



Boletín de Jurisprudencia Penal

Fiscalía Adjunta de Impugnaciones (FAIM)

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

I 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, 5° 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° **40**
2017

RESOLUCIÓN

Resolución N°: **2016-01164**
Órgano emisor: Sala de Casación Penal
Fecha resolución: 04 de noviembre del 2016
Recurso de: Casación de sentencia penal

DESCRIPTOR / RESTRUCTOR

⇒ **Descriptor 1:** **Unidad de acción en abusos sexuales**
⇒ **Restrictor 1:** Factor final, 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. El factor normativo se encuentra supeditado a la descripción típica de la figura de abuso sexual, así como a los elementos objetivos y subjetivos que se requiere para su configuración. VID. RESOLUCIÓN 2016-440 DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL (BJUR 53-2016).

EXTRACTO LITERAL DEL VOTO

"El tema sobre la unidad de acción en los delitos contra la autodeterminación sexual, ha sido objeto de unificación de precedentes por parte de esta Sala de Casación. Así, en el voto 2016-440, de las diez horas y diez minutos, del 13 de mayo del 2016, se indicó: '[...] 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”.

“Si bien es cierto se tienen acciones sucesivas, con una separación ínfima de tiempo, lo cierto del caso es que se trata de acciones totalmente

separables y diferenciables en sentido jurídico, las cuales no dependen la una de la otra, por lo que constituyen dos delitos separados, uno por el tocamiento de los senos de la ofendida y otro, por tocar su vagina”.

VOTO INTEGRO N° 2016-01164, Sala de Casación Penal

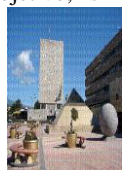
Res: 2016-01164. SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas y cuarenta y ocho minutos del cuatro de noviembre del dos mil dieciséis. Recurso de Casación interpuesto en la presente causa seguida contra [Nombre 001], por el delito de **Abuso Sexual contra Persona Menor de edad**, en perjuicio de [Nombre 002]. Intervienen en la decisión del recurso los Magistrados Carlos Chinchilla Sandí, Jesús Ramírez Quirós, José Manuel Arroyo Gutiérrez, Doris Arias Madrigal y Celso Gamboa Sánchez. También intervienen en esta instancia la Licenciada Natalia Rodríguez Guadamuz en su condición de defensora pública del imputado y el Licenciado Elvis López Matarrita como representante de la Fiscalía de Impugnaciones del Ministerio Público.

Resultando: 1. Mediante sentencia N° 79-16, dictada a las diez horas del catorce de abril del dos mil dieciséis, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste Sede Santa Cruz, resolvió: **“POR TANTO se declara parcialmente con lugar el recurso de apelación interpuesto. Se recalifican los hechos probados a dos delitos de abuso sexual contra persona menor de edad; se mantiene la pena de cinco años por cada uno de estos, para un total de diez años de prisión. NOTIFÍQUESE. GERARDO RUBÉN ALFARO VARGAS MARÍA LUCILA MONGE PIZARRO CYNTHIA DUMANI STRADTMANN JUEZ Y JUEZAS DE APELACIÓN DE SENTENCIA”** (sic). **2.** Contra el anterior pronunciamiento el Licenciado Elvis López Matarrita como representante de la Fiscalía de Impugnaciones del Ministerio Público, interpuso Recurso de Casación. **3.** Verificada la deliberación respectiva, la Sala se planteó las cuestiones formuladas en el Recurso. **4.** En el Recurso se han observado las prescripciones legales pertinentes. Informa la Magistrada **Arias Madrigal** y;

Considerando: I.- Mediante resolución de esta Sala, N° 2016-00754, de las diez horas y cincuenta minutos del 20 de julio de 2016, se declaró admisible para su conocimiento de fondo, el único motivo de casación, incoado por el licenciado Elvis López Matarrita, Fiscal de la Unidad de Impugnaciones del Ministerio Público, contra la resolución N° 79-16, dictada por el Tribunal de Apelación de Sentencia del Segundo Circuito Judicial de Santa Cruz.

