



# BOLETIN JURISPRUDENCIAL



99

MINISTERIO PÚBLICO DE COSTA RICA

2007

## Tema

**DENUNCIA Y DECLARACIÓN PERICIAS PSICOLÓGICAS**

**ABUSO SEXUAL CONTRA PERSONA MENOR DE EDAD.**

## Sumario

**DENUNCIA Y DECLARACIÓN.** El que en la denuncia se mencione fechas diversas en que ocurrieron los hechos ilícitos, no es circunstancia que haga dudar de la veracidad del testimonio que se rindió en el debate, pues aceptar esa imposición implica ignorar que es éste el que se produce con mayores detalles –gracias a la oralidad- y bajo el control de las partes.

En el presente caso, se trataba de un testigo que conoció los hechos a través del relato de otra persona, no es de extrañar que en el contradictorio haya aclarado el tema, indicando no estar seguro acerca de si todas las agresiones ocurrieron en un mismo día, o en días diferentes. Aunado a esto, no se puede desconocer que la testigo, a diferencia de lo que apunta la sentenciada, ubicó los hechos en tiempo (mes de abril) y espacio (vivienda familiar) y como agregan los Jueces, rindió un testimonio que en lo medular, coincide con el de la víctima.

**PERICIAS PSICOLÓGICAS.** La ausencia de secuelas psicológicas post-traumáticas en la persona menor de edad no es circunstancia que haga dudar la veracidad de su relato, máxime si se consideran la naturaleza de los hechos cometidos; la edad que tenía la víctima para cuando acontecieron los mismos y que el perito no detectara elementos que hagan dudar de la credibilidad del relato de la persona ofendida en relación con los hechos que se investigan.

En la causa penal estudiada, la ausencia de esas secuelas no pone en entredicho la declaración de la madre de la víctima, en el sentido de que el joven se vio afectado por lo sucedido, sobre todo si se considera que el menor de edad indicó en el juicio que aunque superó el problema, él sintió vergüenza después de los hechos y trató de evitar los lugares donde estaban las personas que conocían los hechos.

**ABUSO SEXUAL CONTRA PERSONA MENOR DE EDAD.** El beso como acto típico del delito de abuso sexual contra persona menor de edad. Al respecto, se mantiene contenido de la Resolución No. 2004-00326 de las 9:32 horas del 2 de abril de 2004 de la Sala Tercera, que en lo pertinente, indicó:

*“[...] En realidad el beso constituye un caso límite, donde no es posible saber por el hecho mismo, su significado con respecto a la honestidad. Ahora bien, para desentrañar con certeza cuál pudo ser el significado del beso y la finalidad del autor, es*

*indispensable examinar con sumo cuidado todas las circunstancias en que el acto se produjo (cfr. de esta Sala la sentencia número 104 de las 08:40 horas de 03 de abril de 1992). [...] en primer término debe verificarse la concurrencia de alguno de los supuestos del delito de violación vigente al momento de los y luego debe necesariamente concluirse, con absoluta certeza, que el acto fue libidinoso, tomando en consideración el momento y la ocasión en que se produjo el acto, las condiciones del lugar, la oportunidad, y todas las demás circunstancias fácticas y anímicas que rodearon el hecho.”*

En el caso concreto, la defensa alega lo siguiente; “*el que un adulto bese en la boca a un menor de edad no está tipificado como delito*”. Al respecto se declara sin lugar el motivo impugnado; a saber la atipicidad de la conducta, pues se tuvo por demostrado que la acusada, con el único objeto de lograr una satisfacción sexual, de manera sorpresiva para el ofendido, le besó la boca. Asimismo la víctima aclaró que antes de besarlo en la boca e introducirle la lengua, la justiciable le había pedido un beso que él le negó. Este hecho, unido a los que acontecieron con posterioridad, permiten concluir, tal y como lo expuso el Tribunal, que la imputada pretendía satisfacer sus impulsos sexuales al besar al ofendido, de ahí que no se pueda sostener, como indica la sentenciada, que el beso, en las circunstancias en que se dio, no es constitutivo del delito de abuso sexual contra persona menor de edad.

