

Exp : 10-000760-0597-PE

Res: 2014-00840

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José , a las diez horas cuarenta y ocho minutos del veintitrés de mayo de dos mil catorce.

Recurso de casación interpuesto en la presente causa seguida contra [Nombre 001], [...]; por el delito de acto sexual remunerado, en perjuicio de menor de edad. Intervienen en la decisión del recurso los Magistrados Carlos Chinchilla Sandí, Jesús Alberto Ramírez Quirós, José Manuel Arroyo Gutiérrez, Magda Pereira Villalobos y Doris Arias Madrigal. Además, en esta instancia, el licenciado Willie Carballo Pérez, como defensor privado del encartado y la Procuraduría General de la República, representada por el licenciado Olman Antonio Rodríguez Brunett. Se apersonó el representante del Ministerio Público, licenciado Christian Fernández Mora.

Resultando:

1.-

Mediante sentencia N° 2013-1658 de las nueve horas veintiocho minutos del treinta de julio del dos mil trece, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, resolvió: "POR TANTO: Por mayoría, se declaran sin lugar los recursos interpuestos. El juez Salinas Durán salva el voto. Notifíquese. -

Edwin Salinas Durán, Jorge Luis Arce Víquez, Ana Isabel Solís Zamora. Jueces y Jueza de Apelación de Sentencia Penal. (sic)".

2.-

Contra el anterior pronunciamiento el licenciado Willie Carballo Pérez, como defensor privado del encartado, interpuso recurso de casación.

3.-

Verificada la deliberación respectiva, la Sala entró a conocer del recurso.

4.-

En los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes.

Informa la Magistrada Arias Madrigal, y;

Considerando:

I. En memorial visible de folios 87 a 90, en el voto número 1610-2013, de las 9:54 horas, del 1 de noviembre del 2013, esta Sala admitió únicamente el primer y tercer motivo del recurso de casación interpuesto por la representante del Ministerio Público, el segundo motivo relacionado con la errónea aplicación e inobservancia en la aplicación de la ley sustantiva se declaró inadmisibile. Específicamente, en el primer motivo, alega errónea aplicación del numeral 160 del Código Penal, con relación a los artículos 392, inciso 4 del Código Penal y 4 de la Ley 7476 contra el Hostigamiento sexual en el empleo y la docencia. Señala quien recurre que el Tribunal tuvo por demostrado que el acusado le ofreció una ventaja a la víctima a cambio de que se dejara tocarle una nalga. Sin embargo, ésta se rehusó. Por ende, sostiene que no se consumó el delito de actos sexuales remunerados, toda vez que éste exige la ejecución de actos eróticos o sexuales, los cuales nunca se dieron. Por lo que se aplicó en forma errónea la ley sustantiva, causándole agravio al indiciado. Opina que a lo sumo debió inculparse al justiciable por un delito en grado de tentativa o la contravención de proposiciones irrespetuosas o la Ley 7476 contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia. En un segundo motivo alega la existencia de precedentes contradictorios (artículo 468, inciso a- del Código Procesal Penal). Manifiesta el litigante que en el presente asunto existen precedentes contradictorios con relación al momento en que se consuma el delito de actos sexuales remunerados con personas menores de edad, lo cual ha causado inseguridad jurídica y perjuicio al acusado. Por un lado, el fallo recurrido, así como la resolución N° 2012-0111, del mismo tribunal, defiende la posición de que el delito se consuma con la sola propuesta de la ventaja económica o de otra especie a la víctima, mientras que en el precedente N° 2007-00350, dictado por la Sala Tercera de Casación Penal, a las 8:35 horas, del 20 de abril de 2007, se afirma: "*[...] para que se configure el delito de relaciones sexuales remuneradas con persona menor de edad, no basta con el solo ofrecimiento de dinero o alguna ventaja económica a la víctima, o que el pago se haya dado, sino que se requiere que esta remuneración tenga como resultado la ejecución de actos eróticos o sexuales (de parte de la víctima, no del victimario,*

como lo entendió el a quo).” Por lo anterior, dado que en el particular la menor ofendida no aceptó la propuesta sexual del imputado, se estima que acorde con el criterio de la Sala Tercera no habría delito. Por ende, el accionante solicita se uniforme la jurisprudencia y absuelva al justiciable.

