



## Jurisprudencia sobre el Bien Jurídico Libertad Sexual

Rama del Derecho: Derecho Penal.	Descriptor: Derecho Penal Especial.
Palabras Claves: Bien Jurídico, Libertad Sexual, Autodeterminación Sexual.	
Fuentes de Información: Jurisprudencia.	Fecha: 25/06/2014.

### Contenido

<b>RESUMEN</b> .....	1
<b>JURISPRUDENCIA</b> .....	2
<b>1. Libertad Sexual y Autodeterminación Sexual</b> .....	2
<b>2. Libertad Sexual e Incapacidad para Resistir la Conducta Abusiva</b> .....	4
<b>3. Libertad Sexual y Persona Menor de Edad</b> .....	7
<b>4. Elementos que Forman parte del Concepto de Libertad Sexual</b> .....	9
<b>5. Libertad Sexual, Pudor y Función de la Ropa</b> .....	11

### RESUMEN

El presente documento contiene jurisprudencia sobre el Bien Jurídico de la Libertad Sexual, para lo cual se incorporan los extractos emanados por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a la protección de tal bien jurídico, ante las diferentes formas en las cuales puede ser vulnerado.

## JURISPRUDENCIA

### 1. Libertad Sexual y Autodeterminación Sexual

[Sala Tercera]<sup>i</sup>

Voto de mayoría:

**IV. Jurisprudencia de la Sala Tercera.** Esta Cámara ha plasmado a lo largo de sus fallos el criterio de que, tratándose del delito de violación, cada acceso carnal que en *forma sucesiva* ejecuta el agente activo configura un delito independiente, en consecuencia, surge la figura del concurso material de delitos, en cuyo caso, deben aplicarse las reglas de este tipo de concurso a efectos del cálculo de la pena. Lo anterior obedece a que el tipo penal no puede examinarse solo a partir del dolo, el plan de autor, los designios del agente o su finalidad, sino que debe comprender la estructura misma de la descripción típica. Sobre este aspecto volveremos más adelante. Lo importante de resaltar es que, este criterio es de larga data, y lo encontramos plasmado en el voto número 478-F-93, de las 09:05 horas, del 27 de agosto de 1993, que señala: *“...El Tribunal de mérito tuvo por cierto que el imputado, luego de penetrar carnalmente a la menor en su vagina, la puso boca abajo, la hincó en la cama y procedió a penetrarla por el ano (folio 74 frente, líneas 1 a 7). En consecuencia, no se trata de una sola acción como alega la recurrente, sino de dos acciones sucesivas, cada una de las cuales produce una lesión al bien jurídico tutelado, o sea, la libertad sexual. Aunque existe conexión en cuanto a tiempo y espacio, lo cierto es que ambos hechos se pueden individualizar y analizar separadamente, por tratarse de conductas independientes entre sí. Por ende, se debe concluir que el imputado cometió en forma conjunta dos delitos de Violación (artículos 22 y 156 inciso 3º del Código Penal), de modo que estamos en presencia de un concurso material, como bien lo establece la sentencia recurrida, notándose además que la sanción impuesta se encuentra dentro de los parámetros del artículo 76 ibídem...”*. (El resaltado no es del original). En igual sentido, se pueden consultar los siguientes fallos: Voto N° 156-99, de las 09:54 horas, del 12 de febrero de 1999, N° 566-2001, de las 10: 25 horas, del 8 de junio de 2001, N° 816-2001, de las 09:45 horas, del 24 de agosto de 2001, N° 2001-00889, de las 09:05 horas, del 14 de setiembre de 2001, N° 2003-00442 de las 09:36 horas del 30 de mayo de 2003, N° 2003-01131 de las 10:05 horas, del 5 de diciembre de 2003, N° 2003-01123 de las 09:26 horas, del 5 de diciembre de 2003, N° 2004-00820 de las 09:56 horas, del 9 de julio de 2004, N° 2004-00935 de las 15:50 horas, del 6 de agosto de 2004, N° 2005-00559 de las 10:00 horas, del 3 de junio de 2005, N° 2006-00260 de las 16:45 horas, del 27 de marzo de 2006, N° 1407-2009, de las 10:07 horas, del 17 de octubre de 2009, N° 0520-2011, de las 09:29 horas, del 20 de mayo de 2011. Esta Cámara mantiene el criterio esbozado. Como se dijo líneas atrás, cada vulneración al bien jurídico protegido por el tipo penal de violación, el cual es de carácter personalísimo,

