomar como penetrar ya que para que configure esta acción el pene debe introducirse en un orificio, si se está ante un rozamiento para efectos de la calificación de un delito penal se podría tener por demostrado que existe un delito de abuso sexual o una tentativa de violación.

### **2.7.1 Anatomía femenina**

Para una mejor comprensión del concepto de la penetración en sentido vulvar es necesario explicar la composición de la anatomía femenina, la cual comprende los órganos internos y los externos.

#### **2.7.1.1 Órganos Externos**

De acuerdo con Guzmán et al (2012),

*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.*

*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. 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 (p.15).*

De lo anterior se destaca la vulva es la parte externa del aparato genital femenino y está formada por diversas estructuras que se organizan a partir del monte de Venus, una zona elevada con tejido graso situada sobre la sínfisis del

pubis. Desde allí se originan los labios mayores, que protegen a los labios menores; estos últimos se unen en la parte delantera para formar el prepucio del clítoris y en la parte trasera para dar lugar a la horquilla perineal. Cerca de la sínfisis se encuentra el clítoris, un pequeño órgano eréctil, y al separar los labios menores se revela el vestíbulo, en el que se localiza el meato uretral, el himen y los conductos de las glándulas de Skene y Bartholino, responsables de la lubricación y protección de la zona.

### **2.7.1.2 Órganos Internos**

De acuerdo con Contreras (2019): *“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”* (p.74).

Por su parte, Netter (2018) establece que:

*El aparato reproductor femenino está conformado por diversos órganos internos cuya función principal es permitir la reproducción, regulando procesos como la ovulación, la fecundación y la gestación. Estos órganos se encuentran dentro de la cavidad pélvica y están relacionados con otras estructuras como la vejiga, el colon y la uretra. Su funcionamiento está regulado por el sistema endocrino, mediante hormonas que intervienen en el ciclo menstrual y en el mantenimiento de un ambiente adecuado para la fecundación y el desarrollo fetal (p. 56).*

Según lo expuesto por Netter (2018), el útero es un órgano muscular de forma similar a una pera que se sitúa entre la vejiga y el recto. Su papel fundamental

es proporcionar un entorno adecuado para el desarrollo y nutrición del embrión durante el embarazo. Este órgano cuenta con tres capas que lo conforman: la más externa es el perimetrio; la capa intermedia, conocida como miometrio, está compuesta por tejido muscular; y la capa interna, el endometrio, es la que se desprende durante la menstruación si no ocurre la implantación de un óvulo fecundado.

Las trompas de Falopio, por su parte, son conductos delgados que sirven como enlace entre los ovarios y el útero; en ellas se lleva a cabo la fecundación, pues facilitan el encuentro entre el óvulo y el espermatozoide. Este proceso es impulsado tanto por pequeños cilios como por contracciones musculares que mueven el óvulo a lo largo de estas estructuras. Los ovarios, ubicados a ambos lados del útero, son glándulas de forma ovalada responsables de producir y madurar los óvulos, además de secretar hormonas como el estrógeno y la progesterona, las cuales regulan el ciclo menstrual y preparan el útero para una posible gestación. Es importante destacar que la cantidad de óvulos es limitada desde el nacimiento y se reduce gradualmente con el tiempo hasta la llegada de la menopausia (Netter, 2018).

Finalmente, Netter (2018) establece que la vagina es un canal elástico que conecta la parte externa del aparato reproductor con el útero, cumpliendo funciones esenciales como permitir la entrada del espermatozoide durante la relación sexual, servir de conducto en el parto y facilitar la salida del flujo menstrual. Además, su pared muscular se adapta a diversas condiciones fisiológicas y, en conjunto con una flora

bacteriana que mantiene un ambiente ácido, contribuye a la protección contra infecciones.

## 2.8 Prohibición de la Analogía

Para Zaffaroni (1987) la analogía se define como: "*la aplicación de una pena por preceptos similares a las leyes vigentes, contra acciones penales socialmente peligrosas que no están indicadas en la ley penal como delitos*" (p. 405).

Es decir, la analogía en sentido amplio es la facultad de poder aplicar a situaciones que no se encuentran tipificadas, normas que se aplican a situaciones similares.

El diccionario del Poder Judicial de Costa Rica (2024) define la analogía en materia penal como:

*Relación hecha, para la resolución de un caso penal no contemplado en la ley, con base en la semejanza o similitud de una conducta legalmente prevista. En tanto sea perjudicial para el imputado, está prohibida. **Se puede hacer la aplicación de la analogía en materia penal cuando favorece al acusado** (párr. 1).*

La analogía en materia penal es una restricción con la que cuentan los juzgadores y se define como la alternativa que se ofrece cuando se dan acciones que no están contempladas en la ley, entonces se podría resolver con normal que tipifiquen acciones similares, sin embargo, en Costa Rica la ley prohíbe que se realice por medio del artículo 2 del Código Procesal Penal el cual indica:

*Regla de interpretación. Deberán interpretarse restrictivamente las disposiciones legales que coarten la libertad personal o limiten el ejercicio de un poder o derecho conferido a los sujetos del proceso. En esta materia, se prohíben la interpretación extensiva y la analogía mientras no favorezcan la libertad del imputado ni el ejercicio de una facultad conferida a quienes intervienen en el procedimiento.*

Esta prohibición de analogía se sustenta con el principio de legalidad el cual no permite que ninguna persona pueda ser sometida a un proceso penal sin que exista una ley que explícitamente lo permita. De esta manera cualquier supuesto que no esté descrito en la ley, aunque resulte muy similar a otro se configura como la “analogía in malan parten” la cual es totalmente prohibida en Costa Rica.

Este artículo específicamente hace referencia a un individuo que se expone a una situación donde su libertad personal o alguno de sus derechos puedan ser vulnerados, disminuidos o restringidos por completo. La interpretación extensiva y analógica se dan cuando se realiza una interpretación más allá del espíritu de la ley misma, es decir, se crean interpretaciones basadas en vivencias personales que se alejan de la objetividad de la norma.

Llobet (2012) en su libro *Proceso Penal Comentado*, referenciando a Mora, comenta acerca de la interpretación extensiva explicándola como:

*Se ha dicho desde otra perspectiva que la interpretación es restrictiva si de la comparación entre la interpretación literal e histórica resulta que la norma significa, según su sentido lingüístico usual, más de lo que la voluntad*

*auténtica de su autor quiso, correspondiendo achicar la norma para adaptarla a esta última (Así: Bertolino. El funcionamiento ..., p. 129). Sobre el artículo en comentario: Mora. Los principios ..., p. 33; Bertolino. Código ... , pp. 17-22. (2)*

De talguño de sus derechos pueda se debe respetar a cabalidad cual es el sentido por el cual se creó la norma y el juzgador debe realizar la tarea de estudiar si las acciones que se presentaron dentro de un proceso penal corresponden de manera exacta al tipo penal que está sustentando el proceso, esta es una tarea ardua que demanda mucho análisis, en embargo, en los procesos penales siempre se están frente a la posibilidad que los imputados sean restringidos de su libertad o que alguno de sus derechos puedan verse menoscabados.

Aunque interpretar la norma es parte del trabajo de los juzgadores, dicha interpretación debe hacerse en estricto apego al Ordenamiento Jurídico, no se pueden crear interpretaciones que no se adecuen a la norma, Ribas (2014) lo explica de la siguiente manera:

*En suma, la analogía no es una forma de interpretación de la ley, sino, según Muñoz Conde/García Arán, una forma de aplicación de la ley («de lo que se trata en la analogía es de que, una vez interpretada la ley —es decir, una vez establecidos los supuestos que contiene—, se extienden sus consecuencias —se aplican— a otros supuestos no contenidos, pero similares o análogos»)<sup>55</sup> o, según acabo de explicar, una forma de creación de una norma por parte de jueces y tribunales (p. 114).*

La frase supra citada pone sobre la mesa una particularidad de la importancia del porqué se da la prohibición de la analogía en materia penal y es porque estaríamos ante una errónea facultad de potestades por parte judicial, únicamente el legislador en nuestro Estado Democrático es quien se encuentra dotado de poder para crear nuevas leyes, reformar las existentes y derogar las que no se ajusten a la actualidad de la sociedad en la que se desarrollan, si los jueces interpretan de forma extensiva la ley estarían creando una nueva ley que aunque se ajustaría en muchos casos a los casos que se desarrollan en su tribunales se vulneraría por completo el principio de legalidad por el cual se sustenta todas el Ordenamiento Jurídico costarricense.

En el caso de los delitos sexuales este principio procesal debe aplicarse aunque los hechos sean extremadamente complejos debido a que se puede dar una confusión a la hora de analizar cuales fueron exactamente las acciones y encajarlas en un tipo penal, por ejemplo se sabe que siempre que hay una violación se configuro primero el delito de abuso sexual pero no en todos casos aplica en caso contrario.

La Sala Tercera se ha pronunciado con respecto a la analogía en materia de delitos sexuales en la resolución número 00786 – 2023 de las 16:40 horas del 17 de agosto de 2023 de la siguiente manera:

*Precisa que mientras el ad quem considera que se trata de un delito de violación, por estimar que se entiende como acceso carnal la introducción del miembro viril, alguna parte del cuerpo o un objeto, el antecedente de la Sala*

*Tercera considera que conforme a la redacción del artículo 156 del Código Penal, la lengua no puede ser considerada como un objeto y con base en una interpretación restrictiva del tipo penal que prohíbe la aplicación de la analogía en la interpretación, consideró que la introducción de la lengua en la cavidad vaginal no puede constituir el delito de violación. Como agravio, señala que la mencionada contradicción además de violentar la normativa citada como fundamento de la impugnación, vulnera la seguridad jurídica que debe imperar en un Estado Democrático de Derecho y conllevó el quebranto del principio de igualdad, lo que desemboca en un perjuicio grave e irreparable, pues se mantiene una sentencia por un delito sancionado de forma más severa (párr 14).*

Por lo anterior la prohibición de analogía en materia penal tiene su sustento en el principio de legalidad, en el principio de reserva de ley y en el principio de igualdad ya que no los operadores de derecho como los jueces deben impartir justicia en estricto apego a las leyes, entendiendo que su función de interpretar la norma debe hacerse con la convicción de respetar el espíritu de esta y no de intentar crear una nueva para darle una solución a un proceso penal.

La única manera en que se permita que los operadores de derecho interpreten la norma en un sentido más amplio de su original se trata de cuando se pueda obtener un beneficio para el imputado, caso contrario se estaría ante un quebranto del principio de las reglas de interpretación penales.

## 2.9 Penetración Parcial o Vestibular

Para Ávila y Murillo (2014), la penetración parcial se define como: *“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 esta a la luz del delito de abuso sexual”* (párr. 29).

Sin embargo el concepto de penetración no se ha logrado definir de manera doctrinaria por lo que se ha revestido de una mezcla de conceptos médicos-legales para dar respuesta a las acciones que pueden definir este término, siendo que esto pueda resultar en una vulneración para distintos principios del derecho penal.

De acuerdo con Creus (1996) la penetración parcial se puede ver como:

*Quedan comprendidas en el concepto de la ley las penetraciones mínimas en que el órgano sexual masculino alcanza algunas zonas del cuerpo de la víctima, que son tener profundidad en él, no están en contacto con el exterior, como ocurre con el llamado “coito vulvar o vestibular”; pero no se incluyen los acercamientos sexuales en los que el órgano masculino no alcanza esas zonas, como es el denominado coito inter femora, que no pasa, en todo caso, de ser un abuso deshonesto (p. 8).*

Esta definición recobra más sentido para la autora de esta investigación acerca de la penetración, ya que en su criterio y debido a su investigación no existe un tipo de penetración parcial o total sino que si la acción que sucedió fue un rozamiento en la zona vestibular pero no un acceso a la cavidad vaginal o anal o bucal se trataría más de un tipo penal de abuso sexual.

Sin embargo la acción que desarrolla este término ha sido objeto de discusión que aún no encuentra claridad, como lo indican Ávila y Murillo (2014):

*La relación entre la acción de penetración parcial y la vulva constituye un problema ligado al ejercicio hermenéutico. Si bien es cierto que el miembro viril debe, inexorablemente, pasar todas las partes que conforman la vulva para lograr alojarse en la cavidad vaginal, desde una perspectiva médico legal, la vulva no podría ser objeto de penetración, por cuanto se trata de un conjunto de diversas partes las cuales no poseen las características morfológicas necesarias para ser susceptible de ser penetrada, ni siquiera de una penetración parcial.*

*Debe atenderse al hecho de que la vulva, únicamente puede ser objeto de roces o acciones masturbatorias, siempre con fines de índole sexual claro está, mas no de penetración de ningún tipo, por lo que la penetración parcial, al configurarse mediante la penetración del miembro viril en la cavidad vaginal de manera parcial, mantiene relación insoslayable con el delito de violación (párr. 43-44).*

Como se puede observar este término ha generado mucha confusión ya que anatómicamente la vulva no se puede penetrar solo rozar, únicamente la vagina es la que se podría penetrar si se estuviera ante el análisis de acciones que ocurrieron por parte del sujeto activo hacia la víctima en su área vulvar.

Este análisis se desprende a raíz de las concepciones medicas que se dieron en los puntos anteriores donde se mostraba como está conformado el sistema

reproductor femenino tanto en sus órganos como externos. Anatómicamente la vulva es impenetrable porque no tiene accesos, sin embargo si se puede en la vulva si se pudiese desarrollar la acción llamada “coito vulvar”.

De acuerdo con Contreras (2019) en su trabajo final de graduación para el grado de maestría llamado “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” define el coito vulvar como:

*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 (p. 78).*

De esta manera se entiende por coito vulvar todas las acciones que se producen en la zona vulvar o vestibular de las mujeres y que van destinadas a que el órgano masculino alcance la eyaculación sin que necesariamente exista un acceso carnal.

El Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José en su resolución número 01321 – 2012 de las 9:20 horas del 04 de julio del 2012 cita acerca de este tema a Suarez-Mira diciendo:

*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. Pero, ¿qué es la vagina? ¿dónde inicia? El Diccionario de la*

*Real Academia Española, en su 21ava. edición define dicho término, en su única acepción, como "Conducto membranoso y fibroso que en las hembras de los mamíferos se extiende desde la vulva hasta la matriz" (el destacado es suplido). Aunque la definición gramatical no aporta muchos elementos para la especificación del órgano (desde que lo ubica a partir de la vulva) sí permite diferenciarlo de ésta al aludir a un "conducto" es decir, un canal, tubo o cavidad. Es en la terminología médica en que se hace específicamente la distinción. En tal sentido se pronuncia la doctrina: al indicar "Hay acceso carnal (...) cuando se produce la penetración del órgano genital de un varón en la vagina, el ano o la boca de otra persona, mediando violencia o intimidación. Dicho acceso 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.** Hay que advertir que no es ésta una opinión compartida por toda la doctrina ni por la jurisprudencia (...) aunque es mayor el número de resoluciones del TS en que se acoge la teoría de la coniunctio membrorum, según la cual basta con el acoplamiento directo entre el órgano genital masculino y la vagina, hasta el extremo de lo posible, para entender consumado el delito. En coherencia con la opinión acabada de expresar, en la violación anal el acceso carnal requiere que el órgano genital del varón rebase el orificio anal introduciéndose en el recto y no un simple contacto o roce. E igualmente por lo que hace al acceso carnal por vía bucal es necesaria la penetración por el*

*órgano genital del varón, en estado de erección, en dicha cavidad para entender consumado el delito..." (SUÁREZ-MIRA [Nombre11] , . Manual de Derecho penal. Tomo II Parte especial. Thomson, Civitas, 4ª edición, p. 159) (párr. 6).*

Por lo anterior, la penetración parcial se trata más de un tipo de roce en el área vulvar, anal o bucal en la que no se cumple con el elemento objetivo del delito de violación donde tiene que ocurrir un acceso carnal, en la penetración parcial o vestibular el pene nunca llega a introducirse en la zona vaginal.

