



Boletín de Jurisprudencia Penal

Fiscalía Adjunta de Impugnaciones (FAIM)

Tel. 2222-0501 / Fax 2222-0531 / faimpugnaciones@poder-judicial.go.cr

1 Circuito Judicial de San José, de la esquina sureste de la Corte Suprema de Justicia, 100 m. sur y 50 m. este. Av.10, C.21-23. Edificio AFE, 5º piso.

Ministerio Público, Costa Rica



EL PRESENTE BOLETÍN está dirigido a fiscales y fiscalas del Ministerio Público y tiene como finalidad exclusiva el servir de herramienta para fundamentar las intervenciones del Ministerio Público en su gestión de la acción penal. Sin embargo, no debe interpretarse que el Ministerio Público necesariamente comparte los criterios jurídicos vertidos en los votos referidos. Periódicamente se enviará también una actualización de los índices numéricos, alfabéticos o temáticos respectivos. **SE ADJUNTA EL VOTO COMPLETO** con las restricciones establecidas en la ley N° 8968, Protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales, y en el “Reglamento de actuación de la Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales en el Poder Judicial (Ley No. 8968)” (Circulares N° 193-2014 y 88-2016). Quienes estén interesados en recibir este material pueden enviar una solicitud a la Fiscalía Adjunta de Impugnaciones.

N° **53**
2016

RESOLUCIÓN

Resolución N°: 2016-00440
Órgano emisor: Sala de Casación Penal
Fecha resolución: 13 de mayo del 2016
Recurso de: Casación de sentencia penal

DESCRIPTOR / RESTRUCTOR

⇒ **Descriptor:** **Unidad de acción en abusos sexuales**
⇒ **Restrictor :** Factor final y factor normativo

SUMARIO

- El factor final es el primer paso para determinar si existe o no unidad de acción en el delito de abusos sexuales. Una vez superado este paso se debe analizar, a la luz del factor final, si cada una de las acciones constituye por sí sola un delito.
- Es un análisis casuístico cuyos parámetros de definición deben permitir identificar cada conducta por separado, con el fin de determinar si las conductas se dan de forma sucesiva –no simultánea- y discernir si se trata de un delito de pasaje para la consumación del más grave.

EXTRACTO LITERAL DEL VOTO

“El factor final es solamente un primer estadio de análisis, pero no el único elemento a considerar para unificar jurídicamente varios actos. Es decir, la voluntad o plan de autor solamente da unidad a las acciones en tanto dichas conductas únicamente tengan sentido

consideradas en conjunto, unas supeditadas a las otras; sin embargo, particularmente en el delito de abuso sexual, el análisis debe ser muy acucioso, y mucho más detallado, en cuanto a la consecución de una misma finalidad detrás de las acciones





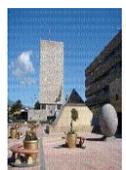
desplegadas por parte del agente activo, por cuanto ya el tipo penal contiene y especifica ese fin de índole sexual”.

“De ahí se infiere que, si bien es cierto el factor final es un primer paso de análisis para encuadrar varias actuaciones bajo un mismo curso causal, sin embargo, resulta conveniente determinar si cada una de ellas, aisladamente consideradas, puede tener relevancia penal, al contravenir uno o varios tipos delictivos. Es decir, el factor normativo es el elemento definitorio para juzgar si, según la estructura del tipo penal a aplicar, existe una o varias acciones en sentido jurídico”: *“Asimismo, jurisprudencialmente esta Sala acogió ambas hipótesis, acerca de considerar la unidad de acción bajo criterios normativos y naturalistas, de la siguiente manera: “...La adopción del factor final (plan unitario que de sentido a una pluralidad de movimientos voluntarios como una sola conducta) y del factor normativo (que convierta la conducta en una unidad de desvalor a los efectos de la prohibición) como criterios para dilucidar cuando hay una y cuándo hay varias conductas (ya se trata de acciones u omisiones) es ampliamente aceptada por la doctrina actual y, en la medida que racionaliza fundadamente la aplicación de la ley sustantiva a partir del axioma de que la esencia del delito es la lesión a un bien jurídico tutelado, es adoptada por esta Sala...”*(Resolución N° 000128, de las 11:45 horas, del 23 de febrero de 2007.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia)”.

“Frente a ello, cobra mayor relevancia el estudio del **factor normativo**, el cual se encuentra supeditado en este caso por la descripción típica de la figura de abuso sexual, y los elementos objetivos y subjetivos que se requiere para su configuración.

“El examen es verdaderamente de orden casuístico, según las particularidades de cada situación, pero los parámetros objetivos para su definición son sencillos, pues básicamente lo que se requiere es que la descripción fáctica de los hechos permita identificar cada conducta abusiva por separado, claramente diferenciables, de modo que permita develar sin lugar a dudas el plan de autor. Asimismo, resulta imperioso que dicho conjunto de acciones en perjuicio de la integridad de la víctima se ejecuten de forma sucesiva o consecutiva, no simultánea –sin importar la separación temporal entre una y otra-, y que no exista una relación de dependencia entre esas conductas, es decir, que no resulte esencial para la consumación delictiva una acción respecto de la otra y puedan coexistir de forma independiente. Finalmente, las diferentes conductas desplegadas por el autor del hecho, para que puedan ser consideradas como punibles de forma separada, requieren que su despliegue represente una verdadera lesión al bien jurídico tutelado por la norma, de modo que adquiera





relevancia jurídico penal cada acción

por separado”.

VOTO INTEGRO N°2016-00440, Sala de Casación Penal

Res: 2016-00440. **SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** San José, a las diez horas y diez minutos del trece de mayo del dos mil dieciséis. Recurso de casación interpuesto en la presente causa seguida contra [Nombre 001], por el delito de **Abuso Sexual contra persona menor de edad**, cometido en perjuicio de [Nombre 002] Intervienen en la decisión del recurso los Magistrados y Magistrada Carlos Chinchilla Sandí, Presidente, José Manuel Arroyo Gutiérrez, Jesús Alberto Ramírez Quirós, Doris Arias Madrigal y Celso Gamboa Sánchez. También intervienen en esta instancia, el licenciado Freddy Jiménez Peña en su condición de defensor del encartado y la licenciada Natalia Hidalgo Porras como representante de la Fiscalía de Impugnaciones del Ministerio Público.

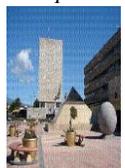
Resultando: 1. Que mediante sentencia N° 2015-922, dictada a las diez horas con quince minutos del veintiséis de junio de dos mil quince, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, del Segundo Circuito Judicial de San José, Goicoechea, resolvió: **“POR TANTO:** Se declara parcialmente con lugar el recurso interpuesto por el licenciado Freddy Jiménez Peña, defensor particular del encartado. De oficio, se revoca la sentencia en cuanto consideró que se tipificaron dos delitos de abuso sexual contra persona menor de edad. En su lugar, se declara que solo se configura un ilícito de ese tipo y le corresponde la pena de cuatro años de prisión. Se ordena la inmediata libertad, si otra causa no lo impide, para lo que el Tribunal de instancia emitirá el formulario de rigor. Además, se comisiona a *a quo* para que, una vez firme la sentencia, cite al endilgado a fin de que le haga, personalmente, las prevenciones respectivas sobre el beneficio otorgado. En lo demás, se rechaza el recurso y permanece incólume lo resuelto. **NOTIFÍQUESE. Rosaura Chinchilla Calderón, Rodrigo Obando Santamaría, Lilliana García Vargas.** - (sic). **2.** Que contra el anterior pronunciamiento el licenciado Freddy Jiménez Peña en su condición de defensor del imputado y la licenciada Natalia Hidalgo Porras fiscal de impugnaciones del Ministerio Público interpusieron recurso de casación.- **3.** Que verificada la deliberación respectiva, la Sala se planteó las cuestiones formuladas en el recurso. **4.** Que en los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes. Informa la Magistrada Arias Madrigal; y,

Considerando: I.- Mediante resolución número 2015-01390, de las 9:12 horas, del 06 de noviembre de 2015, esta Sala admitió únicamente el motivo primero del recurso de casación interpuesto por la licenciada Natalia Hidalgo Porras, en representación del Ministerio Público, que impugnó la sentencia número 2015-0922, de las 10:15 horas, del 26 de junio de 2015, dictada por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, sede Goicoechea, en donde se declaró parcialmente con lugar el recurso de apelación de la defensa del acusado y que recalificó los hechos a un solo delito de abuso sexual contra persona menor de edad.

