
Corrupción de menores e incapaces

*Álvaro Burgos-Mata**

Introducción

Es indudable que las personas menores de edad y los desvalidos, en cualquier país del globo, deben ser prioridad para las políticas gubernamentales y de protección legislativa, no siendo Costa Rica la excepción en cuanto a estos temas.

Hay hechos que, por sus efectos futuros en las personas afectadas, deben de tratarse de evitar o castigar a sus infractores con medidas punitivas, como es el caso de los delitos sexuales.

Dentro de este título del Código Penal, uno de los delitos sexuales más particulares en nuestra legislación es el de corrupción de personas menores de edad e incapaces, de lo que trata el presente trabajo. Lo mencionamos como delito particular, ya que la estructura de este tipo es casi única del ordenamiento costarricense, con elementos que muy difícilmente se van a encontrar en otros sistemas jurídicos internacionales.

* Dr. Derecho Penal y Criminología, Máster Psicología Forense, Especialista en Ciencias Penales. Juez Superior Penal Juvenil y Juez de Juicio del II Circuito Judicial de San José; Catedrático de Derecho Penal Especial, y Criminología de la Maestría en Ciencias Penales de la UCR. Prof. del Programa Doctoral en Derecho Penal de la U. Escuela Libre de Derecho y de la Maestría en Psicología Forense de la UNIBE.

Presentamos en siguiente análisis la evolución del tipo penal de corrupción de menores e incapaces junto con sus agravantes. Luego estudiaremos su concepto, de acuerdo a cómo es entendido mayoritariamente en las codificaciones latinoamericanas, haciendo énfasis a su significado en Costa Rica, anteriores y posteriores de las reformas de 1999 y el 2007.

Analizaremos también desde una óptica penal los bienes jurídicos tutelados en el tipo, de acuerdo a la posición de reconocidos autores y jurisprudencia de las Salas superiores de la Corte Suprema de Justicia.

Profundizaremos en el significado actual del delito, vigente en el artículo 167 del Código Penal, y las críticas que ha suscitado esta nueva versión del tipo reformada sustancialmente como se mencionó con anterioridad en los años 1999 y 2007.

No dejaremos fuera del análisis de este caso los agravantes contenidos en el artículo 168 de la norma supra, en las cuales el legislador estipuló algunos aspectos del sujeto activo de parentesco sanguíneo o por afinidad o el de modus operandi para considerar que los hechos poseen mayor reprochabilidad.

Procedencia del Tipo Penal

Desde tiempos del derecho romano se empiezan a dar los primeros vestigios de lo que hoy día es el delito de corrupción de menores e incapaces. Inicialmente, ubicándonos en una sociedad patriarcal, se castigaba en el Digesto a quien corrompía a una mujer virgen, pero más bien era igualado al adulterio.

La Ley de Augusto fue la primera en acercarse un poco más a lo que hoy conocemos como corrupción, entre lo que se sancionaba la pederastia.¹

Ubicándonos en el caso concreto de Costa Rica, desde el Código Penal de 1841, se introduce el delito de corrupción de menores de una forma un poco diferente a la que conocemos hoy día. Ubicado en Libro Segundo, Título Séptimo llamado "Los

1. Monsen. DERECHO PENAL ROMANO. Editorial Iberoamericana, Madrid. España.

Delitos Contra las Buenas Costumbres", que introducía diciendo "De los que promueven o fomentan la prostitución y corrompen a los jóvenes o contribuyen a cualquiera de estas cosas."

Quizá los artículos que más se acercaban a este tipo penal eran el 422 y 426 de dicho código, que decían:

Art. 422: *El que usare de niño o varón, o de niña o mujer por modos contrarios a la generación, o por casos extraños, sufrirá la pena de cuatro a ocho años de presidio.*

Art. 426: *Toda persona que contribuya a la prostitución o corrupción de jóvenes, de uno u otro sexo, menores de diecisiete años, ya por medio de dádivas, ofrecimientos, consejos, engaños o seducción, ya proporcionándoles a sabiendas caso u otro auxilio para ello, sufrirá precisamente de la misma pena corporal que los autores principales, la que se duplicará contra los delincuentes que habitualmente se ocupan de este criminal ejercicio, o contra los sirvientes y domésticos de las casas de las ofendidas o de los establecimientos en que se hallaren. La ocupación habitual para este caso, se probará por tres actos o más cometidos en esta materia y en distintas ocasiones.²*

La evolución de este delito continuó en los diferentes códigos de la República, es así como en el Código de 1880, ubicado dentro del título VII llamado "Crímenes y Simples Delitos Contra el Orden de las Familias y Contra la Moralidad Pública", capítulo VI "Del Estupro, Incesto, Corrupción de Menores y Otros Actos Deshonestos", se encontraba el artículo 389 que citaba:

El que, habitualmente o con abuso de autoridad o confianza, promoviere o facilitare la prostitución de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, sufrirá la pena de presidio interior mayor en cualquiera de sus grados o multas de mil uno a cinco mil colones³

Por su parte el Código Penal de 1924 también lo incluye como una de las conductas sancionadas por el Estado, es así que en el título III de nombre "Delitos Contra la Honestidad", capítulo III nombrado como "De la Corrupción y Ultrajes al Pudor y la Moral Pública", citaba el artículo 313:

2. Código General de la República de Costa Rica, emitido el 30 de julio de 1841.

3. Código General de la República de Costa Rica y Código de Policía, emitido en 1880.

*El que induzca a una persona menor de quince años a la prostitución a integrarse a actos o costumbres deshonestas, sufrirá prisión en sus grados cuarta a sexto, y si lo hiciere para satisfacer pasión o deseos de otros, la pena dicha se aplicará en su máximo.*⁴

