

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: EL ABANDONO DE MENORES

RESUMEN: En la presente recopilación se desarrolla el tema del abandono de menores, tocando temas como la definición de abandono, su declaratoria, regulación, además de los tipos que existen según la doctrina, entre los cuales se encuentra el Abandono Parcial, además se incorpora la Jurisprudencia disponible que trata el tema de forma general a la luz de casos específicos analizándose los presupuestos para su configuración, desde la normativa se adjuntan los artículos atinentes al tema.

Índice de contenido

1DOCTRINA.....	1
a)Definición de Abandono.....	2
b)Declaratoria de abandono y autoridad parental.....	3
Extinción y suspensión de la autoridad parental.....	4
Regulación sustantiva del abandono.....	4
Tratamiento procesal del abandono.....	6
c)La Problemática del abandono y la determinación del mismo..	.9
d)Tipos de Abandono, definición de abandono parcial.....	11
e)Sobre el Abandono Parcial.....	13
2NORMATIVA.....	14
a)Código Penal.....	14
b)Código de Familia.....	15
3JURISPRUDENCIA.....	22
a)Deber de las instituciones de efectivizar el derecho a la vida familiar como garantía en favor de los menores de su permanencia al lado de los padres	33
b)Sobre la delegación del cuidado básico a terceros y la declaratoria de abandono.....	42
c)La naturaleza del deber de cumplimiento alimentario tipificado en el código Penal.....	46

1 DOCTRINA

a) Definición de Abandono

[CAMACHO DE CHAVARRIA]¹

La pobreza en América Latina ha sido una condición que caracteriza las estructuras sociales y económicas de ciertas clases, generalmente marginadas. Las familias que viven en las ciudades y forman los anillos de miseria, donde viven trabajadores esporádicos de ambos sexos; mujeres solas que son inestables, con problemas de drogadicción, alcoholismo, prostitución y violencia. De estas familias, en su mayoría desintegradas, nacen niños que luego son abandonados en instituciones, en la calle, en las iglesias o que deambulan por las vías públicas, muchas veces con graves problemas de salud y de desnutrición que agravan su situación.

La pobreza con todos sus agravantes es la mayor fuente y causa de abandono de los niños; pero como un corolario irrefutable, hay que agregar que: dQMeJba^LUIiuiianor abandonado, existe una familia

La Procuraduría de los Derechos Humanos de Costa Rica en un pronunciamiento, definió el abandono del niño así:

"Las responsabilidades de los padres con los hijos, derivadas del ejercicio de la autoridad parental, implican el poder-deber de proteger, educar, guardar, vigilar, corregir a los hijos, pero también comprende el deber de satisfacer sus necesidades nutritivas, de atención médica y medicamentos, de vestido, habitación, educación, afecto, seguridad, y el estímulo necesario para el desarrollo físico y mental. En concordancia con lo anterior, el abandono se produce cuando los padres no cumplen con los mencionados deberes, ya, por cuanto concientemente realicen determinadas acciones, ora bien, por medio de una actitud negativa o una falta de preocupación e interés. . . para que el abandono se configure, no es necesario que los padres se separen de sus hijos, que los dejen solos gran parte del día o que los envíen a las calles a vagabundear o mendigar."

Se puede entender por abandono toda conducta de los padres que afecten o perjudiquen al menor para su desarrollo físico, mental, afectivo, y puede ser por omisión, por el abuso o el uso excesivo de los derecho parentales

El abandono no es sólo el incumplimiento de los deberes que tienen los padres con sus hijos, sino también la falta de amor hacia el niño."

b) Declaratoria de abandono y autoridad parental

[MURILLO CHAVEZ]²

"En nuestro medio la ficción jurídica con efectos extintivos de la autoridad parental, útil para efectos adoptivos, se puede dar fundamentalmente por tres formas diferentes: A) ipso iure: que constituye una forma que opera de pleno derecho debido al acaecimiento de un evento determinado que per se provoca el efecto descrito, tal es el caso de las hipótesis contempladas en los incisos a) y b) del artículo 158 del Código de Familia, referentes al matrimonio y a la mayoría adquirida, así como por la muerte de quienes ejerzan tal condición. B) Consentimiento: es la posibilidad legalmente establecida mediante la que quienes ejercen los atributos de la Autoridad Parental, de forma libre y voluntaria, consienten, ante la autoridad jurisdiccional respectiva, su voluntad de entrega y desprendimiento de la persona menor de edad a favor de terceras personas, esta posibilidad actualmente se encuentra establecida en el numeral 109 inciso c) del cuerpo de Leyes antes citado. C) Declaración formal: se refiere a la decisión de autoridad competente que con base en razones previstas por la ley produce el efecto extintivo de la autoridad parental. Tal pronunciamiento puede provenir de la autoridad jurisdiccional penal, como es el caso del delito de "Incumplimiento o abuso de la Patria Potestad", contemplado por el Código Penal en el artículo 188. La Declaración también puede emanar de la autoridad jurisdiccional Familiar, como sería el caso de la suspensión extintiva de la autoridad parental en la vía plenaria (Artículo 158 inciso d) C.F., en relación con el 420 inciso 4) del C.P.C.), así como en la vía sumaria especial de Declaración de Abandono con base en la causal de exposición a grave riesgo social, hoy prevista en el ordinal 160 inciso c) del Código de Familia. Inclusive, el pronunciamiento solemne puede provenir hasta de una autoridad administrativa, como sería el caso de la declaratoria de abandono en vía administrativa de las personas huérfanas o expósitas así previsto en el ordinal 116 del

cuerpo de leyes trasindicado. De todas las formas extintivas de la autoridad parental, el Abandono, producto de una declaración formal, sea ésta de origen administrativo o jurisdiccional, se perfila como la fórmula típica y más usual en la producción de dichos efectos, que además por su estructura procedimental y valor jurídico, más se aproxima a la figura adoptiva, como procedimiento especialmente diseñado para facilitar ese fin.

Extinción y suspensión de la autoridad parental

Para efectos de claridad expositiva requerimos hacer un breve paréntesis referencial al particular tratamiento que nuestro ordenamiento le asigna al instituto de la Autoridad Parental. Los numerales 158 y 159 del Código de Familia contienen la regulación básica al respecto, que a juzgar por la nomenclatura empleada interpretamos que en el primero de ellos se hace alusión a las causales que motivan la extinción de la autoridad parental, tal deducción deriva primeramente de la interpretación que forzosamente debemos hacer al observar que la norma en cuestión encabeza su objeto de sanción así: "La patria potestad termina". El segundo numeral, a nuestro juicio hace alusión a las causales suspensivas de la Autoridad Parental o de extinción temporaria de tales atributos, deducción que hacemos al observar la parte in capite de la norma que reza así: "La patria potestad puede suspenderse, modificarse...". Esta interpretación es verificada con acierto si observamos cada una de las premisas que ambas disposiciones contemplan, las primeras como razones calificadas, que salvo una desafortunada excepción de imprecisión técnica, invocan razones de pérdida definitiva. La segunda norma, por el contrario, invoca razones de una gravedad disminuida que en todos los casos admite la posibilidad de recuperación de dichos atributos. Para los fines de nuestro estudio, diremos que son únicamente las razones que motivan una extinción o término de la autoridad parental las que sirven de base para una eventual adopción, entre las que se encuentra la declaración de abandono; la simple suspensión de la autoridad parental no constituye un pronunciamiento válido ni eficaz para efectos adoptivos.

Regulación sustantiva del abandono

Tanto para expertos como para quienes recién incursionan en el

tema, basta una rápida ojeada de la normativa que sobre el abandono de personas menores de edad regula nuestro Código de Familia, para percatarse, sin ningún género de duda, que el asunto presenta serias dificultades de carácter metodológico. Desde mucho tiempo antes de promulgada la Ley 7538 ya encontrábamos alusión al tema del abandono en el citado cuerpo normativo; igual referencia encontramos en leyes tan antiguas como la número 27 del 25 de octubre de 1932, conocida como Código de la Infancia, que dedica todo el Capítulo III al tópico del abandono; en igual sentido podemos mencionar la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia número 3286 del 28 de marzo de 1964, hoy derogada. En todos estos textos el abandono ha sido siempre asociado en forma directa con el instituto de la adopción, visto aquél como la condición propia de las personas menores de edad con necesidad y posibilidad de ser adoptadas. Desde esta perspectiva, podríamos razonablemente decir, entonces, que el significado etimológico del vocablo abandono, considerado como instituto jurídico, se encuentra estrecha ligado al instituto adoptivo, no asociado a otros propósitos como pue-den ser el control y vigilancia del ejercicio de la autoridad parental, según recientemente se ha entendido.

Nuestra principal ley sustantiva sobre el instituto del abandono, que es el Código de Familia, ha experimentado durante los últimos diez años un paulatino proceso de reforma parcial que lo ha puesto a tono con el formidable desarrollo de que ha sido objeto esta materia, dentro de este elenco reformador destaca la reforma propiciada por la Ley 7538. La técnica utilizada, sin embargo, ha cobrado su precio en tanto le ha restado rigor técnico y coherencia al texto en el tratamiento de algunos temas como es el caso del abandono, al que actualmente se le asigna una connotación completamente diferenciada de la forma originaria, atribuyéndole efectos suspensivos -no extintivos- de la autoridad parental, esto conforme se desprende de la regulación contenida actualmente en los artículos 158 inc. c) y 159 inc. 6). Particularmente curioso resulta el artículo 161 siguiente, que al parecer contempla la posibilidad de que los efectos jurídicos del abandono puedan ser tanto suspensivos como extintivos de la autoridad parental, esto dependiendo únicamente de que exista o no interés en adoptar. Esta diferencia se presenta con mayor claridad en numeral 163 que sigue. Todo pese a que la razón o causa generadora del proceso siempre e indistintamente proviene de una razón común cual es, como antes se indicara, la situación de riesgo social descrita en el ordinal 160 inc. c) ya transcrito. Así las cosas, nos parece que el tratamiento legislativo sobre el tema debe organizarse de manera tal que provea al operador jurídico de instrumentos más claros, sencillos y fundamentados en una base teórico-conceptual

más depurada. En tal sentido creemos que conviene tomar en consideración varias premisas básicas que contribuirían con ese fin, que a nuestro respetuoso criterio pueden ser las siguientes: A) Toda declaración de abandono judicial y administrativa, ésta debidamente aprobada por el órgano jurisdiccional, tiene como efecto principal la extinción definitiva -no temporal- de los atributos de la autoridad parental, pronunciamiento que por tal motivo en todos los casos es base legal apta para promover un proceso adoptivo. B) Es igualmente preciso tener por establecido que el efecto extintivo de la autoridad parental es siempre apto para promover una adopción, efecto cuyo origen no se circunscribe únicamente al pronunciamiento de un procedimiento de abandono, que es la forma especializada, sino que también puede resultar de un proceso plenario (abreviado) en el que también se pretenda la extinción de la Autoridad parental, y hasta de un pronunciamiento que con dichos efectos pronuncie un tribunal penal. C) La extinción de autoridad parental efectiva para propósitos adoptivos, no necesariamente debe ser declarada solemnemente, sino que también se puede derivar de causas ipso iure así como también del consentimiento rendido según las formalidades previstas por la ley. D) Cuando los propósitos que llevan a la revisión de la autoridad parental no tienen como base razones que justifiquen la extinción de los atributos parentales, y por tanto no sea ésta la finalidad del proceso respectivo, la declaración solemne no tendría los efectos jurídicos requeridos para fundamentar una ulterior adopción, sino que más bien provocarían una simple suspensión o modificación que eventualmente admitiría una recuperación, como sería el caso de cada una de las seis hipótesis propuestas en el numeral 159 del Código de la materia, salvando la imprecisión de orden técnico que contiene la última de ellas. En estos casos la vía procesal correcta no es en definitiva el proceso de abandono sino más bien el proceso plenario que con ese fin específico contempla el Código Procesal en el ordinal 420 inc.

Tratamiento procesal del abandono

No fue sino a partir de la promulgación de la Ley 7538 que nuestra legislación ordinaria cuenta con la primera regulación procesal del abandono, inserto en el Código de Familia específicamente entre los artículos 115 y 124. Esta normativa sin duda responde a una necesidad muy sentida, empero, debemos mencionar que la inclusión de disposiciones jurídicas de naturaleza adjetiva dentro de una ley de carácter sustantiva como es el Código de Familia,

trae aparejado una serie de problemas de carácter metodológico especialmente evidenciados al momento de elaborar interpretaciones y cuando se hace preciso completar el esquema disponible, particularmente notable en casos que presentan cierta complejidad. Por ello nos complace saber que en la actualidad se están desarrollando esfuerzos en el parlamento encaminados a la elaboración de cuerpos de leyes procesales especializados en materia de familia.

