

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO

*“Análisis de la acción jurídicamente relevante en el delito de abuso sexual;
sus implicaciones con la razonabilidad y proporcionalidad en la imposición
de la pena”*

Ubaldo Chaves Pérez

Carné universitario: B11894

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio

2018



18 de enero de 2019
FD-145-2019

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), del estudiante: Ubaldo Chaves Pérez, carné B11894 denominado: "Análisis de la acción jurídicamente relevante en el delito de abuso sexual; sus implicaciones con la razonabilidad y proporcionalidad en la imposición de la pena". fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: "**EL O LA ESTUDIANTE DEBERÁ ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DÍAS HÁBILES DE ANTICIPACIÓN A LA FECHA DE PRESENTACIÓN PÚBLICA**".

Tribunal Examinador

Informante	Dr. Erick Núñez Rodríguez
Presidente	Dr. Erick Gatgens Gómez
Secretario	MSc. Frank Harbotlle Quirós
Miembro	Dr. Ricardo Salas Porras
Miembro	Dr. Omar Vargas Rojas

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **04 de febrero del 2019**, a las 6:00 p.m. en el cuarto piso de la facultad.

Atentamente,

Ricardo Salas Porras
Director



C. Expediente
C. Archivo

San José, 28 de noviembre del 2018

Dr. Ricardo Salas Porras.
Director del Área de Investigación.
Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

Señor Director de Área:

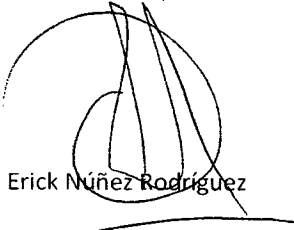
Reciba un cordial saludo. En calidad de director, hago constar que apruebo el Trabajo Final de Graduación para optar por el grado de licenciatura en derecho denominado: "Análisis de la acción jurídicamente relevante en el delito de abuso sexual; sus implicaciones con la razonabilidad y proporcionalidad en la imposición de la pena", realizado por el estudiante Ubaldo Chaves Pérez portador del carné universitario B11894.

La aprobación se otorga no solo porque la investigación realizada cumple con los requisitos de fondo y forma exigidos por el Área que usted dirige y los reglamentos aplicables, sino porque, además, ahonda con estricto rigor científico todas y cada una de las aristas investigativas que el título, la hipótesis y los objetivos de investigación plantearon.

Ciertamente es un trabajo bien realizado que demuestra la calidad investigativa de los alumnos de nuestra Facultad de Derecho.

Así las cosas, le solicito que se proceda a iniciar el procedimiento requerido para su defensa ante Tribunal Examinador, conforme la normativa universitaria.

Atentamente,

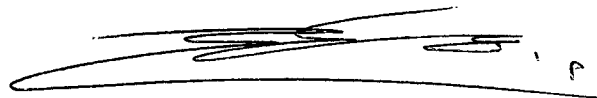

Dr. Erick Núñez Rodríguez
Director

Dr. Ricardo Alfredo Chirino Sánchez
Decano Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor Decano:

En mi calidad de lector, he leído el trabajo final de graduación del egresado Ubaldo Chaves Pérez, titulado "Análisis de la acción jurídicamente relevante en el delito de abuso sexual; sus implicaciones con la razonabilidad y proporcionalidad en la imposición de la pena", por lo que le comunico que le doy mi aprobación. La tesis en cuestión cumple con los requisitos de forma y contenido exigidos para este tipo de investigaciones.

Con muestras de mi mayor estima y consideración,



Dr. Ricardo Salas Porras

Lector de Tesis

San José, 14 de enero del 2019

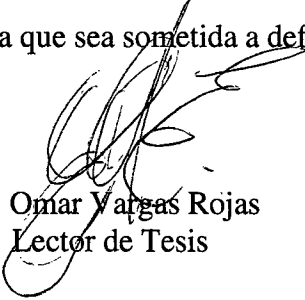
Dr. Ricardo Salas Porras
Director Área de Investigación
Universidad de Costa Rica

Estimado Director de Área:

Reciba un cordial saludo. En mi calidad de lector, hago constar que apruebo he leído el Trabajo Final de Graduación para optar por el grado de licenciatura en derecho denominado: “Análisis de la acción jurídicamente relevante en el delito de abuso sexual; sus implicaciones con la razonabilidad y proporcionalidad en la imposición de la pena”, realizado por el estudiante Ubaldo Chaves Pérez portador del carné universitario B11894.

El trabajo cumple con los requisitos establecidos por el Reglamento de Trabajos Finales de Graduación de la Universidad de Costa Rica y por ende manifiesto mi conformidad con la investigación para que sea sometida a defensa pública.

Atentamente:



Dr. Omar Vargas Rojas
Lector de Tesis

San José, 14 de enero de 2019

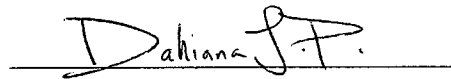
Señores
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimados señores:

Yo, Dahiana Jiménez Picado, cédula de identidad 2 0697 0098, número de asociada 222, hago constar que he revisado el documento **“Análisis de la acción jurídicamente relevante en el delito de abuso sexual; sus implicaciones con la razonabilidad y proporcionalidad en la imposición de la pena”**, del estudiante Ubaldo Chaves Pérez, cédula 1 1529 0414, suscrito bajo la modalidad de tesis de grado para optar al grado de Licenciatura en Derecho.

Doy fe de que se han observado y aplicado las normativas vigentes sobre la corrección de estilo de los componentes notacionales (ortografía), gramaticales (morfosintaxis), lingüísticos (discurso, léxico y semántica) y conceptuales (cohesión y coherencia). Queda a consideración del interesada acatar las correcciones y recomendaciones propuestas en el documento.

Sin más particulares,



Dahiana Jiménez Picado

Filóloga española

Asociada n.º 222

Tel. 8476 2434

Dedicatoria

A mi familia y amigos...

Agradecimiento:

A Dios y a la vida, por darme la oportunidad de hacer lo que realmente amo. A mi familia, por ser mi bastón. Al profesor Erick Núñez, por darme la oportunidad, y a Jessica, su asistente, por la eterna disposición de ayuda y la colaboración. A los profesores Ricardo Salas y Omar Vargas, por aceptar el cargo de lectores de esta investigación y realizarlo de gran forma. A don Luis, el encargado del área de investigación, por su oportuna ayuda y consejo.

A todos, muchas gracias.

Índice general

Contenido

Resumen.....	v
Ficha bibliográfica	vii
Introducción	1
Objetivos específicos	3
Título primero: Los delitos sexuales en Costa Rica	6
Capítulo I: De los delitos sexuales en general	6
Sección I: Análisis de los delitos sexuales	6
Sección II: El bien jurídico tutelado en los delitos sexuales	11
Sección III: El abuso sexual como delito sexual en la normativa costarricense	21
Capítulo II: Análisis del tipo penal de abuso sexual	25
Sección I: Evolución histórica del abuso sexual en el derecho costarricense	25
Sección II: Caracterización del delito de abuso sexual.....	32
Sección III: Diferencia del abuso sexual con el delito de violación	43
Título segundo: La unidad de la acción en el delito de abuso sexual	47
Capítulo I: La acción jurídicamente relevante en Costa Rica	47
Sección I: La figura de la acción jurídicamente relevante en la doctrina penal y sus elementos definitorios	47
Sección II: La unidad de la acción en el delito de abuso sexual	53
Sección III: Análisis de la unidad de la acción en el delito de abuso sexual a la luz de la jurisprudencia.....	61
Capítulo II: Concursos de delitos aplicables al abuso sexual según la unidad de la acción	78
Sección I: Los concursos de delitos en la normativa costarricense	78
Sección II: Concursos de delitos aplicables al delito de abuso sexual en relación con las posiciones jurisprudenciales de la Sala Tercera.....	86
Título tercero: Alcances de la aplicación de los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad en la determinación de la pena.....	94
Capítulo I: Imposición de la pena en delito de abuso sexual a la luz de las posiciones de la unidad de acción de la Sala Tercera	94
Sección I: Determinación de la pena en la normativa costarricense	94

Sección II: Imposición de la pena en el delito de abuso sexual según las posiciones de la unidad de la acción de la Sala Tercera	100
Capítulo II: Implicaciones de las posiciones de la Sala Tercera de la unidad de la acción en el delito de abuso sexual con los principios constitucionales de proporcionalidad y razonabilidad de la pena	106
Sección I: La proporcionalidad y razonabilidad como principios constitucionales en Costa Rica ..	106
Sección II: Valoración de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la imposición de la pena en el delito de abuso sexual para el condenado según las posiciones de la Sala Tercera de la unidad de la acción.....	118
Sección III: Proporcionalidad y razonabilidad del sistema jurídico en su integridad	126
Conclusiones	132
Bibliografía	134

Resumen

Justificación

La justificación de realizar una investigación sobre este tópico consiste en analizar el delito de abuso sexual en relación con las posiciones jurisprudenciales de la Sala Tercera sobre la existencia de una o varias acciones jurídicamente relevantes, para determinar cuál posición es la correcta con base en la doctrina, la normativa y la demás jurisprudencia; e identificar cómo una errónea valoración podría generar una violación de los principios de racionalidad y proporcionalidad en la imposición de una pena del imputado.

Hipótesis

El criterio jurisprudencial actual de la Sala de Casación Penal que califica la acción jurídicamente relevante como múltiples acciones en el delito de abuso sexual conlleva al dictado de sentencias violatorias de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la imposición de la pena.

Objetivo general

- Analizar el delito de abuso sexual a la luz de la unidad de la acción y establecer cómo una valoración errónea en este tópico podría generar la imposición de una pena desproporcional e irracional para el imputado.

Metodología

La presente investigación se realizará por medio de una investigación cualitativa, en el sentido de que se ejecutará un trabajo de recopilación de jurisprudencia e información referente a los temas de investigación, en artículos de revista, libros y trabajos de investigación.

Para esto también se requerirá la utilización de métodos comparativos de investigación, ya que se analizarán las doctrinas de otros países así como sus normas y jurisprudencia, con el fin de relacionarlos con la normativa costarricense, principalmente de la doctrina española y argentina, en relación con el tratamiento

brindado al delito de abuso sexual, tomando en cuenta también las posibles variaciones del tipo penal. Ligado a esto, se realizará un estudio histórico en relación con el tipo penal de abuso sexual, desde la evolución del tipo penal hasta el bien jurídico tutelado en los delitos sexuales, especialmente en el tipo penal de la violación; esto para su posterior comparación con el abuso sexual. Por la índole de la investigación, no se considera necesario realizar trabajo de campo.

Los dos métodos indicados anteriormente se realizarán para generar información que se valorará por medio de un método analítico, en el que se establecerá si a la luz de la doctrina y la legislación existente los parámetros para determinar la existencia de la unidad de acción en el delito de abuso sexual y cuáles son sus consecuencias de no aplicación en relación con el principio de proporcionalidad de la pena. Todo esto para determinar si la información recopilada al finalizar la investigación y sus resultados por medio de los objetivos fijados es concordante con lo establecido en la hipótesis planteada.

Conclusiones más importantes

En relación con la acción jurídicamente relevante en el delito de abuso sexual, se pueden diferenciar dos posiciones claramente identificables en la jurisprudencia de la Sala Tercera.

Mientras que la posición que califica varios actos sexuales como un concurso material de delitos de abuso sexual (posición que se puede ejemplificar en el voto 2014-440, unificador de la materia) es contraria a los principios de razonabilidad y proporcionalidad de la pena, por cuanto establece una aplicación análoga con el delito de violación en materia de unidad acción, sin valorar las diferencias del tipo; la posición jurisprudencial que califica varios actos sexuales como un único delito de abuso sexual (posición del voto 2018-157) se encuentra en armonía con los principios de proporcionalidad y razonabilidad, ya que recurre a los criterios normativo y finalista, así como al espacial-temporal para limitar la existencia de la acción jurídicamente relevante.

Ficha bibliográfica

Chaves Pérez, Ubaldo. Análisis de la acción jurídicamente relevante en el delito de abuso sexual; sus implicaciones con la razonabilidad y proporcionalidad en la imposición de la pena. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2018.

Director: Erick Núñez Rodríguez.

Palabras claves: abuso sexual, delito sexual, acción jurídicamente relevante, concurso de delitos, principio de proporcionalidad, principio de razonabilidad.

Introducción

El delito de abuso sexual —conocido anteriormente como “abuso deshonesto”— ha sufrido un largo proceso de cambio en la doctrina nacional e internacional y con esto una evolución en su tipificación en la normativa penal.

Hablar de sexualidad y relaciones sexuales, sea cual sea su índole, es hablar de la historia de la humanidad misma y desde larga data el ser humano buscó cómo regular estas relaciones por medio de normas, lo que implicó que en muchos casos en estas regulaciones se incluyeran valores y criterios éticos propios de la zona donde regían estas normas y se establecieran duras penas para todas las conductas sexuales que se consideraran “desviadas” o “inmorales”.

Los delitos sexuales en Costa Rica se regulan en el Título III. Al igual que en la doctrina, se han suscitado diversas tesis en torno a los mismos en las legislaciones occidentales, principalmente en los delitos de violación y abuso sexual; desde la discusión con respecto al bien jurídico tutelado hasta el análisis de si constituyen un delito de propia mano (tesis que se encuentra en constante discusión), o por otro lado, si constituyen delitos de resultado o mera actividad, por citar algunos ejemplos.

La acción como criterio jurídico autónomo de la teoría del delito también sufrió una evolución de larga data en la doctrina penal, pasando por el causalismo hasta que llegar a su concepción finalista actual. El tema de la acción jurídicamente relevante es sumamente escaso en la doctrina nacional (destacan el

trabajo de Francisco Castillo y la tesis de Laura Chinchilla Rojas), por lo que, para realizar un análisis de este tema, resulta vital analizar la jurisprudencia existente.

El tema que nos ocupa en esta investigación es el análisis del delito de abuso sexual y las posiciones jurisprudenciales de la Sala Tercera sobre la posible existencia de una o varias acciones jurídicamente relevantes y cómo ello podría generar una violación a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en lo que a la imposición de una pena privativa se refiere.

Y es que el tema de la acción jurídicamente relevante en el delito de abuso sexual ha conllevado toda una evolución en la jurisprudencia costarricense, con posiciones claramente diferenciadas en la Sala tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Lo que motiva esta investigación es establecer un parámetro objetivo en relación con el delito de abuso sexual, en la valoración de la existencia de una o múltiples acciones delictivas y fundamentar con ello cómo una posible errónea aplicación podría generar una violación a sus derechos fundamentales del justiciable, por medio de la imposición de una pena que violenta con los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

La hipótesis de la investigación establece lo siguiente: El criterio jurisprudencial actual de la Sala de Casación Penal que califica la acción jurídicamente relevante como múltiples acciones en el delito de abuso sexual conlleva al dictado de sentencias violatorias de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la imposición de la pena.

Objetivo general

- Analizar el delito de abuso sexual a la luz de la unidad de la acción y establecer cómo una valoración errónea en este tópico podría generar la imposición de una pena desproporcional e irrazonable para el imputado.

Objetivos específicos

1. Definir los elementos que caracterizan los delitos sexuales en la normativa costarricense, enfocado en el delito de abuso sexual y los elementos específicos de este tipo penal.
2. Verificar la normativa y la jurisprudencia existente en relación con la unidad de la acción en el delito de abuso sexual y determinar si existe una errónea valoración que conlleva a la aplicación de un concurso material en esta materia.
3. Establecer cómo una valoración errónea de la unidad de la acción en el delito de abuso sexual propicia la violación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la imposición de una pena para el imputado.

La investigación se encuentra dividida en tres títulos. Un primer título denominado “Los delitos sexuales en Costa Rica”, a su vez dividido en dos capítulos. El primer capítulo, “De los delitos sexuales en general”, se divide en tres secciones: “Análisis de los delitos sexuales”, “El bien jurídico tutelado en los delitos sexuales” y “El abuso sexual como delito sexual en la normativa

costarricense”. El segundo capítulo, “Análisis del tipo penal de abuso sexual”, se divide en las secciones “Evolución histórica del abuso sexual en el derecho costarricense”, “Caracterización del delito de abuso sexual” y “Diferencia del abuso sexual con el delito de violación”.

El segundo título “La unidad de la acción en el delito de abuso sexual” se divide en dos capítulos. El primero, “La acción jurídicamente relevante en Costa Rica”, se divide en tres secciones: “La figura de la acción jurídicamente relevante en la doctrina penal y sus elementos definitorios”, “La unidad de la acción en el delito de abuso sexual” y “Análisis de la unidad de la acción en el delito de abuso sexual a la luz de la jurisprudencia”. El capítulo segundo se divide en dos secciones: “Los concursos de delitos en la normativa costarricense” y “Concursos de delitos aplicables al delito de abuso sexual en relación con las posiciones jurisprudenciales de la Sala Tercera”.

Finalmente, el título tercero “Alcances de la aplicación de los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad en la determinación de la pena” se divide en dos capítulos. El primer capítulo, “Imposición de la pena en delito de abuso sexual a la luz de las posiciones de la unidad de acción de la Sala Tercera”, se divide en las secciones “Determinación de la pena en la normativa costarricense” e “Imposición de la pena en el delito de abuso sexual según las posiciones de la unidad de la acción de la Sala Tercera”.

El último capítulo, “Implicaciones de las posiciones de la Sala Tercera de la unidad de la acción en el delito de abuso sexual con los principios constitucionales

de proporcionalidad y razonabilidad de la pena”, se fracciona en las secciones “La proporcionalidad y razonabilidad como principios constitucionales en Costa Rica”, “Valoración de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la imposición de la pena en el delito de abuso sexual para el condenado según las posiciones de la Sala Tercera de la unidad de la acción” y “Proporcionalidad y razonabilidad del sistema jurídico en su integridad”.

Título primero: Los delitos sexuales en Costa Rica

Capítulo I: De los delitos sexuales en general

Sección I: Análisis de los delitos sexuales

Hablar de sexualidad y relaciones sexuales sea cual sea su índole es hablar de la historia de la humanidad misma y desde larga data el ser humano buscó cómo regular estas relaciones por medio de normas. En estas regulaciones antiguas, las normas en relación con las conductas sexuales incluían valores éticos propios de la zona donde se aplicaban y se establecían duras penas para todas las conductas sexuales que se consideraran “desviadas” o “inmorales”.

Si partimos del derecho romano¹, Maldonado de Lizalde, (citado por Aboso), indica que “En la época de César Augusto se sancionó la Lex Iulia de Adulteriis Coercendis para reprimir distintos comportamientos sexuales, entre ellos el estupro y la violación como figuras autóctonas”.²

Es indudable también cómo el derecho canónico tuvo una gran influencia en el derecho occidental y su noción restrictiva de sexualidad, tipificando diversas

¹ Si bien se parte del derecho romano, se tienen registros aún más antiguos en relación con la penalidad de conductas sexuales, como lo fue en Grecia el Código Hammurabi, o la penalización de conductas en la cultura hebrea, principalmente limitando a la mujer.

² Gustavo Eduardo Aboso. Derecho penal sexual: estudio sobre los delitos contra la integridad sexual. (Buenos Aires, Argentina: Editorial Montevideo, 2014), 2.

conductas, no por su lesividad a un bien jurídico tutelado, sino por ser contrarias a la “moral” establecida por la Iglesia, lo que generó una intromisión en la privacidad de la vida sexual de los individuos, donde conductas como la homosexualidad eran delito, así como el adulterio.

Estos factores éticos y religiosos influenciaron las legislaciones propias de cada país, que incluyeron en la mayoría de los casos un capítulo referido a los “delitos sexuales” en sus códigos penales, delitos que, tal como se ejemplificó anteriormente, por su naturaleza e implicaciones se encuentran en constante cambio.

La importancia de establecer las conductas que se tipifican como delitos sexuales era clara entonces desde aquel momento. Al respecto, Jiménez Aguilar indica lo siguiente:

Desde otro punto de vista, hemos de admitir que una sociedad sin normas de derecho que reglamentaran por lo menos parcialmente la vida sexual de sus componentes, como muchos de sus otros apetitos y actuaciones, estaría expuesta a su segura destrucción o desintegración, ya que en ella como hemos señalado, se encuentran las más violentas pasiones y los actos más irreflexivos del hombre.³

Sin embargo, la actual tipificación de los delitos sexuales dejó de lado la visión religiosa o moralista de estos comportamientos, para destinarlos a la

³ Jorge Jiménez Aguilar. “Estudio sobre las aberraciones y los delitos sexuales. Sus modalidades en el medio social costarricense” (Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1961), 8.

protección de los llamados “bienes jurídicos tutelados”,⁴ que se encuentran sumamente ligados a la aparición de los denominados “derechos sexuales y reproductivos” que tuvieron su apogeo a finales del siglo XX e inicios del siglo XXI. Entonces, a lo largo de la evolución del derecho occidental, se pasó de una visión de los derechos sexuales con características represivas de las conductas sexuales de los habitantes que invadían sus esferas privadas a una visión de delitos sexuales con carácter “proteccionista” cuando no existiera voluntad o consentimiento en una de las partes.

Un claro ejemplo de esto es la Declaración de los Derechos Sexuales, realizada en el 13.º Congreso Mundial de Sexología, 1997, en Valencia, España, que establece que “La sexualidad es una parte integral de la personalidad de todo ser humano. Su desarrollo pleno depende de la satisfacción de necesidades humanas básicas como el deseo de contacto, intimidad, expresión emocional, placer, ternura y amor”.⁵ Posteriormente, en la declaración se establecen la libertad sexual, la autonomía, la integridad y la seguridad sexuales del cuerpo así como la equidad sexual como derechos generadores de la salud sexual.

⁴ La siguiente sección se encuentra destinada al análisis del tema de los bienes jurídicos tutelados y su nexos con los tipos penales.

⁵Declaración de los derechos sexuales. Declaración del 13.º Congreso Mundial de Sexología, 1997, Valencia, España Revisada y aprobada por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología, WAS, el 26 de agosto de 1999, en el 14.º Congreso Mundial de Sexología, Hong Kong, República Popular China. Consultada el 23 de junio de 2018: https://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores_en_salud/derechos%20humanos/sexualidad/declader ecsexu.pdf. La dirección corresponde al enlace de descarga de la página de Ministerio de Salud de Costa Rica.

Teniendo esto claro podemos pasar a definir los delitos sexuales. González de la Vega (citado por Campos Rodríguez) define los delitos sexuales de la siguiente manera:

De este modo, para llamar a un delito “sexual”, la acción típica debe ser directa e inmediatamente de naturaleza sexual, no basta con que en la conciencia del autor nazcan sentimientos eróticos, es indispensable que la conducta positiva del delincuente, se manifieste en actividades lúbricas somáticas ejecutadas en el cuerpo del ofendido o que a este se le hacen ejecutar.⁶

Es claro, entonces, que la existencia de un delito sexual se encuentra determinada por una acción de índole sexual. El término “sexual” en el *Diccionario de la lengua española*⁷ se define como algo perteneciente al sexo, mientras que el término sexo se define como “actividad sexual”; a todas luces una tautología. Sin embargo, en la definición de sexo también se incluyen “condición orgánica, masculina o femenina, de los animales y las plantas”, y la definición como “órganos sexuales”.

Burgos Mata define los delitos sexuales como “aquellos actos delictivos que violentan un determinado tipo de bien jurídico tutelado, el cual corresponde a la libertad sexual y es además el Código Penal vigente quien así los contempla con

⁶ Karla Campos Rodríguez y Marcela Morera Molina. “El dominio funcional de hecho y los delitos de propia mano” (Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1997), 294.

⁷ Definiciones obtenidas de la página de la Real Academia Española, consultada el 11 de junio de 2018: <http://dle.rae.es/?w=diccionario>.

dicha nomenclatura”.⁸ De esta definición se puede extraer un elemento característico de los delitos sexuales: la violación de un bien jurídico, violación que debe ser entendida como contraria a la voluntad de la parte o sus derechos.

En relación con esta violación de un bien jurídico tutelado, Astua Matarrita indica que “Lo que interesa resaltar es la necesidad de tomar conciencia del cambio de significado de los "delitos sexuales" una vez que se parte que no es la manifestación "sexual" en sí, sino la vulneración de la decisión autónoma de la víctima, lo que constituye el núcleo del desvalor de la conducta prohibida”.⁹

De lo anteriormente establecido, se concluye que la acción sexual por sí sola no es punible, sino la vulneración de la autonomía de la parte ofendida en su realización, ya sea por la falta de su consentimiento o por el aprovechamiento de otra circunstancia, como lo podría ser por su falta de madurez sexual.

Con estos elementos definidos, se puede crear la definición del término “delito sexual” como aquellas conductas sexuales ejecutadas o que se obliga a ejecutar al sujeto pasivo, contra su voluntad o en aprovechamiento de su inmadurez sexual, por parte de un sujeto activo, reguladas en la legislación penal y que el bien jurídico tutelado consiste en la libertad sexual.

Una vez entendido cómo la tipificación de un delito sexual responde a la protección de un bien jurídico tutelado, es necesario aclarar cuál es este bien

⁸Álvaro Burgos Mata. “La víctima en los delitos sexuales”, Revista de Ciencias Jurídicas, n.º 85 (setiembre-diciembre, 1997): 11.

⁹ Adela Astua Batarrita. “Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico”, en Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género. (Editado por Emakunde–Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria–Gazteiz), 2.

jurídico tutelado en los delitos sexuales y si realmente constituye la libertad sexual, como se observó en la definición de Burgos Mata.

Sección II: El bien jurídico tutelado en los delitos sexuales

En relación con el bien jurídico tutelado, en los delitos sexuales, existe una discusión en la doctrina sobre cuál constituye el bien jurídico específico a tutelar. Como lo vimos anteriormente, Burgos Mata considera que el bien jurídico tutelado en los delitos sexuales constituye la libertad sexual; sin embargo, esto no es del todo aceptado por la doctrina.

Esta discusión está sumamente ligada a la evolución tanto del término “bien jurídico tutelado” como de los delitos sexuales. Un claro ejemplo de esta discusión, del bien jurídico en los delitos sexuales, es si la libertad sexual es también el bien jurídico a tutelarse cuando el ofendido es menor de edad o incapaz.

Tal como se indicó, el término “bien jurídico tutelado” es un término de continua evolución: “para los autores de principios del siglo XIX, el derecho penal defendía derechos, el delito era la lesión de un derecho, una lesión jurídica”¹⁰, sin embargo, con el pasar del tiempo, Franz Birnbaum¹¹ postuló un cambio en el objeto de tutela por parte del derecho.

¹⁰ Rosemary Morales Camacho. “El problema del bien jurídico tutelado en los delitos sexuales” (Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1992), 14.

¹¹ Jurista alemán nacido a finales del siglo XVIII a quién se le acredita haber acuñado al derecho el término “bien jurídico tutelado”.

