



Delitos contra la Familia

Rama del Derecho: Derecho Penal.	Descriptor: Derecho Penal Especial.
Palabras Clave: Delitos contra la Familia, Matrimonio ilegal, Sustracción de menor, Incumplimiento de deber alimentario.	
Fuentes: Normativa y Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 25/11/2013.

El presente documento contiene normativa y jurisprudencia sobre los delitos contra la familia, de los cuales se constatan fallos sobre los delitos: matrimonio ilegal, sustracción de menor e incumplimiento de deber alimentario.

Contenido

NORMATIVA	2
TITULO IV: DELITOS CONTRA LA FAMILIA	2
SECCION I: Matrimonios Ilegales	2
SECCION II: Atentados contra la filiación y el estado civil	3
SECCION III	4
SECCION IV: Incumplimiento de Deberes Familiares	4
SECCIÓN V: Protección a menores e incapaces	5
JURISPRUDENCIA	6
1. Matrimonio ilegal: Ausencia de firma del notario en el acta.....	6
2. Sustracción de menor o persona sin capacidad volitiva o cognoscitiva: Acciones que configuran el tipo penal	7
3. Sustracción de menor o persona sin capacidad volitiva o cognoscitiva: Acciones que configuran el tipo penal	17
4. Sustracción de menor o persona sin capacidad volitiva o cognoscitiva: Competencia del Tribunal de Casación para conocer cuando concurre con violación calificada	18
5. Incumplimiento del deber alimentario: Análisis sobre el dolo respecto a la omisión de la frase “deliberadamente” en la acusación	19
6. Incumplimiento del deber alimentario: Elemento subjetivo	23
7. Incumplimiento del deber alimentario: Naturaleza y bien jurídico tutelado	26

NORMATIVA

TITULO IV: DELITOS CONTRA LA FAMILIA

[Código Penal]¹

SECCION I: Matrimonios Ilegales

ARTÍCULO 176.- Matrimonio ilegal.

Serán reprimidos con prisión de seis meses a tres años los que contrajeran matrimonio, sabiendo ambos que existe impedimento que causa su nulidad absoluta. (Así reformado por el artículo 1º de la ley N° 6726 de 10 de marzo de 1982).

ARTÍCULO 177.- Ocultación del impedimento.

Serán reprimido con prisión de dos a seis años el que contrajere matrimonio cuando, sabiendo que existe impedimento que cause nulidad absoluta, ocultare esta circunstancia al otro contrayente.

ARTÍCULO 178.- Simulación de matrimonio.

Sufrirá prisión de dos a cinco años, el que mediante engaño simulare matrimonio con una persona.

ARTÍCULO 179.- Responsabilidad del funcionario.

El funcionario público que a sabiendas autorizare un matrimonio de los comprendidos en los artículos anteriores, será reprimido con la pena que en ellos se determina aumentada en un tercio a juicio del Juez. Si obrare por culpa, la pena será de quince a sesenta días multa.

ARTÍCULO 180.- Inobservancia de formalidades.

Se impondrá de quince a sesenta días multa y además pérdida del cargo que tuviere e imposibilidad para obtener otro igual, de seis meses a dos años, al funcionario público, que fuera de los casos previstos en el artículo anterior, procediera a la celebración de un matrimonio sin haber observado todas las formalidades exigidas por la ley, aunque el matrimonio no fuere anulado.

ARTÍCULO 181.— Responsabilidad del tutor.

Se impondrá de quince a noventa días multa al tutor que, antes de la aprobación de sus cuentas, contraiga matrimonio o preste su consentimiento para que lo contraigan sus hijos o descendientes con la persona que tenga o haya tenido bajo tutela, a no ser que el padre, la madre o el representante legal de esta haya autorizado el matrimonio en su testamento.

(Así reformado por el artículo 3° de la Ley N° 8571 del 8 de febrero de 2007)

ARTÍCULO 181 BIS.- Matrimonio simulado.

Serán sancionadas con prisión de dos a cinco años, las personas que den su consentimiento para casarse, a sabiendas de que el matrimonio no tiene como propósito el cumplimiento de los fines previstos en el Código de Familia, o cuando alguno de los contrayentes otorgue al otro, por sí o por interpósita persona, un beneficio patrimonial con el fin de que brinde su consentimiento para casarse. Igual pena se impondrá a los testigos y notarios públicos que participen dolosamente, en su condición de tales, en la celebración de matrimonios simulados.

Cuando el matrimonio se celebre para obtener beneficios migratorios de cualquier tipo, a favor de uno de los contrayentes, la pena de prisión para ambos contrayentes, notarios públicos y testigos, que participen dolosamente en la celebración de matrimonios simulados, será de tres a seis años.

(Así adicionado por el artículo 2° de la ley N° 8781 del 11 de noviembre de 2009)

SECCION II: Atentados contra la filiación y el estado civil

ARTÍCULO 182.- Suposición, supresión y alteración de la filiación o del estado.

Infractores del proceso de inscripción.

Será reprimido, con prisión de tres a ocho años, quien:

- a) Haga inscribir, en el Registro Civil, a una persona inexistente.
- b) Haga insertar, en un acta de nacimiento, hechos falsos que alteren los datos civiles o la filiación de una persona recién nacida.
- c) Mediante ocultación, sustitución o exposición deje a una persona recién nacida sin datos civiles, o sin filiación o tome incierta o altere la que le corresponde.

(Así reformado este numeral, incluyendo la denominación de la Sección y el Parágrafo, por el artículo 7 de ley N° 7538 de 22 de agosto de 1995)

ARTÍCULO 183.- Atenuaciones específicas.

En los casos de los incisos 2) y 3) del artículo anterior, si el hecho ha sido cometido para ocultar la deshonra de la madre, la pena será de un mes a tres años de prisión. En el caso del inciso 2) si el hecho ha sido cometido exclusivamente con el fin de amparar al menor, la pena será de un mes a dos años de prisión.

ARTÍCULO 183 bis.- Evasión de trámites para adopción

Infractores del proceso de adopción.

Se impondrá prisión de tres a ocho años:

- a) A quien promueva o facilite la salida del país de personas menores de edad, contraviniendo las disposiciones migratorias que la regulan e infringiendo las disposiciones costarricenses sobre adopción.

b) A la mujer en estado de gravidez que dé a luz en el extranjero, infringiendo las disposiciones costarricenses sobre adopción.

En los casos de los incisos a) y b) anteriores, si las faltas han sido cometidas por un funcionario público en el ejercicio de su función, la pena será de cinco a diez años de prisión, sin perjuicio de las sanciones administrativas que procedan. (Así adicionado por el artículo 7 de ley N° 7538 de 22 de agosto de 1995)

SECCION III

Artículo 184.— Sustracción simple de una persona menor de edad o sin capacidad volitiva o cognoscitiva.

Será reprimido con prisión de cinco a diez años, quien sustraiga a una persona menor de edad o sin capacidad volitiva o cognoscitiva, del poder de sus padres, guardadores, curadores, tutores o personas encargadas; igual pena se aplicará contra quien retenga a una de estas personas contra la voluntad de estos.

Cuando sean los padres, guardadores, curadores, tutores o personas encargadas quienes sustraigan o retengan a una persona menor de edad o sin capacidad volitiva o cognoscitiva, serán sancionados con pena de prisión de seis meses a dos años.

(Así reformado por el artículo 2° de la Ley No. 8387 de 8 de octubre de 2003).

ARTÍCULO 184 BIS.- Pena por tenencia ilegítima de menores para adopción. Será reprimido, con prisión de tres a seis años, quien ilegítimamente tenga a su cargo a personas menores de edad sujetas a adopción.

(Así adicionado por el artículo 8 de ley N° 7538 de 22 de agosto de 1995)

ARTÍCULO 184 TER.— Sustracción agravada de menor o persona sin capacidad volitiva o cognoscitiva. Las penas del delito tipificado en el artículo 184 de esta Ley, serán de doce a veinte años de prisión, en cualquiera de las siguientes circunstancias: 1. Si la sustracción dura más de tres días. 2. Si el hecho es cometido por dos o más personas. 3. Si el hecho es cometido con ánimo de lucro.

(Así adicionado por el inciso b) del artículo 1° de la Ley N° 8387 de 8 de octubre de 2003).

SECCION IV: Incumplimiento de Deberes Familiares

ARTÍCULO 185.- Incumplimiento del deber alimentario.

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, omite 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)

ARTÍCULO 186.- Incumplimiento agravado.

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.

ARTÍCULO 187.- Incumplimiento de deberes de asistencia.

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.

ARTÍCULO 188.- Incumplimiento o abuso de la Patria Potestad.

Será penado con prisión de seis meses a dos años y además pérdida e incapacidad para ejercer los respectivos derechos o cargos, de seis meses a dos años, el que incumpliere o abusare de los derechos que le otorgue el ejercicio de la Patria Potestad, la tutela o curatela en su caso, con perjuicio evidente para el hijo pupilo o incapaz.

SECCIÓN V: Protección a menores e incapaces

ARTÍCULO 188 BIS.— Se impondrá prisión de quince a cien días, en los siguientes casos: Presencia de menores en lugares no autorizados

1) Quien como dueño, gerente, empresario o autoridad de policía, deba evitar la entrada de personas menores o incapaces en lugares no autorizados para ellos, tolerare o permitiere que entren. Venta de objetos peligrosos a menores o incapaces

2) El que vendiere a un menor o incapaz armas, material explosivo o sustancia venenosa. Procuración de armas o sustancias peligrosas

3) A quien entregare, confiare, permitiere llevar o colocare armas, materias explosivas o sustancias venenosas al alcance de un menor o incapaz o de otra persona que no supiere o no pudiese manejarlas ni usarlas.

Expendio o procuración de bebidas alcohólicas y tabaco a menores o incapaces.

4) Se impondrá una pena de seis meses a tres años de prisión al dueño o encargado de un establecimiento comercial que sirva o expendan bebidas alcohólicas o tabaco a menores o incapaces.

