



ABUSOS SEXUALES CONTRA MAYORES DE EDAD

Rama del Derecho: Derecho Penal.	Descriptor: Derecho Penal Especial.
Palabras Clave: Abusos sexuales contra mayores de edad, abuso sexual simple, bien jurídico tutelado, Artículo 162 del Código Penal.	
Fuentes: Doctrina, Normativa y Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 08/01/2013.

El presente documento contiene, doctrina, normativa y jurisprudencia sobre el delito de abusos sexuales contra mayores de edad, citando doctrina argentina y española, el artículo 162 del Código Penal Costarricense y variada jurisprudencia sobre este delito.

Contenido

DOCTRINA	2
1. ABUSO SEXUAL SIMPLE	2
I. Texto legal	2
II. Bien jurídicamente protegido	2
III. Conducta típica	3
IV. Modalidades comisivas previstas	4
2. ABUSOS SEXUALES	6
A) Abusos sexuales. Tipo básico	6
B) Abusos sexuales sobre personas privadas de sentido	7
C) Abusos sexuales con prevalimiento	8
D) Abusos sexuales con acceso carnal	8
3. Abusos sexuales no carnales (art. 181. 1., 2., 3., 5.)	9
Tipo básico (art. 181. 1)	9
NORMATIVA	11
Artículo 162	11
JURISPRUDENCIA	12
1. Abusos sexuales contra personas mayores de edad: Concurso material con robo agravado por no existir un vínculo funcional o finalidad común	12

2. Abusos sexuales contra personas mayores de edad: Distinción con la agresión sexual a persona adulta mayor	12
3. Abusos sexuales contra personas mayores de edad: Cometido por sacerdote	14
4. Abusos sexuales contra personas mayores de edad: Elementos de configuración y diferencia con la contravención de tocamientos inmorales	16
5. Abusos sexuales contra personas mayores de edad: Huésped de hotel abusada por guarda seguridad	19
6. Abusos sexuales contra personas mayores de edad: Consentimiento de la víctima a someterse a "curación religiosa"	22
7. Abusos sexuales contra personas mayores de edad y Violación: Consideraciones acerca de la unidad de acción jurídico penal	24
8. Abusos sexuales contra personas mayores de edad: Relación de poder entre médico y paciente ofendida	26

DOCTRINA

1. ABUSO SEXUAL SIMPLE

[Villada]¹

I. Texto legal

Artículo 119. Primer párrafo. "Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando ésta fuera menor de 13 años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción".

II. Bien jurídicamente protegido

Con esta figura se protege la reserva sexual de la víctima, entendida como el respeto a su incolumidad física y dignidad en tanto persona, pero muy particularmente desde la óptica de su pudicia personal-sexual.

El derecho a conservar incólume el pudor sexual es consustancial al concepto de persona humana; y la ofensa violenta al mismo es reprochada por la ley en base al derecho que todo individuo tiene a que se respete ese ámbito de intimidad particular, de innegable contenido moral.

Para autores clásicos como Carrara, era esencial fijar el objeto de protección de la ley a fin de no incurrir en la confusión del Código toscano, que reprimía el ultraje violento al pudor cuando fuere practicado con fines lujuriosos. Esta legislación, más allá del

interés vulnerado de la víctima, exigía entonces un fin reprobable de parte del autor para la configuración del delito. Este requisito no fue imitado por las legislaciones actuales, que al haber precisado el objeto de protección en el sentido que expresamos, conformaron la represión penal a la protección de la reserva sexual de la víctima (visión objetiva), más allá de los móviles que animaron la conducta del agente (visión subjetiva).

III. Conducta típica

La especial redacción de la fórmula que utiliza la ley obliga a una labor de exégesis, ya que es necesario precisar el alcance del término "abusar sexualmente".

La acción típica puede consistir en:

1. Desplegar sobre la víctima actos corporales (impúdicos o no), contra su voluntad y que no importen el coito u otro acto de penetración o acceso carnal, como el caso de violación, pero de contenido esencialmente sexual.
2. Que el autor obligue a realizar a la víctima sobre su propio cuerpo, actos impúdicos de contenido sexual.
3. Actos de carácter sexual (sin penetración), que el autor obligue a realizar a una víctima, en el cuerpo de un tercero.
4. Actos impúdicos o sexuales efectuados por un tercero y que el autor obligue a tolerar a la víctima en su propio cuerpo.

El acto impúdico tiene dos aspectos que deben valorarse a fin de determinar su carácter sexual:

- a) Que objetivamente tiene entidad para ofender el pudor sexual de cualquier persona y, por ende, debe ser medido desde tal óptica.
- b) Pero por otra parte, subjetivamente debe analizárselo desde la perspectiva de la víctima. Debe resultarle ofensivo a su sexualidad, a su pudicia.

No interesa el móvil que anima al autor. Es decir, si obra para satisfacer su lascivia o con una motivación distinta (por ira, por violencia, para desplegar un acto de poder, etc.). Basta la ofensa (aspecto objetivo), que sufra el sujeto pasivo en su ámbito de reserva corporal-sexual (aspecto subjetivo).

El fallo siguiente, es bastante ilustrativo:

"La acción del acusado, que en un juego inventado, colocó boca abajo al menor, logró quitarle las prendas, luego de lo cual refregó su miembro viril sobre sus nalgas hasta eyacular, configura el delito de abuso deshonesto (hoy abuso sexual)" (CNCrim. y Corr., Sala V, 14-XII-1979, L.L., t. VI, 27-7).

Es fundamental no confundir el dolo con el móvil, como lo señala Fontán. El primero se llena con el conocimiento del carácter impúdico del accionar que se despliega y, por otra parte, la determinación de llevarlo a cabo (lesionando el bien jurídico protegido). En cambio, el móvil refiere al fin que tuvo en miras el autor al llevar a cabo el hecho que reconocía ilícito.

En este aspecto, la nueva ley resulta más desventajosa para la víctima, ya que la protección penal se circunscribe al ámbito de lo meramente sexual. La figura anterior

penalizaba el acto impúdico que afectaba la honestidad en general, no sólo la sexualidad de la víctima.

Esto impone un más reducido marco de protección y al mismo tiempo restringe la prevención de delitos sexuales más graves. Pero esto no debe llamar a confusión, como hemos observado en algunos fallos, donde el juez destipificó la conducta por ausencia de dolo, al no poderse demostrar el contenido lúbrico o lujurioso de su accionar.

El ataque a la pudicia de la víctima es un elemento de valoración objetiva, que corresponde al juzgador. Con ello el acto ofensivo de contenido sexual es punible aun cuando no sea llevado a cabo necesariamente, sobre partes del cuerpo de la víctima que se correspondan con su sexualidad (caso comúnmente conocido del sujeto activo que frota su miembro viril en un brazo, en la mano o en el hombro del sujeto pasivo).

IV. Modalidades comisivas previstas

1. Víctima menor de 13 años

Cuando el acto abusivo o ultrajante sea desplegado sobre o contra persona de uno u otro sexo de 0 a 12 años, la ley presume *iure et de iure* que el damnificado (varón o mujer) carece de capacidad o madurez para autorizar libre y conscientemente, la ejecución de tamaña conducta sobre su cuerpo.

Esta presunción no admite prueba en contrario como requisito de la tipicidad, por lo que en nada cambia la criminalidad del acto, que el menor haya o no consentido el ultraje al que es sometido.

Sin embargo, deben reconocerse efectos jurídicos al error sobre la edad del sujeto pasivo, puesto que el conocimiento de la menor edad integra la culpabilidad del autor. La reforma de 1999 ha incrementado en un año más la edad de la víctima, como ocurre en el caso de la violación.

2. Cuando mediere violencia

Esto es, mediante el empleo de fuerza física irresistible o intimidación, de modo que resultan determinantes para consumir el ultraje, al vencer la voluntad manifiesta o implícitamente opuesta del sujeto pasivo (quedan comprendidos el uso de medios hipnóticos o narcóticos, conforme al art. 78, Cód. Pen.).

Si las violencias son ejercidas fuera del contexto del abuso y causan resultado lesivo en la víctima, deben concurrir en forma real con el ataque sexual de que se trata. No es posible incluir a "toda lesión" como integrativa de un ataque violento.

3. Mediante amenazas

En este supuesto, el abuso sexual se logra merced a amenazas (elemento normativo del tipo: art. 149 bis, Cód. Pen.), entendiendo por tal concepto que se le anuncia un mal grave, inminente, serio, posible, futuro e injusto para ella o para terceros ligados a ella, que le obligan a aceptar el acto ultrajante.

En este caso particular, las amenazas que pueden consistir en anuncios o hechos intimidatorios, logran el fin de abuso sexual que la víctima acepta. Se trata, en rigor, de un caso de coacción (art. 149 bis, última parte), especializado por el resultado que alcanza.

No se entiende bien la recarga o especificación utilizada por el legislador, pues la amenaza quedaba comprendida por la fórmula anterior, ya que el término genérico "violencias" utilizado por el legislador siempre ha significado violencia física o violencia moral (salvo algunas trasnochadas interpretaciones que excluían a la intimidación).

4. Mediante abuso coactivo

La ley es aparentemente redundante en este aspecto, puesto que el ultraje coactivamente impuesto a la víctima nos remite al concepto tradicional de vis absoluta o compulsiva.

Coactivo es lo obligatorio o impuesto obligadamente, por oposición de lo querido o más allá de lo asentido por voluntad de la víctima.

5. Abuso intimidatorio por relación de dependencia

Retomamos el concepto de violencia moral o vis compulsiva que puede adoptar diversas formas, además de las analizadas en los puntos anteriores.

En el caso concreto, creemos que la ley refiere a la compulsión que genera, en el ánimo de la víctima, una amenaza proveniente de un superior (sea en materia laboral, educacional, institucional, religiosa o similar) o persona de la que se depende de algún modo (sea que esta dependencia tenga carácter económico, social, sanitario o de otra índole).

La intimidación es un efecto psicológico concreto y necesario que debe producirse en la víctima y por el cual se acepta el accionar del agente, que a su vez se vale de ese repudiable medio para consumar el ultraje (relación necesaria y obligada de causa-efecto).

Si bien es una forma aberrante del abuso a la persona, ya que no sólo afecta su integridad sexual sino genéricamente su dignidad, resulta una figura altamente difusa y de difícil precisión, tipificación y consecuente aplicación.

Creemos que su interpretación e implementación generará no pocos problemas.

6. Intimidación por relación de autoridad

No es fácil desentrañar el sentido de esta expresión frente a las demás existentes, pero esta situación está prevista, en nuestro entender, para aquellas ocasiones en que el abuso es ejecutado por un superior jerárquico en estructuras u organismos o instituciones que operan en base a códigos o pautas de autoridad o disciplina que imponen un tipo de obediencia o sometimiento a reglas de carácter más rígido (como FF.AA., Policía, etc.).

El legislador siguió enumerando posibilidades de acción, que genéricamente estaban contempladas en el primer caso.