constituye una infracción independiente de la norma, de ahí que, deben aplicarse las reglas del concurso material de delitos. Ello es así porque el numeral 156 del Código Penal, sanciona *“a quien tenga acceso carnal por las siguientes vías: oral, anal o vaginal, con una persona de uno u otro sexo, así como quien le introduzca a la víctima uno o varios dedos, objetos o animales, por la vía vaginal o anal, o la obligue a que se los introduzca ella misma”*. No puede ignorarse que en la configuración del tipo se utilizó la conjunción disyuntiva que, a diferencia de la copulativa, significa exclusión, alternancia o contraposición entre dos o más personas, cosas o ideas; p. ej.: “o.”. (Véase: <http://lema.rae.es/drae/?val=disyuntiva> ). Hasta aquí debemos concluir que, tratándose del delito de violación, en donde se demuestre que la víctima fue objeto de *penetraciones o accesos carnales sucesivos*, esta Cámara es del criterio de que nos encontramos ante un concurso real o material homogéneo, ya que el agente activo ejecutó diversas acciones que, en forma independiente, lesionaron el bien jurídico protegido. Véase que, en la situación bajo estudio, la acción del acusado de introducirle el pene en la boca a la ofendida, para luego penetrarla vía vaginal y, por último, accederla por el ano, resultan ser acciones independientes. No existe en esta sucesión de hechos una relación de subsidiaridad entre las conductas ejecutadas por el acriminado. Cada acción que implicó la penetración carnal -vía bucal, vaginal y anal- en contra de la voluntad de la víctima, implicó la consumación del tipo penal de violación, por así encontrarse descrito en la norma, descartándose que nos hallemos ante una misma unidad valorativa que agrupa una serie de acciones naturales a efecto de considerarla como un único hecho, es decir, no existió unidad de acción. Como ya ha señalado esta Sala, en el delito de violación el bien jurídico tutelado es la libre (consciente y voluntaria) *autodeterminación sexual*, pudiéndose adicionar el pudor o decoro de la víctima. Así se ha dicho: *“la autodeterminación sexual, que protege concretamente la esfera de decisión frente a las relaciones sexuales, de tal manera que las mismas se produzcan por una decisión libre de los participantes. De allí que cada vez que se lesiona el bien jurídico antes mencionado se produce una acción en el sentido jurídico-penal del término”*. (Voto 0156-99, de las 09:54 horas, del 12 de febrero de 1999). Lo anterior en razón de que: *“La tipicidad del delito de Violación no se reduce únicamente a la acreditación de un dolo único de satisfacción de la libido, sino que el dolo requerido en el tipo es de acceder carnalmente contra la voluntad de la víctima lesionando, de esa manera, el bien jurídico “Autodeterminación Sexual” que se encuentra allí penalmente tutelado. No se trata, como lo quiere ver el impugnante, que basta con que lo acceda carnalmente una vez para que otras penetraciones resulten en su favor subsumidas por el dolo y la acción primera lesiva del bien jurídico, aún cuando su separación espacio-temporal sea nula o casi nula. Una interpretación como la que pretende el recurrente enerva la idea de protección que sirve de base al concepto del bien jurídico y pretende reducir en su favor la incidencia de su actuar en las posteriores penetraciones”*. (Voto 0156-99, de las 09:54 horas, del 12 de febrero de 1999). Con base en lo expuesto, esta Cámara concluye que, respecto del ilícito de violación, bajo

el supuesto de *accesos carnales sucesivos*, cada penetración en las diferentes cavidades del cuerpo de la víctima, constituyen un delito consumado, criterio que ha seguido esta Sala, mismo que se confirmó recientemente mediante voto número 1990-2012, de las 09:45 horas, del 14 de diciembre de 2012.”

## **2. Libertad Sexual e Incapacidad para Resistir la Conducta Abusiva**

[Sala Tercera]<sup>ii</sup>

Voto de mayoría

"I. [...] En cuanto a la violación del principio de *correlación entre acusación y sentencia*, esta Sala no comparte la tesis expuesta por la recurrente, ya que, se considera que el vicio es inexistente al cumplir la acusación con los requisitos mínimos de legalidad, en la descripción de los hechos que se le imputan al acusado como conducta típica del delito de violación. En efecto, los hechos descritos en la pieza acusatoria, en lo que interesa, fueron los siguientes:

*“1. En los alrededores de [...] el día diecinueve de julio del año dos mil tres a eso de las dieciocho horas treinta minutos aproximadamente, cuando el ofendido J quien cuenta con retraso mental, se encontraba solo frente a su casa, situación aprovechada por el imputado R, quien procedió a llamarlo para posteriormente llevarlo detrás de unas latas, donde le bajó pantalones y le introdujo el pene en el ano, el imputado al escuchar bulla, soltó al ofendido y se escondió, mientras que el ofendido se fue...”* (folios 100-101). ( sic). Mismos hechos que se encuentran descritos como hechos probados en la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio de Cartago (folio 225). De tal manera, que no se observa un quebrantamiento como tal entre los hechos que se acusaron y los que el Tribunal tuvo por acreditados, no obstante, la quejosa pretende evidenciar tal vicio, amparada al hecho de que en la acusación no se estipuló explícitamente que: *el retraso mental que padecía el encartado lo incapacitaba para resistir*; tal y como se encuentra redactado en el inciso 2 del artículo 156 del Código Penal, alegando como fundamento el voto de esta Sala N° 128-2000 de las 9:45 horas del 4 de febrero de 2000, que versa sobre la necesidad de que se presente una discapacidad que excluya la posibilidad de consentir y en caso que tenga esa capacidad debe describirse como elemento del tipo penal su no consentimiento, puesto no basta con la existencia de una deficiencia mental, sino se explica como es que esta afecta la capacidad de resistir.- Este argumento obedece a una situación totalmente distinta a la presentada en la especie, pues dicha jurisprudencia hace referencia a una violación a las reglas de la sana crítica, por una valoración incorrecta de las pruebas o falta de fundamentación probatoria, y no al principio de correlación entre acusación y sentencia, como se extrae de la misma jurisprudencia alegada, que al referirse al motivo planteado indica:

*“ En realidad, los errores que se reclama, tienen su base en un defecto absoluto de la resolución, que antecede a la valoración de la tipicidad de la conducta acreditada, concretamente en la valoración de la prueba por parte del tribunal sentenciador, donde no se han seguido las reglas de la sana crítica” ( voto de esta Sala N° 128-2000 de las 9:45 horas del 4 de febrero de 2000). De tal manera, el fallo aquí impugnado no contraviene las disposiciones descritas en el presente motivo, puesto que, el a quo no es omiso al referirse -en forma motivada- a las razones por las cuales considera que el retraso mental moderado presentado por el ofendido, afectaba efectivamente su capacidad de resistir. Al respecto, fundamenta el Tribunal: “(...) se desprende entonces que la acusación realmente sí tomó en cuenta que el acusado aprovechó el retraso mental que sufre el ofendido para lograr que éste accediera a irse con él y en el lugar solitario lo accediera carnalmente con el pene por el ano. Este retraso ni más ni menos constituye “una incapacidad para resistir” de parte de la víctima tal y como el tipo penal acusado lo exige. Además, este aspecto tiene que complementarse con las conclusiones que constan en el dictamen psiquiátrico practicado al ofendido de folios 71 a 74 en donde expresamente se consigna lo siguiente: “Los datos de la actual entrevista sugieren en el evaluado la presencia de un retraso mental moderado, por esta condición presente capacidades mentales limitadas lo que conlleva a una dificultad para evaluar racionalmente la realidad, así como una capacidad disminuida para comprender la naturaleza y consecuencias de sus actos; esta particularidad lo hace vulnerable a ser manipulado o inducido por terceros a exponerse a situaciones que incluyen el ser víctima de abuso sexual...” Situación esta última que constituye, como se ha dicho , la incapacidad para resistir exigida por el tipo penal que nos interesa (...)” (cfr. folios 235-236). Por lo anterior, queda claro que el Tribunal si consideró conforme a la valoración probatoria, lo consignado en la jurisprudencia mencionada, pues en forma motivada justifica las razones por las que tiene por acreditado el retraso mental moderado padecido por el agraviado como constitutivo de una incapacidad para poder resistir conforme lo requiere el inciso 2 del numeral antes citado. En este mismo orden de ideas, si bien es cierto, no todo retardo mental, conlleva una incapacidad para resistir, o bien, de viciar el consentimiento, lo cierto es que tal determinación, por el simple hecho de no estar expresada con las mismas palabras en la descripción del cuadro fáctico de la pieza acusatoria, no desmerece que tal circunstancia se encuentre contemplada consecuentemente.- Si bien es cierto, la redacción de los hechos imputables por parte del representante del Ministerio Público, no es la más feliz, ésta es suficiente al decir que: “el ofendido J, quien cuenta con retraso mental, se encontraba solo frente a su casa, situación aprovechada por el imputado...”, para que el Tribunal pueda referirse en sentencia a los efectos y consecuencias de dicha deficiencia mental. Diferente hubiera sido si el fiscal no hace alusión a la condición especial del agraviado, o bien, que los Juzgadores no se hayan pronunciado (o lo hayan hecho sin fundamento probatorio) sobre las repercusiones de tal deficiencia cerebral, sin embargo en el presente caso no se presentan tales*

hipótesis puesto que el a quo sí hace referencia a la incapacidad de resistir que presentaba el ofendido en razón de su retardo mental.-