*(Así reformado el inciso anterior por el artículo 28 de la ley N° 9047 del 25 de junio del 2012, "Ley de Regulación y Comercialización de bebidas con contenido alcohólico")
(Así adicionado por el inciso c) del artículo 3) de la ley N° 8250 de 2 de mayo del 2002).*

JURISPRUDENCIA

1. Matrimonio ilegal: Ausencia de firma del notario en el acta

[Tribunal de Casación Penal de San José]ⁱⁱ

Voto de mayoría:

"El defensor de los acusados, plantea vicios de forma y fondo contra la sentencia dictada por el Juez Penal de Alajuela. Respecto a los vicios, de fondo, el impugnante, expone lo siguiente: Alega errónea aplicación del artículo 176 del Código Penal y que tipifica el delito de matrimonio ilegal, ya que en el caso en examen, se admitió, como hecho demostrado, que el notario no firmó la escritura, de tal forma que no se celebró el matrimonio, que es uno de los requisitos normativos que contiene el tipo penal aplicado en la sentencia condenatoria. [...] consta fotocopia certificada de la escritura, en la que el propio notario indica que no firmó el acta matrimonial. Sin embargo, el señor Juez asevera que esta circunstancia es totalmente intrascendente, pues tal hecho no afecta lo que los coimputados hicieron insertar en el protocolo del notario expresando libremente su voluntad de contraer matrimonio bajo el supuesto de una libertad de estado inexistente. Este razonamiento es erróneo, pues no se ha hecho insertar nada, en virtud de la falta de firma en el documento. La voluntad de los contrayentes no nació a la vida jurídica, pues el funcionario ante el que comparecieron, no da fe de su dicho. En estas circunstancias, existió errónea aplicación del artículo 176 del Código Penal, en relación con los artículos 30, 31, 32 y 45 ibídem. Se transgrede también el artículo 198 del Código de Procedimientos Penales en cuanto al estado civil de las personas, pues no existió certificación registral del matrimonio que se acusa, puesto que no se celebró. Los argumentos que expresa el impugnante, son convincentes, existiendo en este caso una errónea aplicación de la norma sustantiva. [...] el notario hace constar que no firmó la escritura correspondiente al matrimonio,

porque era falso "... que el contrayente [...] fuera divorciado una vez, de lo que nos enteramos después de muchos engaños y largas al asunto de entrega de la certificación de soltería que ambos contrayentes cometieron contra [...] celebrante del matrimonio y del suscrito. Dicho matrimonio, obviamente no fue presentado al Registro Civil..". Con fundamento en esta prueba documental es evidente que los imputados no contrajeron matrimonio, que es uno de los requisitos normativos que contiene el artículo 176 del Código Penal. Como bien señala Fontán Balestra, el "... acto que los contrayentes celebran debe reunir todos los requisitos, externos y formales de un matrimonio válido. La ausencia de cualquiera de esos requisitos supone que no se ha celebrado un matrimonio y por tanto, el hecho no es alcanzado por las previsiones..." el tipo penal que describe el matrimonio ilegal. (Ver Fontán Balestra. Carlos. "Tratado de Derecho Penal". Ed-Abeledo Perrot. Argentina. 1969. p. 214.). Si el matrimonio no se celebró, no puede aplicarse el tipo penal previsto en el artículo 176 del Código Penal. El bien jurídico nunca corrió, ni remotamente, peligro, pues desde que se inició la ceremonia, el notario no firmó el acta, ya que los contrayentes nunca presentaron el documento que acreditara que uno de los cónyuges era soltero. Además, tampoco existió posibilidad de que el matrimonio surtiera efectos jurídicos reales, ya que el notario, ante la ausencia de un requisito esencial, se abstuvo de enviar la correspondiente comunicación al Registro Civil. La falta de firma del funcionario que debió actuar en el acto, excluye uno de los requisitos básicos para que el matrimonio sea válido, (ver de Chichizola, Mario. "Delitos contra el estado civil, publicado en el volumen titulado "Manual de Derecho Penal", Ed. Víctor de Zavalía. Argentina. 1978. p. 227), impidiendo también la aplicación del tipo penal previsto por el artículo 176 del Código Penal. En el caso en examen, como bien lo señala el representante de la defensa, ni siquiera se cumplen los requisitos básicos de validez que exige el artículo 31 del Código de Familia. Tampoco existe tentativa, pues ni siquiera se inició la ejecución del hecho delictivo. Desde el inicio, la validez del acto quedó suspendida, como lo demuestra el hecho de que el notario no suscribió el acta, ni tampoco envió la comunicación correspondiente al Registro Civil. No existió en estas circunstancias, ni un principio de celebración. La acción imputada a los acusados, es atípica, pues le hace falta uno de los requisitos normativos del tipo y que consiste en la celebración efectiva del matrimonio. Tampoco es aplicable el artículo 178 del Código Penal, ya que en la simulación de matrimonio, se supone que el sujeto activo engaña a la víctima, haciéndole creer que están contrayendo matrimonio, sin embargo, en el caso en examen, lo dos sujetos que contrajeron matrimonio conocían el impedimento y pretendieron su celebración real, como se refiere en la sentencia. La simulación de matrimonio, como bien lo señala Fontán Balestra (ibid. p. 228), no lesiona realmente el estado civil de las personas, y supone, el engaño a uno de los contrayentes, lo que no ocurrió en el hecho acusado. En razón de lo expuesto, existe en el caso en examen una errónea aplicación del tipo penal previsto en el artículo 176 del Código Penal, ya que si no se celebró el matrimonio, no existe uno de los elementos normativos fundamentales que integran el tipo penal citado."

2. Sustracción de menor o persona sin capacidad volitiva o cognoscitiva: Acciones que configuran el tipo penal

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de Guanacaste, Santa Cruz]ⁱⁱⁱ

Voto de mayoría

“I- La fiscalía impugna el fallo a través del cual se absolvió al justiciable del delito de sustracción de menor. Alega la falta de aplicación de la ley sustantiva, ya que los juzgadores, acudiendo a criterios "retrógrados" y "machistas", estimaron atípica la conducta acusada. **La queja es de recibo.** En resumen, el *a quo* sostiene que el delito de sustracción de persona menor de edad o sin capacidad volitiva o cognoscitiva no puede ser cometido por uno de los padres que ejerza, en conjunto con el otro, "la patria potestad o custodia" (folio 311 vuelto) y que la retención solo puede recaer sobre una persona que ha sido previamente sustraída. Ahora bien, en vez de brindar sus propios argumentos, los jueces acudieron a criterios de autoridad y luego arremetieron contra el Ministerio Público y contra las distintas autoridades jurisdiccionales que intervinieron antes en el proceso, criticando a todos por no analizar "los antecedentes" (folio 314) y concluyendo que *"... para este Tribunal este asunto jamás debió haber llegado a juicio, e incluso no debió haberse iniciado el proceso... pues es claro que para realizar un juicio de reproche jurídico penal respecto de un comportamiento humano, este debe ser típico y antijurídico, lo cual se analizara supra no existe, por lo que se llama la atención de estas autoridades para que sean más cuidadosos en lo sucesivo"* (sic, folio 314). Sin embargo, como se adelantó, el supuesto análisis que, según los jueces, se hizo en la sentencia, no existe, sino tan solo un recuento de criterios ajenos y, peor aún, mal leídos, descontextualizados o desactualizados. Conviene apuntar que la función que se espera de los jueces es la de administrar Justicia aplicando sus propios conocimientos jurídicos, entre los cuales es ciertamente fundamental el estudio de la doctrina y la jurisprudencia, pero las meras citas de doctrina y jurisprudencia no constituyen fundamentación del fallo. En este asunto, los juzgadores citan la resolución No. 1239-09, dictada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en la que se indica: *" En la sentencia se tiene muy claro que el acusado es el padre del menor E. y que en tal condición, podía visitar y compartir tiempo con su hijo, cuya custodia, guarda y crianza estaba en manos de su madre "*. El *a quo* destacó, subrayándola, la parte final del párrafo (*"cuya custodia, guarda y crianza estaba en manos de su madre"*) que no aparece destacada en la resolución original de la Sala Tercera y emplea el antecedente como ejemplo de que ese tribunal sostuvo que el delito de sustracción o retención de persona menor de edad puede cometerlo el padre que ha sido privado del ejercicio de la custodia o de la patria potestad, mas no el padre que mantiene el ejercicio de ese conjunto de funciones, deberes y facultades. En este caso, el tribunal de juicio segmenta una frase de la sentencia y le otorga alcances y contenidos de los que carece, pues lo cierto es que cuando se indica en el pronunciamiento de la Sala que la custodia, guarda y crianza de la persona menor de edad *"estaba en manos de su madre"*, tan solo se está describiendo una característica del caso concreto, pero no se insinúa, siquiera, que ella sea un requisito del tipo penal. También citan los jueces al autor Javier Llobet Rodríguez quien, en una obra conjunta con Rivero Sánchez, expuso: *"Retiene el que guarda al menor sustraído; lo oculta el que lo esconde... La retención se da respecto de un menor que ha sido sustraído..."*

(folio 311). Si hubiesen investigado, los juzgadores sabrían que Llobet Rodríguez abandonó hace mucho años ese criterio y así lo hizo saber cuando fungía como juez de casación penal: *"... NOTA DEL DR. JAVIER LLOBET RODRÍGUEZ LL.M.*