Para entender los orígenes primarios de lo que hoy conocemos como procedimiento de abandono, debemos revisar la Ley Orgánica del Pañi número 3286 del 28 de mayo de 1964, que en lo que interesa disponía: "Artículo 6°. Para cumplir con sus fines, el patronato tiene las siguientes funciones ... f) Declarar administrativamente el abandono de los menores de edad, representarlos jurídicamente y disponer en forma provisional sobre su guarda y crianza. Todo mientras los Tribunales no resuelvan sobre el particular ..." (El énfasis no corresponde al original). Interesante resulta ahora observar que para esa época el procedimiento mediante el que se orientaba la declaración de abandono de una persona menor de edad, estaba exclusivamente a cargo de la administración a través de las representaciones legales del Pañi. Para cumplir con esta prerrogativa la Institución contaba, solamente, con un instrumento reglamentario que contenía las únicas disposiciones procesales sobre abandono, conocido como "Reglamento para la Declaratoria de Estado de Abandono y Depósito". Este cuerpo normativo se aplicó por muchos años y con base en éste se decretó el abandono de muchas niñas y niños que eventualmente fueron adoptados en los Tribunales de Justicia. A inicios del pasado decenio mucho se discutió acerca de la validez y conveniencia de este procedimiento. La jurisprudencia constitucional se debatió entre diversos criterios; desde conferirle plena validez a estos actos administrativos, hasta considerarlos como un preámbulo necesario para acudir a su revisión en la jurisdicción contencioso-administrativa. Esto ocurrió hasta que el asunto fue replanteado en definitiva, mediante una interpretación completamente novedosa, conocida a partir del dictado del voto 2014-93 de la Sala Constitucional de las 15:57 hrs. del día 12 de mayo de 1993, donde se le restó validez jurídica a las sentencias administrativas de abandono, atribuyéndoles eficacia precaria con ejecución provisional, ello con fundamento en la disposición contenida en el inciso f) del artículo 6° antes transcrito que aparece subrayado, al entender que corresponde únicamente a los Tribunales de Justicia pronunciarse en definitiva sobre el abandono de las personas. A partir de la toma de esta decisión, así como de otras que la sucedieron, claramente se definió en nuestro medio que el conocimiento de asuntos relacionados con la declaración de

abandono de personas menores de edad es competencia exclusiva del órgano jurisdiccional; disposición que se mantuvo desde entonces con base jurisprudencial, hasta que, con la promulgación de la ley número 7538 se incorporó en forma de regulación normativa en nuestro Código de Familia, como ya sabemos.

La nueva regulación sobre abandono, respetando los parámetros jurisprudenciales constitucionales, de eficacia erga omnes, mantiene el criterio competencial para el conocimiento de este clase de asuntos exclusivamente a cargo de los Tribunales de Justicia, incorporando, sin embargo la posibilidad de proceder en la vía administrativa en el excepcional caso de niños huérfanos c expósitos (artículo 116 C.F.), siempre, eso sí sometido a revisión y aprobación jurisdiccional. Er cuanto a las características más importantes de ritual, encontramos que la declaración de abandone actualmente se desarrolla mediante un procedimiento único y especialmente diseñado para esto: efectos, de vocación contenciosa y con remisión a la legislación común del proceso sumario para efectos de suplir y completar las omisiones. Otra de las características del proceso que conviene señalar, constituye el hecho de que la resolución final únicamente tiene recurso de apelación; circunstancia que presenta no pocas dificultades es la esfera de su aplicación práctica, si consideramos que doctrinariamente es un hecho conocido que el instituto de la cosa juzgada se encuentra íntimamente ligado a los efectos del recurso extraordinario de Casación. Esta doctrina es recogida en nuestro medio por el ordinal 162 del Código Procesal Civil, del cual se deduce que las sentencias recaídas en esta clase de asuntos no tienen la eficacia de cosa juzgada material, circunstancia que deja abierta, entonces, la posibilidad de que se puedan revisar estos pronunciamientos en todo momento. El único límite podría encontrarse en el período de prescripción ordinario de 10 años, creando para las personas interesadas en estos asuntos, especialmente para los menores de edad, un estado de incerteza jurídica absolutamente inconveniente. Este yerro, creemos que puede ser corregido. Ello mediante la apertura -en esta clase de procedimientos- del recurso extraordinario de casación, como tercera instancia rogada a la manera en que actualmente ocurre con muchos de los procesos familiares. Pese a que el artículo 124 del Código de Familia, en forma expresa, restringe la posibilidad del recurso extraordinario en esta clase de asuntos, es interesante observar que, en la práctica, se han presentado articulaciones de esta naturaleza ante la Sala Segunda de la Corte, que han sido admitidas y resueltas (véase votos 186-96, 244-98 y 071-99)."

c) La Problemática del abandono y la determinación del mismo.

[CALVENTO SOLARI]³

La filosofía de la adopción y su aspecto fina-lístico hacen hoy concebir a esta institución como una solución al problema de la niñez abandonada, tratando de dotar de una familia al niño que no la tiene.

En párrafos anteriores destacamos la importancia de la relación materno-filial y la necesidad de que la misma se cumpla normalmente. Para que la institución de la adopción opere satisfactoriamente y se eviten situaciones irreversibles, debe procurarse que la relación psicológica entre padres e hijos tenga lugar rápidamente, lo cual se logra en buena medida mediante la integración del niño al nuevo hogar lo más tempranamente posible. En el Seminario sobre Adopción, organizado por el Centre International de l'Enfance en 1969, se recomendó que la incorporación del niño al nuevo hogar no debía realizarse más allá de los dieciocho meses.

Lo expuesto se encuentra estrechamente relacionado con la problemática del abandono y la determinación del mismo. La constatación del abandono del niño configura una garantía en el proceso de adopción y constituye una etapa previa muy importante donde es necesario conciliar garantía con celeridad.

En la práctica surgen una serie de inconvenientes para determinar y definir todo lo relativo al abandono del niño. No puede procederse a la formalización de la adopción si no es mediante la constatación del abandono previo.

Actualmente el abandono expreso e irreversible es cada vez más raro. Lo que se constata en la mayoría de los casos es un abandono progresivo, un desinterés mal definido, que muchas veces deja al niño durante mucho tiempo en una situación jurídica incierta, impidiéndose de esta forma tomar medidas eficaces a tiempo.

Este panorama en algunas legislaciones se ve agravado debido a que, además de requerirse plazos demasiado extensos para configurarse el abandono, el criterio utilizado para determinar el mismo es el relativo a pérdida de la patria potestad o autoridad parental, criterio que en algunas situaciones, particularmente cuando se trata de niños dependientes de instituciones estatales, puede resultar muy exigente.

El abandono del niño se configura cuando existe incumplimiento en el orden afectivo, económico y asistencial por parte de los

padres, tutores o guardadores. Es común el caso de niños que son entregados a organismos estatales por sus padres y luego olvidados por éstos, rara vez son visitados o sólo lo hacen esporádicamente y muchas veces con la finalidad de interrumpir el plazo legal de abandono. Indudablemente y sin violentar el concepto de abandono, estamos frente a niños que han sido abandonados por sus padres y respecto de los cuales urge adoptar decisiones que contemplen principalmente el interés del niño.

Las legislaciones más recientes definen al instituto de la patria potestad o autoridad parental como "conjunto de derechos y obligaciones que los padres tienen sobre la persona y bienes de sus hijos menores" (Argentina, Solivia, Costa Rica, Guatemala). Modernamente la sustitución de la idea de los "derechos poderes" por la de los "derechos funciones" reconoce que los derechos y privilegios en esta materia sólo se otorgan en cuanto sirven para facilitar el ejercicio de las cargas y responsabilidades familiares.

El interés manifestado esporádicamente o la simple petición de noticias o la carta aislada, en los casos de niños que son entregados al cuidado de establecimientos públicos, cuando la situación se prolonga en el tiempo, afecta el contenido sustancial de la patria potestad y debe ser también motivo de pérdida de la misma.

En la legislación francesa problemas análogos relacionados con el abandono de niños y al cuidado de obras de protección a la infancia motivaron la reforma del art. 350 del Código Civil francés por la Ley No. 6-500 de 11 de julio de 1966 sobre adopción, estableciendo que "los niños recogidos por un particular, una obra privada o por la Ayuda Social a la Infancia, cuyos padres se hayan desinteresado manifiestamente, desde más de un año, pueden ser declarados abandonados por el Tribunal de Mayor Instancia", aclarando que "el pedido de noticias no es una demostración de interés suficiente para motivar de pleno derecho el rechazo de una demanda de declaración de abandono".

En la Legislación de Argentina se establece que puede procederse a la adopción sin necesidad de citar a los padres "cuando se hubiese confiado el menor a un establecimiento de beneficencia o de protección de menores público o privado por no poder proveer a su crianza y educación y se hubiera desentendido injustificadamente del mismo en el aspecto afectivo familiar durante el plazo de un año" (Ley 19.134). Por otra parte la Ley de Legitimación Adoptiva No. 16.346 de Chile, considera abandonados "los hijos que no hayan sido atendidos personal ni económicamente por sus padres durante los plazos mínimos de dos y cuatro años, respectivamente,

señalados en el artículo 2". Más recientemente en el Uruguay la Ley 15.210 de 9 de noviembre de 1981 estableció normas tendientes a favorecer la integración del menor a un núcleo familiar adecuado, arbitrándose medios para que esta integración sea en primer lugar a su propia familia y, de no ser posible, a una familia sustitúa.

La integración a un grupo familiar del niño abandonado o en trance de ser abandonado es la filosofía que inspira a la nueva ley; asimismo sus disposiciones tratan de garantizar el derecho de los padres biológicos del niño que ha sido confiado a la protección del Estado.

Esta ley afronta muchos de estos problemas, redefiniendo el abandono y arbitrando medidas para que la situación de los niños abandonados, principalmente de los confiados al cuidado de organismos oficiales, se dilucide rápidamente.

La Ley 15.210 mencionada viene a completar el panorama de la Ley 10.674 sobre Legitimación Adoptiva, facilitando la misma y agilizando su procedimiento. Las principales características del nuevo ordenamiento pueden resumirse en las siguientes: 1) adopción de un criterio más elástico para apreciar la situación de abandono; 2) reducción de los plazos para que se configure el abandono del niño; 3) constatación en vía administrativa de los hechos constitutivos del abandono; 4) declaración de abandono y de la pérdida de la patria potestad por decisión del organismo jurisdiccional de menores; 5) posibilidad del otorgamiento de la guarda del menor a una familia sustitúa, sin pérdida de la patria potestad por parte de los padres biológicos."

d) Tipos de Abandono, definición de abandono parcial

[CARVAJAL OBANDO]⁴

Como se ha indicado desde el inicio de la presente investigación, el abandono de la niñez y la adolescencia puede entenderse y clasificarse conceptualmente de diferentes formas, claro está dependiendo de la naturaleza y la situación de los hechos sociales que lo causan.

Primeramente, el abandono de la niñez puede atender a aspectos físicos y espirituales que afectan a la niñez, distinguiéndose así en dos tipos a saber: abandono material y abandono moral. Se entenderá por abandono material "...el descuido de la atención al

menor en aspectos que atañen a su alimentación, higiene y vestuario; por su parte el abandono moral toca los aspectos espirituales del menor e implica la ausencia de la acción rectora del comportamiento para guiar al menor según las buenas costumbres." Por lo general, éste implica una conducta carente de toda clase de elementos imprescindibles para la niñez y la adolescencia, mismos que afectan su formación ética.

El abandono, como fue explicado anteriormente, también puede provenir de causas como son el abuso por descuido o por negligencia, el cual corresponde a la carencia de satisfacer las necesidades de la niñez, por parte de quien posee la responsabilidad de velar por la guarda, crianza y educación de esas personas, y que teniendo las posibilidades de satisfacerlas no lo realiza.

Otro punto de clasificación es debido a la forma o método que se utilice para causar el abandono, el cual puede ser simple o cualificado. Corresponderá al abandono simple cuando exista la falta de atención a las diversas necesidades que requiera la niñez por parte de quienes ejercen la autoridad parental sobre él, es decir, la abdicación de deberes. Por otro lado, entenderemos como abandono cualificado la exposición que sufre la niñez y la adolescencia "...donde constare la voluntad de los padres o guardadores de abandonarlo por manifestación simultánea a su entrega o de manera presunta, inferida de actos posteriores."

El abandono tomado con relación a su extensión en el tiempo, corresponde a la cuarta clasificación, el cual puede ser: abandono permanente o abandono transitorio. El abandono permanente no merece mayor explicación, pues como se sobre entiende, es aquella situación en que la niñez es dejada en abandono por un período que se prolonga ininterrumpidamente en el tiempo; en cambio, el abandono transitorio, debido a su naturaleza e intenciones de los hechos o motivos sociales que lo causan, es el que se realiza desasistiendo tanto física como moralmente a la niñez, el cual es realizado más de una vez dentro de un período estimable de tiempo; pero que aunque sean realizados por períodos de corta duración, la ejecución por sí, causa en iguales proporciones la carencia de los elementos y necesidades básicas que esa población requiere, generando con esa actitud situaciones sociales injustas para la niñez y la adolescencia.

Por último, se puede distinguir entre **abandono parcial y abandono total**, entendido al desprendimiento de todos los deberes de la autoridad parental con el niño, la niña o el adolescente; o bien, solo de una parte de ellos, mismos que se distinguen dependiendo

de la naturaleza, motivos y situaciones que se vean afectados en el desarrollo normal éstos; claro está, en lo que a abandono de la niñez se refiere desde la perspectiva de la desprotección por omisión de quien posee la autoridad parental sobre él o ella."

e) Sobre el Abandono Parcial.