## **2.10 Derecho Comparado**

### **2.10.1 Argentina**

Creus (1996), jurista argentino especialista derecho penal refiere que el acceso carnal se puede definir como:

*La introducción del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima pero si se discute tal concepto está limitado por la penetración. En primer lugar, como la violación tiene como sujetos pasivos posibles tanto a la mujer como al hombre, hay que concluir que la penetración es típica tanto cuando se le realiza por vía vaginal como cuando se le realiza por vía anal (p. 12).*

Este autor plantea en su libro Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, que existen diferentes vías en las cuales se puede dar la penetración y aunque en la mayoría de los casos sucede por la vía vaginal o anal, existen otras vías que han

coibrado auge como lo es la bucal con el llamado “coito oral” que podría incluso presentar mayor violencia para la víctima que está siendo vulnerada.

Creus (1996) también plantea temas importantes sobre la autoría y participación en los delitos sexuales y referencia que en estos casos el único autor material del hecho es quien comete la acción, siendo que si existiesen otros sujetos en el evento solo podrían participar en el rol de cómplices o de cooperadores.

Por último, Creus (1996) considera que la penetración parcial debe ser considerada dentro del tipo penal de abuso sexual y que si se configurara una penetración parcial se puede tipificar como un abuso sexual agravado y no necesariamente como una violación.

Donna (2005) otro jurista destacado argentino comprende el acceso carnal como *“la introducción del órgano genital masculino en el cuerpo de otra persona, sin ser necesario para su consumación que la penetración sea total o que se produzca la eyaculación”* (p. 59).

Donna (2005) considera la penetración parcial como una acción que podría configurar el delito de violación y además considera que este tipo de acciones pueden ocurrir entre personas del mismo sexo, a su vez contempla que el elemento esencial para que este tipo de delitos ocurra es que exista una penetración y no necesariamente estima Donna que debe ser completa; se podría hablar entonces de que el autor considera la penetración parcial como elemento objetivo de la acción penal del delito de violación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010), recopiló extractos de jurisprudencias internacionales que relatan acerca del delito de violación sexual y desarrollan:

*La Corte, siguiendo la jurisprudencia internacional y tomando en cuenta lo dispuesto en [la Convención de Belém do Pará], ha considerado anteriormente que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno. En particular, la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima (párr. 23).*

Existen criterios amplios y divididos en Argentina sobre si la penetración parcial es considerada violación o no, algo que se destaca en el Código Penal de Argentina (2024), es que el delito de abuso sexual y violación se encuentran dentro del mismo artículo, de tal forma que expresa:

**ARTICULO 119.** - *Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.*

*La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima. La pena será de seis (6) a quince (15) años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías (párr. 196).*

Las normas que rigen la materia penal de argentina y que comparten la similitud de que se considera en muchos casos que aunque la norma explícitamente exprese que tiene que existir acceso carnal, le penetración parcial es tomada en muchos casos como abuso sexual.

### **2.10.2 Perú**

Al hacer una revisión de la doctrina, se encuentra el recurso de nulidad número 358-2019, Selva Central de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de Perú. De acuerdo con Valle (2021), para la configuración del tipo penal de violación no se requiere necesariamente que la víctima sea plenamente accedida por la vagina. Valle (2021) continúa diciendo que basta que se acredite que hay signos de desgarró; así, para la consumación del delito de violación sexual no se requiere una penetración íntegra o que haya traspasado ciertos límites anatómicos.

De igual manera, Valle (2021) establece que:

*La cavidad vaginal no comienza en la vagina. Desde una perspectiva normativa debe considerarse que esta exigencia típica debe ser interpretada en función de las circunstancias del caso concreto:*

- a. diferencia marcada físico anatómica entre el agresor y la víctima;*
- b. presentación de signos de congestión o heridas a nivel vulvar o perivulvar;*
- c. exclusión de la finalidad de realizar actos contra el pudor y no la de violación sexual, en el sentido actualmente entendido (párr. 2).*

Para ello, Valle (2021) indica que es relevante lo siguiente:

- 1. Los hechos imputados deben examinarse no solo desde el material probatorio, sino también en función a la subsunción jurídico penal. Es decir, el alcance exacto de los elementos del tipo delictivo acusado —se ha de probar aquellos hechos penalmente relevantes— determina el juicio histórico.*
- 2. El elemento objetivo del tipo penal de violación sexual parte de entender que el acceso carnal es un concepto normativo. No es necesario para la consumación una penetración íntegra o que haya traspasado ciertos límites anatómicos; y, en el caso de penetración vaginal, basta una introducción parcial y que únicamente se produzca en la que ya forman parte de la vagina aunque lo sea en su porción externa —zona vestibular vaginal— (párr. 4-5).*

Por lo tanto, según lo expuesto por Valle, no es necesaria una penetración completa para considerarse como violación sexual.

### 2.10.3 México

Otro caso encontrado es el del acuerdo de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, presentado por Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, en la contradicción de tesis 462/2010. Para ello, Zaldívar (2011) indica que:

*El Tercer Tribunal Colegiado en Materias Penal y de Trabajo del Séptimo Circuito, al resolver el amparo en revisión 148/2009, estimó que la descripción típica de la violación específica equiparada prevista por el artículo 182, párrafos primero y tercero, en relación con el numeral 183, párrafo primero del Código Penal para el Estado de Veracruz, consiste en la introducción por vía vaginal o anal de cualquier objeto o parte del cuerpo humano distinto al miembro viril, mediando violencia física o moral, cualquiera que sea el sexo de la víctima. Sin embargo, el precepto no exige que necesariamente se cause desfloración o lesiones corporales en la víctima para tener por justificados los elementos típicos. Por ello, el resultado del dictamen pericial en cuanto a que el himen de la ofendida se observó íntegro y no presentó lesiones no es óbice para tener por acreditados los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado (párr .155).*

De igual manera, en el texto, Zaldívar (2011) indica que:

*El Tribunal Colegiado citó como criterio orientador la tesis sustentada por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, publicada en la página mil cuatrocientos setenta y tres, Novena Época, materia penal,*

*tomo II, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro: VIOLACIÓN DE IMPÚBER, DELITO DE. PARA QUE SE ACTUALICE EL ELEMENTO CÓPULA BASTA CON UNA PENETRACIÓN PARCIAL AUN CUANDO LA PASIVO NO PRESENTE DESFLORACIÓN O LESIONES CORPORALES.*

*Según esta tesis, compartida por el órgano colegiado contendiente, si bien la noción restringida de la cópula se refiere a la introducción del órgano sexual masculino (pene) en la parte femenina (vagina o vulva), para los efectos penales resulta indiferente si la introducción o penetración sólo es parcial, pues para que se tengan por integrados los elementos del tipo penal de violación no es indispensable que se agote fisiológicamente el acto sexual. En consecuencia, el Tribunal Colegiado concluyó que no se requiere la existencia de desgarre del himen en la víctima para tener por acreditado el delito de violación específica equiparada (párr. 156-157).*

De esta manera, según la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, para los efectos penales resulta indiferente si la penetración es parcial o completa para que se tengan por integrados los elementos del tipo penal de violación.

### **Capítulo III. Marco metodológico**

En el presente capítulo se abordará el Marco Metodológico, en el cual desarrollará cuales son los parámetros en cuanto al método de la recolección y valoración de los datos a lo largo de la investigación y siendo el tipo de estudio utilizado la metodología correlacional que tiene como fin relacionar o vincular diversos fenómenos entre sí; siendo estos, tanto el fenómeno de la dinámica en la audiencia de comparecencia, contrastado con el debido proceso.

#### **Método de Investigación**

Por ser el enfoque de la investigación un proceso estricto sobre el método de investigación, de conformidad con lo que desarrolla Roberto Hernández Sampieri en su libro Metodología de la investigación.

En la presente investigación se utilizará el enfoque cualitativo ya que se abarcará de lo particular que es la dinámica en la comparecencia de la persona jurídica a lo general que son las disposiciones del debido proceso, así como las garantías penales.

Se evaluará la pertinencia y procedencia del debido proceso en la audiencia de comparecencia. Hernández, et al., (2014), refiere que:

*El enfoque cualitativo también se guía por áreas o temas significativos de investigación. Sin embargo, en lugar de que la claridad sobre las preguntas de investigación e hipótesis preceda a la recolección y el análisis de los datos (como en la mayoría de los estudios cuantitativos), los estudios cualitativos*

*pueden desarrollar preguntas e hipótesis antes, durante o después de la recolección y el análisis de los datos (p. 7).*

Se analizará si la interpretación jurisprudencial y dogmática de la penetración parcial o vestibular en Costa Rica, violenta el principio de tipicidad y la seguridad jurídica de la persona imputada a través del análisis de resultados obtenidos en las entrevistas. No se construirá una hipótesis, por el contrario, se perfeccionará el análisis de estudio mediante la recolección de información a través de consultas a los expertos, para encontrar respuesta a la interrogante planteada.

La teoría fundamentada como diseño de investigación busca desarrollar el objeto de estudio analizando significados de un fenómeno a través de la interacción social que ha tenido, por esta razón será el diseño por utilizar en esta investigación. A través de la recolección y análisis de datos, se plantea el objetivo de crear una teoría que demuestre la interpretación jurisprudencial y dogmática de la penetración parcial o vestibular en Costa Rica podría estar violentando el principio de tipicidad y la seguridad jurídica de la persona imputada.

## **Técnicas de investigación utilizadas**

### **Entrevista a profundidad**

Los instrumentos son las herramientas utilizadas para obtener la información y recolectar datos de las fuentes de información seleccionadas, de modo que se responda al problema de la investigación. En la presente investigación se realizarán preguntas semiestructuradas mediante entrevistas a los expertos, que se analizarán

posteriormente en el capítulo IV, de la presente investigación, denominado, análisis de resultados, en donde se contrastarán los insumos obtenidos por medio de la recolección de entrevistas, contrastándose con el marco teórico.

Este instrumento es una forma más amplia y facilita la forma de acceso a la información, obtenida de sujetos entrevistados que se pretende en este caso sean Jueces penales, Fiscales, Defensores Públicos y Litigantes particulares especializados en materia penal.

Esto pues, ellos son los expertos en la materia que desempeñan, lo cual permite obtener los insumos informativos necesarios, realizándose entrevistas a profundidad, basadas en su experiencia y conocimiento. “Esta se define como una reunión para conversar e intercambiar información entre una persona (el entrevistador) y otra (el entrevistado) u otras (entrevistados)”.

Las fuentes de información de la indagación son instrumentos para obtener información que permita analizar el fenómeno de estudio, como participantes, muestras, objetos, entre otros. En esta investigación las fuentes serán expertos en la materia de estudio, de quienes se obtendrá información a través de entrevistas con preguntas estructuradas, para analizar la necesidad de la especialización técnica-académica del mediador en Derecho. Los entrevistados se espera que sean Jueces penales, Fiscales, Defensores Públicos y expertos varios en la materia.

En principio, el instrumento empleado será el realizar entrevistas estructuradas a expertos en materia penal, con el fin de, obtener una perspectiva crítica, basada en personas que tienen basto conocimiento al respecto del tema, y

una trayectoria y experiencia relevante, que los habilita para ser una fuente de información totalmente fiable para ser analizada, y contrastada con la doctrina y normativa recolectada en el marco teórico.

Bajo la figura de unidades de análisis, se descomponen en los objetivos específicos, en los aspectos necesarios para, de ellos, formular las preguntas que posteriormente, formarán la entrevista estructurada que se les realizará a todos los expertos en igualdad de condiciones.

Producto de lo antes descrito, extraen las siguientes unidades de análisis, con el fin de realizar posteriormente el cuestionamiento oportuno

### **Objetivos Específicos**

1. Examinar el principio de tipicidad en materia penal en el ordenamiento jurídico costarricense para la evaluación de posibles vulneraciones en delitos sexuales en la aparente dicotomía entre la penetración y la penetración parcial.
2. Delimitar el concepto médico legal de penetración parcial o vestibular para el conocimiento de este término en los criterios normativos de abuso sexual y violación
3. Análisis jurisprudencial local e internacional para conocer la interpretación aplicada a la penetración parcial o vestibular.

Desde un primer análisis, se debe de tomar el objetivo específico y descomponerse en dos unidades de análisis, siendo estos dos elementos los más

importantes del objetivo, y producto de ello, se extraerán una pregunta, por unidad de análisis.

El primer objetivo dispone;

1. Examinar el principio de tipicidad en materia penal en el ordenamiento jurídico costarricense para la evaluación de posibles vulneraciones en delitos sexuales en la aparente dicotomía entre la penetración y la penetración parcial.

De lo anterior, se extrae que como uno de los elementos preponderantes a analizar ya que se hace mención clara tipicidad y la penetración parcial o vestibular, por lo que se considera oportuno que la primera unidad de análisis sea el concepto de estos conceptos.

La tipicidad penal se entiende como la necesidad que tuvo el legislador de definir de manera expresa y clara dentro de la ley las conductas que serían punibles y a su vez garantiza que la sociedad conozca de antemano cuales son aquellas sanciones reprochables a nivel judicial para que exista un control no solo a las personas usuarias de los sistemas judiciales sino también a quienes se encargan de repartir dicha justicia, logrando así que no existan vulneraciones en la aplicación de las leyes

Si se aborda el concepto de tipicidad penal y penetración parcial o vestibular, ineludiblemente tiene hacerse referencia a la interpretación dogmática y jurisprudencial que se le han otorgado a estos conceptos.

Por lo cual, la primera unidad de análisis es el concepto de persona, y de ella se crea la primera pregunta;

1.- ¿Como debe de ser entendida la tipicidad en materia penal?

Como segunda unidad de análisis, se extrae lo referente a la “penetración parcial o vestibular”. Anatómicamente la vulva no se puede penetrar solo rozar, únicamente la vagina es la que se podría penetrar, si se estuviera ante el análisis de acciones que ocurrieron por parte del sujeto activo hacia la víctima en su área vulvar; este análisis se desprende a raíz de las concepciones medicas que se dieron en los puntos anteriores donde se mostraba como está conformado el sistema reproductor femenino tanto en sus órganos como externos.