Comparto en su totalidad los argumentos dados por el tribunal en pleno, por medio de los cuales se concede la extradición de Teresa Elaine Danzler, cc. Teresa Weber. Deseo solamente aclarar que en el año 1989, al escribir junto con Juan Marcos Rivero el libro "Comentarios sobre el Código Penal", sostuve que la retención requería que previamente otro sujeto hubiese sustraído al menor, basándome para ello en las indicaciones de la doctrina argentina que así lo indica. Sin embargo, desde la sentencia 388-F-97, redactada por mí, cambié de opinión, sosteniendo el criterio que se mantiene en la presente resolución, aunque debe reconocerse que en aquella sentencia no se hizo mención expresa a la discusión sobre si la retención requería que el menor haya sido previamente sustraído. En realidad el criterio que sostuve en 1989 fue producto de uno de los errores en que se incurre con frecuencia en Costa Rica, sea la adopción acrítica de lo dicho por la doctrina extranjera " (Sentencia No. 465-F-98, dictada por el Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, a las 15:30 horas de 1 de julio de 2002), mientras que en el fallo No. 662-02, de 9:30 horas de 29 de agosto de 2002, ese mismo tribunal indicó: "... si examinamos la acción descrita en el artículo 184 que nos ocupa, notamos que no existe razón alguna para continuar afirmando que la retención de un menor sólo se da cuando el mismo ha sido sustraído. Ciertamente podemos decir, con la doctrina, que respecto a quien realiza la acción de sustraer basta esta acción para la tipicidad de la conducta, no requiriéndose para él que también retenga al menor, pero ello no puede llevar a que se exija para la comisión de la conducta de retención del menor, que el mismo haya sido sustraído, pues la naturaleza de esta acción no conlleva en forma alguna la sustracción. Piénsese en el caso de que se autoriza, por quien tiene la custodia de un niño, a que el mismo permanezca por unos días con una familia amiga, y que luego ésta se niegue a devolver el niño a su hogar (de quien tiene la custodia), es claro que tal conducta encuadra en la retención del menor, aunque el mismo no fue sustraído por persona alguna " . Por otra parte, el tribunal a quo cuestiona al Ministerio Público por incluir en la pieza acusatoria el dato de que el imputado y la denunciante convivieron en unión de hecho, cuando lo cierto es que mantienen un vínculo matrimonial; y exponen los jueces: "... es claro que en una relación de unión de hecho, ante una separación de la patria potestad, guarda, crianza y educación de los hijos la conserva la madre salvodispocisión en contrario, siendo este un comportamiento antietico y poco objetivo de parte del representante fiscal, pues cambia radicalmente el panorama al no mencionar que la ofendida y el imputado para ese momento estaban casados y que no existía orden jurisdiccional que como se mencionara líneas atrás le diera la custodia provisional o definitiva de manera exclusiva a la denunciante, quitándosela al padre..." (sic, folios 313 vuelto y 314 frente). Sin embargo, tampoco esta tesis sostenida en el fallo de mérito es correcta. El artículo 155 del Código de Familia (anteriormente numerado 142) dispone: " La madre, aún cuando fuere menor, ejercerá la patria potestad sobre los hijos habidos fuera del matrimonio y tendrá plena personería jurídica para esos efectos. El Tribunal puede, en casos especiales, a juicio suyo, a petición de parte o del Patronato Nacional de la Infancia y atendiendo exclusivamente al interés de los menores, conferir la patria potestad al padre conjuntamente con la madre " . Ahora bien, mediante sentencia No. 1975-94, de 15:39 horas de 26 de abril de 1994, la Sala Constitucional resolvió: "Se declara con lugar la acción y en consecuencia se anula el párrafo segundo del artículo 142 del Código de Familia, excepto en los casos en que el reconocimiento del hijo extramatrimonial haya sido de común acuerdo o con aceptación de la madre.

Asimismo, se declara que el párrafo primero del citado artículo es constitucional siempre que se interprete en armonía con lo aquí resuelto para el párrafo segundo" (ver también la sentencia No. 3277-00, dictada por la misma Sala a las 17:18 horas de 15 de abril de 2000). Lo anterior significa que la existencia de una relación de hecho no es por sí sola suficiente para asignar la responsabilidad parental o, como la denomina la ley: la patria potestad (con todos sus atributos) exclusivamente a la madre, cual lo entendieron los jueces en este asunto, sino solo en aquellos supuestos en los que el hijo o hija no ha sido reconocido por el padre o si tal reconocimiento fue producto de un acto unilateral suyo (sin la aceptación de la madre), como lo permitía el artículo 85 del Código de Familia, antes de su reforma por Ley No. 7538 de 22 de agosto de 1995. Además, si bien en el tema de la conducta de "retener" a una persona menor de edad o sin capacidad volitiva o cognoscitiva, tampoco la Sala Tercera ha escapado de esa "adopción crítica de lo dicho por la doctrina extranjera" (véase la sentencia No. 1363-10, de 14:50 horas de 30 de noviembre de 2010), existen resoluciones de otros tribunales que han profundizado en ese punto y, en general, en los presupuestos típicos del delito. Por ejemplo, en la sentencia No. 17-97, dictada por el Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, a las 10:30 horas de 15 de enero de 1997, se expuso: " La revisión solicitada por el Defensor Público del imputado, Licenciado E.B.P., se constriñe a la petición de absolutoria por haber surgido un elemento nuevo en el proceso. Este se refiere al pronunciamiento de la Sala Constitucional (Nº 1975-94 de 15:39 horas del 26 de abril de 1994) mediante el cual reconoce al padre extramatrimonial las facultades de ejercicio de la autoridad parental sobre sus hijos, en condiciones plenas de igualdad. Sobre el particular este Tribunal resuelve lo siguiente: El Juez Penal de Limón partió de un supuesto cierto: que el menor A, es hijo del incriminado W y de la denunciante I.C., procreado durante la relación material que mantuvieron ambos. También que C.N. subrepticamente, sin autorización de I., se llevó al niño, a la sazón de ocho meses de edad, a casa de su madre en Ciudad Neil I y. El razonamiento del Juez para condenar al justiciable por el delito de ' Sustracción de Menor 'previsto en el artículo 184 del Código Penal, fue el siguiente, en lo que interesa: ' ...a pesar de ser el imputado padre del menor, tenemos que quien legalmente lo tenía en su poder era la madre del mismo por ser madre soltera y ejercer en consecuencia ella sola la autoridad parental sobre el menor '(sic) (f. 68 fte.). El fallo de este alto Tribunal estableció la inconstitucionalidad del segundo párrafo del Artículo 142 del Código Familia por cuanto creaba '...sin fundamento constitucional un estado jurídico por el que el padre de hijo extramatrimonial no puede considerarse facultado a ejercer la patria potestad sobre sus hijos... ' (Voto aludido supra). Este aspecto no es decisivo en el subjuicio por cuanto implícitamente se reconocen los poderes-deberes que le asisten al inculpado sobre el menor, al tenerlo como su padre con las facultades propias resultantes de la autoridad parental. Menos puede reprocharse, circunstancia no tratada por el petente, respecto a la exigencia del fallo de la Sala en punto al necesario reconocimiento del hijo por parte del padre extramatrimonial a tenor de lo dispuesto en el primer párrafo del Artículo 142 del Código de Familia, por cuanto del mismo fallo se infiere, y sin duda así resulta del documento fotocopiado de folio 2 ("certificado de declaración de nacimiento") y de la indagatoria rendida en el debate, que W reconoce a A como su hijo. La Sala Constitucional dispuso que para ser atendido el principio de igualdad en esta materia ' debe entenderse como necesario el previo reconocimiento de los hijos, a fin de determinar la relación paterno-filial-afectiva, requisito esencial de la patria potestad

compartida, pues de lo contrario, es aplicable lo dispuesto por el párrafo primero del artículo 142... '. De manera tal que lo esencial no es si el imputado era el padre de la criatura, con todos los derechos emergentes de la autoridad parental. El punto a decidir es si siendo padre del menor tenía el legítimo derecho de sacarlo de la esfera de custodia de su madre sin rozar con lo preceptuado en el artículo 184 del Código Penal. Dicho en otros términos el problema se centra en si el padre, no privado del ejercicio de la patria potestad, puede ser autor del delito indicado. La doctrina no es pacífica sobre este particular. Luis R. Di Renzi, por ejemplo, sostiene que ' con excepción del padre y la madre, cualquier persona puede ser sujeto activo de este delito. El menor se encuentra dentro de la órbita de poder, tanto del padre como de la madre, y mal puede sacarlo de ella quien es su propio titular ' (MANUAL DE DERECHO PENAL. Parte Especial. Dirigido por Ricardo Levene (h). Víctor P. De Zavalía. Editor. Buenos Aires, 1978 pp. 269-270). Cuello Calón comenta: ' Ha sido objeto de viva discusión si el genitor, separado o no por sentencia de divorcio, que sustrae el hijo al otro genitor que posee la patria potestad o a la persona encargada de su guardia y educación, comete este delito. Florian considera que no existe delito porque el objeto de esta infracción no es la autoridad del padre o del tutor, sino la libertad del niño; por el contrario, Manzini y Alimena opinan que semejante hecho constituye este delito '(DERECHO PENAL. Eugenio Cuello Calón. T. II. Vol. 2°. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1975 p. 752 nota 4). Mientras tanto Muñoz Conde indica que ' la acción consiste en sustraer al menor de siete años de la custodia de aquellos que lo tengan legalmente o de hecho...la antijuricidad supone que el que sustrae no tiene ningún derecho de custodia sobre el menor ' (DERECHO PENAL. Parte especial. Francisco Muñoz Conde. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1993 pp. 169-170). La razón obedece a la circunstancia de que en las legislaciones comentadas el delito se ubica dentro de los atentados a la libertad individual, con la lacerante denominación de ' robo de niños ' . De ese modo se incriminaba en el Fuero Juzgado, Las Partidas y los sucesivos textos españoles (Cfr. Cuello Calón, op. cit. p. 750). Esa tipología se transmuta al continente americano y es receptado por la legislación argentina, teniéndose que el artículo 146 del Código Penal de esa Nación, homólogo al 184 nuestro, tiene como fuente primaria el derecho español antiguo (Vid. CODIGO PENAL Y LEYES COMPLEMENTARIAS. Omar Breglia Arias y Omar R. Gauna. Ed. Astrea. Buenos Aires, 1987 p. 474. También en CODIGO PENAL ARGENTINO. Sebastián Soler. T.IV. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1978 p. 54). En el fondo este ' apoderamiento de niños ' constituye un derivado o forma de plagio (Soler lo califica como ' plagio propio por violencia presunta ' . Vid. op. cit. p. 55), dado que el menor sustraído se le coloca en una situación de dependencia casi absoluta de otra voluntad. En ese caso la consumación se alcanza cuando el autor logró el dominio sobre el menor, aún cuando no logre consolidarlo por actos de resistencia del menor, o por quedar éste en poder de terceros, desconocidos por el autor. Con la sustracción, según esta línea de pensamiento, se lesiona la esfera de custodia en que el menor se encuentra. En ese sentido la protección legal es unidimensional y en una sola vía. Se reduce a la tutela exclusiva de los intereses de los padres, tutores u otros encargados, a quienes se les tiene como simples ' dueños ' o 'tenedores ' del menor, manteniendo el viejo y degradante esquema de 'c reer que los niños son considerados como propiedad de sus padres y se admite que éstos tienen pleno derecho a tratarlos como estimen conveniente ' (NIÑOS MALTRATADOS. R.S. Kempe y C.H. Kempe. Ediciones Morata, S. A. Madrid, 1979. pp. 22-23). Lo confirma en cierta manera Soler cuando