7. Abuso intimidatorio por relación de poder

Ésta es la más abarcativa expresión que debió utilizar el legislador en lugar de las dos anteriores. Porque en este caso está claramente expresado el vínculo que une a víctima y victimario (preexistente). Una relación de cualquier índole, que establece una preeminencia ineludible de uno sobre otro.

Aquí están incluidas situaciones no contempladas como las del tutor, curador, padres, guardadores y otras personas, que tienen una efectiva preeminencia sobre la víctima.

8. Falta de consentimiento libre

Esta fórmula engloba todas las que no están contempladas anteriormente, porque los vicios para consentir cualquier acto libremente son el error, la ignorancia o la violencia (sea bajo o 1 a forma de violencia moral, amenazas, temor reverencial, imposibilidad de resistir una posición de poder, o un estado de vulnerabilidad proveniente de un estado físico o de salud disminuido) o, finalmente, por una falta de conocimiento o madurez para tomar dicha decisión.

Todas estas modalidades de abuso sexual simple (sin acceso carnal) son válidas para explicar las modalidades de violación que estudiaremos más adelante, pues hay una remisión legal expresa en tal sentido.

La reforma eliminó una fórmula genérica que anteriormente se utilizaba y resultaba comprensiva de situaciones difíciles de prever: "o que por cualquier causa no pudiese resistir". Esto implica un retroceso, en nuestra opinión, salvo que se la considere contemplada en la fórmula bajo análisis.

2. ABUSOS SEXUALES

[Cardona Torres]ⁱⁱ

1. Consideraciones generales

Todas las modalidades tipificadas de «abuso sexual» parten también de un atentado contra la libertad, pues si bien, a diferencia de las agresiones sexuales, no se da aquí la violencia o intimidación, el sujeto pasivo no presta su consentimiento o este se ha obtenido de manera viciada por abuso de superioridad o engaño. Así pues, la diferencia fundamental con las agresiones sexuales se da porque en el abuso sexual no concurre la violencia ni la intimidación, como medios de coacción para conseguir por la fuerza el acto libidinoso, pero tienen en común que, en todo caso, se trata de un ataque a la libertad o indemnidad sexual.

2. Modalidades

A) Abusos sexuales. Tipo básico

El artículo 181.1 se aplica a aquellos atentados contra la libertad sexual en los que, aun no existiendo violencia ni intimidación alguna, la víctima no ha podido consentir, dado el carácter sorpresivo y proditorio de la actuación lasciva del sujeto activo. La falta de consentimiento del sujeto pasivo es, pues, requisito fundamental para que constituya una acción delictiva; p.ej., tocamientos sorpresivos en zonas erógenas sin el consentimiento de la víctima (SSTS de 13 de septiembre de 2002 y 3 de octubre de 2002).

Se puede dar este supuesto con más facilidad en situaciones de aglomeración; p.ej., en un transporte público en que el sujeto activo se aprovecha de la víctima, apretada por la muchedumbre, contra su voluntad. Aunque algún autor, como Lamarca Pérez, opina al respecto que tales supuestos «tienen mejor acomodo en la falta del art. 620.2, porque este tipo de conductas a lo que afecta es más bien a la dignidad [por vejación] que a la libertad sexual»; no obstante, la doctrina jurisprudencial ha dictaminado que ciertos actos libidinosos no pueden considerarse constitutivos de una simple falta de vejaciones de carácter leve, ya que en la conducta del sujeto activo está presente un indudable animo lúbrico, que es lo que caracteriza el delito frente a la falta por atentar contra la libertad sexual (SSTS de 24 de marzo de 1997 y 15 de diciembre de 2009; ATS de 12 de mayo de 2000).

El responsable del delito de abuso sexual será castigado con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

B) Abusos sexuales sobre personas privadas de sentido

El artículo 181.2 considera como abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se aprovechara el sujeto activo abusando de la víctima, así como los que se cometan anulando su voluntad a través de los medios que el precepto especifica a fin de obtener la ventaja sexual. Este párrafo tiene simplemente un efecto confirmativo del acto específico de abuso sexual no consentido con respecto a las referidas personas en una mayor situación de indefensión, por las circunstancias indicadas, sin que por ello se disponga una mayor pena que la aplicable al tipo básico; lo cual resulta inconcebible, al no ser equiparables tales supuestos, pues realmente se da un mayor injusto cuando en el acto concurren las circunstancias indicadas en este precepto, dada la situación de inferioridad de condiciones frente al sujeto activo por tener mermadas la víctima sus facultades intelectivas y volitivas. Ello no es óbice para que puedan aplicarse en tales supuestos la concurrencia de las circunstancias agravantes de alevosía o abuso de superioridad (art. 22.1.a y 2.a), como forma de incrementar el castigo (art. 66.1.3.a).

Cabe encuadrar en este supuesto, como personas privadas de sentido por padecer de alteración de facultades perceptivas con la pérdida de capacidad para la autodeterminación, las personas desmayadas, anestesiadas, hipnotizadas o sometidas al efecto de una droga, siempre que el sujeto pasivo tenga la suficiente pérdida de consciencia que anule su oposición al acceso sexual, al quedar prácticamente anulados en tal situación sus frenos inhibitorios (es decir, cuando ha quedado anulada la voluntad de la víctima) (SSTS de 23 de enero de 2004 y 15 de febrero de 2005). A este respecto, la Ley Orgánica 5/2010 ha dispuesto específicamente, para que no haya lugar a dudas, que asimismo se incluyen en este tipo los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto. Más difícil resultará demostrar la comisión de la infracción penal, cuando sea la propia víctima la que se ha dispuesto a ello en lo que se denomina «autopuesta en peligro» o actio libera in causa, al no discernirse tan fácilmente el no consentimiento del sujeto pasivo. En tal caso —como indica Tamarit— será relevante el dato de la edad de la víctima y la diferencia de edad que pueda existir respecto a quien contacte sexualmente con ella.

Por lo que se refiere a las personas que sufran trastorno mental (discapacidad psíquica), la ley no contempla la infracción penal de forma automática, sino que deberá demostrarse que se ha abusado de tal circunstancia, de tal manera que el sujeto pasivo se halle en una situación de trastorno mental que no le permita siquiera

conocer la trascendencia y repercusión de la relación sexual, situación de la que se aprovecha e instrumentaliza el sujeto activo para conseguir el acto lúbrico. El Tribunal Supremo consideró a tales efectos que un cociente intelectual del 69% demuestra tan sólo un leve retraso que no es incompatible con la capacidad de autodeterminación sexual, sin perjuicio de que el sujeto activo haya cometido en ese caso el abuso sexual con prevalimiento de su situación de superioridad sobre la víctima (STS de 9 de abril de 1999).

C) Abusos sexuales con prevalimiento

El artículo 181.3 tipifica como abusos sexuales aquellos casos en que el consentimiento se obtenga prevaliéndose de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima. En todo caso, el sujeto activo ha de aprovecharse expresamente de la situación manifiesta de superioridad de manera dolosa, es decir, coartando la libertad de la víctima mediante la presión de su posición privilegiada (STS de 14 de febrero de 2000). La circunstancia de superioridad o prevalimiento del autor sobre la víctima ya se incluye aquí como elemento integrante del tipo, sin que pueda tomarse en consideración como circunstancia agravante por sí misma, si no concurre alguna otra circunstancia.

No son suficientes las circunstancias de parentesco lejano, o la diferencia de edad para apreciar, sin más, la existencia de superioridad (STS de 27 de septiembre de 2000). Así, se desestimó la existencia de un delito de abusos sexuales en el caso de un profesor de cuarenta y cinco años con una alumna de dieciséis años, por tener ésta madurez suficiente para su autodeterminación y amplios conocimientos sexuales (STS de 24 de junio de 2004). El Tribunal Supremo, en relación a este caso, indicó que «el prevalimiento es una coacción psicológica que produce que el consentimiento así prestado se encuentre viciado. Nada de ello resulta de los hechos probados, en donde se suceden, uno tras otro, episodios de contenido sexual entre ambos, sin el menor atisbo de coacción psicológica, sino que fluye del relato histórico una clara continuación en los encuentros sucesivos que se caracteriza por la prestación recíproca de un consentimiento libremente otorgado». De lo que se deduce que tal prevalimiento, como indica Orts Berenguer, no puede presumirse, sino que debe ser probado, debiendo tener relevancia bastante como para coartar la libertad de elección del sujeto pasivo en el caso concreto, aprovechándose el sujeto activo de esa ventaja para conseguir un consentimiento que, de otro modo, no se hubiera obtenido. Así pues, el abuso sexual con prevalimiento ha de tener lugar mediante una relación de superioridad manifiesta y objetivamente constatada, con la concurrencia de algún elemento que atribuya al autor una cierta autoridad sobre la víctima, como puede ser una situación de dependencia, el desamparo familiar, una relación docente, etc.

El tipo aquí previsto, lo mismo que los referidos en los apartados anteriores relativos al delito de abusos sexuales, se castigan con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

D) Abusos sexuales con acceso carnal

El artículo 181.4, tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010, tipifica las modalidades de abuso sexual que consista en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, pero en este caso, a diferencia de la agresión sexual (art. 179), el acto se lleva a cabo sin violencia ni intimidación, castigándose al responsable de este tipo agravado de abuso sexual con la pena de prisión de cuatro a diez años.

El artículo 181.2 previene ciertos supuestos en los que se pueden dar con más facilidad tales casos de abuso sexual extremo, especialmente cuando la víctima esté privada de sentido o sufra un trastorno mental, o cuando tenga anulada su voluntad por el uso de fármacos o drogas. Así, el Tribunal Supremo ha aplicado este precepto en supuestos de abusos sexuales que no hayan sido consentidos expresamente, teniendo en cuenta el modus operandi del atentado sexual, cuando se trate de casos sorprendidos o proditorios; p.ej., víctima que estaba adormilada, tras ingerir alcohol, reaccionando al instante cuando se dio cuenta del abuso (STS de 14 de octubre de 2005). Lo mismo cabe decir, con respecto a los abusos sexuales que llegan al acceso carnal mediante una situación de prevalimiento, al haberse obtenido el consentimiento del sujeto pasivo por la situación de superioridad que coarta la libertad de la víctima en situación de desamparo (art. 181.3); p.ej., el padrastro que abusa repetidas veces de su hija adoptiva (estupro continuado) desde que ésta cumplió los trece años (STS de 11 de julio de 2005).

3. Abusos sexuales no carnales (art. 181. 1., 2., 3., 5.)

[Queralt Jiménez]ⁱⁱⁱ

Como en los casos anteriores esta nueva configuración es, en parte y sólo en parte, tributaria de los anteriores abusos deshonestos. Sin embargo, de poco va a servir la experiencia acumulada al respecto —que tampoco era excesiva—, dado que, más que la letra, cambia el planteamiento del legislador y el modo en que concibe y protege el bien jurídico.

Este grupo de delitos y el siguiente tienen en común que el contacto sexual, con o sin acceso carnal, se obtiene sin consentimiento, cuya ausencia no se deba ni a violencia ni intimidación ni a, según las edades de la víctima, engaño. Además, desde 1999 tal contacto puede afectar tanto a la libertad como a la indemnidad sexuales.