Se entiende entonces que por característica anatómica la vulva es impenetrable porque no tiene accesos, sin embargo se en la vulva si se pudiese desarrollar la acción llamada “coito vulvar” o lo que se conoce como penetración vestibular.

Producto de este cambio de paradigma tan relevante, se considera que la segunda unidad de análisis debe versar sobre la opinión de expertos en cuanto a la definición de la penetración parcial o vestibular desde la tipificación de la acción penal. Es por ello por lo que se plantea la segunda pregunta como:

2.- ¿Cuál es la diferencia entre una penetración parcial o vestibular y el abuso sexual desde el sentido de la teoría de la acción penal?

Como segundo objetivo específico se tiene;

2. Delimitar el concepto médico legal de penetración parcial o vestibular para el conocimiento de este término en los criterios normativos de abuso sexual y violación.

Sobre este segundo objetivo específico, se pretende comprender el concepto técnico desde la óptica medica legal que se le da al término de la penetración parcial y como este término puede desarrollarse dentro de alguno de los tipos penales que se refieren a delitos sexuales, es por ello por lo que ambas unidades de análisis versarán sobre estos elementos.

Para que se configure el delito sexual de abuso, todas las actuaciones que el sujeto activo realice sobre el sujeto pasivo deben darse en los órganos externos del aparato reproductor femenino, esto no excluye que también se puede configurar un abuso sexual hacia un sujeto pasivo que sea de género masculino, sin embargo, esta investigación se enfocara en los casos donde la víctima es de género femenino

Es por ello por lo que, como primer cuestionamiento dentro de la primera unidad de análisis que resultaría de la acción que configura el delito sexual se plantea la siguiente pregunta;

3.- ¿Cuáles son las diferencias sustanciales entre los delitos de violación y abuso sexual?

Como segundo punto, versando ya no los parámetros de tipicidad, sino en estrictamente los tipos penales de abuso sexual y violación en Costa Rica, es

menester de esta investigación determinar si la acción de penetración parcial o vestibular, es aplicable y si cumplen con los presupuestos de abuso o violación sexual, los cuales conforman parte vital de esta investigación, debido a la interpretación que se les ha dado a nivel jurisprudencial en Costa Rica cuando dentro de los hechos sucede una penetración vestibular.

En congruencia con el párrafo anterior, se debe analizar los elementos descriptivos y normativos de los tipos penales de abuso sexual y violación. Es por ello, que se expone como segunda pregunta de la segunda unidad de análisis la siguiente;

4. ¿Cumple el concepto de penetración parcial con los elementos objetivos y subjetivos del delito de violación?

Por último, es importante establecer las diferencias sustanciales entre la acción de rozar y la acción de penetrar, ya que aunque pueden suceder ambas en un solo hecho no comparten la misma definición medica-legal. De lo anterior surge la tercera pregunta de la segunda unidad de análisis y se cuestiona lo siguiente:

5.-Desde el aspecto jurídico, hay alguna diferencia entre penetración y rozamiento?

Como tercer objetivo específico se dispone el siguiente;

3.- Análisis jurisprudencial local e internacional para conocer la interpretación aplicada a la penetración parcial o vestibular.

Dentro de los aspectos más destacados - que no han sido abordados en las unidades de análisis extraídas de los objetivos pasados es lo referente al análisis jurisprudencial local e internacional sobre la penetración parcial o vestibular.

A nivel local el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José en su resolución número 01321 – 2012 de las 9:20 horas del 04 de julio del 2012 cita acerca del tema de la penetración parcial o vestibular a Suarez-Mira diciendo:

*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. Pero, ¿qué es la vagina? ¿dónde inicia? El Diccionario de la Real Academia Española, en su 21ava. edición define dicho término, en su única acepción, como "Conducto membranoso y fibroso que en las hembras de los mamíferos se extiende desde la vulva hasta la matriz" (el destacado es suplido). Aunque la definición gramatical no aporta muchos elementos para la especificación del órgano (desde que lo ubica a partir de la vulva) sí permite diferenciarlo de ésta al aludir a un "conducto" es decir, un canal, tubo o cavidad. Es en la terminología médica en que se hace específicamente la distinción. En tal sentido se pronuncia la doctrina: al indicar "Hay acceso carnal (...) cuando se produce la penetración del órgano genital de un varón en la vagina, el ano o la boca de otra persona, mediando violencia o intimidación. Dicho acceso 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. Hay que advertir que no es ésta una opinión compartida por toda la doctrina ni por la jurisprudencia (...) aunque es mayor el número de resoluciones del TS en que se acoge la teoría de la coniunctio membrorum, según la cual basta con el acoplamiento directo entre el órgano genital masculino y la vagina, hasta el extremo de lo posible, para entender consumado el delito. En coherencia con la opinión acabada de expresar, en la violación anal el acceso carnal requiere que el órgano genital del varón rebase el orificio anal introduciéndose en el recto y no un simple contacto o roce. E igualmente por lo que hace al acceso carnal por vía bucal es necesaria la penetración por el órgano genital del varón, en estado de erección, en dicha cavidad para entender consumado el delito..." (SUÁREZ-MIRA [Nombre11] , . Manual de Derecho penal. Tomo II Parte especial. Thomson, Civitas, 4ª edición, p. 159) (párr. 6).*

Por lo anterior, la penetración parcial se trata más de un tipo de roce en el área vulvar, anal o bucal en la que no se cumple con el elemento objetivo del delito de violación donde tiene que ocurrir un acceso carnal, en la penetración parcial o vestibular el pene nunca llega a introducirse en la zona vaginal.

Mientras que a nivel internacional, Creus (1996), jurista argentino especialista derecho penal, refiere que el acceso carnal se puede definir como:

*La introducción del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima pero si se discute tal concepto está limitado por la penetración. En primer lugar, como la violación tiene como sujetos pasivos posibles tanto a la mujer como al hombre, hay que concluir que la penetración es típica tanto cuando se le realiza por vía vaginal como cuando se le realiza por vía anal (p. 12).*

Este autor plantea en su libro Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, que existen diferentes vías en las cuales se puede dar la penetración y aunque en la mayoría de los casos sucede por la vía vaginal o anal, existen otras vías que han cobrado auge como lo es la bucal con el llamado “coito oral” que podría incluso presentar mayor violencia para la víctima que está siendo vulnerada.

Es por lo anterior que como primera unidad de análisis del tercer objetivo se desprende la siguiente pregunta:

6.- ¿Cuál ha sido el criterio jurisprudencial sobre la aplicación de la figura de penetración parcial en Costa Rica?

Como segunda unidad de análisis, del objetivo específico tercero se pretende evacuar la siguiente pregunta:

7.- ¿Cuál ha sido la línea doctrinaria a nivel internacional sobre la creación y aplicación de esta figura?

### **Análisis de información bibliográfica**

Como otras fuentes de obtención de datos, se analizar sentencias emitidas por la Sala Constitucional de Costa Rica, en aspectos relevantes a este tema,

además de estudiarse resoluciones desde la óptica de tribunales penales e incluso, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, con el fin de determinar cómo se ha abordado este tema. Todo esto con el fin de dar insumos para llegar a las conclusiones y recomendaciones propias de la investigación en los siguientes capítulos.

### **Población y muestra**

La selección de los expertos a entrevistar se hará en referencia a los objetivos planteados, y debido a la profunda y especificidad de los alcances de esta investigación se procurará que los expertos sean personas que estén estrechamente vinculadas, en temas penales, delitos sexuales, como defensores públicos, o bien jueces de juicio penal, o de ejecución de la pena, que están ligados ineludiblemente a procesos judiciales, por lo que son garantes de que durante el mismo se respete el debido proceso.

Dentro de las entrevistas, se realizarán tres entrevistas estructuradas a expertos, en los cuales se buscará que sean personas doctas en la materia, en principio, funcionarios de la función jurisdiccional como jueces, fiscales o defensores, que además de su excepcional trabajo, se hayan nutrido de las fuentes académicas necesarias, para dar un pensamiento crítico y académico realmente oportuno a un tema de tal trascendencia.

“Existe una gran variedad de dueños que pueden generar ideas de investigación entre las cuales se encuentran las experiencias individuales, materiales, escritos (libros, artículos de revista o periodos, notas y tesis), materiales audiovisuales y programas de radio o televisión, información dispone be en internet (en su amplia gama de posibilidades, como páginas web, foros de discusión, entre otros)” (Hernández et al., 2014, p. 26).

## Capítulo IV. Análisis de resultados

El capítulo cuatro consiste en la creación de unidades de análisis, los cuales se requieren para darle contenido a los puntos de investigación. Metodológicamente, las unidades de análisis se consideran como extractos de los objetivos específicos, en los cuales se van a plantear de dos a tres preguntas por cada objetivo.

Los objetivos específicos de la presente investigación son;

1. Examinar el principio de tipicidad en materia penal en el ordenamiento jurídico costarricense para la evaluación de posibles vulneraciones en delitos sexuales en la aparente dicotomía entre la penetración y la penetración parcial.
2. Delimitar el concepto médico legal de penetración parcial o vestibular para el conocimiento de este término en los criterios normativos de abuso sexual y violación
3. Análisis jurisprudencial local e internacional para conocer la interpretación aplicada a la penetración parcial o vestibular.

Como primer objetivo específico se extraen las siguientes unidades de análisis.;

1. Examinar el principio de tipicidad en materia penal en el ordenamiento jurídico costarricense para la evaluación de posibles vulneraciones en delitos sexuales en la aparente dicotomía entre la penetración y la penetración parcial.

## **Unidades de análisis:**

### 1.- Principio de tipicidad en materia penal

La tipicidad en materia penal es la adecuación de una conducta al tipo penal descrito en la ley. Es un principio esencial del derecho penal que garantiza que solo las acciones previamente establecidas en la legislación pueden ser sancionadas. Se fundamenta en el principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*), lo que implica que ninguna acción puede ser considerada delito si no está tipificada. Esto protege a los ciudadanos de interpretaciones arbitrarias y asegura que las sanciones sean previsibles y justas.

La tipicidad cuenta con dos elementos, el elemento objetivo y el elemento subjetivo; el primero implica que el tipo penal debe estar descrito de manera clara y detallada en la legislación penal, de modo que sea comprensible para todos. La tipicidad es el primer paso para determinar la antijuridicidad y culpabilidad de una conducta. En Costa Rica, este principio está respaldado por el artículo 39 de la Constitución y el Código Penal. El análisis del juzgador debe ser exhaustivo para evitar interpretaciones erróneas y garantizar que solo se sancionen las conductas expresamente descritas en la ley.

Mientras que, el elemento subjetivo se refiere al conocimiento y la voluntad del individuo al cometer una acción. Este se divide en dos vertientes:

**Dolo:** es la intención consciente de cometer un delito. Implica tanto conocimiento de la ilegalidad como la voluntad de realizar la acción. Se clasifica en

dolo directo (cuando se busca un resultado específico) y dolo eventual (cuando se acepta la posibilidad de causar un daño).

Culpa: ocurre cuando el sujeto no tiene la intención de cometer el delito, pero actúa con negligencia, imprudencia o falta de previsión. La culpa se diferencia del dolo porque no hay voluntad de causar un daño, aunque el sujeto podría haber previsto sus consecuencias.

## 2.- Penetración Parcial o Vestibular

Desde el punto de vista médico-legal, la penetración se define como la introducción del pene en un orificio corporal (vaginal, anal u oral). Para que se configure como violación, esta debe ocurrir sin consentimiento. Aunque tradicionalmente se asoció con agresores masculinos, se reconoce que también puede cometerse mediante objetos o incluso por mujeres.

El análisis de la anatomía femenina es fundamental en estos casos. Los órganos externos, como la vulva y el clítoris, y los órganos internos, como el útero, los ovarios y la vagina, cumplen funciones clave en la reproducción y en la respuesta a agresiones sexuales.

Este delito es complejo en su estudio y requiere un análisis médico-legal exhaustivo para determinar la existencia de penetración y la afectación a la víctima.

El concepto de penetración parcial en delitos sexuales genera debate debido a la falta de una definición clara. Doctrinariamente, la violación requiere acceso carnal (vaginal, anal o bucal), lo que excluye roces o contactos superficiales. En

este sentido, la vulva no es susceptible de penetración, sino solo de roce, lo que lo situaría dentro del abuso sexual y no de la violación.

La jurisprudencia costarricense ha discutido si la penetración parcial configura violación, y aunque algunos autores la consideran abuso sexual agravado, otros sostienen que puede ser violación sin necesidad de que la penetración sea completas.

Del análisis del primer objetivo específico y de la extracción de las primeras dos unidades de análisis, se logra determinar que las dos preguntas necesarias para dar contenido académico al objetivo sobre las siguientes;

*1.- ¿Cómo debe de ser entendida la tipicidad en materia penal?*

*2.- Cual es la diferencia entre una penetración parcial o vestibular y el abuso sexual desde el sentido de la teoría de la acción penal?*

El segundo objetivo específico se delimitó como:

2. Delimitar el concepto médico legal de penetración parcial o vestibular para el conocimiento de este término en los criterios normativos de abuso sexual y violación.

Las unidades de análisis del segundo objetivo se establecieron como:

1. Abuso Sexual:

El abuso sexual se define como un delito contra la libertad sexual que implica actos de connotación sexual sin acceso carnal (penetración), los cuales pueden incluir tocamientos, caricias o rozamientos no consentidos.

El Código Penal de Costa Rica (Artículo 161) sanciona con prisión de tres a ocho años a quienes cometan actos sexuales abusivos contra menores de edad o personas incapaces.

En casos de abuso sexual contra mujeres, se considera la anatomía femenina, distinguiendo entre órganos sexuales externos e internos. Para tipificar el delito, la conducta del agresor debe implicar contacto con los órganos externos sin llegar a una penetración, lo cual diferenciaría el abuso sexual de la violación.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que el abuso sexual se configura cuando el sujeto activo instrumentaliza el cuerpo de la víctima con fines sexuales, afectando su autodeterminación y desarrollo. La norma protege especialmente a los menores de edad, cuya indemnidad sexual debe resguardarse.

Por lo tanto, el abuso sexual es una grave violación de la libertad sexual que requiere un análisis detallado de los hechos para diferenciarlo de otros delitos como la violación, asegurando la adecuada sanción de los responsables.

## 2. Violación Sexual:

El delito de violación, según el Código Penal, se castiga con diez a dieciséis años de prisión cuando una persona accede carnalmente a otra por vía oral, anal o vaginal sin su consentimiento, ya sea por violencia, vulnerabilidad de la víctima o si esta es menor de trece años. También se considera violación la introducción de objetos o animales en el cuerpo de la víctima.