Con la promulgación del Código Penal y de Policía de 1941, tampoco se excluyó la corrupción de menores como delito, es así como en el título II, "Delitos Contra la Honestidad", capítulo II "Corrupción y Ultrajes al Pudor y la Moralidad Pública", se incorporó el artículo 238 que decía textualmente:

*El que induzca a una persona menor de doce años a la prostitución o a entregarse a actos o costumbres deshonestas, sufrirá prisión de cuatro a diez años. Se impondrá prisión de nueve meses a tres años, al que, para servir su propia lascivia, indujere a una persona mayor de doce años y menor de quince a entregarse a actos o costumbres deshonestas.*⁵

Como es notorio en la historia de los diferentes códigos nacionales mencionados, existe una escasa diferenciación entre delitos como prostitución, corrupción, abusos deshonestos, etcétera, en perjuicio de las personas menores. Este ha sido un problema que no solo ha sufrido la codificación de Costa Rica, sino de la mayor parte de América Latina, pero sobre este tema, profundizaremos un poco más, en líneas próximas.

Lo que sí es importante señalar, es que el artículo actual de la corrupción de menores de nuestra legislación, es muy novedoso, ya que prácticamente no se encuentra otro igual en otras legislaciones latinoamericanas. Se erige como reacción ante lo que se consideró un poder excesivo de interpretación de los jueces, respecto a términos tan vagos como "actos perversos, prematuros o excesivos". Ciertamente, el tema ocupó durante años a la Sala de Casación, pero al fin, se había logrado consenso en la interpretación de esos elementos constitutivos del tipo. No es cierto que todavía se cuestionara en qué consistían tales actos, ni que existiera una anarquía generalizada, una impunidad o escasa respuesta judicial.

4. Código General de la República de Costa Rica, emitido en 1924.

5. Código Penal y de Policía. Ley N° 368 de 1941.

Concepto de Corrupción

Ubicado en el Código Penal, dentro del título III de nombre "Delitos Sexuales", sección III, "Corrupción, Proxenetismo, Rufianería", el artículo 167 tipifica:

*Será sancionado con prisión de tres a ocho años, siempre que no constituya un delito más grave, quien promueva o mantenga la corrupción de una persona menor de edad o incapaz, ejecutando o haciendo ejecutar a otro u otros, actos sexuales perversos, prematuros o excesivos, aunque la víctima consienta participar en ellos o en verlos ejecutar. La misma pena se impondrá a quien utilice a personas menores de edad o incapaces con fines eróticos, pornográficos u obscenos, en exhibiciones o espectáculos públicos o privados, de tal índole, aunque las personas menores de edad lo consientan.*⁶

Es importante mencionar que este tipo penal sufrió una reforma en el año 2007. Mediante estas reformas principalmente por la ley 8590, la cual realizó cambios sustanciales a la mayoría de los delitos sexuales, se le incluyeron algunas características particulares por parte del legislador costarricense, por este motivo, es muy difícil encontrar tipos penales idénticos al 167 y 168 del Código Penal costarricense.

No se debe confundir el término corrupción de menores con el de prostitución de los mismos, este es un problema que han presentado muchos códigos latinoamericanos a lo largo del siglo XX, lo cual trae consigo una confusión aún más profunda, así códigos como el de Honduras en su artículo 441, el de Guatemala en su artículo 333, entre otros, caían en ese error.

Según don José Arturo Arguedas, esa confusión se debía principalmente a que con anterioridad lo que se castigaba era a aquellas personas que lucraban induciendo a menores a entregarse (prostituirse) a terceros', que en nuestro código penal está tipificado en los artículos 169 y 170 de proxenetismo y proxenetismo agravado específicamente. Esto traía consigo una grave confusión, además de que acarrearba el grave problema de

6. *Código Penal de Costa Rica*. Investigaciones Jurídicas. San José, Costa Rica. 2008.

7. Arguedas Solano, José Arturo. *El delito de la corrupción de menores. Análisis jurídico, jurisprudencial y criminológico*. Tesis de Grado UCR, San José, Costa Rica. 1987.

que la acción de corromper a un menor para satisfacer los propios deseos quedaba impune.

Es importante aclarar que el proxenetismo agravado del inciso primero del artículo 170 se puede entender como el comercio carnal de los sexos, en forma promiscua, generalmente pública, y comúnmente realizada por dinero. Ésta acción se caracteriza por la indeterminación en cuanto a las personas y la habitualidad en su ejercicio.

También es posible la confusión del tipo de corrupción con otros, como el de la difusión de pornografía, que encontramos en el artículo 174 del Código Penal.

Es importante señalar para diferenciar ambos tipos penales, que en el caso del artículo 174 íbidem, el legislador lo que desea proteger es la simple difusión de pornografía sin cometer actos de propia mano o por medio de terceros, que corrompan al menor. En otras palabras, el tipo de la difusión de pornografía se ejecuta por medio de revistas, videos, fotos, etc., pero el autor no realiza actos en vivo personalmente o por terceros que permitan la corrupción de menores. Además, la Sala ha dicho que, aunque en el tipo de difusión de pornografía a personas menores de edad o incapaces, se corrompe al sujeto pasivo, por aplicación del principio de especialidad se aplica el numeral 174 de difusión de pornografía. Igual aplicación sucede en el artículo 173 referente a la fabricación, producción o reproducción de pornografía.

En este tipo penal ciertamente, no se reguló la posesión de pornografía, pues aquí entró en discusión el problema de si la tenencia era un acto que afectaba el bien jurídico o si era un acto que quedaba en el fuero de disposición del sujeto, pero algunos consideran esto comprensible y hasta justificable, conforme al art. 28 de la Constitución Política, pero que bien pudo establecerse el supuesto de tenencia de material pornográfico para su comercio, difusión o exhibición. Posteriormente en el año 2007, por medio de la reforma legal, se creó un nuevo tipo en el numeral 173 bis del Código Penal, que sí sanciona la tenencia de pornografía donde aparezcan personas menores de edad.