[AGUILAR SANDÍ]⁵

"Finalmente, se distingue, desde el punto de vista de si se ha producido un desprendimiento de todos los deberes con el menor, o de sólo una parte de ellos, entre abandono total y abandono parcial. Esta distinción es negada por quienes siguen la Teoría Objetiva del Abandono, ya comentada, que exige la constatación fáctica del estado carencial del menor no suplido o remediado por terceros ni por uno de los progenitores, no así por los que siguen la Teoría Subjetiva del Abandono, que califica el abandono del menor desde la perspectiva del incumplimiento de los deberes del padre o la madre, aunque objetivamente el menor reciba de un tercero o del otro titular de la patria potestad, la atención requerida. Los primeros llamarían al abandono parcial, negligencia grave que aparece "cuando se cumplen insuficientemente los deberes que impone la patria potestad sin llegar a la abdicación total que importaría el abandono"⁶⁰. No obstante, lo importante es que tanto el abandono total como el abandono parcial o negligencia grave, producirían sus diversos efectos jurídicos e implicarían la puesta en ejecución de la maquinaria proteccional del Estado. Nosotros, al adherirnos a la Teoría Subjetiva, como criterio para ponderar el abandono reconocemos la distinción apuntada.

Las diversas categorías de abandono mencionadas, en la práctica, pueden aparecer combinadas dando origen a múltiples posibilidades de tipificación del estado de abandono. Contribuyendo a la oportuna diagnosticación del mismo."

2 NORMATIVA

a) Código Penal.

[ASAMBLEA LEGISLATIVA]⁶

Abandono por causa de honor.

ARTÍCULO 143.-

La madre que abandonare un recién nacido de no más de tres días, para ocultar su deshonor, será reprimida con prisión de un mes a un año. Si a consecuencia del abandono sobreviniere grave daño o la muerte, la pena será de prisión de uno a cuatro años.

Incumplimiento del deber alimentario.

ARTÍCULO 185.-

Se impondrá prisión de un mes a dos años o una multa igual a la mitad del salario mínimo establecido por la Ley No.7337, del 5 de mayo de 1993, al padre, adoptante, tutor o guardador de un menor de dieciocho años o de una persona que no pueda valerse por sí misma, que deliberadamente, mediando o no sentencia civil, omita prestar los medios indispensables de subsistencia a los que está obligado. El juez podrá aumentar esa pena hasta en el doble, considerando las condiciones personales del autor, sus posibilidades económicas, los efectos y gravedad de la acción.

La misma pena se les impondrá a los obligados a brindar alimentos.

La responsabilidad del autor no queda excluida por el hecho de que otras personas hayan proveído medios de subsistencia.

Igual pena se impondrá al hijo respecto de los padres desvalidos y al cónyuge respecto del otro cónyuge, separado o no, o divorciado cuando esté obligado, y al hermano respecto del hermano incapaz.

(Así reformado por el artículo 69 de la Ley sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad N° 7600 de 2 de mayo de 1996)

Incumplimiento agravado.

ARTÍCULO 186.-

el máximo de la pena prescrita en el artículo anterior se elevará un tercio cuando el autor, para eludir el cumplimiento de la obligación alimentaria, traspasare sus bienes a terceras personas, renunciare a su trabajo o empleare cualquier otro medio fraudulento.

Incumplimiento de deberes de asistencia.

ARTÍCULO 187.-

El que incumpliere o descuidare los deberes de protección, de cuidado y educación que le incumbieren con respecto a un menor de dieciocho años, de manera que éste se encuentre en situación de abandono material o moral, será reprimido con prisión de seis meses a un año o de veinte a sesenta días multa, y además con incapacidad para ejercer la Patria Potestad de seis meses a dos años. Al igual pena estará sujeto el cónyuge que no proteja y tenga en estado de abandono material a su otro cónyuge. En este caso y en los previstos por los artículos 185 y 186, quedará exento de pena el que pagare los alimentos debidos y diere seguridad razonable, a juicio del Juez, del ulterior cumplimiento de sus obligaciones.

b) Código de Familia.

[ASAMBLEA LEGISLATIVA]⁷

Declaratoria de abandono de personas menores de edad

ARTICULO 115.-

Competencia.

La declaratoria de abandono de una persona menor de edad sujeta a

patria potestad, se tramitará ante el Juez de Familia de la jurisdicción donde habita el menor, según el procedimiento señalado en los artículos subsiguientes. Las reglas del proceso sumario regulado en el Código Procesal Civil se aplicarán de modo supletorio, en lo que resulten pertinentes.

(Así reformado por el artículo 2 de ley No.7538 del 22 de agosto de 1995)

ARTICULO 116.-

Declaratoria en vía administrativa.

Siempre que no exista oposición de terceros, en vía administrativa, el PANI podrá declarar en estado de abandono al expósito y al menor huérfano de padre y madre que no esté sujeto a tutela. De existir oposición, la declaratoria deberá tramitarse en la vía judicial. En todo caso, la resolución administrativa definitiva, se elevará siempre en consulta ante el Juez de Familia, quien deberá resolver en un plazo no mayor de quince días, contados a partir del recibo del expediente administrativo.

(Así reformado por el artículo 2 de ley No.7538 del 22 de agosto de 1995)

ARTICULO 117.-

Legitimación para solicitar declaratoria de abandono.

Podrán solicitar la declaratoria de abandono de una persona menor de edad, el Patronato Nacional de la Infancia, o cualquier persona interesada en el depósito o la adopción de la persona menor de edad.

(Así reformado por el artículo 2 de ley No.7538 del 22 de agosto de 1995)

ARTICULO 118.-

Requisitos de la solicitud.

Toda solicitud deberá contener:

- a) Nombre, edad, nacionalidad, estado civil, profesión u oficio, domicilio y residencia habitual de los adoptantes, número de cédula o pasaporte, en caso de extranjeros, tanto del adoptante como del cónyuge cuando este deba dar su asentimiento.
- b) Nombre, edad, nacionalidad, domicilio y residencia habitual del adoptando.
- c) Nombre, estado civil, profesión u oficio y domicilio del padre y la madre consanguíneos, los depositarios judiciales o los tutores del adoptando.
- d) Descripción de los hechos que motivan o justifican la declaratoria de abandono, con indicación de la prueba pertinente y el fundamento de derecho.
- e) Lugar para recibir notificaciones.

(Así reformado por el artículo 2 de ley No.7538 del 22 de agosto de 1995)

ARTICULO 119.-

Personas menores de edad en riesgo social.

Si la solicitud se funda en una situación de riesgo social que haga apremiante el depósito del menor de edad, con una persona o en una institución adecuada, el solicitante podrá gestionar, junto con la solicitud de declaratoria de abandono, la presencia del Juez en el lugar donde se encuentre el menor de edad, para constatar los hechos y autorizar que el menor de edad se separe inmediatamente de su padre, su madre o sus guardadores. También deberá autorizar el depósito provisional.

En este caso, el Juez, presentada la solicitud ante el despacho judicial, dispondrá una comparecencia en el lugar señalado por el gestionante dentro de las veinticuatro horas siguientes. Asistirán el solicitante, el representante del Patronato Nacional de la Infancia y un trabajador social de esta Institución. De la comparecencia se levantará un acta y, en ella, el Juez podrá autorizar el traslado inmediato de la persona menor de edad para ser depositada temporalmente, mientras se resuelve el proceso.

(Así reformado por el artículo 2 de ley No.7538 del 22 de agosto de 1995)

ARTICULO 120.-

Partes en el proceso.

Se tendrá como parte en el proceso a quienes ejerzan la patria potestad o la tutela sobre la persona menor de edad. Si estas personas no pueden ser encontradas o si se trata de menores de edad huérfanos que no estén sujetos a tutela, el Juez nombrará a un curador ad-hoc para que asuma la representación de la persona menor de edad. En todo caso, se les avisará del inicio de las diligencias mediante una publicación en el Boletín Judicial.

(Así reformado por el artículo 2 de ley No.7538 del 22 de agosto de 1995)

ARTICULO 121.-

Audiencia a las partes.

Presentada en forma la solicitud, el Juez dará audiencia por cinco días a las partes interesadas para que se pronuncien sobre la solicitud y ofrezcan las pruebas de descargo, si es del caso.

(Así reformado por el artículo 2 de ley No.7538 del 22 de agosto de 1995)

ARTICULO 122.-

Oposición.

De existir oposición, el interesado podrá oponer, en el mismo escrito y dentro del término del emplazamiento, tanto excepciones previas como de fondo, ofreciendo la prueba correspondiente.

Solo son oponibles las siguientes excepciones:

- a) Falta de competencia.
- b) Falta de legitimación.
- c) Falta de capacidad o representación defectuosa.

d) Falta de derecho.

Las tres primeras se tramitarán como previas y el Juez las resolverá dentro de los tres días posteriores a que venza el término del emplazamiento.

(Así reformado por el artículo 2 de ley No.7538 del 22 de agosto de 1995)

ARTICULO 123.-

Audiencia oral y privada.

Vencido el término del emplazamiento y resueltas las excepciones previas, el Juez convocará a las partes a una audiencia oral y privada, que se realizará dentro de los ocho días siguientes. A la comparecencia podrán asistir los solicitantes de la declaratoria de abandono, los oponentes, los testigos y los peritos que se hayan ofrecido como prueba de los hechos y los representantes de la persona menor de edad y del PANI.

Asimismo, asistirá la persona menor de edad interesada, cuando el Juez considere que posee el discernimiento suficiente para comprender los alcances del acto. El Juez escuchará a las partes, evacuará los testimonios y los peritajes y oirá al menor de edad interesado, con el fin de indagar sobre su situación.

Recibida toda la prueba, el Juez dictará la sentencia correspondiente y de ser estimatoria, ordenará entregar al menor de edad al PANI para que proceda según lo dispuesto en el artículo 161 de este Código. En la misma resolución, podrá autorizarse el depósito de la persona menor de edad en una institución o con una persona idónea que se haya manifestado interesada en ello durante el proceso.

La sentencia se notificará por escrito, dentro de los cinco días posteriores a la comparecencia.

La comparecencia se realizará aun cuando no haya existido oposición o la parte demandada haya manifestado su conformidad.

(Así reformado por el artículo 2 de ley No.7538 del 22 de agosto de 1995)

ARTICULO 124.-

Recursos.

La parte que se muestre en desacuerdo con lo resuelto podrá apelar la sentencia, ante el superior, dentro de los tres días posteriores a su notificación por escrito.

Recibido el expediente, el superior citará a las partes a una comparecencia en un plazo máximo de cinco días, donde recibirá las pruebas ofrecidas por ellas. La resolución se dictará dentro de un plazo de cinco días, contados a partir de la comparecencia. Contra esta resolución no cabrá recurso alguno.

(Así reformado por el artículo 2 de ley No.7538 del 22 de agosto de 1995)

ARTICULO 160.-

Estado de abandono.

Se entenderá que la persona menor de edad se encuentra en estado de abandono cuando:

- a) Carezca de padre y madre conocidos.
- b) Sea huérfana de padre y madre y no se encuentre bajo tutela.
- c) Se halle en riesgo social debido a la insatisfacción de sus necesidades básicas, materiales, morales, jurídicas y psicoafectivas, a causa del descuido injustificado por parte de quienes ejercen legalmente los derechos y los deberes inherentes a la patria potestad.

La pobreza de la familia no constituye por sí misma motivo para declarar el estado de abandono.

(Así reformado por el artículo 3 de ley No.7538 del 22 de agosto de 1995. El artículo 2 de indicada ley No.7538 lo traspasó de 147 al 160)

ARTICULO 160 bis.-

La prestación alimentaria comprenderá también la educación, instrucción o capacitación para el trabajo de los alimentarios menores de edad, incapaces o que se encuentren en la situación prevista en el inciso 6) del artículo anterior. Asimismo, incluirá la atención de las necesidades para el normal desarrollo físico y síquico del beneficiario.

El alimentante de menores de doce años podrá solicitar semestralmente ante el juez respectivo, un examen médico que certifique el estado de salud físico y nutricional de los alimentarios. Este examen deberá ser practicado por un especialista de la Caja Costarricense de Seguro Social.

(Así adicionado por el artículo 66 de la Ley de Pensiones Alimentarias No.7654 de 19 de diciembre de 1996)

ARTICULO 161.-

Depósito de menores en estado de abandono.

Las personas menores de edad declaradas judicialmente en estado de abandono serán puestas bajo la custodia del PANI, que tendrá su representación legal. El PANI depositará, en una institución adecuada o con una persona o familia idóneas, a los menores cuyo padre y madre sólo han sido suspendidos en el ejercicio de la patria potestad. El depósito podrá gestionarse en el mismo expediente donde se tramita la declaratoria de abandono. En los demás casos, gestionará la adopción o promoverá la tutela de la persona menor de edad.

Cuando una persona interesada en la adopción haya gestionado la declaratoria de abandono y la consecuente pérdida de la patria potestad, podrá gestionar, en el mismo expediente, el depósito del menor de edad, mientras se concluyen los trámites de la adopción.

(Así reformado por el artículo 3 de ley No.7538 del 22 de agosto de 1995. El artículo 2 de indicada ley No.7538 lo traspasó de 148 al 161)

ARTICULO 162.-

Cuando quien tenga la patria potestad del menor estuviere

incapacitado para determinado o determinados negocios del mismo, se le nombrará al menor un representante legal para ese negocio.

(Así modificada su numeración por el artículo 2 de ley No.7538 del 22 de agosto de 1995, que lo traspasó de 149 al 162)

ARTICULO 163.-

Recuperación de la patria potestad.

Cuando haya cesado el motivo de la suspensión o de la incapacidad, el suspenso o el incapacitado recobrará los derechos de la patria potestad, mediante declaratoria expresa del Tribunal que lo rehabilite, siempre y cuando la persona menor de edad no haya sido declarada judicialmente en estado de abandono con fines de adopción.