II.- En razón que al Magistrado Ramírez Quirós lo cubre una causa de excusa, conforme al folio 77 de la presente causa, así como que el nombramiento de los Magistrados Suplentes de esta Sala de Casación Penal, venció el 15 de febrero del año en curso, se impone integrar la Sala con los Magistrados y Magistrada titulares Carlos Chinchilla Sandí, Jesús Ramírez Quirós, José Manuel Arroyo Gutiérrez, Doris Arias Madrigal y Celso Gamboa Sánchez. Lo anterior, con fundamento en la regla establecida en el inciso 2) del artículo 29 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en aplicación del principio de justicia pronta y cumplida, habida cuenta de la imposibilidad que existe de integrar la Sala de otra forma, por no haber nombrado la Asamblea Legislativa los respectivos Magistrados y Magistradas Suplentes.

III.- En el único motivo admitido, se reclama la existencia de precedentes contradictorios entre la sentencia impugnada y la resolución de la Sala Tercera número 2008-1532, de las 10:40 horas del 19 de diciembre de 2008, en relación con el tema de la unidad de acción en los delitos de carácter sexual. Aduce que, contrario a lo que ha resuelto el Tribunal de Apelación en este caso, la Sala Tercera sostuvo en dicho pronunciamiento que los diversos actos impúdicos cometidos sobre la humanidad de la víctima constituyen varios delitos de abuso sexual, independientemente de la poca o nula separación temporal entre los mismos.

IV.- Se declara con lugar el motivo primero del recurso de casación planteado por el Ministerio Público. Tal y como fue alegado por la representación fiscal, existe en la especie una divergencia entre el criterio sostenido por el Tribunal de Apelación de Sentencia en la resolución del presente asunto, y lo que en su momento resolvió esta Sala mediante voto 2008-1532, en lo que se refiere a la unidad de acción, en sentido jurídico, en el caso de delitos sexuales, y particularmente cuando se discuten hechos que pueden ser calificados como abuso sexual. **Criterio del Tribunal de Apelación en el caso concreto.** El fundamento que utilizó el Tribunal de Apelación para recalificar los hechos que se tuvieron por demostrados como un solo delito de abuso sexual contra persona menor de edad fue el siguiente: *“Ahora bien (ii) al margen de lo anterior, resulta que la sentencia se extralimita en ciertos aspectos respecto de lo acusado. Nótese que la pieza fiscal aludió a que el “segundo tocamiento” de la zona vulvar fue por encima de la ropa (ver folio 33), en tanto que se tuvo por demostrado que se dio debajo de la ropa “...haciendo a un lado su calzón y short...” (ver folio 126). Pero como si eso fuera poco, tanto en la sentencia como en la acusación, se narró que eso sucedió “inmediatamente” después de lo anterior y, del relato de la afectada, no se desprende que haya existido una ruptura temporal entre ambos “momentos”, es decir, ambos sucedieron sin solución de continuidad. De ahí que, en criterio de esa Cámara, haya sido un error del Tribunal de instancia calificar los eventos como dos delitos independientes de abuso sexual, pues tal calificación, parte no solo de un superado concepto de*





acción (en sentido natural o fisiológico, y no jurídico-penal) sino que, además, desconoce lo que se estipuló en la misma pieza acusatoria, que era el límite que no podía infringirse, en virtud de la necesaria correlación que debe existir entre esta y la decisión jurisdiccional (artículo 365 Código Procesal Penal”). (Folio 291) Como se puede apreciar, en un primer momento, los jueces de alzada descartaron como correcta la calificación jurídica atribuida al hecho delictivo en sentencia condenatoria, con base en un presunto vicio de falta de correlación entre acusación y sentencia, porque en su criterio, la resolución excedió los límites fácticos contenidos en la pieza acusatoria, respecto de la forma en que fueron ejecutados dos tocamientos en perjuicio de la menor afectada. No obstante, para sumar argumentos al criterio vertido, indicó el fallo de alzada: “Por ende, para determinar si hay un delito o varios, no basta atenerse a la cantidad de acciones naturales que desempeñe el sujeto activo sino que hay que tener en cuenta otros factores, entre los que se encuentran (sin carácter taxativo): a)- la voluntad final concreta del agente, es decir, su plan; b)- la cercanía o conexión tempo-espacial de los hechos; c)- el enjuiciamiento jurídico-social (concepción natural de la vida más valoración jurídica); d)- la homogeneidad del bien jurídico atacado; e)- la unidad del sujeto pasivo. Por otra parte, en nuestro país se ha dicho que, tratándose de bienes jurídicos personalísimos (como la libertad sexual) que se caracterizan por su carácter de intransferibilidad e indisponibilidad, cada afectación o puesta en peligro del bien jurídico convierte a la acción natural en acción jurídico-penal. No obstante, tal planteamiento (que dicho sea de paso se ha emitido para el delito de violación y no para el de abusos, que es un término que el legislador planteó en plural y, además, abarca el tocamiento del cuerpo como un todo) es incorrecto habida cuenta que lo personalísimo del bien jurídico no hace que una acción se multiplique sino, a lo sumo, que se genere un concurso ideal homogéneo, en tanto la víctima sea la misma, porque, de no serlo, el asunto debe valorarse como una sola afectación, de mayor entidad cualitativa, al mismo bien y objeto de protección. El bien jurídico, ciertamente, se ve atacado en forma cuantitativamente superior (y más reprochable) en estos casos, más no hay variación cualitativa que haga romper la unidad de acción: [...] Ese ataque cuantitativo, ha de tenerse en cuenta para fijar la pena entre los márgenes que da el legislador. Por ello, dado que hubo un solo bien jurídico, de una sola afectada y que se dio inmediatez temporal y cercanía espacial entre los dos tocamientos, ambos hacen un solo delito y así debe declararse...” (Folio 292 frente y vuelto). Así, el principal fundamento del Tribunal de Apelación para disponer la recalificación jurídica de los hechos demostrados en sentencia, recae sobre la consideración de la verificación de una sola acción en sentido jurídico. Bajo esta tesis del Tribunal, los juzgadores derivaron la existencia de dos acciones naturales, dirigidas a una misma finalidad y que representa una sola lesión al bien jurídico tutelado, en este caso, la indemnidad sexual, por lo que para los jueces de alzada representó una sola acción jurídica, es decir, un único quebranto del artículo 161 del Código Penal, que contempla el delito de abuso sexual contra persona menor de edad. Ante ello, concluyeron que los jueces de juicio erraron en la calificación legal de los hechos, al utilizar como base un criterio natural de acción, que según su apreciación no corresponde en lo absoluto con el concepto de acción en sentido jurídico, elaborando sus propias aproximaciones sobre lo que implica una unidad