Con respecto del tipo anteriormente conocido como abusos deshonestos debe entenderse que, desde la perspectiva del autor,

la acción típica del delito de éste, va dirigida al cuerpo de la víctima a través de la ejecución de actos de aproximación física o corporal de otra persona, provistos de significación sexual, y con los cuales aquél satisface sus deseos impúdicos, aunque existe un sector de la doctrina que sostiene que este fin de satisfacción de los apetitos libidinosos -al no constituir un elemento objetivo del tipo- no es necesario que esté presente, sino únicamente el conocimiento de que se realiza un acto impúdico y la voluntad de llevarlo a cabo.

Por otra parte, el dolo requerido para que se configure la corrupción va dirigido, no tanto al cuerpo de la víctima (aunque el mismo normalmente se verá afectado, pues podría incurrirse en esta delincuencia sin siquiera existir contacto físico), sino más bien y de forma esencial a su psique, de tal modo que la conducta del agente se centra en promover la corrupción de ésta a través de actos de naturaleza sexual excesivos, prematuros o perversos.

De estas consideraciones resulta claro que la reiteración del acto idóneo para producir la corrupción, si bien constituye un parámetro importante a fin de determinar la intención del victimario, no es el único ni tampoco el esencial a dichos efectos.

Acercas de la definición de corrupción en sí, existen varias tendencias doctrinarias, así por ejemplo el autor mexicano don Raúl Carraca y Trujillo dice que la corrupción es "... la alteración psíquica que mueve a prácticas lujuriosas, prematuras, excesivas o depravadas, con la consiguiente anormalidad moral y el vicio o prevención de los instintos o bien de la precipitación en vicios que degeneran al individuo o en actividades que lo familiarizan con el delito" ⁸

Por su parte Fontán Ballester define corrupción "...cuando se promueve la corrupción mediante actos con significado sexual capaces de producir una alteración o modificación en las tendencias sexuales de la víctima." ⁹

Como se puede observar, las definiciones varían significativamente en su estructura, ya que la de Raúl Carraca amplía el concepto para introducir dentro del tipo prácticas como la mendicidad, hábitos vicios, ingerir bebidas alcohólicas, uso de drogas, entre otras.

8. Carraca y Trujillo, Raúl. *Código Penal Mexicano Comentado*. Editorial Porrúa, Ciudad de México, México, 1971.

9. Fontán Ballester, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Editorial Abeledo Penot, Buenos Aires, Argentina. 1969

Mientras tanto, la definición de Carlos Fontán es poco precisa, el sentido que solo la menciona como una alteración o modificación de tendencias sexuales de la víctima, lo cual es contradictorio, porque esa modificación podría ser el paso de una conducta anormal a normal, lo que no es corrupción.

Otra definición la dio María Auxiliadora Jiménez Rivas, quien ha dicho que la corrupción consiste en lograr un comportamiento en la ofendida u ofendido, distinto al que ella está acostumbrado (a) mediante la realización de actos capaces de producir perversión moral del ofendido(a), con prácticas viciosas, aberrantes, lo que conlleva a desviar de sus causas naturales el instinto sexual.

La Sala Tercera de nuestro país ha venido a aclarar en gran medida esta discusión al mencionar acerca de la corrupción:

En este delito la acción recae directamente sobre el psique del sujeto pasivo, pues lo que dirige la voluntad del autor es el propósito de promover la corrupción de la víctima, lo que no abarca —aunque pueda suceder- la posibilidad de daños físicos, aparte de los psicológicos a raíz del hecho corruptor.¹¹

Como lo cita la Sala textualmente, no es indispensable para que encuadre el hecho dentro del tipo, la realización de daños físicos, ya que en su fundamento inicial la corrupción afecta el estrato psicológico del menor afectado.

Es importante señalar también que la Sala Primera Penal ya había mencionado que el hecho de que un mayor duerma o se bañe junto a un menor, no constituye por sí solos actos sexuales perversos, circunstancias indispensables para la configuración del tipo.¹²

Es obvio que aquí la Sala quiso excluir una interpretación casi inquisitiva para la aplicación de este tipo penal, ya que bajo ese concepto se hubiese podido perseguir a padres y familiares de menores que ejecutan estos actos de forma inocente. Por su puesto se deben analizar las diferentes circunstancias que entran en juego en cada hecho denunciado.

10. Jiménez Rivas, María Auxiliadora. *Delitos sexuales en perjuicio de menores*.

11. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, *Voto 328-F-96*, de las 9 horas y 45 minutos, del 28 de junio de 1996.

12. Sala Primera Penal, *Voto 2528* de las 15 horas del 22 de octubre de 1975.

La Sala definió corrupción como la acción y efecto de corromper, que denota una deformación, alteración o vicio que se introduce al estado del menor, ya sea por lo prematuro de su evolución con respecto a la edad y condiciones de la víctima o porque el sujeto pasivo llega a aceptar o asimilar como normal para su propia conducta, la depravación o excesividad de la actividad sexual.¹³

Ahora bien, Alexander Rodríguez define que Corromper es ejecutar, hacer ejecutar, o hacer participar a una persona en un comportamiento de naturaleza sexual que sea idóneo para perjudicar el desarrollo de la personalidad del sujeto.¹⁴

Finalmente, en este apartado, para ampliar un poco el concepto de corrupción, algunos autores mencionan que, para entender mejor la definición, se hace necesario salirnos del ámbito de lo jurídico para referirnos a los conceptos de sexualidad normal y anormal. La psicopatología y la medicina nos pueden dar datos para orientarnos en el terreno de lo perverso, pero también debemos tomar en cuenta lo social.¹⁵

Sujetos del Tipo Penal

Sujeto Activo

Es el sujeto que comete con sus actos la corrupción del menor. Puede ser hombre o mujer sin ninguna característica en especial.

