



Derechos fundamentales de las personas menores de edad

Rama del Derecho: Derecho de Familia	Descriptor: Proceso de protección en la vía judicial
Palabras Clave: Derechos fundamentales, menores, jurisprudencia, normativa, delitos	
Fuentes: Normativa y Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 6 de agosto del 2014

El presente documento contiene normativa y jurisprudencia sobre los derechos fundamentales de las personas menores de edad, menciona algunos de esos derechos y la consideración en el Sistema Judicial.

Contenido

DOCTRINA	2
1. LA JURISDICCION TUTELAR DE MENORES	2
2. EL MENOR DE EDAD VÍCTIMA EN EL PROCESO JUDICIAL: GARANTÍAS PROCESALES Y DEBERES DE PRESTACIÓN POSITIVA DEL ESTADO	3
NORMATIVA	3
1. DIRECTRICES DE ACCIÓN SOBRE EL NIÑO EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL O DIRECTRICES DE VIENA	3
2. DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MENORES DE EDAD	4
3. FORTALECIMIENTO DE LA LUCHA CONTRA LA EXPLOTACIÓN SEXUAL DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD MEDIANTE LA REFORMA Y ADICIÓN DE VARIOS ARTÍCULOS AL CÓDIGO PENAL, LEY Nº 4573, Y REFORMA DE VARIOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, LEY Nº 7594	6
JURISPRUDENCIA	8
1. OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE TOMAR LAS MEDIDAS PERTINENTES PARA GARANTIZAR EL RESPETO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MENORES DE EDAD. PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO ELEMENTO PRIORITARIO	9
2. DETENCIÓN DE MENOR DE EDAD	12

3. IMPROCEDENCIA DE MODIFICACIÓN DE GUARDA, CRIANZA Y EDUCACIÓN ATENDIENDO AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN RELACIÓN A MADRE ADOLESCENTE SOLTERA.	13
4.. HOMICIDIO CALIFICADO DE BEBÉ PREMATURO, CON SÍNDROME DE DOWN Y MÚLTIPLES FRACTURAS DESCUIDADO POR SUS PADRES.	22

DOCTRINA

1. LA JURISDICCION TUTELAR DE MENORES

[La aplicación de los mecanismos legales para la participación de niños (as) y adolescentes en la resolución alterna de conflictos dentro de la legislación costarricense.]¹

En 1964, con la entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción Tutelar de Menores N° 3260, se da un procedimiento especial para juzgar a los menores basados en un modelo de justicia de menores. Se decía que el menor era considerado un sujeto pasivo de intervención jurídica, no se le reconocen las garantías propias del derecho penal de adultos, el proceso se desarrolla básicamente en forma “inquisitiva y el juez tiene un doble carácter, como acusador y cómo órgano decoroso. El menor es visto como un objeto de protección, incapaz, necesitado de medidas de tutela, de asistencia. Es clara, como se desprende del punto anterior, la confusión presente en este modelo entre la función jurisdiccional del Estado y la función administrativa asistencialista.

En 1994 se reforma la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores, con la emisión de la ley n° 7383 del 16 de marzo y se mantuvo el procedimiento de 1963, pero adaptó la Ley Orgánica a la Convención de los Derechos del Niño (a) de 1989. Se reconocieron las garantías procesales que los menores deberían tener y la edad en la que comprendía dicha ley, era a partir de los 12 años hasta los 18 años.

Finalmente en 1998, se aprueba la Ley de Justicia Penal Juvenil N° 7576 del 30 de abril. Esta ley sustituye el procedimiento que existía en 1963 y reconoce al menor como sujeto de derechos fundamentales reconocidos constitucional e internacionalmente...

Entre los objetivos de la creación y aplicación de dicha ley a los menores de edad se encuentran: - Perjudicar lo menos posible a los menores de edad, - buscar métodos restaurativos para la solución de sus conflictos y lograr la paz social, reinsertar al menor de edad a la sociedad y que la última alternativa sea el internamiento en un centro penitenciario, reconocer la condición de personas a las personas menores de edad y la obligación de asumir la responsabilidad de las actuaciones que realizan, -introducir el principio de humanidad, lo cual supone el respeto de la dignidad de las personas menores de edad, así como el respeto de todas las garantías constitucionales, procesales y sustanciales que reguarda el ordenamiento jurídico para las apersonas adultas; principio

que se extiende a las víctimas, a las cuales se les reconoce sus derechos e intereses a consecuencia del hecho punible.