**EXPEDIENTE: Nº ÚNICO: 06-000165-0006-PE E INTERNO Nº 459-2/15-06**

**VOTO: 2007-00926. SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** San José, a las once horas veinticinco minutos del treinta y uno de agosto de dos mil siete. Intervienen en la decisión del recurso los Magistrados: José Manuel Arroyo G. Jesús Alberto Ramírez Q. Magda Pereira V. Carlos Chinchilla S. María Elena Gómez C

## **Trascripción en lo conducente**

Informa el Magistrado Arroyo Gutiérrez; y, Considerando: “I.- De folios 142 a 160 frente, la sentenciada N.L.G. solicita a esta Sala revisar la sentencia No. 75-2005, dictada por el Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de Alajuela, Sede San Ramón, a las 11:43 horas del 31 de mayo de 2005. PRIMERO MOTIVO. Violación a las reglas de la sana crítica: Para L.G., el Tribunal no analizó debidamente la siguiente prueba: A) Denuncia y declaración de María S.M. S., madre del ofendido: En la denuncia, M. S. manifestó que el 8 de abril de 2003, la imputada besó a su hijo en la boca; que al día siguiente se sacó los pechos y lo obligó a chupárselos, lo besó en la boca, le bajó la pantaloneta y le chupó el pene. En el debate, esta testigo manifestó que la imputada, un día agarró a su hijo y lo besó en la boca; que después, no sabe si el mismo día (aunque cree que sí), le chupó el pene al menor de edad y puso a éste a chuparle los pechos. Por último, la deponente señaló que a raíz de lo sucedido, a la víctima le fue mal en los estudios. Para la privada de libertad, la denunciante no tiene claro el es-

pacio y tiempo en que se habrían cometido los hechos, ni es capaz de precisar los detalles. Sus frases “...denotan gran inseguridad en sus afirmaciones, lo que la llevan a contradecirse” (folio 147 frente). Siempre en esta línea de ideas, destaca los siguientes extremos: 1) A pesar que en la denuncia se indica que el primer delito ocurrió el 8 de abril, el menor de edad lo situó el 6 de abril. 2) En el debate, la madre del ofendido dijo no saber si todo ocurrió el mismo día o en días diversos, lo cual contradice la denuncia. El Tribunal no analizó estos aspectos, limitándose a dar por cierto lo que indicó el agraviado. 3) La madre de la víctima manifestó que ésta le contó que la acusada le chupó el pene, es decir, nunca mencionó que se lo había metido en la boca, con lo que no queda claro si hubo o no penetración. B) En relación con la declaración del menor de edad G.A.M.: Al menor de edad le hicieron “una lluvia de preguntas”, en procura de que dijera que la acusada no solamente le chupó el pene sino que también se lo metió en la boca. Ahora, luego de afirmar que ella solo se lo chupó “un toquecillo”, el joven indi-

có que fue la parte de afuera del pene lo que ingresó en la boca, a saber, que fue "...parte del "gorro" lo que penetró en la boca nada más, entró todo el gorro." (Folio 149 frente). Para la quejosa, de lo anterior no se logra extraer si hubo penetración o no, pues el joven dijo que fue la parte de afuera, "el gorro", lo que ingresó. "Si a esta afirmación agregamos que el muchacho dice que fue un "toquecillo", que el pene no estaba erecto, y muchas veces dice que la imputada lo que hizo fue chuparle el pene, no se puede concluir que hubo penetración, como con suma ligereza lo afirma el Tribunal. La narración del joven también podría interpretarse como que la parte de piel que cubre el pene (lo que él llama "el gorro"), lo que cubre el glande fue chupado, acción que una persona puede hacer sacando su lengua y no introduciéndose el pene del menor en la boca." (folio 149 frente). C) Sobre la prueba de descargo: L. B. H., T. C. B. y los demás testigos de descargo, coinciden en que la acusada es una persona respetuosa, los padres del ofendido se comportan de manera vulgar y el menor de edad tenía alguna experiencia con adolescentes del sexo opuesto. D) Sobre la valoración psicológica practicada a la encartada: En ésta se indica que la acusada no muestra alteraciones psicológicas relevantes que permitan el diagnóstico de un trastorno psicológico. De esto L.G. deriva que ella es una persona normal, que no presenta alteraciones que hagan presumir que es proclive a la comisión de delitos sexuales contra menores de edad. E) Sobre la valoración psicológica de la víctima: El hecho de que el joven no presente secuelas post-traumáticas, indica la sentenciada, ponen en entredicho la versión de la madre de éste, en el sentido de que bajó su rendimiento académico y lo vio deprimido. Esta versión también se descarta con el dicho del agraviado, que en lo que interesa, afirmó que había superado el problema, que no tuvo problemas con el estudio y finalmente, que si bien le daba vergüenza, nada podía hacer. Los reclamos no son de recibo: Analizados los alegatos, estima esta Sala que no son atendibles, pues a diferencia de lo que opina