Aunque la mujer puede ser sujeto activo, en la práctica son pocos los casos en que la mujer es sujeto activo, pues casi siempre es un hombre.

Como dato característico, concretamente sobre quién es el sujeto activo de los delitos sexuales que llegan a nuestros tribunales superiores, tenemos que un 99% son hombres, lo que da margen a un uno por ciento a la mujer. La mayoría de los hombres que cometen estos delitos oscilan entre los 15 y 45 años, predominando los que tienen 26 o menos.

13. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, *Resolución* N° 050-F-94 de las 14 horas y 35 minutos del 16 de marzo de 1994.

14. Rodríguez, Alexander, *Revista Asociación de Ciencias Penales* N° 19. San José, Costa Rica. 2001.

15. Arguedas Solano, José Arturo. *El delito de la corrupción de menores. Análisis jurídico, jurisdiccional y criminológico*. Tesis de Grado UCR, San José, Costa Rica. 1987.

Sujeto Pasivo

En cuanto al sujeto pasivo, este puede ser hombre o mujer menor de edad. Si es menor a trece años se agrava el delito (art. 168 inciso 1 del Código Penal). Se ha abierto una discusión en cuanto a los menores ya corruptos, pero la doctrina ha dicho que "...lo punible, no es lograr la corrupción... de la víctima, ya que no nos hayamos en presencia de un delito de resultado material, sino que se considera el peligro, es decir que la conducta del autor pueda corromper... al sujeto pasivo teniendo sus actos tal entidad, tratándose en consecuencia de un delito formal", de manera tal que *"No se requiere para la configuración del delito ni la reiteración de los actos ni la habitualidad del autor, ni menos aún..., que se produzca efectivamente la corrupción"*.¹⁶

Esta interpretación fue retomada por la Sala Tercera posteriormente en su voto SALA TERCERA, N° 88-F de las 9,20 hrs. del 20 de marzo.¹⁷

La Sala ha mencionado que este cambio se refleja fundamentalmente en la normativa internacional que se ha aprobado en los últimos años, de la cual la *Convención sobre los Derechos del Niño*, el *Convenio No. 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil*, el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía*, y el *Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños*, que contempla la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Estas son algunas de sus expresiones y cuyas consecuencias en el ámbito interno de nuestro país, como Estado-Parte, ya se han ido implementando. Bajo este nuevo enfoque, conocido como Doctrina de la Protección Integral de la Persona Menor de Edad, en el ámbito penal se pretende sancionar todas aquellas conductas que -de cualquier forma- exploten o pretendan explotar sexualmente a la población infantil, que precisamente por su edad se encuentra en una posición de desventaja con respecto a quienes son -por lo general- sus agresores.

También el artículo 167 señala a un incapaz como posible sujeto pasivo.

16. Levene, Ricardo. *Manual de Derecho Penal Parte Especial*. Buenos Aires, Editor Víctor P. de Zavalía, 1978; páginas 205 y 206. 1992.

17. SALA TERCERA, N°88-F de las 9, 20 hrs. Del 20 de marzo

Bien Jurídico Tutelado

La Sala Tercera ha dicho que el bien jurídico tutelado en este tipo penal es el estado de desarrollo sexual espontáneo, natural y sano de las personas menores de edad e incapaces.¹⁸

El bien jurídico tutelado en estos casos no es la libertad sexual o la libre autodeterminación sexual de las personas, como sucede en los delitos de violación o abusos deshonestos.

Javier Llovet y Juan Marco Rivero dicen que el tipo protege el derecho de la persona a mantener incólume la normalidad de su trato sexual.¹⁹

Este artículo protege la salud psicológica de la víctima. El promover la corrupción de los menores e incapaces, significa impulsarlos a la degradación, pervertirlos, viciar sus instintos, animarlos a cometer actos contrarios a la honestidad sexual, provocando en ellos una alteración moral. Las acciones corruptoras dejan huellas profundas en el psiquismo de la víctima, de carácter deformante y perverso que modifica la normalidad de los actos sexuales.

Artículo 167 del Código Penal: Corrupción

Como lo hemos mencionado con anterioridad, según lo señala la jurisprudencia y la doctrina, este delito como característica fundamental, recae directamente sobre el psique del sujeto pasivo, pues lo que dirige la voluntad del autor es el propósito de promover la corrupción de la víctima, lo cual no abarca como requisito indispensable la posibilidad de daños físicos aparte de los psicológicos.

Se ha entendido muchas veces que el requisito que establece la ley para calificar una acción de corrupción, es que los actos tengan la naturaleza o calidad de ser perversos, prematuros o excesivos. De acuerdo a esto, se establece como:

18. SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución N° 050-F-94 de las 14 horas y 35 minutos del 16 de marzo de 1994.

19. Llovet Rodríguez, Javier y Rivero Sánchez, Juan Marcos, COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL, ANÁLISIS Y UTELA DE LOS VALORES FUNDAMENTALES DE LA PERSONALIDAD. Editorial Juricentro, Primera Edición. San José, Costa Rica. 1989.

Acto Sexual Perverso

Es aquel que cualitativamente es depravado o corrupto, porque implica un ejercicio anormal de la sexualidad (coitos anormales, con manifestaciones de sadismo o masoquismo, etc.) Son aquellos actos que van a degradar el sentido normal del sexo de una forma brusca, grosera, maniática, deformantes de toda la estructura mental en el sujeto pasivo en la búsqueda o concesiones de desahogo sexual vienen a constituir el elemento de perversión.