2. EL MENOR DE EDAD VÍCTIMA EN EL PROCESO JUDICIAL: GARANTÍAS PROCESALES Y DEBERES DE PRESTACIÓN POSITIVA DEL ESTADO”

[Mary Beloff]ⁱⁱ

“En lo que sigue me interesa concentrarme en un aspecto del entramado normativo que ampara al niño víctima de delito relacionado con el hecho de que en todas las normas internacionales –no sólo en las normas referidas a la niñez– de protección de derechos humanos, se regula el debido proceso legal para cualquier persona que está vinculada a un procedimiento o proceso (administrativo, penal, y aún en procesos en donde la acción es privada, etc.); vale reiterarlo, no sólo respecto del imputado de delito. Ejemplo de lo expuesto son el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos ...

En este sentido, me gustaría retomar una idea de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la primera sentencia en la que se interpretó el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que es aquel que garantiza el derecho del niño a medidas especiales de protección. Me refiero a la sentencia de fondo en el caso “Villagrán Morales y otros (Caso de los ‘Niños de la calle’) vs. Guatemala”.

Una lectura del fallo que trate de poner más énfasis en la luz y no en la oscuridad de lo resuelto debería destacar una idea fuerte de la Corte Interamericana que, en mi opinión, debe guiar la discusión relacionada con los derechos de los niños en general y, en particular, con los derechos de los niños que se encuentran en situaciones dramáticas como lo es resultar víctima de un delito.

Se trata del desarrollo del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, en rigor, traduce la Convención sobre Derechos del Niño conforme la interpretación que en el párrafo 194 de esa sentencia realizó la Corte Interamericana. Allí la Corte Interamericana sostuvo que para interpretar el art. 19 de la Convención Americana debía recurrir a la Convención sobre los Derechos del Niño como parte de un corpus juris muy amplio de protección de derechos humanos de la niñez. De manera que hoy para el sistema interamericano la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana están unidas gracias a la hermenéutica que la Corte Interamericana realizó en este caso...”.

NORMATIVA

1. DIRECTRICES DE ACCIÓN SOBRE EL NIÑO EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL O DIRECTRICES DE VIENA

[Directrices de acción sobre el niño en el sistema de justicia penal o directrices de Viena,]ⁱⁱⁱ

“Las Directrices de Acción sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal o Directrices de Viena, fueron elaboradas en el marco de la reunión sobre la elaboración de un programa de acción para promover la utilización y aplicación efectiva de las normas internacionales de justicia de menores, llevada a cabo en la Estas directrices tienen el propósito de que los Estados Partes apliquen lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, así como los demás instrumentos internacionales, incluida la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder (Resolución de la Asamblea General de la ONU N°40/34). Los planes de acción que deben establecer los diferentes Estados para abordar el tema de la administración de justicia en materia de personas menores de edad, serán compatibles con el respeto a la dignidad humana y con los principios y derechos generales que inspiran a la Convención sobre los Derechos del Niño. También, el sistema de justicia deberá estar centrado en el niño, en su desarrollo, en su derecho a participar activamente en la sociedad y a contribuir con ella. Los mecanismos de acción estarán encaminados a ofrecer a las personas menores de edad la posibilidad de acudir al aparato judicial en busca de solucionar sus conflictos. El acceso a la justicia de los niños y adolescentes es prioritario, pero aún es más importante si la persona menor de edad requiere de medidas especiales de protección; viven o trabajan en la calle; han sido separados de su entorno familiar; poseen capacidades diferentes; y pertenecen a poblaciones de minoría, inmigrantes, indígenas u otros grupos vulnerables (art. N°17).

Pero el propósito de estas directrices está basado principalmente en el carácter preventivo, porque no solamente el niño va a poder acceder al sistema judicial, sino, en algunas ocasiones puede estar investido de parte demandada y en algunas ocasiones puede estar investido de parte demandada y acusada. Con el propósito de que cada vez sean menos los adolescentes que están en dicha circunstancia, los planes de acción (políticas públicas, leyes, directrices y demás) deben estar focalizados en la prevención, especialmente a través de la educación. En este sentido, es importante que el aprendizaje esté enfocado en la educación para la paz, en los derechos humanos y en seguir valores y principios elementales de convivencia.”

2. DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MENORES DE EDAD

[Código de la Niñez y Adolescencia]^{iv}

Artículo 1°- Objetivo.

Este Código constituirá el marco jurídico mínimo para la protección integral de los derechos de las personas menores de edad. Establece los principios fundamentales tanto de la participación social o comunitaria como de los procesos administrativo y judicial que involucren los derechos y las obligaciones de esta población.

Las normas de cualquier rango que les brinden mayor protección o beneficios prevalecerán sobre las disposiciones de este Código.

Artículo 2°- **Definición.**

Para los efectos de este Código, se considerará niño o niña a toda persona desde su concepción hasta los doce años de edad cumplidos, y adolescente a toda persona mayor de doce años y menor de dieciocho. Ante la duda, prevalecerá la condición de adolescente frente a la de adulto y la de niño frente a la de adolescente.

Artículo 3°- **Ámbito de aplicación.**

Las disposiciones de este Código se aplicarán a toda persona menor de edad, sin distinción alguna, independientemente de la etnia, la cultura, el género, el idioma, la religión, la ideología, la nacionalidad o cualquier otra condición propia, de su padre, madre, representantes legales o personas encargadas.

Los derechos y las garantías de este grupo son de interés público, irrenunciables e intransigibles.

Artículos 4 °- **Políticas estatales.**

Será obligación general del Estado adoptar las medidas administrativas, legislativas, presupuestarias y de cualquier índole, para garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales de las personas menores de edad.

En la formulación y ejecución de políticas, el acceso a los servicios públicos y su prestación se mantendrá siempre presente el interés superior de estas personas. Toda acción u omisión contraria a este principio constituye un acto discriminatorio que viola los derechos fundamentales de esta población.

De conformidad con el régimen de protección especial que la Constitución Política, la Convención sobre los Derechos del Niño, este Código y leyes conexas garantizan a las personas menores de edad, el Estado no podrá alegar limitaciones presupuestarias para desatender las obligaciones aquí establecidas.

Artículo 5°- **Interés superior.**

Toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años, deberá considerar su interés superior, el cual le garantiza el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura del pleno desarrollo personal.

La determinación del interés superior deberá considerar:

- a) Su condición de sujeto de derechos y responsabilidades.
- b) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales.
- c) Las condiciones socioeconómicas en que se desenvuelve.
- d) La correspondencia entre el interés individual y el social.

3. FORTALECIMIENTO DE LA LUCHA CONTRA LA EXPLOTACIÓN SEXUAL DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD MEDIANTE LA REFORMA Y ADICIÓN DE VARIOS ARTÍCULOS AL CÓDIGO PENAL, LEY N° 4573, Y REFORMA DE VARIOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, LEY N° 7594

[Código Penal]v

Voto de mayoría

"Relaciones sexuales con personas menores de edad. Artículo 159.- *Será sancionado con pena de prisión de dos a seis años, quien aprovechándose de la edad, se haga acceder o tenga acceso carnal con una persona de uno u otro sexo, mayor de trece años y menor de quince años, por la vía oral, anal o vaginal, con su consentimiento.*

Igual pena se impondrá si la acción consiste en la introducción de uno o varios dedos, objetos o animales por la vía vaginal o anal.

La pena será de cuatro a diez años de prisión cuando la víctima sea mayor de trece años y menor de dieciocho años, y el agente tenga respecto de esta la condición de ascendiente, tío, tía, hermano o hermana consanguíneos o afines, tutor o guardador.

Actos sexuales remunerados con personas menores de edad.