la impugnante de manera subjetiva, el Tribunal valoró todas las probanzas con apego a las reglas de la sana crítica. En relación con la declaración de M. S. M. S, madre del ofendido, esta Sala no aprecia las inconsistencias que se apuntan en la demanda de revisión. El que M. S. mencionara en la denuncia el 8 de abril como la fecha en que ocurrió uno de los hechos ilícitos, no es una circunstancia que haga dudar de la veracidad del testimonio que rindió en el debate, pues aceptar esa posición implica ignorar que es éste el que se produce con mayores detalles -gracias a la oralidad- y bajo el control de las partes. Además, tratándose de un testigo que conoció los hechos a través del relato de otra persona, no es de extrañar que en el contradictorio haya aclarado el tema, indicando no estar segura acerca de si todas las agresiones ocurrieron en un mismo día, o en días diferentes (folios 102 y 103 frente). Aunado a esto, no se puede desconocer que la testigo, a diferencia de lo que apunta L.G. ubicó los hechos en tiempo (mes de abril) y espacio (vivienda familiar) y como agregan los Jueces, rindió un testimonio que en lo medular, coincide con el de la víctima. Por otra parte, no es sino una apreciación subjetiva de la impugnante, sin asidero alguno, el señalar que la testigo se mostró insegura en su declaración. Todo lo contrario, de la resolución que extrae que los Jueces le otorgaron plena credibilidad, pues rindió un relato coincidente con la restante prueba, en particular, con la declaración de la víctima (folio 109 frente). Finalmente, el hecho de que la testigo haya dicho que según el agraviado, la acusada "le chupó" el pene, en modo alguno lleva a pensar que la conclusión de los Jueces, en el sentido de que la imputada introdujo el pene del menor de edad en su boca, es incorrecta, pues ésta no se apoya en el dicho de M. S., sino y sobre todo en la declaración del agraviado, quien con claridad, expuso la mencionada circunstancia. En relación con el testimonio del perjudicado la situación es similar. No lleva razón la quejosa al señalar que el órgano sentenciador lo valoró erróneamente, pues como concluyó el Tribunal en la senten-

cia, de éste se deriva que la acusada se metió el pene del ofendido en la boca. En concreto, el joven dijo que la imputada le “chupó el pene un toquecillo, se lo metió en la boca y me lo chupó” (folio 103 frente); que a pesar de no tener el pene erecto, L. G. se lo metió en la boca y que “fue la parte de afuera del pene lo que ingresó en la boca... fue la parte del “gorro” lo que penetró en la boca, el “gorro” nada más, entró todo el gorro” (folio 104 frente). Como se aprecia, el menor de edad fue claro al decir que hubo introducción del pene en la boca de la acusada y que si bien no fue total (circunscribiéndose al glande), sí hubo introducción. Así las cosas, ningún error cometió el Tribunal al establecerlo de esa manera. Sobre la prueba de descargo, esta Sala aprecia que los Jueces la valoraron adecuadamente, pues en efecto, a R. y L. B. H. E. y Tatiana C. B. no les consta nada de los hechos y si bien son claros al decir que no creen que la imputada los haya cometido y al referir que la madre del menor de edad usaba palabras vulgares, esas afirmaciones no ponen en entredicho la versión del ofendido, misma que ha sido respaldada con la versión de su madre, del testigo A. A. L. y la valoración psicológica (folios 111 a 113 frente). Incluso, como señalan los Juzgadores, el testimonio de R. H. E. sí es útil para confirmar que M. S. le reclamó sobre los hechos, indicándole que su hijo estaba muy afectado (folio 112 frente). Sobre las pericias psicológicas practicadas tanto a la acusada como al ofendido, esta Sede aprecia que la privada de libertad hace un examen parcializado, que en modo alguno se ajusta a las reglas del correcto entendimiento humano. En primer término, la ausencia de secuelas psicológicas post-traumáticas en el menor de edad no es una circunstancia que haga dudar de la veracidad de su relato, máxime si se consideran la naturaleza de los hechos cometidos; la edad que tenía la víctima para cuando acontecieron los mismos y como apunta el Tribunal a folio 110 frente, que el perito no detectó elementos que hagan dudar de la credibilidad del relato del joven en relación con los hechos que se investigan. De igual forma, la ausencia de esas