Es aquel que ocurre antes de su debido tiempo, porque no está de acuerdo con el desarrollo sexual que es dable esperar según la edad, condiciones y entorno social y cultural de la víctima; no se sanciona aquí la naturaleza propia del comportamiento, sino el tiempo en que se produce, lo que significa una forma de ser o de actuar que no debía siquiera formar parte de la formación de la víctima en la edad en que se encuentra.

Acto Sexual Excesivo

Este término que se confunde con el criterio, pero que conlleva la inclusión del tiempo, o sea que se trata de inclinar a la víctima hacia una sobrevaloración de placer en la relación con las demás actividades vitales, propias de la sociedad en general.

Es el que cuantitativamente implica una actividad de desmesura o extraordinaria lujuria, que va más allá de los límites ordinarios de la vida sexual.²⁰

Promover la corrupción en menores de edad significa impulsarlos a la degradación, pervertirlos, viciar sus instintos, excitarlos para cometer actos contrarios a la honestidad sexual, provocando en ellos una alteración esencialmente moral. Una acción es corruptora cuando deja huellas profundas en el psiquismo de la víctima, de carácter deformante o perverso que turba la normalidad de la relación del sexo.

Así, los manoseos impúdicos realizados en forma ocasional en el cuerpo de un menor de edad, carecen de aptitud para pervertir la moral sexual. El elemento material objetivo de la infracción

20. Sánchez Salas, Jazmín. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA PROSTITUCIÓN DE PERSONAS MENORES DE EDAD. Tesis de Grado UCR, San José, Costa Rica. 2001.

consiste en la incitación a realizar actos determinados, atentatorios a la moral sexual o de inculcar en la víctima el hábito de prácticas puramente lujuriosas o depravadas.

Promover significa iniciar en el ánimo de la víctima la idea de depravación. No es necesario que los actos perversos corrompan a la ofendida, requiriéndose únicamente que el autor promueva la corrupción. Un solo acto puede bastar para la corrupción.

Cada definición conlleva una serie de elementos indeterminados, por lo que la Sala III ha precisado lo siguiente: "... el legislador a través de la Ley No. 7899, mejor conocida como "Ley Contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad", publicada en la Gaceta No. 159 del 17 de agosto de 1999, vino a modificar o reformar el tratamiento que a esta delincuencia se le venía dando en el Código Penal de 1970 (Ley No. 4573 del 4 de marzo de 1970), a fin de resolver el problema cada vez mayor relacionado con la prostitución infantil que el país aún vive.

Así, a pesar que se continuó considerando que el delito se configuraba por parte de quien promovía la corrupción de un menor de edad, o bien incluso la de un incapaz, supuesto que no estaba contemplado en la anterior normativa; agregándose además que tal delincuencia la podía realizar quien mantuviera a cualquiera de estos sujetos en dicho estado, es decir en estado de corrupción, es lo cierto que la nueva normativa vino a dar un tratamiento y conceptualización radicalmente distinta a la que estaba prevista con anterioridad.

De acuerdo a la nueva tipificación, la forma genérica por medio de la cual se realizaba la corrupción antes de su entrada en vigencia, consistente fundamentalmente en la ejecución de un conjunto de actos sexuales perversos, prematuros y excesivos, desapareció; y se estableció una definición específica o diferente respecto a lo que, en adelante, se debía entender por tal delincuencia. Bajo esta tesitura, comete el delito de marras de acuerdo a lo que dispone el párrafo segundo del artículo 167 del Código (después de la reforma), quien:

- 1) Ejecuta actos sexuales o eróticos ante personas menores de edad o incapaces.
- 2) Hace ejecutar a otros, actos sexuales o eróticos, en presencia de personas menores de edad o incapaces.

3) Hace participar, en actos sexuales o eróticos, a personas menores de edad o incapaces en presencia de otros. La ilicitud en análisis se circunscribe entonces de esta forma a la realización o ejecución de actos sexuales o eróticos (términos por demás muy imprecisos o ambiguos).

La actividad, no obstante que no siempre se prevé una participación directa del encartado, sí tiene que estar dirigida o dominada por este, ya que el ejecutar, hacer ejecutar o hacer participar implica una posición activa de su parte. En otras palabras, se comete el delito:

1) Cuando el imputado o agente activo del hecho realiza los actos que se citan en el tipo penal ante personas menores de edad o incapaces, sin que éstos últimos tomen participación en el hecho, lo que implica tan solo una posición pasiva de parte de ellos.

2) Cuando el imputado hace que otro, o bien un tercero, realice los actos en mención frente a personas menores de edad o incapaces. Acá, al igual que la hipótesis anterior, no se requiere la participación de los ofendidos en dichos actos, ni la del agente de manera directa. El delito se consume en este caso mediante la utilización de otro, que sirve de instrumento al imputado para su propósito. Esta instrumentalización sin embargo no significa necesariamente que el otro o el tercero que actúa no tengan responsabilidad penal en los hechos; podrá tenerla, pero dicho aspecto tendrá que ser valorado en cada caso en particular.

3) Por último, el delito se configura cuando el agente activo hace participar a las personas menores de edad o incapaces en actos sexuales o eróticos frente a otros, sean o no mayores de edad. En esta ocasión, en tesis de principio, no habría una intervención directa del imputado en tales actos, sin embargo, al hacer participar a los menores o incapaces en ellos, mantiene un dominio sobre el hecho o delito y en tal sentido sería responsable penalmente.