dice: ' La voluntad contrariada debe ser la de los padres o tutores, de modo que el único consentimiento que tiene influencia para hacer desaparecer el hecho es el de esas personas ' (op. cit. p. 57). Nuestra legislación mantuvo por mucho tiempo el delito en cuestión enmarcado dentro de la ' libertad individual ' . Así ocurrió con el texto de 1880 que lo ubicó en el Capítulo III como ' Crímenes simples delitos contra la libertad y seguridad, cometidos por particulares ' , definiéndolo en el artículo 164 como ' la sustracción de un menor de diez años ' que cuando era realizada ' por un pariente dentro del cuarto grado del menor, y con la mira de mejorar su condición ' , se tornaba como una atenuante. El de 1924 lo incluyó dentro del Título ' Delitos contra la libertad y la inviolabilidad de domicilio y correspondencia ' , y, específicamente, en el Capítulo 1 como ' Delito contra la libertad individual ' . Le dio el mismo formato típico, únicamente agregando la retención u ocultación como formas comisivas. El de 1941 constituía un ilícito contra ' La Libertad Individual ' , pero conserva la sustracción, la retención y la ocultación, como formas conductuales del delito, agregando la no presentación a los padres o guardadores en el caso de hallarse ejerciendo obligaciones de guarda del menor. El vigente (1970) dio un giro y lo ubica, en la Sección III del Título IV, en los delitos contra ' La Familia ' . Conforme a esta referencia retrospectiva se concluye que el actual Código varió sustancialmente el tipo sistemático. El énfasis de la ofensa se refiere a los derechos familiares. La justificación del legislador se orientó a la protección que nuestra Constitución Política ofrece de la familia. Así, por ejemplo, la exposición de motivos del actual texto penal indica: ' ...se inspira en el texto constitucional que considera la familia como un bien jurídico digno de especial protección ' (Código Penal. Edición oficial. Imprenta Nacional. San José, 1970 p. 35). Es evidente, entonces, el radical giro en punto al bien jurídico. A pesar de ello nuestra jurisprudencia, todavía apreciando modelos superados de tutela en esta materia, excluía la posibilidad de tener a uno de los padres como autor del delito aludido cuando él y su cónyuge conservan la patria potestad sobre el menor. Se ilustra lo anterior con la resolución de la Sala Tercera de la Corte que dictaminó: ' ...el artículo 184 de repetida cita se refiere a un tercero que sustrae o retiene a un menor o incapaz, del poder de sus padres, guardadores, curadores, tutores o persona incapaz, requisito que de modo obvio no se cumple en este asunto, al tratarse de la propia madre que mantiene en el seno familiar a los menores ' (N° 370-F-93 de 09:05 horas del 9 de julio de 1993). Tal interpretación no resiste el nuevo esquema en materia de derechos de los menores. La necesaria protección de la familia y sus integrantes lleva a considerar que el delito es de carácter pluriofensivo. ' Lo que tiende a proteger la ley penal es la actividad formativa y conductiva que desempeñan los padres, personas o entes que los sustituyan. El objeto esencial de ataque de estos delitos, es el libre ejercicio de la patria potestad o de las instituciones que la reemplazan o representan, por parte de padres, tutores o guardadores ' (Di Rinzi, op.cit. p. 268). O como señala Soler: ' De esta sistemática se deduce que la figura, para nuestra ley, es algo muy distinto de la pura ofensa a derechos familiares, y consiste en hacer desaparecer al menor, en robarlo a los padres...la figura está concebida como un delito mucho más grave que la privación de libertad y su gravedad es casi pareja con la del plagio ' (Op. cit. pp. 59). En tanto Creus, un tanto más conciliador con la doctrina de la protección integral de los menores, es del criterio que lo que ' la ley toma en cuenta es el libre ejercicio de las potestades que surgen de las relaciones de familia, que ciertos sujetos, originariamente o por delegación, tienen sobre el menor ' (DERECHO PENAL. Parte Especial. T. I. Ed. Astrea. Buenos Aires, 1993 p. 340). Ahora bien, lo importante es

delinear el objeto de protección frente a las nuevas corrientes. Bien se sabe que el derecho debe ajustarse a las necesidades que le va marcando la sociedad, por ello su constante evolución. Así, por ejemplo, el Código Civil de 1888 establecía, dentro de un concepto monárquico de familia, que la patria potestad le correspondía exclusivamente al padre, mientras que la madre estaba sujeta a éste. En el Código de Familia la autoridad parental constituye en cambio una situación jurídica mixta, es decir ' una potestad que comprende valoraciones jurídicas de necesidad y de posibilidad (deberes y poderes) ' (Pérez, Víctor. op cit. p. 248). Dentro de ese contexto dejó de ser la patria potestad ' un derecho de los padres para pasar a ser un instrumento para la satisfacción de los intereses del hijo ' (La dimensión personalista-comunitaria en materia de relaciones entre padres e hijos en el sistema latinoamericano. Pérez, Víctor. Revista de Ciencias Jurídicas N° 35 p. 247). Pasa el menor de ser un objeto de protección, para constituirse en un sujeto preferente de derechos. La Convención sobre los Derechos del Niño (C.D.N.) (Ley N° 7184 de 18 de julio de 1990) ' reconoce al menor derechos sociales, civiles y políticos. Con ellos, el niño adquiere su plenitud como sujeto de derecho y un nuevo modelo sistemático-normativo-jurídico de libertad y de protección integral que se sustenta en el superior interés del menor... ' (DERECHO DE MENORES. Rafael Sajón. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1995 p. 346). Esta doctrina de la ' protección integral ' que nace de la Convención, define a niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho en condición particular de desarrollo, a quienes se les debe conceder prioridad absoluta en las diversas políticas estatales de asignación de recursos y de atención (Vid. El maltrato y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Elías Carranza y Rita Maxera. VICTIMOLOGIA. Centro de Asistencia a la Víctima del Delito. Córdoba, Argentina, 1994. p. 37). Desde esa perspectiva el menor de dieciocho años posee iguales derechos que los adultos, más los que le corresponde por su especial condición, sin ningún tipo de discriminación. Los nuevos parámetros permiten afirmar que la familia es unidad social estructurada en función de los intereses de sus integrantes, basada en el diálogo, la comprensión y el respeto común. En ese tanto la tutela otorgada por el Estado a la familia se orienta a la protección individualizada de sus miembros, no como un simple ' centro de referibilidad de intereses jurídicos ' (Una breves observaciones sobre el llamado ' intereses familiar ' o ' interés de familia ' . Pérez, Víctor. Revista de Ciencias Jurídicas N° 27 p. 124). En ese sentido la familia es un ente comunitario de vida cuya tutela estatal se dirige a sus integrantes. ' La familia, en cuanto grupo, no es sujeto jurídico, y por ello no es potencial destinataria de intereses jurídicos (porque) cuando se habla de "intereses de familia ' , al máximo se trata de un interés existente para la atribución de particulares situaciones jurídicas a los miembros del grupo" (Pérez, Víctor op. cit. p. 125). Apreciando la situación desde esa óptica el menor no puede ser tenido objeto material, tal cual si fuera entidad física dentro de la definición formal de la conducta ilícita. La protección legal debe extenderse no solo a la libertad en el ejercicio de los derechos-poderes emergentes de la patria potestad, sino también al derecho que le asiste al menor de contar con la protección de sus padres, a estar con ellos y poder desarrollarse adecuadamente. En ese contexto el preámbulo de la Convención citada dice: ' ... el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión ' . Mientras tanto nuestra Carta Magna es clara cuando establece que "nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes..." (Art. 40 C. POL.). Mal se haría estimar que los derechos de los menores no son afectados

cuando se le sustrae del poder o custodia de sus padres, aún si uno de ellos realizare la acción sustractora mientras el otro tiene la custodia del niño o niña. No solo es sujeto pasivo quien ejerce legítimamente la tenencia del menor, sino también éste, como persona, al ser privado de la protección de los progenitores o de alguno de ellos. Debe ser así porque la Convención citada establece en el primer párrafo del Artículo 7 que el niño tiene derecho a ' conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos ' . El interés superior del menor que informa la normativa en cuestión (Art. 3ibídem), impone la obligación a los Estados de preservar y garantizar plenamente la identidad de los menores (dentro de ella las relaciones familiares), de cualquier injerencia ilícita (Artículos 8 párrafos 1 y 2 y 16 párrafo 2). Desde luego que debe analizarse cada caso concreto para determinar la existencia del ilícito. En el subjuicio el inculpado W. e I.C., convivieron maritalmente y procrearon a A. Tiempo después la pareja se separa y el niño queda bajo la custodia exclusiva de I.. C. regresa tiempo después y en forma oculta logra llevarse a A a casa de su madre. Estas vicisitudes potencialmente lesionan los intereses del menor en los términos explicados supra. Consecuentemente la tutela del ámbito familiar, con respecto al menor y al derecho de su madre de tenerlo consigo, se afectó con la acción del justiciable, y por ello se estima existente el delito de ' Sustracción de Menores ' previsto y sancionado en la norma de reiterada cita. La sola circunstancia aducida por el interesado respecto al ejercicio de la patria potestad por parte del inculpado, no es elemento decisivo para la inexistencia del ilícito. El menor tiene derecho a la estabilidad familiar, a ser amparado por sus padres y a ser respetado en sus derechos fundamentales. Esa protección es integral y no parcializada, esto es, solo mirando la tutela de los derechos de los padres con respecto a sus hijos, sino también de éstos a contar con el auxilio y amparo de sus padres. No es en sí la familia como grupo, lo que resulta ser materia de protección, sino el particular interés de cada uno de sus integrantes. Y en este caso no solo se lesionó el derecho de la madre a tener a su hijo, sino el de éste de estar al lado de su progenitora, quien en el momento de la sustracción y desde su nacimiento, tenía la exclusiva custodia. No significa que al padre de la criatura se le esté regateando el derecho legítimo de estar con su hijo. Pero las circunstancias especiales del caso permiten concluir que estando separado de su compañera y manteniendo ésta la custodia del niño desde su propio nacimiento, si el deseo era proteger al niño, requería efectuar los trámites administrativos o legales pertinentes para que se decretase el abandono del menor, pero no tomarse la ley por su mano pretendiendo separar al niño del ámbito de protección de la madre. La supradicha Convención precisamente establece la obligación de los Estados de velar porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos. Esa separación solo puede ello lograrse mediante resolución de las autoridades competentes que determinen su procedencia, en el interés superior del niño, conforme a la ley y los procedimientos establecidos (Artículo9.1 C .D.N). También es claro, y así lo dispone el numeral 98 ibídem, que el Estado debe disponer de las medidas de protección al niño y al adolescente cuando estos derechos sean amenazados o violados, sea por acción u omisión de la sociedad o el Estado mismo, o por falta, omisión o abuso de los padres o responsables, o en razón de la conducta del propio menor (caso de niños o niñas en conflicto con la ley). Es inconcuso que los padres tienen el deber de cuidar y vigilar a sus hijos, sin escatimárseles a éstos un margen de libertad y autodeterminación, según cada etapa de su desarrollo. Es corriente que las voluntades antinómicas generadores de conflicto, las diriman muchos progenitores, o sus sustitutos, mediante la imposición de

la fuerza física o las vías de hecho. En un régimen donde impera la ley no es tolerable ese tipo de conducta si las vías de solución pacífica del conflicto, están claramente definidas. La acción del inculpado no es tolerable a la luz y la doctrina que domina actualmente esta materia. Así las cosas procede declarar sin lugar la revisión solicitada ". Con el repaso hecho hasta aquí pretende esta Cámara destacar que el tema del delito de "sustracción de persona menor de edad o sin capacidad volitiva o cognoscitiva" ha sido objeto de múltiples pronunciamientos, los cuales no pueden catalogarse de uniformes y pacíficos, como erróneamente lo consideró el *a quo* al reprender a todos los funcionarios judiciales que han intervenido en este proceso, basándose para ello en doctrina que ha sido abandonada de forma expresa por uno de sus autores, en la cita de una sentencia de la Sala Tercera que fue mal leída e interpretada y en otra del Tribunal de Familia que no posee relación directa con el asunto sometido a examen (la No. 1773-06, en la que se indica que al asignarse la custodia provisional de una persona menor de edad a uno de los padres, debe señalarse que se le suspende al otro).