Tipo básico (art. 181. 1)

Este delito tiene una gran similitud con el de atentados sexuales ya examinado —supra 2.

a. Tipo objetivo positivo.

aa. Sujeto activo. Cualquiera.

ab. Sujeto pasivo. Cualquier persona mayor de 13 años; para los menores de esa edad, vid. (art. 183, infra 6aa).

ac. Acción.

aca. Cualquier conducta de significado sexual que no suponga ni acceso carnal ni introducción de objetos ni penetración anal o bucal.

acb. La reforma de 1999 ha introducido que el ataque debe ser no sólo contra la libertad sexual, sino también contra la indemnidad sexual. Y no sólo eso, el legislador modificó la rúbrica del Título VIII del Libro II, donde se inserta este delito.

Qué sea indemnidad en este contexto, más allá de las pretensiones del legislador, retóricas en el mejor de los casos, resulta difícil de establecer. En efecto, la indemnidad hace referencia al estado de una persona de permanecer intacto, íntegro, sin sufrir daño, incluso frente ataques reales. Si el legislador se refiere a la virginidad femenina que puede reflejarse en la indemnidad del himen, aunque su rotura no

supone siempre la pérdida de la virginidad³ —la masculina es fisiológicamente incontestable—, también debería haberse referido a ella y con más razón en los delitos precedentes de agresión sexual, mucho más graves. Si en la mens legislatoris —meramente informativa y no vinculante como canon interpretativo—, se refiere a la integridad sexual desde el punto de vista psicológico, es decir, a la gravedad de los trastornos que pueda sufrir una víctima sexualmente agredida, debió hacer referencia con mucha mayor razón a este efecto en las figuras precedentes. Pero no hay que olvidar que las lesiones que produzcan las agresiones sexuales de los art. 178 y 179, lesiones que pueden ser tanto físicas como psíquicas, están penadas en concurso, normalmente ideal.

Finalmente, cupiera, a título de hipótesis, entender que el abuso sexual puede dirigirse tanto a la libertad sexual —querer o no querer tener contactos sexuales— como a la integridad sexual. Sin embargo, descartada por incongruente la lesión psicológica —no tiene sentido castigarla en lo menos y no en lo más—, carece de valor autónomo el preservar la integridad física —el no ser tocado, p. ej.—, pues ese no querer ser tocado es, como paradigma, una manifestación de la libertad sexual. En consecuencia, entiendo que estamos ante una reduplicación, con una mera carga simbólica desatenta de lo que es el mandato de taxatividad, y que, deja mal parado otra vez (¿y van?) el principio de legalidad.

acc. En definitiva, estamos en presencia de un ingerencia sexual furtiva en el ámbito de la víctima, sin mediar en absoluto ni violencia ni intimidación (SS 13-4-2002, 30-10-2005). Y estamos ante un atentado contra la libertad sexual porque, aun sin producirse el sujeto activo al modo de los arts. 178 y 179, no consta el consentimiento de la víctima o el prestado por ésta es irrelevante.

acd. El legislador no se ha contentado, entiendo que con buen criterio, con la ausencia de consentimiento, sino que para algunos contextos en que sí se haya podido prestar, lo tiene por no efectuado. Ello se pone de manifiesto en que, a modo de ejemplo —técnica utilizada con poca frecuencia por el legislador, actitud que debería seguir—, se entiende ex lege cuando el consentimiento, aun prestado en apariencia, es inválido por incapacidad del prestador (S 27-11-2006).

Así, tras la reforma en virtud la LO 5/2010, se amplían, de nuevo con acierto, los supuestos previos contenido en el art. 181. 2; a las personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, se añade ahora cuando se realice la actividad sexual ilícita anulando la voluntad de la víctima mediante la administración de sustancias idóneas a tal fin: uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química (S 15-7-2009).

Es correcto, tener por no manifestado el consentimiento no en estos casos, si se hubiera manifestado, pues estos sujetos, debido al estado natural o artificial en el que se encuentran, es claro que pueden consentir, incluso compulsivamente y con fruición; pero, dada su inmadurez o su morbilidad, el legislador, al igual que efectúa en otros pasajes penales y extrapenales, considera su consentimiento irrelevante (S 30-10-2005).

ace. Que, como se ha señalado, se fijen iuris et de iure determinados supuestos de ausencia de consentimiento, la edad no supone límite alguno para el abuso sexual, dado que la libertad personal en nada queda sujeta a mayor o menor edad biológica cuando no se presta consentimiento alguno para la actividad de la que se trate. Por tanto, cualquier persona, fuere de la edad que fuere, puede ser objeto de este delito (S 30-10-2005).

ad. Tipos de imperfecta ejecución. Dependerá su posible existencia de la acción concreta, aunque muchas tentativas sí son en sí mismas atentados sexuales; por tanto, habrá que distinguir el significado objetivo de la conducta del plan del sujeto y la realidad verificada (S I5-I 1-2001: no prosecución de la acción sobre la mujer previamente mandada desnudar en paraje solitario de cintura para abajo al observar el autor que la víctima tenía la menstruación).

b. Tipo negativo. Vid. supra 2a. b.

c. Tipo subjetivo. Delito claramente doloso, en el que, lógicamente, no se castiga la imprudencia.

d. Concurso. Además de la latente posibilidad de lesiones psíquicas, que están en concurso ideal, al administrarse sustancias naturales o ratificales ello puede producir lesiones físicas, que integran un concurso medial.

e. Penalidad. Tras la reforma de 1999 se ha incrementado sensiblemente: prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

NORMATIVA

Artículo 162

[Código Penal]^{iv}

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

(Así reformado mediante el artículo 1º de la ley Nº 8590 del 18 de julio del 2007).

JURISPRUDENCIA

1. Abusos sexuales contra personas mayores de edad: Concurso material con robo agravado por no existir un vínculo funcional o finalidad común

[Sala Tercera]^v

Voto de mayoría:

“IV. Por último, esta vez como agravio de fondo, arguye el defensor que los delitos atribuidos al inculpado están en concurso ideal, y no material, como sostuvo el a quo. Hubo unidad de acción porque ambos se dieron en un mismo espacio y tiempo. No es de recibo el reparo. Para efectos de la norma penal, la acción no está compuesta únicamente por un dato fenoménico, como es el espacio/temporal, sino que contempla también el de la voluntad del agente, o sea la intención de la misma. El defensor omite considerar en su alegato que, aunque los delitos aducidos tuvieron lugar en un mismo espacio y tiempo, no estaban presididos por la misma voluntad, no iban dirigidos a la misma finalidad. Una cosa era el abuso sexual, para lo cual no era necesario el robo, y otra distinta era el robo intentado, para lo cual no era necesario cometer el abuso sexual mencionado. Esto es, entre ambos no había un vínculo funcional, no había una finalidad común (que algunos denominan el “componente subjetivo” de la acción, siendo el dato espacio/temporal el “componente objetivo”). Por ende, a pesar de que ambos delitos fueron ejecutados en un mismo momento y lugar, uno no estaba preordenado ni dirigido a la comisión del otro, por lo que faltaba la unidad volitiva necesaria para que se tratara de una sola acción. Al no ser así, ambas ilicitudes concurrían materialmente, como de manera acertada lo estableció el fallo venido en casación. Se declara sin lugar el recurso presentado.”

2. Abusos sexuales contra personas mayores de edad: Distinción con la agresión sexual a persona adulta mayor

[Tribunal de Casación Penal]^{vi}

Voto de mayoría

“I.- [...] Conforme al cuadro fáctico acusado, y que acreditó la sentencia se tiene que: " la ofendida G. R. S., quien es adulta mayor de 84 años y se ayuda con una andadera para caminar, se encontraba en la acera, momento en que fue interceptada por el imputado G.J. quien con la intención de abusar sexualmente de ella, satisfacer sus deseos sexuales, y aprovecharse de su vulnerabilidad como persona adulta mayor procedió a tocarle y apretarle con la mano fuertemente el seno derecho " (cfr. folio 21), conducta que, ciertamente, y distinto a lo que propone la recurrente, se sanciona en la relación de los numerales 161 y 162 del Código Penal, que incumbe a " quien de manera abusiva, realice actos con fines sexuales contra una persona ", en este caso, " mayor de edad " pues, en efecto, tal y como lo refieren los juzgadores, el acto ejecutado por el imputado G.J. no solo es abusivo, sino que lleva implícito el carácter sexual, no solo por la zona del cuerpo de la ofendida en que lo hizo sino, también, porque la víctima es mayor de edad, aun que se le considere adulta mayor. Razón por la cual la calificación jurídica otorgada de abuso sexual contra persona mayor de edad

debe ser avalada. La impugnante parte de considerar que porque la ofendida es una adulta mayor de 84 años, ya por ello, únicamente, se debe aplicar, para el delito del cual fue víctima, el tocamiento y apretamiento de su seno derecho con un fin sexual por parte del imputado G.J., el numeral 59 de la Ley N° 7935, Ley Integral para la Persona Adulta Mayor, cuando esto no es así. Señala el artículo 1° de la citada Ley, cuáles son los objetivos de esta, e indica: "**ARTÍCULO 1.- Objetivos. Los objetivos de la presente ley serán:** a) *Garantizar a las personas adultas mayores igualdad de oportunidades y vida digna en todos los ámbitos.* b) *Garantizar la participación activa de las personas adultas mayores en la formulación y aplicación de las políticas que las afecten.* c) *Promover la permanencia de las personas adultas mayores en su núcleo familiar y comunitario.* d) *Propiciar formas de organización y participación de las personas adultas mayores, que le permitan al país aprovechar la experiencia y el conocimiento de esta población.* e) *Impulsar la atención integral e interinstitucional de las personas adultas mayores por parte de las entidades públicas y privadas, y velar por el funcionamiento adecuado de los programas y servicios, destinados a esta población.* f) *Garantizar la protección y la seguridad social de las personas adultas mayores.*", lo que, desde un inicio, pone en evidencia lo improcedente de la gestión, puesto que esa Ley no persigue desmejorar la situación particular de la población adulta mayor, tal y como lo consideró el Tribunal de mérito al rechazar la propuesta de la defensa. El planteamiento de la recurrente parte de considerar que el numeral 162 del Código Penal y el artículo 59 de la Ley N° 7935, Ley Integral para la Persona Adulta Mayor, describen una misma conducta, por lo que, en su opinión, se excluyen entre sí, y por esto ha de prevalecer la que se estima especial para la población adulta mayor. Pero esto no es así. La conducta que sanciona el numeral 59 de la Ley N° 7935, Ley Integral para la Persona Adulta Mayor, es: "**ARTÍCULO 59.- Agresión sexual. Será sancionado con prisión de uno a tres meses quien acose sexualmente a una persona adulta mayor con proposiciones irrespetuosas o ademanes grotescos o mortificantes. La pena será de tres a seis meses de prisión cuando el acoso sexual consista en tocamientos inmorales o actos de exhibicionismo.**", plantea supuestos distintos a los que le fueron acusados al imputado G.J.. El primer párrafo es en relación con proposiciones irrespetuosas o ademanes grotescos o mortificantes, que no es el caso particular. Pero, tampoco lo es el segundo párrafo, pues aun y cuando se trata de tocamientos inmorales, y el haberle tocado el seno a la ofendida, en efecto, resulta inmoral. En esta norma (artículo 59) esa acción carece del fin eminentemente sexual que persigue el sujeto activo, y que en el presente caso, se vio ratificado por el hecho de que, igualmente, G.J. le apretó fuertemente el seno a la ofendida G.R.S., y para satisfacer así sus deseos sexuales, fin del cual carece, entonces, la norma última citada, pues nótese que los tocamientos inmorales o actos de exhibicionismo, aunque tienen contenido sexual, de la letra de la norma se determina que estos actos son con el ánimo de molestar o perturbar al adulto mayor, más no con el propósito de lograr satisfacción, de tipo sexual, en quien lo ejecuta, lo que es resorte del abuso sexual tipificado en el numeral 162 del Código Penal. El error de la impugnante surge de otorgarle igual contenido a ambas normas, pese a que es evidente el distanciamiento que existe en los extremos sancionatorios, y que desde un inicio permite, dada esa desproporcionalidad, entender que son conductas diferentes, la una de contenido sexual y para satisfacer ese fin, vulnerando la libertad sexual de la víctima, y la otra, aunque igual podría tener un contenido sexual, lo es con la intención de molestar o perturbar a la víctima, lo que conlleva, más bien, una afectación de índole moral en ésta, y con la cual el sujeto activo lo que busca es divertirse a costa del adulto mayor, más no satisfacerse sexualmente, como sí ocurrió en el presente caso, y en el que la adulta mayor agraviada sí vio afectada su libertad sexual por la acción dolosa del imputado, sin menoscabo de que igualmente se viera perjudicada moralmente por un comportamiento que en este caso, más que irrespetuoso, resulta abusivo. A mayor abundamiento, véase que el artículo 59 antes citado, acorde con el espíritu de la Ley Integral para la Persona Adulta Mayor, lo que persigue es un mayor ámbito de