Los actos por supuesto tienen que estar destinados a modificar el desarrollo natural de la sexualidad de los afectados, o bien a modificar la concepción que sobre este tema ellos puedan tener, según la edad o condiciones personales que ostenten, ya que corromper significa, de acuerdo con lo que expresa el Diccionario de la Lengua Española, entre otras voces, "Alterar o trastocar la forma de algunas cosas.

Echar a perder, depravar dañar o podrir... Estragar, viciar pervertir"²¹. Ahora, de haberse operado o producido tal modificación, conforme se desprende de la reforma, también se comete el delito.

En este caso, la acción típica estaría destinada a intentar, permitir o asegurar que la variación o modificación sufrida en el desarrollo natural de la sexualidad de la persona menor de edad o incapaz, se mantenga en ese estado o bien se agrave.

Como consecuencia de lo anterior, resulta entonces evidente que el bien jurídico tutelado en estos casos no es la libertad sexual o la libre autodeterminación sexual de las personas, como sucede en los delitos de Violación o Abusos Deshonestos, sino el normal desarrollo o la natural concepción de la sexualidad que tengan las personas menores de edad o los incapaces.

No obstante, lo anterior y a pesar de la importancia que representa para la vida en sociedad y para la protección de los derechos del niño o de los incapaces se nos presenta un problema de política criminal con la reforma y que consiste fundamentalmente en que el delito de Corrupción sólo se producirá si nos encontramos ante algunos de los tres supuestos que prevé el tipo penal.

Por ello, de suscitarse cualquier otra circunstancia, situación o hecho que no se encuentre tipificado en el artículo 167 del Código sustantivo vigente, aun cuando distorsione el normal desarrollo de la sexualidad de un menor de edad o incapaz, o lo mantenga en dicho estado, no se podrá considerar como constitutivo del delito de Corrupción y por ende sancionarlo, ya que se encuentra excluido como tal.

Esta circunstancia no impide que la conducta pueda estar eventualmente contemplada en otro tipo penal, si así lo ha decidido y previsto el legislador al aprobar la ley de comentario.²²

21. DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española, Tomo I, Editorial Espasa-Cape, Madrid, España, 1984.

22. SALA III DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencias N° 2001-00581 de las 8:55 horas del 15 de junio de 2001; y N° 2001-01000 de las 9:10 horas del 19 de octubre de 2001 y N° 2002-00517 de las 9:40 horas Del 7 de junio de 2002.

Aquí de nuevo es importante recordar lo que ya se mencionó líneas arriba, que la víctima de este delito puede ser un menor que no está sexualmente depravado o un menor que ya lo está. En el primer caso, existe el peligro de que el menor se corrompa sexualmente. En el segundo, de que el menor se encuentre alentado por el acto a seguir en sus prácticas depravadas o que aumente el grado de su depravación. Contra la idea de que no se corrompe lo que ya está corrupto, es suficiente señalar que existen grados de corrupción sexual y que la ley también castiga al que facilita la práctica de la corrupción por el menor ya corrupto.²¹

Sin embargo, como antítesis a esta postura, existen otros sectores de la doctrina y de la jurisprudencia que consideran que el tratar de corromper a un menor corrupto, se configura como un delito imposible, por lo cual no existen las condiciones fácticas para sancionar al imputado del hecho.

Artículo 168 del Código Penal: Corrupción Agravada

El legislador decidió por política legislativa que hay motivos que ocasionan que el delito sea más grave, y por ende que se impongan penas más altas. Este artículo no es un tipo penal en sentido estricto, sino un dispositivo de agravación de la conducta del sujeto activo, por lo que debemos considerar que el bien jurídico tutelado es el mismo que se protege en la corrupción.

El artículo en cuestión es el 168 del Código Penal, Corrupción Agravada, que cita:

En el caso del artículo anterior (artículo de corrupción), la pena será de cuatro a diez años de prisión, siempre y cuando:

- 1. La víctima sea menor de trece años.*
- 2. El hecho se ejecute con propósito de lucro.*
- 3. El hecho se ejecute con engaño, violencia, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coacción.*
- 4. El autor sea ascendiente, descendiente, hermana o hermano de la víctima.*
- 5. El autor sea tío, tía, sobrina, sobrino, primo o prima de la víctima.*

23. Núñez, Ricardo. "MANUALL DE DERECHO PENAL, ESPECIAL" 2da. Edición. Actualizado, Marcos Lerner, Editora Córdoba, Córdoba-Argentina, 1999.

6. *El autor sea madrastra, padrastro, hermanastra o hermanastro de la víctima.*
7. *El autor sea tutor o encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima.*
8. *El autor realice la conducta contra alguno de los parientes de su conyugue o conviviente, indicados en los incisos 4), 5) y 6) anteriores.*
9. *El autor se prevalezca de su relación de confianza con la víctima o con su familia, medie o no la relación de parentesco.*²⁴

En los incisos 1, 4, 5, 6, 7 y 8 son calidades, situaciones y relaciones de carácter personal del sujeto pasivo.

Según lo señala la doctrina en cuanto al inciso 1, del aspecto de edad, con la pena mayor se está tratando de castigar con mayor severidad la inmadurez psicofísica determinada por edad cronológica. Esta razón agravante se debe a la poca edad de la víctima o la "inocencia" que el legislador considera tienen los niños menores de trece años y también porque es mucho más fácil inducirlos a participar en las actividades sexuales que describe el tipo base.

Los efectos de este agravante según la jurisprudencia, son actos antinaturales dejarán una huella difícilmente borrable en la mente y en la memoria del perjudicado que lo podrán desviar del uso natural, normal, noble y sano de la actividad sexual cuando llegue a la edad debida para ello, ya que no puede existir duda de la perversidad de los actos que el imputado indujo a realizar al menor damnificado.