II- A partir de la reforma introducida por la Ley No. 8387 de 8 de octubre de 2003, el artículo 184 del Código Penal contempla, ahora sí de forma expresa, la posibilidad de que los padres (al igual que los guardadores, curadores, tutores u otros individuos "encargados" de personas menores de edad o sin capacidad volitiva o cognoscitiva) sean autores del hecho punible. Se trata de un delito común del que, en principio, no resulta excluido, como autor, ningún sujeto. La exclusión deriva, más bien, del ámbito jurídico que resulta afectado por la conducta. En el texto de la ley -que, lamentablemente, sigue empleando una terminología que se esperaría referida a objetos, antes que a seres humanos-, una de las acciones realizadoras del tipo es la de "**sustraer**" a la persona menor de edad o incapaz "*del poder de sus padres, guardadores, curadores, tutores o personas encargadas*". Desde esta perspectiva, quien ejerza ese "poder" de forma legítima, no podría, en principio, incurrir en la ilicitud. La segunda conducta realizadora del tipo penal es la de "**retener**" a la persona contra la voluntad de quienes ejercen legítimamente aquel "poder" (es decir, contra la voluntad de los padres, guardadores, curadores, tutores o personas encargadas). Esto implica, por una parte, que existen ciertas acciones que, aunque propias de la responsabilidad parental, pueden ser delegadas, cedidas, encargadas o transferidas temporalmente a terceros, sin que ello implique renuncia de la responsabilidad (la cual es, de por sí, irrenunciable). Así, los padres que contratan a una niñera para que cuide a su hijo mientras ellos trabajan, no renuncian siquiera a la custodia de la persona menor de edad (uno de los atributos de la responsabilidad parental o "patria potestad"), sino que encargan su guarda y cuidado momentáneos a la niñera, quien asume deberes jurídicos de trascendencia incluso penal y ejerce esas actividades de forma legítima. Por otra parte, resulta claro que los individuos que ejercen el "poder" de forma delegada no pueden imponer su voluntad contra los titulares que hicieron la delegación. La niñera, por ejemplo, no puede retener al niño contra la voluntad de los padres que le encargaron el cuidado momentáneo, como tampoco pueden hacerlo los maestros, el conductor del autobús escolar o cualquier otro sujeto en similar posición. Ahora bien, debido en buena medida al trato "*cosificado*" del que tradicionalmente han sido víctimas las personas menores de edad y las privadas de capacidad volitiva y cognoscitiva, las interpretaciones de los verbos activos "*sustraer*" y "*retener*" no son sino un mal reflejo de las hechas respecto de delitos como el hurto y la retención

indebida y se concluye que el padre que no ha sido despojado judicialmente de la custodia de su hijo, no puede sustraerlo, pues lo mantiene "bajo su poder" o "ejerce" ese poder. Esto mismo sería predicable de la niñera, del maestro o del conductor del autobús escolar, quienes también ejercen la custodia y están a cargo de la persona menor de edad con el consentimiento del sujeto que legítimamente podía darlo, pero aquí se evidencia absurdo el criterio de que la conducta típica de "retener" se encuentra subordinada a la existencia de una previa "sustracción", pues, según esa tesis, la niñera que decide sacar al niño de la casa de los padres en la que ejercía el cuidado y llevárselo con ella para criarlo como propio, no cometería el delito, desde que no sustrajo (ya que tenía al niño "bajo su poder" de modo legítimo) ni tampoco retuvo, por no haber mediado la supuestamente requerida sustracción previa. En realidad, sí es entendible que al agente que sustrajo, no se le deba reprochar, además, el retener a la persona menor de edad y castigarlo por dos acciones distintas, cuando es evidente que se trata de una sola (aunque podría configurarse la agravante del inciso 1 del artículo 184 *Ter* del Código Penal "*Si la sustracción dura más de tres días*"); pero también salta a la vista que, en el ejemplo de la niñera recién citado, ella incurrió en la conducta típica, sustrayendo al niño y lesionando un bien jurídico cuyo contenido y alcances sobrepasan, con mucho, el de la libertad y así lo estimó el legislador al sancionar la sustracción de persona menor de edad con pena de cinco a diez años de prisión, frente a la pena de seis meses a tres años de prisión con que se reprime la privación de libertad sin ánimo de lucro o aun la de cuatro a diez años de prisión de las formas agravadas de privación de libertad (artículos 191 y 192 del Código Penal, luego de la reciente modificación legal de la última norma). Se colige de lo expuesto que el hecho de ejercer el cuidado o la custodia o hallarse a cargo de la persona menor de edad o sin capacidad cognoscitiva y volitiva no implica, *per se*, la imposibilidad de ser autor del delito. En el caso de los padres, resulta claro que, en circunstancias ordinarias, ambos comparten todos los atributos de la responsabilidad parental, tanto de hecho como de derecho. No obstante, cuando se separan por mutuo acuerdo, sin intervención jurisdiccional, tal acuerdo se extiende al tema de la custodia de los hijos y al establecimiento de un régimen de visitas; acuerdo que, desde luego, puede gestionarse de forma directa ante los tribunales; pero el hecho de que no exista pronunciamiento judicial que disponga la forma en que se ejercerá la custodia no significa que uno de los padres pueda sustraer o retener al niño o niña y privar de su custodia al progenitor que de hecho la ejerce. En esa hipótesis, puede configurarse la ilicitud prevista en el artículo 184 del Código Penal. Desde luego, el hecho admite causas de justificación como el estado de necesidad o el cumplimiento de un deber legal (por ejemplo: el fundamental de los padres de proteger a sus hijos, preservando su vida, su integridad física, su salud, su indemnidad sexual), o bien causas de exculpación como la inexigibilidad de otra conducta, en casos concretos; al tiempo que existen disposiciones legales expresas que dan prevalencia a otros criterios, aun contra la voluntad de los padres (v. gr., la decisión médica prevista en el artículo 144 del Código de Familia: "*Cuando sea necesaria una hospitalización, un tratamiento o una intervención quirúrgica, decisivos e indispensables para resguardar la salud o la vida del menor, queda autorizada la decisión facultativa pertinente, aun contra el criterio de los padres. En los casos de menores representados por el Patronato Nacional de la Infancia, se aplicará igual disposición ante una discrepancia*"). Por supuesto, la determinación de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad de la acción debe realizarse en cada situación específica, apreciando la concurrencia de los

presupuestos exigidos por el principio de legalidad penal y, por último, ha de tenerse presente que, sin separarse de la terminología empleada por el legislador y su significado, resulta siempre necesario analizar el bien jurídico protegido en cada tipo penal y evitar interpretaciones provenientes de los delitos patrimoniales que se pretendan aplicar a hechos punibles en los que el objeto de la acción es una persona y no una cosa, ya que esa equiparación o traslado de criterios hermenéuticos arrastra insalvables defectos lógicos e impide la correcta aproximación al problema. En este asunto, los juzgadores estimaron atípica la conducta investigada, por la sola circunstancia de existir un vínculo matrimonial entre los progenitores de la persona menor de edad; pero tal tesis, por las razones aquí expuestas, no puede compartirse. Con lo dicho no pretende esta Cámara sugerir que el imputado es culpable o inocente del delito que se le atribuye y ni siquiera que su acción fuese típica; sino destacar que el específico motivo invocado por los jueces para considerarla atípica no es correcto. Así las cosas, se declara con lugar el recurso. Se anula en su totalidad el fallo impugnado y se ordena remitir las diligencias al *a quo*, para que se provea a la sustanciación de nuevo juicio, con arreglo a derecho.”

3. Sustracción de menor o persona sin capacidad volitiva o cognoscitiva: Acciones que configuran el tipo penal

[Sala Tercera de la Corte]^{iv}

Voto de mayoría

“V. [...] En cuanto a los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, el Tribunal interpreta que de conformidad con el artículo 184 del Código Penal, el delito se configura de dos formas la primera al sustraer a una persona menor de edad o sin capacidad volitiva o cognitiva del poder de sus padres, y si bien afirma que en el presente caso dicha sustracción se acreditó, omite establecer de qué forma se materializó dicha sustracción, habida cuenta de que la propia A. admitió que no opuso resistencia a la acción de la encartada de tomar al niño. En criterio del Tribunal, la segunda conducta típica es la de retener a una persona menor de edad o sin capacidad volitiva contra la voluntad de sus padres, lo que es cierto siempre y cuando se tenga presente que la tipicidad de la retención está vinculada con la sustracción previa y, por lo tanto, no incurre en el referido delito quien retiene a una persona menor de edad, que no ha sido objeto de sustracción. En este aspecto la doctrina mayoritaria ha señalado: *“Son acciones típicas la de sustraer al menor y la de retener u ocultar a un menor **que ya ha sido sustraído**. El pensamiento de que se trata de tres acciones distintas, totalmente autónomas entre sí, que tantos problemas interpretativos ha traído a nuestra doctrina, está completamente superado: **la retención u ocultación tiene que referirse a un menor que haya sido sustraído para que tales conductas resulten típicas**. En la sustracción, el agente se apodera de la persona del menor, despojando de él a quien lo tenía legítimamente en su poder, apartándolo de los lugares donde ejercía su tenencia, logrando que el mismo menor se aparte (la inducción a la fuga del menor de diez años, coronada por el éxito, queda cubierta por la norma que examinamos), impidiendo que el legítimo tenedor vuelva a la*