jurídica de acción. **Precedente jurisprudencial de la Sala Tercera que se invoca como contradictorio.** Por su parte, según lo señala la representación fiscal, en el precedente que fue invocado, la resolución número 1532-2008 de las 10:40 horas del 19 de diciembre de 2008, la Sala se ha referido a este tipo de cuestionamientos que han surgido en relación con la existencia de una unidad de acción respecto del delito de abuso sexual, pronunciamiento en el cual se reseñó, en lo que interesa, lo siguiente: “La jurisprudencia de esta Sala, ha sido clara y reiterada, en cuanto a la inexistencia de una unidad de acción en los delitos de carácter sexual, aún y cuando los actos sexuales estén encaminados a la consecución de un mismo fin libidinoso, y a pesar de que no existan variaciones en las circunstancias espacio-temporales en que éstos ocurren. [...] En la especie, si bien es cierto los delitos sexuales juzgados no son de violación, sino de abuso sexual contra persona menor de edad, se estima que no es una situación jurídica relevante que afecte en modo alguno el criterio jurídico que esta Cámara ha preceptuado, respecto de acciones delictivas como las que desplegó el encartado [Nombre 003], de tal forma que no es posible considerar que las mismas, constituyan una acción única, como lo pretende establecer la recurrente. Esto en razón de que, no es correcto considerar que basta con que se lleve a cabo un acto impúdico sobre la humanidad de una víctima de abuso sexual, para que otros actos lascivos subsiguientes que despliegue el agresor sexual resulten en su favor, subsumidos por el dolo y la primera acción lujuriosa lesiva del bien jurídico que ejecutó, aún cuando su separación espacio-temporal sea nula o casi nula”. De este extracto de la resolución que se invoca como contradictoria con el fallo de apelación se desprenden elementos importantes dentro de la consideración sobre la forma correcta en que corresponde interpretar la unidad jurídica de acción, y las diferentes fases de análisis que es indispensable agotar para su determinación. Ahora bien, un examen previo de ambos pronunciamientos judiciales, efectivamente permite inferir que, no solo ambos discurren sobre situaciones que presentan una similitud jurídica y fáctica, sino que además claramente resuelven de forma disímil la situación jurídica planteada. Por consiguiente, a fin de explorar el tratamiento que sobre el tema ha desarrollado esta Sala, particularmente respecto de la unidad jurídica de acción en delitos sexuales, se estima conveniente examinar algunos precedentes relevantes, que han abordado esta temática, a fin de dilucidar los diferentes elementos que es necesario analizar en la especie, para determinar bajo cuáles supuestos es posible tener por acreditado una unidad de acción en sentido jurídico, según las particularidades que revisten este tipo de delincuencias.

V.- Pronunciamientos de la Sala que analizan el tema de unidad de acción en relación con el delito de violación y su posible aplicación para los ilícitos de abuso sexual. La discusión sobre la determinación de una unidad de acción o pluralidad de ilícitos en relación con los delitos de orden sexual no solo es un tópico que ha generado gran controversia a nivel judicial, provocando un sinnúmero de pronunciamientos judiciales en distintas sedes, y bajo múltiples ópticas, sino que ha obligado a esta Sala a establecer una serie de lineamientos, con base en la potestad unificadora que legalmente se le ha asignado, a fin de dar uniformidad en el abordaje particular que debe darse a estas delincuencias. Particularmente, respecto del delito de violación la jurisprudencia de la Sala ha sido uniforme





desde larga data, y recientemente se ha unificado criterio sobre el tema de la unidad jurídica de acción. Por ello, resulta relevante retomar algunos aspectos que han sido abordados en estos pronunciamientos jurisprudenciales, que pueden resultar útiles a fin de esclarecer si lo que se ha determinado respecto del delito de violación, resulta aplicable al caso del ilícito de abuso sexual, porque respecto de éste último delito, el tema ha sido poco explorado. Como un antecedente importante, se puede citar la resolución número 478-F-93, de las 09:05 horas del 27 de agosto de 1993, que marcó un punto de partida en esta temática, y en lo concerniente dispuso: *“Tampoco en este aspecto lleva razón. El Tribunal de mérito tuvo por cierto que el imputado, luego de penetrar carnalmente a la menor en su vagina, la puso boca abajo, la hincó en la cama y procedió a penetrarla por el ano (folio 74 frente, líneas 1 a 7). En consecuencia, no se trata de una sola acción como alega la recurrente, sino de dos acciones sucesivas, cada una de las cuales produce una lesión al bien jurídico tutelado, o sea, la libertad sexual. Aunque existe conexión en cuanto a tiempo y espacio, lo cierto es que ambos hechos se pueden individualizar y analizar separadamente, por tratarse de conductas independientes entre sí. Por ende, se debe concluir que el imputado cometió en forma conjunta dos delitos de Violación (artículos 22 y 156 inciso 3º del Código Penal), de modo que estamos en presencia de un concurso material, como bien lo establece la sentencia recurrida, notándose además que la sanción impuesta se encuentra dentro de los parámetros del artículo 76 ibidem”*. De esta resolución es importante destacar tres aspectos sobre los cuales conviene circunscribir el examen para establecer si se verifica una unidad de acción o varias acciones independientes y relevantes penalmente: primero, analizar si la descripción fáctica permite o no individualizar dos acciones independientes entre sí; en segundo lugar, establecer si las mismas, aunque conectadas en espacio y tiempo, han acontecido de manera sucesiva; y en tercer lugar, precisar si tales acciones consideradas individualmente representan una lesión al bien jurídico tutelado, libertad sexual. Ahora bien, continuando con el examen de pronunciamientos relevantes que ha delimitado la temática en discusión, esta Sala mediante voto 156-99, de las 09:54 horas del 12 de febrero de 1999, profundiza en el tema del quebranto del bien jurídico tutelado, y el agotamiento de la previsión normativa, cuando indica: *“Si el acusado accedió carnalmente tres veces al menor debe tenerse por realizado tres veces el tipo penal. 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, aún cuando su separación espacio-temporal sea nula o casi nula. Una interpretación como la que pretende el recurrente enerva la idea de protección que sirve de base al concepto del bien jurídico y pretende reducir en su favor la incidencia de su actuar en las posteriores penetraciones. 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. En el caso en examen la primera penetración no subsume en su relevancia jurídico penal las otras penetraciones, esto es, que no se trata de un solo “acto” como lo dice el recurrente, sino de varias acciones típicas, antijurídicas y culpables que no tienen una separación importante en el tiempo. El tipo penal de Violación no requiere que los accesos carnales se encuentren muy separados en el tiempo para ser acusados en forma independiente, basta, como se dijo, que lesionen el bien jurídico penalmente tutelado, cosa que se demostró en la especie”. Resulta claro de la resolución de cita que la fijación de una pluralidad de acciones penalmente relevantes y por consiguiente, que configuran cada una un ilícito penal, tiene vinculación directa con la posibilidad de que dichos actos lesionen el bien jurídico tutelado, de modo tal que resulte imperioso considerarlas como acciones típicas independientes, a fin de no vulnerar la protección que dicho bien jurídico merece, y por el cual, cobra sentido la norma penal. Adicionalmente, este pronunciamiento agrega una consideración básica, que consiste en que no existe ningún elemento normativo dentro del tipo penal de violación que exija que las acciones que representan accesos carnales deban ejecutarse muy separados en el tiempo para constituir delitos independientes. Frente a ello, es posible deducir entonces que tampoco el tipo penal contemplado en el artículo 161 del Código Penal, de abuso sexual, contiene un elemento de esa naturaleza, de modo tal que una exigencia en ese sentido no sería procedente, si los actos de índole sexual son materialmente diferenciables, aunque con cercanía espacio temporal. En igual sentido, en fecha posterior esta Sala reafirmó la importancia de la ponderación de la lesión al bien jurídico tutelado como elemento a considerar en el análisis de la existencia de unidad o pluralidad de acciones, en el siguiente sentido: *“La violación es un delito que lesiona prioritariamente la libertad sexual, la autodeterminación sexual, aunque en forma concomitante también la integridad física, moral y la reserva sexual. Sin embargo, el bien jurídico más relevante es precisamente la libertad sexual, como reflejo del principio general de libertad, en el sentido de que se reconoce a la persona el derecho a decidir sobre sus contactos sexuales, sobre con quién, cómo y cuántas veces y en qué forma decide tener encuentros íntimos, en una esfera que sólo ella –y con quien lo desee hacer- tiene derecho a decidir. Por la naturaleza de este bien jurídico es de los que la doctrina llama “personalísimos” y la importancia de su lesión es tanta, que cada vez que se materializa un acceso carnal en contra de la voluntad de la víctima, se lesiona el bien jurídico en forma íntegra, se reduce a la víctima a una condición de objeto, se le vilipendia y se vulnera en una forma intolerable su dignidad, lo que impediría a la conciencia jurídica general siquiera pensar que podría considerarse una sola acción, pues debe recordarse que el bien jurídico es precisamente el elemento que legitima la intervención penal, es primero su existencia y luego, su gradación e importancia para el conglomerado social la que permite valorar como justa, razonable, proporcionada y necesaria e idónea la intervención penal en el contexto de un Estado de Derecho, de modo tal que el planteamiento del recurrente, no sólo deja de lado el tipo de delito del que se está hablando y del bien jurídico que se encuentra comprometido, sino además soslaya convenientemente la perspectiva del significado de la acción para la víctima, para su esfera de libertad sexual, especialmente en el contexto en que estos*