secuelas no pone en entredicho la declaración de la madre de la víctima, en el sentido de que el joven se vio afectado por lo sucedido (folio 103 frente), sobre todo si se considera que el menor de edad indicó en el juicio que aunque superó el problema, él sintió vergüenza después de los hechos y trató de evitar los lugares donde estaban las personas que conocían los hechos (folios 103 y 104 frente). De igual forma, el que M. S. dijera que el joven bajó las notas en el estudio (folio 103 frente), mientras que éste manifestó que siguió “normal” (folio 103 frente), es una contradicción irrelevante, pues versa sobre un tema ajeno al núcleo de los hechos investigados. Tratándose de la valoración psicológica que se practicó a la imputada, ésta deriva conclusiones que no se extraen de esa prueba. Lo que se puede extraer del dictamen es que L.G. no presenta alteraciones en sus funciones mentales superiores en términos de una disminución de su capacidad para reconocer el carácter lícito o ilícito de sus actos y de su competencia para enfrentar el proceso (folio 93 frente) y no, como señala la privada de libertad, que por no presentar alteraciones en sus funciones mentales superiores no es capaz de cometer delitos como los acusados. Sin lugar al motivo.II.- Dada la relación existente, esta Sala resolverá los próximos dos motivos de manera conjunta. SEGUNDO MOTIVO. Falta de fundamentación de la pena: El Tribunal le impuso a la acusada, por besar al menor de edad, una pena de tres años de prisión y por hacerse penetrar con el pene del joven, vía oral, dos años de prisión. Esto es un error, pues se sanciona el hecho menos grave (un beso), con una pena mayor. Aunado a esto, siendo que el ofendido tenía experiencia con jóvenes del sexo opuesto (lo que se demostró con la declaración de éste, quien en lo que interesa, señaló que se había “apretado” antes), es evidente que al ser besado por una persona adulta el daño fue mínimo. Las penas además no están fundamentadas y no son proporcionales al daño causado. Agrega la quejosa: “... cualquiera podría concluir que los artículos 159 y 161 del Código Penal no le daban otra opción a los juzga-

dores, toda vez que el primero establece prisión de 2 a 6 años a quien tenga relaciones sexuales con personas menores de edad; y el segundo artículo citado sanciona con prisión de 3 a 8 años a quien cometa abusos sexuales contra personas menores de edad o incapaces, etc. La primera impresión es que el Tribunal fue benigno al imponer los extremos mínimos para cada delito, pero ello no es así, pues, por un lado, el que un adulto bese en la boca a un menor de edad no está tipificado como delito, y por ello no se justifica la pena de 3 años de prisión impuesta por ese hecho, y por otro lado, de acuerdo al análisis de los hechos efectuado páginas atrás, no existe certeza de que haya habido penetración por la vía oral. Dicho de otro modo no existe en este caso una conducta típica...” (folio 155 frente). TERCER MOTIVO. Atipicidad de la conducta: La sentenciada considera que el Tribunal la sancionó por una conducta atípica, ya que un beso no es una relación sexual. Si fuera así, “muchas parejas que se besan en público deberían ser procesadas por... mantener relaciones sexuales en público.” (Folio 155 frente). Por otra parte, la boca no es un órgano sexual. Cuando dos personas se besan en la boca no interviene ningún órgano sexual. Los Jueces señalan que solamente hay contacto sexual cuando la boca, o bien otras partes del cuerpo (por ejemplo, las manos), entran en contacto con las partes íntimas de otra persona. De tal suerte, no hay norma que sancione con pena de prisión un beso, aunque se realice de manera abusiva, entre un adulto y un menor de edad. El artículo 161 del Código Penal lo que sanciona son actos con fines sexuales y un beso no lo es. Los reclamos no pueden prosperar: El Tribunal condenó a la acusada por dos delitos en concurso material: un abuso sexual contra persona menor de edad (consistente en el beso en la boca que la imputada le dio a la víctima el día 6 de abril de 2003) y una relación sexual con persona menor de edad (hecho que en opinión de los Jueces, aconteció el día 8 de ese mismo mes y año, cuando la justiciable introdujo el pene del menor de edad en su boca). Ahora bien, por ambos