II. Sobre el recurso de casación la función unificadora en la Ley N° 8837: La Ley de Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia (No. 8837), modificó la finalidad del recurso de casación. Actualmente los imperativos que definen la procedencia de la casación son la unificación de la jurisprudencia y además la reparación de agravios inferidos a las partes con la sentencia impugnada. Es decir, se fortalece la función nomofiláctica y unificadora, como de los derechos del gestionante (*ius litigatoris*). Fines de la casación, dentro de un Estado Social de Derecho y con una amplia Carta de Derechos Fundamentales que aplica esta Sala de Casación dentro de la integridad del ordenamiento jurídico, incluido el concepto positivista de Ley, pero no limitado a él, entendiendo la procedencia del medio de impugnación por infracción directa de ésta o de la Constitución, cuando aquélla sea aplicada de manera desigual. Con relación al principio de igualdad, nuestra Constitución, en el artículo 33, reconoce la igualdad formal, la cual se traduce en el derecho de la igualdad ante la ley, que supone el reconocimiento formal por la generalidad de las normas, es decir, a aquéllas normas que se dirigen a un destinatario abstracto (todo ser humano). Sin embargo, ello no excluye que se den leyes *ad personam*, es decir, aquéllas que responden a una categoría o clase de individuos determinados (Toda mujer, Todo niño). (Fernández Ruiz-Gálvez, E. 2003, pp. 69-70). El reconocimiento de la igualdad ante la ley prohíbe todo tratamiento discriminatorio formal y material de origen legal. Pues de poco serviría no ser discriminado, formalmente, en la ley si luego surge una discriminación material en su aplicación. (Ollero Tassara, A.: Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2005. p. 54). De este modo, de la igualdad ante la ley surgen dos prohibiciones, a saber: La discriminación formal en la ley, y, la discriminación material en la aplicación de la ley. En cuanto a la discriminación formal en la ley, es la lesión de la igualdad en la ley. La igualdad en la ley -o, en el ordenamiento jurídico-, implica que el Poder Legislativo debe crear normas jurídicas que eviten situaciones discriminatorias o injustificadamente desiguales. (Ollero Tassara, A.: Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial. 2005. p. 35). Por lo tanto, existirá

discriminación en la ley cuando el Poder Legislativo elabore normas que causen situaciones discriminatorias o injustificadamente desiguales. Por otra parte, la discriminación material en la aplicación de la ley es la lesión de la igualdad en la aplicación de la ley. La igualdad en la aplicación de la ley implica que un mismo órgano o plurales órganos que tengan competencia para conocer sobre casos sustancialmente iguales, den un tratamiento igual a los casos litigiosos encausados, de manera que los órganos no pueden, en casos sustancialmente iguales, modificar el sentido de sus decisiones y que cuando el o los órganos en cuestión consideren que deben apartarse de sus precedentes tienen que ofrecer, para ello, una fundamentación suficiente y razonable. (Ollero Tassara, A.: Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial. 2005. p. 23. En el mismo sentido: Fernández Ruiz-Gálvez, E. 2003, p. 64). En consecuencia, existirá discriminación material en el contenido de la ley, cuando los órganos apliquen desigual la ley ante dos o más casos litigiosamente encausados en que se discuta una misma situación jurídica y se llegue a resultados opuestos o cuando modifiquen sus decisiones arbitrariamente, sin dar una motivación suficiente y razonable. Para ello, se parte de dos ideas claves; primero, en cuanto implica el trato igual entre iguales y desigual para los desiguales; y segundo, en cuanto a la posibilidad constitucional de establecer situaciones diferenciadas entre desiguales, bajo la condición de que éstas sean razonables y proporcionales. De esta forma, las únicas desigualdades serán aquéllas que sean arbitrarias, es decir, carentes de toda razonabilidad. (Voto N.º 2349-2003 del 19/03/2002 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia). En este sentido, considera esta Sala que el recurso de casación penal, no sólo es un instrumento procesal para aplicar el derecho constitucional, sino que es el medio jurídico encargado de tutelar los derechos humanos y fundamentales recogidos en los instrumentos internacionales y ratificados, por los Estados. Así, la jurisprudencia contradictoria no es un fin en sí mismo, sino un medio para lograr el mejoramiento del derecho humano al recurso. Esto de acuerdo con la igualdad y tutela de los derechos fundamentales del acusado. De manera que, la "Jurisprudencia contradictoria y el Principio de igualdad" serán relevantes en tanto se cause alguna lesión esencial en el caso concreto a las partes, es decir, no existe lesión simplemente por la existencia de jurisprudencia contradictoria, sino porque esa jurisprudencia, se considera que viola el principio fundamental a la igualdad del justiciable. Lo anterior, en cumplimiento al derecho humano al recurso de casación