hechos se dan, cuando la vulnerabilidad propia de toda víctima de un acceso carnal no consentido, fue sobredimensionada en la realidad, al estar simplemente a merced -“como leones” al decir de la ofendida-, de cinco sujetos que hicieron con ella lo que quisieron, pues la tenían completamente sometida a su poder. Además, se obvia que nuestro legislador estableció la figura del delito continuado única y exclusivamente para delitos que afecten bienes jurídicos de contenido patrimonial, porque una cosa es que la respuesta penal a determinados hechos lleve a que, en casos como el que se conoce, la pena necesariamente deba ser de prisión y muy elevada y otra que los hechos deban ser correctamente valorados y calificados jurídicamente y que en esta operación haya de respetarse el principio de legalidad y el bien jurídico particular que la norma penal protege. En el caso concreto, cada vez que se materializó un acceso carnal por cada uno de los acusados, se lesionó el bien jurídico y eso da lugar a una acción penalmente relevante para cada evento, que se integra en concurso material a las demás, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala (cfr. entre otras, resolución 156-99 de las 9:54 horas del 12 de febrero de 1999) y por ello es correcta la decisión de los juzgadores, sin que los cuestionamientos sean útiles para desmerecer el fallo.” (Sala Tercera, resolución número 935-2004, de las 15:50 del 06 de agosto de 2004). (El subrayado no corresponde al original). El texto destacado nos ilustra claramente que, dentro del análisis del factor normativo, a fin de delimitar si existe unidad o pluralidad de acciones, no solo corresponde el examen de la letra de la ley, e inclusive la constatación de la lesión del bien jurídico que se tutela con la norma penal; sino que es necesario profundizar justamente en el sentido jurídico social del ámbito de protección que se pretende tutelar en el ordenamiento jurídico al incorporar este tipo de delincuencias. De toda suerte que, resulta esencial dilucidar la trascendencia que puede conllevar este tipo de acciones en la víctima, y la efectiva afectación en su ámbito de libertad sexual, de modo tal que resulta indiscutible la necesidad de sancionar de forma independiente cierto tipo de conductas. Todas estas disquisiciones que surgieron a consecuencia de la disyuntiva sobre la posible determinación de una unidad de acción o pluralidad de acciones penalmente relevantes respecto del delito de violación, dieron paso a una serie de pronunciamientos por parte de esta Sala, que tuvieron como objetivo unificar los distintos criterios jurídicos que se venían manejando, en distintas instancias, que generaban inseguridad jurídica en la resolución de asuntos con similitud fáctica y jurídica. Así, mediante la resolución número 1990-2012 de las 09:45 horas del 14 de diciembre de 2012, esta Sala se adentra en la discusión planteada y analiza puntualmente cada una de las posturas asumidas, y los distintos fundamentos que se utilizaron para resolver lo concerniente a la unidad jurídica de acción en delitos sexuales. Así, se concluye que efectivamente respecto de la unidad de acción, se conocen dos vertientes doctrinales, de las cuales resulta aplicable aquella que recurre a criterios normativos: “La vertiente doctrinal ha concluido en señalar que la unidad de acción es un concepto jurídico, siendo erróneo intentar definirla con prescindencia de la norma, así también sería equivocado tratar de fijarla prescindiendo del hecho, sin darle el lugar subordinado que le corresponde como contenido de la norma”. A través de esta apreciación, la Sala delimitó claramente los puntos sobre los cuales converge la determinación de la unidad de acción, estableciendo que es indispensable analizar las conductas que son descritas en el tipo

penal para poder determinar, en un conjunto de hechos, cuáles de ellos completan la infracción de la norma penal. De ahí se infiere que, si bien es cierto el factor final es un primer paso de análisis para encuadrar varias actuaciones bajo un mismo curso causal, sin embargo, resulta conveniente determinar si cada una de ellas, aisladamente consideradas, puede tener relevancia penal, al contravenir uno o varios tipos delictivos. Es decir, el factor normativo es el elemento definitorio para juzgar si, según la estructura del tipo penal a aplicar, existe una o varias acciones en sentido jurídico: “Asimismo, jurisprudencialmente esta Sala acogió ambas hipótesis, acerca de considerar la unidad de acción bajo criterios normativos y naturalistas, de la siguiente manera: “...La adopción del factor final (plan unitario que de sentido a una pluralidad de movimientos voluntarios como una sola conducta) y del factor normativo (que convierta la conducta en una unidad de desvalor a los efectos de la prohibición) como criterios para dilucidar cuando hay una y cuándo hay varias conductas (ya se trata de acciones u omisiones) es ampliamente aceptada por la doctrina actual y, en la medida que racionaliza fundadamente la aplicación de la ley sustantiva a partir del axioma de que la esencia del delito es la lesión a un bien jurídico tutelado, es adoptada por esta Sala...” (Resolución N° 000128, de las 11:45 horas, del 23 de febrero de 2007. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia”. Bajo estas consideraciones, la Sala en esa misma resolución destacó: “En síntesis, los factores para considerar si existe unidad de acción son: i) La finalidad, es decir la voluntad que lo motiva o el propósito del agente a los distintos movimientos físicos o las omisiones verificadas, y ii) el normativo, que está estructurado por el tipo penal en específico, es decir, completamente ajeno al imputado, es de orden legal y positivo, en donde los movimientos físicos o materiales desplegados por el sujeto activo son examinados con el fin de determinar si estos, por sí mismos son capaces de conservar o romper la unidad de sentido que tiene el agente conforme a un criterio legal y que tiene que ver con el desvalor del acto respecto a la prohibición”. Se enfatiza en el texto de cita que es indispensable examinar los hechos a la luz del desvalor que pretende tutelar la prohibición contenida en la norma penal. Este es un punto central sobre el cual la Sala ha hecho hincapié a la hora de examinar los hechos que se discuten en el presente asunto, respecto del ilícito de abuso sexual. Para finalizar, éste último fallo de la Sala que se menciona, pone acento en un aspecto sumamente importante para la determinación de unidad de acción, frente a la verificación de varias conductas, y reseña: “Aún cuando se diera una pluralidad de conductas de idéntica índole en el acusado, al imponer la cópula al ofendido por diferentes cavidades de su cuerpo y se haya infringido el mismo precepto legal, es evidente que no existió unidad de acción o propósito delictivo en el sentido que la ley dispone, además de la naturaleza del delito de violación porque con cada una de dichas acciones se coartó la libertad sexual del agraviado, por ello, cada conducta debe estimarse constitutiva de un delito autónomo e instantáneo. Aunado a ello, aunque resulte muy evidente que en la representación del autor todo vaya orientado hacia su finalidad lasciva (factor final) tanto en la materialidad de las acciones como en el factor normativo, no existe continuidad en las acciones, pues que, con la primera penetración a través del ano, y luego en la boca, se producen dos afectaciones distintas al bien jurídico tutelado mediante acciones totalmente distintas que producen un desvalor cobijado por la prohibición de la misma norma. Nótese que las