Ante este escenario, Birnbaum argumenta que la privación de un bien sobre el que se tiene derecho en nada afecta al derecho mismo, y por ello, la acción prohibida no puede ser entendida como "lesión de derechos". Por el contrario, siguiendo a Henrion de Panfeu, el objeto de la ciencia penal es preservar beneficios de la asociación política, y el crimen consiste en conductas realizadas para quitar o menoscabar esos beneficios.¹²

Esta visión de lo que realmente correspondía a la función del derecho penal cambió en relación con la ideología política seguida, ya fuera por escuelas de pensamiento específicas o por parte de los autores. Morales Camacho en su investigación establece cómo autores de la Escuela de Kiel¹³, entre ellos Georg Dahm y Friedrich Schaffstein, criticaban el concepto de bien jurídico, por un ser un concepto de carácter individualista, "Porque es el 'espíritu del pueblo' es la fuente del derecho. El delito no es pues lesión de un bien jurídico sino lesión del deber del individuo con su pueblo".¹⁴

Sin embargo, esta discusión se mantuvo vigente y Bustos Ramírez (citado por Morales Camacho) expone la idea indicando que:

(...) luego de la segunda guerra mundial renació ampliamente la teoría del bien jurídico. Actualmente la rediscusión del bien se ha hecho desde un

¹²Federico León Szczaranski Vargas. "Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra", Polít. Crim. vol.7 n.º 14, Santiago Chile (2012). Consultado el 24 de junio de 2018: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992012000200005#n28.

¹³Escuela de pensamiento que se desarrolló en Alemania aproximadamente en el año 1930, conocida también como *escuela fenomenológica*, en la que los profesores Dahm y Schaffstein constituyen algunas de las figuras más emblemáticas.

¹⁴ Rosemary Morales Camacho. "El problema del bien jurídico tutelado en los delitos sexuales" (Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1992), 21.

punto de vista político-criminal vinculado con los fines del ordenamiento jurídico y del Estado y por lo tanto con política criminal.¹⁵

Actualmente, la teoría que establece que el fin del derecho penal es la protección de bienes jurídicos es vigente y se encuentra desarrollada en la normativa penal costarricense.

Los bienes jurídicos son la esencia de la protección o el fin de la norma penal ya que:

Los tipos penales son manifestaciones de tutela jurídica de un bien. No se puede concebir una conducta típica sin que afecte un bien jurídico; es así como el interés da el verdadero sentido teleológico (de *telos*, fin) a la Ley Penal, ya que proporciona un fundamento al tipo y evita caer en un mero formalismo legal.¹⁶

Para que el tipo penal tenga validez y sea racional, debe regular una conducta que con su acción u omisión cause un daño a un bien jurídico al que el legislador le otorgó una protección de carácter penal; protección que emana de un derecho fundamental previamente amparado en la Constitución Política. Al respecto, Dallanese Ruiz indica que:

La norma fundamental nos dice cuáles bienes jurídicos tutela el ordenamiento, y a través de la interpretación de la ley se va a encontrar el

¹⁵ Ibid., 24.

¹⁶ Berlioth Blanco García y Maricruz Goñi Díaz. "Análisis metodológico de los tipos penales con aplicación a los delitos sexuales" (Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1997), 86.

principio constitucional que está tutelando la ley; una vez determinado este principio constitucional, que es el bien jurídico tutelado, se descende con este al caso concreto para resolverlo.¹⁷

Es claro entonces que la función del derecho penal es la protección de un bien jurídico de carácter constitucional. Sin embargo, esta función actúa también como un límite para la función punitiva del Estado: “En primer lugar, el concepto de bien jurídico está dirigido por naturaleza a algo negativo, a la delimitación del derecho penal. Impide al legislador penal legislar si no es para asegurar una tutela de un bien jurídico. Si no hay bien jurídico, no hay criminalización”.¹⁸

En el caso específico de los delitos sexuales, el bien jurídico tutelado fue discutido desde larga data. En un inicio, tomando en cuenta que los delitos sexuales tenían una visión represiva de la esfera privada de los individuos, se buscó proteger la “honestidad” del sujeto pasivo, que en la mayoría de los casos era la mujer, “El fundamento del criterio de honestidad como bien jurídico protegido era la preservación de los ‘valores’ que se relacionaba directamente con la esencia de la persona”.¹⁹

En esta situación, era necesario que el sujeto pasivo tuviera una cualidad como lo era la honestidad y en el caso de que esta no se pudiera determinar o por

¹⁷ Francisco Dallanese Ruiz. “La teoría del bien jurídico y su relevancia en la teoría del delito”, Cuaderno de Estudio del Ministerio Público de Costa Rica (marzo, 2001): 30.

¹⁸ Rosemary Morales Camacho. “El problema del bien jurídico tutelado en los delitos sexuales” (Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1992), 43.

¹⁹ Susana Wittmann Stengel y Manrique Zúñiga Vega. “La autoría en los delitos sexuales: análisis de los conceptos de propia mano y autoría mediata” (Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2003), 215.

otro lado se estableciera que no era una cualidad del mismo, entonces no se cumpliría con el requisito. Esta concepción, estuvo vigente en Costa Rica, como se refleja en el Código Penal: la Sección I del Título III Delitos Sexuales, aún se denomina “Violación, estupro y abuso deshonesto”.

Sin lugar a dudas, establecer como bien jurídico tutelado la honestidad es un tema superado en la doctrina, ya que el desvalor de la acción punible, no puede depender de una situación tan ambigua como lo constituye “la honestidad” del sujeto pasivo, término que es del todo subjetivo y queda a la apreciación de la persona que aplica la norma, si considera al ofendido como “honesto” para calificar la acción como delito.

Con la superación de la honestidad como bien jurídico tutelado en los delitos sexuales, la doctrina empezó a estipular como el bien jurídico tutelado en los delitos sexuales debía ser objetivo, decantándose en una mayoría por la libertad sexual, la integridad sexual, la autodeterminación sexual y la indemnidad sexual.

La designación de la "libertad sexual" como un bien digno de protección penal supone un avance indudable respecto a la tradición anterior. En primer lugar porque parte de la asunción del derecho igual de toda persona a la manifestación libre de sus decisiones en materia de sexualidad. En segundo lugar porque implica reconocer la sexualidad como una

manifestación positiva del desarrollo personal en un ámbito vital de intimidad que requiere espontaneidad y autonomía.²⁰

Tal como se indicó en la sección anterior de esta investigación, la libertad sexual se encuentra establecida por parte de la comunidad internacional como un derecho humano, libertad de todo ser humano para escoger la forma en que mantiene relaciones sexuales, o la negativa de las mismas, así como la total disponibilidad de su cuerpo, mientras se realice con su consentimiento, para las personas mayores de edad.

La libertad sexual presenta una aceptación mayoritaria por parte de la doctrina como el bien jurídico a tutelarse, sin embargo, tal como lo establece efectivamente Muñoz Conde:

Sin embargo, no está clara la forma en que el derecho penal debe proteger ese bien jurídico ni, sobre todo, si esa protección se otorga a la libertad como tal sin ningún tipo de connotación valorativa adicional que haga pensar que existen aquí otros bienes jurídicos, más sutiles y difusos, pero no por ello menos reales y complejos que, junto al de la libertad sexual, también caracterizan y dan sentido a toda esta materia.²¹

En relación con la integridad sexual, algunos autores la consideran como el bien jurídico a tutelarse, está como una forma específica de la libertad, tal como lo

²⁰ Adela Asua Batarrita. "Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico", en Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género. (Editado por Emakunde–Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria–Gazteiz), 21.

²¹ Francisco Muñoz Conde et al. Los delitos contra la libertad sexual (Título IX, Libro del Código Penal) en La Reforma penal de 1989 (España, Estudios Penales y Criminológicos), 269.

establece Boumpadre (citado por Donna): “El citado autor, intentando buscar cuál es el bien jurídico, afirma que pareciera que la idea de la integridad sexual es un aspecto de la libertad personal en su realización específica como el derecho de todo individuo a ejercer libremente su sexualidad”.²²

La integridad sexual, de cierta forma, limita el bien jurídico tutelado por los delitos sexuales, contrario a la visión de la libertad sexual como el bien jurídico a tutelarse, libertad que sin lugar a dudas contempla más acciones reguladas en los tipos penales de los delitos sexuales.

Donna indica, con respecto al tema en discusión, lo siguiente:

A nuestro criterio, el bien jurídico "integridad sexual" no es otra cosa que la libertad sexual de la persona mayor de 18 años, y el libre desarrollo sexual de los menores de esa edad, teniendo en cuenta que nadie puede introducirse en la esfera sexual ajena, sin la voluntad de la otra persona, con capacidad para consentir, y menos aún en quien no lo puede hacer.²³

Acertadamente, Donna expone el punto de la integridad sexual como bien jurídico tutelado, ya que la expresión de la integridad sexual no es más que una parte de la libertad sexual en sí misma. Un desarrollo íntegro sexual conlleva a la libertad sexual.

Por su parte, la autodeterminación sexual es, al igual que la integridad sexual, una manifestación de la libertad sexual, Wittmann Stengel y Zúñiga Vega

²² Edgardo Alberto Donna. Delitos contra la integridad sexual (Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, Segunda Edición Actualiza), 14.

²³ Ibid., 14.

en su investigación, refieren que: “(...) esta libertad es una manifestación de la libertad personal y que singulariza la facultad general de autodeterminación voluntaria referida a la esfera sexual”.²⁴

El punto de discusión en relación con la libertad sexual como bien jurídico tutelado encuentra su principal tesis contraria en relación con los delitos sexuales en los que el sujeto pasivo es menor de 13 años, donde el legislador costarricense²⁵ optó por negarle cualquier disposición para mantener relaciones sexuales o encontrarse entre el rango de los 13 y 17 años y la libertad para mantener relaciones sexuales se encuentra limitada por la edad de la persona con que se realicen.

Algunos tratadistas consideran que, en estos casos, la libertad sexual no es el bien jurídico tutelado, por cuanto, la persona menor de edad no puede decir si mantener o no relaciones sexuales, según lo disponga, ya que en caso de cumplirse con lo previsto en la ley penal, la otra parte sería autor de un delito y que esta limitación se realiza en función de la indemnidad sexual del menor.

²⁴ Susana Wittmann Stengel y Manrique Zúñiga Vega. “La autoría en los delitos sexuales: análisis de los conceptos de propia mano y autoría mediata” (Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2003), 219.

²⁵ Cuando una persona menor de los 13 años de edad mantiene relaciones sexuales, el legislador optó por tipificarlo en el delito de violación, mientras que en el caso de que la persona se encuentre entre el rango de los 13 y 17 años, el legislador optó por imponer una pena según la diferencia de edad para la otra persona participante de la relación (ver los artículos 156 y 159 del Código Penal).

Esta posición de establecer la indemnidad sexual como el bien jurídico tutelado es seguida por parte de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:

(...) 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.²⁶

Si bien la indemnidad sexual constituye un aspecto que debe evaluarse en los delitos sexuales en los que el sujeto pasivo es menor de edad, es más acertada la posición que considera que dentro de la libertad sexual también se tutela el correcto desarrollo del menor de edad y más que una limitación a su libertad sexual, lo que se busca es su correcto y sano desarrollo, tal como lo expone Diez Repolles (citado por Morales Camacho):

La libertad sexual, como ha señalado repetidamente la doctrina, tiene dos vertientes, una positiva y otra negativa que no han de considerarse opuestas sino complementarias. A tenor de la primera se atiende a la libre disposición por la persona de sus propias potencialidades sexuales, tanto en el comportamiento particular como ante los demás, a tenor de la segunda, el acento recae en el aspecto defensivo, esto es en el derecho de la persona a no verse involucrada sin su consentimiento por persona en un contenido sexual. El derecho penal atiende a ambos aspectos, pues si bien,

²⁶ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, recurso de casación: voto, 440-2016 del 13 de mayo de 2016, 10:10 horas (expediente 110031710345PE).

dado su carácter represivo de los atentados a la libertad sexual, pareciera que solo piensa en la vertiente negativa, lo cierto es que despenalizando aquellas conductas sexuales que no atiendan a esa libertad de los demás posibilita la vertiente positiva.²⁷

Tal como lo indica Diez Repolles, esta prohibición funciona en relación con los propios potenciales sexuales de los sujetos de la relación y parte de la indemnidad sexual es un libre desarrollo según este potencial, correspondiente a la edad; “Por eso la cuestión sexual, solo se puede concebir ligada al derecho penal en cuanto este pretende justamente un mayor desarrollo de la persona en sus relaciones sociales: aquella está, por lo tanto, estrechamente vinculada a la libertad sexual”.²⁸

En relación con este tema, Sierra Contreras expone:

Otro planteamiento, formulado por Morales Prats y García Alberó, sostiene que existe una diferencia entre la libertad sexual efectiva y la potencial, y que por tanto, si en el caso de los adultos se castigan las conductas que obstaculicen la libre opción sexual, en el caso de los menores, los tipos penales buscan preservar las condiciones básicas para que en el futuro

²⁷ Rosemary Morales Camacho. “El problema del bien jurídico tutelado en los delitos sexuales” (Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1992), 116.

²⁸ *Ibid.*, 55.

puedan alcanzar un libre desarrollo de la personalidad en la esfera sexual, o lo que estos autores denominan la “libertad sexual potencial”.²⁹

Una vez claros estos puntos en torno a los delitos sexuales, así como el bien jurídico tutelado de los mismos, es tiempo de revisar el delito de abuso sexual, como parte de los mismos en la normativa penal costarricense.

Sección III: El abuso sexual como delito sexual en la normativa costarricense

Los delitos sexuales en la normativa costarricense se encuentran regulados en el Título III, dividido a su vez en tres secciones; la primera, en la que se va a prestar atención, se titula “Violación, estupro y abuso deshonesto”; la segunda, “Rapto”, y la tercera, “Corrupción, proxenetismo, rufianería”.

En relación con la sección primera del título referido a los delitos sexuales, es importante resaltar que el título de la sección guarda un resabio de la normativa anteriormente regulada, en la figura del estupro y el abuso deshonesto.

En correspondencia al delito de violación, si bien ha variado el tipo penal desde la promulgación del Código Penal actual en 1971, lo cierto es que la acción típica del acceso carnal (penetración) realizada por parte del sujeto activo contra el sujeto pasivo mantiene la esencia.

²⁹ Ismael Salvador Sierra Contreras. “Análisis crítico del tipo penal de abusos sexuales y de la figura del *child grooming* a partir de una interpretación jurisprudencial del artículo 366 Quáter del Código Penal” (Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Departamento de Ciencias Penales, 2011), 35.

Por su parte, el delito de estupro, que refiere a relaciones con personas menores de edad, con el paso del tiempo, tuvo un cambio en la redacción, así como en la edad del sujeto pasivo que culminó con la desaparición del tipo penal y su cambio por el actual delito de violación (cuando el sujeto pasivo tenga menos de trece años) y por el delito de relaciones sexuales con personas menores de edad (cuando la parte pasiva sea mayor de trece años y menor de quince años y el sujeto activo cinco o más años mayor, o cuando el sujeto pasivo sea mayor de quince años y menor de los dieciocho y el autor sea mayor por siete años o más).

El delito de abuso sexual, tal como se analizará en el siguiente capítulo de la investigación, evolucionó desde el momento de la promulgación de Código Penal, y pasó de llamarse “abuso deshonesto” (esto en razón al antiguo bien jurídico tutelado, la honestidad), a llamarse “abuso sexual”, que, como se demostró en la sección anterior tutela el bien jurídico “libertad sexual”, tanto cuando el ofendido constituya una persona menor de edad, como cuando la víctima constituya una persona mayor de edad.

El abuso sexual contra una persona menor de edad se encuentra regulado en el artículo 161 del Código Penal de Costa Rica³⁰, que establece lo siguiente:

Abusos sexuales contra personas menores de edad y personas incapaces.
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

³⁰ Asamblea Legislativa. “Ley 4573 Código Penal: noviembre de 1971”, La Gaceta n.º 257 (15 de noviembre del 1970).

o incapaz o la obligue a realizarlos al agente, a sí misma o a otra persona, siempre que no constituya delito de violación.

La pena será de cuatro a diez años de prisión cuando:

- 1) La persona ofendida sea menor de quince años.
- 2) El autor se aproveche de la vulnerabilidad de la persona ofendida, o esta se encuentre incapacitada para resistir o se utilice violencia corporal o intimidación.
- 3) El autor sea ascendiente, descendiente, hermana o hermano de la víctima.
- 4) El autor sea tío, tía, sobrina, sobrino, prima o primo de la víctima.
- 5) El autor sea madrastra, padrastro, hermanastra o hermanastro de la víctima.
- 6) El autor sea tutor o encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima.
- 7) El autor realice la conducta contra alguno de los parientes de su cónyuge o conviviente, indicados en los incisos 3) y 4) anteriores.
- 8) El autor se prevalezca de su relación de confianza o autoridad con la víctima o su familia, medie o no relación de parentesco.

Por su parte, el abuso sexual en el que el sujeto pasivo es una persona mayor de edad se encuentra regulado en el artículo 162 del Código Penal vigente.³¹

Artículo 162. Si los abusos descritos en el artículo anterior se cometen contra una persona mayor de edad, la pena será de dos a cuatro años de prisión.

La pena será de tres a seis años de prisión cuando:

- 1) El autor se aproveche de la vulnerabilidad de la persona ofendida, o esta se encuentre incapacitada para resistir o se utilice violencia corporal o intimidación.
- 2) El autor sea ascendiente, descendiente, hermana o hermano de la víctima.
- 3) El autor sea tío, tía, sobrina, sobrino, prima o primo de la víctima.
- 4) El autor sea madrastra, padrastro, hermanastra o hermanastro de la víctima.
- 5) El autor sea el tutor o el encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima.
- 6) El autor realice la conducta contra alguno de los parientes de su cónyuge o conviviente, indicados en los incisos 3) y 4) anteriores.

³¹ Asamblea Legislativa. "Ley 4573 Código Penal: noviembre de 1971", La Gaceta n.º 257 (15 de noviembre del 1970).

7) El autor se prevalezca de su relación de confianza con la víctima o su familia, medie o no relación de parentesco.

Como se puede ver, la acción punible se establece en el artículo 161, donde se regula el abuso sexual contra ofendido menor de edad e incapaz, y posteriormente en el artículo 162 se establecen penas distintas para la misma acción en caso de que el sujeto pasivo sea mayor de edad. En ambos tipos penales, se establecen sus circunstancias agravantes.

Una vez contextualizado el tipo penal de abuso sexual en la normativa penal actual de Costa Rica, se analizará en el siguiente capítulo su desarrollo histórico para posteriormente analizar todas las particularidades del tipo penal.

Capítulo II: Análisis del tipo penal de abuso sexual

Sección I: Evolución histórica del abuso sexual en el derecho costarricense

Tal como se estableció anteriormente, el delito de abuso sexual pasó por una serie de cambios en el ordenamiento jurídico costarricense, como se analizará a continuación.

La tipificación del delito de abuso sexual se regula desde el derecho romano, sin embargo, podemos establecer la primera regulación objetiva en Costa Rica en la época de la monarquía española, en las siete partidas, en la partida séptima.

En relación con las siete partidas, es importante indicar, tal como lo establece Núñez Fernández, que en este cuerpo normativo se empezaron a regular figuras sexuales autónomas: “Junto a la agresión sexual y también como tipos de injuria, se regulaban diversos tipos sexuales como el adulterio, incesto, la seducción, el rapto, la sodomía y la zoofilia”.³²

En relación con la época posterior a la independencia de Costa Rica, en el año 1880, bajo la administración de Tomás Guardia, se emitió el Código Penal de 1880³³, que, en cuanto al delito abuso sexual, regulado como abuso deshonesto, establecía lo siguiente:

Artículo 388. El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo mayor de doce años y menor de veinte será castigado con presidio interior menor en cualquiera de sus grados. Si concurriere alguna de las circunstancias expresadas en el artículo 382, se estimará como agravante del delito, aun cuando sea mayor de veinte años la persona de quien se abusa

Del artículo anterior, tal como se indicó, la acción típica regulada constituye “abusar deshonestamente”, por lo que el abuso debe tener como característica realizarse de forma “deshonesta”, término sumamente amplio con todas las

³² José Núñez Fernández. Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetivos de protección (Congreso de los Diputados, Dirección de Estudios, Análisis y Publicaciones de la Secretaría General, Madrid, 2010), 108.

³³ Código Penal del año 1880, emitido por el Gran Consejo Nacional el 27 de abril del 1880. Consultado el 29 de junio de 2018: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=7306&nValor3=96724&strTipM=TC.

deficiencias para establecer un comportamiento objetivo punible, quedando a la valoración del aplicador de la norma y su entendido en el término deshonesto.

En relación con los agravantes en dicha norma, se establecen cuando el abuso se realice por medio de violencia o engaño, en caso de que la parte ofendida se encuentre en un estado de inconciencia que no le permita resistirse y cuando la parte víctima sea menor de 12 años.

Por su parte, el código penal de 1918³⁴ cambia el nombre del delito por “Ultraje al pudor” y regula lo siguiente:

Artículo 293. El que sin llegar hasta el acceso carnal abusare deshonestamente de una persona de uno u otro sexo, de la edad prevista en el artículo 279, será castigado con prisión en sus grados primero a tercero.

Si bien se mantiene como tipo penal “abusar deshonestamente”, se incorpora un elemento al tipo penal: el hecho de que para su configuración es necesario que no se llegue al acceso carnal.

En relación con esto, Bascuñan Valdés indica como desde el punto de vista jurídico siempre existió una preocupación para regular las acciones que no se pudieran tipificar en el delito de violación y cómo “La protección de todo este

³⁴ Código Penal del año 1918, emitido por el Senado de Costa Rica el 30 de noviembre del 1918. Consultado el 29 de junio de 2018: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=77202&nValor3=0&strTipM=TC#ddown.

aparente vacío legal es, a nuestro juicio, el ámbito que corresponde al delito de abuso deshonesto”.³⁵

Desde la descripción del tipo penal, para el legislador de aquel momento, el Senado Nacional, se visualizó el delito de abuso deshonesto, como complementario para las acciones que no encajaran en el tipo penal de violación.

Como agravante a este comportamiento, el código de vigente de aquel momento remite al artículo 282 en el que se regulaba lo siguiente:

Si en los casos del artículo 278, resultare un grave daño en la salud de la víctima o se cometiere el hecho por ascendiente o descendiente consanguíneo o afín, o por un hermano, o por un sacerdote, o por un encargado de la educación o de la guarda de la ofendida, o con el concurso de dos o más personas, se impondrá la pena superior en un grado.³⁶

Posteriormente, el Código Penal de 1924³⁷ sin lugar a duda realiza una variación en el tipo de abuso deshonesto, agregando que para la tipificación del delito de abuso deshonesto (se vuelve a la denominación del delito que se había abandonado en el Código de 1920) el sujeto pasivo debía ser “doncella menor de diez y ocho años”.

³⁵ Antonio Bascuñan Valdés. El delito de abusos deshonestos. (Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1961), 24.

³⁶ Código Penal del año 1918, emitido por el Senado de Costa Rica, el 30 de noviembre de 1918. Consultado el 29 de junio de 2018: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=77202&nValor3=0&strTipM=TC#ddown.

³⁷ Código Penal del año 1924, emitido por el presidente Constitucional de la República, el 27 de junio del 1924. Consultado el 29 de junio de 2018: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=35220&nValor3=83785&strTipM=TC.

Artículo 316. El que sin llegar hasta el acceso carnal abusare deshonestamente de una doncella menor de diez y ocho años será castigado con prisión en su grado primero, y si el hecho se imputare a una de las personas señaladas en el artículo 312, se aplicará la pena en su grado segundo. Para los efectos de esta regla rige la presunción contenida en el artículo 303.

Este artículo, sin lugar a duda, limita el sujeto pasivo a la mujer, por lo que los hechos en los que el ofendido fuera hombre eran atípicos. También eran atípicos los hechos realizados contra un mayor de los dieciocho años de edad. Especial atención merece que el sujeto pasivo, además de ser menor de dieciocho años de edad, debía cumplir con el requisito de ser “doncella”.

El término “doncella” utilizado se define en el artículo 303 del Código Penal de 1924 como “toda mujer honesta de buena fama y soltera, que no hubiere sido madre”³⁸. De esta forma, el Código Penal mencionado limita totalmente a las personas que podían encajar como sujetos pasivos.

Los agravantes mencionados en el artículo 312 corresponden a las relaciones de parentesco o guardia crianza que pueda tener el sujeto activo en relación con el sujeto pasivo.

³⁸ Código Penal del año 1924, emitido por el presidente constitucional de la república, el 27 de junio del 1924. Consultado el 29 de junio de 2018: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=35220&nValor3=83785&strTipM=TC.

Posteriormente, el Código Penal de 1941³⁹, también conocido como el Código Penal y Código de Policía, remedia el vacío legal que había generado el código anterior, regulando lo siguiente en relación con el delito de abuso deshonesto:

Artículo 232. El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo alguna de las circunstancias del artículo 216, sin que haya acceso carnal, será penado con prisión de nueve meses a cuatro años. No concurriendo en el abuso deshonesto ninguna de las circunstancias del expresado artículo 216, la pena será de seis meses a dos años de prisión, si la víctima fuere una doncella mayor de doce y menor de dieciocho años.

El Código Penal de 1941 indica expresamente que el sujeto pasivo puede ser tanto un hombre como una mujer, regulando la situación que se había omitido en el código anterior, al igual que la situación en la que la parte ofendida fuera mayor de los dieciocho años de edad, en cuyo caso se debía dar —aparte del abuso deshonesto— alguna de las situaciones reguladas en el artículo 216 (que la parte se encontrara incapacitada para resistir el abuso o se realizara por medio de fuerza o intimidación); sin embargo, se mantuvo el calificativo de “doncella” como requisito del tipo en caso de que el sujeto pasivo fuera mayor de doce años y menor de los dieciocho.

³⁹ Código Penal del año 1941, emitido por el Congreso Constitucional de la República, el 21 de agosto del 1941. Consultado el 29 de junio de 2018: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=37382&nValor3=39414&strTipM=TC#ddown.

La regulación de la “honestidad” como bien jurídico tutelado o criterio para establecer la existencia del delito de abuso sexual se mantuvo aún en el Código Penal de 1971, que en su promulgación, tal como lo indica Vargas González, mantuvo como acción típica “abusar deshonestamente”; situación que se modificó mediante la ley n.º 7398⁴⁰ que elimina del tipo el término “abuso deshonesto” para sustituirlo por la acción típica de “realizar actos con fines sexuales de forma abusiva”.

Vargas González indica que con esta modificación de la normativa costarricense en relación con el delito de abuso sexual “se dio el paso de un tipo penal donde se tutelaba la honestidad a otro donde se protegía de forma expresa la libertad sexual como bien jurídico personalísimo”⁴¹, esto siguiendo la evolución progresiva de la doctrina en dicha materia.

El gran cambio que se realizó con la nueva normativa en materia de los delitos sexuales significó un avance en relación con los bienes jurídicos tutelados que se mencionaron en el capítulo anterior. Se pasó de regular la honestidad a regular la realización de una acción de forma abusiva con fin sexual, lo que significó un gran cambio práctico, que repercutió en la antijuricidad material de la conducta.

La existencia de la antijuricidad material de una conducta penal se encuentra supeditada a que la acción jurídicamente punible lesione un bien

⁴⁰ Asamblea Legislativa. “Reforma Código Penal y Amplía Código de Procedimientos Penales: 10/05/1994”, La Gaceta 89 (10/05/1994).