ilícitos, el Tribunal le impuso la pena mínima que preveía la legislación, a saber, tres años de prisión por el delito de abusos sexuales contra personas menores de edad (artículo 161 del Código Penal) y dos años de prisión por el de Relaciones sexuales con personas menores de edad (artículo 159 del Código Penal), montos mínimos que prevé la legislación y que el Tribunal fundamentó debidamente, al indicar que la imputada no acusa juzgamientos anteriores; que ha guardado buen comportamiento con posterioridad a los hechos y durante el debate; que es una persona joven que puede readaptarse a la sociedad sin necesidad de una pena excesiva (folio 113 frente). Es decir, no lleva razón la quejosa al decir que el órgano de mérito no fundamentó la pena impuesta. Por otra parte, la sentenciada no está legitimada para reclamar que el órgano de mérito le impuso una pena menor por un hecho que ella considera más grave (a saber, meter el pene del joven en su boca), pues lógicamente, esta decisión la benefició. Dicho en otras palabras, es absurdo que reclame una decisión que la favorece, a saber, que el Tribunal le haya impuesto las penas mínimas que establecen los tipos penales aplicados. Finalmente, pero no menos importante, hay que agregar que a diferencia de que lo que estima N. L. G , el hecho de besar al ofendido en la boca, con el propósito de lograr una satisfacción sexual, es una conducta típica. Al respecto, ha dicho esta Sala: “Al analizar el beso como acto típico del delito de abusos deshonestos, la doctrina jurídica se ha dividido en tres posiciones. Una primera corriente sostiene que el beso no constituye un acto típico de abuso deshonesto, salvo que sea acompañado con otras actuaciones que determinen en forma clara una conducta impúdica en el sujeto activo; para otros, siempre constituye un acto de naturaleza sexual; mientras que una tercera posición, que ha sido dominante, afirma que todo dependerá de la intención que motivó al autor (véanse, entre otros, a NUÑEZ, Ricardo, Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, Omeba, 1964, tomo IV, páginas 313 y 314; ARCILLA GONZÁLEZ, Antonio, El delito

sexual en la legislación colombiana, Bogotá, Editorial Caravana, 1959, 2º edición, páginas 121 y 122; CARMONA SALGADO, Concha, Los delitos de abusos deshonestos, Barcelona, Bosch, 1981, páginas 103 y 104). En realidad el beso constituye un caso límite, donde no es posible saber por el hecho mismo, su significado con respecto a la honestidad. Besar puede ser la expresión de un sentimiento de cariño, de felicitación, puede reflejar un acto de amor filial, puede constituir una práctica consuetudinaria de saludo, incluso de piedad, desprovisto siempre de cualquier significado impúdico, pero también puede estar fundamentado en una clara y directa pasión sexual, con un determinante contenido libidinoso, donde el sujeto activo refleja una finalidad lujuriosa y lasciva. Ahora bien, para desentrañar con certeza cuál pudo ser el significado del beso y la finalidad del autor, es indispensable examinar con sumo cuidado todas las circunstancias en que el acto se produjo (cfr. de esta Sala la sentencia número 104 de las 08:40 horas de 03 de abril de 1992). En este caso concreto, para aplicar el tipo penal de abusos deshonestos al imputado por besar al menor, en primer término debe verificarse la concurrencia de alguno de los supuestos del delito de violación vigente al momento de los hechos (que la víctima es menor de 12 años, o que estaba privada de razón o incapacitada para resistir; o que se utilizó violencia o intimidación), y luego debe necesariamente concluirse, con absoluta certeza, que el acto fue libidinoso, tomando en consideración el momento y la ocasión en que se produjo el acto, las condiciones del lugar, la oportunidad, y todas las demás circunstancias fácticas y anímicas que rodearon el hecho. En el presente caso el beso fue libidinoso por las condiciones circunstanciales en que se produjo la acción. En este sentido, nótese que el imputado utilizaba su casa de habitación como lugar para besar al menor, con la presencia únicamente de ambos, aprovechando la vecindad con el ofendido y desnudando a la víctima o desnudándose él. Es evidente que el sentenciado abusó deshonestamente del ofendido, y buscó el momento