de acuerdo a las garantías constitucionales y procesales, éstas últimas previstas para el proceso penal en el "*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*" (PIDCP), el cual fue aprobado por la Asamblea General de la ONU, el 16 de diciembre de 1966, ratificado el 29 de noviembre de 1968 y puesto en vigencia desde el 23 de marzo de 1976 y; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), conocida como el Pacto de San José, suscrita el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, incorporada por la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, mediante decreto Ley N.º 4534, del 23 de febrero de 1970 y entrada en vigencia el 18 de julio de 1978, en virtud del artículo 74, inciso 2) del citado instrumento.

III. Marco internacional del delito de actos sexuales remunerados con personas menores de edad: Encuentra su sustento en el numeral 48 de la Constitución Política, toda persona tiene derecho a que se le protejan no solo las garantías consagradas en nuestra Carta Magna, sino además, los derechos humanos de carácter fundamental que se contienen en los diversos instrumentos internacionales. La Declaración y Plataforma de Acción de Beijing -Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 1995-, dentro de los objetivos estratégicos para garantizar la igualdad y la no discriminación ante la ley y en la práctica, estableció como medidas a adoptar por los gobiernos: "*232..I) Revisar y enmendar las leyes y los procedimientos penales, según sea necesario, para eliminar toda discriminación contra la mujer con objeto de procurar que la legislación y los procedimientos penales garanticen una protección efectiva contra los delitos dirigidos contra la mujer o que la afecten en forma desproporcionada, así como el enjuiciamiento por esos delitos, sea cual fuere la relación entre el perpetrador y la víctima, y procurar que las mujeres acusadas, víctimas o testigos no se conviertan otra vez en víctimas ni sufran discriminación alguna en la investigación de los delitos y el juicio correspondiente; [...]*". Por su parte, las "Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad", 2008, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana y ratificadas en sesión extraordinaria de Corte Plena número 17, del 26 de mayo del 2008, tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, sin discriminación alguna. De acuerdo con la tercera y cuarta regla de dicho instrumento jurídico "(3) Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su

edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

(4) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico". En relación con la variable de Género, la regla 17 anota que *"La discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurra alguna otra causa de vulnerabilidad"*. También en la Convención sobre los Derechos del Niño (y de la Niña) establece en el artículo 34 que la obligación de los Estados Parte de proteger al niño (y a la niña) de todas las formas de explotación y abusos sexuales: *"Con ese fin, los Estados Parte tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) la incitación o la coacción para que un niño (y una niña) se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño (y de la niña) en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño (y de la niña) en espectáculos o materiales pornográficos"*. Además, contempla en el artículo 34 disposiciones con respecto al secuestro, venta o tráfico de niños y de niñas para cualquier fin o en cualquier forma, incluido en éste el tráfico sexual. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), afirma que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y les limita el reconocimiento, goce y ejercicio de los mismos. Así, este importante instrumento internacional, en su artículo 2, contempla no sólo la violencia física, sexual y psicológica que ocurre dentro de las familias, sino también la que tiene lugar en la comunidad, la cual comprende -pero no se restringe- la violación sexual, el abuso sexual, la tortura, la trata de personas, la prostitución forzada, el secuestro y acoso sexual. También define como violencia contra la mujer aquella que *esperpetrada o tolerada* por el Estado o sus agentes. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), consigna en el artículo 2 la obligación de los Estados

Parte de "establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre la base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación" y de "derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer." Estos instrumentos internacionales no sólo forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, sino que tienen rango constitucional. Nuestro país, al ratificarlos, se suma a los nuevos requerimientos jurídicos inspirados en la Doctrina de la Protección Integral del Niño y de la Niña, en la Igualdad de Género y en la No Violencia contra las Mujeres(adultas y niñas).