*tenencia del menor cuando aquélla se ha interrumpido por cualquier causa (p.ej., apoderándose del que ha sido dejado por descuido en una estación de ferrocarril). Con relación al menor, los medios de que se vale el agente son indiferentes -ya vimos que el consentimiento es irrelevante- pero, con referencia a la persona a quien se despoja de la tenencia, esos medios **tienen que implicar la ausencia de su consentimiento**"(el resaltado es suplido, Creuss, Carlos. Derecho Penal Especial, tomo I, pags. 318 y ss.). Sobre el mismo punto, señala el tratadista Donna: "la esencia del delito está en la sustracción del menor, y no en las otras dos conductas que requieren, como presupuesto, que se haya dado ésta. Para que el delito concorra se requiere que el hecho se produzca mediante sustracción, que la persona sustraída sea un menor de diez años y que la sustracción se produzca del poder de las personas encargadas del cuidado del niño (padres, tutores o encargados), es decir que no exista consentimiento por parte de las mismas ... Por lo tanto, y en este punto la doctrina mayoritaria es tajante, no es posible razonar, dentro de la estructura del tipo penal, que cuando se habla de "sustraer", "retener" u "ocultar" estamos en presencia de tres acciones diferentes, sino que la retención o ocultamiento del menor deben referirse a un niño previamente sustraído. 'La acción de sustraer implica apoderarse para sí o para un tercero del menor o apartarlo o sacar al niño de la esfera de custodia a la que se encuentra sometido.'" (Donna, Edgardo. Derecho Penal Especial, tomo II-A, p. 217). Si bien nuestro tipo penal, no contiene la ocultación como acción típica, si prevé la retención del menor, señalando al respecto "igual pena se aplicará contra quien retenga a una de estas personas contra la voluntad de estos", entendiéndose que con la expresión "a una de estas personas", se alude al sujeto pasivo descrito en la primera parte del tipo, sea a una persona menor de edad o sin capacidad volitiva o cognoscitiva que ha sido sustraída. Por lo expuesto, encontrándose el vicio de derivación y falta de fundamentación apuntado, se anula la sentencia recurrida y consecuentemente se dispone el reenvío del expediente ante el mismo Tribunal sentenciador, para una nueva sustanciación con distinta integración. En virtud de lo aquí dispuesto, por innecesario se omite conocer el primer motivo del recurso interpuesto por el licenciado Brenes Navarro."*

4. Sustracción de menor o persona sin capacidad volitiva o cognoscitiva: Competencia del Tribunal de Casación para conocer cuando concurre con violación calificada

[Tribunal de Casación Penal de Cartago]^y

Voto de mayoría

"III.- Sobre el delito de sustracción de menor. De previo a exponer el fondo de lo resuelto, este Tribunal de Casación se plantea el tema de la competencia para resolver el recurso presentado en cuanto al delito de sustracción de menor. Esta figura, según la regulación contenida en el artículo 184 del Código Penal, cuando no se trate del supuesto en que el autor sean los padres, guardadores, tutores, o personas encargadas de la persona menor de edad, tiene prevista una pena de cinco a diez años de prisión. La competencia de este Tribunal de Casación Penal, la delimita el artículo 93 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en que se establece entre otros

supuestos los casos de los delitos contra la libertad sexual y los referidos a estupefacientes, sustancias psicotrópicas drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas. Aclara esa norma que si en el mismo proceso se atribuyen otros delitos, además de los antes mencionados, su conocimiento corresponderá al órgano de casación competente para conocer el delito de mayor gravedad (cfr. art. 93 de la L.O.P.J. reformado por Ley de Apertura de la Casación Penal). En el caso concreto al acusado, se le atribuyeron varios delitos de violación calificada, prevista en el artículo 157 inciso 6 (cuando se produce el embarazo de la víctima), con una pena de 12 a 18 años de prisión. De manera que los delitos más graves son las figuras de violación calificada, por lo que este Tribunal adquiere competencia para juzgar la sustracción de menor pese a que tiene prevista una pena de 5 a 10 años de prisión.”

5. Incumplimiento del deber alimentario: Análisis sobre el dolo respecto a la omisión de la frase “deliberadamente” en la acusación

[Tribunal de Casación Penal de San Ramón]^{vi}

Voto de mayoría

“I.- En su **único motivo del recurso** de casación, el fiscal de San Carlos, licenciado Minor Chacón Calderón, con cita de los artículos 443, 444, 447, 448, 450 y 451 del Código Procesal Penal, acusa que el Tribunal incurrió en una errónea interpretación de la ley sustantiva, propiamente del artículo 185 del Código Penal. Argumenta que al amparo de la figura penal del incumplimiento del deber alimentario se formuló la acusación en la presente causa, la que describe todos los elementos exigidos por dicho tipo penal, haciendo alusión a que la falta de pago del imputado en relación a su deber alimentario, se dio “*sin justificación alguna*”, cumpliéndose así con la referencia que se da en el tipo penal en el sentido de que la conducta debe ser deliberada. No obstante lo anterior, el Tribunal Penal de San Carlos decidió absolver al imputado considerando que la acusación es deficiente por no contemplar el término “deliberadamente”, que utiliza el tipo penal lo que para el recurrente constituye una errónea interpretación del tipo penal, pues el lenguaje proporciona múltiples formas de expresar una misma idea, por lo que no existe necesidad de que la acusación contenga dicho término exclusivamente. Sobre este particular, el recurrente insiste en indicar que: “...las reglas de la lógica, la experiencia y la sana crítica nos dicen que dentro del idioma español y propiamente al analizar el contenido de la tesis fáctica, al hacer referencia a algo que se hace sin justificación alguna, se equipara total y completamente con la palabra deliberada...”

(cfr. folio 711, líneas 12 a 15). Agrega además, que la obligación alimentaria fue establecida en virtud de una orden jurisdiccional que se encuentra firme, dictada luego de un exhaustivo análisis de la situación económica del imputado, por lo que evidentemente éste sí tiene la posibilidad económica de hacerle frente a esa responsabilidad, ya que no le fue impuesta de manera arbitraria, de suerte que el no pago a la agraviada de la pensión a la que está obligado, ha sido simplemente porque no ha querido de forma deliberada, o lo que es lo mismo, injustificadamente. Agravia

que si se hubiera interpretado correctamente el tipo penal del artículo 185 del Código Penal, necesariamente se hubiera arribado a una sentencia condenatoria en contra del imputado. Con base en su argumentación, solicita se case la sentencia y se ordene el reenvío para una nueva sustanciación. **Los reclamos son atendibles:** El motivo invocado por el recurrente es la inobservancia del precepto 185 del Código Penal, el que se estima debió ser aplicado en la presente causa, pues la acusación formulada contra el imputado describe todos los elementos requeridos por el tipo penal que se dejó de aplicar y, por otra parte, se logró demostrar la participación penalmente responsable del imputado en los hechos acusados. Esta integración del Tribunal de Casación aprecia el error en el razonamiento del Tribunal que reprocha el recurrente, que hace que el fallo carezca de una motivación clara, razonada y razonable sobre lo que tenía que decidir. [...] Que el Juez Penal de la Etapa Intermedia no analizó, como correspondía, la acusación, ya que en los hechos V y VI de la referida pieza se dice que la conducta atribuida al justiciable se realizó *"sin justificación alguna"*. Luego de proceder el juez a la lectura de cada uno de los puntos de la pieza fiscal, se formula las siguientes interrogantes: *¿dónde está la descripción de un elemento constitutivo del delito?, ¿Dónde está la conducta dolosa?* y, siempre en este contexto de dudas que le surgieron, vuelve a cuestionarse: *"Me pregunto yo como juez: ¿Qué es "sin justificación alguna"?"* Además, el juez no se limita a puntualizar las falencias de la acusación sino que detalla cómo, desde su punto de vista, debió estructurarse la misma. En tal sentido indica que debió indicar que: *"...el imputado teniendo conocimiento de la obligación que tenía de pagar la pensión a doña F. y el imputado teniendo los medios suficientes para pagar esa pensión a favor de doña F, no lo ha hecho. Si así se hubiese acusado el mismo (...), si se hubiese acusado de esta forma y esto se hubiese demostrado, se demuestra el dolo, porque si don P. tiene los medios para pagar y no paga es evidente que, diay, que no quiere pagar, un actuar totalmente doloso, que no le dan ganas de pagar..."*

(se expone a partir del marcador 14:55:36 y finaliza en el 14:56:42). En síntesis, luego de endilgarle a la acusación los mencionados defectos, particularmente que ésta no describe una conducta dolosa y por ello, el comportamiento que se le atribuye al justiciable resulta atípico, se decanta por un fallo absolutorio, el que se sustenta plenamente en dichas consideraciones. Para esta Cámara de Casación la motivación del fallo que hace el Tribunal resulta errada por las razones que de seguido se exponen. Como cuestión inicial tenemos que indicar que al justiciable P. el Ministerio Público le atribuye [...] *que, mediante resolución de las once horas del 27 de junio de 2006, el Juzgado de Pensiones Alimentarias de Escazú le impuso la obligación de pagar una cuota alimentaria provisional de doscientos mil colones por mes a favor de la ofendida F, resolución que le fue notificada de forma personal. Que mediante sentencia de primera instancia, dictada por el Juzgado de Pensiones Alimentarias de Escazú, de manera definitiva se le impuso, la obligación de pagar una cuota alimentaria a favor de F, en su condición de esposa, por la suma de cien mil colones mensuales. La referida resolución fue debidamente notificada el veintiocho de abril de 2007. Que a pesar de la existencia de dicha obligación alimentaria, el encartado, sin justificación alguna, ha incumplido su deber de asistir a la ofendida, adeudando varias cuotas, según la liquidación que al efecto suministró el Juzgado de Pensiones Alimentarias donde radica el expediente y que detalla la acusación [...]* El hecho acusado fue calificado como configurativo de un delito de Incumplimiento del Deber Alimentario, en la modalidad de delito continuado. Para esta integración del Tribunal