Este delito protege la autodeterminación sexual, es decir, el derecho de toda persona a decidir libremente sobre su vida sexual. En este sentido, el Tribunal ha señalado que la violación no solo implica la satisfacción del agresor, sino el acceso carnal en contra de la voluntad de la víctima. Además, la legislación contempla circunstancias agravantes como el vínculo entre víctima y agresor, el embarazo resultante o el abuso dentro del matrimonio

### 3. Principio de Legalidad:

Desde la perspectiva penal, este principio protege a las personas de sanciones injustas al establecer que nadie puede ser castigado sin una ley previa que tipifique su conducta como delito (Artículo 39 de la Constitución Política).

Históricamente, este principio se remonta a la Carta Magna inglesa (1215) y está reflejado en el Artículo 1 del Código Penal costarricense, que prohíbe sancionar conductas no establecidas en la ley.

Se compone de tres subprincipios:

Lex previa: la ley debe existir antes de la comisión del delito y no puede aplicarse retroactivamente en perjuicio del acusado.

Lex certa: la ley debe ser clara y precisa para evitar interpretaciones ambiguas.

Lex stricta: solo la ley escrita puede tipificar delitos y establecer sanciones, excluyendo el uso de la costumbre o la jurisprudencia como base exclusiva.

La Sala Constitucional ha enfatizado que las normas penales deben estructurarse con claridad para que los ciudadanos sepan qué conductas son punibles. El principio de legalidad es una garantía fundamental en el Estado de Derecho, asegurando que los jueces actúen con base en normas establecidas y protegiendo tanto a víctimas como a imputados.

Del análisis del segundo objetivo específico y de la extracción de las primeras tres unidades de análisis, se logra determinar que las tres preguntas necesarias para dar contenido académico al objetivo sobre las siguientes;

1. *¿Cuáles son las diferencias sustanciales entre los delitos de violación y abuso sexual?*
2. *Desde el aspecto jurídico, ¿Existe alguna diferencia entre penetración y rozamiento?*
3. *¿Cumple el concepto de penetración parcial con los elementos objetivos y subjetivos del delito de violación?*

El tercer objetivo específico se estableció como:

- 3- Análisis jurisprudencial local e internacional para conocer la interpretación aplicada a la penetración parcial o vestibular.

Las unidades de análisis del tercer objetivo se definen como:

1. Criterio jurisprudencial sobre la aplicación de la figura de penetración parcial en Costa Rica:

El Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José en su resolución número 01321 – 2012 de las 9:20 horas del 04 de julio del 2012 cita acerca de este tema a Suarez-Mira diciendo:

*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. Pero, ¿qué es la vagina? ¿dónde inicia? El Diccionario de la Real Academia Española, en su 21ava. edición define dicho término, en su única acepción, como "Conducto membranoso y fibroso que en las hembras de los mamíferos se extiende desde la vulva hasta la matriz" (el destacado es suplido). Aunque la definición gramatical no aporta muchos elementos para la especificación del órgano (desde que lo ubica a partir de la vulva) sí permite diferenciarlo de ésta al aludir a un "conducto" es decir, un canal, tubo o cavidad. Es en la terminología médica en que se hace específicamente la distinción. En tal sentido se pronuncia la doctrina: al indicar "Hay acceso carnal (...) cuando se produce la penetración del órgano genital de un varón en la vagina, el ano o la boca de otra persona, mediando violencia o intimidación. Dicho acceso 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.*  
(párr. 6).

Por lo anterior, la penetración parcial se trata más de un tipo de roce en el área vulvar, anal o bucal en la que no se cumple con el elemento objetivo del delito de violación donde tiene que ocurrir un acceso carnal, en la penetración parcial o vestibular el pene nunca llega a introducirse en la zona vaginal.

## 2. Derecho Comparado

### **Argentina**

En Argentina, la penetración parcial también genera debate. Creus (1996) considera que este tipo de contacto debería clasificarse como abuso sexual agravado y no violación, mientras que Donna (2005) sostiene que cualquier grado de penetración podría considerarse violación. El Código Penal argentino (art. 119) unifica abuso sexual y violación en un mismo artículo, diferenciándolos según la gravedad y la existencia de acceso carnal.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha adoptado una visión amplia de la violencia sexual, reconociendo que puede configurarse sin necesidad de penetración física. Esto resalta la divergencia de criterios entre distintas jurisdicciones sobre el alcance de la penetración parcial en el derecho penal.

### **Perú**

El recurso de nulidad 358-2019 de la Corte Suprema de Justicia de Perú establece que, para la configuración del delito de violación sexual, no es necesario

que haya una penetración completa o que traspase ciertos límites anatómicos. Según Valle (2021), basta con la acreditación de signos de desgarro para la consumación del delito. Además, la cavidad vaginal debe interpretarse considerando el contexto específico del caso, incluyendo la diferencia física entre agresor y víctima, signos de lesión en la zona vulvar y la exclusión de actos contra el pudor como única intención. También se destaca que el acceso carnal es un concepto normativo y que la introducción parcial en la zona vestibular vaginal es suficiente para configurar el delito.

### **México**

El acuerdo de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de México, basado en la contradicción de tesis 462/2010, establece que la violación equiparada, según el Código Penal de Veracruz, no requiere que la víctima presente desfloración o lesiones corporales para acreditarse. El Tercer Tribunal Colegiado determinó que la penetración, incluso parcial, es suficiente para configurar el delito. Asimismo, la tesis del Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito respalda que, para efectos penales, la introducción parcial del órgano sexual o de otro objeto es suficiente sin necesidad de agotamiento fisiológico del acto sexual.

Del análisis del tercer objetivo específico y de la extracción de las primeras dos unidades de análisis, se logra determinar que las tres preguntas necesarias para dar contenido académico al objetivo sobre las siguientes;

1. *¿Cuál ha sido el criterio jurisprudencial sobre la aplicación de la figura de penetración parcial en Costa Rica?*

2. *¿Cuál ha sido la línea doctrinaria a nivel internacional sobre la creación y aplicación de esta figura?*

Habiéndose establecido las unidades de análisis y lo correspondiente a las preguntas de investigación, que serán por cada uno de los objetivos específicos que van a dar contenido a esta investigación, por medio de entrevistas estructuradas que se realizarán a expertos.

Esas entrevistas se materializaron en los expertos:

### **Marco Aurelio Mora Dittel**

Abogado con más de 20 años de experiencia en litigio penal y tramitación de casos de alta complejidad. Su trayectoria incluye un enfoque especializado en la administración del riesgo y resolución de conflictos mediante estrategias integrales en el ámbito del Derecho Penal y Procesal Penal. Su práctica combina una sólida formación académica con experiencia en la docencia, la capacitación y el ejercicio profesional.

Es Licenciado en Derecho y cuenta con una Maestría en Criminología, así como una Maestría en Derecho Penal y Procesal Penal. Además, posee especializaciones en Justicia Penal y Prevención del Delito, Sistema Bancario, Cumplimiento Normativo Penal (Compliance Penal), Delincuencia Organizada y Ciberdelincuencia, lo que le permite abordar con profundidad diversas áreas del derecho penal y la gestión de riesgos legales.

En su experiencia profesional, ha ocupado diversos cargos en el Ministerio Público de Costa Rica, desempeñándose como Fiscal Auxiliar, Fiscal de Juicio, Fiscal Jefe y, de manera interina, Juez de Juicio en el Tribunal de Puntarenas. También ha ejercido funciones de supervisión y coordinación de fiscalías en distintas regiones del país. Desde 2020, dirige su propio estudio jurídico, Prisma Legal – Prisma Criminal Law, donde ofrece asesoría y representación legal en litigios penales y cumplimiento normativo.

Paralelamente, ha desarrollado una amplia labor docente, impartiendo cursos en maestrías de Derecho Penal y Criminología desde 2010 en distintas universidades. Además, ha sido facilitador en el proceso de selección de fiscales auxiliares y ha participado como conferencista en temas de Derecho Penal, Procesal Penal, Impugnación y Control de Convencionalidad.

Su formación se complementa con numerosos cursos y seminarios en áreas como criminalística, ciencias forenses, derecho ambiental, delitos funcionales, derechos humanos y estándares internacionales, entre otros. También domina el idioma inglés en un nivel medio-alto, lo que le permite desenvolverse en entornos académicos y profesionales de alcance internacional.

### **David Fernández Hernández**

El segundo entrevistado es abogado con una destacada trayectoria en el ámbito del Derecho Penal. Es Doctor en Derecho Penal por la Universidad Escuela Libre de Derecho, obteniendo la distinción Summa Cum Laude Probatas en 2018. Además, es Máster en Derecho Penal por la Universidad Internacional de las

Américas, con mención Cum Laude Probatus, y egresado de la Maestría en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica. Se incorporó al Colegio de Abogados de Costa Rica en 2012 y obtuvo su Licenciatura en Derecho en 2011.

Desde 2013, se desempeña como Defensor Público del Poder Judicial en materia Penal, acumulando una vasta experiencia en la defensa de los derechos de las personas dentro del proceso penal costarricense. Su labor en la defensa pública le ha permitido desarrollar una perspectiva integral del sistema de justicia y consolidar su especialización en el ámbito penal.

De igual manera, ha desarrollado una sólida carrera docente. Desde el 2019 es profesor en la Maestría en Derecho Penal de la Universidad Internacional de las Américas. Además, desde 2018, imparte el Curso de Preparación para el Examen de Juez Penal, Fiscal Auxiliar y Defensor Público en el Instituto Jurídico de Costa Rica. También fue docente de los cursos de Derecho Penal 1 y 2 en la Universidad de las Ciencias y el Arte durante 2017.

Ha complementado su carrera con publicaciones académicas. En 2012, publicó el libro “Los Beneficios Penitenciarios: Falacias y Realidades”. Asimismo, ha escrito artículos en el Semanario Universidad, como “La búsqueda de la verdad real en el proceso penal” (2013) y “Hacia un Ministerio Público independiente del Poder Judicial” (2017), abordando temas clave del sistema penal y la independencia judicial.

Su perfil combina una sólida formación académica, experiencia práctica en litigio penal y una fuerte vocación docente, lo que lo posiciona como un referente en el estudio y la práctica del Derecho Penal en Costa Rica.

Como tercer entrevistado:

### **Evelyn Cabezas**

Es una abogada con amplia experiencia en Derecho Penal y Procesal Penal, especializada en litigios complejos y defensa de derechos fundamentales. Su formación académica y su ejercicio profesional la han convertido en una experta en estrategias jurídicas para la resolución de conflictos dentro del sistema judicial costarricense.

Es Doctora en Derecho Penal por la Universidad de Costa Rica, donde obtuvo la distinción Summa Cum Laude Probatus. Además, cuenta con una Maestría en Derecho Penal y Criminología y una Especialización en Litigación Oral y Justicia Penal Acusatoria. Se incorporó al Colegio de Abogados de Costa Rica en 2010, tras obtener su Licenciatura en Derecho con honores.

En el ámbito profesional, se ha desempeñado como jueza penal. Su experiencia incluye la representación en juicios de alto perfil y la coordinación de equipos especializados en el análisis de prueba pericial y técnicas de litigación estratégica.

Su vocación docente la ha llevado a impartir cursos de Derecho Penal, Procesal Penal y Argumentación Jurídica en universidades como la Universidad de

Costa Rica y la Universidad Escuela Libre de Derecho. También ha sido conferencista en foros nacionales e internacionales sobre justicia penal, derechos humanos y prevención del delito.

Evelyn ha complementado su trayectoria con diversas publicaciones académicas y artículos de opinión, abordando temas como la reforma procesal penal, el impacto de la ciberdelincuencia y los desafíos del sistema acusatorio en Costa Rica. Su compromiso con la justicia y la defensa de los derechos fundamentales la posiciona como una de las juristas más influyentes en su campo.

Ahora bien, teniéndose las unidades de análisis, las preguntas establecidas y los expertos escogidos como muestra, la técnica para darle contenido a las preguntas y sustentar la investigación, se realiza el siguiente análisis de resultados de las entrevistas estructuradas realizadas a los expertos y un contraste con la jurisprudencia y normativa, presente también a nivel de marco teórico.

Con referencia a la primera pregunta se tiene por análisis que:

*1.- ¿Cómo debe de ser entendida la tipicidad en materia penal?*

A primera vista, las respuestas de los entrevistados 1 y 3 comparten una visión clásica y directa sobre el concepto de tipicidad, centrándose en la relación formal entre la conducta y la norma penal. Mientras que el entrevistado 1 utiliza el término "adecuación" o "encaje" de una conducta en el tipo penal, mientras que el entrevistado 3 enfatiza la idea de "correspondencia o coincidencia" entre lo realizado y lo previsto en la norma. Ambas aproximaciones resaltan la importancia

de que la conducta se ajuste de manera clara a lo establecido en la ley, sin profundizar en elementos adicionales o en el contexto teórico más amplio.

El entrevistado 1 relaciona la tipicidad con la adecuación de una conducta a la ley, en línea con el principio de legalidad mencionado en lo investigado para la elaboración del marco teórico. Su explicación concuerda con el concepto de tipicidad objetiva, pues enfatiza que una conducta debe estar claramente establecida en la norma penal para ser considerada un delito. También menciona la necesidad de analizar si la conducta realmente encaja en el tipo penal descrito, lo que coincide con el principio de interpretación detallada que busca evitar errores en la aplicación del derecho.

Por otro lado, el entrevistado 2 ofrece una respuesta más compleja y matizada, en la que la tipicidad se presenta no solo como un requisito formal, sino también como el primer escalón dentro de las diversas teorías del delito. Esta respuesta amplía la perspectiva al incluir tanto los elementos objetivos, que en principio se centran en la conducta, como los elementos subjetivos, tales como el dolo, la culpa o la preterintención. Además, se destaca la posible interrelación de la tipicidad con otros conceptos fundamentales, como la antijuridicidad, lo que indica un enfoque que integra la tipicidad dentro de un entramado teórico más amplio y sistémico.

Tal cual se mencionó, su respuesta incorpora el concepto de tipicidad subjetiva descrito en lo investigado, ya que menciona la intencionalidad (dolo) y la imprudencia (culpa) como factores determinantes en la valoración de la conducta

típica. También resalta la importancia de evaluar el contexto y la intención del autor, lo que refleja el análisis del dolo directo o eventual mencionado en la teoría.

El entrevistado 3, aunque no entra en detalle sobre la distinción entre tipicidad objetiva y subjetiva, sí menciona que la tipicidad es la base para diferenciar una conducta lícita de una ilícita. Su enfoque se alinea con el principio de legalidad expuesto en lo investigado, ya que enfatiza que el derecho penal debe ser claro y preciso para evitar interpretaciones arbitrarias.

Es decir, mientras que los entrevistados 1 y 3 se centran en ofrecer definiciones concisas y formales de la tipicidad, el entrevistado 2 enriquece el concepto al situarlo en el contexto de las teorías del delito, abarcando dimensiones tanto objetivas como subjetivas. La elección entre estas aproximaciones dependerá del nivel de detalle y el marco teórico que se desee aplicar al análisis del fenómeno penal, ya que cada respuesta cumple un rol particular en la comprensión general del concepto.