En los demás agravantes (4, 5, 6, 7 y 8), se justifica el agravante en el grado de parentesco y cercanía que hay entre la víctima y el sujeto activo, ya que muchas veces el respeto que se les tiene a estas personas anula la resistencia de la víctima. En estos casos su agravación se fundamenta en la violación a un deber de custodia; la persona está obligada tutelar a la víctima, así algunos creen que se violentan dos derechos, uno que es el de la salud sexual de la víctima y el deber de protección asumido, aceptado o simplemente debido del sujeto activo.²⁵

24. CÓDIGO PENAL DE COSTA RICA. Investigaciones Jurídicas. San José, Costa Rica. 2008.

25. Arguedas Solano, José Arturo. EL DELITO DE LA CORRUPCIÓN DE MENORES ANÁLISIS JUÍDICO, JURISPRUDENCIAL Y CRIMINOLÓGICO. Tesis de Grado UCR, San José, Costa Rica. 1987.

Por supuesto la expresión del encargado de la educación o guarda se vincula a situaciones de hecho y debe de ser apreciada por la autoridad juzgadora a su criterio y tomando en cuenta las circunstancias del caso. Lamentablemente, el mayor número de casos se subsumen bajo los últimos incisos, porque el agresor es una persona que posee nexos con la víctima.

En los incisos 2) y 3) se trata más bien del modus operandi del sujeto activo. Con respecto al ánimo de lucro nos topamos aquí con la actividad de la persona que obtiene beneficios económicos a costas de un menor, por lo general satisfaciendo deseos ajenos, facilitando la actividad sexual anormal entre la víctima y terceros. Dicho lucro debe de entenderse debe de entenderse amplio en su sentido patrimonial, es decir no solo dinero, sino cualquier otro tipo de ganancia material. Quizá esta es una diferencia con la prostitución, donde el sentido principal es el beneficio pecuniario, no ocurriendo lo mismo con el lucro de este inciso.

En el tercer agravante, el sujeto activo debe someter a la víctima a estados de presión que eliminen su resistencia para consentir a realizar dichos actos.

Finalmente, en el inciso nueve, el legislador agrava por la confianza que se le tiene al sujeto activo del delito, esto porque al existir esa relación amena con la víctima o su familia, el corruptor se aprovecha de la situación para cometer con mayor facilidad sus fechorías.

Críticas al Tipo Penal

La forma en la cual está redactado este tipo penal, ha sido centro de muchas críticas por parte de diferentes sectores, y es que debemos recordar que el artículo 167 ha sufrido varias reformas sustanciales como la ley N^a 7899 del año de 1999 y la reforma de ley N. 8590 del 2007. Es así como don Alexander Rodríguez menciona que en la práctica el objeto de protección se puede ver afectado de mucha forma, pero la común consiste en realizar actos sobre el cuerpo del menor, en privado. Es lo que, con la ley derogada, se consideraba un concurso ideal heterogéneo entre corrupción y violación o abusos deshonestos. Ahora, la situación es diferente: sólo se comete el delito si se:

- 1) Ejecutan actos sexuales o eróticos ante personas menores de edad o incapaces. No dice el texto nada de realizar actos "sobre" o "a" menores de edad o incapaces. En este caso, el sujeto respondería únicamente por la violación o el abuso sexual, aún cuando fuera idóneo para poner en peligro el correcto desarrollo de la sexualidad. Es decir, aunque se afecte el bien jurídico, la conducta sería atípica de corrupción.
- 2) Hacen ejecutar a otros, actos sexuales o eróticos, en presencia de personas menores de edad o incapaces.
- 3) Hacen participar, en actos sexuales o eróticos, a personas menores de edad o incapaces en presencia de otros.

Estos dos últimos son los supuestos de antología. Se ha pretendido dar una definición acudiendo a situaciones excepcionales, pues la lógica y la experiencia, que son máximas del correcto entendimiento que deben informar la creación legislativa, indican que la mayoría de las corrupciones acontecen en ámbitos de intimidad (como no podría ser de otra forma para evitar la persecución penal) y ejecutando actos sobre el cuerpo de la víctima. Exigir la presencia de otros es un absurdo, pues los corruptores no actúan en cuadrilla, sino que, por su perversión, realizan sus actos en privado, sin exhibiciones, espectáculos, alejados de la mirada de los demás.²⁶

La Sala tercera se ha referido al mismo problema indicando que es evidente, además, que el afán del legislador de tipificar con cierta amplitud el delito de corrupción en el primer párrafo del artículo 167 de cita, resultó por completo contradicho con las previsiones del párrafo segundo, que vinieron a restringir el tipo a ciertas formas o modos de ejecutar algunas conductas, dejando entonces excluidas otras, aunque objetivamente sea indiscutible su potencial corruptor, tales como la de exhibir pornografía a menores o incapaces — constitutiva de un delito independiente que desplaza, por especialidad, al tipo que prevé la corrupción-; o la de realizar los actos "sexuales o eróticos" ya no "ante", o en presencia de menores o incapaces, sino con o sobre ellos.²⁷

26. Rodríguez, Alexander, REVISTA ASOCIACIÓN DE CIENCIAS PENALES Nº 19. San José, Costa Rica, 2001.

27. SALA TERCERA DE LA CORE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto 019-2003, de las 8 horas 45 minutos del 24 de enero del 2003.

CONCLUSIONES

En la realización de este análisis, abarcamos las diferentes facetas que ha tenido el concepto encerrado en el tipo penal de corrupción de menores e incapaces. Descubrimos las diferentes concepciones que ha tenido esta figura jurídica a lo largo de la historia del derecho penal costarricense, empezando por los primeros esbozos trazados en el Código General de Carrillo, pasando por la difícil transición de ir separando el tipo de otros más conocidos como el de prostitución de menores, hasta llegar a la significación actual, novedosa respecto a las existentes en otros códigos penales de la región latinoamericana.