dos veces que el justiciable accedió al ofendido hubo un “retiro” fisiológico de la parte del cuerpo con la cual lo hizo, sea el pene en el ano, después por la boca, ello hace que exista discontinuidad material en la acción desplegada, que no puede verse suplida por el factor final, toda vez que el factor normativo establece que cada “entrada” forzada al cuerpo el agraviado constituye autónomamente un delito independiente de violación...”. Es decir, la llamada “discontinuidad material” de las conductas desplegadas, representa uno de los elementos más importantes a considerar dentro del factor normativo, a fin de determinar si dichas acciones lesionan en una sola oportunidad o en varias ocasiones el bien jurídico y cumplen por separado la previsión normativa del tipo penal, por el desvalor que en sí mismo conllevan dichas conductas. Es así como, en el voto 1990-2012, de las 9:45 horas, del 14 de diciembre del 2012, esta Sala unificó los distintos criterios jurídicos en torno a la unidad jurídica de acción en los delitos de violación, mediante el establecimiento de parámetros, necesarios, para fijar la posible concurrencia de pluralidad de acciones ilícitas. Entre los cuales destacó: i) la estructura del tipo penal, ii) el bien jurídico tutelado, iii) el concepto de unidad de acción y iv) la perspectiva médico legal. Aspectos que fueron retomados –recientemente- por parte de este Órgano de Casación, en la resolución No. 286-2015, de las 15:50 horas del 24 de febrero del 2015. De esta manera, resulta claro que la jurisprudencia de esta Sala se ha adentrado de forma muy exhaustiva en las distintas aristas que se relacionan con dicha temática y, ha mantenido una uniformidad respecto de la conceptualización de unidad jurídica de acción, en particular dentro de los delitos de carácter sexual, por las connotaciones especiales que los mismos conllevan, la lesión a la autodeterminación sexual, el reproche y el desvalor que conllevan dichas ilicitudes y la afectación severa que cada acción provoca en el bien jurídico que se tutela con dichas delincuencias, extremos que esta Sala estima coinciden en líneas generales tanto para el delito de violación, como para el ilícito de abuso sexual.

VI.- Con base en las anteriores consideraciones, esta Sala se decanta por mantener la postura que ha venido sustentando desde larga data respecto de esta temática, aplicando las mismas reglas de análisis que fueron desarrollados, tanto para el delito de violación como para el delito de abuso sexual, por las siguientes razones. En primer lugar, no cabe duda que el fallo de esta Cámara número 1532-2008 pone en evidencia que no existen diferencias sustanciales para abordar el examen de unidad de acción de forma distinta entre los delitos de violación y abuso sexual, sino que más bien convergen en esas ilicitudes una serie de variables que son comunes a ambas delincuencias, destacando que lo esencial es la evaluación de las circunstancias particulares del caso concreto, para determinar si es posible o no que un acto de índole sexual inicial subsuma a los subsiguientes actos que se desarrollen en un espacio y tiempo cercano, contra la misma persona y con la misma finalidad. A los efectos, conviene realizar un examen de los distintos factores que deben ser tomados en consideración para la determinación de unidad o pluralidad de acciones particularmente en el caso del ilícito de abuso sexual contemplado en el artículo 161 del Código Penal, según los parámetros que se han analizado con anterioridad, aplicados al delito de violación. Tal y como se ha reseñado líneas atrás, para la determinación de una unidad o pluralidad de acciones, el

factor final y el factor normativo deben ser examinados en su conjunto. **El factor final** es solamente un primer estadio de análisis, pero no el único elemento a considerar para unificar jurídicamente varios actos. Es decir, la voluntad o plan de autor solamente da unidad a las acciones en tanto dichas conductas únicamente tengan sentido consideradas en conjunto, unas supeditadas a las otras; sin embargo, particularmente en el delito de abuso sexual, el análisis debe ser muy acucioso, y mucho más detallado, en cuanto a la consecución de una misma finalidad detrás de las acciones desplegadas por parte del agente activo, por cuanto ya el tipo penal contiene y especifica ese fin de índole sexual. En consecuencia, resulta insuficiente acudir a este aspecto para delimitar la cantidad de abusos en un determinado cuadro fáctico con múltiples acciones, pues siempre y en todos los casos, el fin libidinoso constituirá parte esencial de la voluntad del autor. De ahí que, resulta particularmente relevante en el delito de abuso sexual, acudir a otros mecanismos para dilucidar la concurrencia de una o varias acciones en sentido jurídico. Frente a ello, cobra mayor relevancia el estudio del **factor normativo**, el cual se encuentra supeditado en este caso por la descripción típica de la figura de abuso sexual, y los elementos objetivos y subjetivos que se requiere para su configuración. El artículo 161 del Código Penal, que es objeto de discusión en el presente asunto, estipula: “Será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años de prisión, 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 el delito de violación”. 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). Tal posición la ha asumido esta Sala en varias resoluciones, valga citar a efecto ilustrativo la número 330-F,