protección para la población adulta mayor, al tanto que lo que sanciona, con mayor rigurosidad, son las conductas inmersas en las contravenciones contra las buenas costumbres (artículo 385 del Código Penal) de modo tal, que ante comportamientos como los allí descritos, en tratándose de una persona adulta mayor, la penalidad si es más gravosa. Empero, tampoco la descripción contravencional corresponde al delito que aquí se conoce. En consecuencia de lo anterior, no se evidencia la incorrecta aplicación del derecho sustantivo y la propuesta de la quejosa no tiene alguna solvencia jurídica, por lo que fue bien rechazada por el tribunal sentenciador y, por consiguiente, su recurso debe ser declarado sin lugar.”

3. Abusos sexuales contra personas mayores de edad: Cometido por sacerdote

[Tribunal de Casación Penal]^{vii}

Voto de mayoría

“III.- [...] En el pronunciamiento los juzgadores dan absoluta credibilidad al dicho de la ofendida, el que califican como un relato congruente (dedicando una sección específica al tema de su ánimo y personalidad, cfr. folios 402 a 405); aluden al acoso sexual padecido a manos del encartado, que fue en escalada hasta la consumación de las agresiones sexuales acusadas por el ente fiscal, las cuales estiman plenamente comprobadas con la prueba evacuada durante el contradictorio. Aclaran que aún cuando para el tribunal se demostraron tres diversos delitos, se limitan en el pronunciamiento del reproche penal a los únicos dos acusados por el Ministerio Público. Luego pasan a detallar cada uno de los eventos, primero el ocurrido en el mes de marzo de 2008, que tuvo lugar en la habitación del sacerdote, donde al estar A. realizando labores de limpieza y con la creencia de que el encartado no se encontraba dentro de las instalaciones, se vio sorprendido por su presencia, aprovechando en ese momento el imputado para lanzarla a la cama, tirársele encima, al tiempo que intentaba despojarla de su blusa y le introduce sus manos dentro de la ropa, provocándose un forcejeo del que finalmente logra liberarse. Indica el tribunal que ese incidente es congruente con la narración que hiciera la agraviada ante la Curia Metropolitana al presentar sus quejas contra el sacerdote. Después se alude al segundo hecho, ocurrido el 29 de abril de 2008, en horas de la mañana, cuando el justiciable en un baño, arrinconó contra la pared a A., de nuevo forcejeó con ella, logrando restregar su cuerpo contra el de ella, mientras la besaba en su cara y cuello. Este suceso decidió a la ofendida, para ir de inmediato a presentar la denuncia ante la Curia Metropolitana, lugar donde fue atendida por la encargada de recursos humanos, E., quien en lugar de dar apertura al procedimiento administrativo conforme lo dispone el artículo 34 del Reglamento Interno de la Curia sobre hostigamiento sexual, se limitó a recibir la denuncia de forma verbal. Sin embargo, la ofendida el 6 de mayo de 2008 fue llamada por la Curia Metropolitana donde ratificó su denuncia, explicó con amplitud los hechos y ofreció prueba. [...] Luego los juzgadores consideran las conclusiones de la pericia psicológica practicada a la ofendida, visible de folios 7 a 14, donde reprochan los gestionantes, se concluye algo contrario a lo dictaminado por G., que los síntomas de la ofendida no sugieren la presencia de un trastorno clínico específico, por el contrario, solo se utilizan datos aislados. Sin embargo, no es posible acoger sus protestas, pues con claridad se advierte que la diferencia entre los resultados de la

valoración de la psicóloga clínica G. y los reportados en el Dictamen Pericial Psicológico Forense, N° SPPF-2008-1037, es precisamente el momento en que se efectúan. El examen por parte de la primera tiene lugar poco después de los hechos (cfr. sobre el particular, por ejemplo, referencia de folio 10 donde se reporta tratamiento psicológico desde hacía un mes) y por aproximadamente durante siete sesiones (cfr. folio 319); mientras el referido dictamen se le realiza el 20 de junio de 2008, a través de una entrevista psicológica con la evaluada (Cfr. folio 7). Se establece en sentencia: " Las conclusiones del Dictamen Pericial Psicológico Forense N° SPPF-2008-1037 del 23 de julio del 2008, practicado a A., visible de folio 7 al 14 del Legajo de Investigación, no vienen a desvirtuar lo declarado por la Licda. G., pues ésta fue amplia en que sus observaciones correspondían a la atención en crisis de la paciente A. y el propósito que buscaba y que finalmente fue alcanzando, era el de estabilizar a la ofendida desde el punto de vista emocional, de manera que cuando es valorada por la Medicatura Forense era de esperar, que se encontrase en mejores condiciones que cuando fue atendida en plena crisis. De allí que si bien los peritos del Poder Judicial reportan en apartado de síntesis y conclusiones indican que: "... *La intensidad de los síntomas antes citados no sugiere la presencia de un trastorno clínico específico, sin embargo, la evaluada los asocia con los hechos investigados y los relaciona temporalmente con estos, sin embargo, reporta haber sufrido violencia doméstica por parte de su esposo debido al alcoholismo de este. En consecuencia desde el punto de vista forense, resulta difícil poder discriminar si tales alteraciones corresponden a un evento determinado, pero sí es posible inferir que los sucesos vividos por la evaluada podrían estar colaborando en su presencia.*"; es lo cierto que por un lado existía de previo a dicho examen, no sólo la atención de la psicóloga G. sino que además la propia ofendida aclaró en el debate que si bien en el pasado sufrió episodios de violencia doméstica a raíz del alcoholismo de su esposo, éste tenía ya once años de no tomar y que desde ese tiempo no sufría violencia de este tipo, de manera que las únicas circunstancias que mediaron en la alteración de su afecto, ["...Su afecto luce depresivo y ansioso..." (Dictamen Pericial Psicológico Forense N° SPPF-2008-1037 folio 12, apartado de Observación de la Evaluada durante la valoración)] son precisamente las narradas en sus denuncias y durante el juicio, y no las de hace más de una década, relacionadas con el vicio de su marido. En todo caso, es coincidente el dictamen psicológico en que la paciente refiere síntomas congruentes con lo narrado por la psicóloga clínica del INAMU, a saber: "... *recuerdos e imágenes del suceso, llanto, dificultades para dormir, aislamiento, pesadillas sobre el suceso, somatizaciones, angustia, depresión, sentimientos de tener que permanecer en guardia, evitar lugares, personas y actividades que le recuerden lo sucedido, baja autoestima, decaimiento, aumento de apetito, problemas para dormir, irritabilidad...*" y si bien en la pericia forense no se puede deslindar, con la información disponible la causa de los síntomas detectados, es lo cierto que en el juicio se incorporó prueba que aclara la situación emocional de la ofendida para el primer cuatrimestre del año 2008 y la causa de la misma. " (Cfr. folios 407 a 409). Aunado a lo expresado por el Tribunal, cuyo razonamiento estima esta Cámara acorde con las reglas del correcto entendimiento humano, no debe olvidarse que la presencia de secuelas, como podría ser un estrés post traumático, no siempre se presentan en quienes son víctimas de abuso sexual; o incluso, puede ser que sus efectos surjan tiempo después. Es decir, no es requisito sine qua non para tener por demostrado un abuso sexual que una pericia psicológica reporte síntomas compatibles o asociados a ese tipo de

delincuencias, entran el examen de otros factores vinculados en definitiva, con la suficiencia y credibilidad de la prueba admitida y evacuada durante el contradictorio.”