Por otro lado, la impugnante no logra debilitar ni desmerecer con sus cuestionamientos subjetivos, la valoración de la prueba y las conclusiones del fallo, su particular apreciación no puede dar paso a que se considere la errónea aplicación de la ley sustantiva, pues precisamente con ello desconoce los hechos que la sentencia establece y que sustentan tanto la calificación jurídica como la pena que corresponde a ese material fáctico, correctamente acreditado según se razonó. En efecto, del análisis de la prueba documental como testimonial, no se logró evidenciar algún indicio referente a la existencia de un consentimiento por parte de la víctima, respecto a la agresión sexual que fue víctima, por el contrario, de un examen integral del elenco probatorio se puede extraer que el ofendido nunca estuvo de acuerdo con los hechos acontecidos. La misma declaración del agraviado merece total credibilidad del Tribunal al indicar: “(...) Fui y me dijo que me bajara los pantalones, no quería y me los bajó a la fuerza y me metió el pene por detrás (...) cuando sentí algo adentro, sentí dolor (...)” (folio 227). De lo anterior, se desprende la negativa del ofendido ante las pretensiones del endilgado, así como también se logra observar que en su relato, no muestra ningún signo de placer o asentimiento hacia la relación sexual que fue sometido en forma abusiva por su incapacidad de resistir. La testigo C manifestó: “(...) me dijo que violaron a J. y me vine. Llegué a la casa a eso de las ocho y al entrar pregunté qué pasó K, dojo que el desgraciado de Siquirres violó a J, que había sido anoche y J. sólo lloraba y que toda la noche la había pasado en el servicio. Me fui al cuarto y le pregunté: “qué pasó”. Me decía que no decía nada porque él había dicho que si decía algo, él me mataba (...)” (cfr. folio 227). Queda claro con el presente relato de los hechos ocurridos, que se violentó la libertad sexual de la víctima, pues no sólo fue sometido sexualmente bajo amenaza, sino que valiéndose a su vez de su vulnerabilidad, el justiciable logró saciar sus intenciones libidinosas con la clandestinidad necesaria para consumir el acto delictivo. B declaró: “(...) Los vi teniendo relaciones. J. estaba arrecostado por un vehículo y R detrás de él haciendo el acto sexual. Introduciéndole el pene en el recto. Vi a J. llorando. Al decirle qué estaban haciendo, R de inmediato se quitó y se subía los pantalones y me dijo “nada nada” y salió corriendo. Le dije que se lo iba a contar a mi papá. J. se fue para la casa asustado y llorando (...)” (cfr. folios 229-230). En cuanto a la prueba pericial, se denota que mediante el dictamen psiquiátrico forense N° 937-03, se concluyó que: “(...) los datos de la actual entrevista sugieren en el evaluado la presencia de un retraso mental moderado, por esta condición presenta capacidades intelectuales limitadas, lo que conlleva a una dificultad para evaluar racionalmente la realidad, así como una capacidad disminuida para comprender la naturaleza y consecuencias de sus actos; esta particularidad lo hace vulnerable a ser manipulado o inducido por terceros a exponerse a situaciones que incluyen ser víctima de abuso sexual; no obstante lo anterior brinda un relato fluido y coherente de los supuestos

hechos (...)" (folios 71-74). Conforme a lo anterior, esta Sala considera, correcta la aplicación de la figura del delito de violación establecido en el artículo 156 que en lo que interesa indica que: *"Será sancionado con pena de prisión de diez a dieciséis años, quien se haga acceder o tener acceso carnal, vía oral, anal o vaginal, con una persona de cualquier sexo en los siguientes casos: 2) cuando la víctima sea incapaz o se encuentre incapacitada para resistir..."* por cuanto queda claramente demostrado con la prueba testimonial y documental evacuada, que el agraviado no tenía la capacidad para resistir la agresión, y en tal sentido su libertad sexual se vio menguada, a tal punto que las secuelas producidas como consecuencia de los hechos acontecidos, son evidentemente trascendentales en el desarrollo psicológico y físico del ofendido."