(Así reformado por el artículo 3º de ley N° 7538 de 22 de agosto de 1995. El artículo 2º de la misma ley lo traspasó del 150 al 163)

3 JURISPRUDENCIA

Análisis del abandono de menor en cuanto al deber de dar tratamiento médico

[]

Resolución 561-F-93

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José, a las nueve horas cuarenta y cinco minutos del quince de octubre de mil novecientos noventa y tres.-

Recurso de casación interpuesto en la presente causa seguida contra José Luis Delgado Porras, mayor, casado, vecino de San Antonio de Pejibaye, cédula de identidad 1-509-078, y Audulina Sánchez Calvo, mayor, casada, vecina de San Antonio de Pejibaye, cédula de identidad 9-095-644, por el delito de Abandono Agravado de Incapaz, en perjuicio de D.E.D.S.- Intervienen en la decisión del recurso, los Magistrados, Daniel González Alvarez, Presidente, Jesús Ramírez Quirós, Mario Houed Vega, Rodrigo Castro Monge y Henry Issa El Khoury Jacob como Magistrado Suplente.- Se apersonaron en casación la licenciada Iris Valverde Usaga, en calidad de Defensora Pública de la sentenciada Sánchez Calvo y el Licenciado Jorge Alberto Chavarría Guzmán en representación del Ministerio Público.-

Resultando:

1.- Que mediante sentencia N148-92, dictada a las dieciséis horas treinta minutos del siete de setiembre de mil novecientos noventa y dos, el Tribunal Superior de Pérez Zeledón, resolvió: "POR TANTO: De conformidad con lo expuesto y artículos 1, 28, 33, 39, 41, 51 y 75 de la Constitución Política, 1, 31, 45, 50, 71 a 74, 90, 91 y 142 del Código Penal; 1, 392, 393, 399, 512 y 543 del Código Procesal Penal; 1, 2, 127, 128, 129 del Código de Familia; 4° aparte 1), 5° aparte 1), 12 aparte 1) y 3) y 19 de la Convención de Derechos Humanos; 3 y 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 6, aparte 1) y 2), 12 apartes 1) y 2), 24 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, se resolvió: Por mayoría declarar a los señores José Luis Delgado Porras y Obdulina Sánchez Calvo, co-autores responsables del delito de Abandono Agravado de Incapaz, cometido en perjuicio de D.E.D.S, imponiéndole por ello, la pena de seis años de prisión que deberá descontar con abono de la preventiva sufrida, en el lugar que determine el régimen carcelario. Se le condena así mismo al pago de las costas del proceso. Se recomienda la concesión del indulto total de la pena impuesta. Firme el fallo se comunicará al Juzgado de Ejecución de la Pena, Instituto Nacional de Criminología y Registro Judicial de Delincuentes. La Co-Juez Jara Murillo se aparta del criterio de mayoría y emite su voto, absolviendo a los imputados. Hágase Saber. Fs.LIC. MIGUEL A. LARIOS UGALDE PRESIDENTE. LICDA. MIRIAM ALVAREZ ROSS JUEZ SUPERIOR, LICDA. GABRIELA JARA MURILLO JUEZ SUPERIOR, MIGUEL A. GONZALEZ MORALES PRO-SRIO.-

2.- Que contra el anterior pronunciamiento, la defensora pública interpuso recurso de casación por aspectos de fondo. Reclama la impugnante que el fallo vulnera lo estipulado en el numeral 142 del Código Represivo, porque el ilícito que se endilga a su patrocinada no se configura en el tipo penal, dado que en la misma sentencia el Tribunal sentenciador destacó los cuidados que aquélla tuvo para con su hijo. Dice también que no se aplicaron los numerales 30, 31 y 34 del Código citado, porque no existió culpabilidad por parte de su defendida al no estar presente el elemento del dolo que se requiere para aquel delito. Alega por otra parte, que si bien la sentenciada tomó aquella determinación basada en la creencia religiosa de que Dios es el único médico infalible y que todo tratamiento terrenal, así como curar o quitar la vida, queda a su voluntad. Solicita se case la sentencia y se absuelva a su defendida de toda pena y responsabilidad en cuanto al delito de abandono agravado de incapaz.-

3.- Que verificada la deliberación respectiva de conformidad con lo dispuesto por el artículo 481 del Código de Procedimientos Penales, la Sala se planteó las cuestiones formuladas en el recurso.-

4.- Que en los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes.-

Redacta el Magistrado Houed Vega, y

Considerando:

I.- Primer motivo: En el primer planteamiento de su recurso por violación de la ley sustantiva, alega la defensora pública recurrente que la sentencia de mérito vulnera el artículo 142 del Código Penal, toda vez que del cuadro fáctico que se tuvo por demostrado no se configura el delito de Abandono agravado de incapaz por el que se condenó a su defendida. Para poyar su criterio afirma que los juzgadores más bien destacan que Obdulina Sánchez Calvo siempre dio cuidados materiales a D.E.(el niño fallecido), al cual brindaba todo cariño y amor, manteniéndolo con ropa limpia y aseado, lo cual desestima que lo hubiese dejado en desamparo conforme lo requiere el tipo penal de comentario. Sin embargo el reproche no puede admitirse, pues la sentencia constituye una unidad lógico jurídica que debe examinarse en su

contexto integral, y no a través de aspectos aislados o individuales que le hacen perder su estructura y sentido. En efecto, el tribunal estableció que la encartada (madre del menor) al igual que el padre de este último (el encartado José Luis Delgado Porras) debido a sus creencias religiosas no permitieron la intervención médica ni siguieron las recomendaciones sobre el estado de desnutrición en que aquél se encontraba, entre otros aspectos que involucran las circunstancias de abandono a que se refiere el ilícito investigado, por lo que debe denegarse este extremo del reclamo.

II.- Segundo Motivo: En la segunda parte del reclamo la impugnante demanda la falta de aplicación de los artículos 30, 31 y 34 del Código Penal en relación con los hechos tenidos por acreditados, pues dice que no hubo culpabilidad en la actuación desplegada por la encartada o sea que el dolo específico requerido en el delito no estuvo presente, por cuanto en "...ese marco, religioso y ético, totalmente apartado de la "normalidad social" y cultural del resto de la población, con valores tan fuertes y arraigados como esos,...no actuó con ningún grado de culpabilidad. Que no era exigible una conducta diversa a ella ni a los miembros de su grupo..." Este motivo de la impugnación debe ser declarado parcialmente con lugar; no obstante deben hacerse algunas precisiones indispensables para la correcta interpretación del problema jurídico sometido a conocimiento de la Sala cual es la alegada falta de culpabilidad o de reprochabilidad en el comportamiento antijurídico desplegado por la justiciable.

III. La naturaleza jurídica del reproche como inexigibilidad de otra conducta: Recientemente la Sala ha transformado la interpretación de su jurisprudencia sobre el tema de la culpabilidad, haciendo una exégesis de la estructura conceptual contenida en la Sección V del Código Penal, que bajo el epígrafe "Culpabilidad" trata una serie de problemas de teoría del delito totalmente diversos y que requieren un aplicación judicial que advierta sus distintas consecuencias. Es así como el Voto V-446-F de las quince horas cuarenta minutos del veinticinco de setiembre de mil novecientos noventa y dos, estableció los límites dentro de los cuales debe ser examinado el problema del dolo y del reproche para concluir que la voluntad legislativa orienta hacia el desarrollo de un concepto de culpabilidad plenamente separado de la cuestión de la voluntad realizadora del tipo penal. Así, no es posible alegar la falta de dolo, por ejemplo, en un problema de culpabilidad, pues, tal y como quedó expuesto en el fallo antes

referido, dicha problemática (la del dolo) quedó reservada exclusivamente para su análisis dentro del juicio de tipicidad y sometida a las reglas de interpretación que pertenecen a dicha etapa de la actividad judicial. Resulta incorrecto, entonces, alegar inexistencia de dolo en el actuar de los acusados, en concreto, de la señora Sánchez Calvo. En esencia, y partiendo de lo dicho, el análisis de culpabilidad, se concreta a la tarea judicial de reprochar el injusto al autor, esto es, de proceder a investigar la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y de la capacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión. El injusto sigue conservando sus características de ser una conducta que es típica y antijurídica; por ende, si el tipo realizado es doloso, la conducta permanece dolosa en el juicio de reproche. Por la misma razón, para un correcto examen de la culpabilidad, lo que sí interesa al juez es el examen de los extremos que permiten entender que el sujeto ha actuado conforme a un ámbito de libertad y de interiorización de la pauta normativa en la esfera paralela del lego. Esta tarea de "interiorizar" consiste en conocer la pauta normativa y, además, introducirla en el contexto general de las valoraciones personales que inspiran el comportamiento del sujeto en sociedad. De lo anterior resulta que si el autor de un hecho típico y antijurídico (un injusto) ha realizado la conducta pero carece totalmente de la comprensión del carácter ilícito del hecho (primer nivel del juicio de culpabilidad según el artículo 42 del Código Penal) por alguna razón que bien puede ser psicopatológicamente inducida, o culturalmente condicionada, no se le puede reprochar la conducta típica y antijurídica que ha realizado y por ende no es posible imponer una pena. El principio de legalidad criminal contenido en el artículo primero del Código Penal y ya recogido constitucionalmente en el artículo 39, establecen el principio de "nulla poena sine culpa". En virtud de este último el reproche personal de una conducta se hace en razón de que la persona no ha respondido a los deberes impuestos por las prohibiciones y mandatos del Derecho a pesar de haber podido hacerlo. La reacción penal, pues, no brota meramente de la antijuridicidad de la conducta, sino también de que siendo exigible una conducta distinta el sujeto no ha respondido al mandato jurídico. Es este el contenido del examen jurídico del reproche y es un correlato singular y esencial de la protección hecha por nuestra Carta Fundamental de 1949 a la dignidad humana. Existen aspectos que reducen o excluyen del todo la exigibilidad de esta conducta conforme al Derecho. El artículo 42 del Código Penal establece dos niveles clarísimos para determinar la capacidad de culpabilidad. El legislador al describir estos niveles escogió la fórmula en boga a finales de los años setenta y que respondía a intereses

político-criminales más cercanos a una vocación garantista del derecho penal. Dispone el artículo 42 ya citado que es "inimputable" el sujeto que "...en el momento de la acción u omisión no posea la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión..." Esa "o" es excluyente lo que significa que en realidad se está hablando de dos niveles y, de ahí que pueden existir hipótesis donde el sujeto haya podido tener capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho pero no así haya podido determinarse de acuerdo con lo que ha comprendido y, viceversa. Es el análisis de estas hipótesis lo que preocupa al legislador cuando, a título meramente ejemplificativo, procede a indicar que la enfermedad mental, la grave perturbación de la conciencia (provocada o no) por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o sustancias enervantes, pueden incidir en ambos niveles del análisis del reproche. Todas las causas de exclusión del reproche (también llamadas causas de inculpabilidad) son supuestos de inexigibilidad de otra conducta y esa es su verdadera naturaleza jurídica. Cuando un juez encuentra que no puede imponer una pena porque el sujeto, por ejemplo, ha actuado bajo un supuesto de coacción o de miedo insuperable que le ha coartado su capacidad de autodeterminarse conforme a su comprensión de lo ilícito, debe concluirse que no se trata de justificación de la conducta del inculpable sino que simplemente no existe fundamento para el reproche jurídico penal. Las causas de inculpabilidad no son causas que eliminan la antijuridicidad de la conducta; su razón de ser jurídico-penal es simplemente reducir o hacer desaparecer el reproche personal del injusto.