Con referencia a la segunda pregunta se tiene por análisis que:

*2.- ¿Cuáles son las diferencias sustanciales entre los delitos de violación y abuso sexual?*

En primera instancia, el entrevistado 1 destaca que la diferencia sustancial entre violación y abuso sexual radica en los elementos normativos que configuran cada delito. Su respuesta resalta que ambos delitos protegen la libertad e indemnidad sexual, pero se distinguen en que la violación requiere la existencia de

un acceso carnal, mientras que el abuso sexual se caracteriza por actos dirigidos a fines sexuales sin que necesariamente se produzca dicho acceso. Esta explicación enfatiza la relevancia de la tipicidad en la configuración de cada delito.

Al compararlo con lo investigado, el entrevistado 1 establece una clara distinción entre ambos delitos, indicando que la violación requiere acceso carnal, mientras que el abuso sexual involucra actos de connotación sexual sin penetración. Esta explicación concuerda con la definición del marco teórico, que señala que el abuso sexual implica tocamientos o rozamientos sin acceso carnal, mientras que la violación ocurre cuando hay penetración. Además, el entrevistado menciona que la violación puede implicar violencia o aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima, lo cual se alinea con la descripción del Código Penal citada en lo investigado.

Por otro lado, el entrevistado 2 adopta un enfoque que, además de diferenciar ambos delitos, plantea una relación de inclusión entre ellos: toda violación implica abuso sexual, pero no todo abuso sexual equivale a violación. Este punto se apoya en la distinción de los medios empleados, donde la violación se define por la introducción no deseada de partes del cuerpo, objetos o incluso animales en alguna cavidad corporal, mientras que el abuso sexual se reduce a tocamientos abusivos de carácter sexual. La respuesta se centra en la modalidad de acción y la invasión física como elemento diferenciador clave.

Con respecto al marco teórico, el entrevistado 2, por su parte, introduce la idea de que la violación y el abuso sexual se diferencian no solo por la presencia o

ausencia de acceso carnal, sino también por la afectación a la autodeterminación sexual de la víctima. Esto se relaciona con lo señalado en la teoría, donde se menciona que el abuso sexual atenta contra la libertad sexual de la persona sin llegar a la penetración, mientras que la violación supone una vulneración más grave. También hace referencia a los elementos subjetivos del delito, sugiriendo que la intención del agresor es clave para tipificar la conducta, lo que coincide con la necesidad de un análisis detallado en cada caso, según lo visto en lo investigado.

Finalmente, el entrevistado 3 ofrece una definición concisa y directa que reitera el elemento determinante señalado en las respuestas anteriores: la existencia de un acceso carnal. En su planteamiento, la violación se identifica por la realización de un acceso carnal, ya sea oral, anal o vaginal, mientras que en el abuso sexual el acto no llega a constituir dicho acceso. Esta respuesta, similar a la de los entrevistados 1 y 2, enfatiza la relevancia del acceso carnal como el factor diferenciador fundamental entre ambos delitos.

Según lo investigado en el marco teórico, el entrevistado 3 enfatiza la jurisprudencia de la Sala Tercera, señalando que la violación se configura cuando hay penetración, independientemente de que sea parcial o total, mientras que el abuso sexual se refiere a contactos físicos sin acceso carnal. Su respuesta coincide con el marco teórico en cuanto a la conceptualización de ambos delitos, aunque no entra en detalles sobre las agravantes o la protección específica a menores.

En síntesis, mientras que el entrevistado 1 se centra en la descripción formal de los elementos normativos y el resultado jurídico de cada delito, el entrevistado 2

amplía el análisis contextualizando la relación entre ambos delitos y especificando los medios empleados, y el entrevistado 3 opta por una definición más resumida y directa basada en el concepto de acceso carnal. Cada una de estas respuestas aporta matices distintos que, en conjunto, enriquecen la comprensión de las diferencias sustanciales entre violación y abuso sexual.

De igual manera, las respuestas de los entrevistados están en gran medida alineadas con el marco teórico. Mientras que el entrevistado 1 se enfoca en la diferencia objetiva entre ambos delitos, el entrevistado 2 amplía la discusión hacia la afectación de la autodeterminación sexual y el análisis subjetivo de la conducta. El entrevistado 3, por otro lado, fundamenta su explicación en la jurisprudencia, destacando que la penetración, aunque sea parcial, es suficiente para configurar la violación.

Con referencia a la tercera pregunta se tiene por análisis que:

*3.- Desde el aspecto jurídico, ¿hay alguna diferencia entre penetración y rozamiento?*

El entrevistado 1 establece una diferenciación clara entre penetración y rozamiento a partir de los términos del lenguaje común y jurídico, subrayando que la penetración implica la introducción de un objeto o parte del cuerpo en la cavidad vaginal, mientras que el rozamiento se limita al contacto, sin la exigencia de introducir, lo que se relaciona directamente con el elemento constitutivo del delito de violación. Su respuesta se centra en el significado literal y funcional de ambos términos, destacando la relevancia de la introducción en la tipificación penal.

De acuerdo con lo investigado en el marco teórico, el entrevistado 1 menciona que la penetración implica la introducción del pene en la vagina, mientras que el rozamiento no supone tal introducción, sino un contacto externo. Esta explicación se alinea con el análisis médico de penetración del marco teórico, que define la penetración como la introducción del pene en un orificio corporal, diferenciándola del rozamiento, que consiste en el contacto sin penetración. No obstante, el entrevistado no profundiza en el papel del análisis médico-legal en la determinación de la penetración.

Por su parte, el entrevistado 2 aborda la cuestión desde una perspectiva más técnica y teórica, ubicando la penetración como un elemento objetivo del tipo penal de violación. Su análisis se complementa con una mención al “razonamiento”, aunque en este caso parece aludir a elementos de la capacidad volitiva de la víctima o a la imputabilidad del agresor, lo que complica ligeramente la respuesta. Esta aproximación añade una dimensión teórica al diferenciar los elementos objetivos de la conducta (penetración) de otros aspectos de la teoría del delito, lo que puede resultar confuso al intentar contrastarlo directamente con el concepto de rozamiento.

Con respecto a lo investigado, el entrevistado 2 introduce una perspectiva más técnica, mencionando que el rozamiento se da sin penetración y que el acceso carnal requiere una introducción, aunque sea parcial. Esto coincide con la definición del marco teórico, que establece que la violación ocurre cuando hay penetración sin consentimiento. Sin embargo, el entrevistado no menciona la posibilidad de que la penetración se realice con objetos, como lo señala el marco teórico.

El entrevistado 3, en cambio, ofrece una definición precisa y concisa, en la que destaca que el rozamiento se limita a frotar el pene sobre la vulva sin llegar a constituir un acceso carnal, lo cual contrasta directamente con la penetración, que implica dicho acceso. Su respuesta es clara y refuerza la distinción esencial que plantean los otros dos entrevistados, pero con una formulación más directa y menos cargada de elementos teóricos adicionales.

De acuerdo con el marco teórico, el entrevistado 3 enfatiza que el rozamiento es un contacto físico sin penetración y que no configura el delito de violación, lo cual está en línea con la explicación teórica sobre el rozamiento. Su postura es la más clara en distinguir ambos conceptos, ya que se enfoca en la diferencia entre contacto externo y acceso carnal, de manera similar a lo expuesto en lo investigado.

En conjunto, mientras el entrevistado 1 y el 3 se centran en la diferenciación funcional y práctica del contacto versus la introducción, el entrevistado 2 incorpora una dimensión teórica que, aunque complementaria, añade complejidad al análisis de la diferencia entre penetración y rozamiento desde el aspecto jurídico. Las respuestas de los entrevistados coinciden en gran medida con el marco teórico en cuanto a la distinción entre penetración y rozamiento. No obstante, el marco teórico aporta detalles adicionales, como el análisis médico-legal y la posibilidad de violación sin agresores masculinos, aspectos que los entrevistados no mencionan en profundidad.

Con referencia a la cuarta pregunta se tiene por análisis que:

*4.- ¿Cuál es la diferencia entre una penetración parcial o vestibular y el abuso sexual desde el sentido de la teoría de la acción penal?*

El entrevistado 1 ofrece una explicación detallada centrada en la evolución jurisprudencial del concepto de acceso carnal. Según su exposición, la discusión surge en torno a si la penetración parcial o vestibular, definida en algunos votos de la Sala Tercera como la introducción que abarca desde los labios vaginales hasta el himen, debe considerarse dentro del delito de violación o si, por el contrario, encuadraría en el abuso sexual. Resalta que, aunque inicialmente se sostenía que la ruptura del himen era necesaria para configurar el acceso carnal, la interpretación actual de la Sala Tercera amplía este concepto, reconociendo que la afectación del bien jurídico se mantiene en ambos casos, lo que conlleva la tipificación de la conducta como violación en lugar de abuso sexual.

Con respecto al marco teórico, el entrevistado 1 señala que la penetración parcial ha sido objeto de debate, pues depende de la interpretación que se haga de la normativa y de la definición de acceso carnal. Explica que si se considera que la penetración se da desde el momento en que el pene atraviesa los labios vaginales hasta el himen, entonces se configura la violación. Sin embargo, si se adopta una interpretación más restrictiva, en la que se exige la ruptura del himen, la conducta podría ser clasificada como abuso sexual. Esta postura refleja el debate expuesto en lo investigado sobre la falta de una definición clara de penetración parcial y su posible ubicación dentro del abuso sexual agravado o la violación. No obstante, el entrevistado no menciona explícitamente la posición jurisprudencial costarricense en relación con la penetración vestibular.

El entrevistado 2, por su parte, plantea que la respuesta a la diferencia entre penetración parcial o vestibular y el abuso sexual depende de dos dimensiones: la médica y la jurídica. Señala que existen matices relacionados con la anatomía, específicamente la distinción entre vulva y vagina, y que la aplicación de la teoría de la acción penal, con sus diversas corrientes, requiere analizar cada caso en particular, especialmente en situaciones de tentativa. Aunque reconoce que la Sala Tercera y algunos tribunales han aceptado la posibilidad de la penetración vestibular, su respuesta resulta menos precisa en cuanto a la definición del término "penetración parcial", indicando además referencias jurisprudenciales y trabajos doctrinales relevantes.

Referente al marco teórico, el entrevistado 2 sostiene que la penetración es un elemento objetivo del delito de violación y cita jurisprudencia que respalda la consideración de la penetración vestibular como constitutiva de violación. Esta postura está en línea con la jurisprudencia costarricense mencionada en el marco teórico, que ha debatido si la penetración parcial configura violación. Sin embargo, el entrevistado no aborda la controversia doctrinal sobre si la vulva es susceptible de penetración o si el acceso vestibular debería considerarse abuso sexual agravado.

El entrevistado 3 aporta una perspectiva que, si bien reconoce la validez de la penetración vestibular como forma de penetración parcial según la jurisprudencia de la Sala Tercera, aclara que no todas las formas de penetración parcial se realizan por vía vulvar. Enfatiza que la diferencia esencial radica en que, para configurar el delito de violación, debe existir una penetración vestibular, mientras que otras

manifestaciones de penetración parcial podrían no cumplir con este requisito y, por ende, no ser equiparables al delito de violación. Así, su respuesta se centra en la precisión técnica de la tipificación penal, diferenciando claramente el delito de violación del abuso sexual.

Por parte del marco teórico, el entrevistado 3 es el más categórico al afirmar que la penetración parcial cumple con los elementos del tipo penal de violación, ya que el acceso carnal no requiere ser total. Su postura es consistente con la interpretación jurisprudencial mencionada en el marco teórico, que sostiene que no es necesario que la penetración sea completa para configurar la violación. Sin embargo, no aborda la perspectiva doctrinal que considera la penetración vestibular como una forma de abuso sexual agravado.

Grosso modo, mientras que el entrevistado 1 se focaliza en la interpretación evolutiva del acceso carnal y en cómo la jurisprudencia ha integrado la penetración parcial o vestibular en el delito de violación, el entrevistado 2 destaca la complejidad de la cuestión al señalar la necesidad de considerar tanto aspectos médicos como jurídicos, enfatizando un análisis caso por caso. Por último, el entrevistado 3 ofrece una definición técnica y puntual, subrayando que la penetración vestibular, y no cualquier forma de penetración parcial, es determinante para diferenciar el delito de violación del abuso sexual. Cada enfoque, desde distintas perspectivas y niveles de detalle, enriquece la comprensión del matiz entre estos conceptos en el ámbito de la teoría de la acción penal.

Mientras que el marco teórico expone la falta de consenso sobre la penetración parcial y su posible clasificación como abuso sexual o violación, los entrevistados tienden a inclinarse más hacia la postura de que sí constituye violación. La principal diferencia radica en que el marco teórico reconoce la controversia doctrinal sobre la vulnerabilidad de la vulva a la penetración, un aspecto que los entrevistados no exploran en detalle.

Con referencia a la quinta pregunta se tiene por análisis que:

*5.- ¿Cumple el concepto de penetración parcial con los elementos objetivos y subjetivos del delito de violación?*

El entrevistado 1 plantea que la respuesta a esta cuestión depende del criterio que se adopte respecto al concepto de penetración en el ámbito médico-legal y doctrinario. Explica que si se considera que la penetración ocurre desde la introducción del miembro masculino en los labios vaginales hasta el himen, entonces se cumplirían los elementos del delito de violación. No obstante, si se adopta una interpretación más estricta basada en la ruptura del himen como requisito indispensable para la configuración del acceso carnal, la conducta podría encuadrarse en el delito de abuso sexual en lugar de violación. Esta respuesta enfatiza la existencia de diferentes posturas interpretativas y la relevancia del criterio adoptado para determinar la tipificación del delito.

Con respecto al marco teórico, el entrevistado 1 sostiene que determinar si la penetración parcial cumple con los elementos objetivos y subjetivos del delito de violación depende del criterio interpretativo que se adopte. Según él, si se define la

penetración como la introducción del miembro masculino en los labios vaginales hasta el himen, se configuraría la violación; en cambio, si se requiere la ruptura del himen, una posición más restrictiva y con base en ciertos enfoques médicos, la conducta podría tipificarse como abuso sexual. Esta postura refleja exactamente el dilema doctrinal expuesto en el marco teórico, en el que se debate si la penetración parcial debe entenderse como una forma de violación o, por el contrario, encuadrarse en el abuso sexual agravado debido a la ausencia de una penetración completa.

Por otro lado, el entrevistado 2 basa su respuesta en la jurisprudencia de la Sala Tercera, proporcionando citas textuales de diversas resoluciones judiciales que han abordado el tema. Sostiene que la penetración es un elemento objetivo del tipo penal de violación y que no debe confundirse con el elemento subjetivo del dolo. A través de una serie de sentencias, expone que la introducción incompleta en la zona vaginal, incluso sin afectar el himen, es suficiente para calificar la conducta como violación. Además, menciona resoluciones en las que se reconoce la penetración vestibular como una forma de acceso carnal y, por ende, como un elemento configurador del delito de violación. Su respuesta es eminentemente técnica y basada en precedentes jurisprudenciales, reforzando la idea de que la penetración parcial cumple con los requisitos para ser considerada violación.