### 3. Libertad Sexual y Persona Menor de Edad

[Sala Tercera]<sup>iii</sup>

Voto de mayoría

"PRIMERO: [...] Contrariamente a lo que estima el gestionante, el acápite segundo de la acusación ("relación de hechos", folio 139 del expediente), sí describe conductas subsumibles en el supuesto de hecho que prevé el artículo 161 del Código Penal, abarcando dos elementos esenciales, consistentes en *actos con fines sexuales en cuya realización media un abuso*, en atención a la citada norma: *"Quien de manera abusiva realice actos con fines sexuales contra una persona menor de edad..."* (al respecto véanse las siguientes resoluciones de esta Sala: 2005-00380, de 13 de mayo de 2005; 2005-01339, de 23 de noviembre de 2005; 2006-00040, de 27 de enero de 2006 y 2004-00244, de 12 de marzo de 2004). Por un lado, refiere la pieza acusatoria en el primer hecho imputado: *"...el imputado procedió a tocar a la niña... [K.], quien contaba para la fecha con ocho años de edad, con la mano en la vagina... aprovechando que esta iba a comprar diferentes artículos a dicho negocio, para lo cual no le entregaba los artículos por el mostrador, sino que esta tenía que ingresar a la parte de la pulpería donde él se encontraba..."*. Luego indica en el segundo: *"...el imputado procedió a tocar a la niña... [J], quien contaba para la fecha con siete años de edad, con la mano en la vagina... aprovechando que esta iba a comprar diferentes artículos a dicho negocio, para lo cual no le entregaba los artículos por el mostrador, sino que esta tenía que ingresar a la parte de la pulpería donde él se encontraba..."* [el resaltado no pertenece al original]. Por último, refiere en el tercer hecho atribuido: *"...el imputado procedió a tocar a la niña... [K], quien contaba para la fecha con once años de edad, con la mano en las nalgas... aprovechando que esta iba a comprar diferentes artículos a dicho negocio, para lo cual no le entregaba los artículos por el mostrador, sino que esta tenía que ingresar a la parte de la pulpería donde él se encontraba..."* [el resaltado no pertenece al original]. De ello derivan varios elementos que permiten entender no haya sido violado el derecho de defensa, en los términos expuestos en el recurso.

Primero, en todos los casos, se trata de personas víctimas con edad inferior a los 12 años, respecto de las cuales, por su situación de especial vulnerabilidad, la ley penal protege su dignidad en la esfera sexual, su indemnidad o intangibilidad sexual, con el objeto de salvaguardar las condiciones libres de alteraciones externas en su ámbito sexual, pues el ordenamiento jurídico no les reconoce por motivo de la edad e inmadurez psicológica una libertad de determinación en dicho ámbito, carecen de la posibilidad de verter un consentimiento válido en torno a su sexualidad. Segundo, por lo anterior, esa ausencia de libertad en la esfera sexual derivada del dato fáctico de la edad de las víctimas supone por sí mismo un abuso por parte del sujeto activo, un uso indebido de ellas, un aprovechamiento de su vulnerabilidad, situación ésta que las sitúa en una posición de mayor indefensión ante una agresión sexual. Por este motivo, las conductas de naturaleza erótica sobre personas que poseen menos de 12 años de edad, por imperativo legal, son siempre abusivas. Y, tercero, la acusación fiscal describe tocamientos que, por la zona corporal en que se realizan (vagina y glúteos), tienen una connotación y sentido claramente erótico e irrespetuoso de la dignidad en las esferas sensuales de las víctimas, lo que permite comprender la finalidad sexual de aquéllos. El sentido erótico, por consiguiente y en este caso, se ve condicionado por las partes del cuerpo sobre las que se ejercita el sentido del tacto, no sólo con arreglo a parámetros normativo-culturales que imperan en la sociedad, sino también como lo evidencia el artículo 156 del Código Penal, al prever, dentro de la conducta típica del delito de violación, el acceso por vía *vaginal* y *anal*. Por ello, no resulta procedente el reclamo del gestionante en el sentido de que la acusación no contiene literalmente la alusión a los fines sexuales. Más bien, parece confundir el contenido del dolo como elemento subjetivo del abuso sexual contra persona menor de edad, con las especiales tendencias o motivos –también de naturaleza subjetiva– que son irrelevantes para la configuración típica de la conducta y que, por ejemplo, se pueden ver traducidas en la intención de simple maldad, venganza, curiosidad o broma, o en el ánimo de pervertir o viciar a la persona menor de edad, o en la satisfacción de un propio y particular deseo, apetito o antojo sexual. En casos como el presente, el dolo viene definido por el conocimiento y voluntad de realizar el tocamiento manual sobre una zona corporal de innegable significado sexual (en este caso, vagina y glúteo) prevaliéndose de la edad de la víctima. Por ello, el alegato de la Defensa de que, según se describen los hechos en la acusación, podría tratarse de una broma, no es de recibo, por cuanto la burla o diversión en ningún caso justifica lo que, en realidad, sigue siendo una agresión sexual. Igual destino tiene el reclamo en torno a que los hechos de la acusación no excluyen, por ejemplo, que se tratara de tocamientos con fines clínicos. La acusación describe claramente que el imputado F se desempeñaba para ese momento como vendedor en la pulpería de su propiedad, así como que aprovechaba dicha situación para delinquir en el sentido expuesto."