IV.- El problema jurídico de culpabilidad planteado en la especie: En este segundo motivo del recurso de casación se alega que la pertenencia de la imputada al grupo religioso "Hijos de Dios" la llevó a interiorizar una "ideología religiosa" basada en la creencia que Dios es el "único médico eterno e infalible", cuya voluntad es inalterable y en cuyo poder está el sanar a alguien o quitarle la vida. Dentro de esa tesitura todo tratamiento médico terrenal queda supeditado a aquella voluntad eterna y suprema y por ello los acusados acudieron a Dios, y no al médico terrenal, para que si era su voluntad salvar al niño éste se curara de su enfermedad, o, por el contrario, le quitara la vida "salvando su alma inmortal". Sin embargo, como se aprecia de la misma alegación de la defensora se nota que incluso ella reconoce que la señora Obdulina Sánchez "...voluntariamente omitió la asistencia médica al menor por ser contraria a sus convicciones religiosas (folio 107 vuelto), en otras palabras que el dolo concreto de abandono de

incapaz se configuró con la conducta de los acusados. Siendo un delito de omisión propia (al tener una situación típica claramente establecida) los aquí acusados realizaron un injusto que les debe ser reprochado. El señor Fiscal Segundo de Juicio también coincide con esta interpretación del cuadro fáctico cuando considera que una predisposición de carácter religioso no afecta el dolo en cuanto conocimiento y voluntad realizadora del tipo penal (folio 113 vuelto). De aquí se desprende que el alegato de la defensa parte de una base falsa, esto es que el contenido de la culpabilidad lo es el dolo del tipo, y es una base falsa, porque el punto de vista planteado en realidad pretende exponer que la vivencia de la acusada dentro de un contexto inspirado en valores religiosos tan extremos solo puede afectar la capacidad de comprender la pauta normativa y, por ende, la comprensión exigida por nuestra legislación penal para justificar la pena a imponer. Debe subrayarse, una vez más, que la justificación de la pena, desde la perspectiva de la legislación penal costarricense, solo puede hacerse mediante la imposición de la misma con un juicio de culpabilidad. No basta para este último juicio comprobar que se ha realizado una conducta típica y antijurídica (injusto) pues es necesario verificar los dos componentes del reproche contenidos en el artículo 42 del Código Penal. En el Voto No. 446-F de 1992 esta Sala insistió que en casos como el presente, donde existe un enfrentamiento entre los valores culturales de un grupo dominante sobre los de una minoría, es posible encontrar abundantes criterios para que un juicio de reproche concluya en una necesaria reducción de la pena a imponer. La regla general consiste en que a mayor esfuerzo tenga que hacer un ciudadano para introyectar o interiorizar una pauta normativa, menor debe ser el reproche penal. La culpabilidad en nuestro sistema normativo es completamente graduable y las reglas de esta graduación no son otras más que las mismas que brotan del caso concreto, de las circunstancias culturales y sociales que rodean al sujeto activo, así como también de las circunstancias que influyeron en el hecho investigado. El artículo 71 del Código Penal viene a confirmar que este ejercicio judicial consiste en la observación y aquilatamiento de una serie de elementos y circunstancias que inciden en el autor para realizar el hecho punible. Dentro de estas últimas se encuentran claramente incluidas todas aquellas que llevan al autor a un determinado comportamiento conforme a sus creencias, sus pautas de conducta y su visión integral comunitaria; otra no puede ser la perspectiva cuando se estudia este problema desde la óptica de una garantía constitucional de respeto a la dignidad humana en la reacción penal. El Derecho Penal debe reconocer una esfera de una autonomía ética, no para justificar hechos que contradicen los valores éticos sociales de

la comunidad, sino para atender a la forma, contenido y calidad de la interiorización de la pauta normativa en una determinada persona y de allí al reproche en la forma de pena que le va ser impuesto. El juicio de reproche no puede ser igual para todos los hombres y por ello el juez debe tener especial cuidado en tener en cuenta que las singularidades personales pueden afectar la interiorización de las pautas de conducta. Esto último no significa, en modo alguno, que el Derecho Penal se desaplique para el caso concreto afectando la seguridad jurídica. Significa, y esto desde la misma óptica constitucional, que la seguridad jurídica se mantiene reconociendo que el injusto es personal y, de allí, su reproche debe responder a un análisis de esa persona que ha contravenido el Orden Jurídico. El primer nivel de análisis de la culpabilidad (el de la comprensión), establecido en el artículo 42 del Código Penal, puede afectarse por problemas de inimputabilidad (causas psicopatológicas que incidan en la capacidad de interiorizar la pauta normativa) y también por errores sobre la prohibición (directos e indirectos) que hagan que el sujeto piense que el hecho que realiza no está sujeto a pena. El voto 446-F de 1992 señaló con claridad la pertinencia legislativa de esta clasificación de problemas y concluyó que inclusive el legislador (tal y como queda expuesto en la misma exposición de motivos del Código de manera clara e indubitable) había aceptado que nuestra legislación sustantiva reconoce la posibilidad de declarar en un caso concreto la existencia de errores de comprensión culturalmente condicionados.

V.- El error de comprensión culturalmente condicionado: Resulta indudable que el problema que fue sometido a conocimiento del tribunal a quo fue sumamente arduo. Lo que en realidad se terminó por dilucidar no fue otra cosa más que el comportamiento de los progenitores del menor ofendido de no procurar atención médica para él y asegurar de esa manera una eficaz ayuda para evitar el cuadro de salud que terminó por quitarle la vida. Expuestas de ese modo las cosas no resulta justificable, y así lo considera esta Sala, que con la base en ninguna creencia religiosa, se permita que una persona muera por considerar que los tratamientos médicos contradicen la voluntad de Dios. Sin embargo, y como quedó expuesto en el anterior considerando, el problema jurídico sometido a conocimiento de la Sala no es ni la presunta atipicidad de la conducta o de la ausencia de antijuridicidad, sino que correctamente examinado el reclamo lo que se pretende es establecer que el Tribunal de mérito no realizó adecuadamente el juicio de reproche tomando en cuenta los elementos exigidos para ello por el Código vigente. En relación con estos elementos,

resulta indispensable iniciar el examen de este problema, indicando que en la especie concurren todos los elementos propios de un error vencible (artículo 35 del Código Penal). Este error afecta la comprensión de la antijuridicidad y, de allí, la interiorización del carácter ilícito del hecho. Cuando este error es invencible siempre impide la comprensión de la antijuridicidad, pero también impide esta comprensión ya sea porque afecta el conocimiento; o, en otros casos, dicho conocimiento existe pero no puede exigirse la comprensión de la antijuridicidad; entendida esta última como un interiorizar, un "hacer suya" la pauta normativa. En el caso concreto estima la Sala que existía conocimiento de la ilicitud, máxime como lo tiene probado el a quo, cuando los acusados fueron anteriormente creyentes de la fe católica. Desde esa perspectiva lo que puede resultar afectado es, indudablemente, la comprensión de la antijuridicidad. El error de comprensión funciona en aquellos casos, como el presente, donde el sujeto que actúa le es posible conocer que su conducta está prohibida y que carece de permisos, pero, a pesar de eso, no le es exigible la internalización de ese conocimiento. Desde este punto de vista, el error de comprensión es una forma de error de prohibición. Este error puede ser "culturalmente condicionado" cuando el sujeto que actúa pertenece a una cultura diferente a la del grupo que genera la norma, ha interiorizado valores y pautas diferentes a las de aquel grupo, y a pesar de que le es exigible conocerlos no podemos pedirle que las interiorice, que las haga suyas. Por supuesto que éste es, en primer lugar, un problema de prueba, y también de valoración judicial de una serie de factores como lo son la educación formal del sujeto, el tipo de legislación que ha de ser conocida (en cuanto a la oscuridad de su descripción), el grupo cultural al que pertenece, el grado de conocimiento (antropológico y sociológico) acumulado en relación con las pautas de conducta y a los valores de ese grupo, etc.; todos estos aspectos vuelven a subrayar la necesidad de establecer el "concepto" de culpabilidad como un concepto altamente graduable, referido a las condiciones personales del sujeto que realizó el injusto. El voto de mayoría del Tribunal a quo concluyó que la muerte se produjo por una bronconeumonía cuyo proceso se vio acelerado por la profunda desnutrición que presentaba el niño. La relación típica se produjo al existir una omisión de los padres de proveer el tratamiento médico necesario para permitir salvar la vida al infante (folio 97 frente). Según lo establecido por la sentencia, un padecimiento de bronconeumonía no podía curarse sin auxilio médico, y si este auxilio no se prestó, en modo alguno podía justificarse por tener un culto religioso distinto, ya que como la misma sentencia lo indica la Constitución Política protege la libertad de cultos pero siempre y cuando dichos cultos no se

opongan a la moral universal y a las buenas costumbres. De manera que la incidencia del culto religioso distinto se analiza en el nivel de interiorización de la pauta normativa. Existe prueba suficiente, valorada por el a quo directamente, que establece sin lugar a dudas, que, a pesar de ser la imputada creyente de la fe católica años antes de convertirse al nuevo credo, ésta por su educación formal precaria y por la situación de relativo aislamiento que tenía la comunidad a la que pertenecía era posible que se construyera para sí misma una interiorización de valores religiosos extremos y distintos a los de la colectividad que pudieron incidir en la decisión que al final tomó contra el menor. En este sentido, la sentencia se equivoca al establecer que un fallo que aplique un criterio como el solicitado por la fiscalía sería "...un funesto precedente" (folio 102 frente) ya que analizar para el caso concreto la concurrencia de un error vencible de comprensión es, específicamente, el reconocimiento de una serie de circunstancias personales del agente que lo llevaron a la comisión del hecho. La sanción tiene en esta sede una función preventiva general y especial; el primero de los objetivos se satisface con la imposición de la pena ya que advierte a la comunidad que este tipo de hechos tienen una reacción por parte del Estado, pero el fin de prevención especial no se satisface con la mera condena en cuanto sanción ante un hecho sino, antes bien, como una respuesta del Estado que ha examinado las circunstancias concretas del caso que motivaron el hecho punible o que pudieron afectar la interiorización de las pautas normativas. No podemos exigirle a la acusada que interiorice estos valores cuando está de por medio un cálculo de los posibles peligros del alma inmortal de su hijo frente a las imposiciones de la Ley terrenal, esto no es desaplicar para el caso concreto la ley estatal, todo lo contrario, es tomar atención que la acusada estaba haciendo una medición del enfrentamiento de bienes jurídicos que le impedía una correcta apreciación de la pauta normativa, así las cosas, aunque su error era claramente vencible por su situación particular (haber sido católica antes), también no puede pasar desapercibido para nosotros que la señora Sánchez estaba tomando en cuenta las circunstancias de una nueva creencia religiosa con la que estaba comprometida, no solo por una convicción personal que quedó patente en las incidencias del proceso, sino también al comprobar lo que dijo el líder religioso y el resto de los testigos sobre el particular. Este "pastor" o "líder" explicó claramente que la pareja había actuado conforme a la pauta normativa que venía "directamente" de Dios y, por ello no podían temer nada. Esto último hace ver a esta Sala que el culto dicho no es una simple "conciencia disidente" que nunca va a impedir la aplicación de una ley penal, sino que más que eso es un credo, una pauta normativa

diversa, una interiorización distinta que ha afectado la comprensión del carácter ilícito del hecho que exige nuestra ley penal para poder imponer una pena.

VI.- Por encontrarse el sentenciado Delgado Porras, padre del menor fallecido, en las mismas condiciones y circunstancias que su esposa, la imputada Sánchez Calvo, es de rigor aplicar el efecto extensivo a que se refiere el artículo 455 del Código Procesal Penal, y en consecuencia se resuelve en su favor en todos los alcances de lo aquí dispuesto con relación a la segunda.-

VII.- Sanción aplicable: En virtud de lo anterior, y aplicando correctamente la ley sustantiva, debe declararse la existencia de un error de comprensión de parte de los imputados José Luis Delgado Porras y Obdulina Sánchez Calvo, conforme lo dispone el artículo 35 del Código Penal. Siendo éste superable o vencible, cabe observar las reglas de dosificación penal que señala el artículo 79 ibid y reducir al mínimo de la pena establecida en el tipo penal de Abandono Agravado de Incapaz que es de seis años, a tres años, que los condenados deberán descontar, previo abono de la preventiva que hubiesen sufrido, en el lugar y forma que determinen las leyes vigentes. Lo anterior por tomarse en consideración que se trata de delincuentes primarios, además de ser personas jóvenes, padres de otro menor (de meses de edad) y que el delito que cometieron fue producto de la inducción derivada de sus condiciones personales de analfabetismo y aislamiento social y demográfico en el que se encontraban.

VIII.- Condena de Ejecución Condicional: Por reunir los requisitos a que se refieren los artículos 59 y siguientes del Código de la materia, se concede a los convictos el beneficio de la Condena de Ejecución Condicional por un período de prueba de CINCO AÑOS, durante los cuales no podrán cometer nuevo delito doloso sancionado con prisión mayor de seis meses, bajo pena de que si lo hicieren se les revocará este beneficio. Asimismo y con similares advertencias, se les hace saber que deberán cumplir las siguientes pautas: garantizar las condiciones físicas y mentales del hijo menor que tienen a su cargo, para lo cual es indispensable que se le brinde tratamiento médico adecuado al igual que una formación educativa que permita su normal desarrollo psico-social. De todo ello el tribunal sentenciador llevará un control riguroso, debiendo los sentenciados reportarse cada tres meses con ese fin, apercibidos de que si no comprueban a satisfacción de aquél que están cumpliendo con lo aquí dispuesto, les será revocado ese

beneficio.