4. Abusos sexuales contra personas mayores de edad: Elementos de configuración y diferencia con la contravención de tocamientos inmorales

[Sala Tercera]^{viii}

Voto de mayoría

“II. **En el primer alegato**, reclama el petente errónea aplicación de la ley sustantiva, por cuanto, en su criterio, los hechos por los que fue condenado constituyen una contravención contra las buenas costumbres y no, dos delitos de abuso sexual contra persona menor de edad, como palabras obscenas, proposiciones irrespetuosas o tocamientos. Añade que a la ofendida no se le besó en la boca, ni se le tocó los senos o la vulva, *“ni siquiera se le tocó la mancuerna por encima de la ropa”* (folio 178), por lo que se trataría de un intento de abuso pues solo la besó en el cuello y la mejilla. En la segunda ocasión, indica el sentenciado, *“solo le acaricié las nalgas”* (folio 178 ya citado). **El reclamo debe rechazarse.** El recurrente minimiza lo acontecido y la condena impuesta en un afán de evadir su responsabilidad. Para ello, realiza su particular interpretación del tipo penal en estudio, cuando es evidente que el ilícito de abuso sexual contra persona menor de edad no se confunde para nada con las contravenciones que señala, mucho menos, tratándose de la simple manifestación de palabras obscenas o proposiciones indecorosas. Los hechos investigados comprenden un comportamiento abusivo más complejo, precisamente, la instrumentalización del cuerpo de la perjudicada con fines sexuales. En ese mismo sentido, la diferencia con la figura contravencional de tocamientos resulta también evidente, por cuanto, según lo ha entendido esta misma Sala: *“[...] ambas normas –el artículo 385 inciso 5) y 161 del Código Penal- describen como prohibidas una acción que debe ser abusiva, supone la ausencia de consentimiento de la persona sobre la que se despliega, y, es de naturaleza sexual, en el tanto el tocamiento debe ser también impúdico. Sin embargo, éste último debe entenderse que se refieren al mero roce facilitado por la aglomeración de personas, pues estipula:”* [...] Artículo 385: *Se impondrá de cinco a treinta días multa: [...] Tocamientos 5) A quien se aprovechara de las aglomeraciones de personas para tocar, en forma grosera o impúdica, a otra persona sin su consentimiento [...].* Ello es así toda vez que, de acuerdo con la literalidad de las palabras, el verbo tocar se refiere simplemente a *“...ejercitar el sentido del tacto. Llegar a algo con la mano, sin asirlo...”*. (Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Madrid. Vigésima Segunda Edición, pp. 1485, 2001). Lo anterior, de acuerdo con una interpretación sistemática de las normas. Evidentemente, el tocamiento implica un menor grado de reproche, de ahí que el legislador lo considerase una conducta contravencional. Así, no puede descartarse que el delito de abuso sexual contra persona menor de edad pueda ser cometido aprovechando la misma circunstancia prevista para el ilícito de tocamiento. Es decir, que el agente, sacando provecho las condiciones acarreadas por la existencia de gran cantidad de personas aglomeradas o en tumulto –verbigracia, poco espacio, cercanía, incomodidad para defenderse, dificultad para ser identificado, etcétera-, proceda

contra su víctima de forma abusiva, con fines sexuales, sin que su acción implique el sólo roce con aquella, de lo contrario, nos encontraríamos en presencia del ilícito contravencional. El análisis de la cuestión debe realizarse en cada supuesto particular, de modo que la acción típica quede determinada en forma clara a partir de las probanzas recibidas [...]”.(2008- 01316, a las 14:05 horas, de 12 de noviembre de 2008). A lo que deberá agregarse que, en el supuesto bajo estudio, la acción ni siquiera se desplegó aprovechando aglomeración alguna. Por lo expuesto, la queja se declara sin lugar.

II . Como motivo segundo, el sentenciado argumenta que los hechos investigados son atípicos, según el artículo 161 del Código Penal. En apoyo de su tesis, menciona que: (a) la ofendida no estaba incapacitada para resistir, porque el imputado no utilizó violencia corporal o intimidación sino que, mediante su propia fuerza, impidió que la besara en la boca y salió del lugar por sus medios. (b) El tipo penal supone pluralidad de actos para su configuración previstos con una sola sanción punitiva, su ejecución en diferentes momentos. (c) El elemento determinante es la minoridad de la víctima. (d) En su caso, no se probó la existencia de fines sexuales, suponiendo que son varios, según se estipula. (e) La norma penal no indica cuáles partes u órganos de un menor de edad o de una persona mayor no se debentocar, por lo que se deja al arbitrio del juzgador la interpretación. (f) Existe un componente pasional que hacía excusable la conducta, porque, como el sentenciado había sido novio de la perjudicada Y. eran compañeros de trabajo, acostumbran besarse cuando tenían oportunidad y no creyó que su conducta constituyera falta o delito. (g) El legislador ignorante empleó en la norma de comentario el tocar a una persona, no, su cuerpo físico, sin entender que la persona es intangible y, por tanto, no se puede tocar. **El reproche no tiene fundamento.**Una vez más, el petente basa sus alegatos en meras especulaciones que carecen de todo sustento. Para efectos de análisis, conviene esbozar algunas consideraciones sobre los alcances de la figura típica en cuestión. Así, acudiendo a los antecedentes jurisprudenciales de esta Sala, tenemos que: “[...] *En los abusos deshonestos la acción, deberá ser simultáneamente “abusiva” y “deshonesta”, que son elementos normativo-culturales. Abusar deshonestamente –en el contexto del tipo penal y el bien jurídico tutelado– es aprovecharse mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente del cuerpo de una persona, haciéndolo objeto de trato sensual, impúdico, obsceno, concupiscente o lascivo (desde un punto de vista objetivo, pues basta con que el acto sea objetivamente impúdico, conforme al pudor o reserva sexual aceptada como norma social por la generalidad de las personas en una cultura dada, siendo irrelevante que haya o no excitación o satisfacción sexual por parte del autor o que la víctima tenga o no conciencia de lo que el hecho significa) contra su voluntad expresa o presunta, valiéndose para ello de violencia corporal sobre la víctima (cuando ésta es incapaz de oponer resistencia seria, persistente, real o efectiva, sin que se requiera la resistencia heroica) o de intimidación (todo acto de violencia moral idóneo para producir temor en el ánimo del sujeto pasivo, en forma tal que se encuentre obligado a soportar o ejecutar la acción que el agente impone), o de relaciones de autoridad, confianza, o superioridad derivadas de cualquier situación, o de la poca edad, inexperiencia, ignorancia o inadvertencia de la víctima o de su incapacidad física o mental para resistir. El autor, como se dijo anteriormente, usa el cuerpo de la víctima cuando ésta recibe sobre sí el acto del autor, o cuando ella actúa –por obra del agente– sobre su propio cuerpo, o sobre el del autor o el de un tercero.*

La repetición de actos deshonestos en ocasiones o con víctimas diferentes da lugar a un concurso de delitos. En los abusos deshonestos se tutela la esfera de reserva, decoro, pudor u honestidad sexual de las personas, contra las acciones que puedan lesionarla o ponerla en peligro. Por otra parte, el tipo subjetivo de este delito exige que el autor tenga conocimiento y voluntad de realizar los elementos, normativos y descriptivos del tipo objetivo. (cfr. de esta Sala, sentencia número 328 de las 09:45 horas de 28 de junio de 1996; sobre la figura básica de los abusos deshonestos, véanse: BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar: Código Penal, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987, página 400 y 401; CUELLO CALON, Eugenio: Derecho Penal, Parte Especial, Barcelona, Editorial Bosch, 1961, tomo II, páginas 521 y 522; FONTAN BALESTRA, Carlos: Derecho Penal, Parte Especial, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1978, página 185 a 199; LOPEZ BOLADO, Jorge Daniel, y otros: Violación. Estupro. Abuso Deshonesto, Buenos Aires, Ediciones Lerner, 1971, páginas 145 a 169); LLOBET, Javier y RIVERO, Juan Marco: Comentarios al Código Penal, San José, Editorial Juricentro, 1989, páginas 253; RODRIGUEZ DEVESA, J.M.: Derecho Penal Español, Parte Especial, Madrid, Artes Gráficas Carasa, 1983, páginas 156 y 181 a 183; SOLER, Sebastián: Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1976, tomo III, páginas 297 a 303) [...]” (Resolución 2004-00244, a las 9:25 horas, de 19 de marzo de 2004). Nótese que se trata de un pronunciamiento que se refiere a la norma anterior derogada pero que mantiene plena vigencia, al mantenerse en la actualidad los mismos elementos subjetivos y objetivos en el ilícito actual de abuso sexual contra persona mayor de edad. Desde esa perspectiva, no son de recibo los argumentos del justiciable, según los cuales, no existió violencia corporal en la realización de la conducta porque la ofendida se resistió, impidió que su atacante la besara en la boca y salió del lugar por sus propios medios, pues, evidentemente la resistencia ejercida supone que estaba siendo obligada a soportar una acción no querida, tanto que, según el cuadro fáctico tenido por cierto, el acusado M. la besó en el cuello y las mejillas, posteriormente le tocó sus glúteos, todo contra su voluntad y hasta que Y.V.A. logró detener cada acción. En ese sentido, se demostró que: “ [...] 1.- El quince de junio del año dos mil cuatro, al ser aproximadamente las ocho horas con treinta minutos, el aquí imputado J, aprovechando que la ofendida Y.V.A., quien es mayor de edad y quien fue su novia y dado que labora para Frutas Tropicales, cuando la misma se encontraba en una de las bodegas de la compañía dicha, localizada en Marsella de Venecia del cantón de San Carlos, se personó a tal lugar y procedió a tomarla a la fuerza, tratando de besarla en la boca, siendo que como ofendida (sic) se negó, la besó en el cuello y en la cara, aconteciendo que ante la oposición de la agraviada, ésta se golpeó la cabeza contra un perlin, ante lo cual el imputado la soltó. 2.- Que luego de los hechos anteriores, momentos después, cuando la ofendida le solicitó al encartado M. que la dejara salir de la bodega, pues éste se había apostado en el lugar por donde ella debía salir, el mismo accedió, sucediendo que cuando la víctima iba pasando, nuevamente el endilgado la tomó a la fuerza y la empujó, procediendo a introducir sus manos dentro del pantalón de la ofendida y así le acarició las nalgas, debiendo forcejear la ofendida para soltarse, hasta que lo logró [...]”(folio 65). Ahora bien, tampoco resulta correcto afirmar que la norma de comentario prevé una única sanción para pluralidad de actos materiales. Sin ahondar en la naturaleza concursal de los ilícitos planteados por no ser objeto de reclamo, es lo cierto que, en los artículos 161 y 162 del Código Penal, el legislador estableció como acción típica el realizar actos con fines sexuales de forma

abusiva contra una persona menor o mayor de edad. Se entiende que podrá tratarse, al menos, de un movimiento corporal sin que exista razón alguna para concluir lo contrario. Tampoco puede concluirse de forma válida que se trata de una misma sanción punitiva para pluralidad de actos cometidos de forma separada en el tiempo porque, evidentemente, es un aspecto no incluido en la descripción de la conducta. Por otro lado, la minoridad de la víctima no resulta determinante, por tratarse de la aplicación del artículo 162 del Código Penal, referido expresamente a personas mayores de edad. Asimismo, continuando con el orden en que los reclamos son expuestos, la determinación de los fines sexuales con que las conductas fueron desplegadas se desprende de la dinámica misma de éstas, toda vez que se trató de la vulneración de zonas eróticas del cuerpo de la agraviada, sin que sea necesario que la norma contemple mayores detalles, basta que se determine el ánimo de abusar impudicamente de la víctima, cualquiera que sea la parte de su humanidad que se utilice con ese fin. Por su parte, el denominado “*componente pasional*” no excluye de algún modo la tipicidad de la conducta, de acuerdo con las reglas del correcto entendimiento humano, ni siquiera da pie para pensar que el imputado obró bajo error. Las reglas del sentido común nos indican que acciones de esta naturaleza son prohibidas por el ordenamiento jurídico porque nadie está obligado a soportar este tipo de acciones en contra de su libertad sexual. Por último, resulta burdo el argumento que el término persona empleado por el legislador se refiere al espíritu, a lo intangible, razón por la cual, la norma sería inaplicable. Nótese que el vocablo se refiere obviamente a la humanidad, a la corporeidad de un ser humano, entendido como ser físico, más claramente, a un individuo de la especie humana, según la definición que brinda el Diccionario de la Real Academia Española de ese vocablo, por lo que el reparo se declara sin lugar.”