⁴¹ Patricia Vargas González. Una aproximación a los delitos de abusos sexuales en contra de personas menores e incapaces (artículo 161 del Código Penal), Cuestiones de Penal Especial (I-2016) Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2016, 2.

jurídico tutelado, que en el caso del abuso deshonesto y su tutela de honestidad limitaba dicho bien jurídico tutelado a la consideración del aplicador de la norma. Si para dicho aplicador de la norma una acción materializada de forma sexual contra la voluntad de la parte pasiva no violentaba su honestidad, entonces no se cumplía con la antijuricidad material, por lo que no se cumplía con el tipo de injusto.

Para ejemplificar la situación expuesta, si era consideración del aplicador de la norma que un tocamiento de un seno de una prostituta no era un abuso deshonesto, por cuando la prostituta por su profesión no tenía dicha “honestidad”, entonces, a pesar de que se comprobara que la acción fuera realizada de forma abusiva, no existiría delito.

Con el cambio del bien jurídico tutelado a la libertad sexual, dejan de ser relevantes las características particulares del sujeto pasivo (por lo menos para existencia del delito), entonces, para que se cumpla con la antijuricidad material, la acción debía vulnerar la libertad sexual del sujeto pasivo para su cumplimiento sin analizar sus características particulares.

En la siguiente sección se analizará el delito de abuso sexual, regulado en el Código Penal del 1971 y sus características particulares.

Sección II: Caracterización del delito de abuso sexual

Tal como se viene estableciendo, el delito de abuso sexual en la normativa costarricense se encuentra regulado en el artículo 161 del Código Penal, en el que

se establece la acción típica, al igual que la pena cuando el sujeto pasivo sea menor de edad y los agravantes del tipo, mientras que el artículo 162 regula la pena cuando la parte pasiva sea mayor de edad y sus agravantes.

En relación con el abuso sexual, la doctrina ha definido dicho término, en la búsqueda de limitar qué acciones pueden encajar en el tipo penal. Barsallo Villafuerte y Miranda Quesada lo definen de la siguiente forma:

El término abuso sexual, desde un punto de vista legal, es definido como “todo acercamiento o contacto corporal con la víctima, de significación sexual, sin que constituya acceso carnal”. En caso de que medie acceso carnal, aun sea parcial, es considerado violación y no abuso. El elemento común entre ambas figuras viene a ser la ausencia de consentimiento.⁴²

Es claro, entonces, tanto por la definición anterior como por la lectura del tipo penal de abuso sexual, que para su tipificación es necesario la existencia de una acción abusiva, sin consentimiento del ofendido con un fin sexual. En relación con el término “abusar”, Arias Matarrita en su investigación indica que “(...) el verbo o la acción que le da sentido a este tipo penal es el de “abusar”. Que implica usar de forma, excesiva, injusta, impropia o indebidamente una cosa”.⁴³

⁴² Marcos Rogelio Barsallo Villafuerte y Luis Roberto Miranda Quesada. “Análisis del delito ‘Relaciones sexuales con personas menores de edad’, artículo 159 del Código Penal y sus implicaciones sobre los derechos sexuales de los adolescentes” (Tesis de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2016), 84.

⁴³ Ana Karen Arias Matarrita. “La participación de la víctima de delitos sexuales durante la fase de ejecución dentro del proceso penal costarricense” (Tesis de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2013), 32.

Así, para que la acción pueda ser calificada como abuso sexual, basta con que se realice de forma abusiva (lo que implica que se realice sin el consentimiento de la parte ofendida) ya sea por excesiva (realizar más de lo permitido), injusta (sin la autorización del derechohabiente), impropia (que la parte no lo considere pertinente) o indebida (no se deba realizar).

Como otra característica del tipo se establece un acto con fin sexual, sin embargo, esta acción tipificada como tal no se encuentra definida de forma específica y deja un parámetro abierto a la interpretación de lo que podría ser un acto con un fin sexual.

Cecilia Ramírez expone la situación de la tipificación de conductas específicas en relación con el abuso sexual, indicando lo siguiente en torno al tema:

Esta tarea resulta especialmente compleja por las características del delito abuso sexual en comparación con otros delitos, en los que no es dable discutir el sentido de la conducta. Ante este escenario una posibilidad sería que el legislador elaborara un catálogo de conductas constitutivas de abuso sexual, pero como señala Bascuñán Valdés, es una tarea inabarcable, conformándose en el caso del autor con señalar a vía ejemplar algunas.⁴⁴

Tal como lo establece Cecilia Ramírez, es inabarcable establecer en el tipo penal de abuso sexual todas las acciones que podrían tipificarse en el delito, por lo que esta tarea ha sido abarcada por la doctrina. En la doctrina, existen dos

⁴⁴ María Cecilia Ramírez. "Delitos de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia", Polít. Crim. n.º 3, A4. P. (2007). Consultado el 10 de marzo de 2018: <http://www.politicacriminal.cl>.

posiciones para estudiar el delito de abuso sexual y cuáles comportamientos pueden encajar en el tipo penal.

Donna establece una separación de las tesis existentes en la doctrina sobre los actos que constituyen el abuso sexual que nos parece importante analizar.

La primera tesis constituye la subjetivista; “Esta teoría sostiene que el delito únicamente se tipifica cuando el autor se propone con su acto desahogar un apetito de lujuria, pero sin ánimo de llegar al coito”.⁴⁵

Posteriormente, Donna manifiesta en relación con esta visión subjetivista de las acciones que constituyen el delito de abuso sexual:

En este sentido, señalan que cuando falta el fin de satisfacer un impulso erótico, libidinoso, no surge este delito, a pesar de la ofensa que se comete contra la libertad sexual, ya que este se caracteriza precisamente por una acción que tiende a desahogar un apetito de lujuria. Sin ello, la acción sería atípica.⁴⁶

De lo anterior, se puede establecer cómo en esta posición es requisito, para la tipificación de una conducta en el delito de abuso sexual, realizar primero un análisis del tipo subjetivo, analizar el dolo de la situación de forma conjunta con la conducta.

⁴⁵ Edgardo Alberto Donna. Delitos contra la integridad sexual. (Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, Segunda Edición Actualiza), 22.

⁴⁶ Ibid., 22.

Por su parte, Sierra Contreras indica que, aparte del análisis de tipo subjetivo, se debe incorporar un análisis relacionado con el fin lúbrico en el accionar del imputado.

Para Garrido Montt, el tipo subjetivo de este delito no solo está configurado por el dolo antes señalado, sino que también por un elemento subjetivo especial: el ánimo libidinoso, es decir, la acción de tocamiento de la víctima con un fin lúbrico, abusando de ella.⁴⁷

De esta posición doctrinaria, es rescatable cómo se busca llenar el vacío legal, de forma que, para establecer la sexualidad de la conducta ejecutada por parte del imputado y de esta forma la tipificación del delito en análisis, es necesario que el sujeto activo en el momento concreto que realice la acción lo haga con el fin de satisfacer su deseo sexual, que debe ser un fin diferente al coito. De acá podríamos indicar que una situación en la que un paramédico debe realizar un contacto con un órgano sexual de una persona que se encuentre incapacitada para resistir, pero que se realice con un fin médico, la conducta sería atípica.

⁴⁷ Ismael Salvador Sierra Contreras. "Análisis crítico del tipo penal de abusos sexuales y de la figura del *child grooming* a partir de una interpretación jurisprudencial del artículo 366 Quáter del Código Penal (Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Departamento de Ciencias Penales, 2011), 10.

En relación con la distinción de cuándo una acción se tipifica como un abuso sexual y cuándo existe una tentativa de violación, Donna manifiesta lo siguiente:

Deben distinguirse los actos de abuso sexual simple de los que constituyen la tentativa de violación, ya que presentan una semejanza externa que tiende a prestarse a confusión. Tal distinción radica exclusivamente en el dolo del autor. Si se comprueba que el propósito es el de consumir el acceso carnal, entonces habrá tentativa de violación; si, en cambio, existe un genérico fin sexual, habrá abuso.⁴⁸

La otra vertiente de la doctrina conocida como objetivista, como su nombre lo afirma, refiere a que constituyen acciones que tipifican el delito de abuso sexual en las que el sujeto activo realice una acción abusiva sobre el cuerpo de la víctima, independientemente de su fin libidinoso.

Con respecto a esto, Donna⁴⁹ afirma que “el Código no tiene como requisito del tipo que el autor tenga un fin libidinoso, sino que lo que en verdad se protege es el derecho a la libertad corporal contra el ultraje que implica la intromisión indebida de un tercero”.⁵⁰

En relación con esto indica que “Pero también son típicos otros actos que no tengan esa finalidad, pero que objetivamente son impúdicos, por afectar las

⁴⁸ Edgardo Alberto Donna. Delitos contra la integridad sexual. (Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, Segunda Edición Actualizada), 40.

⁴⁹ Edgardo Alberto Donna indica que la idea corresponde a Ricardo Núñez.

⁵⁰ Edgardo Alberto Donna. Delitos contra la integridad sexual. (Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, Segunda Edición Actualizada), 23.

partes pudendas de la víctima. Encuadran pues en este concepto los actos de naturaleza sexual que son hechos para burlarse de la víctima”.⁵¹

Siguiendo el punto anterior Donna indica que “Se comete entonces el delito mediante una acción efectuada sobre el cuerpo de la víctima, aunque no sea con una finalidad sexual, si el autor tiene conocimiento que lesiona la libertad sexual de la persona ofendida”.⁵²

Bajo esta tesis, cualquier comportamiento sexual realizado en el cuerpo de la parte pasiva podría ser potencialmente un delito de abuso sexual. De un análisis de ambos postulados, la posición doctrinaria objetivista es la que se asemeja más a la realidad del derecho costarricense, ya que la acción debe encajar en el tipo de abuso sexual, esto para cumplir con el elemento objetivo del tipo y que el fin sexual de la acción se valore como un acto con este sentido sexual, sobre la parte pasiva que lesione su integridad sexual.

Cecilia Ramírez refiere con respecto a esta posición doctrinaria que “Así distingue un sector de la doctrina que recurre a parámetros objetivos, en el que se considera acto de tal significación, los que tengan aptitud para excitar el instinto sexual, según cánones vigentes en un sociedad determinada o bien que involucre los órganos genitales”.⁵³

⁵¹ Ibid., 20.

⁵² Edgardo Alberto Donna. Delitos contra la integridad sexual. (Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, Segunda Edición Actualizada), 21

⁵³ María Cecilia Ramírez. “Delitos de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia”, Polít. Crim. n.º 3, A4. P. (2007). Consultado el 10 de marzo de 2018: <http://www.politicacriminal.cl>.

Por lo que, desde la posición objetiva de los actos que constituyen abuso sexual, un beso que el sujeto activo le propine a la parte pasiva sin su consentimiento (abusivo) por su naturaleza es un acto de significación sexual, sin importar la parte del cuerpo donde se realice, por lo que encajaría en el tipo de abuso sexual (tipo objetivo); sin embargo, determinar si el imputado tenía un fin sexual con su acción, se debe valorar en el tipo subjetivo de la acción (análisis del dolo).

La autora Vargas González defiende la tesis subjetivista, tal como se puede establecer en el siguiente extracto: “En cuanto al aspecto subjetivo, se tiene que el legislador, al señalar que el acto debe tener “un fin sexual”, incorpora al tipo penal un elemento subjetivo adicional al dolo, una intención particular, que supone la búsqueda de una satisfacción en lo sexual (...)”.⁵⁴

La citada autora establece una situación que parece ser clara, como lo es que el legislador costarricense incorporó un elemento subjetivo en el tipo penal de abuso sexual, sin embargo, la afirmación de que la acción sexual supone la búsqueda de la satisfacción sexual no resulta del todo cierta, ya que el imputado puede ejecutar una acción sexual, sin que busque satisfacer su deseo sexual y tal como se indicó anteriormente por el autor Donna, el tipo penal no establece que la acción deba tener un fin libidinoso, sino únicamente sexual.

No obstante, la situación no es del todo clara. Sumado a esto, cuando se realiza un análisis del dolo en un caso específico, puede resultar un poco confuso

⁵⁴ Patricia Vargas González. Una aproximación a los delitos de abusos sexuales en contra de personas menores e incapaces (artículo 161 del Código Penal), Cuestiones de Penal Especial (I-2016) Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2016, 2.

determinar cuándo un acto se tipifica en el delito de abuso sexual y si la acción ejecutada tiene un fin sexual o por otro lado el fin es realizar una burla, humillación o castigo.

Para limitar correctamente esta situación, es necesario recurrir a los elementos de la teoría clásica de la teoría del delito y establecer que el tipo penal está compuesto por dos elementos, el elemento objetivo y el elemento subjetivo del tipo.

Mientras que el elemento objetivo del tipo se puede establecer como la conducta penalizada por la normativa penal, compuesta por:⁵⁵ “a) sujeto activo, b) acción, c) nexo de causalidad-imputación objetiva, d) el bien jurídico, e) sujeto pasivo, f) otros componentes”⁵⁶, por otro lado el elemento subjetivo refiere al análisis del dolo de la acción cometida.

El análisis dolo en el tipo penal puede ser definido como la “conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito”.⁵⁷ Por lo que en el análisis del dolo es cuando el aplicador de la norma verifica si el sujeto pasivo, teniendo pleno conocimiento de la ilicitud del acto que va a realizar, adecuada su voluntad a la realización del mismo. Sin embargo, la doctrina establece que, en algunas ocasiones, el elemento objetivo puede llevar consigo un análisis subjetivo, esto por así requerirse por parte del legislador al momento de redactar la norma.

⁵⁵ Es importante aclarar que estos elementos no se encuentran siempre en todos los tipos penales.

⁵⁶ José Alberto Rojas Chacón y Cecilia Sánchez Romero. Teoría del delito: aspectos teóricos y prácticos, tomo I (San José: Unidad de Capacitación y Supervisión del Ministerio Público, 2009), 89.

⁵⁷ Francisco Muñoz Conde. Teoría general del delito (Bogotá-Colombia: Editorial Temis S. A. 2013), 55.

En relación con esto, Muñoz Conde establece que:

(...) en algunos delitos específicos se requiere, además para construir el tipo de injusto, la presencia de especiales elementos de carácter subjetivo. Estos elementos subjetivos específicos no coinciden con el dolo. Se trata de especiales tendencias o motivos que el legislador exige en algunos casos, aparte del dolo, para construir el tipo de algún delito.⁵⁸

Esta situación descrita por el autor anterior es lo que sucede en el tipo penal del delito abuso sexual en la normativa costarricense, donde el legislador optó por establecer en el elemento objetivo del tipo penal una situación subjetiva, como la búsqueda de una finalidad específica por parte del sujeto activo, en este caso una finalidad sexual.

Para analizar si una acción es constitutiva del delito de abuso sexual, primero en el elemento objetivo del tipo se debe definir si la acción ejecutada tiene un fin sexual. Este fin sexual debe ser determinado incurriendo a elementos que permitan limitar una acción como sexual, que se ejecute sobre órganos sexuales o que exista un “fin libidinoso” o lúbrico en el actuar del sujeto activo y posteriormente analizar el elemento subjetivo del tipo, lo que equivale a valorar si el imputado actuó conociendo que lo que realizaba era delictivo y con la voluntad de adecuar su conducta al mismo.

En relación con el sujeto activo en el delito de abuso sexual, tal como lo indica Arias Matarrita, “(...) es considerado indeterminado, pues en dichos

⁵⁸ Francisco Muñoz Conde. Teoría general del delito (Bogotá-Colombia: Editorial Temis S. A. 2013), 63.

artículos el código los menciona como “el que”. Por consiguiente puede ser cualquier persona, ya sea hombre o mujer quien realice el tipo penal y por ende, no son necesarias características personales o especiales para su ejecución”.⁵⁹

En cuanto al sujeto pasivo, el artículo 161 regula cuando la víctima del delito sea menor de edad o incapaz y el inciso primero agrava esta situación cuando el ofendido sea menor de trece años o el agente pasivo sea incapaz.

Tal como se indicó en el análisis de la acción que constituye el delito de abuso sexual, en ocasiones definir una acción como tentativa de violación o abuso sexual raya en una línea sumamente delgada. En muchas ocasiones, el delito de abuso sexual es visto como un delito secundario o “delito de pasaje” necesario por parte del sujeto activo para llegar a la violación ya sea que las acciones transcurran en el mismo periodo de tiempo o por el contrario como una forma de buscar cierta tolerancia o empatía por parte de la víctima con el transcurso de intervalos de tiempo para culminar con la violación.

Esta situación no escapa de la jurisprudencia. Muchas veces se realizan equiparaciones entre el delito de abuso sexual y violación. Sin embargo, es esencial establecer las diferencias vitales entre ambos tipos penales y por qué deben tener un tratamiento diferente en su aplicación.

⁵⁹Ana Karen Arias Matarrita. “La participación de la víctima de delitos sexuales durante la fase de ejecución dentro del proceso penal costarricense” (Tesis de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2013), 32

Sección III: Diferencia del abuso sexual con el delito de violación

El delito de violación se encuentra regulado en el artículo 156 del Código Penal⁶⁰ vigente en la actualidad, el cual establece lo siguiente:

Será sancionado con pena de prisión de diez a dieciséis años quien se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, con una persona de uno u otro sexo, en los siguientes casos:

- 1) Cuando la víctima sea menor de trece años.
- 2) Cuando se aproveche de la vulnerabilidad de la víctima o esta se encuentre incapacitada para resistir.
- 3) Cuando se use la violencia corporal o intimidación.

La misma pena se impondrá si la acción consiste en introducirle a la víctima uno o varios dedos, objetos o animales, por la vía vaginal o anal, o en obligarla a que se los introduzca ella misma.

Al igual que en el delito de abuso sexual, el bien jurídico tutelado constituye la libertad sexual y tanto el abuso sexual como la violación por su índole han sido llamados por la doctrina agresiones sexuales.

⁶⁰Asamblea Legislativa. “Ley 4573 Código Penal: noviembre de 1971”, La Gaceta n.º 257 (15 de noviembre del 1970).

Enríquez Delgado en su trabajo de investigación refiere lo siguiente en relación con este tema:

La violación es un subtipo de agresión sexual, puesto que la agresión sexual consiste en que el autor involucre a su víctima en un contexto sexual no deseado por esta. De esta forma, se eliminaría la confusión entre agresión sexual y violación, la agresión consistirá, por lo tanto en toda acción mediante la cual el sujeto activo busque una finalidad sexual, misma que la víctima no consiente.⁶¹

La relación entre el delito de abuso sexual y violación, tal como se estableció anteriormente, puede ser confusa, por cuanto en muchas ocasiones el sujeto activo, para poder llevar a cabo su plan de autor en el delito de violación, debe entrar en contacto de forma abusiva con los órganos sexuales de la parte agraviada.

Tal podría ser el caso en que el agente activo despoja de su ropa al agente pasivo para producir la penetración vaginal; sin embargo, por acción del agente pasivo no se produce la penetración y el agente activo solamente llega a rozar su pene en la vagina de la víctima.

La autora Ballestero Loaiza indica que “dentro de las consecuencias que conlleva la especial apreciación sobre los delitos de índole sexual cabe destacar que en el supuesto en los cuales podría tenerse por consumado un delito de

⁶¹ Michael Enríquez Delgado. “El vínculo jurídico existente entre los múltiples accesos carnales y el concurso de delitos en el delito de violación sexual” (Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Costa Rica, 2016), 24.

abuso sexual, se ha optado por determinar el delito de violación en grado de tentativa”.⁶²

Sin embargo, la diferenciación entre el abuso sexual y la violación es clara desde el análisis del tipo. Primeramente, es importante resaltar que en el delito de violación debe existir un acceso carnal (una penetración) sea por vía oral, anal o vaginal.

Podemos referir que en el delito de violación existe una situación física substancial, en la que el sujeto activo realiza una “acción invasiva” ya sea en el cuerpo de la víctima por su parte, o viceversa (por parte de la víctima en su cuerpo). Lo anterior a diferencia del delito abuso sexual, que se puede configurar con tocamiento o inclusive con un roce.

De esto podemos establecer una situación determinante. En el delito de violación cada acción invasiva se configura como un delito aparte, apreciación seguida por parte de la jurisprudencia nacional.⁶³ Sin embargo, en un intento de igualar esta situación por parte de la jurisprudencia en el delito de abuso sexual, se equiparara que cada acto con fin sexual configura un delito singular.

Esta valoración deja de lado una situación esencial. En el delito de violación se tipifica como el delito el acceso carnal, sin embargo, en el delito de abuso sexual se castiga a quién realice actos con fines sexuales contra un sujeto pasivo.

⁶² Karla Vanessa Ballesterio Loaiza. “el desistimiento y la tentativa y su enfoque en los delitos de violación y abuso sexual a la luz de la doctrina y la jurisprudencia” (Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2009), 297.

⁶³ Para efectos ver resoluciones de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia número 2013-00473 de las quince horas veintisiete minutos del veintiséis de abril de dos mil trece y 2012-1900 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del catorce de diciembre dos mil doce.

La diferencia, entonces, radica en que el delito de abuso sexual en el tipo penal se establece una pena para lo que podrían ser distintas acciones, contrario a la violación donde se establece una única pena para un solo acto (acceder), por lo que el tratamiento y el análisis como delitos individuales resulta distinto.

Una vez definidos estos aspectos, en el siguiente título se analizará el tema de la unidad de la acción en el delito de abuso sexual, así como sus implicaciones al equipararlo con el tipo de violación en relación con el tema de la acción jurídicamente relevante.

Título segundo: La unidad de la acción en el delito de abuso sexual

Capítulo I: La acción jurídicamente relevante en Costa Rica

Sección I: La figura de la acción jurídicamente relevante en la doctrina penal y sus elementos definitorios

Para la existencia o configuración de un delito, deben confluír una serie componentes, conocidos en la doctrina como los elementos de la teoría del delito. La teoría del delito constituye la forma actual en la que se establece si un comportamiento humano es o no merecedor de una pena, desde el punto de vista del derecho penal. Este capítulo de la investigación se enfocará en el primer elemento que compone dicha teoría, la acción.

La acción⁶⁴ es el primer elemento que se debe verificar para poder establecer la existencia de un delito, por lo que es de vital importancia su definición. La palabra “acción” tiene una gran cantidad de usos en el lenguaje cotidiano y el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española es evidencia de esto, ya que presenta varias definiciones para dicho término.

Sin embargo, la acción entendida en la cotidianeidad no es la misma que importa o tiene relevancia para el derecho penal, sino la acción que se pueda subsumir en una norma penal previamente establecida por el legislador. Muñoz Conde indica en relación con esto que “El comportamiento humano solo adquiere relevancia jurídico-penal en la medida en que coincide con el correspondiente tipo delictivo”.⁶⁵

De lo anterior, se establece otro elemento fundamental para definir la acción jurídicamente relevante, como lo es la existencia de un comportamiento humano. “Tampoco pueden constituir un delito los hechos producidos por animales ni los

⁶⁴ Si bien una omisión también puede generar la existencia de un delito, no se hará referencia a la misma, por cuanto el delito de abuso sexual no se puede generar por omisión.

⁶⁵ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán. Derecho penal: parte general (Valencia, España: Tirant le Blanch, 2010), 214.

sucesos puramente causales, como los fenómenos de la naturaleza, por más que puedan producir resultados lesivos (la muerte de una persona o la destrucción de una cosecha)".⁶⁶

Es necesario especificar que en un cuadro fáctico donde un perro muerde a un niño, la conducta del animal no puede ser calificada como un delito en contra de dicho perro, sin embargo, se puede establecer como conducta delictiva el motivo por el cual el perro no contaba con las medidas restrictivas de seguridad necesarias para que no atacara a nadie. En relación con el fenómeno de la naturaleza, existe una ausencia de acción, como se verá posteriormente.

Este comportamiento humano debe ser materializado en el mundo físico. No puede ser calificada como acción una situación planeada por un sujeto, que se limita a imaginar o planificar, sin llevarlo a cabo. En relación con esto, cuando se indica que la conducta humana que constituye una acción jurídicamente relevante debe ser exteriorizada por parte del sujeto activo se refiere a lo que en la doctrina se conoce como *iter criminis*.

El denominado "iter criminis" es una concepción de larga data que remite al proceso seguido por el delito desde el alumbramiento de la idea criminal hasta su realización, el cual está constituido tanto por aspectos psíquicos como por movimientos mecánicos o físicos⁶⁷

Tal como lo establece Ballesterio Loaiza, el *iter criminis* hace referencia al proceso por el cual se determina la realización de un delito por parte del sujeto activo, hasta la finalización o consumación del mismo. La doctrina divide el *iter criminis* en una serie de fases por las que pasa el delito.

⁶⁶ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán. Derecho penal: parte general (Valencia, España: Tirant le Blanch, 2010), 214.

⁶⁷ Karla Vanessa Ballesterio Loaiza. "El desistimiento y la tentativa y su enfoque en los delitos de violación y abuso sexual a la luz de la doctrina y la jurisprudencia" (Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2009), 10.

La primera fase corresponde a la interna o psicológica, la ideación que ocurre “dentro del pensamiento de la persona”⁶⁸. Al respecto, Ballestero Loaiza indica que:

Esta etapa o estadio cuenta a su vez con tres momentos, que operan en la psiquis del individuo y que van a ser determinadas para una posterior realización del delito. Conciben los doctrinarios la existencia de un momento de ideación, uno de deliberación y finalmente la resolución delictual.⁶⁹

Posteriormente, ocurre la fase intermedia o de resolución delictual manifestada. Sin embargo, esta “fase” no cuenta con una aceptación total en la doctrina. Sus detractores indican que, en sentido jurídico penal, la fase debe ser interna (relacionado con la mera ideación y realización del plan) o externa (el individuo realiza, u omite realizar, físicamente alguno de los elementos propios para cometer el delito), pero no puede existir un estado en el que el sujeto activo realice ambos o por el contrario no realice ninguno de forma concreta.

Como su nombre lo indica, dicha fase hace referencia a cómo el sujeto activo manifiesta en el exterior que va a realizar un delito, ya sea por medio de una comunicación a otra persona, mediante una carta, entre otros ejemplos. Esta fase no es esencial para la existencia del *iter criminis* y su ausencia no determina su inexistencia.

Finalmente, se da la fase externa, en la que “se exterioriza la fase interna, es decir, los actos planeados por la persona se realizan en el mundo exterior con el propósito de cometer un delito”⁷⁰. Se divide en actos preparatorios, actos de ejecución, la consumación y el agotamiento del delito.

⁶⁸ Christian Salas Beteta. “El *iter criminis* y los sujetos activos del delito (Perú)”, Revista Internauta de Práctica Jurídica, Número 19 (enero-junio, 2007): 1.

⁶⁹ Karla Vanessa Ballestero Loaiza. “El desistimiento y la tentativa y su enfoque en los delitos de violación y abuso sexual a la luz de la doctrina y la jurisprudencia” (Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2009),13

⁷⁰ Salas Beteta, 1.

En la fase externa ocurre la existencia de una acción jurídicamente relevante; cuando el sujeto activo revela un comportamiento de manera física y de esta forma adecúa su accionar a la realización del delito.

