

FISCALIA ADJUNTA DE ASUNTOS DE GÉNERO

MEMORANDO NO. 02-NA-FAAG-2014

PARA: Fiscalas (es) y Técnicos Judiciales.

FECHA: 07 de abril del 2014.

ASUNTO:

- PENDIENTE

1. *Se recuerda a tod@s l@s Fiscal@s que atienden delitos sexuales, en particular cuando se trate del sancionado como Abuso Sexual Contra Persona Mayor de Edad (artículo 162 del Código Penal), el comunicado enviado por la Fiscalía de Impugnaciones titulado “sobre la supuesta despenalización del delito de abuso sexual contra persona mayor de edad”, cuyo contenido se reproduce en esta directriz.*

“Estimados compañeros y compañeras

Con motivo de la divulgación que ha tenido por medios electrónicos una nota suscrita por la Jueza Rosaura Chinchilla Calderón, en que efectúa una interpretación sobre la supuesta despenalización del delito de abuso sexual contra persona mayor de edad, consideramos importante que los representantes del Ministerio Público tengan conocimiento de lo siguiente:

- El Tribunal de Apelación de Sentencia del II Circuito Judicial de San José, mediante voto No. 2014-414 de las 9:20 hrs. del 28 de febrero del 2014, declaró con lugar el recurso de apelación de la defensa y absolvió al imputado en aplicación del principio *in dubio pro reo*, por considerar que del elenco probatorio recabado en debate no se desprendía con claridad el fin libidinoso tras los actos ejecutados por el imputado. En consecuencia, la absolutoria dictada en ese caso **no** tuvo como fundamento la supuesta despenalización del delito de abuso sexual contra persona mayor de edad.
- Si bien en dicha resolución existe la nota que se ha hecho circular, debe aclararse que la estimable Juez Chinchilla Calderón consignó su criterio mediante una nota separada e independiente de los considerandos de fondo del fallo, en que – repetimos- se absolvió por *in dubio pro reo*.
- En virtud de lo anterior, no puede interpretarse el criterio expuesto en dicha nota separada como la “posición” de los Tribunales de Apelación de Sentencia.

También es importante que los representantes del Ministerio Público tomen en cuenta lo resuelto por la Sala Constitucional en el voto **No. 2009-308** de las 15:16 hrs. del 14 de enero del 2009, mediante el cual se rechazó una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 342 del Código Penal, en la que se reclamaba que el este artículo infringía el principio de legalidad penal, en virtud de que al establecer la pena aplicable, remite en la primera parte, a los dos artículos anteriores (cohecho propio –artículo 341- y cohecho impropio –artículo 340-) y en los incisos 1) y 2) hace referencia a los artículos 338 y 339 del mismo Código, que se refieren más bien a los delitos de “*Violación de Fueros*” y “*Divulgación de Secretos*”, lo que generaba que existiera una incoherencia entre el párrafo primero y los incisos 1) y 2) del artículo 342. Al rechazar dicha acción, la Sala indicó lo siguiente:

[...] De un análisis de la norma cuestionada este Tribunal arriba a la conclusión de que la misma no resulta lesiva de los principios de legalidad y tipicidad penal. El artículo 185 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, número 7732 del diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y siete, refiere:

“ARTÍCULO 185.-

Adición al Código Penal. Agrégase, al Código Penal, una sección IV que se nominará "Delitos Bursátiles", al título VIII, "Delitos contra la buena fe de los negocios".

Constará de dos nuevos artículos corriéndose el resto de la numeración del Código Penal. (El resaltado no es del original). Los textos dirán: [...].”

Como puede verse, a partir de la adición de esas normas, efectivamente, la numeración del Código Penal se corre y los artículos 338 y 339, pasan a ser los artículos 340 y 341. Si se hace una lectura del primer párrafo del artículo 342:

“Si los hechos a que se refieren los dos artículos anteriores (el resaltado no es del original) tuvieren como fin el otorgamiento de puestos públicos, jubilaciones, pensiones, o la celebración de contratos en los cuales esté interesada la administración a la que pertenece el funcionario, la pena de prisión será:[...].”