Artículo 160: *Quien pague, prometa pagar o dar a cambio una ventaja económica o de otra naturaleza a una persona menor de edad o a un tercero, para que la persona menor de edad ejecute actos sexuales o eróticos, será sancionado con las siguientes penas:*

- 1) Prisión de cuatro a diez años, si la persona ofendida es menor de trece años.*
- 2) Prisión de tres a ocho años, si la persona ofendida es mayor de trece años pero menor de quince años.*
- 3) Prisión de dos a seis años, si la persona ofendida es mayor de quince años pero menor de dieciocho años.*

Abusos sexuales contra personas menores de edad e incapaces

Artículo 161.-*Será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años, quien, de manera abusiva, realice actos con fines sexuales contra una persona menor de edad o incapaz o la obligue a realizarlos al agente, a sí misma o a otra persona, siempre que no constituya delito de violación.*

La pena será de cuatro a diez años de prisión cuando:

- 1) La persona ofendida sea menor de trece años.*
- 2) El autor se aproveche de la vulnerabilidad de la persona ofendida, o esta se encuentre incapacitada para resistir o se utilice violencia corporal o intimidación.*
- 3) El autor sea ascendiente, descendiente, hermana o hermano de la víctima.*
- 4) El autor sea tío, tía, sobrina, sobrino, prima o primo de la víctima.*
- 5) El autor sea madrastra, padrastro, hermanastra o hermanastro de la víctima.*
- 6) El autor sea tutor o encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima.*
- 7) El autor realice la conducta contra alguno de los parientes de su cónyuge o conviviente, indicados en los incisos 3) y 4) anteriores.*
- 8) El autor se prevalezca de su relación de confianza con la víctima o su familia, medie o no relación de parentesco.*

"Corrupción

Artículo 167.-Será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años, siempre que no constituya un delito más grave, quien promueva o mantenga la corrupción de una persona menor de edad o incapaz, ejecutando o haciendo ejecutar a otro u otros, actos sexuales perversos, prematuros o excesivos, aunque la víctima consienta en participar en ellos o en verlos ejecutar.

La misma pena se impondrá a quien utilice a personas menores de edad o incapaces con fines eróticos, pornográficos u obscenos, en exhibiciones o espectáculos, públicos o privados, de tal índole, aunque las personas menores de edad lo consientan.

Corrupción agravada

Artículo 168.-En el caso del artículo anterior, la pena será de cuatro a diez años de prisión, siempre y cuando:

- 1) La víctima sea menor de trece años.*
- 2) El hecho se ejecute con propósitos de lucro.*
- 3) El hecho se ejecute con engaño, violencia, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coacción.*

- 4) *El autor sea ascendiente, descendiente, hermana o hermano de la víctima.*
- 5) *El autor sea tío, tía, sobrina, sobrino, prima o primo de la víctima.*
- 6) *El autor sea madrastra, padrastro, hermanastra o hermanastro de la víctima.*
- 7) *El autor sea tutor o encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima.*
- 8) *El autor realice la conducta contra alguno de los parientes de su cónyuge o conviviente, indicados en los incisos 4), 5) y 6) anteriores.*
- 9) *El autor se prevalezca de su relación de confianza con la víctima o con su familia, medie o no relación de parentesco."*

"Proxenetismo agravado

Artículo 170.-La pena será de cuatro a diez años de prisión, cuando se realice una de las acciones previstas en el artículo anterior y concurra, además, alguna de las siguientes circunstancias:

- 1) *La víctima sea menor de dieciocho años.*
- 2) *Medie engaño, violencia, abuso de autoridad, una situación de necesidad de la víctima o cualquier medio de intimidación o coacción.*
- 3) *El autor sea ascendiente, descendiente, hermana o hermano de la víctima.*
- 4) *El autor sea tío, tía, sobrina, sobrino, prima o primo de la víctima.*
- 5) *El autor sea madrastra, padrastro, hermanastra o hermanastro de la víctima.*
- 6) *El autor sea tutor, o encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima.*
- 7) *El autor realice la conducta contra alguno de los parientes de su cónyuge o conviviente, indicados en los incisos 3) y 4) anteriores.*
- 8) *El autor se prevalezca de su relación de confianza con la víctima o su familia, medie o no relación de parentesco.*

JURISPRUDENCIA

1. OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE TOMADAS LAS MEDIDAS PERTINENTES PARA GARANTIZAR EL RESPETO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MENORES DE EDAD. PROTECCIÓN DEL INTERESES SUPERIOR DEL NIÑO COMO ELEMENTO PRIORITARIO

[Sala Constitucional Corte Suprema de Justicia.]^{vi}

Voto de mayoría:

“I.- Sobre la admisibilidad. El accionante Emilio Arana Puente goza de legitimación para interponer esta acción de inconstitucionalidad, según el artículo 75 párrafo 1° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, al tener como asunto previo el recurso de amparo que bajo el expediente N°06-015285-0007-CO se tramita en esta Jurisdicción, en el cual se invocó la inconstitucionalidad del artículo 2° del Reglamento de Instalación de Juegos, Espectáculos Públicos y Permanencia de menores en establecimientos donde se expende licor N°40 emitido por la Municipalidad de Goicoechea el 9 de noviembre de 2005, como medio razonable de amparar o proteger el derecho o interés que considera vulnerado. En todo caso, la Sala Constitucional, por resolución N°2006-17426 de las 19:24 hrs. de 29 de noviembre de 2006, confirió plazo al recurrente para interponer esta inconstitucionalidad

II.-Objeto de la impugnación. El accionante solicita que se declare la inconstitucionalidad del artículo 2° del Reglamento de Instalación de Juegos, Espectáculos Públicos y Permanencia de menores en establecimientos donde se expende licor, N°40 emitido por la Municipalidad de Goicoechea el 9 de noviembre de 2005. Esta norma estipula:

“Artículo 2°—Solo se permite la instalación de juegos, en locales que cuenten con sala de juegos, conforme a la definición del artículo anterior.”

Por su parte, el artículo 1° del Reglamento impugnado define las Salas de juego como: *“...el lugar o espacio destinado en forma exclusiva a la explotación de máquinas de juego, mesas de juego o algún otro tipo de diversión.”*

Según el actor, la norma impugnada lesiona los derechos protegidos en los artículos 28, 33, 46 y 56 de la Constitución Política, dado que mediante una disposición de carácter reglamentario se introdujo una limitación injustificada de la libertad de comercio, en cuya virtud únicamente se permite la instalación de máquinas de juegos bajo las circunstancias y las condiciones que estipula esa reglamentación.

III.-Sobre el fondo. La Sala Constitucional, en múltiples ocasiones, ha desarrollado los alcances del derecho consagrado en el artículo 46 constitucional, relativo a la libertad de comercio. De esta manera, ha señalado que este derecho permite a cada ciudadano escoger libremente la actividad económica que desea desarrollar para su provecho bajo el esquema de una economía de mercado, en donde, por razones de orden público, moral o derechos de terceros, el Estado puede limitar –bajo la observancia preceptiva del principio de razonabilidad y proporcionalidad- el ejercicio de esta actividad, en los términos del artículo 28 constitucional. De esta manera, una vez que la persona ha realizado el contenido esencial de este derecho fundamental, sea la escogencia de una

determinada actividad económica, su funcionamiento debe sujetarse a los requisitos señalados en el ordenamiento, los cuales –en todo momento- deben superar el riguroso examen de razonabilidad y proporcionalidad, de forma tal que no haga nugatorio o imposible el ejercicio de este derecho fundamental, al impedir de manera arbitraria el desarrollo de una actividad económica. En este sentido, la Sala Constitucional en la sentencia N°1195-91, de las 16:15 hrs. de 25 de junio de 1991, señaló:

"I.-El artículo 46 de la Constitución Política, que se cita como violado, consagra el principio de libertad empresarial. Dispone la referida norma, en lo que interesa, que "Son prohibidos los monopolios de carácter particular y cualquier acto, aunque fuera originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura o industria". En tesis de principio, una interpretación literal podría llevarnos al error de sostener que esa libertad -en cuanto tal- se encuentra sustraída de todo tipo de regulación o limitación por parte del Estado y, en consecuencia, estimarlas violatorias de la Carta Fundamental, lo cual es desacertado. En ese orden de ideas, cabe advertir que las normas constitucionales deben interpretarse de manera armónica, de tal forma que se compatibilicen bajo el mismo techo ideológico que las informa. Así, el artículo 28 párrafo segundo de la Constitución, dispone que "Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción de la ley". Dicha norma, interpretada sistemáticamente con la anteriormente transcrita, nos permite concluir que la libertad de comercio es susceptible de regulación por parte del Estado, siempre y cuando -claro está- no traspase los límites de razonabilidad y proporcionalidad constitucionales. En ese mismo sentido, esta Sala ha expresado que el artículo 28 constitucional, visto como garantía, "...implica la inexistencia de potestades reglamentarias para restringir la libertad o derechos fundamentales, y la pérdida de las legislativas para regular las acciones privadas fuera de las excepciones de ese artículo en su párrafo 2, el cual crea, así una verdadera "reserva constitucional" en favor del individuo a quien garantiza su libertad frente a sus congéneres, pero, sobre todo, frente al poder público". (ver sentencia #1635- 90 de las 17:00 horas de 14 de noviembre de 1990).