Con esto claro, es necesario especificar que, tal como lo establece Muñoz Conde, “No se concibe un acto de la voluntad que no vaya dirigido a un fin u objeto determinado. El contenido de la voluntad es siempre algo que se quiere alcanzar, es decir, un fin. De ahí que la acción humana regida por la voluntad sea siempre una acción final, una acción dirigida a la consecución de un fin”.⁷¹ Esta premisa es el resultado de un largo desarrollo histórico, como se analizará a continuación.

Como se indicó, el fin seguido por parte del sujeto activo es esencial para establecer la existencia de una acción jurídicamente relevante. Sin embargo, los seguidores de las teorías causalistas o naturalistas valoraban que lo esencial en la acción jurídicamente relevante era que el resultado de dicha acción fuera un delito, sin importar la finalidad seguida del posible imputado.

Para el causalismo, lo relevante era el comportamiento humano y su resultado. Hans Welzel, en respuesta a esta visión, introdujo la teoría finalista de la acción, estableciendo como elemento de la acción jurídicamente relevante “la finalidad” seguida por parte del sujeto activo.

Fundamentaba esta teoría que la voluntad no puede ser separada de su contenido, es decir, de su finalidad, puesto que toda conducta debe ser motivada por ese elemento volitivo, explicándose esto en el hecho de que el ser humano, gracias a su capacidad cognoscitiva y dentro de ciertos límites, puede prever las consecuencias posibles de sus actividad y por tanto, proponerse objetivos diversos a partir de la consecución de un plan de autor.⁷²

⁷¹ Francisco Muñoz Conde. Teoría general del delito (Bogotá-Colombia: Editorial Temis S. A. 2013), 9.

⁷² Laura Chinchilla Rojas. “Sobre la situación espiritual de la jurisprudencia costarricense en relación con el concurso de delitos” (Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2010), 14.

La teoría finalista de la acción incorpora este elemento de búsqueda de realización de un fin a la acción, misma acción que constituye su esencia y lo que determina su punibilidad.

El finalismo como teoría de la acción y en el estudio de las conductas que interesan al derecho penal le da preponderancia a la voluntad o intencionalidad del sujeto, dándole luego una base valorativa muy distinta a la dada por el causalismo, la cual —como se mencionó anteriormente— enfatiza en la relación causal que produce el efecto lesivo para el bien jurídico.⁷³

Es importante cómo en la teoría finalista se vuelven relevantes las fases del *iter criminis* anteriormente analizadas, donde el sujeto activo realiza, primero de forma interna, esta valoración de la acción que está por ejecutar (determina un fin) y posteriormente lo materializa por medio de su ejecución.

De todo lo anterior, se puede concluir entonces que la acción jurídicamente relevante puede ser definida como un comportamiento humano, que es materialmente exteriorizado por parte de un sujeto activo, con un fin específico que tiene una relevancia⁷⁴ para el derecho penal.

El análisis de la acción jurídicamente relevante es esencial para determinar la existencia del delito, de forma tal que sin acción no existe delito. La doctrina mayoritariamente clasifica en cuatro⁷⁵ las situaciones en las que no existe una acción jurídicamente relevante.

⁷³ Susana Wittmann Stengel y Manrique Zúñiga Vega. “La autoría en los delitos sexuales: análisis de los conceptos de propia mano y autoría mediata” (Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2003), 109.

⁷⁴ Es importante aclarar en este punto que se utiliza el término “relevancia”, por cuanto la acción jurídicamente relevante no es un análisis de si el comportamiento humano realizado se subsume en una norma penal, por cuanto este análisis se realiza en el tipo penal, por lo que en la acción lo que se debe determinar es si el comportamiento eventualmente podría encajar en un tipo penal.

⁷⁵ Si bien distintos tratadistas indican cinco situaciones por las cuales se debe excluir la acción, la quinta situación que establecen constituye la ausencia de manifestación externa de la acción, sin

A) Fuerza física irresistible (fuerza mayor)

Refiere a la situación en la que el sujeto que realiza la acción no puede oponerse a ella, por un elemento externo a él. Muñoz Conde la define como “condición de fuerza proveniente del exterior que actúa materialmente sobre el agente. El agente opera como una masa mecánica”.⁷⁶

B) Caso fortuito

En relación con el caso fortuito, refiere a una situación provocada por el sujeto activo, sin embargo, son imprevisibles e inevitables, por lo que no se puede imputar que sean consecuencia de la voluntad o la falta al deber de cuidado. “Se produce en aquellos supuestos en donde el proceso causal es obra de la persona y no de poderes ajenos a él, como la fuerza irresistible. Sin embargo, su actuación no es consecuencia de un actuar culposo o doloso, sino de factores distintos de su influjo voluntario”.⁷⁷

C) Estado de inconsciencia

El estado de inconsciencia se establece por cuanto un sujeto en estado de inconsciencia es capaz de otorgar un determinado fin a sus acciones, sin embargo, es necesario indicar que sí puede existir acción en el caso del sujeto activo que se coloca en un estado de inconsciencia para ejecutar un delito, como podría ser la situación del sujeto activo que se embriaga para dar muerte a otro.

D) Acto reflejo

“Movimientos derivados de convulsiones, movimientos instintivos de defensa, donde las acciones no se dirigen voluntariamente”.⁷⁸ Al igual que la situación anterior, se excluye la existencia de la acción, por cuanto el sujeto

embargo, tal como se especificó, la acción debe ser materializada, por lo que dicha situación no encaja si quiera en el término de acción, como para constituir un elemento para su ausencia.

⁷⁶ Francisco Muñoz Conde. Teoría general del delito (Bogotá-Colombia: Editorial Temis S. A. 2013), 13.

⁷⁷ José Alberto Rojas Chacón y Cecilia Sánchez Romero. Teoría del delito: aspectos teóricos y prácticos, tomo I (San José: Unidad de Capacitación y Supervisión del Ministerio Público, 2009), 57

⁷⁸ Ibid., 55.

activo no tiene la voluntad para realizarlos, si no que responden a una situación que no puede controlar.

Una vez definido esto, se puede establecer que una acción jurídicamente relevante para el derecho penal no necesariamente se encuentra supeditada a los criterios para establecer una acción en la cotidianeidad, por cuanto, lo que por un flujo de movimientos podrían ser varias acciones, un análisis jurídico de este flujo de comportamientos los podría encajar en una única acción jurídicamente relevante. En la sección siguiente se analizarán los criterios para determinar la existencia de una acción o varias acciones jurídicamente relevantes y su aplicación en el delito de abuso sexual.

Sección II: La unidad de la acción en el delito de abuso sexual

La acción jurídicamente relevante puede estar compuesta por varias acciones, como son conocidas en el lenguaje común, o por varios movimientos corporales. En algunas ocasiones, esto se establece de esta forma en el mismo tipo penal, sin embargo, en otras ocasiones se debe valorar la acción en su totalidad, para determinar si las acciones constituyen un solo delito o varios.

Un ejemplo de esta segunda situación referida constituye el delito de lesiones gravísimas, regulado en el artículo 123 del Código Penal vigente, en el que se establece como acción típica “producir una incapacidad permanente para el trabajo, pérdida de sentido, de un órgano, de un miembro, imposibilidad de usar un órgano o un miembro, pérdida de la palabra o pérdida de la capacidad de engendrar o concebir”; acción que puede ser ejecutada en un solo acometimiento o por otros varios, sin embargo, el número de golpes no importa, si no la provocación de la lesión.

Un ejemplo de la primera situación ocurre en el delito de violación en el que el tipo penal establece como acción del tipo hacerse acceder o tener acceso carnal por vía oral, anal o vaginal; por lo que el mismo tipo penal establece que el acceso por cada una de las vías constituye la acción típica.

En el delito de abuso sexual por su parte, sucede una situación interesante, ya que el tipo penal establece como acción típica realizar de forma abusiva actos con fines sexuales, por lo que la acción típica ya regula una serie de movimientos corporales para una acción jurídicamente relevante. A pesar de esto, la jurisprudencia indica que aun la realización de un solo movimiento corporal puede constituir el delito de abuso sexual.

Así, el aspecto jurídico determinado por el tipo penal aplicable, impide considerar los hechos probados como dos delitos de abuso sexual en contra de persona menor de edad, toda vez que si bien un solo acto es capaz de configurar el delito, atendiendo a las circunstancias particulares del caso concreto, varios actos también pueden configurar un solo delito de abuso sexual contra persona menor de edad.⁷⁹

Es importante indicar que el delito de abuso sexual establece una sola pena para quién realice estos actos con fines sexuales, por lo que de la literalidad de la norma, como se indicó anteriormente, se establece una pluralidad de actos para una misma acción jurídicamente relevante.

Chinchilla Rojas, en su investigación, ofrece una clasificación⁸⁰ para determinar la unidad de acción o multiplicidad de acciones jurídicamente relevantes, que se mantiene en la actualidad; clasificación que debe ser desarrollada conjunto con el elemento del tipo que se estableció anteriormente.

A) Unidad fisiológica de la acción

La unidad fisiológica de la acción establece que el criterio para determinar la existencia de una o múltiples acciones punibles se encuentra determinado por la cantidad de movimientos fisiológicos realizados por el sujeto activo.

⁷⁹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, recurso de casación: voto 00140-2015 de 6 de febrero de 2015, 09:02 horas (Expediente 09-002574-0345-PE).

⁸⁰ En su investigación, Chinchilla Rojas incorpora como elemento para definir la unidad o pluralidad de acciones el "criterio normativo"; sin embargo, por las situaciones específicas en el delito de abuso sexual se analizó de forma separada, por lo que no se incluye en esta caracterización y se incluye un elemento el agotamiento del tipo penal por parte de la acción, que tiene un vasto desarrollo jurisprudencial.

Como se estableció anteriormente, es distinto el término “acción” que se utiliza en la cotidianeidad con el término de “acción jurídicamente relevante”, ya que una acción jurídicamente relevante puede contemplar un solo movimiento fisiológico o varios, tal como se establece en el tipo penal del delito de abuso sexual.

Jubert señala en relación con este criterio que:

(...) no tenemos que acudir a la artificiosa construcción de unidad de acción en sentido amplio y en sentido estricto, pues en ambos casos y con independencia de los distintos movimientos corporales existentes, del número de acciones y omisiones que haya realizado el sujeto estaremos frente a un solo hecho porque así lo dice el tipo penal.⁸¹

Es importante indicar que la concepción de acción fisiológica como elemento para limitar la acción jurídicamente relevante fue superado por el derecho penal desde larga data. Sin embargo, en relación con el delito de abuso sexual, la Sala Tercera realiza una especial valoración.

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.⁸²

El argumento para establecer que una acción natural puede constituirse en una acción jurídicamente relevante, por ser un bien jurídico tutelado personalísimo, no tiene un claro fundamento. El bien jurídico tutelado, por lo menos para el delito de abuso sexual, no constituye un elemento que permita acreditar la existencia de una o varias acciones jurídicamente relevantes, ya que no limita la acción propiamente.

⁸¹ Ujala Joshi Jubert, Unidad del hecho y concurso medial de delitos (Universidad de la Rioja, España), Anuario de derecho penal y ciencias penales, tomo 45 (1992), 618.

⁸² Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de casación: voto, 2016-440 del 13 de mayo de 2016, 10:10 horas (expediente 11-003171-0345PE).

Si se analiza un caso concreto, en relación con la determinación de la existencia de uno o varias acciones jurídicamente relevantes, poco parece relevante si el bien jurídico es personalísimo y personal; por lo que debemos recurrir a otros criterios que permitan limitar la acción.

B) Número de resultados

Arce Aggeo indica que “si bien el método para establecer la existencia de pluralidad delictiva no puede radicar en el simple conteo del número de resultados a fin de determinar conductas plurales, estos tampoco pueden ser ignorados totalmente”.⁸³

En relación con el delito de abuso sexual, el criterio de los resultados generados no es el más acertado, por cuanto el resultado siempre va a ser la lesión al bien jurídico tutelado, la libertad sexual. Si bien en el caso de que el sujeto activo lance una bomba en un centro comercial para dar muerte a un sujeto pasivo, pero por su acción terminan muriendo más personas, este criterio de número de resultados sería un factor para analizar. No obstante, genera cierta duda en el delito de abuso sexual. Un ejemplo sería el caso de que el sujeto activo abusa sexualmente del sujeto pasivo en intervalos de tiempo durante un mismo día; establecer cuántos resultados se generaron parece confuso, si no se analiza en conjunto con otro criterio.

Se debe concluir, entonces, que el número de resultados es un criterio que se debe valorar en el delito de abuso sexual, sin embargo, esto debe realizarse en conjunto con los otros criterios para determinar la existencia de unidad de acción ya que no es determinante por sí mismo.

C) Número de tipos penales lesionados

Este criterio establece que “(...) si la acción desarrollada por un sujeto resulta valorada por un solo tipo penal estaremos frente a una única conducta y solamente en el evento de que dicha actividad resulte comprendida dentro de

⁸³ Miguel Ángel Arce Aggeo. Concurso de delitos en materia penal (Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad SRL, 1996), 38.

varias descripciones típicas podría hablarse de una pluralidad de acciones y delitos”.⁸⁴

Se puede establecer que este criterio presenta un problema, ya que no contempla la situación del concurso ideal de delitos, pues una acción jurídicamente relevante podría a su vez tipificarse en dos delitos distintos. Castillo González indica en relación con esta tesis que:

(...) tiene por consecuencia que una única acción pueda dar lugar a un delito único, a un concurso ideal o a un concurso real. La distinción entre delito único de un lado y concurso ideal y real, de otro, reposa en un criterio objetivo; a saber que en el primero hay solo un resultado o solo una lesión jurídica, mientras que en los segundos hay varias lesiones jurídicas.⁸⁵

Este criterio es resaltable o aplicable cuando la acción del sujeto activo solamente violente un tipo penal; sin embargo, debe analizarse con el criterio que se expondrá a continuación.

D) Unidad natural de la acción (criterio espacio-temporal)

Tal como su nombre lo indica, refiere como criterio para establecer la unidad de acción los fenómenos espacial y temporal. Chinchilla Rojas indica que se propuso “(...) para intentar dar una solución racional a dicho problema, dos aspectos complementarios, el tiempo y el espacio, de forma que para el observador común la conducta parezca, a simple vista imparcialmente, una unidad de acción”.⁸⁶

Bajo este criterio, “Hay unidad de acción típica cuando hay la realización repetida, en corto intervalo de tiempo, del mismo tipo penal”⁸⁷. Castillo González

⁸⁴ Yesid Reyes Alvarado. El concurso de delitos (Bogotá Colombia: Editorial Temis, 1990), 40.

⁸⁵ Francisco Muñoz González. El concurso de delitos en el derecho penal costarricense (San José, Costa Rica: Litografía e Imprenta LIL, 1981), 16.

⁸⁶ Laura Chinchilla Rojas. “Sobre la situación espiritual de la jurisprudencia costarricense en relación con el concurso de delitos” (Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2010), 83.

⁸⁷ Francisco Muñoz González. El concurso de delitos en el derecho penal costarricense (San José, Costa Rica: Litografía e Imprenta LIL, 1981), 22

ejemplifica la aplicación en el caso concreto del delito de abuso sexual indicando que “Tal es el caso de varios abusos deshonestos repetidos sobre el mismo sujeto pasivo (...)”⁸⁸.

Dicho principio en análisis resulta sumamente ligado a la teoría finalista de la acción que se analizó en la sección anterior. Este criterio parece, entonces, el más acertado y medular en el delito de abuso sexual para analizar la existencia de la unidad de la acción.

La afirmación anterior se realiza ya que, en el delito de abuso sexual, al establecerse el tipo penal en plural, surge la duda de cuántas acciones se podrían subsumir en el tipo penal, ya que sin una limitación clara se llegaría a la conclusión de que todas las acciones ejecutadas por parte del sujeto activo en el cuerpo del sujeto pasivo serían una sola acción.

Mediante un análisis del fenómeno espacial y temporal del caso concreto, se establecen cuáles acciones constituyen un solo delito de abuso sexual; esto fundamentado en el fin del imputado en el momento concreto.

De acuerdo con este criterio son entonces tres elementos que contribuyen a la determinación de la unidad de acción, a saber: una voluntad unitaria del sujeto agente, una contextualidad temporal y espacial de los diversos actos ejecutados por dicha persona y la apariencia de que la acción única pueda tener determinada actividad para un “observador imparcial”.⁸⁹

Siguiendo lo indicado por Reyes Alvarado y un análisis del tipo penal de abuso sexual, se puede concluir que la realización por parte del sujeto activo de actos con fines sexuales contra la parte pasiva en un momento y lugar específico serían constitutivos de una acción jurídicamente relevante en el delito de abuso sexual.

⁸⁸ Francisco Muñoz González. El concurso de delitos en el derecho penal costarricense (San José, Costa Rica: Litografía e Imprenta LIL, 1981), 22.

⁸⁹ Laura Chinchilla Rojas. “Sobre la situación espiritual de la jurisprudencia costarricense en relación con el concurso de delitos” (Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2010), 83.

E) Criterio mixto

Este tema se encuentra sumamente desarrollado en la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, como los factores normativo y finalista.

En relación con el factor normativo, Muñoz Conde lo define como:

(...) la estructura del tipo delictivo en cada caso particular. Así, aunque el factor final que rige un proceso causal sea el mismo (matar a alguien), alguno de los actos particulares realizados puede tener, aisladamente, relevancia para distintos tipos delictivos (así, por ej., la tenencia ilícita de un arma de fuego para el delito de tenencia ilícita de armas).⁹⁰

Por otra parte, el mismo autor define el factor final como “(...) la voluntad que rige y da sentido a una pluralidad de actos físicos aislados,”⁹¹ por lo que se establece según dicho criterio que una serie de actos, eventualmente podrían tipificarse como un único delito, en el caso de que se realicen por la misma voluntad del sujeto activo.

Se deben valorar en forma conjunta tanto la finalidad del agente activo como el tipo penal aplicable, ya que este tipo penal es el que marca la pauta para establecer si la acción es jurídicamente relevante para el derecho penal; esto para la realización de un fin específico.

F) Que el acto analizado de forma individual se subsuma en el delito de abuso sexual

Este criterio es sumamente importante de incluir, ya que por medio de él es que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica establece la existencia de una o varias acciones jurídicamente relevantes.

⁹⁰ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán. Derecho penal: parte general (Valencia, España: Tirant le Blanch, 2010), 464.

⁹¹ Ibid., 464.

En relación con esto, en el voto 2016-440 se indica lo siguiente:

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.⁹² (El subrayado no es del original).

El problema de este criterio para determinar la unidad de la acción en el delito de abuso sexual sale a la luz cuando se analiza la acción específica y cómo

⁹² Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de casación: voto, 2016-440 del 13 de mayo de 2016, 10:10 horas (expediente 11-003171-0345PE).

la misma agota el tipo penal de manera singular, ya que una incorrecta aplicación de esto podría generar la interpretación de que cada acción natural configuraría una acción en el delito de abuso sexual, ya que en pocas ocasiones un acto con fin sexual depende de otro para su consecución, generando con esto la aplicación de varios delitos de abuso sexual en concurso material, cuando en realidad solo se dé uno, tema que se expondrá en el siguiente capítulo.

Una vez vistos estos criterios para determinar la existencia de una o varias acciones jurídicamente relevantes, se analizará el tratamiento de la unidad de la acción en el delito de abuso sexual a nivel jurisprudencial.

Sección III: Análisis de la unidad de la acción en el delito de abuso sexual a la luz de la jurisprudencia

En relación con el tema de la unidad de la acción en el delito de abuso sexual, la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, de ahora en adelante Sala Tercera, no ha sido un tópico de análisis pacífico y se pueden establecer dos posiciones claramente diferenciables.

A) Posición que califica varios actos sexuales como un único delito de abuso sexual

Esta posición se fundamenta en un análisis mixto del factor final y factor normativo en el delito de abuso sexual, por lo que se realiza un análisis del tipo y cómo este regula la realización de “actos sexuales” contra el sujeto ofendido, al igual que la aplicación del criterio espacio-temporal, para establecer la existencia de uno o varios delitos de abuso sexual.

B) Posición que califica varios actos sexuales como un concurso material de delitos

Esta posición se basa en la premisa de que el acto analizado de forma individual se subsuma en el delito de abuso sexual, criterio que se analizó en la sección anterior. Es importante analizar que, si bien el delito de abuso sexual establece en el tipo penal que el imputado debe realizar “actos con fines sexuales”, la jurisprudencia y doctrina establecen que la existencia de un único acto también configura la acción típica del delito, por lo que, bajo esta apreciación, varios actos al analizarse por separado se establecen como varios delitos de abuso sexual. Esta premisa se realiza homologando el tratamiento jurisprudencial del delito de abuso sexual con el de la violación, por tener el mismo bien jurídico tutelado.

Si bien existen otros votos en referencia al tema, se analizarán el voto 2016-440, por cuanto unificó la materia en relación con el tema en análisis; el voto 2016-1164, ya que representa una “transición” entre ambas posiciones, y finalmente, el voto 2018-000157, que cambia la posición del voto unificado.

A) Resolución: 2016-00440, de las diez horas y diez minutos del trece de mayo del año dos mil dieciséis.

Recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público y el defensor del encartado contra sentencia número 2015-922, del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, del Segundo Circuito Judicial de San José, Goicoechea, donde se tuvieron por probados los siguientes hechos:

1. La ofendida 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 se presentó junto a su madre y su hermana al consultorio del encartado ubicado en San Antonio de Desamparados, con el fin de recibir un masaje deportivo. 3. Una vez en el sitio, la ofendida se quitó la blusa, quedando en brasier y en short y se acostó boca abajo en la camilla de masajes y de inmediato el encartado 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 brasier y le tocó los senos a la ofendida. 3. De inmediato, al indicarle la agraviada que le dolía la entropierna, el acusado 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.⁹³

Por parte de la Sala Tercera, se tuvo por admitido únicamente el reclamo sobre la existencia de precedentes contradictorios en la sentencia impugnada en relación con la resolución 2008-1532 de la Sala Tercera, respectivamente al tema de “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”⁹⁴.

Se fundamentó por medio de un análisis histórico de la jurisprudencia en el delito de violación y su posible aplicación al delito de abuso sexual, entre los que se pueden citar los siguientes votos:

Voto 156-99, de las 09:54 horas del 12 de febrero de 1999 de la Sala Tercera, que indica que en el delito de violación, el tipo penal no establece que debe existir una separación espacial y temporal, para que se cumpla con lo establecido en la acción típica y realiza una fundamentación con el criterio de “número de resultados” analizado anteriormente, indicando que el bien jurídico libertad sexual, tutelado por este delito es de carácter personalísimo y por esto su protección tiene que tener un interés especial y cada acción que se lleve en el cuerpo de la víctima se materializa en una acción jurídicamente relevante:

⁹³ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de casación: voto, 2016-440 del 13 de mayo de 2016, 10:10 horas (expediente 11-003171-0345PE).

⁹⁴ Ibid.

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 solo 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 (...)⁹⁵

⁹⁵Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de casación: voto, 2016-440 del 13 de mayo de 2016, 10:10 horas (expediente 11-003171-0345PE).

Resolución n.º 000128, de la Sala Tercera, de las 11:45 horas, del 23 de febrero de 2007, que establece como factores para considerar si existe unidad de acción el factor final y el factor normativo anteriormente analizados.

Voto 1990-2012, de las 9:45 horas, del 14 de diciembre del 2012, que unifica el criterio de la unidad de la acción en el delito de violación indicando los siguientes criterios: “i) la estructura del tipo penal, ii) el bien jurídico tutelado, iii) el concepto de unidad de acción y iv) la perspectiva médico legal”.⁹⁶

Tomando en cuenta estas resoluciones la Sala Tercera indica que “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 desarrolladas tanto para el delito de violación como para el delito de abuso sexual⁹⁷, sin considerar algo tan medular, como que la acción en el delito de violación se encuentra regulada en singular y en el delito de abuso sexual en plural, tal como se analizó anteriormente.

Para fundamentar dicha posición, la Sala Tercera argumenta que el factor final es la primera parte del análisis por realizarse y que resulta insuficiente “por cuanto ya el tipo penal contiene y especifica ese fin de índole sexual⁹⁸ y por esto “resulta insuficiente acudir a este aspecto para delimitar la cantidad de abusos en

⁹⁶Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de casación: voto, 2016-440 del 13 de mayo de 2016, 10:10 horas (expediente 11-003171-0345PE). .

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Ibid.

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”.⁹⁹

Si bien, como se indica por parte del Sala Tercera, es reconocido por la doctrina que el factor final es solo un elemento para valorar, el fin del imputado en la acción realizada no puede ser analizado como un elemento aislado del todo el conjunto de acciones, ya que la realización de varias acciones sexuales pueden a su vez buscar satisfacer un único fin sexual libidinoso en un momento específico. Enríquez Delgado¹⁰⁰ indica que “La finalidad es la voluntad que rige y da sentido a una pluralidad de actos físicos aislados”¹⁰¹ ; sin embargo, esta pluralidad de actos no en todas las ocasiones son “aislados”, sino que en algunas ocasiones pueden estar encaminados de forma paulatina.

Sería un error considerar que el sujeto activo en un delito de abuso sexual, en cada acto sexual que realiza satisface un deseo sexual, ya que parece más lógico considerar que todos estos actos se realizan con el fin de satisfacer un mismo deseo sexual; claro está, limitando este fin por medio del criterio espacial-temporal.

Continúa la Sala Tercera fundamentando esta posición, por medio del criterio normativo, donde se indica que “al igual que ocurre con el delito de violación, lo importante es que sea perfectamente posible individualizar cada uno

⁹⁹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de casación: voto, 2016-440 del 13 de mayo de 2016, 10:10 horas (expediente 11-003171-0345PE).

¹⁰⁰ Para dicha premisa el autor toma como referencia a Cecilia Sánchez Romero y un curso de teoría del delito, impartido en el Colegio de Abogados de Costa Rica en el año 2008.

¹⁰¹ Michael Enríquez Delgado. “El vínculo jurídico existente entre los múltiples accesos carnales y el concurso de delitos en el delito de violación sexual” (Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Costa Rica, 2016), 73.

de esos actos constitutivos de abuso, que agotan la previsión normativa del tipo penal”.¹⁰²

Tal como se viene indicando, el delito de abuso sexual, específicamente la acción típica, se compone por “actos con fin sexual”. Es posible que estos actos, analizados de forma individual, puedan agotar, cada uno, el delito de abuso sexual, sin embargo, que el legislador costarricense optó por imponer una misma sanción para la realización de los estos y constituyen un solo delito de abuso sexual ya que todos se encuentran encaminados a un mismo fin.

En relación con el elemento espacial temporal, en este voto la Sala Tercera indica que:

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.¹⁰³ 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

¹⁰² Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de casación: voto, 2016-440 del 13 de mayo de 2016, 10:10 horas (expediente 11-003171-0345PE).

¹⁰³ Tal como se indicó cuando se analizó el *iter criminis*, un plan de autor puede componerse de varias acciones y la Sala Tercera con su argumentación parece fundamentar que cada acción sexual que realiza el imputado tuviera un *iter criminis* aparte.

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.¹⁰⁴ (El subrayado no es del original).

¹⁰⁴ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de casación: voto, 2016-440 del 13 de

La Sala Tercera de forma expresa opta por no realizar un análisis del fenómeno espacial-temporal, para limitar la existencia de una acción jurídicamente relevante en el delito de abuso sexual y establece como elemento definitivo para establecer una acción jurídicamente relevante en el abuso sexual, según la línea argumentativa que se desarrolla a lo largo del voto, que el acto ejecutado se debe tipificar en el delito de abuso sexual por sí mismo.