de Casación, la acusación construida de esa forma permite preparar adecuadamente la defensa, contestarla, ofrecer prueba en descargo, contradecir la que se ofrece y también que se vierta la decisión correspondiente por parte del Tribunal (sentencia), por lo que resulta infundado el reproche que le hace el juez de mérito al requerimiento fiscal. Con respecto a este tema es preciso tomar en cuenta el núcleo fáctico significativo del objeto procesal, lo que a su vez remite, de manera ineludible, a la ley penal, por ser ésta la que proporciona los criterios para conocer si una circunstancia fáctica o elemento de otro tipo tiene o no importancia para el fallo. Conforme con lo anterior, tenemos que el tipo penal concernido (artículo 185 del Código Penal), tratándose de un delito de omisión propia, describe la acción externa, la cual consiste en [...] *omitir el pago de la prestación alimentaria a la que legalmente está obligado, pudiendo hacerlo [...]*, de tal manera que este comportamiento omisivo viene a truncar la expectativa del ordenamiento jurídico, lo que se traduce en una lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado. El artículo 185 ídem, reprime con prisión de un mes a dos años o una multa igual a la mitad del salario mínimo establecido por la Ley N° 7337, del 5 de mayo de 1993, a los obligados a prestar alimentos (entre otros supuestos) que: *"deliberadamente, mediando o no sentencia civil, omite prestar los medios indispensables de subsistencia a que está obligado"*. El delito se comete por un comportamiento pasivo del sujeto activo, propiamente al omitir el deber de prestación de los medios indispensables para la subsistencia, cuando la ley le obliga a dicha prestación. En la omisión propia el legislador quiere, con la acción demandada, evitar el resultado que ha sido desvalorado por el orden jurídico. En el precedente número 2009-279 de éste Tribunal de Casación Penal, de las diez horas veinte minutos del treinta y uno de julio de 2009, se analiza el tema del tipo penal omisivo. Se transcribe el siguiente párrafo: *"...Al respecto del tipo penal omisivo, y a diferencia del comisivo, la doctrina ha exigido como elemento objetivo que el obligado tenga, en el caso concreto, la posibilidad material de cumplir con lo ordenado, mientras que en lo relativo al aspecto subjetivo (dolo) que su conducta omisiva vaya enfocada e intencionalmente dirigida a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado. En tal sentido se indica: "... El autor puede colocarse, respecto a las consecuencias de su omisión antijurídica (resultado típico), en la forma de dolo directo de primer grado (intención), de dolo directo de segundo grado o de dolo eventual ... Por ello, es intencional una omisión, desde el punto de vista del individuo, si esa omisión sólo se explica racionalmente por la intención de producción del resultado, a consecuencia de su omisión, y si el individuo tiene una disposición subjetiva a tener en el momento del hecho el comportamiento adecuado para que el resultado ocurra. Solamente cuando se den esas condiciones -difíciles de probar- podemos decir que existe la forma de dolo llamada intención, porque ellas hacen evidente que el sujeto utilizó la omisión como medio para determinado fin ...", Castillo González (Francisco), "EL DOLO, SU ESTRUCTURA Y SUS MANIFESTACIONES", Editorial Juritexto, San José. 1a edición, 1999, páginas 206 y 207. De manera semejante se ha indicado: "... La omisión en sí misma no existe, la omisión es la omisión de una acción que se puede hacer y, por eso mismo, está referida siempre a una acción determinada, cuya no realización constituye su esencia. No existe una omisión en sí, sino, siempre y en todo caso, la omisión de una acción determinada. De aquí se desprende que el sujeto autor de la omisión debe de (sic) estar en condiciones de poder realizar la acción; si no existe tal posibilidad de acción, por las razones que sean, no puede hablarse de omisión ... Omisión no es un simple no hacer nada, sino no realizar una acción que el sujeto está*

en situación de poder hacer. Así, las causas que excluyen la acción son también, al mismo tiempo, causas de exclusión de la omisión. La posibilidad de acción es, por consiguiente, el elemento ontológico conceptual básico común tanto a la acción, como a la omisión ... El delito omisivo consiste siempre, por tanto, en la omisión de una determinada acción que el sujeto tenía obligación de realizar y que podía realizar ... La no prestación de una intervención (no socorrer) posible y esperada, determina el cumplimiento de los elementos objetivos del tipo de injusto de este delito omisivo ... En el ámbito subjetivo, la imputación a título de dolo requiere el conocimiento de la situación típica y de las posibilidades de intervención que el sujeto tiene y que se sustraiga voluntariamente, a pesar de ese conocimiento, a la obligación de actuar ...", Muñoz Conde (Francisco) y García Arán (Mercedes), "DERECHO PENAL, PARTE GENERAL", editorial Tirant lo Blanch, Valencia. 3a edición, 1998. Páginas 266 a 270. En este mismo sentido pueden consultarse las siguientes obras: (i) Muñoz Conde (Francisco), "TEORÍA GENERAL DEL DELITO", EDITORIAL Temis, Bogotá. Reimpresión de 1990, páginas 29 y siguientes; (ii) Binder (Alberto M.), "INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL", editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina. 1a edición, 2004. Páginas 149 y siguientes; (iii) Zaffaroni (Eugenio Raúl), "MANUAL DE DERECHO PENAL, PARTE GENERAL", editorial EDIAR, Buenos Aires, Argentina. 1a edición, 2005. Páginas 441 y siguientes; (iv) Luzón Peña (Diego Manuel), "CURSO DE DERECHO PENAL, PARTE GENERAL", editorial Hispamer, Colombia. 1a edición, 1995. Páginas 403 y 404..."

El párrafo anterior ilustra sobre la concepción dogmática del tipo penal omisivo, de donde resulta válido afirmar que estos delitos son la contrapartida de los delitos simples de actividad. En estos supuestos, al autor se le imputa que, pudiendo hacerlo según la expectativa jurídica, no interviene o actúa, en este caso cubriendo la prestación alimentaria a la que está obligado. La norma penal (artículo 185 del Código Penal) se vincula con lo que dispone el artículo 34 del Código de Familia, que en lo que interesa establece: "*Los esposos comparten la responsabilidad y el gobierno de la familia. Conjuntamente deben regular los asuntos domésticos, proveer a la educación de sus hijos y preparar su porvenir. Asimismo están obligados a respetarse, a guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deben vivir en un mismo hogar salvo que motivos de conveniencia o salud para alguno de ellos o de los hijos justifiquen residencias distintas*" (el subrayado es suplido). Es así como, con cierta licencia de vocabulario, la consumación del plan delictual se da en el momento en que el sujeto activo desatienda u omite dolosamente esta obligación de asistencia alimentaria, teniendo la posibilidad de realizar el comportamiento activo esperado por el ordenamiento jurídico, sin que en general, lo "deliberado" sea una circunstancia de ordinario, deba estar contenida en la acusación, como sí lo estará la circunstancia y el concepto objetivo de no realización de una determinada acción (pagar la pensión alimentaria), estando legalmente obligado a ello, en virtud de una obligación legal, y que el supto esté en condiciones de cumplir. En cuanto al tipo subjetivo, por tratarse de un delito doloso, tenemos que el comportamiento que se le viene atribuyendo al encartado es el que determina el tipo injusto (dolo). De los términos en que aparece redactada la acusación, hay base suficiente para sostener que el encartado ha tenido conocimiento de la situación típica (la obligación de pagar la pensión alimentaria) y el conocimiento (o el deber de conocer) de la posibilidad de acción, es decir, de pagar o de cubrir la deuda alimentaria a favor de su esposa, cuestiones estas que son las que determinan el tipo injusto (dolo directo en este caso), por lo que ninguna importancia

tiene reparar en el hecho de si la acusación contiene o no la frase "deliberadamente". De acuerdo con lo que se ha indicado, resulta obvio y notorio que la acusación no presenta el vicio que le endilga el juzgador, pues ese elemento fáctico o concepto que se dice debe integrar la acusación, no ostenta la relevancia que le atribuye el juez para efectos de la tipicidad, ni constituye una cuestión que interese a los efectos de la determinación del dolo, pues al respecto -valga insistir- lo que determina el tipo injusto es el conocimiento de la situación fáctica (la obligación de pagar la pensión alimentaria) y el conocimiento (o deber de conocer) la posibilidad que se tiene de acción, esto es, de pagar la deuda alimentaria. De todas formas, la fórmula empleada en la acusación para describir el comportamiento típico: "sin justificación alguna", resulta ser bastante similar y expresa la misma idea del legislador contenida en el tipo penal. Es claro entonces que contra lo que tenía que defenderse el acusado era el núcleo de la imputación, la hipótesis fáctica, es decir el haber omitido "sin justificación alguna", estando obligado legalmente a ello, el pago de la pensión alimentaria a favor de su esposa F , cuyos montos adeudados se detallan en la acusación. En síntesis, la acusación quedó correctamente formulada, lo cual le ha permitido al justiciable una defensa eficiente. En el caso concreto la motivación es errónea y no podría este Tribunal de Casación justificar este razonamiento de la sentencia. El error en el razonamiento hace que el fallo carezca de una motivación adecuada, lo que impone anular en un todo lo resuelto. Se dispone del reenvío para una nueva sustanciación conforme a derecho."