#### 4. Elementos que Forman parte del Concepto de Libertad Sexual

[Sala Tercera]<sup>iv</sup>

Voto de mayoría

"I. Tal y como lo reprocha la representación del Ministerio Público, el Tribunal de mayoría en aplicación del principio de in dubio pro reo, absuelve al imputado L., expresando como argumentos centrales de su decisión, que el tocamiento fue raudo, cuando el imputado tenía todas las posibilidades de aprovechar la presencia del menor y realizar un abuso de mayor proporción, así como la circunstancia de que hubiera sido por encima de la ropa, cuando nada le impedía llevar a cabo un abuso sexual más pernicioso, introduciendo sus manos entre las ropas, y por último que el indicado abuso se realiza supuestamente en un sitio público, donde puede existir movimiento de gente. Asimismo, según se indicó en el contradictorio, el menor no ha recibido terapia psicológica y el dictamen psiquiátrico señala la ausencia de secuelas compatibles con un trauma por abuso sexual, pudiendo estarse ante un caso de *memoria falsa* -(ver folios 152 vuelto a 155 frente)-. Sin embargo, tal y como lo reclama la quejosa, tales argumentaciones no resultan aceptables, contraviniendo las normas que informan el correcto entendimiento humano. Así, conviene señalar que dentro de los elementos que conforman típicamente el delito contenido en el numeral 161 del Código Penal - abuso sexual contra una persona menor de edad o incapaz -, no se cuenta la duración del acto abusivo, o si el imputado pudo haber continuado con su acción delictiva, o bien si el hecho se realizó sobre las ropas de la víctima, o en su defecto, si el justiciable tuvo la oportunidad de despojarla de su vestimenta pero no lo hizo. El ilícito se configurará típicamente cuando el agente activo, despliegue un acto abusivo que en sí mismo contenga un fin sexual, lesionando el bien jurídico protegido, cual es, en este caso, la reserva y el decoro de la persona ofendida, atinente a su libertad sexual. Es a partir de esta circunstancia, que los Juzgadores, con acopio en las pruebas recibidas, podrán establecer, si los actos ilícitos acusados se demostraron fuera de toda duda razonable permitiendo una conclusión condenatoria, o en su defecto, se pudo determinar que el enjuiciado no los cometió o no se pudo arribar a un juicio de certeza sobre su culpabilidad. Pero lo que deviene improcedente es la especulación por parte de la autoridad Juzgadora extendiendo los alcances de la norma penal aplicable a la conducta delictiva acusada que aquella no contiene. Similares argumentaciones pueden otorgarse respecto al razonamiento de los Jueces de mayoría, que en el fallo que se cuestiona, exigen, como elemento configurativo del delito acusado, la existencia de secuelas psicológicas en la víctima, de tal manera que si no se producen, en su opinión, el delito o bien no concurre, o resulta dudosa por esa circunstancia la versión de la parte ofendida. En aplicación de los principios de la lógica, la experiencia y la psicología, el trauma mental en un ser humano dependerá de una serie de factores, entre ellos, la profundidad y gravedad del evento traumático en