El fenómeno espacial-temporal, tal como se fundamentó en la sección anterior, constituye un criterio esencial para la determinación de la existencia de una acción o varias acciones jurídicamente relevantes, máxime cuando el tipo penal del abuso sexual no establece de forma explícita la limitación de cuántos actos se tipifican en el delito.

De especial interés resulta cuando se indica que “...no resulte esencial para la consumación delictiva una acción respecto de la otra y puedan coexistir de forma independiente”,¹⁰⁵ ya que cuesta imaginar una situación en la que para la consumación de un acto sexual sea necesario la realización de otro.

Un ejemplo claro de esto es un cuadro fáctico donde el imputado toca los senos de la ofendida y posteriormente la parte externa su vagina, sin que los hechos se tipifiquen en el delito de violación. Es claro que se está ante “actos con un fin sexual” que deberían ser calificados como un delito de abuso sexual, sin embargo, cada acto podría tipificarse como delito de abuso sexual de forma independiente y no existe dependencia de un acto en relación con el otro.

mayo de 2016, 10:10 horas (expediente 11-003171-0345PE).

¹⁰⁵ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de casación: voto, 2016-440 del 13 de mayo de 2016, 10:10 horas (expediente 11-003171-0345PE).

Del marco fáctico que se tuvo por probado, la Sala Tercera calificó los hechos como dos delitos de abuso sexual en concurso material, cuando de una correcta aplicación del criterio mixto y el criterio espacial-temporal, los hechos se debían establecer como un único delito de abuso sexual.

B) Resolución: 2016-1164, de las nueve horas y cuarenta y ocho minutos del cuatro de noviembre del dos mil dieciséis.

Recurso de casación incoado por el Ministerio Público contra la resolución n.º 79-16, dictada por el Tribunal de Apelación de Sentencia del Segundo Circuito Judicial de Santa Cruz, como motivo se reclama inaplicación de un precepto legal procesal, por cuanto el tribunal de alzada modificó la calificación jurídica de los hechos establecidos por parte del Tribunal de primera instancia, estableciendo la existencia de un único delito de abuso sexual por unidad de acción de los hechos acusados, sin la sustentación de los elementos probatorios que fundamentan el voto. Se tienen como hechos probados los siguientes:

La menor ofendida 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. 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 esta, en Santa Rosa de Santa Cruz, el encartado, 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.¹⁰⁶

El recurso es declarado con lugar, primero indicando que el voto 2016-440 de dicha Sala unificó la materia en este tema y establece que:

(...) 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.¹⁰⁷

Tal como se indicó anteriormente, cuando la Sala Tercera defiende esta posición, lo realiza fundamentándose en un análisis del criterio normativo, sin embargo, dicho análisis se realiza omitiendo que el tipo penal en el delito de abuso sexual se encuentra escrito en plural. Sumado a esto, opta por restar importancia al fenómeno espacial-temporal para establecer cuándo estamos ante una sola acción o varias, que tal como se probó, son un elemento determinante para limitar la acción en los tipos penales que se establecen en plural y abarcan varios actos para su realización.

Sin embargo, en esta oportunidad hubo un voto salvado por parte de un magistrado, situación que presta especial atención de esta resolución, por cuanto

¹⁰⁶ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de casación: voto, 2016-1164 del 4 de noviembre de 2016, 9:48 horas (expediente 10-001061-0412-PE).

¹⁰⁷ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de casación: voto, 2016-1164 del 4 de noviembre de 2016, 9:48 horas (expediente 10-001061-0412-PE).

en el voto salvado se expone una tesis a favor de tipificar un cuadro fáctico en el que se realicen varios actos sexuales en un mismo espacio y tiempo como un único delito de abuso sexual; esto analizando que solo existe una acción jurídicamente relevante en el marco factico que se tuvo probado.

Dentro de lo importante a resaltar en el voto salvado es que, en criterio de dicho magistrado, las acciones analizadas en esta causa se debían tipificar como un único delito de abuso sexual, indicando lo siguiente:

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, solo comete un delito.¹⁰⁸

El voto salvado expone la importancia de valorar el criterio normativo en el delito de abuso sexual, de una forma correcta, fundamentando la tesis que se viene argumentando a lo largo de esta investigación, que la acción típica en el delito de abuso sexual se estableció en plural por parte del legislador por lo que debe valorarse de esta forma por parte del aplicador de la norma. De igual forma

¹⁰⁸ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de casación: voto, 2016-1164 del 4 de noviembre de 2016, 9:48 horas (expediente 10-001061-0412-PE).

refiere a la aplicación de un criterio espacial-temporal, indicando que para limitar la existencia de dos acciones jurídicamente relevantes es necesaria una “ruptura causal”, elemento que se analizará a continuación.

C) Voto 2018-00157, de la Sala Tercera de las diez horas quince minutos del dieciséis de marzo del dos mil dieciocho.

Recurso de casación interpuesto por el defensor del imputado contra la sentencia 162-17, de las catorce horas veinte minutos, del primero de agosto del dos mil diecisiete, del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste, Santa Cruz. Se admitió por parte de la Sala Tercera como único reproche la errónea aplicación de un precepto legal sustantivo del artículo 161 del Código Penal, en relación con el delito de abuso sexual y se declaró con lugar, con el siguiente cuadro fáctico.

La menor ofendida, nació el 20 de mayo de 1987, por lo que para la fecha de los hechos que se dirán tenía 17 años. El acusado es el compañero sentimental de una prima lejana de la agraviada, motivo por el cual mantenía una relación de confianza con la víctima y la familia de esta. Sin precisar fecha exacta, un día del mes de marzo del año 2005 en horas de la mañana, el imputado llegó a la casa de habitación de la menor ofendida quien para ese momento contaba con 17 años de edad, sita en la localidad de (...), con la finalidad de buscar al padre de la menor ofendida. En ese momento y lugar, el imputado, quien para ese momento era compañero sentimental de la prima de la ofendida valiéndose de la relación de

confianza que tiene con la menor ofendida y la familia de esta debido al parentesco familiar, realizó actos abusivos de connotación sexual sobre el cuerpo de la menor, toda vez que con sus manos le tocó sus pechos e inmediatamente luego le tocó con su mano los glúteos, tocamientos que realizó por encima de la ropa que portaba la menor ofendida.¹⁰⁹

Se establece que para determinar la unidad de la acción en el delito de abuso sexual se debe recurrir a criterio mixto, analizando los factores normativo y finalista, posición mantenida desde larga data por parte de la Sala Tercera.

Sin embargo, se menciona como fundamento el voto 440-2016 de dicho órgano de casación, donde se establece que para cada caso concreto se debe realizar una valoración de los hechos y valorar la existencia de unidad de acción, indicando lo siguiente:

Por lo anterior, es que nos encontramos ante un solo abuso sexual y no ante dos delitos de esta naturaleza, como erróneamente fue calificado por el Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de Guanacaste, sede Liberia y así avalado por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste, sede Santa Cruz; ello por cuanto los eventos suceden, según los hechos acreditados, de manera inmediata, lo cual evidencia que de la propia fundamentación fáctica de la sentencia no se identifica cada conducta abusiva por separado, de manera diferenciada.

Aunado a ello –se reitera que del relato de la afectada, se desprende que el

¹⁰⁹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de casación: voto, 2018-157 del 16 de marzo de 2018, 10:15 horas (expediente 08-002765-0396PE).

tocamiento de sus senos y glúteos acontecieron en el mismo momento, lo que hace más claro que, hubo una única lesión al bien jurídico tutelado, la indemnidad sexual, con independencia de que en este caso en específico se hayan tocado dos diferentes zonas del cuerpo de la persona menor de edad, por lo que, tampoco se cumple por separado la previsión normativa del tipo penal contemplada en el numeral 161 del Código Penal, puesto que el núcleo de la acción típica de dicho artículo es “realizar actos con fines sexuales”. El uso de la palabra “actos”, la cual se encuentra en plural, hace referencia a un conjunto de acciones físicas que ocurren en un mismo instante.¹¹⁰

Del voto en análisis se puede agregar que contempla la existencia de la unidad de acción en el delito de abuso sexual, por medio de un análisis del tipo de abuso sexual, que, tal como se demostró, se omitió por completo en el voto 2016-440 y el voto de mayoría 2016-1164, estableciendo para el caso concreto la existencia de una única acción jurídicamente relevante para el delito de abuso sexual, posición que es más acertada en aplicación de los criterios analizados anteriormente.

Resulta vital como en este voto se utiliza la misma línea jurisprudencial establecida en el voto unificador 2016-440, sin embargo, se realiza una valoración distinta en relación con el criterio normativo y se establece como criterio para determinar el número de acciones jurídicas relevantes en el delito de abuso sexual

¹¹⁰ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de casación: voto, 2018-157 del 16 de marzo de 2018, 10:15 horas (expediente 08-002765-0396PE).

el elemento espacio-temporal de cada acción, valorando que los hechos que se tienen por probados ocurrieron en un mismo “instante” lo que hace que encajen en la acción del tipo penal del delito de abuso sexual.

La aplicación de la unidad de la acción en el delito de abuso sexual es de vital importancia en la práctica jurídica, por cuanto, de un análisis incorrecto del mismo y establecer la existencia de varias acciones jurídicamente relevantes, en lugar de una sola acción, se pueden imputar varios delitos de abuso sexual a un imputado y con esto una mayor penalidad, desde el punto de vista de imposición de la pena.

De un análisis primeramente doctrinario y posteriormente jurisprudencial de la acción jurídicamente en el delito de abuso sexual es claro que en la jurisprudencia costarricense existen dos posiciones jurisprudenciales contrarias. Mientras que la posición establecida en el voto 2018-00157 y en el voto salvado 2016-1164 se apega a los criterios fundamentales doctrinarios que rigen la materia, como los criterios finalistas y normativos, al igual que el criterio espacial-temporal por lo que califica correctamente los hechos, la posición de los votos 2016-440 y el voto de mayoría 2016-00157 califican la existencia de dos o más acciones jurídicamente relevantes y con esto la existencia de un concurso material por la tipificación de varios delitos de abuso sexual, que es incorrecta y contraria a lo jurídicamente correcto.

En el siguiente capítulo se analizará la situación de los concursos de delitos aplicables según estas posiciones en relación con el tema de la unidad de la

acción en el delito de abuso sexual, para en el siguiente título establecer sus repercusiones en la imposición de la pena del imputado.

Capítulo II: Concursos de delitos aplicables al abuso sexual según la unidad de la acción

Sección I: Los concursos de delitos en la normativa costarricense

Una vez que se realizó el análisis de un cuadro fáctico en relación con la acción y en caso de determinarse que existen dos o más acciones jurídicamente relevantes, se debe analizar si en relación con estas se puede aplicar un concurso de normas.

La relevancia del concurso se traduce principalmente en la forma de aplicación y determinación de las penas. Ello así porque cuando surgen pluralidad de infracciones a la ley (violaciones a diversos tipos penales) la disputa consiste en definir si las mismas se dieron en un solo hecho o acción, es decir, bajo el sentido de unidad de acto, o bien el único punto en común es que a todas dichas acciones las ejecutó el mismo actor, o bien existe recaen sobre el mismo sujeto pasivo. En otras palabras, puede que exista concurso, o bien, solo se trata de una necesidad de acumulación de causas.¹¹¹

¹¹¹ María Eloísa Quintero. "Concurso de delitos". México: INACIPE: 5. Consultado el 9 de agosto, 2018:
<http://www.inacipe.gob.mx/stories/investigacion/descargas/CAP%C3%8DTULO%2012%20Concurso%20de%20delitos.pdf>.

Establecer si en un cuadro fáctico se puede dar la aplicación de un concurso de delitos es de vital importancia en el derecho penal, por cuanto incide en muchos factores, tales como la imposición de la pena. Álvarez Pozo indica que “Igualmente en nuestro país, son muchos los autores que sostienen que el concurso de delitos encuentra su principal dimensión problemática y político-criminal en el terreno de la determinación de la pena”.¹¹² Esto demuestra que esta situación sucede de la misma forma en el derecho comparado.

Quintero, por su parte, indica lo siguiente en relación con el tema del concurso y la imposición:

Un manejo idóneo y justo de las reglas de concurso permite no solo llegar a una penalidad proporcional y justa, sino que aboga contra la impunidad. Las acciones penalmente relevantes confluyen en los hechos; es tarea de los actores del Sistema de Justicia, en este caso, el Ministerio Público advertir cuántas acciones (en sentido genérico) son relevantes, si existe unidad de actos entre ellas, qué relevancia penal revisten, y qué penalidad les ocupa, según el caso.¹¹³

El tema del concurso de delitos aplicable se debe realizar con apego de la unidad de la acción, ya que la aplicación del concurso depende del número de

¹¹² María de la Palma Álvarez Pozo. “El concurso ideal de delitos” (Universidad de Granada, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal, Tesis doctoral, 2007), 8.

¹¹³ María Eloísa Quintero. “Concurso de delitos”. México: INACIPE. Consultado el 9 de agosto de 2018:
<http://www.inacipe.gob.mx/stories/investigacion/descargas/CAP%C3%8DTULO%2012%20Concurso%20de%20delitos.pdf>.

delitos existentes o normas jurídicas que se violentan con el actuar del sujeto activo. El concurso de delitos puede ser definido de la siguiente forma:

Con palabras de la doctrina podemos decir que el concurso de delitos se da en aquellos: “casos de concurrencia de tipos penales sin que ninguna excluya al otro —como en el caso del concurso aparente de leyes —, en los que se afectan diferentes normas penales”.¹¹⁴

Tal como lo establece Quintero, en la aplicación de un concurso de delitos, concurren varios tipos penales, ya sea por la concurrencia de varios delitos en una sola acción, o por otra parte, por la concurrencia de varios delitos en varias acciones.

De la definición anterior se extrae un elemento de relevancia: la valoración se realiza para aplicarse en un mismo proceso, en el que existe un imputado en común.

Muñoz Conde indica que la calificación concursal “(...) depende de una determinada regulación legal, la del Código penal vigente, que, por imperativo del principio de legalidad, es vinculante tanto para el intérprete, como para el juzgador, y que muchas veces pone en cuestión las teorías existentes sobre el concurso de delitos”.¹¹⁵

¹¹⁴ María Eloísa Quintero. “Concurso de delitos”, México: INACIPE. Consultado el 9 de agosto de 2018:

<http://www.inacipe.gob.mx/stories/investigacion/descargas/CAP%C3%8DTULO%2012%20Concurso%20de%20delitos.pdf>.

¹¹⁵ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán. Derecho penal: parte general (Valencia, España: Tirant le Blanch, 2010), 465.

En Costa Rica, los concursos de delitos se regulan en el Código Penal, Título II: El Hecho punible, Sección II: Concurso de Delitos y Concurso Aparente de Normas, por lo que es pertinente analizar cada concurso por separado.

a) Concurso ideal

Se está ante la existencia de un concurso ideal:

Cuando una sola acción infringe varias disposiciones legales o varias veces la misma disposición, es decir, cuando con una sola acción se cometen varios tipos delictivos homogéneos (la bomba del terrorista mata a varias personas) o heterogéneos (la bomba mata y produce daños materiales) surge el llamado concurso ideal o formal.¹¹⁶

El concurso ideal, tal como se indicó, se establece cuando en una única acción jurídicamente relevante se cometen varios delitos, ya sea que se violenta el mismo tipo delictivo (lo que se conoce como concurso ideal homogéneo) o varios tipos penales (conocido como concurso ideal heterogéneo). Sin embargo, es importante resaltar que dicha división no se establece en el Código Penal actual. El artículo 21 del Código Penal establece lo siguiente “Hay concurso ideal cuando con una sola acción u omisión se violan diversas disposiciones legales que no se excluyen entre sí”.¹¹⁷

¹¹⁶ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán. Derecho penal: parte general (Valencia, España: Tirant le Blanch, 2010), 466.

¹¹⁷ Asamblea Legislativa. “Ley 4573 Código Penal: noviembre de 1971”, La Gaceta n.º 257 (15 de noviembre del 1970).

Maldonado Mella establece que “Los elementos que configuran el concurso ideal de delitos son la unidad de hecho o acción, la unidad de sujeto activo y la pluralidad de valoración jurídica”,¹¹⁸ elementos que son aplicables a lo establecido en el Código Penal actual en el artículo 21.

b) Concurso material

Enríquez Delgado indica que “Existe concurso real cuando un mismo agente realiza varias acciones o hechos, cada uno constitutivo de un delito autónomo, delitos juzgados en un mismo proceso penal. Requiere este concurso una pluralidad de acciones y lesiones, no existe acá unidad de acción”.¹¹⁹

Tal como lo establece el autor citado, para su configuración es necesario que se realicen varias acciones distintas que generen como resultado la tipificación de varios delitos. En la siguiente sección se analizará cómo su errónea valoración puede generar que una sola acción jurídicamente relevante se valore como dos delitos y se aplique este concurso, lo que genera una penalidad irracional y desproporcionada para el imputado.

¹¹⁸ Sergio Alberto Maldonado Mella. “Concurso de delitos y problemas de determinación de la pena en las estafas “masivas”: lecciones de los casos “La Polar”, “Fermex” y “Madoff” frente a la dogmática penal” (Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales: Universidad de Chile, Departamento de Derecho Penal), 27.

¹¹⁹ Michael Enríquez Delgado. “El vínculo jurídico existente entre los múltiples accesos carnales y el concurso de delitos en el delito de violación sexual” (Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Costa Rica, 2016), 84.

En la normativa costarricense, el concurso material se encuentra regulado en el artículo 22 que dicta que “Hay concurso material cuando un mismo agente comete separada o conjuntamente varios delitos”.¹²⁰

El concurso material en Costa Rica busca regular de forma conjunta una serie de delitos realizados por un mismo sujeto activo, esto en relación por un principio de acumulación de causas para la imposición de la pena, tal como lo establece Muñoz Conde:

Cada acción por separado constituye un delito y, en principio, el tratamiento penal debe ser el principio de acumulación. Pero este principio, entendido de un modo aritmético, conduce, si no se limita de algún modo, a penas draconianas incompatibles con la valoración global de todos los delitos y con la sensibilidad jurídica.¹²¹

Maldonado Mella, por su parte, indica los siguientes elementos necesarios para la aplicación del concurso material, los cuales se encuentran en armonía con lo que califica el código penal costarricense como concurso material.

Del concepto desarrollado por la doctrina y las distintas legislaciones se desprenden 4 elementos necesarios para la configuración del concurso real: unidad de sujeto activo, pluralidad de hechos punibles o acciones,

¹²⁰ Asamblea Legislativa. “Ley 4573 Código Penal: noviembre de 1971”, La Gaceta n.º 257 (15 de noviembre del 1970).

¹²¹ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán. Derecho penal: parte general (Valencia, España: Tirant le Blanch, 2010), 468.

inexistencia de sentencia condenatoria previa o intermedia y ausencia de conexión entre los hechos.¹²²

c) Concurso aparente de normas

El concurso aparente de normas es llamado por muchas legislaciones como concurso de leyes, por cuanto —a diferencia de los concursos anteriormente analizados, en los que lo que se realiza es una valoración de la acción penal— en este tipo de concurso lo que se valora es la tipificación de los hechos, cuando “aparentemente” un mismo cuadro fáctico puede ser calificado como delito por dos o más normas.

Arce Aggeo indica que “ubicamos al concurso aparente de leyes como una hipótesis configurativa de delito único por efecto del tipo pero no por su ámbito continente o abarcativo, sino por efecto de las relaciones existentes entre los mismos, a las cuales denominamos “relaciones típicas”, puesto que se dan entre tipos penales”.¹²³

Con respecto al concurso aparente de normas, muchos autores indican que su existencia no es necesaria, por cuanto de una correcta aplicación de la calificación jurídica de los hechos analizados, solamente una norma debe ser aplicable, sin embargo, en la mayoría de códigos penales occidentales se regula su aplicación.

¹²² Sergio Alberto Maldonado Mella. “Concurso de delitos y problemas de determinación de la pena en las estafas “masivas”: lecciones de los casos “La Polar”, “Fermex” y “Madoff” frente a la dogmática penal” (Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales: Universidad de Chile, Departamento de Derecho Penal),15.

¹²³ Miguel Ángel Arce Aggeo. Concurso de delitos en materia penal (Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad SRL, 1996), 157.

En Costa Rica, el artículo 23 del Código Penal regula el concurso aparente de normas indicando lo siguiente:

Cuando una misma conducta esté descrita en varias disposiciones legales que se excluyan entre sí, solo se aplicará una de ellas, así: la norma especial prevalece sobre la general, la que contiene íntegramente a otra se prefiere a esta y aquella que la ley no haya subordinado expresa o tácitamente a otra, se aplica en vez de la accesoria.¹²⁴

El artículo establece, entonces, como primer requisito para la aplicación del concurso que las normas se deben excluir entre sí, esto en aplicación del principio *nom bis in idem*, que dicta que un hecho no puede ser penalizado dos o más veces.

Posteriormente, el mismo artículo indica una lista taxativa de elementos que debe valorar el aplicador de la norma, para establecer cuál normativa aplicar al caso concreto. El primer elemento a valorarse es cuál norma tiene carácter especial, posteriormente la que contiene íntegramente a la otra, y por último, un principio de subordinación cuando se indique de esta forma por ley.

Una vez analizados los concursos de delitos establecidos en la normativa penal costarricense, se analizará su aplicación en Costa Rica.

¹²⁴ Asamblea Legislativa. “Ley 4573 Código Penal: noviembre de 1971”, La Gaceta n.º 257 (15 de noviembre del 1970).

Sección II: Concursos de delitos aplicables al delito de abuso sexual en relación con las posiciones jurisprudenciales de la Sala Tercera

Tal como se indicó en la sección anterior, para la aplicación de un concurso material o ideal es necesario establecer primero la existencia de una o varias acciones jurídicamente relevantes. En relación con el delito de abuso sexual, dependiendo de la aplicación de posición de la Sala Tercera en cuanto a la unidad de la acción, podría variar la necesidad de aplicación de un concurso material de normas, situación que tiene incidencia directa en la imposición de la pena.

A) Concurso ideal

En ambas posiciones jurisprudenciales no existe mayor diferencia, ya que la acción jurídicamente relevante debe violentar dos tipos penales. En el caso del concurso ideal heterogéneo, al establecer un marco fáctico con la existencia de dos acciones, no aplica dicho concurso. Además, lo vital es la existencia de otro delito aplicable, aparte del abuso sexual.

Con la aplicación de un concurso ideal homogéneo, en caso de que se determine la existencia de una sola acción, no se puede proceder a su aplicación; mientras que, si se determina la existencia de dos acciones jurídicamente relevantes, lo que procede es la aplicación de un concurso material.

B) Concurso material

Si analizamos la aplicación de un concurso material a un caso concreto, su aplicación difiere totalmente según la posición jurisprudencial seguida.

Si se aplica el criterio de la unidad de la acción en el delito de abuso sexual, seguido en el voto 2018-00157 de la Sala Tercera, la aplicación del concurso material se supedita a que se establezcan dos acciones en el delito de abuso sexual claramente identificables, esto estableciendo los criterios anteriormente analizados de los que se deben resaltar la aplicación de dos criterios, el mixto y el fenomenológico, que permita acreditar la existencia de dos abusos sexuales.

1) Mixto

Es necesario recordar que bajo este criterio la existencia de varias acciones naturales con fines sexuales se puede tipificar en el delito de abuso sexual, esto por cuanto se regula en el tipo penal que el delito se configura cuando se realizan “actos”. Y estos actos se encuentran encaminados a la conclusión de un “fin” previamente establecido por el imputado.

Valiéndose de esta posición jurisprudencial, es necesario primero determinar la existencia de por lo menos dos acciones jurídicamente relevantes que se puedan tipificar en el delito de abuso sexual, para la aplicación de un concurso material.

Para determinar la existencia de dos acciones jurídicamente relevantes en el delito de abuso sexual, es necesario primero determinar si los hechos analizados se tipifican en un único delito de abuso sexual ejecutados con un mismo fin. Si bien es necesario recurrir a este criterio, sin lugar a dudas por medio del criterio fenomenológico es que se va a limitar el número de acciones jurídicamente relevantes.

2) Criterio espacial-temporal

El fenómeno espacial-temporal constituye el criterio que definirá hasta qué punto se pueden establecer dos o más acciones jurídicamente relevantes. Si se realiza solamente la valoración de criterio normativo en el delito de abuso sexual, se puede llegar a la errónea conclusión de que todos los actos con fin sexual que realice el sujeto activo sobre el sujeto pasivo van a ser parte de un mismo delito de abuso sexual. El criterio de la unidad espacial-temporal es lo que pone un límite a los actos, para determinar cuándo se tiene por realizada una acción y cuándo nuevos actos configurarían otra acción punible por separado.

El Código Penal vigente establece en el artículo 19 que “El hecho punible se considera realizado en el momento de la acción u omisión, aun cuando sea otro momento el resultado”.¹²⁵ Por lo que, para determinar existencia de la acción típica regulada en el delito de abuso sexual, la misma ley establece que se debe tomar en cuenta el momento de la acción. Sin embargo, esta acción se supedita a su vez a lo establecido en el tipo penal, realizar “actos con fines sexuales”; fin que se establece en un momento específico.

Parece que determinar hasta qué momento estamos ante una unidad de acción en el espacio y tiempo —tal como lo establece la Sala Tercera en la posición jurisprudencial del voto 2018-157— es una situación casuística; sin embargo, es vital establecer que entre las acciones que se valoran se dé una

¹²⁵ Asamblea Legislativa. “Ley 4573 Código Penal: noviembre de 1971”, La Gaceta n.º 257 (15 de noviembre del 1970).

“ruptura temporal”; que permita acreditar que la acción delictiva se tuvo por terminada y se realizó una nueva.

Esta ruptura temporal puede ser el caso de que el imputado realiza actos con fines sexuales sobre el cuerpo de la ofendida en un cuarto y posteriormente sale de dicho recinto para entrar minutos más tarde y realizar nuevos actos, o el caso en que el imputado realiza una serie de actos sexuales por un periodo de tiempo, sin embargo, por acción de un agente tercero se detiene, interactúa con el tercero y posteriormente realiza nuevos actos.

Las situaciones ejemplificadas presentan como elemento en común que el imputado realizó una serie de actos con un fin sexual; sin embargo, este fin termina en un momento específico y los siguientes actos que se realizan responden a un “nuevo fin” que eventualmente puede ser el mismo, satisfacer su deseo sexual. No obstante, su ejecución requiere que nuevamente el imputado encamine sus acciones, que habían sido finalizadas, a dicho fin nuevamente.

Así se ha dicho: “Cuando en el delito de abuso sexual se está en presencia de pluralidad de tocamientos efectuados por el activo en el cuerpo de la víctima, realizados en distinto tiempo y encaminados en cada ocasión a consumir dicho ilícito, en cada una de ellas se actualizará un delito independiente, pues el abuso sexual es un delito instantáneo, porque en el

mismo momento en el que se actualiza la conducta punible se produce el resultado (...).¹²⁶

Tal como se establece por parte de la autora citada, es necesario entonces que, para la aplicación del concurso material, los hechos efectuados por parte del sujeto activo se realicen en un tiempo distinto. Establecer exactamente cuándo se da un tiempo distinto en un acto es también una valoración que genera duda; sin embargo, dicho análisis se debe realizar en el caso concreto.