IV. Cambio de criterio con relación al delito de actos sexuales remunerados con personas menores de edad: Esta Sala verificó la existencia objetiva de precedentes jurisprudenciales contradictorios entre la resolución impugnada número 2012-0111, del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, sobre el tema también se votó lo siguiente: Resolución N.º 00111-2012, de las 9:47 horas, del 27 de enero del 2012, del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José, N.º 01439, de las 15:22 horas, del 25 de octubre del 2011 y, N.º 00425, de las 14:25 horas, del 07 de abril del 2011, ambas, del antiguo Tribunal de Casación, quienes defienden la posición de que el delito se consuma con la sola propuesta de la ventaja económica o de otra especie a la víctima. Mientras que, esta Sala ha sostenido que: "*[...] para que se configure el delito de relaciones sexuales remuneradas con persona menor de edad, no basta con el solo ofrecimiento de dinero o alguna ventaja económica a la víctima, o que el pago se haya dado, sino que se requiere que esta remuneración tenga como resultado la ejecución de actos eróticos o sexuales (de parte de la víctima, no del victimario, como lo entendió el a quo).*" En el mismo sentido, véase, existen los siguientes precedentes: N.º 2007-00350, de las 8:35 horas, del 20 de abril de 2007, N.º 01007-2008, de las 10:20 horas, del 10 de septiembre del 2008, todas dictadas por esta Sala, N.º 234-2012, de las 14:55 horas, del 11 de mayo del 2012, del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago). Ante este panorama, esta Sala luego de un reexamen de las situaciones fácticas y jurídicas planteadas en el caso, modifica el criterio sostenido hasta ahora, y se decanta por considerar que, el delito que prevé y sanciona el artículo 160 del Código Penal, lo que castiga es la acción de

pagar, prometer pagar o dar una ventaja económica a una persona menor de edad, para que ésta ejecute actos sexuales o eróticos. Esto quiere decir, que no es necesario que el acto sexual se consume, ni menos aun, que se trate de una relación sexual en sentido propio. Propiamente, en cuanto al ilícito, es importante indicar que, se trata de un delito de peligro abstracto que abarca acciones que en sí mismas lesionan el bien jurídico tutelado de la indemnidad sexual de quien se presume -en la ley- no puede consentir válidamente ejecutar actos sexuales (el menor de 12 años), y la autodeterminación sexual, es decir, la posibilidad de escoger libremente con quien y cuando se tienen encuentros sexuales (mayores de 12 años); y en ambos supuestos se regula además el sano desarrollo de la sexualidad, resguardando a los menores de la explotación de esa índole. Abarca acciones que en sí mismas lesionan el bien jurídico tutelado de la libertad y la integridad sexual, como lo son "*pagar*", "*prometer pagar*", "*dar una ventaja económica o de otra naturaleza*". Igualmente no se habla del simple acceso carnal, sino que el tipo se amplía con la nominación de los términos "*actos sexuales o eróticos*", conceptos necesarios, dada la compleja realidad de la prostitución infanto-juvenil en nuestro territorio. Se busca proteger, por tanto, la indemnidad o intangibilidad sexual, o sea la seguridad o desarrollo físico o psíquico normal de las personas. La necesidad es, proteger y garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente para ello, como es el caso de los menores; asimismo de quienes por anomalías psíquicas, carecen de plena capacidad para llegar a tomar conciencia de lo que significa una relación sexual. Garantizando con ello, una vida digna y el desarrollo progresivo de su personalidad. En síntesis, se busca proteger su vida e integridad psíquica y física; su libertad y seguridad personales; y la libertad sexual. Por las razones apuntadas para que se configure el delito de relaciones sexuales remuneradas con persona menor de edad, basta con el solo ofrecimiento de dinero o alguna ventaja económica a la víctima, o que el pago se haya dado, de manera que, no es necesario que esta remuneración tenga como resultado o finalidad la ejecución de actos eróticos o sexuales (de parte de la víctima, no del victimario). No es necesario que efectivamente los realice. Si los ejecuta, simplemente se agota el delito que se ha consumado.