Según lo investigado, el entrevistado 2, en tanto, fundamenta su respuesta en la jurisprudencia de la Sala Tercera, argumentando que la penetración es un elemento objetivo del tipo penal de violación. Según su perspectiva, incluso una introducción incompleta, sin afectación del himen, es suficiente para satisfacer el

requisito del acceso carnal y, por lo tanto, configura el delito de violación. Esta visión se alinea con la interpretación que sostiene que el tipo penal se basa únicamente en la existencia del acceso carnal, sin exigir que sea total, y coincide con uno de los enfoques doctrinales mencionados en el marco teórico.

El entrevistado 3 ofrece una respuesta mucho más concisa y directa, afirmando categóricamente que la penetración parcial cumple con los elementos del tipo penal de violación. Argumenta que el tipo penal solo exige la existencia de un acceso carnal, sin diferenciar entre penetración parcial o total, por lo que ambas configurarían el delito de violación. A diferencia de los otros entrevistados, no profundiza en criterios médicos, doctrinarios o jurisprudenciales, sino que presenta una interpretación clara y sin matices adicionales.

Según el marco teórico, el entrevistado 3 afirma de forma categórica que la penetración parcial reúne los elementos del tipo penal de violación, ya que el requisito esencial es el acceso carnal, sin importar si es parcial o total. Esta afirmación refuerza la línea de interpretación que excluye la necesidad de una penetración completa, en consonancia con la jurisprudencia que ha aceptado que el acceso carnal puede configurarse incluso de manera parcial.

De esta forma, el entrevistado 1 enfatiza la existencia de distintas posturas interpretativas que pueden llevar a clasificaciones distintas de la conducta; el entrevistado 2 respalda su argumentación con resoluciones judiciales que establecen la penetración parcial como un acto constitutivo de violación; y el

entrevistado 3 ofrece una respuesta directa y categórica en la misma línea, pero sin el desarrollo técnico y jurisprudencial que aporta el segundo entrevistado.

Con referencia a la sexta pregunta se tiene por análisis que:

*6.- ¿Cuál ha sido el criterio jurisprudencial sobre la aplicación de la figura de penetración parcial en Costa Rica?*

La respuesta de los entrevistados a la pregunta 6 se sitúa en el marco de la discusión doctrinal y jurisprudencial que expone el texto teórico sobre la penetración parcial o vestibular. En el texto teórico se señala que existe un debate debido a la falta de una definición clara: algunos autores sostienen que la violación requiere un acceso carnal completo y que la vulva, al ser solo susceptible de roce, no admite penetración, lo que ubicaría la conducta dentro del abuso sexual; mientras que otros, siguiendo la teoría de la “coniunctio membrorum”, consideran que incluso una penetración parcial, entendida como la introducción del pene desde la abertura vulvar hasta el himen, puede constituir el elemento objetivo necesario para tipificar la violación.

El entrevistado 1 explica que la jurisprudencia costarricense, específicamente la de la Sala Tercera, ha adoptado el criterio de que el acceso carnal incluye tanto la penetración completa como la incompleta del miembro viril, considerando que esta ocurre desde la apertura vulvar o los labios vaginales hasta el himen. Menciona que esta postura ha sido reafirmada en publicaciones especializadas, como la del jurista Francisco Castillo en una revista de ciencias

jurídicas. No obstante, reconoce que han existido cuestionamientos al respecto, lo que sugiere que la interpretación del concepto sigue siendo objeto de debate.

Según lo investigado, el entrevistado 1 afirma que, en Costa Rica y en la Sala Tercera, se ha adoptado el criterio de que el acceso carnal incluye tanto la penetración completa como la incompleta, es decir, aquella que se inicia a partir de la apertura vulvar o de los labios vaginales hasta el himen. Esta postura se alinea con la línea mayoritaria de la jurisprudencia costarricense, que coincide con la teoría de la “coniunctio membrorum”, y que, a pesar de los cuestionamientos, considera que la introducción, aunque sea parcial, cumple con el elemento objetivo del delito de violación.

Por su parte, el entrevistado 2 es categórico al afirmar que la jurisprudencia considera la penetración parcial como violación. Además, menciona una reciente reforma al artículo 156 del Código Penal que amplió el concepto de penetración al incluir la introducción de la lengua en cavidades corporales. También destaca que, aunque la penetración ha sido tradicionalmente atribuida al pene (como acceso carnal), la redacción más amplia del tipo penal hace referencia a la introducción en general, lo que puede abarcar otros casos más allá del acceso carnal estricto.

Respecto al marco teórico, el entrevistado 2, por su parte, es enfático al afirmar que se trata de violación, haciendo referencia a la reciente reforma del artículo 156 del Código Penal y subrayando que la penetración, entendida como la introducción exclusiva del pene (acceso carnal), es el elemento determinante. Esta interpretación, aunque sin ahondar en las complejidades del debate sobre la

extensión de la penetración, se adhiere a la postura que otorga validez a la penetración parcial como suficiente para configurar la violación, de acuerdo con una visión mayoritaria en la aplicación de la norma.

El entrevistado 3 sostiene que la jurisprudencia costarricense ha sido consistente en considerar que la tipicidad del delito de violación no depende de que la penetración sea total o parcial. Argumenta que el tipo penal no exige una penetración completa para que la conducta se configure como violación, reafirmando que el acceso carnal, en cualquiera de sus formas, es suficiente para la configuración del delito.

Según lo investigado, el entrevistado 3 resume de forma clara y categórica que el criterio unánime en la jurisprudencia nacional es que el hecho de que el acceso sea parcial no excluye la tipicidad del delito de violación, ya que la legislación no exige una penetración total para su configuración. Esta afirmación refuerza la idea expresada en el texto teórico y resoluciones que sostienen que basta con el acoplamiento directo entre el órgano genital masculino y la vagina para que se configure el acceso carnal, incluso si no se alcanza una penetración completa.

Por lo tanto, mientras el entrevistado 1 ofrece una perspectiva fundamentada en publicaciones jurídicas y reconoce la existencia de cuestionamientos, el entrevistado 2 enfatiza la evolución del marco normativo y la ampliación del concepto de penetración en la reciente reforma penal. Por otro lado, el entrevistado 3 adopta una postura clara y concisa, destacando la unanimidad en la jurisprudencia

respecto a la irrelevancia de si la penetración es total o parcial para la configuración del delito de violación.

Con referencia a la séptima pregunta se tiene por análisis que:

*7.- ¿Cuál ha sido la línea doctrinaria a nivel internacional sobre la creación y aplicación de esta figura?*

El entrevistado 1 ofrece una visión más amplia y contextualizada sobre la evolución doctrinaria a nivel internacional. Explica que, al igual que en Costa Rica, en otros países existieron debates sobre si la penetración vestibular o parcial debía considerarse como violación. No obstante, menciona que, en los últimos años, países como España, Colombia y Argentina han unificado criterios para considerar que cualquier forma de acceso carnal, independientemente del tipo de penetración, configura el delito de violación. Resalta que este cambio ha sido impulsado por la protección de los derechos de la mujer en relación con su libertad e intimidad sexual, señalando que anteriormente se exigía la ruptura del himen para tipificar el delito de violación, mientras que ahora esta exigencia ha sido eliminada.

Referente a lo investigado, el entrevistado 1 se centra en señalar que, en el ámbito internacional, varios países, entre ellos España, Colombia y Argentina, han ido unificando criterios respecto a que, con independencia del tipo de penetración, basta con que exista un acceso carnal para configurar la violación. Esta visión se alinea con parte de la doctrina comparada expuesta en el marco teórico, donde se observa que, en Argentina, aunque hay debates (por ejemplo, entre Creus y Donna), se reconoce que el delito puede configurarse con cualquier grado de penetración,

diferenciando la gravedad o tipificación según la existencia o el alcance del acceso carnal. De este modo, el entrevistado 1 refleja una tendencia internacional que, en años recientes, ha abandonado la exigencia de la ruptura del himen, enfocándose en la protección de los derechos a la libertad e intimidad sexual.

El entrevistado 2, en contraste, no desarrolla un análisis doctrinario internacional, sino que menciona el trabajo del Dr. Franz Vega Zúñiga, quien sostiene que el concepto de penetración parcial no tiene fundamento en la medicina legal. Además, señala que la reciente reforma al artículo 156 del Código Penal de Costa Rica ha modificado este criterio, pero advierte que se debe esperar el desarrollo jurisprudencial para conocer su aplicación en la práctica. Su respuesta se enfoca más en la perspectiva médica y en los cambios normativos recientes, sin profundizar en la doctrina comparada.

Según lo investigado, el entrevistado 2, en cambio, recurre a la referencia del Dr. Franz Vega Zúñiga y menciona la reciente reforma al artículo 156 como un factor que supera las discusiones previas sobre la penetración parcial. Aunque su respuesta es más limitada y no ofrece una comparación directa con otras jurisdicciones, se puede interpretar que su enfoque encaja con la evolución normativa y jurisprudencial que también se observa en el marco teórico en países como Perú y México, donde se ha reconocido que la introducción parcial es suficiente para configurar el delito de violación. Sin embargo, su énfasis se centra más en el aspecto normativo costarricense que en un análisis comparado internacionalmente.

Por otro lado, el entrevistado 3 admite que desconoce la línea doctrinaria internacional sobre el tema, lo que contrasta con las respuestas de los otros entrevistados, quienes al menos ofrecen alguna referencia sobre el tratamiento de la figura en otros países o en estudios jurídicos.

Respecto a lo investigado, el entrevistado 3 admite desconocer la línea doctrinaria a nivel internacional sobre el tema, lo que contrasta con el aporte de las otras respuestas y con el amplio análisis doctrinario y jurisprudencial presentado en el marco teórico. Esta postura resalta una carencia de conocimiento o actualización respecto a las divergencias existentes en países como Argentina, Perú y México, donde se debate activamente la tipificación del delito en función del grado de penetración.

De este modo, el entrevistado 1 proporciona un panorama comparativo sobre la evolución doctrinaria en varios países, destacando la protección de los derechos de la mujer y la eliminación del requisito de la ruptura del himen para configurar la violación. El entrevistado 2 se enfoca en la perspectiva de la medicina legal y en los efectos de la reciente reforma al Código Penal de Costa Rica, mientras que el entrevistado 3 no aporta información sobre la doctrina internacional.

De todo el análisis realizado a los elementos doctrinarios y jurisprudenciales y las entrevistas estructuradas recabadas se tiene por cubierto el análisis de resultados se tiene por demostrado que efectivamente, no hay una opinión establecida definida en tales términos, sin embargo; se reservan para la fase de

conclusiones todos los elementos necesarios para dar el punto final a esta investigación.

## Capítulo V. Conclusiones y recomendaciones

### Conclusiones

De la presente investigación, se procede a emitir las conclusiones que resultaron de dicha investigación, se establecen aquellas que dan respuesta a los objetivos específicos planteados, los cuales se dividen en:

#### Primer objetivo específico

El primer objetivo específico establece:

*Examinar el principio de tipicidad en materia penal en el ordenamiento jurídico costarricense para la evaluación de posibles vulneraciones en delitos sexuales en la aparente dicotomía entre la penetración y la penetración parcial.*

Se logró determinar a través de la investigación realizada y la opinión de los entrevistados, que efectivamente se está generando una vulneración al principio de tipicidad con respecto al término de penetración parcial o vestibular, ya que en sentido amplio, la penetración parcial o vestibular no existe, la acción que se conoce con ese nombre hace referencia mas a un rozamiento o coito vulvar, el cual se deriva de una acción donde el miembro viril masculino realiza un frotamiento o roce sobre la vulva femenina, logrando copular en esa zona pero nunca se produce un acceso carnal a la vagina, sino que únicamente la acción se produce entre los labios vaginales que corresponden a la zona vulvar de la mujer.

La tipicidad se entiende como la adecuación de la conducta a un determinado tipo penal, pero este tipo penal debe establecerse previo a la conducta y debe ser

especifico, es decir la conducta debe desarrollar todos los elementos descriptivos del mismo, si no ocurre de esta manera se genera una vulneración hacia los derechos constitucionales y procesales del imputado. Es claro que la acción de la penetración vestibular no existe en técnicos médicos por lo que no es una acción que se adecue a ningún tipo penal.

La Sala Constitucional en su voto 1876 del año 1990 se refirió al Principio de Legalidad y lo definió como:

*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.*

De acuerdo con los entrevistados sobre este punto también se pudo concluir que los términos de penetración vestibular o parcial no son claros y que existen diferencias en sentido jurídico y medico entre la penetración y la acción de penetración vestibular, esto porque no existe una claridad de hasta donde se considera vestibular o que se podría considerar como parcial, por lo que como lo reafirma el voto 1876 de la Sala Constitucional exige que los tipos penales sean claros y que la población costarricense conozca con precisión y claridad cuales acciones constituyen un delito y que tipo de delito específicamente se produce.

A nivel jurisprudencial la interpretación que se le ha dado a esta figura de penetración parcial o vestibular es errónea, ya que se ha llegado a establecerse que no es necesario que se dé una introducción sino que únicamente con que exista la intención y el roce del miembro viril masculino sobre la vulva ya puede aplicarse el tipo penal de violación, sin embargo; esto produce una gran inseguridad jurídica ya que no se estaría cumpliendo con el acceso carnal que es el elemento descriptivo sine qua non del delito de violación sexual tipificado en el artículo 156 del Código Penal, dicho elemento es imperativo que se realice para que se obtenga como resultado una violación sexual.

Como conclusión adicional para el primer objetivo se obtuvo que, la aparente dicotomía entre penetración total y penetración parcial ha generado debates en la doctrina y en la jurisprudencia, lo que evidencia la necesidad de un criterio uniforme y claro en la valoración de estas conductas. Una interpretación unificada y rigurosa del principio de tipicidad permite que los operadores de derecho determinen de manera precisa si una conducta encaja en el tipo penal de violación o, alternativamente, si debe ser considerada como abuso sexual, evitando así discrepancias interpretativas que puedan derivar en decisiones arbitrarias y en la vulneración de derechos fundamentales.

Por lo tanto, el examen del principio de tipicidad en materia penal, en Costa Rica resalta la importancia de establecer criterios claros y consistentes para la tipificación de delitos sexuales. La necesidad de distinguir con exactitud entre penetración y penetración parcial se traduce en la garantía de que solo las conductas expresamente previstas en la ley sean sancionadas, promoviendo así un

sistema penal justo y equitativo que respete el principio de legalidad y fortalezca la seguridad jurídica de todos los involucrados.

### **Segundo objetivo específico**

Como segundo objetivo específico se estableció:

*Delimitar el concepto médico legal de penetración parcial o vestibular para el conocimiento de este término en los criterios normativos de abuso sexual y violación.*

Con respecto a este objetivo, la autora de la presente investigación concluyó que, desde el sentido médico legal la figura de la penetración o vestibular no existe porque lo que se ocasiona es mas un rozamiento a nivel vulvar, por lo que esta acción no se encuentra dentro del elementos descriptivos del tipo penal de violación.