El verdadero problema recae cuando se aplica el criterio indicado por parte de la Sala Tercera en los votos 2016-440 y 2016-1164, ya que al omitirse el hecho de que el tipo penal en el delito de abuso sexual se encuentra descrito en forma plural, se puede llegar al equívoco de que cada acción natural específica que realice el sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto pasivo sería una acción jurídicamente relevante, y de esta forma, cada una de estas acciones se subsumiría en un delito de abuso sexual.

El fundamento jurisprudencial analizado en la sección anterior para determinar la existencia de una acción jurídicamente relevante en el delito de abuso sexual que establece como necesario que cada acto agote el tipo de abuso sexual, genera como conclusión que un grupo de acciones realizadas en búsqueda de un mismo fin inmediato se puedan tipificar como distintos delitos de abuso sexual, y esto a su vez que se deba aplicar un curso material por varios

¹²⁶ María Eloísa Quintero. "Concurso de delitos". México: INACIPE: 19. Consultado el 9 de agosto de 2018: <http://www.inacipe.gob.mx/stories/investigacion/descargas/CAP%C3%8DTULO%2012%20Concurso%20de%20delitos.pdf>.

delitos de abuso sexual cuando de una aplicación correcta de la ley los hechos encajarían en un único delito de abuso sexual.

Jubert considera que “si para la existencia de un delito doloso es preciso que el autor conozca y quiera los actos ejecutivos que realiza, para la existencia de dos delitos, debería exigirse que el sujeto supiera que infringe más de una ley penal, sea esta la misma o una distinta, suceda ello en unidad o pluralidad de hechos”.¹²⁷

Lo indicado por Jubert es aplicable al caso concreto que se analiza, ya que el imputado que realiza varios actos sexuales en un mismo momento con el fin de saciar su apetito sexual lo realiza conociendo que adecua su comportamiento a una acción delictiva; sin embargo, exigirle que conozca que cada momento que realice un acto singular que dé por consumado el delito de abuso sexual no refleja lo que ocurre en un caso específico, por lo menos hasta el momento en que ocurra una ruptura temporal, que permita al imputado valorar si vuelve a adecuar su comportamiento a una acción delictiva.

Del anterior análisis, entonces, en una situación en que el imputado primero toque los senos de la ofendida y posteriormente su vagina, sin que para la realización de la segunda acción sea necesario la realización de la primera, en aplicación del criterio de los votos 2016-440 y 2016-1164 de la Sala Tercera, se deben aplicar las reglas del concurso material, hechos que se tipificarían en dos

¹²⁷ Ujala Joshi Jubert. “Unidad del hecho y concurso medial de delitos (Universidad de la Rioja, España)”, Anuario de derecho penal y ciencias penales, tomo 45 (1992), 631.

delitos de abuso sexual, con una imposición de una pena que podría ser el doble de lo que debería ser jurídicamente correcto.

C) Concurso aparente de normas

Finalmente, en relación con la aplicación de un posible concurso aparente de normas, se debe verificar si una acción, aunque se configura el delito de abuso sexual, también podría tipificarse en otro delito.

Un ejemplo de esta situación es en relación con el delito conductas sexuales abusivas, regulado en el artículo 30 de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, que establece como acción típica obligar a una mujer con la que mantenga una relación de matrimonio o unión de hecho a soportar durante la relación sexual actos que le causen dolor o humillación, o ver actos de exhibicionismo, a ver o escuchar actos pornografía o actos con contenido sexual.

Si bien las conductas anteriores eventualmente podrían encajar en el delito de abuso sexual, en el caso de que estas se produzcan durante el acto sexual, en el que el sujeto activo mantenga una relación de matrimonio o unión de hecho, se debe aplicar el delito de conductas sexuales abusivas, esto por cuanto la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres tiene carácter de ley especial en relación con el Código Penal vigente de Costa Rica.

En relación con la aplicación de un concurso material, cuando lo que realmente configura un marco fáctico es un único delito de abuso sexual, sin lugar a dudas genera una serie de efectos procesales y violatorios de principios del

derecho penal. Sin embargo, la imposición de una pena contraria a los principios de racionalidad y proporcionalidad al imputado es el principal detrimento en su contra, como se analizará en el siguiente título.

Título tercero: Alcances de la aplicación de los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad en la determinación de la pena

Capítulo I: Imposición de la pena en delito de abuso sexual a la luz de las posiciones de la unidad de acción de la Sala Tercera

Sección I: Determinación de la pena en la normativa costarricense

Antes de analizar la proporcionalidad y la razonabilidad en la imposición de la pena como principios constitucionales, es necesario verificar los criterios para interponer una pena al imputado condenado y su caso específico en la normativa penal costarricense.

Von Hentig¹²⁸ indica cómo la pena a lo largo de la historia de la humanidad no fue un castigo exclusivo para los seres humanos, sino que se utilizó para castigar a los difuntos, los animales y objetos sin vida.

El mismo autor indica también cómo el titular para ejercer la potestad punitiva (que era más “un derecho para castigar”) fue en su momento la tribu o los familiares del sujeto pasivo de la acción que se considerara delictiva (la venganza de sangre), o el *pater* de familia en derecho romano.

En relación con la pena como medio represivo, conforme avanzó la materia relacionada con derechos humanos, muchas formas de castigo que se utilizaron en la antigüedad, como la mutilación o la pena de muerte, fueron quedando en el olvido, lo que generó el apogeo de la pena privativa de libertad como principal castigo a los condenados.

El artículo 50 del Código Penal de Costa Rica¹²⁹ establece las clases de penas aplicables en Costa Rica.

¹²⁸ Han Von Hentig, alemán, nacido en el año 1887, criminólogo, considerado el padre del estudio de la victimología.

¹²⁹ Asamblea Legislativa. “Ley 4573 Código Penal: noviembre de 1971”, La Gaceta n.º 257 (15 de noviembre del 1970).

Artículo 50. Las penas que este Código establece son:

- 1) Principales: prisión, extrañamiento, multa e inhabilitación.
- 2) Accesorias: inhabilitación especial.
- 3) Prestación de servicios de utilidad pública.
- 4) Arresto domiciliario con monitoreo electrónico.

El inciso 4) del artículo en cuestión¹³⁰ es un claro ejemplo como la normativa costarricense busca disminuir la aplicación de la pena privativa de libertad; sin embargo, dicha clase de pena continúa siendo la de mayor aplicación cuando el sujeto activo del proceso no se puede someter a una medida alterna o un proceso especial. Es importante entonces limitar el tiempo que el condenado se encuentre en prisión, promoviendo que la pena impuesta en estos casos sea la más ajustada los derechos del condenado, así como a la gravedad de la infracción al ordenamiento jurídico realizada.

En relación con el tema del fin de la pena, existen diversas discusiones en torno al “deber ser” de la función de la pena, principalmente en relación con la pena de privativa de libertad, que constituye la principal pena a imponerse en la normativa costarricense.

Sin entrar a valorar estas discusiones, ya que las mismas podrían ocupar por sí solas toda una investigación, el Código Penal vigente en Costa Rica, en el artículo 51¹³¹ establece que el fin de la pena es la rehabilitación del condenado.

Artículo 51. La pena de prisión y las medidas de seguridad se cumplirán en los lugares y en la forma en que una ley especial lo determine, de manera que ejerzan sobre el condenado una acción rehabilitadora. Su límite máximo es de cincuenta años.

¹³⁰ Dicho inciso fue agregado al artículo original por medio de la ley 9271, Mecanismos Electrónicos de Seguimiento en Materia Penal, de fecha 30 de setiembre de 2014.

¹³¹ Asamblea Legislativa. “Ley 4573 Código Penal: noviembre de 1971”, La Gaceta n.º 257 (15 de noviembre del 1970).

Del artículo mencionado, es claro como la pena de prisión, en la concepción del legislador, debe buscar que el condenado se reintegre a la sociedad luego de cumplir la pena impuesta, por lo que durante la estancia del imputado en prisión se debe garantizar que cuente con los medios para poder realizar este proceso de “resocialización”.¹³²

El tema de la penalidad y la determinación de la pena, desde la aparición del Estado derecho, tuvo su apogeo y se expandió a temas relacionados con el fin de la pena y la cuantía de las penas posibles a establecerse. En relación con este último tópico se desarrollará esta sección.

La determinación de la pena puede ser definida como el acto mediante el cual el juez fija las consecuencias de un delito. En contra de lo que parece indicar su designación, no se trata únicamente de la elección de la clase y monto de la pena, sino que el concepto hace referencia también a cuestiones que se relacionan con el modo de ejecución de la pena establecida, tales como la suspensión de la ejecución, el cumplimiento en un establecimiento determinado o bajo ciertas condiciones, la imposición de deberes especiales, la indemnización del daño o la forma de pago de la multa, entre otras.¹³³

Tal como lo establece Ziffer, la imposición de una pena es la consecuencia directa del delito ejecutado por parte de un imputado, por lo que es claro que es una función básica y esencial del Estado establecer cuáles conductas constituyen delitos, así como las penas a interponerse por la realización de estos.

Esta obligación del Estado de derecho en la determinación de la pena es denominada potestad punitiva. “Esta potestad punitiva no contiene únicamente el aspecto subjetivo del derecho penal, sino también su condición misma de

¹³² La discusión de si el fin de la pena establecido legalmente en el Código Penal de Costa Rica se cumple o no es sin lugar a dudas un tema sumamente interesante para una investigación (esto en relación con los índices de los delincuentes reincidentes).

¹³³ Patricia Ziffer. Lineamientos de la determinación de la pena. 1 edición (Buenos Aires, Argentina, 1996), 23.

existencia, ya que el *ius puniendi*, existe en cuanto el Estado lo hace existir, y acaba cuando lo hace acabar el Estado”.¹³⁴

Tal como se indica por parte de Gutiérrez Villalobos, la potestad punitiva del Estado es exclusiva de esta institución, que es la encargada de establecer su existencia y regulación, así como su eliminación. Sin embargo, esta manifestación de poder del Estado debe realizarse apegada a una serie de pautas objetivas instauradas en la normativa penal, así como en aplicación de los principios del derecho internacional en materia relacionada con los derechos humanos. “El poder punitivo es una de las formas de intervención en el ejercicio de los derechos humanos, que se justifica solo cuando es estrictamente necesario y cuando atenta contra bienes jurídicos que están constitucionalmente protegidos”.¹³⁵

Esta potestad punitiva del Estado debe ser cuidadosamente aplicada, ya que, si bien la determinación de la pena es la conclusión del ejercicio del derecho penal, su errónea determinación por medio de hipótesis o valoraciones erróneas podría violentar los derechos del sujeto condenado, imponiendo penas injustas.

El eje del derecho penal y procesal radica en la pena; lo demás son solo los presupuestos de ella. Lo que en definitiva va a afectar directa y concretamente al ciudadano es la pena que se le va a aplicar y, por tanto, necesariamente dentro del proceso tiene que dársele la significación e importancia que merece. Todas las garantías penales sustanciales y procesales carecen de sentido si la determinación de la pena está desprovista de toda salvaguarda respecto al procesado.¹³⁶

La imposición de la pena representa una actividad realizada por parte de un órgano jurisdiccional competente, que tiene una especial atención, por cuanto en esta imposición es donde se materializa la restricción a los derechos

¹³⁴ Maribel Gutiérrez Villalobos. Delitos sexuales. Aumento de las penas y su eficacia punitiva. 1.ª. Edición. (San José, Costa Rica, Editorial Universidad Estatal a Distancia, 1999), 14.

¹³⁵ Miguel Carbonell et al. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, 1.ª. Edición. (Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 318.

¹³⁶ Claus Roxin et al. Determinación judicial de la pena (Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto S. R. L, 1993), 71.

fundamentales del encartado en el proceso penal, como es el caso de la limitación a la libertad en la pena de cárcel. Es por esto que se debe ajustar la pena a interponerse de la forma que sea más gravosa por el sentenciado.

(...) la pena debe estar positivamente establecida en la ley, ya sea con fines de reinserción, de prevención de bienes jurídicos o de garantizar la identidad y vigencia normativa, debe finalmente estar basada en la exigencia de proporcionalidad respecto del delito cometido. Esa proporcionalidad implica una racional ponderación de factores como la gravedad de la conducta (afectación o peligro de bienes), el objeto de tutela y las consecuencias jurídicas (desvaloraban del hecho). Es la búsqueda de la adecuada relación entre gravedad de sanción, por un lado y la importancia del bien jurídico tutelado, así como las diversas formas posibles de afectación o menoscabo a ese bien jurídico, por el otro.¹³⁷

En Costa Rica, así como en los países con raíces en el derecho romano y con una división tripartita del poder, la aplicación del *ius puniendi*, se encuentra delegada en el Poder Judicial, por medio de Tribunales de Justicia, todo esto previamente establecido en leyes dictadas por el poder legislativo.

La determinación o individualización de la pena depende de una serie de factores de diversa índole que se encuentran en los diferentes cuerpos normativos, lo que lleva a entender el hecho de que la imposición de la sanción penal tiene limitaciones legales, aunque hay parámetros sobre la personalidad del imputado que se dejan al arbitrio del juez que deben ser analizados en cada caso concreto siguiendo un proceso metódico que

¹³⁷ José Nieves Luna Castro. "La proporcionalidad como principio limitador en la determinación e imposición de las penas". (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México), 324. Consultado el 5 de mayo de 2018: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20160408_03.pdf.

suministran las teorías del delito y las teorías de la individualización de la pena.¹³⁸

Como lo establece Jiménez Zamora, es labor del juez aplicar estos parámetros legales en la imposición de pena, que en Costa Rica se establecen en el artículo 71 del código penal vigente.¹³⁹

Artículo 71. El Juez, en sentencia motivada, fijará la duración de la pena que debe imponerse de acuerdo con los límites señalados para cada delito, atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe. Para apreciarlos se tomará en cuenta:

- a) Los aspectos subjetivos y objetivos del hecho punible;
- b) La importancia de la lesión o del peligro;
- c) Las circunstancias de modo, tiempo y lugar;
- d) La calidad de los motivos determinantes;
- e) Las demás condiciones personales del sujeto activo o de la víctima en la medida en que hayan influido en la comisión del delito; y
- f) La conducta del agente posterior al delito.

Las características psicológicas, psiquiátricas y sociales, lo mismo que las referentes a educación y antecedentes, serán solicitadas al Instituto de Criminología el cual podrá incluir en su informe cualquier otro aspecto que pueda ser de interés para mejor información del juez.

En la determinación de una pena injusta se violentan una serie de garantías procesales del condenado, como el debido proceso, el principio del *nom bis in idem*; sin embargo, el capítulo siguiente analizará cómo la determinación

¹³⁸ Ligia Jiménez Zamora y Marcia Williams Forbes. "El delito de transporte de drogas: factores que inciden en la imposición de la pena. Un análisis legal y sociológico" (Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2000), 82.

¹³⁹ Asamblea Legislativa. "Ley 4573 Código Penal: noviembre de 1971", La Gaceta n.º 257 (15 de noviembre del 1970).

incorrecta del número de acciones en el delito de abuso sexual violenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad, por cuanto estas garantías se encuentran presentes en todo los estratos de la imposición de la pena, desde su concepción hasta su aplicación y posterior ejecución.

Tal como se estableció en el título anterior, la valoración de un cuadro fáctico en el que se analiza la existencia de actividad delictiva no siempre es un aspecto pacífico, ya que en muchas ocasiones no se sanciona un único delito, sino varias acciones delictivas, lo que hace necesaria la aplicación de las reglas concursas expuestas en la determinación de la pena.

Sección II: Imposición de la pena en el delito de abuso sexual según las posiciones de la unidad de la acción de la Sala Tercera

Una vez analizado el tema de la imposición de la pena en la normativa costarricense, es necesario establecer lo que sucede en la situación de que se juzguen varios delitos y se deban aplicar las reglas de los concursos.

Tal como se indicó en la sección anterior, el artículo 71 del Código Penal establece los parámetros a los que debe recurrir el aplicador de la norma para la imposición de la pena. Primero el artículo establece que la pena debe fijarse dentro de los parámetros establecidos por el tipo penal.

En relación con el delito de abuso sexual, es necesario especificar que para la misma acción, como lo constituye realizar actos abusivos con un fin sexual, se establecen dos penas distintas, esto en función del sujeto pasivo del delito.

El artículo 161 establece una pena de 3 a 8 años cuando el sujeto pasivo sea menor de edad o incapaz; sin embargo, se establece como pena de 4 a 10 años cuando se presente una de las circunstancias agravantes de la pena. El artículo 162 establece una pena de 2 a 4 años cuando la parte ofendida sea mayor

de edad, y una pena de 3 a 6 años si se presenta alguna de las circunstancias agravantes.

La diferencia de la pena a imponerse resulta lógica, si se toma en cuenta que en ambas situaciones el bien jurídico tutelado constituye la libertad sexual. No obstante, en el caso del sujeto menor, la doctrina, al igual que la jurisprudencia establecen cómo la indemnidad sexual del sujeto pasivo presenta un mayor menos cabo, por resultar una situación a la que el menor o incapaz no se encuentra preparado para realizar o recibir por su madurez; lo que implica un mayor reproche.

En la situación de que los hechos se tipifiquen en un único delito de abuso sexual, el aplicador de la norma debe recurrir a los preceptos establecidos en el artículo 71 del Código Penal para fijar la pena a imponerse. Sin embargo, en caso de que el cuadro fáctico se tipifique en varios delitos de abuso sexual o incurran otros delitos, se deben aplicar, adicionalmente al artículo 71, las normas en relación con la imposición de la pena, establecidas en el Código Penal vigente en material concursal.

Una vez indicado esto, se hace necesario verificar cómo se aplican las reglas concursales y la imposición de la pena en el delito de abuso sexual. En relación con el concurso material, se analizarán las implicaciones de la jurisprudencia de la Sala Tercera anteriormente indicada.

A) Concurso ideal

La aplicación en relación con imposición de la pena, cuando los hechos se tipifiquen en un concurso ideal, se encuentra regulada en el artículo 75 del Código

Penal,¹⁴⁰ que establece que “Para el concurso ideal, el juez aplicará la pena correspondiente al delito más grave y aún podrá aumentarla”.

En relación con el delito de abuso sexual, es difícil imaginarse una acción en la que el hecho se pueda subsumir en el tipo penal de abuso sexual y en otro tipo penal. Sin embargo, se puede hacer mención en la situación en que el imputado, por medio de un acto abusivo con un fin sexual, provoque una lesión en cuerpo de la ofendida. De la situación anterior, se debe primero establecer la lesión que sufrió el sujeto pasivo, así como el tiempo de incapacidad que ameritó y si dejó como secuela una marca indeleble, por cuanto de esta situación depende la pena a imponerse, según el delito con penalidad mayor.

Si referimos en relación con el delito de lesiones leves, establecido en el artículo 125 del Código Penal¹⁴¹, se establece como acción punible “causar a otro un daño que determine incapacidad para sus ocupaciones habituales de más de cinco días y hasta un mes”, imponiendo una pena de 3 meses a un año. Si incurriere una acción que se tipificara tanto en el delito de abuso sexual contra mayor de edad, como el delito de lesiones leves, en concurso ideal, entonces la pena aplicable sería la del delito de abuso sexual, ya que tiene una pena mayor (de 2 a 4 años) y podría ser aumentada.

No obstante, si la acción se tipificara en el delito de abuso sexual contra persona mayor de edad y en delito regulado en el artículo 123 del Código Penal vigente, lesiones gravísimas en el que se establece como acción punible “producir una lesión que cause una disfunción intelectual, sensorial o física o un trastorno emocional severo que produzca incapacidad permanente para el trabajo, pérdida de sentido, de un órgano, de un miembro, imposibilidad de usar un órgano o un miembro, pérdida de la palabra o pérdida de la capacidad de engendrar o

¹⁴⁰Asamblea Legislativa. “Ley 4573 Código Penal: noviembre de 1971”, La Gaceta n.º 257 (15 de noviembre del 1970).

¹⁴¹ Ibid.

concebir”, la pena aplicable sería la del delito de lesiones gravísimas que va de 3 a 10 años, y que podría ser aumentada por el delito de abuso sexual contra mayor de edad.

B) Concurso material

Sin embargo, la situación en el concurso material es mucho más gravosa para el imputado, por cuanto el Código Penal en el artículo 76 establece lo siguiente en relación con su penalidad: “Para el concurso material se aplicarán las penas correspondientes a todos los delitos cometidos, no pudiendo exceder del triple de la mayor y en ningún caso de cincuenta años de prisión. El juez podrá aplicar la pena que corresponda a cada hecho punible, siempre que esto fuere más favorable al reo”.

B. 1) En relación con la jurisprudencia del voto 2016-440 y el voto de mayoría 2016-1164

Tal como se demostró en el título segundo de esta investigación en los votos 2016-440 y el voto de mayoría 2016-1164, la Sala Tercera realiza un análisis en relación con la unidad de la acción en la que se establece que para determinar la existencia de una acción en el delito de abuso sexual el acto analizado de forma individual (natural) se debe subsumir en el delito de abuso sexual. Esto obviando el criterio normativo y el criterio espacial-temporal.

De una aplicación de este criterio jurisprudencial, argumentado en el voto 2016-440, se puede concluir que en cuadro fáctico donde el sujeto activo toque los pechos de la ofendida menor de edad mientras se encuentra sentada, la ofendida se ponga de pie para retirarse del lugar y acto seguido el imputado le toque la vagina por fuera de la ropa, la ofendida se marche y el imputado la siga y le toque el trasero, sin que exista una separación temporal, los hechos se deberían tipificar en tres delitos de abuso sexual, en concurso material, por lo que podría

imponérsele una pena de hasta 24 años de prisión. Esto por cuanto la pena en el delito de abuso sexual contra menor de edad el máximo de pena a imponerse constituye 8 años y el triple es 24.

Esta posición es clara cuando del cuadro fáctico del voto 2016-440 se tiene por probado lo siguiente:

Una vez en el sitio, la ofendida se quitó la blusa, quedando en brasier y en short y se acostó boca abajo en la camilla de masajes y de inmediato el encartado 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 brasier y le tocó los senos a la ofendida. 3. De inmediato, al indicarle la agraviada que le dolía la entrepierna, el acusado 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.¹⁴²

Del cuadro fáctico anterior, es claro cómo no existió una separación temporal o espacial de los hechos, ya que concurrieron en el mismo momento en que se realizaba el masaje y se tuvo por probado que el segundo acto de contenido sexual se realizó “inmediatamente” posterior a la realización del primero, por lo que se podría establecer que ambos movimientos corporales se podrían subsumir en el tipo de abuso sexual. No obstante, la Sala Tercera en el “Por tanto” confirma todos los extremos del fallo 2015-100 del Tribunal Penal del Tercer

¹⁴² Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de casación: voto, 2016-440 del 13 de mayo de 2016, 10:10 horas (expediente 11-003171-0345PE).

Circuito Judicial de San José, que en relación con el cuadro fáctico indicado tuvo por probados dos delitos de abuso sexual.

B.2) En relación con la jurisprudencia del voto 2018-00157 el voto salvado 2016-1164

Si analizamos el hipotético cuadro fáctico indicado en la situación anterior, donde el sujeto activo toque los pechos de la ofendida menor de edad mientras se encuentra sentada, la ofendida se ponga de pie para retirarse del lugar y acto seguido el imputado le toque la vagina por fuera, la ofendida se marche y el imputado la siga y le toque el trasero, sin que exista una separación temporal, siguiendo la posición del voto 2018-00157 entonces los hechos referidos se tipifican en un único delito de abuso sexual, donde la pena a imponerse para el sujeto activo podría ser por un máximo de 8 años, máximo establecido para el delito de abuso sexual contra menor de edad.

Esta posición es clara, cuando el voto 2018-00157 tiene por probado:

En ese momento y lugar, el imputado, quien para ese momento era compañero sentimental de la prima de la ofendida valiéndose de la relación de confianza que tiene con la menor ofendida y la familia de esta debido al parentesco familiar, realizó actos abusivos de connotación sexual sobre el cuerpo de la menor, toda vez que con sus manos le tocó sus pechos e inmediatamente luego le tocó con su mano los glúteos, tocamientos que realizó por encima de la ropa que portaba menor ofendida (...)¹⁴³

¹⁴³ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de casación: voto, 2018-157 del 16 de marzo de 2018, 10:15 horas (expediente 08-002765-0396PE).

Y como de dicho cuadro fáctico en el por tanto se establece que “nos encontramos ante un único delito de abuso sexual contra persona menor de edad y no ante dos delitos de esta naturaleza, como erróneamente fue calificado”.¹⁴⁴

Es claro que las implicaciones de ambas posiciones presentan una diferenciación sumamente marcada en la imposición de la pena, donde de una posición jurisprudencial a la otra existe una diferencia de hasta 16 años de prisión. La imposición de la pena debe realizarse apegada a los derechos fundamentales de todas las partes procesales, así como de los principios constitucionales.

Sin embargo, una imposición de la pena, bajo la posición del voto 2016-440, sin lugar a dudas violenta los derechos del encausado, ya que analiza de forma incompleta la acción jurídicamente relevante en el delito de abuso sexual, lo que conlleva a que una única acción jurídicamente relevante, según los criterios doctrinales y legales, se analice erróneamente, lo que concluye en la imposición de la pena al imputado por varios delitos de abuso sexual en concurso material.

Esta situación vulnera una serie de principios constitucionales, entre ellos la razonabilidad y proporcionalidad de la pena, como se analizará en el siguiente capítulo.

Capítulo II: Implicaciones de las posiciones de la Sala Tercera de la unidad de la acción en el delito de abuso sexual con los principios constitucionales de proporcionalidad y razonabilidad de la pena

Sección I: La proporcionalidad y razonabilidad como principios constitucionales en Costa Rica

Dentro de las garantías y derechos del imputado al momento de la fijación de la pena en Costa Rica, la proporcionalidad y la razonabilidad son de los

¹⁴⁴ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de casación: voto, 2018-157 del 16 de marzo de 2018, 10:15 horas (expediente 08-002765-0396PE).

principios constitucionales reconocidos por la jurisprudencia y la doctrina como requisitos indispensables y necesarios en toda sentencia condenatoria.

Si bien una valoración errónea de la unidad de la acción en el delito de abuso sexual genera una serie de violaciones a los derechos fundamentales del imputado y de principios constitucionales, en este capítulo se analizarán sus implicaciones en la proporcionalidad y la razonabilidad de la pena por cuanto en estos principios es que se materializa este perjuicio. Su violación son el resultado directo para el condenado, producto de una incorrecta aplicación de la norma por parte del aplicador, lo que conlleva a una pena injusta.

Los principios de proporcionalidad y razonabilidad muchas veces son fundidos como un mismo principio, tanto por parte de la doctrina como por parte de la jurisprudencia. Sin embargo, corresponden a principios constitucionales claramente identificables, por lo que en esta sección se analizarán por separado.