5. Abusos sexuales contra personas mayores de edad: Huésped de hotel abusada por guarda seguridad

[Sala Tercera]^{ix}

Voto de mayoría

“**III. [...] El reclamo no procede.** No es cierto que el Tribunal no indicara los hechos cometidos por el acusado y por los cuales era merecedor de la pena impuesta. Contrario a lo señalado, el a quo no sólo determinó la acción desplegada por el encartado sino que indicó el tipo penal que encuadra en esa conducta al concluir que: “ [...] *Para cometer el delito acusado, el sujeto activo, debe de manera abusiva, realizar actos con fines sexuales, siempre que por supuesto no constituya el delito de violación. Qué más abusivo y sexual puede resultarle a una huésped de un hotel, que sin su consentimiento y por el hecho de que se encontró la puerta del cuarto abierta, y se le creyó borracha, el imputado se le introdujo a éste, le tocó su cuerpo, bustos y nalgas, trató de despojarla de sus ropas hasta terminar por eyacular encima de ella(sic). Artículo 161 del Código Penal. Así el artículo 162 del Código Penal establece que 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. [...]*” (cfr. 107). En el presente caso, el Tribunal se pronunció por imponer la pena de cuatro años de prisión

al encontrar responsable al justiciable del delito de abuso sexual contra persona mayor de edad, considerando que: “[...] *la ofendida fue asaltada sexualmente (tal y como ella y los testigos lo entienden), dentro de un Hotel de esta ciudad, sitio donde lejos de brindarle protección y cuidado a la huésped del Hotel [...], ubicado en una de las zonas más céntricas de Guápiles, el imputado se vale de su condición de guarda del Hotel para ingresar a la habitación que si encontró abierta no era autorizándolo o invitándolo a ingresar. Desde que un huésped ingresa a la habitación de una posada, el sitio se constituye en una especie de prolongación de su morada. Como tal resulta inviolable a menos por supuesto que lo sea en horas normales es decir durante el día y establecidas por la administración para realizar el aseo del cuarto. El imputado ingresa al sitio al encontrar la puerta del cuarto abierta, ahí halla a su víctima dormida, posiblemente rendida por el cansancio más que por la ingesta de licor y por lo visto en presencia de una segunda persona, de manera abusiva realiza actos con fines sexuales contra C. B. La gravedad de este hecho radica en que se cometieron en un hotel, nada más ni nada menos que por uno de los empleados de éste y adicionalmente por el guarda, es decir por la persona obligada en virtud de su contrato de trabajo a cuidar y asegurar la estancia pacífica de los clientes. De conocerse en la ciudad o llegar a saberlo los potenciales clientes difícilmente se volverán a alojar en un sitio donde pueden estar expuestos a vejámenes de esta naturaleza. Conviene agregar que este imputado se ha salvado de por lo menos una condena por Tentativa de Violación. Tan consciente estuvo siempre que lo que hizo era ilegal, que no más darse cuenta que los jóvenes huéspedes varones, andaban indagando lo que le había pasado a su compañera en ausencia de ellos, advertido por J. (el recepcionista de esa noche en el hotel y testigo que por resultar sospechoso se abstuvo de declarar), se fue a bañar para eliminar de su cuerpo, y para no exponerse a ser descubierto, si era revisado, los restos desemen, mezclados con sanguaza que es posible que le quedaron, pues la ofendida estaba durante su período de menstruación. Además le dan a los jóvenes, como nombre del imputado el de R, buscando de la forma más torpe confundirlos, cuando era evidente que no era posible en virtud de que sólo él y J. estaban trabajando durante esa madrugada. J. por cierto muy joven, donde el imputado es probable que lo doble en edad y por supuesto físicamente son muy diferentes. Para concluir se prevaleció de su condición de guarda del Hotel, y es posible que viera llegar a la ofendida a acostarse en la madrugada, sola, un tanto pasada de tragos.[...]*” (cfr. 107) De la lectura del fallo de instancia se aprecia, que las razones que invocó el Tribunal a efectos de justificar el por qué en este caso se optó por una pena de cuatro años de prisión, resultan claras, y suficientes a efectos de cumplir con el requisito de fundamentación que impone nuestra normativa procesal penal, sin tampoco caer en el vicio de doble valoración como lo alega el recurrente, pues lo que hizo el juzgador es tomar en consideración aspectos que efectivamente involucra la descripción del tipo penal –entre otros- para graduar y ponderar la conducta del acusado, considerando no sólo el abuso sexual sino la forma en que el encartado se aprovecha de la huésped del hotel que debía proteger por su posición de guarda de seguridad, y contrario a ello, agredir sexualmente a la ofendida que tenía un grado de perturbación por la ingesta de alcohol, además destaca su posterior reacción con el fin de ocultar el hecho, confundir a los testigos identificándose con otro nombre, lo que finalmente no impidió su individualización. Sobre el vicio reclamado, esta Sala ha señalado que: “[...] *El vicio de doble valoración (que debe descartarse en este caso) ha sido definido de la siguiente manera: “... Siempre será decisivo saber cuáles*

fueron los medios -más o menos lesivos- que empleó el autor ... En muchos supuestos, las circunstancias del hecho ya constituyen el fundamento del propio tipo penal. En ese caso, la prohibición de doble valoración impide que esa característica del hecho se tenga en cuenta nuevamente. En cambio, sí es posible -y necesario- tomar en cuenta la intensidad con que esa circunstancia se manifiesta en el hecho. Por ejemplo, sería inadmisibles agravar un robo por haberse empleado violencia contra la víctima, pero sí podría considerarse el grado de violencia utilizado...”, Ziffer (Patricia S.), “LINEAMIENTOS DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA”, editorial AD-HOC, Buenos Aires. 1ª edición, junio de 1996, pág. 131. En este mismo sentido indica la citada autora que: “... 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. Se trata de un acto complejo, en el cual, según las disposiciones legales, se debe dar cumplimiento a las diferentes funciones de la reacción penal estatal frente a la comisión de un hecho punible ...”. Ibidem, página 23. Como se extrae de los términos en que aparece redactada la sentencia, al fijar el monto de la sanción se tomaron en cuenta las circunstancias ya previstas por el tipo penal (por ejemplo, la acción de vender drogas), pero adicionalmente se ponderó la intensidad de ese comportamiento, de donde se determinó que dicha venta se verificaba de modo indiscriminado, sin que el agente activo reparara siquiera en la identidad de la persona con la cual negociaba. Por otra parte, es necesario señalar y dejar bien claro que tampoco lleva razón la impugnante al calificar como un vicio el solo hecho de que no se hayan tomado en cuenta “todos y cada uno” de los parámetros que recoge el artículo 71 del Código Penal. Al respecto se ha entendido lo siguiente: “... conviene también recordar que al fijar el quantum de la sanción los juzgadores no están obligados a considerar todas y cada una de las hipótesis que incorpora el numeral 71 del Código Penal ya citado, pues en realidad las mismas simplemente constituyen un listado abierto de parámetros que a dicho efecto podrán valorarse, siendo legítima la fundamentación de dicho apartado aún y cuando en el fallo sólo se analicen algunos de ellos e, incluso, cuando se consideren otros aspectos no incluidos allí expresamente. En este sentido esta Sala ha indicado que “... puede afirmarse que aunque suprimiéramos hipotéticamente el artículo 71 del Código Penal, subsistiría para el juzgador la ineludible obligación de fundamentar la fijación de la pena en sentencia. A la luz de estos razonamientos es que debe analizarse la norma contenida en el artículo 71 del Código Penal, que señala algunas cuestiones que el juez debe considerar en ese aspecto. Cabe preguntarse cuál es la naturaleza de este listado de circunstancias a “tomar en cuenta”. “¿Está el Juez obligado a agotar la lista, es decir, a considerar cada una de tales cuestiones? La práctica judicial enseña que no en todos los casos se dan los elementos señalados, o algunos de ellos en ciertos casos son irrelevantes, o no se cuenta con elementos de juicio adecuados para darles contenido (esto sucede precisamente con el informe del Instituto Criminológico, que rara vez llega a manos del Juez a tiempo). Entonces sería absurdo exigir al Juzgador que agote ese listado. Por lo tanto, debe concluirse que la enumeración del artículo 71 del Código Penal es puramente enunciativa, ejemplificativa o explicativa, tanto así que

no excluye la posibilidad de que el Juez agregue o introduzca otras circunstancias dignas de ser consideradas a la hora de fijar la pena ...”, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 0051-F-95, de las 9:50 hrs., del 14 de febrero de 1995 ...”, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 667-00, de las 11:05 horas, del 16 de junio de 2000. Como se observa, y aplicando estos principios al presente caso, resulta claro que si bien la fundamentación se centró en un aspecto objetivo del hecho, así como en las condiciones personales del encartado, con lo cual es claro que no se ponderaron todos y cada uno de los criterios que recoge la normal penal comentada, la misma sí permite comprender el por qué se optó por los nueve años de prisión, extremo que por lo demás tampoco se aprecia como desproporcionado o arbitrario.[...]” (Resolución número 637-2006, de las once horas del siete de julio del dos mil seis.) Así las cosas, no lleva razón el recurrente de reclamar la doble valoración, pues del razonamiento del Tribunal se desprende que no incurrió en ese vicio, toda vez que sus referencias a los elementos objetivos del delito se utilizaron para ponderar la actuación del acusado y las circunstancias en que abusó de la ofendida. Por último cabe advertir que el Tribunal no aplica una sanción agravada como lo parece entender el quejoso, pues como efectivamente señala, el lugar donde se cometió el abuso no es causal para aumentar la pena y por eso lo sanciona con cuatro años de prisión, aplicando la condena máxima del tipo penal básico. Sin embargo, cabe advertir que el juzgador sí analiza la circunstancia que describe el inciso 1) del numeral 162 del Código Penal y descarta la posibilidad de que la víctima se encontrara en estado de vulnerabilidad rechazando de esa forma una de las figuras agravadas del delito sancionado. Al respecto el a quo indicó: “[...] La pena será de tres a seis años de prisión en los siguientes casos: 1) Cuando 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. Para el Tribunal, la ofendida no estuvo en estado de vulnerabilidad, pues su ingesta alcohólica nunca la puso en estado tal que perdiera la conciencia, más bien resistió la agresión y se opuso a las pretensiones de su agresor. Por lo tanto resultando típica y antijurídica la conducta del justiciable, lo que además desarrolló con pleno conocimiento de que lo que hacía era ilícito, sedebé tener a E , como autor responsable de un Delito de Abuso Sexual contra persona mayor de edad, cometido en perjuicio de C. B.y en ese carácter se le impone el tanto de CUATRO AÑOS DE PRISION.[...]” (cfr. 107). En razón de que no se presentan en el fallo los vicios reclamados procede el rechazo del recurso.”