la psiquis de la persona, así como su capacidad de reacción ante situaciones de esta naturaleza, pero en todo caso, su inexistencia no puede ser interpretada, *per se*, como la falta de ocurrencia del acontecimiento manifestado, en este caso, del delito que se acusó, y su consiguiente vulneración al bien jurídico tutelado. Tampoco es de recibo la argumentación del Tribunal de mayoría para descartar la confluencia del hecho atribuido al convicto, por haber ocurrido en un lugar de acceso público, en el tanto para los Juzgadores este tipo de delitos generalmente ocurre en la clandestinidad, circunscribiendo a una determinada situación la posibilidad de ocurrencia de los hechos, de tal manera que si un acontecimiento tiene lugar en otro escenario, de acuerdo a la tesis jurisdiccional, ya no podría tenerse por configurado, lo que deviene en una interpretación ilógica contraria a las normas de la sana crítica, pues si bien es cierto, por lo general delitos de esta naturaleza se producen en circunstancias clandestinas, no puede soslayarse la eventualidad de que sucedan en otro entorno de mayor exposición. Por otra parte, advierte esta Sala un razonamiento contradictorio en los jueces de mayoría, pues por un lado, indican creer al menor – (ver folios 153 frente y vuelto)-, pero luego señalan que este pudo distorsionar los hechos, sin que tal apreciación, por lo demás subjetiva, encuentre respaldo en prueba alguna, cuando se cuenta con una afirmación contundente del menor, donde indicó que el día de los hechos el imputado, estando en su pulpería, pues lo habían mandado a comprar unas baterías, este le tocó el pene sobre sus ropas, circunstanciando en modo, tiempo y espacio lo ocurrido -(ver folios 149 vuelto y 150 vuelto)-. Por último, tal y como lo hace ver la impugnante, el Tribunal de mayoría cuestiona el dictamen psiquiátrico aportado a los autos, enfatizando en sus carencias, pues a su juicio, la pericia debió explorar entre otros factores, el impacto que determinó en el niño la separación entre sus padres y la llegada al hogar de su padrastro, y no se expresaron tampoco los medios de valoración y examen que llevaron a la profesional tratante a estimar que el relato del menor impresionaba como creíble, claro, corto y coherente -(ver folios 153 vuelto y 154 frente)-, sin embargo, si los Jueces estimaron tales insuficiencias, bien pudieron realizar las gestiones necesarias para aclarar sus dudas, en aplicación del principio de objetividad a que están obligados de conformidad con el artículo 180 del Código Procesal Penal, en el tanto es su deber, al igual que el Ministerio Público, procurar por sí la averigüación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos, en cumplimiento efectivo de los fines de la persecución penal y los objetivos de la investigación, y no guardarse sus dudas en detrimento de una de las partes procesales, pues ello contraviene las disposiciones contenidas en el artículo 6 *ibidem*, en el tanto es función del juez, dentro de su deber de objetividad, preservar el principio de igualdad procesal y allanar los obstáculos que impidan su vigencia o lo debiliten. Pero en el caso en estudio, el Tribunal de mayoría se decidió por la simple especulación, expresando en lo que se refiere al relato del menor que: “*se pudiera haber dado sugestionabilidad*” -(ver folio 154)-, manifestación que no fundamenta en ningún argumento sólido y determinante, indicando que el dictamen psicológico levantado ni

siquiera trató aspectos de “mitomanía o fabulogía”, para desacreditar la posibilidad de un caso de memoria falsa, cuando pudo haber solicitado una aclaración o adición sobre el referido examen técnico, a efecto de contar con elementos de juicio suficientes y eficientes para darle soporte probatorio a sus conclusiones, sin embargo no lo hizo, pese a que tenía pleno conocimiento sobre los alcances del dictamen cuestionado, lo que se evidencia en el propio fallo, cuando aborda el tema con la defensa técnica del justiciable, quien había solicitado la presencia de un consultor técnico en el desarrollo del contradictorio, el cual a la vez había dictaminado sobre el particular a solicitud del defensor, pronunciándose este por mantener la opinión técnica documental, prescindiendo de su actuación en juicio –(ver folio 146)-. Pese a ello, en forma incomprensible, el Tribunal de mayoría se inclina por un fundamento sostenido en apreciaciones expuestas en otro expediente judicial, sin mayor conexión con los hechos, en lo que se refiere al tema médico psiquiátrico sobre la llamada *memoria falsa*, por cuanto indica que tal circunstancia no fue abordada en el caso concreto por psicólogo alguno, lo que resulta absolutamente improcedente y vulnera las normas de la experiencia, al respaldarse en criterios científicos, que parecen corresponder a la opinión profesional de un médico psiquiatra, vertida en otro caso específico, desconociendo las circunstancias en que pudieron haber sido expresados, sobre los cuales las partes no pudieron tener acceso a efecto de pronunciarse sobre sus alcances, y que constituyeron un elemento sustancial en la decisión de los juzgadores –(ver folios 154 vuelto y 155 frente), donde se hace referencia a la exposición de un médico de nombre F. -. La Sala no prejuzga sobre la conducta acusada al justiciable, solamente determina la obligación de la autoridad juzgadora de apoyar, coherente y derivadamente sus conclusiones, circunstancias que devienen inexistentes en el fallo que se cuestiona, incurriendo en un claro vicio procesal al quebrantar las normas de la sana crítica que afectan su fundamentación intelectual.”