A) El principio de proporcionalidad de la pena

El principio de proporcionalidad, tal como lo indica Vargas Alfaro, “(...) se remonta al contractualismo iusnaturalista de la Ilustración, que concebía al ser humano como un ser libre por naturaleza. Esto generó el convencimiento de que el ejercicio del poder delegado en la Monarquía solo era legítimo cuando era idóneo para proteger fines relevantes para la comunidad”.¹⁴⁵

La proporcionalidad en la imposición de la pena constituye una forma específica del principio de proporcionalidad, que se encuentra inmerso en todo el ordenamiento jurídico, principalmente en el derecho público y cuando se esté ante una potestad de imperio del Estado.

Mir Puig indica como “Entre los límites que debe respetar la prevención en un Estado social y democrático de derecho como el acogido en la Constitución

¹⁴⁵ Marvín de Jesús Vargas Alfaro. “El control de razonabilidad de las leyes en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia” (Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2009), 53.

española y en otras muchas de nuestro ámbito cultural, se reconoce pacíficamente que debe incluirse el de que la pena sea proporcionada al delito”.¹⁴⁶

Más que esto, la proporcionalidad constituye un punto de partida de las otras normas, “sirve pues como una herramienta argumentativa orientada a fundamentar los juicios de validez constitucional de las leyes que intervienen en derechos fundamentales, entre ellas las penales.”¹⁴⁷

Al igual que la necesidad pro imperativo constitucional de estar inmerso en todo el ordenamiento jurídico, el principio de proporcionalidad debe respetarse en todos las fases de la norma establecidas en la división de poderes.

En la lógica de la división de poderes, un poder dicta la ley, otro la ejecuta y otro la garantiza en sentido estricto; todos estos poderes gozan de independencia. Cuando los estudios críticos del derecho arremeten contra la legitimidad del sistema penal, ya desde la creación de la ley (que refleja los intereses de los que pueden, a través de maquinarias electorales, representar), ya desde los que ejecutan la ley (a través de la selectividad, teoría conocida como etiquetamiento o *labeling approach*), ya desde el aparato judicial, que aplica irracional y desproporcionadamente el derecho, se siente la necesidad de un juzgador controlador de poderes, que aplique normas constitucionales y que garantice los derechos humanos.¹⁴⁸

En caso específico del derecho penal, el principio de proporcionalidad de la pena, como un principio consagrado en la Constitución Política, debe ser aplicado por la jerarquía de las normas, y tal como se indicó anteriormente, el derecho penal tutela bienes jurídicos establecidos en el derecho constitucional.

Puesto que toda intervención penal —desde la tipificación del delito hasta la imposición de la pena y su ejecución— limita derechos, el principio de

¹⁴⁶ Santiago Mir Puig. Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales (Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch, 2010), 72.

¹⁴⁷ Miguel Carbonell et al. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, 1.ª. Edición. (Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 291.

¹⁴⁸ Ibid., 329.

proporcionalidad en sentido amplio sería por tanto, un límite constitucional material fundamental, que condiciona la legitimidad de la intervención penal atendiendo a su gravedad.¹⁴⁹

Los efectos del principio de proporcionalidad de la pena, así como los subprincipios que lo definen, son un tema concurrente en la doctrina. Sin embargo, su definición presenta un particular vacío en la doctrina, por lo que es pertinente crear una definición para esta investigación.

Para crear una definición, es necesario recurrir primero al *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española, que define la proporcionalidad como “Conformidad o proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí”.¹⁵⁰

De la definición anterior, se extrae que el concepto de proporcionalidad refiere a una conformidad, una correcta relación entre los puntos en comparación. En conjunto con lo anteriormente indicado, se puede definir el principio de proporcionalidad como un límite para la aplicación de la norma en un Estado de derecho, que debe estar presente en todo el ordenamiento jurídico, desde la creación hasta la aplicación de la norma, que salvaguarda que los efectos jurídicos de la aplicación de la norma sea conformes al hecho por el que se motivó su aplicación.

En relación con el principio de proporcionalidad en la imposición de la pena, su función como límite es básica e indispensable.

El Principio de Proporcionalidad también ha sido denominado como Principio de Prohibición de Exceso, Proporcionalidad de la Injerencia Estatal, Proporcionalidad de Medios e incluso como “límite de límites”, dado a que sirve como delimitación absoluta al *ius puniendi* de un Estado y su

¹⁴⁹ Santiago Mir Puig. Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales (Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch, 2010), 74.

¹⁵⁰ Definición consultada en la página de la Real Academia Española. Consultado el 26 de agosto de 2018: <http://dle.rae.es/?id=UOVZutf>.

objetivo primordial es establecer medidas que sean indispensables y eficaces para prevenir ciertos actos o comportamientos típicos y garantizar de forma equitativa y proporcional que el castigo que se le impondrá al individuo infractor de la norma penal será un castigo que no exceda el límite del mal causado.¹⁵¹

Tal como lo establece Morales Cortés, el principio de proporcionalidad en la imposición de la pena constituye el principal límite al *ius puniendi* del Estado, para que la pena impuesta no sea arbitraria ni sea afectación mayor a los derechos fundamentales del imputado que el mal causado por el ilícito cometido.

El principio de proporcionalidad, a su vez, se divide en tres principios: la necesidad, la idoneidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Llobet Rodríguez indica que “Esta distinción, elaborada por la doctrina y jurisprudencia alemana, ha sido acogida en numerosos votos de la Sala Constitucional costarricense”.¹⁵²

En relación con estos subprincipios, Mir Puig indica que “Las exigencias de idoneidad y necesidad incluyen directamente los principios de necesidad de pena para la protección de bienes jurídicos, subsidiariedad, *ultima ratio*, fragmentariedad e intervención mínima”¹⁵³; mientras que “El tercer subprincipio de proporcionalidad, en sentido estricto, tiene relación con la exigencia de proporción entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena”.¹⁵⁴

A.1) Necesidad

Pulido indica que “De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna

¹⁵¹ Luis Carlos Morales Cortés. “La técnica legislativa y su incidencia en el principio de proporcionalidad de la pena” (Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2015), 16.

¹⁵² Javier Llobet Rodríguez. Derecho procesal penal: II. Garantías procesales (primera parte) (San José Costa Rica, Editorial Jurídica Continental).

¹⁵³ Santiago Mir Puig. Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales (Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch, 2010), 76.

¹⁵⁴ *Ibid.*, 76.

con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto”.¹⁵⁵

Por su parte, Morales Cortés indica, en relación con este subprincipio, que “el medio adoptado por el legislador será el necesario para conseguir el fin perseguido, que, ante la existencia de varios mecanismos, se elija el que sea indispensable y mejor se adecue al objetivo afectando al mínimo los derechos”.¹⁵⁶

De una revisión doctrinaria es claro cómo, en aplicación del subprincipio de necesidad, la medida o acto que tiene como fin limitar un derecho humano debe optarse por el que sea indispensable y provoque en menor grado la afectación.

A.2) Idoneidad

En relación con el subprincipio de idoneidad, el acto que vulnere a un sujeto pasivo debe ser el más apto para realizar esta intervención, dicho de otro modo, “(...) toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo”.¹⁵⁷

En relación con el derecho penal:

Para considerar la idoneidad dentro del derecho penal debemos acudir en primera instancia al bien jurídico tutelado, y debemos valorar la intervención estatal al mismo cuestionado si este merece tener protección, para lo cual debe tener cierta importancia social, última que debe ser reconocida por el Estado enfatizando la necesidad de protección sobre el mismo y

¹⁵⁵ Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, tercera edición: 2007), 42.

¹⁵⁶ Luis Carlos Morales Cortés. “La técnica legislativa y su incidencia en el principio de proporcionalidad de la pena” (Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2015), 24.

¹⁵⁷ Pulido, 42.

demostrando tener la capacidad de tutelarlos correctamente, solo entonces podríamos hablar de idoneidad.¹⁵⁸

A.3) Proporcionalidad en sentido estricto

La proporcionalidad en sentido estricto puede ser delimitada como:

(...) se trata de una ponderación entre los derechos fundamentales que se limitarán y el interés público que se pretende proteger, de manera que una medida que no tenga como fin el favorecimiento de este interés público o en la que no exista proporción entre la restricción de los bienes o derechos individuales y los intereses de la colectividad será considerada desproporcional.¹⁵⁹

La doctrina en relación con dicho subprincipio es consecuente en que implica una ponderación entre el derecho que se busca tutelar y el derecho que se vulnera para hacer posible esta protección.

El tercer subprincipio, el de la proporcionalidad en sentido estricto, requiere un juicio de ponderación de la importancia respectiva de la afectación del derecho que implica la intervención penal y de la afectación del derecho que implica la intervención penal y de la importancia de los bienes cuya protección ha de servir aquella intervención.¹⁶⁰

El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, funciona como un límite directo, en relación con la actuación del sistema jurídico que vulnera un derecho de un sujeto que se encuentra ante la aplicación de una norma. Por lo que se puede referir, como lo indica de la Mata Barranco, trabaja como un control.

¹⁵⁸ Luis Carlos Morales Cortés. "La técnica legislativa y su incidencia en el principio de proporcionalidad de la pena" (Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2015), 23.

¹⁵⁹ *Ibid.*, 26.

¹⁶⁰ Santiago Mir Puig. *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales* (Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch, 2010), 77.

Y es que el principio de proporcionalidad en su sentido más amplio se proyecta no ya a la filosofía jurídica y a todo el derecho público, sino que se consagra como principio general del ordenamiento jurídico en su conjunto con la finalidad de limitar, en cualquier ámbito —y especialmente en los que se vinculan al ejercicio de derechos fundamentales—, la discrecionalidad en el ejercicio estatal de la actividad, más que represiva, de control de toda clase de facultades de actuación.¹⁶¹

El principio de proporcionalidad en la imposición de la pena se encuentra regulado en la legislación internacional en diversas normas; sin embargo, su regulación en la normativa costarricense es un tema que presenta una discusión en la doctrina sobre de cuáles artículos constitucionales es que emana, ya que se regula de forma explícita.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano¹⁶² de 1789, regula en su artículo 8 que: “(...) la ley solo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y tan solo se puede ser castigado en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente”.

Del artículo anterior, se instauran los subprincipios de necesidad e idoneidad, en la imposición de la pena, en una declaración de derechos que data del año 1789, lo que refleja cómo aun anterior al desarrollo doctrinario en relación con el tema de la proporcionalidad, ya se encontraba instaurado.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁶³, en el artículo 49, denominado “Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas” regula que nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una

¹⁶¹ Norberto Javier de la Mata Barranco. El principio de proporcionalidad penal, 1.ª ed. (España: Editorial virtual: Tirant lo Blanch, 2007), 23.

¹⁶² Asamblea Nacional de Francia. “Declaración de los Derechos y de los Deberes del Hombre y del Ciudadano, 1789”. Consultado el 8 de setiembre de 2018: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf.

¹⁶³ Parlamento, Comisión y Consejo Europeo. “Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 18 de diciembre del 2000”. Consultado el 8 de setiembre de 2018: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf.

infracción según el derecho nacional o el derecho internacional. Igualmente, no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si, con posterioridad a esta infracción, la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada esta.

Del artículo indicado se refleja una aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio, regulando la no imposición de una pena más grave que la aplicable al momento de la infracción, sumamente relacionada con el principio de legalidad.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) de 1969¹⁶⁴ en el artículo 11, “Protección de la honra y de la dignidad”, en el inciso 2, indica que: “(...) nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

El Pacto de San José refleja una especial protección ante las injerencias arbitrarias de las personas, también relacionado con el principio de razonabilidad, como se analizará posteriormente.

Propiamente, en la legislación costarricense, “(...) los principios de razonabilidad y proporcionalidad no aparecen expresamente reconocidos”.¹⁶⁵ Sin embargo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia reconoce su existencia, al igual que la doctrina.

En la doctrina costarricense varía el fundamento constitucional de este principio.¹⁶⁶ Por un lado, la doctrina establece que este se deriva de los artículos

¹⁶⁴ Organización de los Estados Americanos. “Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) de noviembre del 1969”. Consultado el 8 de setiembre de 2018: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

¹⁶⁵ Teresa Aguado Correa. El principio constitucional de proporcionalidad (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2012), 404.

¹⁶⁶ Teresa Aguado Correa. El principio constitucional de proporcionalidad (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2012), 406.

39¹⁶⁷ y 40¹⁶⁸, mientras que por otro lado se fundamenta en el artículo 1 de la Constitución Política.

El relación con el primer argumento, Morales Cortés indica que el principio de proporcionalidad se deriva del artículo 40 de la Constitución Política del que “(...) se extrae que la pena debe ser proporcional al delito y al bien jurídico que el mismo pretende proteger, manteniendo siempre los derechos de la persona encausada”.¹⁶⁹

Llobet Rodríguez, por su parte, considera que el principio de proporcionalidad “(...) se deduce tanto del de Estado de derecho, como del de respeto a la dignidad humana”.¹⁷⁰ La posición seguida por parte de Llobet Rodríguez encuentra fundamento en el derecho germánico. Maraniello expresa cómo el principio de proporcionalidad en el derecho germánico “siquiera tuvo como base una cláusula expresa de la ley fundamental, siendo que fue entendido como una derivación necesaria de la propia idea de Estado democrático de derecho”.¹⁷¹

Si bien ambas posiciones buscan fundamentar la aplicación del principio de proporcionalidad de una forma normativa, parece más acertada la posición que fundamenta la proporcionalidad como emanación del propio Estado de derecho;

¹⁶⁷ ARTÍCULO 39.- A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad. No constituyen violación a este artículo o a los dos anteriores, el apremio corporal en materia civil o de trabajo o las detenciones que pudieren decretarse en las insolvencias, quiebras o concursos de acreedores.

¹⁶⁸ ARTÍCULO 40.- Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación. Toda declaración obtenida por medio de violencia será nula.

¹⁶⁹ Luis Carlos Morales Cortés. “La técnica legislativa y su incidencia en el principio de proporcionalidad de la pena” (Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2015).

¹⁷⁰ Javier Llobet Rodríguez. Derecho procesal penal: II. Garantías procesales (primera parte) (San José Costa Rica, Editorial Jurídica Continental), 537.

¹⁷¹ Haideer Miranda Bonilla et al. Los principios cardinales de derecho constitucional: colección de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional (Bogotá, Colombia: Ediciones nueva jurídica, 2017), 444.

esto si toma en cuenta cómo se encuentra regulado en la normativa internacional anteriormente citada y por el hecho de que un Estado que desconozca dicho principio sería arbitrario y no podría ser calificado como un Estado de derecho.

B) Principio razonabilidad

En relación con la razonabilidad, el desarrollo doctrino es menor que el del principio de proporcionalidad y es considerado en distintas ocasiones más como un aspecto de discusión filosófica que jurídica. “Etimológicamente, ‘razonabilidad’ o ‘razonable’ proviene del latín, *rationabilis*, que significa ‘arreglado’, ‘justo’, ‘conforme a la razón’”.¹⁷²

Al igual que el principio de proporcionalidad “(...) el principio de razonabilidad tiene en la acción de amparo la garantía más importante para su protección, si tenemos en cuenta que por esta vía se protegen todos los actos arbitrarios o ilegales de las autoridades públicas”.¹⁷³ Sin embargo, más que una conformidad de causa-acción, es un análisis de justo o injusto.

La razonabilidad de la norma está relacionada con un trabajo necesariamente argumentativo, “(...) decimos como primera idea, que el examen de razonabilidad es todo aquello que nuestra sana facultad de discurrir nos indica que es justo”.¹⁷⁴

Sin lugar a dudas, la razonabilidad es uno de los principios constitucionales más difíciles de comprobar su violación, por cuanto:

(...) una decisión será razonable cuando sea aceptada por una determinada comunidad (auditorio), que por ello mismo, se constituye en su parámetro normativo, pues será ella la que evaluará las razones —

¹⁷² Haideer Miranda Bonilla et al. Los principios cardinales de derecho constitucional: colección de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional (Bogotá, Colombia: Ediciones nueva jurídica, 2017), 438.

¹⁷³ Ibid., 449.

¹⁷⁴ Ibid., 438.

expuestas mediante proceso argumentativo— que justifiquen esa decisión, para luego aceptarla o no como razonable.¹⁷⁵

Esta difícil tarea de determinar la razonabilidad de su aplicación, como lo podría ser en la determinación de la pena, es trabajo del aplicador de la norma y sus argumentos por los cuales considere y fundamente; “(...) la razonabilidad hace referencia a la evaluación de los actos normativos, a partir de criterios valorativos. En otras palabras, concierne al eterno problema del derecho: la justicia o la injusticia de una norma”.¹⁷⁶

Al igual que el principio de proporcionalidad, el principio de razonabilidad no se encuentra regulado de explícita en el ordenamiento jurídico, “(...) lo cual no ha impedido a la Corte Constitucional considerar la razonabilidad de la ley como parámetro de constitucionalidad”.¹⁷⁷

Aguado Correa considera que el principio de razonabilidad emana por su parte del principio del debido proceso substantivo, concretamente del artículo 39 de la Constitución Política.

Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional costarricense son ampliamente reconocidos; sin embargo, su tratamiento no es del todo claro, y en ocasiones se llega a confundir dichos términos y aplicarlos como si fueran parte de un solo principio. No obstante, es necesario indicar que ambos principios tienen reconocimiento en la jurisprudencia, por lo que es claro que su vigencia en Costa Rica es total y obligatoria para el aplicador de la norma que tenga la función de imponer una pena.

¹⁷⁵ Humberto Luis Cuno Cruz. “Razón, racionalidad y razonabilidad. ¿Qué los identifica y diferencia? (Belo Horizonte, Brasil)”, *Revista Trib. Reg. Trab.* 3.^a reg., v.51, n.81 (páginas: 205-218, junio 2010): 216.

¹⁷⁶ Marvin de Jesús Vargas Alfaro. “El control de razonabilidad de las leyes en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia” (Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2009), 22.

¹⁷⁷ Teresa Aguado Correa. *El principio constitucional de proporcionalidad* (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2012), 404.

Un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: es necesario, idóneo y proporcional. La necesidad de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad. La idoneidad, por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción a ser adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. La proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad. Asimismo, debe señalarse que dichos contenidos deben ajustarse, no solo a las normas o preceptos concretos de la Constitución, sino también a su sentido de justicia.¹⁷⁸

Una vez definidos los principios de razonabilidad y proporcionalidad, así como su tutela constitucional, es necesario establecer cómo una posición jurisprudencial de la Sala Tercera en relación con la unidad de la acción en el delito de abuso sexual se encuentra en armonía con estos principios, mientras que la otra constituye una clara violación de ellos.

Sección II: Valoración de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la imposición de la pena en el delito de abuso sexual para el condenado según las posiciones de la Sala Tercera de la unidad de la acción

De los principios establecidos anteriormente, cuando se indica que son de aplicación general para todo acto el ordenamiento jurídico, de ello no escapan las resoluciones y sentencias de los órganos jurisdiccionales superiores, entre ellos la Sala Tercera.

Es claro, entonces, cómo la imposición de pena, principalmente la privativa de libertad, es una situación de sumo cuidado, por cuanto, si bien el imputado

¹⁷⁸Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, acción de inconstitucionalidad: voto 09966 del 9 de junio de 2010, 3:38 horas (expediente 09-010348-0007-CO).

debe responder por la realización de una acción contraria al ordenamiento jurídico, la pena a recibir no puede ser mayor al daño causado y acá es donde los principios de proporcionalidad y razonabilidad entran en aplicación.

En relación con la limitación a los bienes jurídicos tutelados del sujeto que es juzgado en el proceso penal, Mir Puig indica lo siguiente:

La gravedad del injusto penal procede del daño (en sentido amplio) que supone para un bien jurídico-penal, y en eso coincide con el daño que implica la pena para quién ha de sufrirla: también afecta a bienes jurídicos de este. Ambos daños pueden y deben ponderarse de modo que el representado por la pena no sea mayor que el de los delitos con que ella se quiere evitar.¹⁷⁹

Mata Barranco considera —al igual que Mir Puig— esta necesidad de equilibrio entre delito cometido y daño cometido con la pena a imponerse:

De forma más sintética el principio exige que las consecuencias de la infracción penal, previstas o impuestas, sean proporcionadas —si se prefiere, no más graves, si es que se puede equiparar la gravedad de unas y otra— a la entidad de la misma, que exista una concordancia material entre delito y consecuencia jurídico-penal o una proporción entre el mal que es la pena y el mal que es el delito, o bien que la pena —o en su caso la consecuencia jurídica que proceda— sea idónea, necesaria y equilibrada, idónea e infalible, adecuada, necesaria lo menos gravosa posible y útil, adecuada, necesaria y proporcionada, adecuada y necesaria, adecuada y exigible, estrictamente necesaria en términos de necesidad, utilidad y coerción.¹⁸⁰

¹⁷⁹ Santiago Mir Puig, *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales* (Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch, 2010), 104.

¹⁸⁰ Norberto Javier de la Mata Barranco. *El principio de proporcionalidad penal*, 1.ª ed. (España: Editorial virtual: Tirant lo Blanch, 2007), 92.

Visto como la doctrina establece la proporcionalidad de la pena desde diferentes subprincipios, es procedente realizar una revisión de ambas posiciones jurisprudenciales en relación con la unidad de la acción en el delito de abuso sexual y verificar si se cumplen con los requisitos para su establecimiento.

A. Principio de proporcionalidad

La proporcionalidad de la pena está compuesta por tres subprincipios que se hace necesario valorar por separado, por cuanto cada uno de ellos conlleva ciertas implicaciones que deben ser valoradas al momento de fijar una pena.

A.1 Necesidad

La necesidad como subprincipio del principio de proporcionalidad en la imposición de la pena tutela que la pena a imponerse sea la “indispensable” y más “benigna”. Si se entiende la indispensabilidad de la pena como la que se ajuste más a la norma, y el principio de legalidad como el más necesario de todos los males, entonces la pena a imponer debe ser la que intervenga en menor medida los derechos del condenado.

Tal como lo indica Yenissey Rojas, “(...) el derecho penal debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos, según el grado de afectación al bien jurídico”.¹⁸¹

El legislador establece un bien jurídico que por necesidad debe tener protección por medio del derecho penal e impone una pena específica para los actos realizados que infrinjan dicha pena y consecuentemente violenten este bien jurídico, por lo que la pena a imponerse al imputado, para que resulte ser la necesaria, debe ser acorde a lo que el legislador en utilización de sus facultades consideró que era estrictamente necesario.

¹⁸¹ Ivonne Yenissey Rojas. “La proporcionalidad en las penas”. Consultado el 8 de octubre de 2018: http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/7_la-proporcionalidad-en-las-penas.pdf, 89.

De lo anterior es claro que imponer una pena que no es acorde al castigo que se establece en la propia norma, y con ello una mayor penalidad materializable en años prisión, resultar ser contrario a la necesidad de la pena; esto en relación con la posición seguida en el voto 2016-440. Mientras que en la sentencia del voto 2018-157 resulta ser una pena necesaria para el tipo penal de abuso sexual, ya que es una conducta que debe ser regulada por el ordenamiento jurídico. El criterio de la unidad de la acción que establece un concurso material resulta ser más gravoso, y como se analizará posteriormente, menos razonable. Atenta contra la dignidad y los derechos humanos del imputado infractor de la norma penal que recibe una sanción mayor al daño social provocado con su actuar antijurídico.

Establecer una pena del doble o el triple de lo que legalmente se establece, tal como se realiza en el voto 2016-440, es a todas luces contrario a este principio, que como se estableció anteriormente se encuentra instaurado tanto constitucionalmente, como en el derecho internacional.

A.2 Idoneidad

Con respecto al subprincipio de idoneidad, tiene una mayor vulneración a los derechos constitucionales del imputado una valoración de la acción que establezca varios delitos de abuso sexual, cuando la norma establece la existencia de una única pena para varios actos.

Esto se refleja claramente cuando la sentencia 2016-440 establece una pena para el imputado por cada acción natural, fundamentando que:

(...) 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.¹⁸²

Lo anterior es claro cuando la Sala Tercera en el fundamento indica que es necesario valorar que aunque la acción se constituya por varios actos, no es relevante la separación temporal y espacial entre una y otra (por lo que genera que no sea claro cuando se trata de un acto o varios); lo importante es que el acto pueda existir de forma independiente, cuando a inicios de esta investigación se demostró que tanto para la doctrina como para la jurisprudencia una única acción natural puede ser tipificada como delito de abuso sexual.

Es por esto que la pena fijada bajo esta fundamentación resulta ser abusiva e inidónea. Imponer una pena de hasta el triple de lo que se establece en la propia ley no genera nada más que una afectación al sujeto condenado que, como se verá en la siguiente sección, es castigado como si hubiera cometido un delito de mayor penalidad.

Por otra parte, el voto 2018-00157 impone una pena idónea para una acción delictiva, lo que constituye ejecutar una correcta valoración de la conducta regulada en el tipo penal de abuso sexual, sin realizar una división arbitraria de los actos sexuales realizados por el imputado de forma separada.

¹⁸² Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de casación: voto, 2016-440 del 13 de mayo de 2016, 10:10 horas (expediente 11-003171-0345PE).

Esta posición jurisprudencial permite valorar los hechos que deben ser analizados como un solo delito, cuando incurran los criterios analizados para la existencia de una acción jurídicamente relevante y consecuentemente imponer la pena que la ley impone para este delito.

A.3 Proporcionalidad en sentido estricto

Finalmente, en relación con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, el criterio para definir la cantidad de acciones jurídicamente relevantes y con ella la aplicación de un concurso material de delitos de abuso sexual que se establece en la sentencia 2016-440, violenta este subprincipio, por cuanto se impone una pena aún mayor que la afectación producida por la acción.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto se aplica una vez aceptada la idoneidad y necesidad de una medida, con el fin de determinar, mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar.¹⁸³

Sacrificar la libertad y otros derechos individuales del delincuente condenado, por imponer una pena que resulta ser mayor y más perjudicial que la acción cometida, desde un punto de vista normativo, es totalmente desproporcional y rompe con el equilibrio que debe primar en el ordenamiento jurídico.

La autora Yenissey Rojas acierta al indicar que se debe realizar una real ponderación entre el bien que se pretende tutelar y el derecho que se limita, esto

¹⁸³ Ivonne Yenissey Rojas. "La proporcionalidad en las penas". Consultado el 8 de octubre de 2018: http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/7_la-proporcionalidad-en-las-penas.pdf, 92.

en la relación víctima-imputado. En caso contrario, el propio imputado se constituye en la víctima de una función estatal, como lo es la aplicación del derecho.

El criterio del voto 2018-157, que establece la aplicación según lo tipificado en el delito de abuso sexual, pondera el bien jurídico según lo que el legislador previamente estableció como conducta con su consecuente sanción y se le limita a su aplicación al caso concreto.

B. Razonabilidad

Vargas Alfaro indica que “la razonabilidad debe ser evaluada de forma progresiva en una escala. Si esta es rebasada o bien no se alcanza un nivel óptimo que permita la efectividad del derecho fundamental, se develaría la inconstitucionalidad de la norma”.¹⁸⁴

Lo establecido por el citado autor en relación con la razonabilidad de la norma es aplicable también para los criterios y fundamentos resultantes de la praxis jurídica; un criterio para ser calificado como razonable debe alcanzar el nivel óptimo de tutela en los derechos fundamentales de las partes.