Por Tanto:

Se declara parcialmente con lugar el recurso de casación por el fondo. En consecuencia se casa la sentencia en cuanto estableció la pena de los condenados en seis años de prisión por el delito de Abandono Agravado de Incapaz; y en aplicación de los artículos 35 y 79 del Código Penal se fija la sanción impuesta en Tres años de prisión que deberán descontar aquéllos en el lugar que establezcan las disposiciones penitenciarias en vigencia, por haber sido cometido el ilícito por error vencible de prohibición. De oficio se le concede a los imputados el beneficio de condena de ejecución condicional por un período de prueba de cinco años, bajo las condiciones señaladas en los considerandos de este fallo, cuyo cumplimiento deberá vigilar el tribunal en la forma que se indicó. El Tribunal hará las advertencias a los sentenciados.

a) Deber de las instituciones de efectivizar el derecho a la vida familiar como garantía en favor de los menores de su permanencia al lado de los padres

[TRIBUNAL DE FAMILIA]⁸

VOTO No. 46-04

TRIBUNAL DE FAMILIA.- San José, a las nueve horas treinta minutos del veintidós de enero del año dos mil cuatro .-

Proceso Especial Declaratoria Judicial de Abandono de la persona menor J . A . R . C . , establecida por el PATRONATO NACIONAL DE LA INFANCIA , por medio de su representante Legal Licenciada Patricia Mesén Arroyo, mayor, soltera, abogada, con cédula número uno-seiscientos cincuenta y dos-quinientos cuarenta y dos, vecina de Santiago de Puriscal, contra INGRID RUIZ CASTILLO , mayor, soltera, ama de casa, con cédula número uno-mil ciento sesenta y cinco-ochocientos cincuenta y cuatro, vecina de Morado de Tabarcia.-

RESULTANDO:

1.- Solicita el Patronato Nacional de la Infancia en su demanda:

a) La declaratoria judicial de abandono con pérdida de patria potestad con fines de adopción del menor J. A. R. C., dándose por terminada la patria potestad de la señora Ingrid Ruiz Castillo; b) La ratificación del depósito que se solicita como medida cautelar; c) La anotación de dicha sentencia al margen del asiento de inscripción del menor. Funda sus pretensiones en los siguientes hechos: 1) que el menor J. A. R. C., es hijo de Ingrid Ruiz Castillo, y así aparece inscrito en el Registro Civil, Sección nacimientos de la Provincia de San José, según certificación de nacimiento expedida por el Registro Civil, que adjunta. 2) Que el caso del menor J. A. R. C., se inicia desde el veintiocho de junio del dos mil dado que en el Hospital San Juan de Dios, refiere a esta Oficina Local informe social acerca de la situación de la madre del niño Ingrid Ruiz Castillo, el cual también refiere la situación del niño para que se valore la condición de riesgo del menor por ser hijo de madre adolescente con una gesta anterior quien se presume rechaza el bebé. Además indica en el estudio específicamente en el diagnóstico social: "...Niño en riesgo social por ambivalencia de la madre para asumir su rol materno y redes significativas que se presumen inestables para brindar el apoyo requerido a la adolescencia...". 3) Que debido a la referencia del Hospital San Juan de Dios, de parte del departamento de trabajo social, se dicta medida de protección de abrigo temporal a favor del menor J. A., el día veintiocho de junio del dos mil, el niño permanece dos meses en el Albergue egresando al lado de su madre y la abuela materna, quien le ofreció su apoyo. 4) Que después de que se ubica al niño y durante los seis meses de seguimiento, la madre recibió el acompañamiento-tratamiento de parte de ésta oficina, se abordó con ella su condición de madre adolescente (segunda gesta), aceptación, responsabilidad, toma de decisiones, motivación para el estudio y mantenimiento de la red familiar. El tratamiento se brindó a través de sesiones en la oficina y de visitas al hogar, mientras se mantuvo, no se conoció ninguna situación de riesgo para el niño y la conflictiva familiar mantuvo los altibajos esperados (discusiones con hermanos y con la madre). 5) Que poco tiempo después de concluir con el tratamiento de la oficina, empezó la indisposición de la abuela quien manifiesta constantemente que Ingrid sale de su casa por las noches regresando en la madrugada, que andaba con diferentes hombres. La madre de Ingrid se había comprometido a brindarle apoyo a su hija siempre y cuando acatara los límites establecidos en la casa, siendo que las salidas nocturnas no eran aceptadas por la madre, razón por la que ella no cuidaba al niño y cuando Ingrid salía, doña Yolanda también lo hacía, llevándose consigo a Keilyn, no así a J. A. 6) Que la joven Ingrid siempre ha vivido con su madre señora Yolanda Ruiz

Castillo, con quien mantiene en la actualidad serios conflictos, pues ambas manifiestan ser agredidas por la otra, lo que las ha inducido a plantear denuncias judiciales, incluso se encuentra un legajo de investigación número 01-2000208-278 PE CI. 389-01 contra Ingrid Ruiz Castillo en perjuicio de J. A. R. C. Los conflictos en las relaciones interpersonales no se dan únicamente con la madre, sino que se extienden a los hermanos, quienes también interfieren y expresan que existen amenazas y golpes entre ellos. Tanto la niña como el niño, han sido partícipes de estas discusiones, considerándose más afectado a J. A., que pareciera no ser aceptado, pues tanto tíos como la abuela expresan que éste no debe regresar a la casa, pues ninguno de ellos estaría dispuesto a velar por sus necesidades y dicen que la madre "no es capaz de hacer". 7) Que la señora Ingrid durante el presente año estuvo asistiendo al Colegio Técnico Agropecuario, donde cursaba el décimo año, K. su hija mayor era cuidada por su abuela o una vecina y J. A. por otra persona, también de la comunidad, le pagaba por sus cuidados durante los primeros meses. Ingrid al volver al colegio recogía el niño y lo llevaba a la casa, sin embargo al pasar el tiempo, J. A. pasaba durante toda la semana con la señora y lo llevaba a casa el fin de semana. 8) Que la Delegación de Tabarcia de Mora, envía denuncia a esta oficina como también los vecinos de la comunidad, se presenta denuncia en relación a que la madre del niño lo deja solo por las noches para salir a divertirse, además que no le atiende en sus necesidades diarias, en cuanto a esto, también se presenta parte policial, confirmando que J. A., en horas de la noche del día veintinueve de abril se "...encontraba solo en su casa de habitación en un cuarto oscuro, estaba llorando, orinado, vomitado y defecado..."- 9) Que ante el inminente riesgo en que se encontraba el niño, se procedió a dictar medida de protección a su favor, y se ingresa al menor en el albergue y nuevamente se le brinda tratamiento a la madre con la expectativa de que asumiera al niño, si se daban cambios positivos, superándose así la condición de riesgo, que prácticamente existió desde su nacimiento, pues durante su primer año de vida ha estado en dos ocasiones en alternativas de protección. El nuevo tratamiento se le brindó a nivel psico-social, el mismo no fue constante dado que la señora Ingrid asistió en forma irregular a las citas y se presentaba a la oficina en momentos diferentes o llamaba por teléfono. Se propició el acercamiento entre la madre y el hijo, sin embargo, las visitas al Hogar Cuna tampoco fueron constantes, llegando a ausentarse por períodos de dos meses. 10) Que el informe social realizado por la Licenciada Lorena Durán Víquez recomienda que se declare el estado de abandono de J. A. de parte de su madre.-

2.- Que notificada de las presentes diligencias la accionada, con

escrito que conforma los folios 90 y 97, contestó la acción incoada en su contra, esgrimiendo las excepciones de Incompetencia y Falta de Derecho.-

3.-La Licenciada Ana Isabel Fallas Aguilar, Jueza del Juzgado de Familia de Puriscal por sentencia de las doce horas del veintiséis de mayo del año dos mil tres, resolvió: "POR TANTO: Razones dadas, leyes y normativas nacional e internacional citadas, artículos 99, 155, 222, 432, 434 del Código Procesal Civil, 115 a 124, y 158 del Código de Familia, se rechaza la excepción de Falta de Derecho, planteada por la demandada, y SE DECLARA CON LUGAR el presente PROCESO SUMARIO DE DECLARATORIA DE ABANDONO CON PERDIDA DE PATRIA POTESTAD DEL MENOR J. A. R. C. establecido por el PATRONATO NACIONAL DE LA INFANCIA contra INGRID RUIZ CASTILLO estableciéndose lo siguiente: a) Se declara en Estado de Abandono al menor J. A. R. C. y por consiguiente la señora INGRID RUIZ CASTILLO pierde el derecho a ejercer la Patria Potestad sobre éste menor hijo. b) Se deposita provisionalmente a J. A. R. C. en el Hogar Cuna, del Patronato Nacional de la Infancia, con fines de adopción. c) Que una vez firme esta resolución inscribábase en el Registro de Nacimientos de la Provincia de San José, al tomo mil setecientos ochenta y dos, folio catorce, asiento veintisiete. Se resuelve este asunto sin especial condenatoria en costas. NOTIFIQUESE."-

4.- Conoce este Tribunal del presente proceso en virtud del recurso de apelación interpuesto por la demanda contra la referida sentencia. Esta sentencia se dicta dentro del plazo de Ley.-

Redacta la Jueza TREJOS ZAMORA; y,
CONSIDERANDO:

I.- Por tener sustento en los elementos probatorios constantes en autos, se aprueba el elenco de hechos probados que contiene la sentencia recurrida y se agregan: M) Que la madre ha sido constante en las visitas al niño, dándose una relación afectiva con el crecimiento del vínculo entre la progenitora y J. A., siendo que la madre ha dado muestras de superación mediante el estudio, obtención de vivienda y estabilidad con su pareja actual, (declaración testimonial de Yorleni Rebeca Jiménez Rojas, Manuel Antonio Artavia Mata y Juan Carlos González Artavia, acta de comparecencia en este Tribunal de folios 283 a 292 y constancia de folio 315) N) Que por sentencia No. 1147-2003 dictada por el Tribunal Penal del primer Circuito Judicial de San José, a las dieciséis horas del dos de octubre del dos mil tres, se absuelve

de toda pena y responsabilidad a Ingrid Ruiz Castillo por el delito de abandono de incapaz que se le atribuyó, (copias certificadas de folios 293 a 310)

II.- La progenitora demandada impugna la sentencia de primera instancia, argumentando que no se cumplen en la especie, los presupuestos del artículo 160 del Código de Familia, en tanto, la intervención estatal que se diera por parte del Patronato Nacional de la Infancia, fue motivada por la persecución de su madre, quien en todo momento ha rechazado a su hijo J. A., dado que es concebido siendo ella adolescente y cuando ya tenía su otra hija K., no obstante insiste en que nunca ha incurrido en conductas que justifiquen a su entender la declaratoria de abandono, más por el contrario, ha luchado por la recuperación de su niño, para lo cual ha estado procurando su superación personal y el acercamiento permanente con J. A. en el hogar institucional.

III.- El Código de Niñez y Adolescencia, consagra en el capítulo tercero el DERECHO A LA VIDA FAMILIAR, siendo que impone como deberes a los padres de familia el velar por el desarrollo físico, intelectual, moral espiritual y social de las personas menores de edad. Igualmente, en concordancia con los principios contenidos en la Convención de los Derechos del Niño, atribuye en favor de estas personas menores la garantía de crecer y desarrollarse en el hogar y ser cuidados por quienes los han procreado. Es decir, solamente en casos de situaciones calificadas, es que, podría recurrirse a la separación de los hijos con respecto de sus padres dado que, como se indicó, el principio que se debe efectivizar como garantía en favor de las personas menores de edad, es la permanencia de estos y estas pequeñas al lado de sus progenitores. Ahora bien, cuando estos deberes inherentes a los padres y madres de familia, no se cumplen adecuadamente, el Estado tiene la obligación de proteger a los niños y niñas a través del Patronato Nacional de la Infancia (artículo 55 Constitucional) y la Institución encargada a su vez, velando por la protección de los intereses de las personas menores de edad, acude ante el Juez competente en procura de la decisión que permita a los niños, niñas y adolescentes, desenvolverse en un ambiente de paz y armonía conforme es su derecho y acorde con el interés superior que debe prevalecer en favor de esta población. Al respecto, es deber de los entes responsables, según la legislación vigente sobre Niñez y Adolescencia, realizar todos los esfuerzos pertinentes a efecto de que sean los propios familiares de estos pequeños y pequeñas, quienes los asuman en lo posible y conveniente, a fin de que dar cumplimiento al derecho a desarrollarse dentro de un ambiente familiar y sólo excepcionalmente en los casos previstos en la normativa, recurrir

a otros recursos ajenos a las personas menores de edad y en última instancia, sea, agotados todos los recursos familiares, acudiendo a la institucionalización.

IV.- La juzgadora de primera instancia, acoge la declaratoria de abandono en sede judicial que promueve el Patronato Nacional de la Infancia en contra de la progenitora Ingrid Ruiz Castillo, tomando en consideración los hechos que fundamentaron la demanda en el momento del ingreso del niño en un albergue de la Institución, sea, en junio del dos mil uno. Del estudio del expediente se concluye fácilmente la lucha constante de una joven madre en la recuperación de su hijo. Tal convicción queda constatada con la oposición en el proceso, allegando prueba pertinente y sobre todo esforzándose por demostrar que las condiciones generadoras de la intervención estatal han cambiado sustancialmente, siendo que hoy día cuenta con mayor estabilidad en todos los niveles. La madre aduce y en el proceso se comprueba que, producto de una relación disfuncional con su familia, en particular con su madre, ha estado inmersa en una serie de denuncias ante la Institución protectora de la niñez y adolescencia en nuestro medio, en la audiencia realizada al efecto en primera instancia, señaló que su madre rechaza su segundo embarazo sea, el de J. A. Aún así y ello quedó constatado se preocupó por buscar apoyo en otras personas que le ayudaran en el cuidado de su hijo mientras realizaba estudios de secundaria, sin embargo su propia madre doña Yolanda, en constante intervención, desestabiliza este empeño y con ello, ubica las condiciones necesarias para que el ente actor ordenara la institucionalización del bebé en aquella época. (Véase declaración testimonial de doña Flor Hernández Serrano, folios 118 v-119 f) No obstante, lo más importante en todo el panorama es la persistencia que ha mantenido la madre demandada en mantener el vínculo con su hijo durante este período, pese a los obstáculos que se le han presentado. Por lo demás, cabe indicar que en autos se demuestra fehacientemente el cambio de actitud de la madre, sus deseos de superación, pues ahora estudia, trabaja y conforma un nuevo hogar con el padre de su primera hija, relación que quizá no sea la mejor alternativa, pero que de alguna manera representa apoyo en el proyecto de vida que se ha propuesto la accionada Ruiz Castillo.