II.- Como único motivo *reclama* inaplicación de un precepto legal procesal, específicamente que el fallo de apelación no está legítimamente fundado; lo anterior conforme lo señalan los

artículos 39 y 41 de la Constitución Política y 142 del Código Procesal Penal. El quejoso indica que el voto de alzada no sustentó la conclusión de que existió unidad de acción en dos hechos acusados, circunstancia que incidió luego en la calificación jurídica y la pena que se fijó. Indica que el *ad quem* no brinda un elemento probatorio que de fundamento a su conclusión. En lo que interesa para resolver el reclamo, señala que se tuvo por probado que el acusado [Nombre 001], quien era hermano de crianza de la madre de la ofendida, con quienes convivía en la misma vivienda, se acercó hasta donde se encontraba la menor y de manera totalmente abusiva, en al menos una oportunidad, introdujo su mano dentro de la blusa de la agraviada y le tocó los senos, para luego introducir su mano dentro de la ropa de la ofendida y tocarle la vagina. Dicha conducta fue calificada por el Tribunal de Juicio como constitutiva de dos delitos de abuso sexual. Para el quejoso, si bien existe una falta de fundamentación del *a quo* pues no profundizó en el tema del por qué considera que se trata de dos delitos independientes, ello no podía originar la declaratoria del órgano de Apelación de la existencia de un único delito, sin el análisis estricto de todos los elementos relevantes de la causa. Para el recurrente, el yerro del *ad quem* estriba en que no brinda el elemento objetivo que señale que la segunda acción acusada (tocar la vagina de la víctima), fuera concomitante o inmediatamente después a la primera acción (tocamiento de los senos). Sostiene que, a pesar de su cercanía, las acciones pueden ser separables y agotar de forma independiente el tipo penal endilgado al justiciable. Agrega que la ofendida señaló en el debate que los tocamientos por parte del imputado se realizaron durante casi quince días de forma continua sin determinarse si el tocamiento en los senos y en la vagina fueron actos simultáneos o con diferencia temporal entre ellos. En su opinión, sostiene que la construcción gramatical “además” que aparece en la redacción del hecho acusado, no puede entenderse como inmediatamente después, de ahí que la representación fiscal sostuviera que eran acciones independientes. Agrega que este dato es relevante pues no se fijaba puntualmente el espacio temporal entre una acción y otra siendo que el Tribunal de Apelación incurre en una especulación al declarar que existe una unidad de acción a partir de la acusación pues, a su entender, “...la única que podía arrojar luz lo era la ofendida la cual sobre dicha acción no fue interrogada a profundidad ni refirió mayor aspecto que el apuntado ni el tribunal de alzada se detuvo en su declaración.” (folios 120 vuelto y 121 frente). Reclama que, para estructurar su análisis de fondo sobre la unidad de acción, el *ad quem* debió ponderar este detalle, o al menos justificarlo a través de un elemento objetivo; sin