La autora considera que no de los problemas principales de la figura de penetración parcial o vestibular es que no se encuentra claramente expresada y definida dentro del tipo penal de violación, los jueces con su interpretación de los hechos estarían aplicando la analogía para hacerla encajar dentro del delito sexual de violación, lo que ocasiona un evidente vulneración al principio de interpretación de la norma, contenido en el artículo 2 del Código Procesal Penal.

El legislador estableció claramente las vías por donde se puede configurar un acceso carnal y se debe recordar que desde el panorama médico legal cualquier conducta sexual que no implique una penetración en la cavidad vaginal no se puede tipificar ni juzgar como violación.

Considera la autora de esta investigación que el análisis de los hechos debe darse de manera individualizada ya que pueden existir confusiones a la hora del relato de los hechos relacionados a la actuación de la penetración parcial, como se podría dar en el caso de víctimas menores de edad, ya que estas podrían contar con un grado de desconocimiento sobre las prácticas sexuales y eso ocasionaría que un coito vulvar lo puedan interpretar como una penetración.

Aunque la penetración total y parcial se han mantenido con interpretaciones similares, es importante mencionar que esto es erróneo, ya 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.

Para la autora este tipo de actuaciones deben ser tipificadas como abuso sexual y debe realizarse una valoración sobre la intención del autor del hecho para que eventualmente pueda configurarse como un abuso sexual agravado, lo cual no se encuentra actualmente contenido en la ley penal costarricense.

La delimitación del concepto médico-legal de penetración parcial o vestibular es esencial para establecer criterios normativos claros que distingan el delito de abuso sexual del de violación. Esta definición resulta crucial para determinar si se ha cumplido el elemento objetivo del delito de violación, o si la conducta debe tipificarse como abuso sexual, donde solo se presenta un contacto superficial o roce sin una verdadera introducción.

Asimismo, es imperativo que la delimitación de este concepto se base en criterios anatómicos precisos y en un análisis médico forense exhaustivo, que

permita identificar de manera inequívoca si existió o no acceso carnal. La claridad en la definición de penetración parcial o vestibular no solo contribuye a la correcta interpretación del tipo penal, sino que también evita ambigüedades en la aplicación de la ley, garantizando así el respeto al principio de legalidad y al principio de tipicidad penal. En definitiva, establecer una definición precisa y consensuada de la penetración parcial es fundamental para lograr una justicia penal equitativa, que distinga de forma adecuada entre los delitos de abuso sexual y violación.

### **Tercer objetivo específico:**

Como tercer objetivo se planteó:

*Análisis jurisprudencial local e internacional para conocer la interpretación aplicada a la penetración parcial o vestibular.*

De acuerdo con la investigación realizada se logró concluir que a nivel local la postura jurisprudencial de la penetración parcial o vestibular si bien es definida por la Sala Tercera como que configura el delito de violación, no es unánime ese criterio y sigue existiendo una necesidad imperativa de delimitar esta actuación dentro de un tipo penal, ya que el criterio que ha sostenido la Sala Tercera es que no importa que tanto se ha accedido a la víctima en su zona vulvar porque no es necesario que ocurra para que sea considerado como violación.

Para la autora a todas luces esto ocasiona una violación a los principios procesales del imputado y debe de brindarse una adecuada interpretación a la

norma, con el fin de garantizar el respeto hacia las mismas y la seguridad jurídica que promueve el Estado costarricense.

A nivel internacional, los entrevistados desconocen un poco como se trata el tema de la penetración parcial o vestibular, sin embargo, con la investigación se pudo concluir que también es un tema que genera controversias y que aunque la línea es muy similar a la que se sigue en Costa Rica, varios expertos concuerdan con que debe de realizarse una reforma a la ley que contienen los delitos sexuales.

En Costa Rica, la Sala Tercera ha adoptado, en términos generales, un criterio que considera que la penetración parcial, entendida como el acceso carnal incluso en su forma incompleta, es suficiente para configurar el delito de violación. Este enfoque busca evitar que formalismos técnicos, como la exigencia de una penetración total, obstaculicen la justicia para las víctimas de agresiones sexuales, aunque también ha generado ciertos debates doctrinales y divergencias interpretativas entre algunos votos judiciales.

A nivel internacional, el análisis de las resoluciones en países como Argentina, Perú y México revela que, a pesar de las diferencias normativas y culturales, existe una tendencia convergente hacia una interpretación amplia del acceso carnal.

La tendencia hacia una interpretación que abarque tanto la penetración total como la parcial refleja el compromiso de los sistemas judiciales por garantizar la protección efectiva de la libertad sexual, aunque se sigue evidenciando la necesidad

de un debate doctrinario más unificado que contribuya a la seguridad jurídica y a la coherencia en la aplicación de la norma penal.

### **Recomendaciones**

Como primera recomendación, considera la autora de esta investigación que debe llevarse a cabo una revisión integral del marco normativo y de los criterios interpretativos en materia de delitos sexuales, con el objetivo de clasificar la actuación que se ha entendido como penetración parcial o vestibular dentro de un nuevo tipo penal, sugiere la autora de esta investigación que el nuevo tipo penal podría considerarse como “Abuso Sexual Agravado” y que podría encontrarse en la sección de delitos sexuales del Código Penal costarricense en el artículo 161 ter, de tal forma que podría contener:

*Artículo 161 ter.- Será sancionado con pena de prisión de ocho a trece años, quien de manera abusiva realice actos con fines sexuales, por medio de roce o frotamiento del miembro viril masculino sobre la zona vestibular de la víctima, sin necesidad de que exista acceso carnal.*

Esta propuesta se fundamenta en el análisis doctrinario, médico-legal y jurisprudencial, el cual ha puesto de manifiesto que la penetración parcial, al no cumplir de manera completa con los elementos objetivos exigidos para el delito de violación, especialmente en lo que respecta al acceso carnal, resulta más coherente y preciso ubicarla dentro de la categoría de abuso sexual agravado. De esta forma se lograría que el tipo penal refleje de forma más exacta la realidad de los hechos,

adecuándose a los avances en la ciencia forense y respetando la proporcionalidad entre la conducta y la sanción aplicada.

Como segunda recomendación se propone que para materializar este cambio, es esencial impulsar una reforma legislativa que revise y actualice el Código Penal. Esta reforma debe incluir la incorporación de definiciones específicas y detalladas que distingan de manera objetiva y técnica la penetración parcial o vestibular. Dichos parámetros deben establecer criterios anatómicos claros y procedimientos forenses rigurosos que permitan determinar con precisión cuándo se configura un acceso carnal en su totalidad y cuándo, por el contrario, se trata de un contacto que no alcanza acción, situación que correspondería en ese caso al tipo penal de abuso sexual agravado. La precisión en estas definiciones contribuirá a eliminar ambigüedades interpretativas, lo que a su vez reducirá la posibilidad de decisiones judiciales contradictorias y garantizará una aplicación más homogénea y justa de la ley.

Por último, se recomienda establecer un criterio uniforme y sólido que pueda desarrollar conceptos de carácter médico legal, donde los términos de penetración, rozamiento, acceso carnal, himen, entre otros términos que se desarrollan en materia de delitos sexuales, sean establecidos con claridad y precisión, estableciendo los parámetros para que se configuren de manera objetiva y que no exista un vacío legal donde se puedan establecer interpretaciones que no se encuentran respaldadas por estos criterios uniformes.

Estos criterios se podrían lograr a través de un equipo interdisciplinario regulado por médicos forenses y jueces donde el objetivo sea buscar la unidad de un criterio en materia de delitos sexuales que permita otorgarle a los jueces mejores herramientas para el ejercicio de su trabajo.

## Referencias

- Ávila, M., Murillo, R. (2014). Consideraciones medicolegales acerca de los conceptos jurisprudenciales de penetración parcial y coito vulvar: la corrección de un yerro conceptual. *Medicina Legal de Costa Rica*, 31(2), 3–10. [https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1409-00152014000200003](https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152014000200003)
- Chavarría, J. (2014). *Dictamen: 130 del 22/04/2014*. Sistema Costarricense de Información Jurídica. [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro\\_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=18184&strTipM=T](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=18184&strTipM=T)
- Contreras, D.E. (2019). *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)*. [Tesis de maestría, Universidad Internacional de las Américas] Repositorio Institucional. <http://repositorio.uia.ac.cr:8080/server/api/core/bitstreams/2d7074a8-1bd9-46f9-91ee-190ba1618542/content>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010). *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México: Sentencia de 31 de agosto de 2010*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_216\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf)
- Creus, C. (1996). Derecho Penal. *Buenos Aires, Editorial Astrea, 5(1)*.

Diario Extra. (2021). *Magistrada: sin ruptura de himen no hay violación.*

<https://www.diarioextra.com/noticia/magistrada-sin-ruptura-de-himen-no-hay-violacion>

Donna, E.A. (2005). Delitos contra la libertad sexual. *Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni.*

Donna, E.A. (1996). Teoría del delito y de la pena. *Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2da versión.*

Fernández, J.A. (1998). La naturaleza y contenido del mandato de lex certa en la doctrina del tribunal constitucional español. *Revista de derecho*, 9(1), 141-152.  
<http://revistas.uach.cl/html/revider/v9n1/body/art06.htm>

Garces, M.d.C. (1985). *La agravación de la penalidad en el delito de violación como alternativa de proteger la libertad sexual.* [Tesis de licenciatura, Universidad Nacional Autónoma de México] Repositorio de la Dirección General de Bibliotecas y Servicios Digitales de Información.  
[https://repositorio.unam.mx/contenidos/la-agravacion-de-la-penalidad-en-el-delito-de-violacion-como-alternativa-de-proteger-la-libertad-sexual-126039?c=pQ8wXB&d=false&q=tesis\\_.penal\\_.de\\_.violacion\\_.sexual&i=1&v=0&t=search\\_0&as=0](https://repositorio.unam.mx/contenidos/la-agravacion-de-la-penalidad-en-el-delito-de-violacion-como-alternativa-de-proteger-la-libertad-sexual-126039?c=pQ8wXB&d=false&q=tesis_.penal_.de_.violacion_.sexual&i=1&v=0&t=search_0&as=0)

García, A.M. (1996). *La necesidad jurídica de clasificar el delito de violación sexual y la de adecuar su penalidad conforme a su gravedad.* [Tesis de licenciatura, Universidad Nacional Autónoma de México] Repositorio de la Dirección General

de Bibliotecas y Servicios Digitales de Información.

[https://repositorio.unam.mx/contenidos/la-necesidad-juridica-de-clasificar-el-delito-de-violacion-sexual-y-la-de-adequar-su-penalidad-conforme-a-su-gravedad-](https://repositorio.unam.mx/contenidos/la-necesidad-juridica-de-clasificar-el-delito-de-violacion-sexual-y-la-de-adequar-su-penalidad-conforme-a-su-gravedad-255558?c=pQ8wXB&d=false&q=tesis_._.penal_._.de_._.violacion_._.sexual&i=1&v=0&t=search_0&as=0)

[255558?c=pQ8wXB&d=false&q=tesis\\_.\\_.penal\\_.\\_.de\\_.\\_.violacion\\_.\\_.sexual&i=1&v=0&t=search\\_0&as=0](https://repositorio.unam.mx/contenidos/la-necesidad-juridica-de-clasificar-el-delito-de-violacion-sexual-y-la-de-adequar-su-penalidad-conforme-a-su-gravedad-255558?c=pQ8wXB&d=false&q=tesis_._.penal_._.de_._.violacion_._.sexual&i=1&v=0&t=search_0&as=0)

Gutiérrez, M. (1999). Delitos Sexuales. Aumento de las penas y su eficacia punitiva.

*Editorial Universidad Estatal a Distancia, Costa Rica.*

Guzmán, M., Delgado, J.J., Ramos, P., Heron, S., Martínez, N., Cano, A., Zapico, Á.

(2012). Angiofibroma celular de vulva: una entidad a investigar. *Revista ELSEVIER*, 39(6), 256-267. 10.1016/j.gine.2012.03.005

Hernández, R., Fernández, C., Baptista, L. (2014). Metodología de la Investigación.

*Mc Graw Hill Education, 6ta edición, México.*

[https://www.paginaspersonales.unam.mx/files/981/Investigacion\\_sampieri\\_6a\\_ED.pdf](https://www.paginaspersonales.unam.mx/files/981/Investigacion_sampieri_6a_ED.pdf)

Hernández, R. (1993). Informe de investigación CIJUL: Las fuentes normativas de

Rubén Hernández Valle. *Editorial Juricentro* 1(1), 441-633.

Llobet, J. (2012). *Proceso penal comentado: Código Procesal Penal Comentado*. 5

ed. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/65514>

Meini, I. (2013). *La pena: función y presupuestos*. Corte Interamericana de Derechos

Humanos. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32497.pdf>

Ministerio de Justicia de la Nación. (2024). *Título III: Delitos contra la integridad sexual*. InfoLEG. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#17>

Muñoz, F. (1984). Teoría general del delito. *Editorial TEMIS Librería, Bogotá, Colombia*.

Netter, F. H. (2018). Atlas de anatomía humana. *Revista ELSEVIER, 7ma edición*.

Poder Judicial de Costa Rica. (2024). *Diccionario*. <https://dictionariosusual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario/analog%C3%ADa-en-materia-penal>

Real Academia Española. (2023). *Abuso sexual*. Diccionario panhispánico del español jurídico. <https://dpej.rae.es/lema/abuso-sexual>

Ribas, E.D. (2014). Interpretación extensiva y analogía en el derecho penal. *Revista de derecho penal y criminología*, 3(12), 111-164.