6. Incumplimiento del deber alimentario: Elemento subjetivo

[Tribunal de Casación Penal de San José]^{vii}

Voto de mayoría

"I.- PRIMER, SEGUNDO Y TERCER MOTIVOS: ***Errónea aplicación del artículo 185 del Código Penal y violación del principio de congruencia y de la sana crítica.*** Como una cuestión de fondo y amparado en lo dispuesto por los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, 8.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 443 del Código Procesal Penal, el defensor público del encartado reprocha en el ***primer motivo*** de su recurso la inobservancia de la norma sustantiva arriba citada, por errónea aplicación. Su reclamo se centra en que se tuvo por demostrado que el imputado tiene la obligación de pagar una pensión alimentaria, pero que se ha negado a hacerlo. El tipo penal de incumplimiento del deber alimentario contiene un dolo calificado, esto es, una intencionalidad adicional o una motivación maliciosa ("*deliberadamente*"). No obstante lo anterior, la sentencia sólo tiene por acreditado que se dejó de pagar la pensión, sin agregar una palabra más. Si bien el juzgador indica que el señor Madriz Jiménez se ha negado a pagar, ello no dice absolutamente nada. En el ***segundo apartado*** se denuncia el quebranto de la misma normativa que se mencionó en el anterior acápite, pero el alegato se plantea como una cuestión de forma. En concreto, se alega que en la acusación fiscal no se incluye el elemento intencional que requiere el tipo subjetivo, esto es, que el encartado hubiera omitido "*deliberadamente*" prestar los medios de subsistencia para sus hijos. Pese a lo

anterior, el juez indicó en la sentencia que ese incumplimiento fue deliberado, lo que sí encaja en el tipo penal. De nuevo invocando la misma normativa, en el **tercer motivo** el defensor público denuncia el irrespeto a las reglas de la sana crítica, pues de la lectura del fallo se extrae que en cuanto a lo *deliberado* de la actuación del encartado, el juzgador lo derivó de un hecho que de acuerdo con la lógica, en realidad no le permite llegar a esa conclusión, esto es, que él conoce que sus hijos ocupan de su ayuda y que su ex esposa no tiene los medios para proveerlos. *Ninguno de los alegatos es atendible.* De la sola comparación de los dos motivos que aquí se conocen, se constata que los mismos resultan contradictorios, pues mientras en el primero se alega que no se tuvo por demostrado que la falta de pago de la pensión fuese deliberada (lo que supondría una atipicidad de la conducta), en el segundo y tercero más bien se reprocha el que mediante el quebranto de las reglas de la sana crítica se tuviera por demostrada dicha circunstancia a pesar de que no aparece descrita en la acusación fiscal, con lo cual el mismo defensor estaría admitiendo lo que previamente negó. Del contenido del fallo se logra advertir que el juez de mérito sí tuvo por demostrado que el imputado Madriz Jiménez se ha negado *deliberadamente* a cubrir el pago de la pensión que le fuese impuesta por las autoridades judiciales (cfr. folio 143 vuelto, línea 6 en adelante), con lo cual se descarta el supuesto yerro de fondo que se desarrolla en el primer motivo. De acuerdo con el contenido del fallo, se tuvo por demostrado lo siguiente: "... Que de acuerdo al expediente Nº 01- 700333-0347-PA, al (sic) Pablo de la Trinidad Madriz Jiménez se le impuso pensión alimentaria a favor de sus tres menores hijos ... Que de acuerdo al anterior expediente de Pensión Alimentaria, Pablo Madriz Jiménez, en reiteradas ocasiones dejó (sic) de pagar la pensión a sus hijos; 3.- Que el señor Madriz Jiménez se ha mantenido laborando desde que se le impuso la cuota alimentaria ... y a la fecha del juicio, que le ha permitido corresponder con la cuota dispuesta para sus hijos, y pese a ello se ha negado a pagarla ..."

(cfr. folio 141 frente, línea 2 en adelante). Si bien es cierto de la sola comparación del contenido de esta relación de hechos probados con aquella que se narra en la pieza acusatoria, fácilmente se constataría que -en apariencia- el abogado defensor llevaría razón en su reclamo, pues mientras en ésta sólo se menciona que el encartado no cumplió con el pago de la pensión alimentaria a la que estaba obligado judicialmente (lo que no implicaría ninguna imputación penal), el Tribunal habría ido más allá al tener por demostrado que ese incumplimiento fue doloso, pues a pesar de que permanece laborando desde que se hizo esa fijación, lo que le permitía cubrir con dicha cuota, Madriz Jiménez se niega a pagarla. En este sentido indica la acusación: "... Mediante resolución de las catorce horas y cuarenta minutos del veinticuatro de febrero de dos mil cuatro el Juzgado de Pensiones Alimentarias le previno a Pablo de la Trinidad Madriz Jiménez que según lo dispuesto en sentencia de Juzgado de Familia de Cartago siete (sic) horas cincuenta y nueve minutos del seis de noviembre del año dos mil tres la obligación de depositar la suma de veinticinco mil colones por mes por concepto de pensión alimentaria a favor de sus hijos ...e igual suma por concepto de aguinaldo pagaderos los primeros quince días de mes (sic) de diciembre de cada año, junto con la cuota ordinaria ... Apesar (sic) de que era deber tanto como padre biológico como por lo dispuesto por una autoridad judicial depositar esos dineros; el 16 de agosto del año 2004 el imputado adeudaba por concepto de pensión alimenticia (sic) la suma de ciento cincuenta mil colones, correspondientes a los meses de marzo, abril, mayo, junio, agosto del (sic) 2004, omitiendo con ello prestar los medios de

subsistencia para sus hijos ..." (cfr. folio 63, línea 27 en adelante). De lo anterior se colige que -según lo hace notar la defensa- en efecto la pieza fiscal no incorpora ninguna imputación penal, pues sólo describe el incumplimiento de pago a cargo del deudor alimentario, lo que en sí mismo ni configuraría el delito previsto por el artículo 185 del Código Penal, que como elemento subjetivo requiere que dicha omisión sea "*deliberada*". No obstante, el recurrente deja de lado que en este asunto también se formuló acusación privada por parte de la señora Adriana Sánchez Alfaro, la que de manera impropia no aparece transcrita en el fallo a pesar de que fue expresamente declarada con lugar (cfr. folio 143 vuelto, líneas 26 y 27), donde sí se puntualizó que la omisión del acusado es dolosa y deliberada: "... Sexto. Al no ser constante el obligado al pago del deber alimentario fijado por sentencia como se ha señalado, con su accionar doloso como padre-biológico-legal de los tres menores de edad, y que en forma deliberada omite prestar los medios indispensables de subsistencia de sus tres hijos menores de edad, agravando la situación más gravemente (sic), ya que trata de eludir la obligación alimentaria al cambiar constantemente de trabajos y además que ni siquiera aporta los documentos de atención médica de la Caja Costarricense de Seguro Social para que en caso de enfermedad de los niños y la niña sean atendidos en los lugares del caso ..."

(cfr. folio 91, línea 35 en adelante). Por otra parte, no comparte este Tribunal de Casación la tesis del impugnante, quien afirma que la alusión que hace el juzgador, en el sentido de que el imputado se niega a cumplir con su deber alimentario, no determina un actuar doloso. Contrario a ello, de manera clara y suficiente en el fallo se explica que no se evacuó prueba alguna que justifique de manera razonable el incumplimiento acreditado (cfr. folio 141 vuelto, línea 3 en adelante), siendo que se estableció que, pese a que ha venido trabajando (lo que implica que percibe algún ingreso económico) y sabe que su ex esposa no puede cubrir los gastos esenciales de manutención de los menores, el acusado no cumple con su deber de alimentarlos, lo que es suficiente para comprender que teniendo medios económicos para ello, se niega a hacerlo (cfr. folio 143 frente, línea 17 en adelante; folio 143 vuelto, línea 1 en adelante). Como se advierte, el defensor deja de lado que el juez valoró que el señor Madriz Jiménez ha contado con trabajo, de modo que no obstante tener los medios necesarios para suplir su obligación económica con respecto a sus hijos, hasta la fecha no lo hace. Tal conclusión resulta lógica y respetuosa de las reglas de la experiencia, por lo que no se advierte en ella ningún yerro que deslegitime la decisión adoptada en el tanto se tuvo por demostrado que su actuar omisivo es doloso (deliberado), según lo exige el tipo penal aplicado. Así las cosas, se declaran sin lugar los tres motivos de casación que formula el abogado defensor público del encartado. II.-

CUARTO MOTIVO (forma): **Falta de fundamentación intelectual**. En este cuarto motivo por vicios in procedendo se acusa el irrespeto de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, 8.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 443 del Código Procesal Penal, el defensor público del encartado reprocha una falta de fundamentación debido a que no se analizó el expediente del proceso por pensión alimentaria, donde aparece una resolución en virtud de la cual se le concedió al imputado la posibilidad de pagar en tractos su deuda, de lo cual se colige que él no había podido honrar su obligación por "*razones válidas*". Dicha situación ya había sido valorada en esa vía, por lo que no podría pretenderse en este proceso penal una nueva valoración de la misma, con lo cual se desconocería un pronunciamiento judicial

firme. La queja no es atendible. El reclamo parte de varias premisas que este Tribunal no comparte, pues no es cierto que lo resuelto por el juez de pensiones alimentarias produzca cosa juzgada, a tal punto que su decisión de haber admitido el pago en tractos de la deuda preexistente, condicione o vincule al juez de la materia penal. Por otro lado, tampoco es cierto que esa forma de pago que se le autorizó al encartado, implique per se que el mismo tenía una imposibilidad absoluta para asumir dicha obligación, pues si así hubiera sido, más bien tenía que habersele exonerado de ello, lo cual no sucedió. Contrario a esto, en el debate se recibió el testimonio de la querellante Adriana Sánchez Alfaro, quien sostuvo que el acusado se ha mantenido laborando en "*Distribuidora Blanco*", y a pesar de ello se niega a cubrir el pago de la pensión correspondiente a sus tres hijos menores, realizando -incluso- varias maniobras para evadir esa responsabilidad (cfr. folio 141 vuelto, línea 7 en adelante), en lo cual se le reconoció plena credibilidad (cfr. folio 142 vuelto, línea 8 en adelante). Con base en lo anterior, se declara sin lugar el reclamo en todos sus extremos."

7. Incumplimiento del deber alimentario: Naturaleza y bien jurídico tutelado

[Tribunal de Casación Penal de San José]^{viii}

Voto de mayoría

"II. En el único motivo de casación [del Ministerio Público] 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 la 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 empeinado 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 la 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 siempre 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 insoluble 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."

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

ⁱⁱ Sentencia: 00118 Expediente: 94-000333-0008-PE Fecha: 18/04/1994 Hora: 9:20:00 AM Emitido por: Tribunal de Casación Penal de San José.

ⁱⁱⁱ Sentencia: 00164 Expediente: 10-006261-0369-PE Fecha: 03/07/2013 Hora: 2:26:00 PM Emitido por: Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de Guanacaste, Santa Cruz.

^{iv} Sentencia: 01363 Expediente: 10-000495-1092-PE Fecha: 30/11/2010 Hora: 2:50:00 PM Emitido por: Sala Tercera de la Corte.

^v Sentencia: 00382 Expediente: 08-201807-0456-PE Fecha: 07/12/2009 Hora: 2:30:00 PM Emitido por: Tribunal de Casación Penal de Cartago.

^{vi} Sentencia: 00420 Expediente: 08-001806-0647-PE Fecha: 29/09/2011 Hora: 2:10:00 PM Emitido por: Tribunal de Casación Penal de San Ramón.

^{vii} Sentencia: 01295 Expediente: 04-001819-0345-PE Fecha: 07/12/2006 Hora: 10:45:00 AM Emitido por: Tribunal de Casación Penal de San José.

^{viii} Sentencia: 01017 Expediente: 04-200279-0396-PE Fecha: 07/10/2005 Hora: 2:20:00 PM Emitido por: Tribunal de Casación Penal de San José.