embargo, fue obviado y producto de esa falencia, se deslegitimó su conclusión. Asimismo, reclama que existe un vicio en la fundamentación de la modificación de la pena opinando que, aún en el caso de que se estimara que existe una unidad de acción y una nueva calificación jurídica, debió ordenarse el reenvío para una nueva sustanciación con el objetivo de discutir un nuevo monto de pena, en razón de que la acción podría ser considerada más reprochable, incluso superior a los cinco años de prisión que se impusieron de forma independiente, siendo que el actuar del órgano de alzada limitó el derecho del Ministerio Público de solicitar una sanción punitiva acorde con la nueva calificación de los hechos. Como agravio, indica que el Tribunal de Apelación fijó incorrectamente la calificación jurídica y la sanción, en detrimento del debido proceso que impidió al ente fiscal conocer las razones que justificaron la decisión asumida. Solicita se declare con lugar el presente recurso, se case la referida sentencia en cuanto a la absolutoria cuestionada y se ordene el correspondiente reenvío para una nueva sustanciación de la causa. **III.- El recurso de casación debe ser declarado con lugar.** De un estudio pormenorizado del fallo recurrido, así como la sentencia de instancia, debe concluirse que debe darse razón al representante del Ministerio Público. Para ello, debe partirse de los hechos que el *a quo* tuvo por probados, en lo que interesa: “[...] La menor ofendida [Nombre 002], nació el 20 de mayo de 1998, y habitaba con sus padres de crianza, en Santa Rosa de Santa Cruz, vivienda en la que también habitaba el hermano de su madre de crianza, el encartado [Nombre 001]. Sin precisar fechas exactas, pero entre el año 2006 y el año 2009, cuando la menor agraviada [Nombre 002] contaba con 8 años de edad, en la vivienda de ésta, en Santa Rosa de Santa Cruz, el encartado [Nombre 001], se acercaba hasta donde la menor se encontraba, y de manera totalmente abusiva, en al menos una oportunidad, introdujo su mano dentro de la blusa de la menor [Nombre 002] y le tocó los senos, para luego introducir su mano dentro de la ropa de la ofendida y le tocó la vagina.” (folio 94 frente). A partir de lo anterior, el Tribunal de Apelación, consideró –a diferencia de lo que concluyeron los Jueces de Juicio–, que los anteriores hechos constituían un único delito de abuso sexual contra persona menor de edad y no dos delitos, ello a partir de una interpretación estrictamente fenomenológica, pues la acción de tocar los pechos y la vagina de la agraviada, ocurre en “una sucesión de tiempo ininterrumpida”, por lo que estiman, hay una unidad de acción delictiva, lo que les conduce a anular parcialmente el fallo de instancia y acordar un nuevo *quantum* de pena. El tema sobre la unidad de acción en los delitos contra la autodeterminación sexual, ha sido objeto de unificación de precedentes por parte de esta Sala de Casación. Así, en el voto 2016-440, de las diez horas y diez minutos, del 13 de mayo del 2016, se indicó: “VI.- [...] 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. [...] 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 jurídico 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”. (la





negrita es suplida). Con base en lo anterior, se concluye que la interpretación realizada por el *ad quem* deviene en errada, por cuanto si bien es cierto se tienen acciones sucesivas, con una separación ínfima de tiempo, lo cierto del caso es que se trata de acciones totalmente separables y diferenciables en sentido jurídico, las cuales no dependen la una de la otra, por lo que constituyen dos delitos separados, uno por el tocamiento de los senos de la ofendida y otro, por tocar su vagina. De ahí que lo procedente es acoger el reclamo formulado por el representante del Ministerio Público, declarando la nulidad del fallo N° 79-16, dictada por el Tribunal de Apelación de Sentencia del Segundo Circuito Judicial de Santa Cruz, y confirmando en todos sus extremos, la sentencia N° 310-2015, de las once horas con cincuenta y cinco minutos, del 11 de noviembre de 2015, dictada por el Tribunal de Juicio del II Circuito Judicial de Guanacaste, habida cuenta de que todos los reproches formulados por la defensa del acusado, fueron conocidos y resueltos en segunda instancia, por lo que se garantizó su derecho a una revisión integral del fallo.

Por Tanto: Por Mayoría, se declara con lugar, el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público. Se declara la nulidad del fallo N° 79-16, dictada por el Tribunal de Apelación de Sentencia del Segundo Circuito Judicial de Santa Cruz del Tribunal. Se confirma en todos sus extremos, la sentencia N° 310-2015, de las once horas con cincuenta y cinco minutos, del 11 de noviembre de 2015, dictada por el Tribunal de Juicio del II Circuito Judicial de Guanacaste. El Magistrado Arroyo Gutiérrez salva el voto. **NOTIFÍQUESE.-** Carlos Chinchilla S., Jesús Ramírez Q., José Manuel Arroyo G., Doris Arias M., Celso Gamboa S.

VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO ARROYO GUTIÉRREZ

Respetuosamente difiero del criterio de mis compañeros y compañera de Sala, y salvo el voto declarando sin lugar el motivo, por las razones que de seguido expongo. En este asunto el Tribunal de Juicio tuvo por acreditados dos hechos: "*La menor ofendida [Nombre 002], nació el 20 de mayo de 1998, y habitaba con sus padres de crianza, en [...], vivienda en la que también habitaba el hermano de su madre de crianza, el encartado [Nombre 001]. Sin precisar fechas exactas, pero entre el año 2006 y el año 2009, cuando la menor agraviada[...]contaba con 8 años de edad, en la vivienda de ésta, en [...], el encartado [Nombre 001], se acercaba hasta donde la menor se encontraba, y de manera totalmente abusiva, en al menos una oportunidad, introdujo su mano dentro de la blusa de la menor...y le tocó los senos, para luego introducir su mano dentro de la ropa de la ofendida y le tocó la vagina.2.- Sin precisar fechas exactas, pero entre el año 2006 y el año 2009, cuando la menor agraviada..., contaba con 8 años de edad, en la vivienda de ésta en [...], el encartado [Nombre 001], se acercaba hasta donde la menor se encontraba, para satisfacer sus instintos libidinosos, y de manera totalmente*

abusiva, en al menos una oportunidad, introdujo su mano dentro de la blusa de la menor... y le tocó los senos, además introdujo su mano dentro de la ropa de la ofendida y le tocó la vagina." (folio 94). El Tribunal de Juicio, aunque no expuso de manera expresa ante qué tipo de concurso de delitos se estaba, es posible inferir que calificó los anteriores hechos como constitutivos de tres delitos de abuso sexual en contra persona menor de edad, imponiendo respecto a cada uno la pena de cinco años de prisión, para un total de quince. Posteriormente, el Tribunal de Apelación acogió parcialmente el recurso de la defensa, resolviendo que en cuanto al primer hecho probado, no era posible tener por demostrados dos delitos de abuso sexual en contra de personas menor de edad, pues en este "*la acción del imputado, consistente en tocar los pechos y la vagina de la agraviada acontecen en una sucesión de tiempo ininterrumpida, que a pesar de contener varias movimientos corporales, en su conjunto conforman una unidad de acción delictiva. De manera que manteniendo incólume el marco fáctico del fallo, los hechos acreditados constituyen dos delitos de abusos sexuales contra persona menor de edad, lo cuales concursan materialmente, en tanto se trata de acciones independientes en tiempo y espacio, no de una sola acción que lesiona repetidamente una misma previsión normativa o distintas normas jurídicas (concurso ideal). En consecuencia debe acogerse el recurso interpuesto en este extremo y revocar el fallo en cuanto declaró al imputado autor de tres delitos de abuso sexual contra persona menor y recalificar los hechos a dos delitos de abuso sexual contra persona menor de edad.*" (f. 113). A diferencia de mis compañeros y compañera de Sala estimo que en este asunto lleva razón el Tribunal de Apelación y que por lo tanto el recurso de casación debe declararse sin lugar. Concretamente, el artículo 161 del Código Penal establece, en lo que interesa: "*Será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años, quien, de manera abusiva, realice actos con fines sexuales contra una persona menor de edad o incapaz o la obligue a realizarlos al agente, a sí misma o a otra persona, siempre que no constituya delito de violación.*" Como puede apreciarse sin dificultad, el núcleo de la acción típica es "realizar actos con fines sexuales". El uso de "actos" en plural no es accidental, ni puede ser desconocido, y refiere a un conjunto de acciones físicas que ocurren en un mismo momento. Es decir, que la multiplicidad de acciones abusivas que ocurren en un momento, sin solución de continuidad, únicamente constituyen un delito de abuso sexual, y no varios. Por supuesto, distinto es el caso si hay una ruptura causal, en cuyo caso sí habría más de un abuso sexual; pero si en un mismo episodio el agente toca varias partes del cuerpo de su víctima, sólo comete un delito. Esta interpretación es la única respetuosa del principio de legalidad. Por otra parte, desconocerla llevaría a la situación insostenible de que cada contacto independiente con una parte del cuerpo de la víctima, constituiría un delito autónomo. Por estas razones, difiero del criterio de mis compañeros y compañera, y salvo el voto declarando sin lugar el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público.

José Manuel Arroyo G. Magistrado