## **5. Libertad Sexual, Pudor y Función de la Ropa**

[Sala Tercera]<sup>y</sup>

Voto de mayoría

"VI. [...]. Esta Sala es del criterio de que –en el caso concreto- abusar deshonestamente es aprovecharse mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente del cuerpo de una persona, haciéndolo objeto de trato sensual, impúdico, obsceno, concupiscente o lascivo, contra su voluntad expresa o presunta. Es suficiente 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-. El bien jurídico tutelado por el tipo de abusos deshonestos, vigente al momento de los hechos, es la esfera de reserva,

decoro, pudor y libertad sexual de las personas contra las acciones que puedan lesionarlo. En el presente caso se constató la existencia de una verdadera agresión sexual, realizada por el acusado contra la ofendida, pues la acometió tocándole sobre sus ropas, lo cual lesionó severamente su esfera de reserva, decoro, pudor y libertad sexual. Vale la pena destacar que en este caso los tocamientos se dieron sobre las ropas de la ofendida, lo cual implica objetivamente, de por sí –dado el contexto-, la violación de la reserva y pudor que funcionalmente protege la ropa. Según los estudios de la conducta humana “...básicamente, la ropa que nos ponemos cumple tres funciones: comodidad, pudor y apariencia... la ropa, además de protección contra el tiempo, protege nuestro pudor; en este aspecto, su misión es disfrazar ciertas señales corporales. Desde que el hombre camina erecto no puede evitar la realización de una exhibición sexual cuando encuentra a un semejante... Si el hombre desea evitar la descarada presentación de sus partes pudendas, no tiene más remedio que esconder esa zona de alguna forma; esto explica que la cobertura mínima, el "taparrabos", sea el elemento más internacional en el vestir humano, el último que se quita cuando uno se despoja de sus ropas. Un factor adicional a favor del pudor en el vestir es el dramático incremento de la población. Después de vivir millones de años en mínimos grupos tribales, el hombre se mueve ahora en muchedumbres urbanas, rodeado por gente en su mayoría extraña, por lo que las señales sexuales tienen que reducirse al mínimo. Incluso en países cálidos la cobertura del cuerpo abarca mucho más que la zona genital y la razón es clara: el cuerpo humano es una masa de señales del género a que pertenece; cada curva del cuerpo, cada forma o prominencia transmite sus señales básicas a los ojos del interesado... En ambos casos esos elementos visuales son, en potencia, excitantes para el sexo contrario. Si se quiere disminuir un impacto no hay más remedio que disimularlos lo más posible. En épocas diferentes y distintos países las reglas sociales del pudor han variado, pero el principio básico continúa siendo el mismo.” (MORRIS, Desmond: Señales vestuarias, texto reproducido en la antología Cultura y Signos: La Humanidad y su Entorno Hoy, Universidad de Costa Rica, 1994, págs. 82 a 85). La anterior cita ilustra muy bien la función que cumple la ropa en la tutela del pudor, de la esfera de reserva, decoro y libertad sexual de las personas, además de brindarles comodidad y apariencia, que a su vez es el bien jurídico tutelado por el tipo penal en comentario. Por muchas razones se puede explicar que un sujeto manipule las vestimentas de otra persona, como sucede cuando un médico recibe en emergencia un herido de gravedad o cuando las ropas se desgarran con motivo de una lucha cuerpo a cuerpo, o cuando se rompen por el mero deseo de causar un daño, o cuando un padre o una madre desnuda a su hijo (o hija) para bañarlo porque no puede hacerlo solo. Pero cuando las ropas son manipuladas en el contexto de una agresión sexual, como en el presente caso, en /que el autor, contra la voluntad de su víctima, se valió de su posición para tocar las partes íntimas de la menor sobre su vestimenta, la acción es de por sí abusiva y deshonesta, como se dijo antes, porque efectivamente violenta el bien jurídico tutelado. Por estas consideraciones no lleva razón la

recurrente al afirmar que por el hecho de que los tocamientos se hayan realizado sobre la ropa de la ofendida no existe el delito acusado. No interesa en este caso concreto si tales actos se hicieron sobre la vestimenta de la menor –tal y como fue concluido correctamente por el Tribunal- o en forma directa sobre su piel, pues en ambos supuestos y bajo las condiciones fácticas de este asunto si existe un abuso deshonesto contra la ofendida N."

**ADVERTENCIA:** El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

---

<sup>i</sup> SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 402 de las diez horas con quince minutos del veintidós de marzo de dos mil trece. Expediente: 11-006462-0305-PE.

<sup>ii</sup> SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 913 de las quince horas con cinco minutos del dieciocho de septiembre de dos mil seis. Expediente: 03-001983-0345-PE.

<sup>iii</sup> SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 854 de las diez horas con cincuenta y cinco minutos del primero de septiembre de dos mil seis. Expediente: 00-000656-0073-PE.

<sup>iv</sup> SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 440 de las diez horas con veinticuatro minutos del veinte de mayo de dos mil cinco. Expediente: 02-205451-0275-PE.

<sup>v</sup> SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 188 de las nueve horas con cuarenta minutos del veintiocho de marzo de dos mil tres. Expediente: 97-002206-0283-PE.