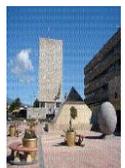




de las 9:55 horas, del 28 de junio de 1996: "...El abuso deshonesto también puede tratarse de acciones que no importen un contacto corporal directo, pero que tengan un contenido sexual objetivo respecto de otros sentidos diferentes al tacto como el de la vista, caso en el cual la conducta del agente provoca que el cuerpo de la víctima devenga en mero objeto de contemplación (por ejemplo, obligando a la víctima a tocarse impudicamente, desnudarla, levantarle la falda, etcétera)... El autor, como se dijo anteriormente, usa el cuerpo de la víctima cuando ésta recibe sobre sí el acto del mismo autor, o cuando ella actúa, por obra del agente, sobre su propio cuerpo, o sobre el del autor o el de un tercero..." Esto ocurre, por ejemplo, al desnudarla total o parcialmente, hacerla desnudarse o desnudarle. A estos supuestos se refieren los precedentes citados por el a quo, y que pretende hacerse valer en relación con un supuesto fáctico muy distinto, como lo es el descrito como segundo evento acreditado. Ello es así porque tal y como afirma Creus, no siempre el abuso sexual consistirá en tocamientos, no es así como debe entenderse el requisito de la materialidad, sin embargo el ilícito en cuestión no se configura si además de faltar el contacto físico, tampoco se da un acercamiento, y "...Tampoco existe si el acto deshonesto lo realiza el autor sobre su propio cuerpo, aunque se lo haga contemplar al sujeto pasivo contra su voluntad (podría tratarse de una exhibición obscena o hasta de un procedimiento corruptor)..." (Derecho Penal, Parte Especial, tomo I, 6ª ed, Astrea, Buenos Aires, 1997, p 210)". (Sala Tercera, Resolución número 2007-00356, de 10:30 horas, del 20 de abril de 2007). Esta conceptualización es importante porque permite delimitar, en caso de que se ejecuten distintos actos en contra de la integridad de la parte ofendida, cuáles conductas agotan o consuman el tipo penal, y por consiguiente, constituyen infracciones independientes de dicho delito. De esta forma, aunque en el delito de abuso sexual, el legislador no describió de manera concreta las acciones que representan actos abusivos del índole sexual, por razones obvias, en virtud de que muchos son los supuestos fácticos que podrían encuadrar en esa descripción típica; sin embargo, al igual que ocurre con el delito de violación, lo importante es que sea perfectamente posible individualizar cada uno de esos actos constitutivos de abuso, que agotan la previsión normativa del tipo penal. Si bien es cierto, se ha descartado la acción (acto de contenido sexual) en sentido natural como un indicador de la existencia de una acción en sentido jurídico, nada obsta para que en algunos supuestos particulares la coincidencia entre ambas exista, y ello tiene su razón de ser justamente en la necesidad de una adecuada tutela del bien jurídico autodeterminación sexual que da sentido a la norma penal en discusión. En el mismo sentido, no existe una distinción esencial entre lo que ocurre con el delito de violación y los abusos sexuales respecto del quebranto al bien jurídico que tutelan dichas normas penales, en tanto, parece indiscutible, según una valoración socio normativa, que cada acto ejecutado en contra de la integridad de la persona ofendida (entiéndase tocamiento u otro acto de connotación sexual) representa un menoscabo grosero en su indemnidad sexual, y efectivamente el ordenamiento jurídico justifica su tutela y respectiva sanción, en razón de la entidad de la lesión que constituye este tipo de actos, sobre todo en tratándose de víctimas menores de edad, en donde se ve gravemente comprometido su sano desarrollo de la sexualidad, razón por la cual se requiere únicamente la posibilidad de que sean materialmente individualizables tales actuaciones. Ahora bien,

la identificación de las acciones que materialmente podrían constituir un delito de abuso sexual de forma independiente, trae a colación el tema de la cercanía espacio temporal de los actos abusivos y la posible solución de continuidad entre los mismos, de modo que puedan reputarse como una o varias acciones en sentido jurídico, susceptibles de configurar el delito de abuso sexual. El examen es verdaderamente de orden casuístico, según las particularidades de cada situación, pero los parámetros objetivos para su definición son sencillos, pues básicamente lo que se requiere es que la descripción fáctica de los hechos permita identificar cada conducta abusiva por separado, claramente diferenciables, de modo que permita develar sin lugar a dudas el plan de autor. Asimismo, resulta imperioso que dicho conjunto de acciones en perjuicio de la integridad de la víctima se ejecuten de forma sucesiva o consecutiva, no simultánea –sin importar la separación temporal entre una y otra-, y que no exista una relación de dependencia entre esas conductas, es decir, que no resulte esencial para la consumación delictiva una acción respecto de la otra y puedan coexistir de forma independiente. Finalmente, las diferentes conductas desplegadas por el autor del hecho, para que puedan ser consideradas como punibles de forma separada, requieren que su despliegue represente una verdadera lesión al bien jurídico tutelado por la norma, de modo que adquiera relevancia jurídica penal cada acción por separado. Es decir, debe descartarse la existencia de una conexión objetiva entre las distintas acciones que se ejecuten por el agente activo, que hagan evidente una unidad de acción en sentido estrictamente jurídico, según la estructura del tipo penal. Por lo expuesto líneas atrás, esta Sala estima que no existe ningún halo de duda de que, al igual que se examinó la unidad de acción en sentido jurídico respecto del delito de violación, en el caso de que en el tipo penal de abuso sexual no se requiere que las distintas conductas desplegadas por el autor del hecho se encuentren separadas por un espacio de tiempo determinado, ni en circunstancias distintas, para apreciar la existencia de pluralidad de acciones en sentido jurídico, sino que basta con que las mismas agoten de manera independiente el tipo penal de abuso sexual y resulten penalmente relevantes, en razón de la lesión significativa que impliquen respecto del bien jurídico tutelado, así como que se facilite su individualización material, descartando la existencia de una solución de continuidad de dichas acciones de forma tal que solamente en conjunto adquieran esa relevancia. En razón de ello, se aprecia que los razonamientos utilizados por el Tribunal de Apelación para recalificar los hechos demostrados como un único delito de abuso sexual contra persona menor de edad, no se ajustan a ese análisis exhaustivo y minucioso de las conductas que fueron acreditadas en debate, desde la óptica de la estructura típica de dicha ilicitud, ni tomó en consideración la connotación jurídico social que dichas conductas tienen en el ordenamiento jurídico, en razón de la grave lesión que cada una de ellas provocó al bien jurídico tutelado en dicho precepto penal (la indemnidad sexual y el sano desarrollo de la sexualidad).

VII.- Solución del caso concreto. En el subexámene, los extremos que impugna la representación del Ministerio Público, y a los cuales se constriñe el análisis del fallo del Tribunal de Apelación, son los argumentos utilizados primordialmente por dicho órgano colegiado para modificar la calificación legal de los hechos probados mediante sentencia condenatoria y disponer que los mismos configuran un único delito de abuso





sexual contra persona menor de edad. La fundamentación que se consigna en el fallo de apelación catalogó de errónea la calificación legal aplicada a los hechos acreditados por parte del tribunal de juicio, en virtud de que en su criterio, se utilizó un concepto de acción en sentido natural, sobradamente superado en la doctrina y jurisprudencia. Para determinar si en la especie ese razonamiento se apega o no a los eventos efectivamente comprobados, resulta necesario hacer un estudio del marco fáctico objeto de la sentencia, para posteriormente determinar si los mismos se adecuan a una unidad de acción o si realmente representan dos acciones jurídicas independientes susceptibles de sanción separada, según la estructura del tipo penal, acorde con los parámetros que se han desglosado líneas atrás. Luego de evacuada la totalidad de la prueba, mediante el contradictorio, el Tribunal sentenciador, tuvo por acreditados los siguientes hechos: “1. La ofendida [nombre 002] nació el 13 de julio de 1994 por lo que para la fecha de los hechos contaba con 17 años de edad. 2. El siete de junio de dos mil once, al ser aproximadamente las diecisiete horas, la ofendida [nombre 002], se presentó junto a su madre [nombre 003] y su hermana [nombre 004] al consultorio del encartado [nombre 001] ubicado en San Antonio de Desamparados, con el fin de recibir un masaje deportivo. 3. Una vez en el sitio, la ofendida [nombre 002] se quitó la blusa, quedando en brassier y en short y se acostó boca abajo en la camilla de masajes y de inmediato el encartado [nombre 001] procedió a realizarle el masaje contrato (sic), siendo que en un momento determinado le solicitó que se colocara boca arriba y le proporcionó un paño para cubrirse el pecho y acto seguido, aprovechándose de la relación de confianza que tenía con la menor y su familia, ya que con anterioridad le había brindado sus servicios y con el fin de satisfacer sus deseos sexuales insanos, introdujo sus manos por debajo del paño y el brassier y le tocó los senos a la ofendida. 3. De inmediato, al indicarle la agraviada que le dolía la entrepierna, el acusado [nombre 001], la tocó con sus manos de manera libidinosa y abusiva en su vagina, haciendo a un lado su calzón y short y tocando además la parte superior de la vagina por debajo de la ropa”. El punto central de discusión sobre el cual se cuestiona el fallo de alzada, se refiere a la recalificación de los hechos como un delito de abuso sexual contra persona menor de edad, con base en la presunta existencia de una unidad jurídica de acción en los hechos que fueron juzgados. Como ya se ha adelantado, esta Sala no comparte los argumentos vertidos en el fallo de alzada, básicamente porque omitió un análisis más exhaustivo del factor normativo, de las circunstancias particulares de ocurrencia del hecho en el caso concreto, y se limitó a negar que las diferentes acciones desplegadas por el acusado hayan afectado de manera cualitativa el bien jurídico tutelado, en virtud de lo que se denomina “inmediatez” temporal y espacial entre los distintos tocamientos propinados en perjuicio de la agraviada, bajo la premisa errada de que se utilizó por el tribunal de sentencia un criterio natural de acción, que no corresponde con el sentido estrictamente jurídico o normativo. No obstante, aplicando los parámetros señalados anteriormente, y valorando las circunstancias acreditadas en el caso concreto, es posible inferir que no existe unidad de acción, sino que se verifica la perpetración por parte del imputado de dos acciones que jurídicamente agotan el contenido típico del ilícito de abuso sexual, y que materialmente, aunque se trata de tocamientos cercanos en tiempo y espacio, no presentan una continuidad, no se subsumen entre sí, sino que son perfectamente diferenciables,