6. Abusos sexuales contra personas mayores de edad: Consentimiento de la víctima a someterse a "curación religiosa"

[Tribunal de Casación Penal]^x

Voto de mayoría

“III. [...] Ahora bien, con respecto al aspecto que hemos identificado como (ii) deben efectuarse las siguientes consideraciones: El reclamo que se presenta lo es por vicios procedimentales - y según señala el recurrente - por defectos en la apreciación de la prueba por parte del Tribunal de Juicio especialmente respecto de la declaración de la ofendida, en punto al consentimiento que ella pudiere haber prestado para la ejecución

de tales hechos. Es preciso indicar - de entrada - que el recurrente no solo desconoce el contenido de los elementos probatorios, y desde su propia perspectiva reinterpreta y revalora los mismos a los fines de poder enunciar el reclamo, pero olvida, para beneficio de la impugnación, un detalle esencial y que se tuvo por debidamente probado en sentencia consistente en el aprovechamiento del estado de vulnerabilidad de la víctima y del aprovechamiento que el justiciable hizo de esa circunstancia. En efecto, el Tribunal sentenciador indicó como hechos probados los siguientes: " 1. A mediados del mes de noviembre del año dos mil cinco, el imputado Julio Delgado Artavia dirigente del Ministerio de Evangelización El Redil, empezó a visitar la casa de la ofendida V. S. S, sita en San Rafael de Escazú, veinticinco metros al este del Banco Scotiabank, con el fin de orar por ella, ya que había sido víctima de abusos sexuales en su niñez y había estado en un estado severo de depresión que la llevó a ser internada en el Hospital Rafael Ángel Calderón Guardia y en el Hospital Nacional Psiquiátrico, por lo que la ofendida quien se hallaba en estado de vulnerabilidad emocional creó un vínculo de confianza absoluta con el imputado, al igual que la familia de la víctima. 2. A finales del año dos mil cinco en horas de la tarde, el imputado Delgado Artavia fue a visitar a la ofendida S. S. en su casa, con el fin de orar por la ofendida quien estaba en estado de depresión y solicitó estar a solas con la ofendida en su cuarto, situación que aprovechó para satisfacer sus deseos sexuales, para lo que le dijo a la ofendida que cerrara los ojos, le practicó una supuesta técnica de relajación y le dijo que a partir de ese momento iba a sentir las manos de Jesús sanándola (sic) y aprovechando la vulnerabilidad de la ofendida la tocó en sus pechos por encima de la ropa y le introdujo la mano dentro del pantalón y la tocó en la vulva, directamente sobre la piel". Véase que conforme se tuvo por probado, al justiciable no se le imputa el tocamiento con fines de sanación como se aduce, o bien el acto de "imposición de manos en nombre de Jesús", sino el acto de aprovecharse (elemento subjetivo) de esa condición de la ofendida como persona en estado de vulnerabilidad precisamente por haber sufrido secuelas de abuso sexual anteriormente, y que inclusive habían justificado tratamiento psicológico, lo cual era de conocimiento del imputado, y que lo llevaron a ganarse la confianza no sólo de la ofendida sino de su propia familia. Agréguese que el imputado, conocedor del estado depresivo de la ofendida, al punto de que fue llamado a esa familia para realizar oración por ella, y por ende se había granjeado su plena confianza, logrando de ese modo quedarse a solas con la víctima en su habitación, y una vez ahí, bajo el artilugio de la sanación en nombre de Jesús, y estando la ofendida en una posición que le imposibilitaba reaccionar (pues el imputado según dice la propia ofendida le dijo que imaginara un bosque y que Jesús estaba con ella, cfr. folio 200), todo lo cual da sustento suficiente a la conclusión del Tribunal de Juicio en el sentido de la ausencia de un consentimiento válido para la ejecución de los tocamientos sobre el cuerpo y particularmente sobre la vulva de la perjudicada. De ahí que el reclamo se deba denegar. Finalmente con respecto al punto que se identificó líneas arriba como (iii) se trata de una reinterpretación o revaloración de los diversos elementos de prueba de modo aislado y pretendiendo a partir de lo ahí que se revierta el fallo de mérito, lo cual es improcedente. El Tribunal de Juicio hizo un análisis amplio y fundado de los diversos elementos probatorios, tal y como se aprecia a partir del folio 208 *in fine* a 217, sin que en ese análisis se observen yerros en la apreciación de los elementos de prueba. Tampoco se considera que la prueba evacuada y debidamente incorporada sea insuficiente para justificar la aplicación del principio *in dubio pro reo* como se

aduce. Básicamente los alegatos que se exponen en este motivo pretenden desconocer los datos aportados por algunos testigos entre ellos la señora Caridad Solano Morales (madre de la ofendida) y de Heiven Aguilar Artavia (ex novio de la víctima), cuando lo cierto del caso es que, si bien es cierto que no apreciaron directamente los hechos en perjuicio de la ofendida, fue precisamente porque el acusado propició, en el caso del primer hecho de finales de mes de noviembre de 2005, quedarse a solas en la habitación de la ofendida, lo cual le fue permitido debido al nivel de confianza que había adquirido en esa familia, y en cuanto al segundo hecho, de fecha 9 de diciembre de ese mismo año, llevó a la ofendida a un mirador, lo cual fue también producto de la confianza que había logrado inspirar en el seno del grupo familiar de la perjudicada. Pero los testigos de cita dieron referencia al Tribunal de una serie de aspectos, tales como las visitas que realizaba el acusado, la finalidad de las mismas, el estado de depresión y de vulnerabilidad por el que estaba en ese momento atravesando la perjudicada, todo lo cual armonizado como se hace en el fallo que se recurre, permiten dar sustento a la conclusión de condena. El indicar que el testigo Heiven Aguilar Artavia, motivado porque el imputado le manifestó a la ofendida que no mantuviera relaciones sexuales con él (con Haiven) generó la interposición de la denuncia en este proceso, no es más que una especulación sin asidero alguno. De ahí que lo reclamamos no puedan prosperar y se rechacen.”

7. Abusos sexuales contra personas mayores de edad y Violación: Consideraciones acerca de la unidad de acción jurídico penal

[Tribunal de Casación Penal]^{xi}

Voto de mayoría

“IV.- Reclama el gestionante errónea aplicación de la ley sustantiva porque a criterio de los Juzgadores los hechos acreditados configuran los delitos de Abuso Sexual contra Persona Mayor de Edad, Violación y Robo Agravado en concurso material, pues estima que los tocamientos sobre el cuerpo de la víctima en el autobús, son actos en conexión directa con la etapa final del hecho de violación, indica: *“Todos los hechos, desde los que se dan en el interior del autobús constituyen evidentemente una unidad de acción en el sentido jurídico penal, la cual no se rompe sino que va encaminada con una intencionalidad única, que es la perpetración del delito mayor, la violación, es decir, dos conductas desplegadas como una unidad que no se excluyen entre sí, y que al igual que la privación de libertad, se subsumen y configuran un solo delito. Todas esas acciones, lógicamente están comprendidas como formas para lograr consumar una violación, y que deben ser sancionadas bajo un solo tipo penal, y nunca bajo el aspecto de un concurso material de acciones.”* (cfr. folio 314).

Sin lugar el reclamo.- Aún cuando esta Cámara ha mantenido -separándose del criterio de la Sala Tercera- que es posible la unidad de acción jurídico penal en algunos supuestos de delitos sexuales; también ha sido categórica en el sentido que esa determinación sólo es posible en un examen particular, caso a caso. Es decir, únicamente la valoración del cuadro fáctico concreto, podrá dar los datos para

dilucidar si se está frente a un delito (unidad de acción y unidad de infracción), un concurso aparente, uno ideal o material. En la actualidad se han superado posturas que identificaban la acción con el movimiento corporal y con el resultado. Así, por ejemplo, hoy es reconocido que una acción en sentido jurídico puede estar constituida de dos o más movimientos corporales. En suma, la unidad de acción aquí alegada por el impugnante es ciertamente un concepto jurídico, siendo factible que una pluralidad de acciones en sentido natural constituyan una sola en sentido jurídico; o una única acción en sentido natural implique la consumación de varias infracciones jurídicas. Una toma de decisión siempre estará supeditada al caso concreto, en el *sub iudice*, acusó el Ministerio Público y tuvo por acreditado el Tribunal de instancia, el siguiente cuadro fáctico: *"El día dieciocho de febrero del dos mil seis, al promediar las 10:30 en horas de la mañana, la ofendida L. S. M, para dirigirse hacia su trabajo, abordó en la terminal de Buses de Alajuela, el bus que la trasladaría hacia San José y cuando el bus se disponía a salir, subió a ese el aquí imputado M. A. E. M, quien se ubicó en un asiento distinto al que ocupaba la ofendida S. M; sin embargo, en el trayecto y propiamente en la parada del Hospital Méjico, se bajaron muchos pasajeros, quedando el autobús casi vacío, circunstancia que aprovechó el imputado M. A. E. M. para cambiarse de lugar, colocándose junto a la ofendida S, que en ese momento ocupaba un asiento con cupo para dos personas. Seguidamente el imputado inicia una conversación con la ofendida, a quién (sic) le pregunta su nombre... En un momento determinado la joven S. M. trató de colocarse un radio con audífonos, para dar por terminada la conversación iniciada, lo que provocó que el encartado sacara -de un bolso tipo canguro marca Jansport- que portaba consigo- una arma de fuego y se la colocó a la ofendida S. a un costado del abdomen, indicándole que tenía que hacer todo lo que le dijera, seguidamente la abrazó y la besó en la boca e intentó bajarle la blusa, lo que la ofendida impidió, logrando siempre tocarla en sus pechos, por encima de la ropa.- 2.- Al llegar a la terminal de la empresa de Buses Tuasa en San José, a un costado de la iglesia La Merced, el acusado M. A.E. M. guardó el arma de fuego y sujetó fuertemente del brazo a la agraviada y ambos bajaron del autobús, por un momento el primero se quedó pensando que iba a hacer y momentos después tomó la decisión de llevar a la ofendida S. C. hasta el restaurante As de Oros, ubicado diagonal a la iglesia citada, donde ingresó y al pasar junto a la cajera C. C. C, el acusado E. M. le manifestó que dentro de poco iban a ordenar la comida y de inmediato subió las gradas que conducían a la planta alta de dicho negocio llevando a la joven S. a la par suya; una vez ahí, E. M. trató de abrir las puertas de los servicios sanitarios sin lograrlo porque estaban bajo llave, logrando finalmente abrir la puerta de acceso al cuarto de limpieza, al que introdujo a la joven S, cerró la puerta y nuevamente extrajo el arma de fuego que le colocó primero en el cuello y luego a un costado del abdomen de la ofendida S, a quién (sic) seguidamente le ordenó quitarse sus ropas, la acostó sobre un cartón que estaba en el suelo y después de besarla en la boca y moderla en los senos la accesó carnalmente introduciéndole el pene en la vagina..." (cfr. folios 228 y 229). Se tuvo por acreditado que el justiciable abrazó, besó y tocó impudicamente en sus pechos a la agraviada S. M, cuando ambos viajaban a bordo de un autobús de la empresa Tuasa (en el recorrido Alajuela - San José). Una vez que llegan a la ciudad capital, San José, el encartado se baja del vehículo de transporte público indicado, con la ofendida, a quien sujeta con fuerza de un brazo y la conduce hasta un establecimiento comercial (As de Oros), diagonal a la iglesia católica La Merced, donde procede a consumar la penetración vaginal con su pene, siempre*