IV.- En el análisis de la resolución recurrida, resulta impropio que la juzgadora a quo, sopesara en mayor grado las probanzas aportadas por la entidad actora con la finalidad ya conocida de mantener a toda costa la institucionalización, máxime si se trata como en este caso de niños de corta edad, candidatos a una adopción. Lo anterior resulta inexplicable y se desprende tal conclusión de la ausencia del estudio comparativo que se da por

ejemplo entre los dos informes sociales que se admiten en el proceso como prueba documental, puesto que se hace referencia únicamente al que resulta negativo para la progenitora demandada con el fin de justificar la decisión, pero se ignora totalmente el informe social de abril del año pasado, sea el más actualizado, (folio 191 a 229) que detalla, los cambios positivos habidos en las condiciones de la madre y el que, a pesar de que se refiere a otro proceso, da cuenta del problema de fondo en casos como estos, donde encontramos a la madre invasiva por excelencia, como es la señora Yolanda, abuela materna del niño, quien es la que provoca toda esta serie de acciones judiciales en contra de Ingrid, jamás buscando la protección de su nieto, como se esperaría, puesto que tampoco se ofreció como recurso familiar a fin de evitar el ingreso de J. A. en el albergue institucional lo que hace evidente el rechazo hacia el niño y la persecución en contra de su hija..

V.- Efectivamente, en la especie no se cumplen los presupuestos de abandono para dar cabida a una demanda en este sentido. Lo que la madre demandada requiere es el apoyo constante de las entidades encargadas, en particular la Institución actora, para orientar esta problemática familiar y por supuesto la ayuda necesaria para que Ingrid pueda ser cada día mejor madre. Lo anterior obviamente no puede implicar en todos los casos la separación entre madres e hijos, más por el contrario, se ha demostrado en la práctica que lo más provechoso y el cumplimiento efectivo del interés superior que se protege, consiste en aprovechar los recursos con que se cuenta en búsqueda de la unidad familiar procurando a las progenitoras que están en estas situaciones, los medios necesarios para que puedan salir adelante con sus hijos y si ocurre como en el presente caso, que este apoyo familiar, más bien genera conflictos y repercusiones negativas para el grupo familiar, con mucho más razón, se deben implementar medidas efectivas a fin de que una joven madre, como en este caso, pueda cumplir con el papel que le exige la sociedad con sustento en la legislación.

VI.- Este Tribunal, en voto de mayoría, muestra su preocupación, por cuanto, mediante el abrigo temporal ordenado por la entidad actora, se haya logrado a través de este proceso, prolongar un internamiento en perjuicio del niño, al privarlo de disfrutar estos primeros años de su vida al lado de su madre, conforme es su derecho, y más aún que los adultos responsables en la toma de las decisiones pertinentes, no seamos los suficientemente capaces de visualizar en situaciones como éstas, la conducta impropia de personas muy cercanas a los niños que sólo pretenden hacer conflictos infundados que afectan su desarrollo integral. Al respecto véase que por ejemplo, doña Yolanda, no contenta con

haber logrado que se demandara a su hija por el virtual abandono de su nieto y su ingreso en un albergue, acude a otro proceso a solicitar medidas de protección, para su nieta K. (exp. No. 02-110263), gestiones todas dirigidas en contra de doña Ingrid, incluyendo una causa penal por acusación del Ministerio Público, la que por supuesto, no prosperó dado que responde al planteamiento de la situación de la época y en el que, más bien se evidencia el esfuerzo de la madre demandada por cumplir con su rol.

VII.- Con sustento en las consideraciones hechas y siendo ineludible la obligación para los juzgadores de hacer cumplir los principios que informan el Derecho de Niñez y adolescencia y en particular, el deber de efectivizar las garantías otorgadas a la hora de decidir situaciones como las de estudio, se revoca la resolución recurrida y en su lugar, se rechaza la declaratoria de abandono del niño J. A. R. C., formulada por el Patronato Nacional de la Infancia en contra de la señora Ingrid Ruiz Castillo. Se ordena el egreso inmediato y la entrega del niño a su madre demandada en este proceso. Para estos fines coordinará lo pertinente la Oficina Local del Patronato Nacional de la Infancia en Puriscal, a efecto de que la madre cuente con el apoyo y el seguimiento necesarios dando así cumplimiento a lo aquí dispuesto.

POR TANTO

En voto de mayoría se revoca la resolución recurrida y en su lugar se rechaza la declaratoria de abandono. Se ordena el egreso inmediato del niño J. A. y la entrega a su madre demandada. La Licenciada Sánchez Boschini, salva el voto y confirma la sentencia apelada.-

VOTO SALVADO

Redacta la Jueza SANCHEZ BOSCHINI; y ,

CONSIDERANDO

I.- La suscrita aprueba el elenco de hechos probados que contiene el fallo apelado por ser fiel reflejo de los elementos probatorios que los sustentan.-

II.- Apela la demandada de la sentencia alegando que no se ha demostrado que su hijo se encuentre en riesgo social. Los elementos reunidos en el proceso, no determina que efectivamente el hijo se encuentre en estado de abandono, tal es así, que el abandono no se justifica en los hechos probados, y no se tiene por demostrada tal situación.- Hay una mala valoración de la prueba, en ningún informe de los presentados, se menciona que tenga problemas de prostitución, drogadicción o alcoholismo, sencillamente al inicio del proceso era una madre adolescente, pobre, con su segundo embarazo, que ha logrado superarse a lo largo de los años, que cuenta con un proyecto de vida y es independientemente económicamente. La institución actora quiere quitarle a su hijo para darlo en adopción. Solicita se revoque la sentencia recurrida y en su lugar se declare sin lugar la demanda de declaratoria judicial de abandono interpuesta en su contra por el Patronato Nacional de la Infancia.-

III.- Realizada la comparecencia de segunda instancia, conforme lo regula el artículo 124 del Código de Familia, concluye la suscrita Integrante del Tribunal que la situación de riesgo del menor J. A. persiste. Si bien la madre ha logrado superarse a nivel personal, ello no cambia la situación original que dio origen a este proceso y es su dependencia hacia su madre, cuando se comprobó en los autos, que ha logrado construir su casita, ubicada en el predio que también habita su progenitora, pero que lo tiene alquilado y continúa viviendo con ella. Considera quien suscribe que su conducta, pone en riesgo a su menor hijo, pues es sabido por quienes conocimos este asunto en primera y segunda instancia, que la abuela materna no quiere al hijo de doña Ingrid, a todo nivel lo rechaza, entonces ¿ que se lograría con devolverlo a un ambiente hostil, en el que la madre se sumisa y pasiva ¿ El artículo 160 del Código de Familia es claro al especificar qué debe entenderse como una situación de riesgo, en su inciso c: " Se halle en riesgo social debido a la insatisfacción de sus necesidades básicas, materiales, morales, jurídicas y psicoafectivas, a causa del descuido injustificado de quienes ejercen legalmente los derechos y los deberes inherentes a la patria potestad." Por ello, al poderse encontrar la persona menor de edad en un ambiente familiar tan conflictivo, dentro de una familia con graves antecedentes de violencia intrafamiliar, de la cual la madre no se ha independizado, como lo pretende hacer creer, es que procede confirmar la sentencia apelada, en lo que fue objeto del recurso de alzada, pues fue dictada sin especial condenatoria en costas y ello beneficia a la apelante.-

POR TANTO:

En lo apelado, se confirma la sentencia recurrida.-

b) Sobre la delegación del cuidado básico a terceros y la declaratoria de abandono.

[TRIBUNAL DE FAMILIA]⁹

EXPEDIENTE N° 01-400863-186-FA

VOTO No. 277-04

TRIBUNAL DE FAMILIA.- San José, a las quince horas diez minutos del diecinueve de febrero del año dos mil cuatro.

Proceso Especial de Declaratoria Judicial de Abandono con fines de adopción de la persona menor M del P. A. N. promovido por el PATRONATO NACIONAL DE LA INFANCIA , representado por la licenciada María de los Angeles Mora Rojas, mayor, casada, abogada, con cédula número uno-trescientos ochenta y siete-ciento cincuenta y cinco, en contra de sus progenitores MARCO TULLIO ARCE RAMÍREZ , mayor, unión libre, oficio y cédula de identidad ignorados, vecino de Pueblo Nuevo de Alajuela y ROSA NOGUERA RUIZ , nicaragüense, mayor, unión libre, ama de casa, con cédula de residencia ciento treinta y cinco-RE-treinta y cinco mil seiscientos-noventa y nueve, vecina de Pueblo Nuevo de Alajuela, siendo representada esta última por la Licenciada Yury Zúñiga Quesada, quien funge como defensora pública.-

RESULTANDO:

1.- Solicita el Patronato Nacional de la Infancia que en sentencia se declare el estado de abandono con fines de adopción de M. del P. A. N., y el depósito de la misma bajo la responsabilidad de los señores Víctor Alfredo Vargas Rodríguez y Karol Gioconda Delgado Valverde.-

2.- La progenitora demandada, señora Rosa Noguera Ruiz, contesto en forma negativa solicitando se declare sin lugar esta demanda. Por su parte el demandado, señor Arce Ramírez fue debidamente notificado y no contestó esta acción.-

3.- La Licenciada Songhay White Curling, Jueza del Juzgado de Niñez y Adolescencia de San José, por sentencia de las nueve horas del veintiuno de junio del año dos mil tres, resolvió: " POR TANTO: Con fundamento en las razones dadas, artículo 9 de la convención Sobre los Derechos del Niño, artículo 30 y siguientes del Código de la Niñez y la Adolescencia, 160 y siguientes y concordantes del Código de Familia, se declara con lugar la demanda de abandono con fines de adopción de la persona menor M. del P. A. N. formulada por el PATRONATO NACIONAL DE LA INFANCIA contra MARCO TULLIO ARCE RAMÍREZ Y ROSA NOGUERA RUIZ. Se extingue a los progenitores demandados en el ejercicio de la patria potestad. Inscríbase esta declaratoria en el Registro Civil, Sección de Nacimientos del Partido de San José, al tomo mil setecientos treinta y ocho, folio ciento veintinueve, asiento doscientos cincuenta y ocho. Se ordena el depósito de M. del P. A. N . en los señores ALFREDO VARGAS RODRÍGUEZ Y KAROL GIOCONDA DELGADO VALVERDE, quienes deberán comparecer dentro de tercero día a aceptar el cargo conferido. Sin especial condenatoria en costas. NOTIFIQUESE."-

4.- Conoce este Tribunal del presente proceso en virtud del recurso de apelación interpuesto por la accionada contra la referida sentencia. Esta sentencia se dicta dentro del plazo de Ley. En los procedimientos se han observado las prescripciones correspondientes.-

Redacta el Juez BENAVIDES SANTOS; y ,

CONSIDERANDO:

I.- En la sentencia que es objeto de esta instancia se declaró con lugar la demanda de declaratoria de abandono con fines de adopción de la persona menor de edad M. del P. A. N. formulada por el Patronato Nacional de la Infancia contra Marco Tulio Arce Ramírez y Rosa Noguera Ruiz. En la misma se ordenó el depósito en los señores Alfredo Vargas Rodríguez y Karol Gioconda Delgado Valverde. Sin especial condenatoria en costas. Apela contra dicha sentencia la señora Rosa Noguera Ruiz. Señala que los

testigos faltaron a la verdad con tal de no devolverle su hija, pues saben bien que ella nunca quiso regalarla, que cuando ella estaba embarazada ni siquiera lo insinuó. Que ellos se aferraron a la bebé cuando Karol perdió el suyo. Que ella confió en ellos cuando le ofrecieron ayudarle, y que siempre estuvo claro que le devolverían la niña cuando su situación se estabilizara. Que cuando ella llegaba a visitar a la niña ellos se la llevaba a otro lado. Que hasta que se suspendieron las visitas fue religiosamente a ver a la niña. Señala que el mejor lugar para M. del P. que su hogar. Pide que se revoque la sentencia.

II.- Luego de realizada la comparecencia de segunda instancia, y de revisados los elementos de este proceso, este Tribunal debe llegar a la conclusión de que la sentencia apelada está dictada conforme a derecho, al principio de interés superior del niño y al mérito de los autos.

III.- El Tribunal avala el elenco de hechos tenidos por demostrados que contiene la resolución recurrida pues responde a los medios probatorios evacuados apreciados de manera adecuada.

IV.- Los artículos 3, 18, 19 y 39 de la Convención sobre los Derechos del Niños, dan el marco de protección a los niños y adolescentes víctimas de las carencias derivadas del trato negligente o abandonico de sus padres, y en nuestro ordenamiento interno la protección se logra con la figura de la declaratoria de abandono, definida en el artículo 160 del Código de Familia de la siguiente manera, en lo conducente:

"...Se entenderá que la persona menor de edad se encuentra en estado de abandono cuando:

a) ...

b) ...

c) Se halle en riesgo social debido a la insatisfacción de sus necesidades básicas, materiales, morales, jurídicas y psicoafectivas, a causa del descuido injustificado por parte de quienes ejercen legalmente los derechos y los deberes inherentes de la patria potestad.

La pobreza no constituye por sí misma motivo para declarar el

estado de abandono.”

Es importante puntualizar, que de acuerdo con nuestra normativa, compete a los padres regir a los hijos, protegerlos, administrar sus bienes y representarlos legalmente (artículo 140 del Código de Familia), y de acuerdo a esto, la autoridad parental confiere los derechos e impone los deberes de educar, guardar vigilar y en forma moderada, corregir al hijo (artículo 143 del Código de Familia). Es muy importante puntualizar que el artículo 141 del Código de Familia dispone que:

“...Los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad no pueden renunciarse. Tampoco pueden modificarse por acuerdo de partes...”