Determinar cuándo una posición jurisprudencial es más razonable que otra, desde un punto de vista argumentativo, parece un trabajo fácil, ya que en la diaria práctica jurídica, los aplicadores de la norma califican como “razonable” los argumentos que consideran pertinentes para la situación. Dicho de otra forma, calificar un argumento de razonable equivale a establecer cierta conformidad con una posición específica.

¹⁸⁴ Marvin de Jesús Vargas Alfaro. “El control de razonabilidad de las leyes en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia” (Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2009), 85.

La razonabilidad de la pena depende de la valoración y el fundamento que se aplique. En este punto es claro porque la doctrina y la jurisprudencia tienden a utilizar los principios de proporcionalidad y razonabilidad en forma conjunta, mientras que el principio de proporcionalidad dota de contenido que la imposición de la pena no se realice de forma arbitraria apegada al principio de justicia, la razonabilidad hace que dicho principio tenga una aplicación práctica.

A partir de esto, es posible afirmar que para la Sala (Constitucional)¹⁸⁵, la razonabilidad es un valor inspirador y, por consiguiente, anterior a nuestro orden constitucional. Esta es la razón por la cual, ningún acto de las Administraciones Públicas y, en nuestro caso del Poder Legislativo, puede ser legítimo si no es razonable, es decir no arbitrario; pues, como se dijo al inicio de esta investigación, la exigencia de razonabilidad es consustancial a la idea de justicia, valor supremo dentro del Estado de derecho.¹⁸⁶

En aplicación de la razonabilidad en la imposición de la pena, un criterio que sea contrario al principio proporcionalidad de la pena es contrario también a la justicia y los derechos fundamentales del condenado, que recibe una sanción mayor a la establecida en la norma, como lo es en este caso el que se regula en el fundamento del voto unificador 440-216 de la Sala Tercera, en materia de la unidad de la acción en el delito de abuso sexual.

Por su parte, el fundamento del voto 2018-157, que valora la unidad de la acción, se realiza incurriendo a criterios previamente establecidos en la norma, desarrollados por parte de la doctrina y plasmados en la jurisprudencia de la Sala Tercera, que recurre al criterio mixto (normativo y finalista) como el primer factor a valorar para encuadrar una acción jurídicamente relevante al delito de abuso

¹⁸⁵ El autor fundamenta esta posición en lo establecido por parte de la Sala Constitucional, en la sentencia n.º 3495-1992 de las 14:30 horas, del 19 de noviembre de 1992.

¹⁸⁶ Marvin de Jesús Vargas Alfaro. "El control de razonabilidad de las leyes en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia" (Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2009), 78.

sexual; esto en aplicación del criterio espacial-temporal, que permite establecer hasta qué momento se inicia el desarrollo de un delito nuevo.

La proporcionalidad y razonabilidad de la imposición de la pena, tal como se indicó anteriormente, no se limitan al acto de determinar la pena a interponerse, sino que se expanden a todo el ordenamiento jurídico. Para catalogar una pena impuesta como proporcionalidad y razonable al daño causado, debe guardar armonía con todo el ordenamiento jurídico, esto en función de la totalidad de la legislación principalmente con el derecho penal, como se analizará a continuación.

Sección III: Proporcionalidad y razonabilidad del sistema jurídico en su integridad

Una vez definido que la proporcionalidad y la razonabilidad son principios constitucionales, y que su aplicación en la imposición de la pena resulta obligatoria en un Estado de derecho como lo es Costa Rica, también es necesario establecer por qué esta pena a fijarse debe ser proporcional y racional con todo el sistema jurídico penal en su conjunto.

Miranda Bonilla indica que “El acto legislativo razonable internamente debe satisfacer el sentido común jurídico de la comunidad expresado en el plexo de valores que lo integran, valores que son revividos de acuerdo con las modalidades de cada pueblo, por la Constitución del Estado”,¹⁸⁷ por lo que, para la autora, desde el momento en que se dicta, la norma debe ser complementaria a los valores o principios constitucionales que integran la totalidad del sistema jurídico.

¹⁸⁷ Haideer Miranda Bonilla et al. Los principios cardinales de derecho constitucional: colección de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional (Bogotá, Colombia: Ediciones nueva jurídica, 2017), 441.

En relación con esto, Luna Castro indica que:

El principio de proporcionalidad, o de prohibición de "exceso", exige la existencia de un marco punitivo coherente y basado en una armónica articulación del total sistema de penas y medidas de seguridad en el estado que se jacte de ser democrático de derecho y aspire a mantener el respeto a la constitucionalidad.¹⁸⁸

La articulación de un sistema punitivo coherente conlleva que, al momento de ejercer la función legislativa, propiamente al momento de tipificar los delitos, primero se busque la protección de un bien jurídico tutelado, y que en caso de que un sujeto activo adecue su accionar a un tipo penal, se imponga una sanción consecuente al bien jurídico tutelado por el tipo penal.

Siguiendo con esta línea, el autor continúa indicando que:

En consecuencia, en esa tarea de creación y aplicación de las conminaciones penales (penalidad y pena), estimamos a la proporcionalidad como un principio imprescindible en un sistema propio de derecho democrático, es decir como equivalente de ponderación racional en la creación y aplicación de las penas y de sus efectos y consecuencias en un contexto de legalidad y prevalencia de los derechos fundamentales¹⁸⁹.

Beccaria, citado por Mata Barranco, indica en relación con la imposición de la pena, que “si se destina una pena igual a los delitos que ofenden desigualmente la sociedad, los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen en él unida mayor ventaja”.¹⁹⁰

¹⁸⁸ José Nieves Luna Castro. “La proporcionalidad como principio limitador en la determinación e imposición de las penas”. (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México). Consultado el 5 de mayo de 2018: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20160408_03.pdf, 323.

¹⁸⁹Ibid., 328.

¹⁹⁰ Norberto Javier de la Mata Barranco. El principio de proporcionalidad penal, 1.^a ed. (España: Editorial virtual: Tirant lo Blanch, 2007), 17.

Cada delito debe tener una penalidad correspondiente a la forma en que ofenden a la sociedad, o representa una afectación a un bien jurídico tutelado. Esto responde a que no todos los bienes jurídicos tienen la misma tutela o protección en un ordenamiento jurídico.

Por cierto que, si dentro de la teoría de bienes jurídicos se optara por operar —como aquí se recomienda— con una concepción que reconozca una jerarquía de bienes jurídicos (especialmente vinculada a la Constitución), se tendría ya una primera herramienta útil, pues se podría, en función de tal jerarquía, establecer una mayor, menor o falta de necesidad de la protección penal.¹⁹¹

Si bien no es función de esta investigación establecer un orden o catálogo de cuáles son los bienes jurídicos tutelados en la normativa costarricense, lo cierto es que, en aplicación al principio de razonabilidad, se puede indicar que ciertos bienes jurídicos como la vida y la libertad deben tener una máxima protección en comparación con los demás. Respecto a esta ponderación de los bienes jurídicos tutelados, Abando Vásquez indica que:

Así, gozarían de protección penal decreciente en el sentido de dicha jerarquía, bienes individuales como la vida, la libertad humana, la integridad corporal, el patrimonio, el honor. Y también algo similar se puede hacer con los bienes jurídicos vinculados con el funcionamiento de instituciones básicas necesarias para el pleno desarrollo de tales derechos fundamentales, como p. ej., el “funcionamiento de la administración pública”, “la administración de justicia”, “el sistema crediticio”, “el sistema tributario”, etc.¹⁹²

¹⁹¹ Manuel Abanto Vásquez. “Acerca de la teoría de bienes jurídicos”. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú. Consultado el 8 de setiembre de 2018: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20130208_01.pdf, 11.

¹⁹²Ibid., 11.

Regular que los bienes jurídicos tutelados se encuentren protegidos según su importancia es tarea del legislador; buscar que las penas impuestas sean proporcionales y racionales al ordenamiento jurídico, sin embargo, es tarea del aplicador de la norma.

En cuanto a la idea de proporción, Beccaria señalaba —proponiendo ya consideraciones preventivas— que “no solo es interés común que no se comenten delitos, sino que sean menos frecuentes proporcionalmente al daño que causan en la sociedad”; de ahí deducía que “más fuertes deben ser los motivos que retraigan a los hombres de los delitos a medida que son contrarios al bien público y a medida de los estímulos que los inducen a cometerlos”; y de ahí la “proporción entre los delitos y las penas”.¹⁹³

Si bien la libertad sexual constituye un bien jurídico que debe tener de las mayores tutelas, situación que fue considerada de esta forma por el legislador costarricense, por la alta cuantía de las penas, principalmente cuando el sujeto pasivo es menor de edad o incapaz, lo cierto es que no en todos los delitos que tengan dicho bien jurídico tutelado la penalidad debe ser igual.

Un claro ejemplo se da cuando en esta investigación se analizó que tanto en el delito de abuso sexual como en el de violación se tutela la libertad sexual como bien jurídico tutelado; sin embargo, en el delito de violación existe mayor reproche al sujeto activo, por cuanto realiza una acción invasiva en el cuerpo de la parte ofendida, mientras que en el abuso sexual no se da esta invasión, por lo menos desde el punto de vista de la penetración.

Lo anterior es claro cuando en el delito de violación se establece una pena mayor que en el delito de abuso sexual. No obstante, la proporcionalidad y la

¹⁹³ Norberto Javier de la Mata Barranco. El principio de proporcionalidad penal, 1.^a ed. (España: Editorial virtual: Tirant lo Blanch, 2007), 16.

razonabilidad no se pueden limitar a los delitos con el mismo bien jurídico tutelado, sino que debe realizarse en todo el ordenamiento jurídico penal.

En el título segundo de esta investigación, capítulo segundo, en la sección “Concursos de delitos aplicables al delito de abuso sexual en relación con las posiciones jurisprudenciales de la Sala Tercera”, se utilizó un ejemplo¹⁹⁴ de cómo la errónea valoración en el tema de la unidad de la acción en el delito de abuso sexual podría implicar una pena sumamente alta.

Ahora, si se utiliza el mismo ejemplo en delito de abuso sexual, donde se tipifican tres delitos de abuso sexual en concurso material —cuando un correcto análisis determinaría un único delito de abuso sexual, por la existencia de una única acción jurídicamente relevante, aplicando los criterios de la imposición de la pena para un único delito, en el supuesto de que el sujeto pasivo sea menor de edad y el hecho se encuentre agravado—, se puede hablar de una diferencia de entre 10 años (por un único delito) y 30 años (aplicando la pena máxima para los tres delitos).

Una pena de 30 años para un delito de abuso sexual, que se impuso de un incorrecto análisis jurídico, conlleva a una pena totalmente desproporcional, más cuando se analiza en relación con el delito de homicidio simple¹⁹⁵ (que tutela el bien jurídico vida) en la que se impone una pena de hasta 18 años de prisión.

Este análisis conlleva a que un imputado que tuviera conocimiento de la normativa penal¹⁹⁶ podría optar por dar muerte al sujeto pasivo en el delito de abuso sexual, para tener una penalidad menor, una clara contradicción a lo que

¹⁹⁴ Se utilizó como ejemplo una situación en la que el imputado primero toque los senos de la ofendida y posteriormente su vagina, sin que para la realización de la segunda acción sea necesario la realización de la primera, y el sujeto pasivo sea menor de edad.

¹⁹⁵ Asamblea Legislativa. “Ley 4573 Código Penal: noviembre de 1971”, La Gaceta n.º 257 (15 de noviembre del 1970).

¹⁹⁶ Para el caso que se refiere no se entra en temas como la valoración de la pena; sin embargo, para la validez del ejemplo es necesario que no se puede demostrar que el delito se realizó para ocultar un delito previo, ya que de ser así la pena aplicable sería la del homicidio calificado y también la del abuso sexual en concurso, ya sea ideal o material.

busca el legislador costarricense al momento de establecer el *quantum* de las penas.

Es importante tomar en cuenta que, en algunas ocasiones, por un asunto de “política criminal”, se busca establecer penas mayores para ciertos delitos; lo cierto es que esto no puede implicar una violación para las garantías procesales del sujeto juzgado.

La incrementación desmesurada de penas, la ampliación injustificada del ámbito intervencionista de derecho punitivo e incluso la carencia de proporción entre las previstas respecto de la afectación de distintos bienes, dentro de lo que debería ser un sistema penal estructurado, implica también desprecio por el principio constitucional de proporcionalidad. En suma, afirmamos que esa desproporción e inseguridad consecuente en la forma de actuar del Estado como reacción contra el delito se traduce a final de cuenta en una práctica o tendencia inútil e ineficaz para lograr los fines de un auténtico derecho penal racional, traduciéndose en ocasiones solo como práctica de políticas demagógicas y de manipulación electoral.¹⁹⁷

Establecer si las penas que se imponen de forma desproporcionada cumplen una función de política criminal en la persecución de ciertos delitos o una función más política, como podría ser verificar cuáles son las conformaciones de magistrados que intervienen en una u otra sentencia, consiste en un tema interesante para analizar en otra investigación.

¹⁹⁷ José Nieves Luna Castro. “La proporcionalidad como principio limitador en la determinación e imposición de las penas”. (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México). Consultado el 5 de mayo del 2018: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20160408_03.pdf, 334.

Conclusiones

Conforme a lo investigado se puede concluir lo siguiente:

El delito de abuso sexual se encuentra regulado en artículo 161, que establece lo siguiente: “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”.

Si bien la acción típica en el delito de abuso sexual se encuentra redactada en plural, por lo que se puede establecer que el legislador costarricense optó por regular con una misma pena, para una serie de actos con fines sexuales existe una discusión plasmada a nivel jurisprudencial en relación con la acción en el delito de abuso sexual y cómo limitar la existencia de una o varias acciones jurídicamente relevantes.

La Sala Tercera de Corte Suprema de Justicia, mediante el voto 2016-440, unifica la materia en relación con la acción jurídicamente relevante en el delito de abuso sexual, realizando una aplicación análoga con el delito de violación y su tratamiento a nivel jurisprudencial en el tema de la unidad de la acción, pasando por alto que el tipo penal de la violación no se encuentra redactado en plural.

Entre los argumentos de dicho voto para calificar una acción jurídicamente relevante, se establece que no es necesario que las conductas desplegadas por parte del sujeto activo “se encuentren separadas por espacio de tiempo determinado”, “si no que dichas conductas agoten de manera independiente el tipo penal de abuso sexual”.

Esta posición jurisprudencial es contraria a lo establecido en la normativa costarricense, ya que, si bien un único acto con fin sexual puede ser constitutivo del delito de abuso sexual y este acto a su vez podría agotar el tipo penal, si se realiza en un mismo espacio y tiempo con otros actos sexuales, sería parte de una

misma acción jurídicamente relevante en el delito de abuso sexual, ya que el sujeto activo actúa encaminado en la búsqueda de un mismo fin (criterio finalista) regulado de esta forma en la ley (criterio normativo).

De una aplicación de la posición esbozada en el voto 2014-440 de la Sala Tercera, una acción jurídicamente relevante en el delito de abuso sexual se puede separar en varias acciones, lo que conlleva a que un único delito de abuso sexual se puede tipificar como varios delitos de abuso sexual en concurso material.

La consecuencia directa de esta incorrecta aplicación de la norma recae en el imputado, con una sentencia condenatoria desproporcional e irracional al delito cometido, que se materializa en una posible pena de hasta el triple de lo que debería ser, de aplicarse la norma de forma correcta.

No obstante, esta posición jurisprudencial no es la única, tal como se ve en el voto 2018-00157, donde la Sala Tercera realiza una valoración de la unidad de la acción en el delito de abuso sexual, recurriendo a los criterios finalista y normativo de la unidad de la acción; esto en comunión con la aplicación del criterio espacial-temporal para limitar la acción jurídicamente relevante en el delito de abuso sexual.

De una revisión de la hipótesis planteada al inicio de la investigación, se puede establecer que esta, si bien no fue incorrecta o al final de la investigación no se desacreditó lo establecido, sí estuvo “incompleta”, ya que es necesario añadir que, aunque se comprobó la existencia de una posición jurisprudencial contraria a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la imposición de la pena, también se pudo identificar una posición jurisprudencial en correcta armonía con dichos principios.

Bibliografía

Tesis

Álvarez Pozo, María de la Palma. “El concurso ideal de delitos”. Universidad de Granada, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal, Tesis doctoral, 2007.

Arias Matarrita, Ana Karen, “La participación de la víctima de delitos sexuales durante la fase de ejecución dentro del proceso penal costarricense”. Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2013.

Ávila Lee, Minor y Murillo Sánchez, Ricardo. “Los términos de penetración parcial y coito vulvar en la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales de Apelación de la Sentencia como acciones distintas a la luz de los delitos sexuales de violación y abuso sexual”. Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Costa Rica, 2013.

Ballester Loiza, Karla Vanessa. “El desistimiento y la tentativa y su enfoque en los delitos de violación y abuso sexual a la luz de la doctrina y la jurisprudencia”. Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2009.

Barsallo Villafuerte, Marcos Rogelio y Miranda Quesada, Luis Roberto, “Análisis del delito ‘Relaciones sexuales con personas menores de edad’, artículo 159 del Código Penal y sus implicaciones sobre los derechos sexuales de los adolescentes”. Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2016.

Blanco García, Berlioth y Goñi Díaz, Maricruz. “Análisis metodológico de los tipos penales con aplicación a los delitos sexuales”. Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1997.

Campos Rodríguez, Karla y Morera Molina, Marcela. “El dominio funcional de hecho y los delitos de propia mano”. Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1997.

Chinchilla Rojas, Laura. “Sobre la situación espiritual de la jurisprudencia costarricense en relación con el concurso de delitos”. Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2010.

Enríquez Delgado, Michael. “El vínculo jurídico existente entre los múltiples accesos carnales y el concurso de delitos en el delito de violación sexual”. Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Costa Rica, 2016.

Jiménez Aguilar, Jorge. “Estudio sobre las aberraciones y los delitos sexuales. Sus modalidades en el medio social costarricense”. Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1992.

Jiménez Zamora, Ligia y Williams Forbes, Marcia. “El delito de Transporte de Drogas: factores que inciden en la imposición de la en la imposición de la pena. Un análisis legal y sociológico”. Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2000.

Morales Camacho, Rosemary. “El problema del bien jurídico tutelado en los delitos sexuales”. Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1992.

Morales Cortés, Luis Carlos. “La técnica legislativa y su incidencia en el principio de proporcionalidad de la pena”. Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2015.

Vargas Alfaro, Marvin de Jesús. “El control de razonabilidad de las leyes en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia”. Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2009.

Wittmann Stengel, Susana y Zúñiga Vega, Manrique. “La autoría en los delitos sexuales: análisis de los conceptos de propia mano y autoría mediata”. Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2003.

Libros

Aboso, Gustavo Eduardo. Derecho penal sexual: estudio sobre los delitos contra la integridad sexual. Buenos Aires, Argentina, Editorial Montevideo, 2014.

Correa, Teresa Aguado. El principio constitucional de proporcionalidad. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2012.

Arce Aggeo, Miguel Ángel. Concurso de delitos en materia penal. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad SRL, 1996.

Asua Batarrita, Adela. “Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico”. En Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género. 47-101. Editado por Emakunde, Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria–Gazteiz, 1998.

Bascuñan Valdés, Antonio. El delito de abusos deshonestos. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1961.

Bernal Pulido, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, tercera edición, 2007.

Carbonell, Miguel et al. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. 1.^a edición. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Donna, Edgardo Alberto. Delitos contra la integridad sexual. 2.^a edición actualizada. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni.

Gutiérrez Villalobos, Maribel. Delitos sexuales. Aumento de las penas y su eficacia punitiva. 1.^a edición. San José, Costa Rica, Editorial Universidad Estatal a Distancia, 1999.

Jubert, Ujala Joshi. Unidad del hecho y concurso medial de delitos. Universidad de la Rioja, España. Anuario de derecho penal y ciencias penales, tomo 45, 1992.

Llobet Rodríguez, Javier. Derecho procesal penal: II. Garantías procesales (primera parte). San José Costa Rica, Editorial Jurídica Continental.

Sierra Contreras, Ismael Salvador. Análisis crítico del tipo penal de abusos sexuales y de la figura del *child grooming* a partir de una interpretación jurisprudencial del artículo 366 Quáter del Código Penal. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Departamento de Ciencias Penales.

Maldonado Mella, Sergio Alberto. “Concurso de delitos y problemas de determinación de la pena en las estafas “masivas”: lecciones de los casos “La Polar”, “Fermex” y “Madoff” frente a la dogmática penal”. Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales: Universidad de Chile, Departamento de Derecho Penal.

De la Mata Barranco, Norberto Javier. El principio de proporcionalidad penal. 1.^a ed. España: Editorial virtual: Tirant lo Blanch, 2007.

Miranda Bonilla, Haideer et al. Los principios cardinales de derecho constitucional: colección de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Bogotá, Colombia: Ediciones nueva jurídica, 2017.

Mir Puig, Santiago. Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch, 2010.

Muñoz Conde, Francisco. Los delitos contra la libertad sexual (Título IX, Libro del Código Penal) En La Reforma penal de 1989. 269 a 295. España, Estudios Penales y Criminológicos.

Muñoz Conde, Francisco. Teoría general del delito. 3.^a ed. Bogotá, Colombia: Editorial Temis Obras Jurídicas, 2013.

Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. Derecho penal: parte general. Valencia, España: Tirant le Blanch, 2010.

Muñoz González, Francisco. El concurso de delitos en el derecho penal costarricense. San José, Costa Rica: Litografía e Imprenta LIL, 1981.

Núñez Fernández, José. Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetivos de protección. Congreso de los Diputados, Dirección de Estudios, Análisis y Publicaciones de la Secretaría General, Madrid, 2010.

Reyes Alvarado, Yesid. El concurso de delitos. Bogotá Colombia: Editorial Temis, 1990.

Rojas Chacón, José Alberto y Sánchez Romero, Cecilia. Teoría del delito: aspectos teóricos y prácticos, tomo I. San José: Unidad de Capacitación y Supervisión del Ministerio Público, 2009.

Roxin, Claus et al. Determinación judicial de la pena. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto S. R. L, 1993.

Vargas González, Patricia. Una aproximación a los delitos de abusos sexuales en contra de personas menores e incapaces (artículo 161 del Código Penal), Cuestiones de Penal Especial (I-2016). Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2016.

Ziffer, Patricia. Lineamientos de la determinación de la pena. 1.^a edición. Buenos Aires, Argentina, 1996.

Artículos de revista

Burgos Mata, Álvaro. “La víctima en los delitos sexuales”, Revista de Ciencias Jurídicas, n.º 85 (setiembre-diciembre, 1997).

Cuno Cruz, Humberto Luis. “Razón, racionalidad y razonabilidad. ¿Qué los identifica y diferencia? (Belo Horizonte, Brasil)”, Revista Trib. Reg. Trab. 3.^a reg., v.51, n.81 (páginas: 205-218, junio 2010).

Dall’anese Ruiz, Francisco. “La teoría del bien jurídico y su relevancia en la teoría del delito”, Cuaderno de Estudio del Ministerio Público de Costa Rica (marzo, 2001).

Salas Beteta, Christian. “El *iter criminis* y los sujetos activos del delito”. Revista Internauta de Práctica Jurídica, n.º 19 (enero-junio, 2007).

Normativa

Asamblea Legislativa. “Ley 4537, Código Penal”. Consultado el 11 de abril de 2018, La Gaceta, n.º 257 (15/11/1970).

Jurisprudencia

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Acción de inconstitucionalidad: voto 09966 del 9 de junio del 2010, 3:38 horas, Expediente 09-010348-0007-CO.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de casación: voto 2005-1135 del 30 de setiembre del 2005, 10:05 horas. Expediente 04-000791-0042-PE.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de casación: voto 1333 del 2 de noviembre del 2007 de las 10:15. Expediente 05-000396-0061-PE.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de casación: voto, 440-2016 del 13/05/2016 de las 10:10 horas. Expediente 110031710345PE.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de casación: voto 00140-2015 de 6 de febrero del 2015, 09:02 horas. Expediente 09-002574-0345-PE.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de casación: voto, 2016-1164 del 4 de noviembre del 2016, 9:48 horas. Expediente 10-001061-0412-PE.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de casación: voto, 2018-157 del 16 de marzo del 2018, 10:15 horas. Expediente 08-002765-0396PE.

Páginas en línea

Abanto Vásquez, Manuel. “Acerca de la teoría de bienes jurídicos”, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú. Consultado el 8 de setiembre del 2019: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20130208_01.pdf, 11.

Asamblea Nacional de Francia. “Declaración de los Derechos y de los Deberes del Hombre y del Ciudadano, 1789”. Consultado el 8 de setiembre del 2018: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf.

Aguado Correa, Teresa. “El principio de proporcionalidad en derecho penal. Aspectos generales”. Consultado el 1 abril de 2018: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/principio-proporcionalidad-aspectos-298553>.

Código Penal del año 1880, emitido por el Gran Consejo Nacional, el 27 de abril del 1880. Consultado el 29 de junio de 2018: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=7306&nValor3=96724&strTipM=TC.

Código Penal del año 1918, emitido por el Senado de Costa Rica, el 30 de noviembre del 1918. Consultado el 29 de junio de 2018: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=77202&nValor3=0&strTipM=TC#ddown.

Código Penal del año 1924, emitido por el presidente constitucional de la república, el 27 de junio del 1924. Consultado el 29 de junio de 2018: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=35220&nValor3=83785&strTipM=TC.

Código Penal del año 1941, emitido por el Congreso Constitucional de la República, el 21 de agosto del 1941. Consultado el 29 de junio de 2018: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=37382&nValor3=39414&strTipM=TC#ddown.

Cuno Cruz, Humberto Luis. “Razón, racionalidad y razonabilidad. ¿Qué los identifica y diferencia?”. Consultado el 1 de junio de 2018: https://www.trt3.ius.br/escola/download/revista/rev_81/humberto_luiz_cuno_cruz.pdf.

Luna Castro, José Nieves. “La proporcionalidad como principio limitador en la determinación e imposición de las penas”. (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México), 324. Consultado el 5 de mayo del 2018, http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20160408_03.pdf.

Organización de los Estados Americanos. “Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) de noviembre del 1969”. Consultado el 8 de setiembre de 2018: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

Parlamento, Comisión y Consejo Europeo. “Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 18 de diciembre del 2000”. Consultado el 8 de setiembre de 2018: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf.

Quintero, María Eloísa. “Concurso de Delitos”, México: INACIPE: 5. Consultado el 9 de agosto de 2018: <http://www.inacipe.gob.mx/stories/investigacion/descargas/CAP%C3%8DTULO%2012%20Concurso%20de%20delitos.pdf>.

Ramírez, María Cecilia. “Delitos de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia”, Polít. Crim. n.º 3, A4. P. (2007). Consultado el 10 de marzo del 2018, <http://www.politicacriminal.cl>.

Rojas, Ivonne Yenissey. “La proporcionalidad en las penas”. Consultado el 11 de abril de 2018: http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/7_la-proporcionalidad-en-las-penas.pdf.

Szczaranski Vargas Federico León. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”, Polít. Crim. vol.7 n.º 14, Santiago

Chile. (2012). Consultado el 24 de junio de 2018:
https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992012000200005#n28.