oportuno para cumplir su propósito, cuando no estaba expuesto a las miradas de los demás. Así las cosas, y en aplicación de la ley más favorable se recalifican los hechos que se le venían acusando al imputado R. F. Q. como constitutivos del delito de abusos deshonestos, previsto y sancionado en el artículo 161 del Código Penal, y que se leía: “Será reprimido con prisión de dos a cuatro años, el que sin tener acceso carnal abusare deshonestamente de una persona de uno u otro sexo, concurriendo algunas de las circunstancias del artículo. Si además mediare alguna de las circunstancias previstas en los artículos 157 y 158 la pena será de cuatro a seis años.” Nótese que esta norma 161 iusdem fue reformada posteriormente en los años 1994, 1999 y 2000, pero tales modificaciones no son aplicables a este caso, pues debe respetarse la redacción vigente al momento de los hechos, sea la transcrita supra.” Resolución No. 2004-00326 de las 9:32 horas del 2 de abril de 2004. En este caso, se tuvo por demostrado que la acusada, con el único objeto de lograr una satisfacción sexual, en una primera ocasión llamó a la víctima para preguntarle dónde se ubicaban las sobrecamas y acto seguido, de manera sorpresiva para el ofendido, le besó la boca (folio 101 frente). La víctima aclaró que antes de besarle en la boca e introducirle la lengua, la justiciable le había pedido un beso que él le negó (folio 104 frente). Este hecho, unido a los que acontecieron con posterioridad, permiten concluir, tal y como lo expuso el Tribunal, que la imputada pretendía satisfacer sus impulsos sexuales al besar al ofendido, de ahí que no se pueda sostener, como indica la sentenciada, que el beso, en las circunstancias en que se dio, no es constitutivo del delito de abuso sexual contra persona menor de edad. Es sin duda, un acto abusivo, que a mayor abundamiento, debió ser sancionado con una pena de 4 a 10 años de prisión pues ocurrió de manera sorpresiva para la víctima y en ese tanto, el agraviado estaba incapacitado para resistir, supuesto previsto en el inciso 2) del artículo 161 del Código Penal. Tratándose del otro hecho investigado, esta Sede estima que

la conducta además de típica, está correctamente calificada por el Tribunal. Si bien del relato del joven se desprende que también sucedió de manera sorpresiva (folio 103 frente, al decir que él se asustó cuando la acusada le bajó la pantaloneta, pues él no lo esperaba), lo que podría entenderse como constitutivo del delito de violación (artículo 156 inciso 2) del Código Penal, dada la incapacidad para resistir, llevan razón los Jueces al considerar que configura el delito de relación sexual con persona menor de edad (artículo

159), ya que no se acusó (folio 17 frente), ni se tuvo por demostrado (folio 101 frente), que el ofendido estuviese incapacitado para resistir en razón de la sorpresa; que fuese vulnerable, o que la sentenciada haya usado violencia corporal o intimidación. En síntesis, las normas sustantivas, en este caso, o han sido correctamente aplicadas, o lo han sido a favor de la acusada L. G., razón por la cual los reclamos deben declararse sin lugar”.