Sala Tercera de la Corte. Resolución N° 00382 - 2024 del 2 de mayo del 2024 a las diez y cuarenta. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0006-1230207>

Sala Tercera de la Corte. Resolución N° 00440 - 2016 del 13 de mayo del 2016 a las diez y diez. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0006-779420>

Sala Tercera de la Corte. Resolución N° 01469 - 2019 del 15 de noviembre del 2019 a las once y cuarenta y cinco. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0006-955212>

Sala Tercera de la Corte. Resolución N° 00231 - 1993 del 27 de mayo de 1993 a las nueve y treinta y cinco. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-51732>

Salgado, A. (2020). Tipicidad y antijuridicidad: Anotaciones dogmáticas. Artículo de reflexión. *Revista jurídica Mario Alario D'Filippo*, 12(23), 101-112. ISSN 2145-6054

Sistema Costarricense de Información Jurídica. (2019). *Código penal N° 4573*. [https://pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=5027#ddown](https://pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=5027#ddown)

Tribunal de Apelación de Sentencia, III Circuito Judicial de Alajuela. Sentencia N° 00953 - 2016 del 22 de Noviembre del 2016. <https://vlex.co.cr/vid/540800166>

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial San José. Resolución N° 01321 - 2012 del 04 de julio del 2012 a las nueve y veinte. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-550024>

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal III Circuito Judicial de Alajuela San Ramón. Resolución N° 00180 - 2022 del 01 de marzo del 2022 a las catorce y quince. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-1078459>

Tribunal de Casación Penal, II Circuito Judicial de San José. Sentencia N° 1250 de 8 H. 32 del 26 de octubre de 2010. <https://vlex.co.cr/vid/663848121>

Tribunal de Casación Penal, II Circuito Judicial de San José. Sentencia N° 1452 de 15 H. 42 del 15 de noviembre de 2007. <https://vlex.co.cr/vid/663914121>

Universidad de Navarra. (2018). *Lección 2: Tipicidad objetiva*. <https://www.unav.edu/web/delictum/lecciones/leccion-2>

Universidad de Navarra. (2018). *Lección 3: Tipicidad subjetiva*. <https://www.unav.edu/web/delictum/lecciones/leccion-3>

Valle, F.C. (2011). *Tres criterios para determinar cuándo penetración parcial configura violación sexual consumada [RN 358-2019, Selva Central]*. <https://lpderecho.pe/tres-criterios-determinar-penetracion-parcial-configura-violacion-sexual-consumada-rn-358-2019-selva-central/>

Zaffaroini, E.R. (1987). Tratado de derecho penal. Parte General II. *EDIAR Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina*.

Zaldívar, A. (2011). *Contradicción de tesis 462/2010: Entre los criterios sustentados por el tercer tribunal colegiado en materias penal y de trabajo del séptimo circuito y el segundo tribunal colegiado del vigésimo circuito*. [https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias\\_pub/qTMu3ngB\\_UqKst8o0hat/%22Coito%22](https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/qTMu3ngB_UqKst8o0hat/%22Coito%22)

Zúñiga, L.I. (2019). *Análisis de la figura de penetración parcial contrastada con los principios procesales penales en Costa Rica*. [Mensaje]. WhatsApp

## Anexos

### Transcripción de entrevistas

#### Entrevistado 1. Evelyn Cabezas - Juez

1. *¿Cómo debe de ser entendida la tipicidad en materia penal?*

La tipicidad es la adecuación de una conducta al tipo penal. Entonces, es encajar determinada conducta que está siendo expuesta o ventilada en un proceso penal y buscar en la ley especial o en el código penal si puede cumplir con los elementos normativos de ese tipo penal.

2. *¿Cuáles son las diferencias sustanciales entre los delitos de violación y abuso sexual?*

Radica prácticamente en cuáles son los elementos normativos que vienen a configurar cada uno de esos delitos. Son delitos sexuales, ambos, y vienen a proteger un bien jurídico común que es la libertad y la indemnidad sexual. Pero la diferencia se encuentra en los elementos normativos que vienen a complementar cada uno de los delitos; en el caso de la violación el elemento predominante para poder establecer esa diferencia es que exista un acceso carnal, mientras que en el delito de abuso sexual se refiere a actos que van encaminados o que tienen un fin sexual.

En la violación se requiere que exista ese acceso carnal y el análisis de los otros elementos que conforman el tipo penal, y el abuso sexual sería como un acto que no sea el acceso carnal y que tenga un fin sexual.

3. *Desde el aspecto jurídico, ¿hay alguna diferencia entre penetración y rozamiento?*

Claro que sí existe una diferencia no solo a nivel jurídico penal, sino también en el sentido o contexto de la palabra. Penetración evidentemente requiere la introducción de un objeto o miembro del hombre en la cavidad vaginal, y el rozamiento no estaríamos hablando de penetrar o introducir, como lo exige el delito de violación; el roce es tocar, palpar, rozar, mientras que penetrar es introducir.

4. *¿Cuál es la diferencia entre una penetración parcial o vestibular y el abuso sexual desde el sentido de la teoría de la acción penal?*

Acerca de la penetración parcial o vestibular en relación al abuso sexual, se debe a la discusión que se ha generado jurisprudencialmente respecto a qué se entiende por acceso carnal. Entonces, existen conceptos doctrinarios, incluso algunos votos que ha hecho referencia la sala tercera, en que se insta que la penetración parcial o vestibular se da a partir de los labios vaginales hasta el himen, entonces desde ese punto hasta ese punto puede existir esa penetración.

Lo que se había establecido en algún momento es que entonces no podía cumplirse con el concepto de acceso carnal, porque anatómicamente o bajo la medicina forense lo que se determina como acceso carnal es la penetración y para que exista la penetración entonces tiene que existir una ruptura de himen. No obstante, se ha desarrollado en la jurisprudencia que esos son términos que pueden venir a establecer situaciones en las que el bien jurídico siempre se va a afectar de la misma manera. Entonces el desarrollo que se ha dado jurisprudencialmente y la

interpretación que también se le ha dado al concepto de acceso carnal también viene a incluir la penetración parcial o vestibular.

También se ha desarrollado que no es necesario venir a cuestionarse esta situación, primero porque la afectación del bien jurídico se da en ambos casos, es la misma afectación y también para la persona ofendida y que la ruptura o no del himen tiende más a aspectos también relacionados con cultura, respecto a la virginidad, entre otros. Entonces, lo que se ha dicho por parte de la Sala Tercera en la jurisprudencia es que sí se entiende o viene a cumplir con los elementos normativos el tipo penal de violación y por ende entonces estaríamos hablando de ese delito y no de un delito de abuso sexual.

5. *¿Cumple el concepto de penetración parcial con los elementos objetivos y subjetivos del delito de violación?*

Va a depender del criterio que usted se forme analizando todos los conceptos que se han dado de penetración tanto a nivel médico legal, como también doctrinario y en relación al tipo penal. Entonces, si usted toma determinada postura y dice que la penetración es a partir de que el miembro del hombre se introduce en los labios vaginales hasta el himen, en este contexto existe la penetración, por lo que estaríamos hablando del delito de violación.

Si su posición es contraria y usted dice que no porque a nivel médico se ha establecido que la penetración se tiene que dar con la ruptura del himen, y que hay que interpretar de forma restrictiva la ley como la establece el código penal, entonces se vería como abuso sexual.

6. *¿Cuál ha sido el criterio jurisprudencial sobre la aplicación de la figura de penetración parcial en Costa Rica?*

La posición en Costa Rica y de la Sala Tercera, a lo que yo conozco, e incluso Francisco Castillo en una revista de ciencias jurídicas, estableció que el acceso carnal significa la penetración completa o incompleta del miembro viril del hombre, a partir de la apertura vulvar o de los labios vaginales hasta el himen. Por lo tanto, actualmente ese es el criterio y la jurisprudencia ha seguido este criterio, aunque han existido cuestionamientos.

7. *¿Cuál ha sido la línea doctrinaria a nivel internacional sobre la creación y aplicación de esta figura?*

Al igual que Costa Rica, hubo como que mucha doctrina, muchos cuestionamientos en cuanto si una penetración vestibular o parcial configuraba un delito o no. Sin embargo, por el tema de los derechos de la mujer a nivel de su libertad e intimidad sexual, por lo menos, tengo entendido que España, Colombia y Argentina, han ido unificando criterios de que con independencia de qué tipo de penetración haya, con solo de que haya habido ese acceso, se configura la violación; esto de los últimos años para acá, ya que antes decían que si no había ruptura del himen no había violación, había abuso sexual.

## **Entrevistado 2. Marco Aurelio - Ex Fiscal y Litigante Privado**

1. *¿Cómo debe de ser entendida la tipicidad en materia penal?*

Se debe entender como el primer estrato de las múltiples teorías del delito, que engloba también a la acción y a la omisión (típicamente relevante), además dependiendo de la teoría del delito puede verse en conjunto con la antijuridicidad o bien como un indicio de esta. Como debe ser entendida, como la acción u omisión que cumpla con los elementos objetivos (primero) de un tipo penal, y que además cumpla con los elementos subjetivos, dolo, culpa o preterintención.

2. *¿Cuáles son las diferencias sustanciales entre los delitos de violación y abuso sexual?*

Siempre que hay una violación existe un delito de abuso sexual (siempre) no al revés, la diferencia esencial es que en el primero existe una introducción (o bien hacerse acceder), no deseada de dedos, lengua, objetos u animales, en cualquier cavidad del cuerpo (ver reforma reciente al artículo 156 del Código Penal), y en el abuso, son tocamientos de carácter sexual abusivo no deseados.

3. *Desde el aspecto jurídico, ¿hay alguna diferencia entre penetración y rozamiento?*

La penetración es un elemento objetivo del tipo penal de violación (entendida como el acceso carnal – introducción del pene u objetos), mientras el razonamiento tiene que ver si es de la víctima con la capacidad volitiva – decisión, por diferentes motivos como la edad, o la incapacidad de resistir y si hablamos de razonamiento del imputado es parte de la Culpabilidad (tercer estadio de la teoría del delito).

4. *¿Cuál es la diferencia entre una penetración parcial o vestibular y el abuso sexual desde el sentido de la teoría de la acción penal?*

Es una pregunta difícil, porque tiene una respuesta médica y otra jurídica, tiene que ver con medicina legal y la diferencia entre vulva y vagina. Se trata de la tentativa (existen muchas teorías de la acción penal, causal, social, psicológica, finalista o funcionalista (radical o racional)) hay que verlo desde el caso en concreto, si es una tentativa de violación por ejemplo, siempre va a existir un abuso. La Sala Tercera y algunos Tribunales de Apelación han aceptado la posibilidad de la penetración vestibular, el término penetración parcial lo desconozco, pueden ver los votos de Sala Tercera 786-2023 y del Tribunal de Apelación de Cartago 32-2024 y 204-2023 (Vulva, vagina – himen) sobre el punto también los trabajos en línea del Dr. Franz Vega Zúñiga.

5. *¿Cumple el concepto de penetración parcial con los elementos objetivos y subjetivos del delito de violación?*

Comparto lo que dice el Voto de la Sala Tercera mencionado anteriormente, la penetración es un elemento objetivo del tipo penal, por lo que es erróneo confundirlo o mezclarlo con el elemento subjetivo dolo.

“Sin embargo, la introducción incompleta de algún objeto en la zona vaginal, sin afectación del himen, no impide calificarla como violación” (voto número 321-2007, de las 11:18 horas del 28 de marzo de 2007)...”. Finalmente, en la resolución N° 2015-01531, de las 09:40 horas, del 27 de noviembre del 2015, unificó criterios jurisprudenciales determinando “...la existencia de una violación al principio de

libertad sexual, contenido en el artículo 156 del Código Penal, con respecto a la existencia del ilícito cuando se constate el acceso o penetración vestibular...” (...) recientemente esta Sala de Casación, mediante voto de mayoría, sostuvo: “...la penetración vestibular, al afectar la intimidad de la mujer, como bien jurídico tutelado por la norma, infringe el tipo penal de violación...” ( ) “...la penetración parcial, del miembro viril en la cavidad vaginal y vestibular, constituye sin duda un acceso carnal que necesariamente configura el tipo penal de violación...” (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia N° 2021-00350, de las 10:30 horas, del 16 de abril de 2021, voto de mayoría suscrito por los Magistrados Ramírez, Burgos y Alfaro y la Magistrada Solano)”. Desde esta óptica, considerando la estructura anatómica de la mujer, valorada desde el punto de vista jurídico y la normativa tanto legal, como convencional incluida la Convención Belem do Pará citada en los antecedentes transcritos, se concluye que el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal derivó correctamente que el encartado introdujo su lengua en la vagina de la ofendida, cuando procedió a lamer sus labios vaginales y clítoris, aunque por las razones desarrolladas en el motivo precedente, no es posible calificar la conducta como constitutiva del delito de violación previsto en el Código Penal. Por estas razones, el segundo motivo del recurso de casación interpuesto por la defensora pública Carolina de Trinidad Zepeda, se declara sin lugar”.

6. *¿Cuál ha sido el criterio jurisprudencial sobre la aplicación de la figura de penetración parcial en Costa Rica?*

Es violación, además recién se reformó de igual forma el artículo 156 del Código Penal, sobre la introducción de la lengua, y se amplió el concepto a cavidad.

Cabe destacar que la penetración es exclusiva del pene (acceso carnal) siendo que el tipo penal es más amplio y habla de la introducción.

7. *¿Cuál ha sido la línea doctrinaria a nivel internacional sobre la creación y aplicación de esta figura?*

A nivel doctrinario lo que conozco es lo escrito por el Dr. Franz Vega Zúñiga, que ese concepto en la medicina legal no existe, además ese tema se supera con la reciente reforma al artículo 156 (hay que esperar el desarrollo jurisprudencial).

### **Entrevistado 3. David Fernández Fernández – Defensor Público**

1. *¿Cómo debe de ser entendida la tipicidad en materia penal?*

La tipicidad se entiende como la correspondencia o coincidencia entre un comportamiento llevado a cabo por una persona y lo dispuesto en una norma penal.

2. *¿Cuáles son las diferencias sustanciales entre los delitos de violación y abuso sexual?*

La diferencia más significativa entre una violación y un abuso sexual, es que en el primero, hay acceso carnal -en la vía oral, anal o vaginal- por parte del sujeto activo sobre el sujeto pasivo, mientras que en el segundo, el acto sexual ejecutado por parte del sujeto activo sobre el sujeto pasivo, no conlleva un acceso carnal.

3. *Desde el aspecto jurídico, ¿hay alguna diferencia entre penetración y rozamiento?*

El rozamiento implica frotar el pene sobre la vulva del sujeto pasivo y no conlleva un acceso carnal, a diferencia de la penetración en donde sí hay un acceso.

4. *¿Cuál es la diferencia entre una penetración parcial o vestibular y el abuso sexual desde el sentido de la teoría de la acción penal?*

Si bien es cierto, la penetración vestibular puede constituir una penetración parcial conforme a la jurisprudencia de la Sala Tercera, no toda penetración parcial es a través de una penetración vulvar, ya que puede haber otras formas, por lo que no sería preciso asimilar la penetración parcial con la vestibular.

Según la posición de la Sala Tercera, la diferencia entre la penetración vestibular y el abuso sexual es que la penetración vestibular configura el delito de violación.

5. *¿Cumple el concepto de penetración parcial con los elementos objetivos y subjetivos del delito de violación?*

La penetración parcial sí reúne los elementos del tipo penal de violación, ya que el tipo penal lo que exige es el acceso carnal, independientemente de que sea parcial o total.

6. *¿Cuál ha sido el criterio jurisprudencial sobre la aplicación de la figura de penetración parcial en Costa Rica?*

El criterio unánime de la jurisprudencia nacional sobre la penetración parcial, ha sido que no se excluye la tipicidad en la violación por el hecho de que el acceso

sea parcial, dado que el tipo penal no refiere que la penetración debe ser total para configurarse la tipicidad de la conducta.

7. *¿Cuál ha sido la línea doctrinaria a nivel internacional sobre la creación y aplicación de esta figura?*

Desconozco la línea doctrinaria a nivel internacional sobre el tema.