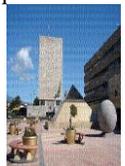
y atentan en igual medida contra el bien jurídico tutelado por la norma penal. Contrario a lo que se indicó en el fallo de alzada, el tribunal de juicio realizó un análisis intelectual exhaustivo en la sentencia condenatoria (dictada de forma oral) respecto del elenco probatorio evacuado y la forma en que se tuvieron por probados los hechos, aportando suficientes elementos para concluir sin lugar a dudas sobre la existencia de dos acciones jurídicas penalmente relevantes y por consiguiente, dos delitos independientes de abuso sexual contra persona menor de edad, y en lo concerniente señaló: “Solo en su mente nació unos actos que pasaron de un masaje corporal a una niña de 17 años, a una adolescente de 17 años, al punto que en determinado momento, usted ya se había dispuesto a realizar actos de índole sexual, que le quita o le pide que se despoje de su brasier, le da vuelta y en un momento toca sus pechos por debajo de un paño que le habían colocado, y en ese momento, contrario a lo que dice su abogado defensor, ella entra en shock y relata un primer tocamiento a nivel de sus senos”. (Ver archivo digital c0000150309150000 de 15:26:40 a 15:27:19). De esta forma, el tribunal de juicio logró escindir un primer tocamiento, en la zona de los senos de la menor afectada, el cual fue descrito con absoluta claridad por la misma, y que resultó ser perfectamente diferenciable de un segundo tocamiento, que también los juzgadores tuvieron por acreditado, y que se examina de la siguiente forma: “Ella dijo: “entré en shock, lo único que hice fue –es un tema determinante- es cerrar los ojos y en un momento específico para que él cesara –que es el mecanismo de defensa que ella utilizó- fue, me duele la pierna, baje a la pierna”. Lo que [nombre 002] no se imaginó fue que en ese segundo momento, donde ella creyó que usted iba a cesar ese tocamiento de índole sexual en sus pechos, que no tenía nada que ver con la materia que usted realizaba, no tiene por qué estarlos tocando de esa manera, usted lo que hace es tocarle su pierna, va subiendo hasta la ingle y con sus manos y sus dedos le corrió el short y el calzón y, como ella lo dijo, le toca los labios mayores de la vagina, sus labios vaginales. Ella no habla, no usa el término vagina, dice: “Me toca los labios, luego yo me corro y posteriormente me da vuelta y me toca por la parte superior de la vagina, donde empieza a nacer el vello público. Esas son las dos acciones que ella dice”. (ver archivo digital c0000150309150000 de 15:28:21 a 15:29:19). Esta transcripción de lo señalado en la sentencia condenatoria, permite vislumbrar que son dos acciones muy concretas las que se tuvieron por acreditadas en el debate, a través del relato de la menor afectada; se trató de dos tocamientos que, conforme lo narrado por la propia ofendida ocurren de manera sucesiva, uno en la zona de los pechos y otro en la zona externa de la vagina, acciones que están claramente separadas en el tiempo, aunque en un lapso muy corto. Inclusive, en el análisis intelectual realizado por el tribunal sentenciador se detalló ampliamente, que entre ambas acciones incoadas contra la menor agraviada se verificó un intervalo temporal, provocado por una intervención de la misma ofendida, con el objetivo de hacer cesar el primer tocamiento de naturaleza sexual que recibió en sus senos, y que correspondió con su reacción particular defensiva, cuando le indicó al acusado que le dolía una pierna. Así, el imputado en ese momento, cesó esa primera intromisión en el cuerpo de la ofendida, en un pequeño intervalo de tiempo, para luego masajear la pierna y la ingle de la ofendida, y, con posterioridad, con una clara intención de violentar en una nueva ocasión la integridad sexual de la víctima, de forma sucesiva, realizó un segundo tocamiento en la zona vulvar de la agraviada. Esta





fijación de los hechos probados que examinó el Tribunal de juicio, y la diferenciación que se detalla entre uno y otro tocamiento, es esencial, de modo que en la especie resulta materialmente imposible admitir la existencia de una unidad de acción. Si bien es cierto, ambas acciones fueron realizadas por el encartado con una misma finalidad, en contra de una misma víctima y en un espacio temporal corto, ciertamente no existe conexidad objetiva alguna entre ambos eventos, en razón de que el primer tocamiento no subsume al segundo, ni se verificó evidencia fáctica de que hubiere necesidad de proceder con uno de los tocamientos para lograr cometer el siguiente, ni tampoco se constató que los distintos actos conlleven una mera repetición o progresión de movimientos, sino que, por el contrario fue notorio que ambos hechos coexisten de forma independiente, y definitivamente lesionaron severamente el bien jurídico tutelado, a saber, el ámbito de autodeterminación e indemnidad sexual de la menor afectada. Además, analizando en concreto el factor normativo, cada uno de estos actos ejecutados por el encausado efectivamente agotó la previsión normativa del artículo 161 del Código Penal, en tanto configuran actos con fines sexuales, ejecutados de forma abusiva en contra de la ofendida. Aunado a ello, y contrario a lo afirmado por el Tribunal de Apelación, en la sentencia fue posible derivar por los jueces, a través de la intermediación de la prueba, una afectación cualitativa del bien jurídico, porque se trata de dos conductas desplegadas físicamente sobre dos distintas partes del cuerpo de la afectada y de modo discontinuo. En igual manera, se tuvo por cierto que estas dos acciones eran plenamente individualizables en tiempo, pues entre ambas hubo un intervalo temporal en que cesó el primer abuso, cometido en los pechos de la menor, y se dio paso a otros actos que efectivamente eran necesarios para la consecución del segundo hecho, procediendo el acusado a ejecutar un masaje en la pierna y la ingle de la menor, para luego proceder con el tocamiento de la zona vulvar de la misma. El yerro en que incurrieron los jueces de alzada, se evidencia en una ausencia de estudio integral del cuadro fáctico demostrado en la sentencia y la prueba que le dio sustento. Así, el fallo de apelación únicamente indicó: *“Pero, como si fuera poco, tanto en la sentencia como en la acusación, se narró que eso sucedió ‘inmediatamente’ después de lo anterior y, del relato de la afectada, no se desprende que haya existido una ruptura temporal entre ambos ‘momentos’, es decir, ambos se sucedieron sin solución de continuidad”*. (Folio 291). Se trata de una afirmación de los jueces de alzada que está totalmente alejada de lo evidenciado en debate, y que efectivamente se tuvo por demostrado en la sentencia, pues aunque efectivamente en la requisitoria fiscal se utiliza el término “de inmediato”, para separar ambos eventos, justamente mediante la intermediación del contradictorio, fue posible individualizar dos hechos derivados de la propia versión rendida por la agraviada, tal y como se puede constatar fácilmente a través de la grabación de esa declaración: *“Entonces él comenzó a masajear mis pechos, no a masajear a tocar mis pechos y yo díay no sé estaba asustada, entonces yo no reaccioné, ni tampoco sabía qué hacer, no pude gritar, no pude hablar, no pude hacer nada, digamos, entonces él seguía tocando mis pechos y en algún momento yo reaccioné y le dije que me estaba doliendo mucho la entrepierna, la pierna, que tenía como un, estaba con una dolencia cuando caminaba, entonces esa fue como la reacción que yo hice para que él se quitara. Entonces ya bajó a la pierna, yo le dije que me estaba doliendo la pierna, y masajé mi*