bajo la amenaza de un arma de fuego con la que apunta a la agraviada en su cuello y luego, en su abdomen. Si bien esta Cámara ha mantenido que "... cuando se trata de acciones fisiológicas separables, pero del mismo tipo, que se dan sucesivamente en condiciones espacio-temporales muy cercanas y en el que participan las mismas personas (agresor y víctima), se produce una lesión cuantitativa y no cualitativa del bien jurídico y, en estos casos, nos hallamos ante una sola acción en sentido jurídico penal, ergo punible, que se manifiesta en una pluralidad de actos lascivos que responden al mismo impulso lúbrico, que no se satisface hasta la culminación de una pluralidad de ellos, todo lo anterior con independencia de que se considere la gravedad del hecho a los efectos de la adecuada respuesta punitiva." (cfr. voto N° 558-2007 de las 9:25 horas del 25 de mayo del 2007). También se ha dicho, que esa posición no constituye una regla general "... sino que debe verse caso por caso... para hablar de una unidad de acción jurídico-penal: "...no se trata de fórmulas exactas sino de meras pautas interpretativas..." (VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho penal, parte general. Editorial Temis, Bogotá, 3ª edición, 1997, p. 649). Así, si hay una separación de tiempo (el sujeto introduce su pene en la vagina, descansa y luego vuelve a hacerlo), de lugar (penetra a la víctima en una parte de la casa, luego la traslada hasta otra y lo vuelve a hacer), etc. no podrá hablarse de unidad de acción sino de pluralidad de ellas, con las consecuencias correspondientes." (cfr. voto N° 558-2007 de las 9:25 horas del 25 de mayo del 2007). En ese sentido, es evidente que en la especie, entre los hechos ocurridos en el autobús y los consumados en el negocio As de Oros, existe una separación en el tiempo y lugar donde realiza los actos delictivos el sentenciado, tanto que los primeros se dan por varios minutos mientras dura el recorrido del autobús con destino a San José, llegan a la parada final, se bajan de autobús, caminan un trecho e ingresan al establecimiento, donde después de unos minutos para verificar si había un servicio sanitario disponible, el imputado decide hacer ingresar con la ofendida a un cuarto destinado para efectos de limpieza, donde la tumba en el suelo y procede a ejecutar una serie de tocamientos que concluyen con la penetración vaginal de la que fuera objeto, además, de la sustracción de varios de sus efectos personales. Circunstancias que, en definitiva, no permiten sostener la pretendida unidad de acción invocada por el gestionante, entre los actos que configuran el Abuso Sexual contra Persona Mayor de Edad ocurrido en el autobús y el delito de Violación consumado en el local de As de Oros; todo lo contrario, tal y como lo valorara el *a quo*, existe una pluralidad de ellas, con efectos jurídicos diversos. Por lo expuesto, se declara sin lugar el reclamo. Son las costas a cargo del gestionante."

8. Abusos sexuales contra personas mayores de edad: Relación de poder entre médico y paciente ofendida

[Sala Tercera]^{xii}

Voto de mayoría

"El juzgador subsumió la conducta del agente dentro del numeral 162, inciso 1), contemplado en reforma de 3 de agosto de 1999, Ley # 7899, artículo que dispone una pena de tres a seis años de prisión, estimando el Tribunal de Juicio que le era más favorable al imputado por cuanto la anterior norma (Art. 161 CP) reprimía esa

conducta con prisión de cuatro a doce años en virtud de la agravante dispuesta en el ordinal 158 (por la condición de profesional). No obstante no reparó el tribunal de mérito que de aplicarse la nueva ley le resultaba más gravoso al justiciable por cuanto la introducción de dedos en la vagina, que es lo tenido por cierto en el fallo, es constitutivo de Violación [cfr. 156 inciso 2) Ley 7899]. Por tanto la aplicación de la reforma mencionada le sería más gravosa, por lo que debe aplicarse la norma vigente al momento de la comisión del hecho, sea el artículo 161 del Código Penal, normativa que si bien contiene una pena mínima más alta para el delito de abusos deshonestos, no contempla como violación la conducta atribuida. Se impone en consecuencia subsumir los hechos no dentro de la figura que contempla el artículo 162 inciso 1 de la Ley 7899, como lo consideró el Tribunal, sino como constitutivos del delito descrito en el numeral 161 del Código Penal. Debe analizarse entonces la conducta del sujeto activo a la luz de esa norma. El alegato del recurrente se centra, en lo esencial, en la circunstancia del abuso de confianza y la incapacidad de resistir de la víctima. En cuanto a la primera señala que en la anterior legislación no se contemplaba como elemento calificante y respecto a la segunda a su juicio no concurre en la especie, aparte que los jueces omiten dar los razonamientos necesarios para tener por acreditado tal elemento típico, reduciéndose el iter lógico a un plano puramente conjetural. Por la recalificación que ahora se acuerda de tener la conducta del agente como constitutiva de Abusos Deshonestos conforme al artículo 161 CP, perdería interés referirse al abuso de confianza, inexistente dentro del tipo objetivo de esa descripción normativa. Correspondería determinar si la víctima estuvo incapacitada para resistir la agresión sexual. La imposibilidad de defenderse del ataque del ofensor no se reduce sólo a que éste proceda a inmovilizar físicamente a la víctima, como parece entenderlo el recurrente. Los actos impúdicos pueden practicarse en el cuerpo de la víctima sin que haya tenido necesidad el sujeto activo de ejercer ese dominio corporal absoluto sobre ella (*vis absoluta*). Podría ocurrir, como en el *subjudice*, que el agente aproveche dolosamente la circunstancia de poder en que se encuentre respecto de la ofendida, surgida de la relación médico-paciente, para someterla y pretender satisfacer, mediante actos concupiscentes, su apetencia sexual. Si a ello se añade que la citada relación permite entender que el o la enferma queda a expensas de los tratamientos o auscultaciones que el profesional le practique, confiado en que se trata de un acto médico normal, la imposibilidad de resistencia es obvia, dado el absoluto desconocimiento que el o la paciente tiene de los actos que se le practican. Es a partir del momento en que la víctima se percata del abuso, cuando han de surgir los medios naturales de defensa. El razonamiento se reduce al absurdo si se interpretare que por desconocimiento de quien es auscultado por un médico, no pueda ser sujeto pasivo de Abuso Deshonesto, porque, conforme a esa tesis, el silencio se entendería como una tolerancia al acto impúdico, eliminando cualquier posibilidad de subsumir esa clase de conducta al tipo penal. En realidad no ha sido esa la intención del legislador al amparar los casos de imposible resistencia de la víctima frente a quien proceda en forma abusiva, de connotación sexual, en los casos que el agente aprovecha la actitud confiada de la víctima, a ser examinada en su cuerpo. El Tribunal de Juicio tuvo por acreditada la incapacidad para resistir, así indicó, entre otros razonamientos: *“...ni siquiera era consciente en ese momento la ofendida de que el imputado estaba abusando sexualmente de ella, le parecía extraño lo que estaba sucediendo pero era un médico quien se lo hacía, y ella no estaba en capacidad de detener la situación, pues según explicó la doctora Ramosen el debate, la ofendida es*

una persona con dificultad para decir no, además de que ninguna persona que va donde un médico va a sospechar de primera entrada que éste la va a abusar” (folio 535), “ ...pero puede suceder que ante víctimas con la personalidad de la ofendida, simplemente hayan soportado los abusos no sólo por la calidad de médico del abusador, que por sólo ese hecho genera una relación de poder, en donde el médico tiene la ventaja, sino también por su dificultad para detener una situación y porque ni siquiera estaba segura de haber sido abusada” (folio 537), “Lo que agrava la conducta del imputado, es precisamente el haberse aprovechado de la vulnerabilidad de la ofendida a raíz del desvalance (sic) de poder existente en la relación médico paciente, donde ésta es la que está en desventaja, vulnerabilidad que además se incrementó por los rasgos de personalidad de la ofendida, ya analizados, lo que la dejaban en incapacidad para resistir el hecho, aprovechándose además de la relación de confianza que existía entre él y la ofendida...” (página 545), fundamento este último referido a la calificación jurídica. El juzgador consideró que la conducta podía subsumirse tanto en la norma 162 de la reforma de 1999, como en el artículo 161 del Código Penal. Al respecto sostuvo: “Ahora bien, aunque la nueva norma pareciera ser más amplia que la anterior, es lo cierto que bajo cualquiera de las dos normas (la vigente al momento de los hechos, o la norma vigente actualmente), la conducta del imputado encuadra dentro del tipo penal de los abusos deshonestos, llámesele ahora abuso sexual, llámesele anteriormente abusos deshonestos” (folio 503). Por lo expuesto, se recalifican los hechos como constitutivos del delito de abusos deshonestos que contempla el artículo 161 del Código Penal. Por haber recurrido únicamente el imputado, la pena se mantiene inalterable.”

ⁱ Villada, Jorge Luis. (2000). Delitos contra la integridad sexual. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Argentina. Páginas 41-45.

ⁱⁱ Cardona Torres, Juan. (2010). Derecho Penal Parte Especial. Editorial BOSCH. Barcelona. España. Páginas 146-149.

ⁱⁱⁱ Queralt Jiménez, Joan J. (2010). Derecho Penal Español. Parte Especial. Sexta Edición revisada y actualizada. Editorial Atelier. Barcelona. España. Páginas 228-231.

^{iv} Asamblea Legislativa.- Ley número 4573 del cuatro de mayo de 1970. Código Penal. Fecha de vigencia desde: 15/11/1970. Versión de la norma: 40 de 40 del 04/10/2012. Datos de la Publicación Gaceta número 257 del 15/11/1970. Alcance: 120A.

^v Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.- Sentencia número 336 de las 9 horas del 2 de marzo de 2012. Expediente: 11-000785-1092-PE.

^{vi} Tribunal de Casación Penal.- Sentencia número 1441 de las 15:27 horas del 25 de octubre de 2011. Expediente: 11-000443-1092-PE.

^{vii} Tribunal de Casación Penal.- Sentencia número 735 de las 14:18 horas del 14 de junio de 2011. Expediente: 08-000098-0994-PE.

viii Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.- Sentencia número 302 de las 8:34 horas del 25 de marzo de 2009. Expediente: 08-000151-0006-PE.

ix Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.- Sentencia número 770 de las 14:14 horas del 6 de agosto de 2008. Expediente: 04-000633-0609-PE.

x Tribunal de Casación Penal.- Sentencia número 211 de las 14:25 horas del 6 de marzo de 2008. Expediente: 05-002038-0283-PE.

xi Tribunal de Casación Penal.- Sentencia número 1047 de las 10:50 horas del 20 de setiembre de 2007. Expediente: 06-003761-0042-PE.

xii Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.- Sentencia número 1157 11:30 horas del 23 de noviembre de 2001. Expediente: 99-200073-0331-PE.