V. Caso concreto: En el particular, esta Sala resuelve de forma conjunta los dos motivos de casación invocados, al plantear el tema de la aplicación de la ley sustantiva. El Tribunal tuvo por probados los siguientes hechos: " 1.-

Que la ofendida [Nombre 004] es alumna del Colegio [...], en donde cursa el octavo año. 2.- El 2 de junio de 2010, aproximadamente al ser las nueve horas, la ofendida [Nombre 004], se encontraba recibiendo lecciones de la materia especies menores con el profesor e imputado [Nombre 001], quien aprovechando su condición de profesor, que se encontraban solos y la vulnerabilidad de la víctima, para decirle que no se preocupara por el examen, que ya los exámenes y el año los tenía ganados, a demás la invita a salir, ante la negativa de la menor [Nombre 004], el encartado [Nombre 001] de manera libidinosa le dice que si la deja tocarla, que si nunca había visto pornografía y que si no se había excitado alguna vez, por lo que la víctima opta por retirarse, no sin antes y nuevamente el justiciable [Nombre 001] decirle que caminara delante de él para verla y que si lo dejaba tocarle las nalgas, por lo anterior la ofendida se retira hacia la orientación del centro educativo. 3.-

De esta forma el imputado [Nombre 001] promete a la víctima [Nombre 004] una ventaja (ganar los exámenes y pasar el año), a cambio de realizar actos sexuales."

(cfr. folio 5). Por tales hechos condenó al justiciable por un delito de actos sexuales remunerados con persona menor de edad, en perjuicio de [Nombre 004]. le impuso la pena mínima de tres años de prisión, y por cumplir con los requisitos de ley, le otorgó el beneficio de ejecución condicional de la pena. (Folios 15 vuelto y 16 frente). Posteriormente, el Tribunal de Alzada declaró sin lugar los recursos de casación interpuestos por el imputado y el representante de la Procuraduría General de la República. (Folios 43-47, frente y vuelto). Ahora bien, por las razones que se dirán, esta Sala esta de acuerdo con la calificación del delito y la pena impuesta por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, del Segundo Circuito Judicial de San José y comparte los argumentos esbozados por los Jueces de Casación. Ciertamente, en la especie el encartado [Nombre 001] sí ofreció a la ofendida [Nombre 004], quien era su alumna, ganar los exámenes y el curso que él impartía, si se dejaba tocar las nalgas. La agraviada no aceptó esa propuesta, a pesar de ello, las acciones fueron encaminadas a solicitarle a la persona menor de edad la ejecución de actos sexuales o eróticos. De manera que, de acuerdo al artículo en

estudio, no se requería, que dicho pago o promesa, tuviese un resultado, es decir, que la solicitud hecha al sujeto pasivo -persona menor de edad- sea ejecutada por éste. En este sentido, el Tribunal de Apelación fundamentó en lo pertinente, lo siguiente: *"...Aunque la finalidad sea la ejecución de actos sexuales o eróticos por parte del sujeto pasivo, no se requiere actividad alguna por parte de éste para tener adecuada la conducta al tipo penal de referencia. Esto se explica cuando se observan los tres incisos que definen el margen sancionatorio, de acuerdo con la edad, y es que el Estado decidió, a través de la ley N.º 8590, o ley de Fortalecimiento de la Lucha Contra La Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad, la cual modificó el título de este delito (antes se denominaba "relaciones sexuales remunerada con personas menores de edad"), el cual había introducido al Código Penal con la ley N.º 7899, ampliar la protección de estos sujetos, para evitar que las condiciones de vulnerabilidad les empuje a ser explotados sexualmente, evitando que, tan siquiera, sean objeto de un ofrecimiento -económico o de otra índole- que les lleve a disponer de su sexualidad a cambio de una retribución. Es por lo anterior que, aunque la ofendida no haya aceptado la propuesta formulada por el encartado a cambio de ganar los exámenes y pasar el año en la materia que él impartía, bastó con la simple promesa hecha por el encartado para que se configurara el tipo penal."* (Cfr. folio 45 vuelto). Con fundamento en esto, se declara sin lugar el recurso.

Por Tanto:

Se declara sin lugar el recurso de casación interpuesto por el imputado [Nombre 001] se confirma la sentencia número 2013-1658, de las 9:28 horas, del 30 de julio del 2013, emitida por el Tribunal de Apelación de Sentencia del Segundo Circuito Judicial de San José. En consecuencia, se unifica el criterio en el sentido de que para que se configure el delito de relaciones sexuales remuneradas con persona menor de edad, basta con el solo ofrecimiento de dinero o alguna ventaja a la víctima, sin que se requiera la ejecución de actos eróticos o sexuales. Notifíquese.

Carlos Chinchilla S.

Jesús Alberto Ramírez Q. José Manuel Arroyo G.

Magda Pereira V. Doris Arias M.

iwoching .

100007600597PE