pierna y yo siempre permanecí con los ojos cerrados porque estaba muy asustada y ya luego comenzó a masajear la pierna y él empezó a tocar más abajo, digamos, más llegando hacia la ingle, y entonces, él me preguntó, metió la mano un poco adentro, pero no había llegado a la zona del calzón y me dijo que si era ahí, yo le dije que no, que era más abajo, hacia fuera, bajó hacia el muslo y él comenzó a masajear y corrió y metió la mano en el short y el calzón y tocó como el lateral de los labios mayores, de la vagina. Y entonces, yo no sabía qué hacer, yo me quedé quedita, estaba muy asustada, yo no podía creer lo que estaba pasando, y pues ahí estuvo, no sé, cinco minutos, no sé cuánto en realidad. Ya luego él volvió otra vez y me masajé el estómago, me pareció muy extraño porque en realidad el masaje deportivo no necesita que le masajeen el estómago, empezó a masajear el estómago y metió como la mano, pues, debajo del short y estaba masajeadando por esa zona, casi donde inicia el vello púbico, y estuvo en esa zona y ya luego, no sé cuanto tiempo duró”. (Ver archivo digital c0001150309090000 de 09:21:29 a 09:24:43). Aunado a ello, esa deposición tan detallada que rindió la menor encontró respaldo en la totalidad de la prueba documental, desde el mismo momento de la denuncia, y la descripción de los hechos que hizo la ofendida en esa oportunidad, hasta la versión que ofreció cuando le fueron practicadas las pericias psicológicas. Por todo ello, parece más bien que esa derivación que hizo el Tribunal de Apelación deviene únicamente de la utilización del término que fue consignado en la acusación para unir ambos eventos, pero que ignora por completo la forma tan precisa y contundente en que la menor afectada escinde esos dos momentos, elemento probatorio esencial y determinante para la fijación de estos extremos, tornando en infundadas tales argumentaciones utilizadas por los integrantes de este órgano colegiado. Inclusive, para esta Sala resulta relevante hacer notar que, de la deposición rendida por la agraviada, y en correspondencia con la pieza acusatoria del Ministerio Público, se aprecia que hubo otro hecho descrito por la menor, que también configuraba un abuso sexual independiente, el cual corresponde con un tocamiento en los senos de la agraviada, que fue ejecutado por el acusado con posterioridad al abuso que fue descrito en la zona vulvar, y respecto del cual, tanto los jueces de juicio como el mismo Tribunal de Apelación, parecen haber obviado por completo en el análisis intelectual. No obstante que la Sala no puede entrar a considerar ese hecho, en razón de que la parte acusadora nunca impugnó tal omisión y al haber recaído firmeza sobre ese extremo, de manera que no podría resolverse en perjuicio del acusado; sin embargo, se trata de un aspecto que pone en evidencia las graves falencias en que incurrieron los jueces de alzada al examinar la sentencia condenatoria respecto de los distintos tópicos que fueron sometidos a su conocimiento. Por ende, es posible concluir que no se trata, como parece entenderlo los jueces de alzada, de la separación de dos conductas relevantes penalmente, únicamente con base en que con cada acontecimiento se vulneraron bienes personalísimos como la libertad sexual, o de que se haya seguido por el tribunal de juicio un criterio natural de acción, sino porque es más que evidente que cada una de esas conductas desplegadas por el imputado son perfectamente individualizables, discontinuas, agotan de manera completa el tipo penal de abuso sexual y por sí mismas cobran relevancia jurídico penal, no solo frente al quebranto de la norma penal, sino también a la luz del llamado “enjuiciamiento jurídico social”. Por consiguiente, resulta incuestionable que unificar





jurídicamente estos dos desdeñables actos cometidos por el justiciable en contra de la menor ofendida implicaría no solo dejar de lado la apreciación integral de la prueba que sustentó la condenatoria, sino además ignorar el ámbito de protección que exige la norma y desconocer el desvalor de la prohibición que contiene la misma, por el grado de reproche social que tales acciones conlleva y la entidad de la lesión que cada una de ellas representa para la víctima. De esta forma, se aprecia que el análisis que hizo el fallo de alzada fue insuficiente e inobservó su obligación de procurar un examen integral del fallo y las pruebas que le sustentaron y, se limitó a seguir una línea interpretativa sobre la unidad jurídica de acción en abstracto, sin examinar el caso concreto y las particularidades en que se desarrollaron los hechos tenidos por probados por los jueces de primera instancia. Con base en todas las consideraciones expuestas, esta Sala estima que resulta procedente el reclamo planteado por el Ministerio Público, y se declara con lugar el motivo primero de su impugnación, en razón de que efectivamente lo resuelto por el Tribunal de Apelación de Sentencia es contrario al criterio que sostuvo en su oportunidad esta Sala mediante resolución 2008-1532, de modo que se ratifica en un todo la postura que allí se expuso. Aunado a ello,

en razón de que se aprecia que el fallo de alzada es errado y parte de premisas que no se derivan de los hechos demostrados en sentencia condenatoria, e incurre en un análisis parcial e incorrecto del concepto de unidad jurídica de acción, se anula lo resuelto en sede de apelación y, según las consideraciones expuestas, por encontrarse apegada a derecho en cuanto a la calificación jurídica dada a los hechos acreditados, se mantiene incólume la sentencia emitida por el tribunal de juicio en todos sus extremos.

Por tanto: Se declara con lugar el motivo primero del recurso de casación planteado por la Licenciada Natalia Hidalgo Porras, como representante del Ministerio Público. En consecuencia, se declara ineficaz la resolución del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, sede Goicoechea, número 2015-0922, de las 10:15 horas, del 26 de junio de 2015, en tanto dispuso la modificación de la calificación jurídica del hecho juzgado, y por ende, se confirma en todos sus extremos el fallo condenatorio número 100-2015, de las 14:53 horas del 09 de marzo de 2015, del Tribunal Penal del Tercer Circuito Judicial de San José. **Notifíquese.- Carlos Chinchilla S., Jesús Ramírez Q., José Manuel Arroyo G., Doris Arias M., Celso Gamboa S.**