Así que el presente caso, trata de si los padres que por ley tienen la patria potestad, han incumplido sus deberes para con su hijo con la respectiva insatisfacción de algunas o todas sus necesidades, y es del caso, operar la protección legal de certeza jurídica en cuanto a estos poderes-deberes que ostentan los progenitores.

V.- Luego de analizar la prueba documental, testimonial y pericial que se ha evacuado en este proceso, en contraste con lo alegado por la apelante, hemos de llegar a la decisión de que la apelante no lleva razón, y que ha habido una adecuada apreciación de la prueba. Ha de concluirse que sí ha habido desatención de las necesidades de la persona menor de edad; en primer lugar la delegación que hiciera del cuidado de la niña en otras personas, con las cuales, M. del P. afianzó fuertes lazos afectivos al punto que ella reconoce a la señora Carol como su madre, y a don Víctor como su padre, y no identifica a otras personas como sus progenitores, como lo explican claramente los estudios sociales visibles a folios 83 a 87 y 92 a 97. Este aspecto es de suma relevancia, puesto que a la edad de M. del P. resulta fundamental este detalle. Las decisiones u omisiones de los adultos respecto de las personas menores de edad, naturalmente tienen sus consecuencias, y en este caso ha sido el desapego con la familia de origen y la vinculación a la cuidadora. El tiempo del niño, en sus primeros años de vida, es esencial para la estructuración de su personalidad, y la desatención en este tiempo, tiene consecuencias muy serias, y para revertirlas deben existir bases de hecho y de justicia, y sobre todo conforme con el interés

superior del menor, que sean muy fuertes, bases que en este caso no se encuentran ni tienen asidero en ninguno de los elementos de prueba evacuados en el proceso. Efectivamente se ha configurado el abandono, y es del caso declararlo, como lo hizo la sentencia que ha venido en apelación, la que procede confirmar.-

VI.- Dentro de la prueba testimonial es de suma importancia la declaración de M del P. V P. pues ella fue el enlace para que los depositarios se hicieran cargo de la niña M. del P. e incluso se le puso su nombre. Ella establece cómo doña Rosa tenía la intención de que otra persona se hiciera cargo de la niña, y que aún y cuando ella en un momento se arrepintió, la niña le fue devuelta, pero que doña Rosa la regresó nuevamente a doña Carol y a don Víctor. El documento elaborado no tiene la trascendencia como para establecer que el cuidado era provisional puesto que priva lo que ocurrió en la práctica, y es que realmente no existe nexo psicoemocional entre M del P y doña Rosa y menos aún con don Marcos. Lo contrario ocurre entre la niña y los guardadores, por lo que conforme ha estipulado la sentencia de primera instancia corresponde sobreponer el interés superior de la persona menor de edad, y éste es que se mantenga con las personas con las cuales ha establecido los vínculos afectivos, como recomendó la trabajadora social que actué en este caso. Por ende, corresponde confirmar la sentencia venida en alzada.

POR TANTO:

Se confirma la sentencia recurrida.

c) La naturaleza del deber de cumplimiento alimentario tipificado en el código Penal.

[TIBUNAL DE CASACIÓN PENAL]¹⁰

Exp: 04-200279-396-PE

Res: 2005-1017

TRIBUNAL DE CASACION PENAL. Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea, a las catorce horas veinte minutos del siete de octubre del dos mil cinco.

Recurso de casación interpuesto en la presente causa seguida contra Luis Guillermo Garnier Contreras, mayor, casado, chofer, con cédula de identidad número 1-648-132, por el delito de incumplimiento del deber alimentario, en perjuicio de Flor María Coronado Jiménez. Intervienen en la decisión del recurso, los jueces Jorge Luis Morales García, Guillermo Sojo Picado y Ulises Zúñiga Morales. Se apersonaron en casación, las licenciadas Yolanda Chaverri Dobles en representación del Ministerio Público y Andrea Ortiz Hernández defensora pública del imputado.

Resultando:

1. Que mediante sentencia No. 48-2005 de las dieciséis horas del primero de junio de dos mil cinco, el Tribunal de Juicio de Guanacaste, Sede Liberia, resolvió: " POR TANTO: Conforme lo expuesto, artículos 39 y 41 de la Constitución Política, 161 del Código Penal, 1, 9, 265 a 270, 324 a 369, 452 y siguientes del Código Procesal Penal, SE ABSUELVE DE TODA PENA Y RESPONSABILIDAD A LUIS GUILLERMO GARNIER CONTRERAS por el delito de INCUMPLIMIENTO DEL DEBER ALIMENTARIO en perjuicio de FLOR MARIA DEL CORONADO JIMENEZ que se le ha venido atribuyendo. Son las costas a cargo del Estado. Mediante lectura notifíquese este fallo. LICDA. JULIA MADRIGAL JIMENEZ, JUEZA DE JUICIO. " (sic)

2. Que contra el anterior pronunciamiento, la licenciada Yolanda Chaverri Dobles interpuso recurso de casación.

3. Que verificada la deliberación respectiva de conformidad con lo dispuesto por el artículo 450 del Código de Procesal Penal, el Tribunal se planteó las cuestiones formuladas en el Recurso.

4. Que en los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes.

Redacta el juez Morales García; y,

Considerando:

I. La fiscal auxiliar de Liberia interpone recurso de casación contra la sentencia número 48-05 dictada por el Tribunal de Juicio de Guanacaste, sede de Liberia, a las dieciséis horas del primero de junio de dos mil cinco, que absolvió de pena y responsabilidad al imputado Luis Guillermo Garnier Contreras, por el delito de incumplimiento del deber alimentario. El recurso de casación reúne los requisitos de admisibilidad establecidos por los artículos 444 y 445 del Código Procesal Penal, entrándose a resolver los aspectos planteados.-

II. En el único motivo de casación por la forma, se alega falta de fundamentación descriptiva e intelectual de la sentencia en violación de los artículos 142, 363 inciso b), 369 inciso d), del Código Procesal Penal y 39 de la Constitución Política. Al respecto se sostiene que la sentencia omite por completo la descripción de la declaración dada por la denunciante señora Flor Coronado Briceño, al igual que parte de la declaración rendida por el imputado, lo que impide entender claramente la forma en que la juzgadora valoró dichas declaraciones. Se agrega que en el fallo se omite indicar que el testigo Flor Coronado manifestó que constantemente debía firmar apremios, pues el imputado paga, pero atrasado y que sobre el monto de los veinte mil colones por gastos extraordinarios no los ha cancelado. Se apunta que existe un interés público esencial, que aunque luzca poca cosa la suma de veinte mil colones, están de por medio los alimentos de una menor de edad y el imputado, caprichosamente, se ha empeñado en no pagar. Con base en lo anterior, insta se anule la sentencia y se ordene una nueva sustanciación. Los reclamos se declaran sin lugar. En primer lugar, no es cierto que la sentencia de comentario carezca de la fundamentación descriptiva, pues, como se puede claramente observar a folio 107, se hace una referencia a lo manifestado, durante la audiencia del debate, por parte del imputado Luis Guillermo Garnier Contreras y por el testigo Flor de María Coronado Jiménez; así mismo, los reparos que hace la recurrente son inconducentes, pues el hecho del incumplimiento en el pago de la cuota alimentaria y de los gastos extraordinarios, se tiene como un hecho acreditado en la sentencia; es decir, no controvertido (ver al respecto la relación de hechos probados de folios 106, 107 y 108). En la sentencia recurrida se deriva la exclusión de la responsabilidad penal de la inexistencia del dolo, es así como al hacer la fundamentación intelectual del fallo, se

indica: "... si el imputado gana noventa o noventa y cinco mil colones por mes, y tiene cinco personas que dependen de él, sea su esposa y cuatro hijos menores, de los cuales al menos dos están en la escuela, la suma de treinta mil colones en los que se encuentra fijada la cuota alimentaria, viene a constituir casi una tercera parte de su ingreso, lo que quiere decir que con las dos terceras partes restantes el imputado debe ver por sí mismo, su esposa y sus cuatro niños, y esto no significa otra cosa, que el atraso en el pago de la cuota alimentaria y los gastos extraordinarios del periodo acusado, se dio, no porque el imputado deliberadamente así lo haya querido, sino más bien, porque su ingreso, en relación con sus responsabilidades le hacen difícil el cumplimiento en tiempo. Y esto se desprende además de la declaración de doña Flor María, que dice que el imputado siembre se atrasa en el pago de la pensión, y que casi siempre debe firmarle órdenes de apremio, lo que denota que se le hace difícil cumplir con esa cuota." (confrontar folio 109 y 110). Como puede observarse, de la precedente transcripción, no lleva razón la recurrente cuando indica que en el fallo no se tuvo en cuenta el dicho de la testigo Flor Coronado, en el sentido de que ella constantemente tenía que firmar apremios, por el contrario, ese aspecto si lo tuvo en cuenta la jueza, sólo que de éste más bien deriva su argumentación central de la falta de dolo. Esta Cámara no comparte la línea de argumentación que se sigue en el fallo impugnado, sin embargo, no procede anular este, por lo que de seguido se dirá. Realmente no existe una falta de dolo, toda vez que, con independencia de sí en la especie existía o no una imposibilidad para pagar oportunamente, esto debiera valorarse como una causa de exclusión de la exigibilidad de la conducta que tendría su repercusión a nivel de la culpabilidad y, no de la tipicidad; en todo caso, es claro que dificultades para efectos de hacer el pago no podrían tenerse en consideración para anular el contenido normativo del tipo penal que contempla el incumplimiento del deber alimentario, ello, implicaría, prácticamente, una derogatoria, vía jurisprudencial, de dicha norma penal. Lo que sí resulta relevante es analizar el bien jurídico tutelado a través del artículo 185 del Código Penal, que, a nuestro entender, no debe de desligarse de la obligación de proveer los alimentos, la que, en su esencialidad, está relacionada con la manutención, subsistencia y provisión de las necesidades elementales de quien está necesitado de los mismos y respecto de quien está obligado a proveerlos. En ese sentido, uno de los elementos determinantes en esta materia es la inminencia de su necesidad, dado que, cuando se trata de deudas anteriores, incluso el tratamiento que le da la legislación específica de familia es la de una mera deuda, que puede hasta llegar a caducar (ver artículo 172 del Código de Familia); de ahí

que estime esta Cámara que, en materia penal, deba hacerse una distinción esencial, para ajustar la previsión punitiva a los límites de racionalidad; por ello, el incumplimiento de los deberes alimentarios debe relacionarse con los alimentos que estén afectando la subsistencia del alimentario; así las cosas, se estima que, como en el presente caso, en donde la deuda que quedó insoluta fue por un monto de veinte mil colones, que se pretendió cobrar con un marcado atraso (según certificación de folio 4 fue declarada en sentencia desde noviembre de 2003 y la denuncia es de marzo de 2004, es decir, más de cuatro meses después, razón por la cual, como lo afirma la misma denunciante, ya no era procedente el apremio) y que, incluso, la parte interesada en el cobro tendría una vía muy expedita de hacerse pagar sobre los depósitos hechos de más, que en efecto se acreditaron en la causa, no se ha producido una lesión del bien jurídico tutelado. En este caso, realmente la configuración del tipo en cuestión se podría haber dado respecto del atraso en el pago de la cuota alimentaria, sin embargo, en cuanto a ese aspecto, tal y como lo dispone el párrafo segundo del artículo 187 del Código Penal habría un supuesto legal de exclusión de la punibilidad, pues el justiciable habría pagado tardíamente, incluso, como se acreditó, en suma mayor a la adeudada, con lo cual estaríamos ante los supuestos de esta norma y carecería de interés el reclamo a este respecto. En razón de lo dicho, procede declarar sin lugar el reclamo.-

Por tanto:

Se declara sin lugar el recurso de casación interpuesto por la representación del Ministerio Público.

FUENTES CITADAS

- 1 CAMACHO DE CHAVARRÍA, Alfonsina. La adopción. San José, C.R. Edit: PANI. 1992. pp 9-10.
- 2 MURILLO CHAVEZ, Mario. Abandono y adopción. Revista IVSTITIA. N° 179-180. Nov-dic 2001. pp 5-8.
- 3 CALVENTO SOLARI, Ubaldo. Adopción Interna e Internacional. Revista Judicial. San José, C.R. Año VII. N° 25, junio 1983. pp 13-14.
- 4 CARVAJAL OBANDO, Ana. Protección Socio-legal de la Niñez Declarada en Estado. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. U.C.R. 2001. pp 37-39.
- 5 AGUILAR SANDÍ, Jose. Análisis Jurídico del reglamento para la declaratoria de Estado de Abandono y Depósito de Menores. Tesis para optar al grado de licenciatura en Derecho. U.C.R. 1993. pp 41-42.
- 6 Asamblea Legislativa. Código Penal. Ley: 4573 del 04/05/1970 Fecha de vigencia desde: 15/11/1970
- 7 Asamblea Legislativa. Código de Familia. Ley : 5476 del 21/12/1973.
- 8 TRIBUNAL DE FAMILIA. VOTO No. 46-04. San José, a las nueve horas treinta minutos del veintidós de enero del año dos mil cuatro .
- 9 TRIBUNAL DE FAMILIA. VOTO No. 277-04. San José, a las quince horas diez minutos del diecinueve de febrero del año dos mil cuatro.
- 10 TRIBUNAL DE CASACION PENAL. Res: 2005-1017. Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea, a las catorce horas veinte minutos del siete de octubre del dos mil cinco