Definimos los sujetos activo y pasivo en este tipo de delito, en el cual las estadísticas demuestran una inclinación abrumadora en cuanto a la comisión de este delito por parte de los varones sobre las mujeres; no obstante, se presume que hay una mayor participación activa de las mujeres en la comisión de este delito con respecto a la que se demuestran en las estadísticas.

En el análisis concordamos con la Sala Tercera en que el bien jurídico tutelado en este tipo penal es el estado de desarrollo sexual espontáneo, natural y sano de las personas menores de edad e incapaces.

Al meternos de lleno en el concepto encerrado en este tipo penal, advertimos que ha evolucionado considerablemente en la última década, al ampliarse visiblemente la lista de agravantes del artículo 168, así como se ha constatado el legislador ha querido ampliar la variabilidad de las conductas para que encajen en el tipo.

A pesar de lo anterior, no han sido pocas las críticas que ha recibido la redacción actual de este tipo penal, por cuanto hay una evidente contradicción en la intencionalidad del legislador, por cuanto en el segundo párrafo del artículo 167, en donde se define el tipo, existe una lista taxativa de las conductas que implican la comisión de este delito, y dicha lista hace poco probable que cuadren en él ciertas conductas que antes sí estaban cubiertas y que

ahora han quedado por fuera. Aunado a esto, como la intención del sujeto activo va dirigida a afectar el psique del ofendido, este es un tipo muy difícil de comprobar en el proceso judicial.

Por último, no está de más resaltar que, que existe toda una discusión doctrinaria en cuanto a la aplicación de la norma cuando el menor ya es corrupto. Si bien en el pasado se consideraba que no se cometía el delito si el menor o el incapaz ya estaban corrompidos, porque expresamente así lo señalaba el tipo, en la actualidad esa frase se eliminó del artículo y algunas posturas sancionan promover la corrupción en el no corrupto o propiciar que se mantenga en ella la conducta del menor corrupto, aunque no se agrave la situación del sujeto pasivo; se basan en el hecho de hacer continuar al sujeto pasivo en sus prácticas anormales.

Sin embargo, hay otra posición doctrinaria también, que señala que el tratar de corromper a un menor que ya es corrupto, es un delito imposible, por lo cual no encuadra en el tipo penal. Es por este motivo que en la práctica se debe de analizar cada caso concreto para no caer en arbitrariedades.

BIBLIOGRAFÍA

Arguedas Solano, José Arturo. *El delito de la corrupción de menores análisis jurídico, jurisprudencial y criminológico*. Tesis de Grado UCR, San José, Costa Rica. 1987

Carraca y Trujillo, Raúl. *Código penal mexicano comentado*. Editorial Porrúa, Ciudad de México, México. 1971

Código general de la República de Costa Rica, emitido el 30 de julio de 1841

Código penal de la República de Costa Rica y Código de policía, emitido en 1880

Código penal de la República de Costa Rica, emitido en 1924

Código penal y de policía. Ley N° 368 de 1941

Código penal de Costa Rica. Investigaciones Jurídicas. San José, Costa Rica. 2008

Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, Tomo I, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, España, 1984

Fontán Ballester, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Editorial Abeledo Penot, Buenos Aires, Argentina.1969

Goñi Díaz, Maricruz y Blanco García Berlioth. *Análisis metodológicos de los tipos penales en la aplicación a los delitos sexuales*. Tesis de Grado UCR. San José, Costa Rica.1997

Jiménez Rivas, María Auxiliadora. *Delitos sexuales en perjuicio de menores*. Tesis de Grado UCR. San José, Costa Rica.1986

Levene, Ricardo. *Manual de Derecho Penal Parte Especial*. Buenos Aires, Editor Víctor P. de Zavalía, 1978; páginas 205 y 206)." 1992

Llovet Rodríguez, Javier y Rivero Sánchez, Juan Marcos, *Comentarios al Código Penal, análisis y tutela de los valores fundamentales de la personalidad*. Editorial Juricentro, Primera Edición. San José, Costa Rica.1989

Monsen. *Derecho penal romano*. Editorial Iberoamericana, Madrid España.

Núñez, Ricardo. *Manual de Derecho Penal Especial, 2da. Edición Actualizada*, Marcos Lerner, Editora Córdoba, Córdoba-Argentina, 1999

Rodríguez, Alexander, *Revista Asociación de Ciencias Penales* N° 19. San José, Costa Rica. 2001

Sala III de la Corte Suprema de Justicia, Sentencias N° 2001-00581 de las 8:55 horas del 15 de junio de 2001

Sala III de la Corte Suprema de Justicia, N° 2001-01000 de las 9:10 horas del 19 de octubre de 2001

Sala III de la Corte Suprema de Justicia, N° 2002-00517 de las 9:40 horas del 7 de junio de 2002

Sala III de la Corte Suprema de Justicia, Voto 019-2003, de las 8 horas 45 minutos del 24 de enero del 2003

Sala III de la Corte Suprema de Justicia, Voto 328-F-96, de las 9 horas y 45 minutos, del 28 de junio de 1996

Sala Primera Penal, Voto 2528 de las 15 horas del 22 de octubre de 1975

Sala III de la Corte Suprema de Justicia, *Resolución* N° 050-F-94 de las 14 horas y 35 minutos del 16 de marzo de 1994

Sala Tercera, N° 88-F de las 9,20 hrs. del 20 de marzo

Sánchez Salas, Jazmín. *Algunas consideraciones sobre la prostitución de personas menores de edad*. Tesis de Grado UCR, San José, Costa Rica. 2001