Se observa que la remisión no solo es a los “dos artículos anteriores”, sino también a modos de ejecución de las conductas, que solo tienen sentido cuando

se les relaciona con los delitos de cohecho propio e impropio, que son los que están previstos en los artículos 340 y 341, y no con la violación de fueros ni divulgación de secretos (artículos 338 y 339). Es decir, hay dos elementos fundamentales (orden numérico y acciones materiales típicas) que integran el tipo penal y permiten establecer con claridad a qué se refiere el legislador. Eso hace que no resulte vulnerado el principio de legalidad, cuya finalidad es otorgar certeza al ciudadano, en el sentido de cuáles son las conductas prohibidas y las sanciones que podrían aplicársele si incurre en una acción u omisión. No se traslada al juez la determinación de la sanción imponible, sino que es clara la voluntad del legislador, al establecer conductas agravadas de los delitos de cohecho propio e impropio, que se encuentran debidamente descritas. Ya este Tribunal se ha pronunciado en casos similares, donde por errores materiales se da alguna incoherencia u omisión en la redacción de los tipos penales. Así, en la sentencia **10140-01** de las 14,31 hrs. del diez de octubre del dos mil uno, estableció:

“En lo que al artículo 161 del Código Penal se refiere, en el primer párrafo se establece un tipo básico de abusos deshonestos contra personas menores de edad e incapaces, por el que se impone una sanción de tres a ocho años de prisión. El párrafo segundo y los incisos siguientes tipifican conductas agravadas del mismo tipo penal, razón por la cual, pese a que no se indique expresamente la clase de sanción a imponer, al señalar que se trata de “cuatro a diez años”; se entiende que se trata de “años de prisión”, pues los supuestos establecidos en el párrafo segundo, se remiten al tipo básico previsto en el primer párrafo de esa norma y además se trata de circunstancias de agravación del delito, contenidas en el mismo tipo penal, que por una razón lógica no pueden tener una sanción menos severa, dado que la gravedad de los hechos es mayor y por ende el reproche también lo es. En este caso, la interpretación de la norma no va más allá de la literalidad del texto consultado –se reitera- porque la pena está establecida por el legislador en el mismo tipo penal. No se traslada al juez en ningún momento la determinación de la sanción imponible, el ciudadano sabe a qué atenerse porque el tipo penal lo señala en forma expresa, no es necesario recurrir a una figura penal análoga o integrarla con la sanción prevista para otra conducta. El principio de legalidad penal lo que supone es que la previsión de la pena, por razones de seguridad jurídica y de competencia exclusiva del legislativo, debe efectuarla la ley, y no la voluntad del poder ejecutivo o judicial. La interpretación de la norma que se hace en este caso no va más allá de la interpretación literal o gramatical, según la cual se debe averiguar el significado o significados de las palabras en su sentido lingüístico y conforme a la significación gramatical en que son empleados los vocablos dentro de la frase correspondiente. En el supuesto que se analiza, se observa que todo el párrafo segundo del artículo remite al primer párrafo, no sólo en cuanto al tipo de sanción a imponer, sino también en cuanto a diferentes elementos de la conducta, que se agrava cuando: 1) es cometida contra una persona menor de doce años; 2) el autor se aproveche de la vulnerabilidad de la persona ofendida o ésta se encuentre incapacitada para resistir o se utilice violencia corporal o intimidación; 3) el autor sea ascendiente, descendiente, hermano por consanguinidad o afinidad, padrastro o madrastra, cónyuge o persona que se halle ligado en relación análoga de convivencia, tutor o encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima; 4) cuando el autor se prevalezca de su relación de confianza con la víctima o su familia, medie o no relación de

parentesco. Todas esas circunstancias agravan la conducta que está descrita en el primer párrafo de la norma, remiten a ese tipo básico. De igual modo, aunque no se diga expresamente, por la construcción gramatical de la norma, se infiere inequívocamente que al indicarse que la pena es de “cuatro a diez años”, se trata de años de prisión.”

VI.- Conclusión. *En virtud de lo expuesto, esta Sala considera que la norma no infringe el principio de legalidad penal y por ende, se rechaza por el fondo la acción interpuesta”*

Se adjunta copia del citado voto de la Sala Constitucional

Saludos cordiales

*José Alberto Rojas Chacón
Fiscalía de Impugnaciones”*

2. En la eventualidad que durante el desarrollo del proceso, la Defensa o el Imputado presenten el argumento de la presunta despenalización del tipo sancionado en el numeral 162 del Código Penal, la posición esbozada en el punto anterior es la que deben sostener l@s representantes del Ministerio Público, presentando los recursos necesarios, según la forma y oportunidad que correspondan de acuerdo al momento procesal en que se encuentre la causa.

3. Si bien es cierto corresponde a una potestad reservada exclusivamente a l@s Juec@s de la República, se recomienda a l@s representantes del Ministerio Público, que además de presentar su oposición a la interpretación a favor de la despenalización del delito de Abuso Sexual Contra Persona Mayor de edad, soliciten a l@s juec@s que antes de emitir su criterio en cuanto al punto en discusión, ejerzan la facultad señalada en el artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional que dispone: *“Todo juez estará legitimado para consultarle a la Sala Constitucional cuando tenga dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento.”*

Esta directriz es de acatamiento obligatorio, su incumplimiento implica la aplicación del régimen disciplinario.

Licda Eugenia Salazar Elizondo
Fiscalía Adjunta
Fiscalía Adjunta de Asuntos de Género