IV.-A hora bien, en lo que atañe al principio de reserva de ley y la imposibilidad de establecer limitaciones al disfrute de derechos fundamentales mediante una norma de carácter reglamentario, la Sala Constitucional, en la sentencia N°3550-92, de las 16:00 hrs. de 24 de noviembre de 1992, desarrolló los elementos integrantes de este principio, los cuales se desprenden de la interpretación armónica de los artículos 11 y 28 de la Constitución Política. Tales elementos pueden resumirse en cuatro criterios esenciales, los que se encuentran contenidos en la sentencia mencionada:

"... a) En primer lugar, el principio mismo de "reserva de ley", del cual resulta que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso restringir los derechos y libertades fundamentales -todo, por supuesto, en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables-;

b) En segundo, que sólo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente, su "contenido esencial"; y,

c) *En tercero, que ni aún en los Reglamentos ejecutivos, mucho menos en los autónomos u otras normas o actos de rango inferior, podría válidamente la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella está habilitada a imponer, de donde resulta una nueva consecuencia esencial:*

d) *Finalmente, que toda actividad administrativa en esta materia es necesariamente reglada, sin poder otorgarse a la Administración potestades discrecionales, porque éstas implicaran obviamente un abandono de la propia reserva de ley."*

(La negrita no es del original).

Del texto de la sentencia transcrita se desprende que si bien el Estado tiene la potestad para dictar disposiciones que vengán a restringir -de manera razonable- el ejercicio de los derechos fundamentales, tales disposiciones deben emanar en forma necesaria del Poder Legislativo, por lo que el Poder Ejecutivo se encuentra inhabilitado de dictar reglamentos autónomos o ejecutivos que vengán a liminar el goce de tales derechos, en los términos del artículo 28 de la Constitución Política y de los artículos 11, 18 y 19 de la Ley General de la Administración Pública.

V.-En este sentido, la Sala Constitucional, desde la sentencia N°10000-99, de las 15:03 hrs. de 21 de diciembre de 1999, señaló que *"Las autoridades municipales están llamadas a dictar la normativa necesaria para hacer compatible la disposición de la ley que permite juegos, con los diversos intereses que están involucrados, como por ejemplo el del ingreso a esos sitios de los menores de edad –ejercicio de los principios y protecciones que se derivan de la Convención sobre los Derechos del Niño-, la protección y regulación del orden público, la protección de la seguridad de las personas y de los derechos de terceros"*.

VI.- En esa misma línea, debe interpretarse que aun cuando la actividad de instalación de juegos permitidos está autorizada por los artículos 1 y 2 de la Ley de Juegos, no se trata de un derecho irrestricto, en la medida que puede ser limitado por intereses jurídicos superiores, como lo es la protección de los menores de edad. Es precisamente en el marco del artículo 25 de la Ley de Licores que se enmarca la norma impugnada, por lo que no se puede indicar que por vía reglamentaria se esté haciendo una limitación que no contempla la ley, pues lo que se pretende es proteger a los menores que frecuentan lugares donde se instalan las máquinas en cuestión, pero que a la vez expenden licor, como restaurantes, pulperías, sodas, entre otros, que si bien no tienen como fin primordial la venta de licor, sí lo realizan como actividad secundaria, poniendo en evidente riesgo a los menores que ingresan al lugar para utilizar las máquinas de juegos en cuestión. Así las cosas, en la medida que se interprete que la norma impugnada obedece a tal criterio, no encuentra esta Sala que resulte inconstitucional, pues como se dijo un acto limitativo de derechos es razonable, en la medida que sea necesario, idóneo y proporcional al fin que se pretende alcanzar, que en este caso es la protección de los menores de edad. De igual forma, el principio de libertad puede ser restringido por razones de moral, buenas costumbres o derechos de terceros, por lo que resulta razonable la limitación en cuestión si con ésta se pretende el fin mencionado. Ahora bien, únicamente en ese ámbito de interpretación la norma resulta razonable, por lo que no puede interpretarse que aplica para todos los supuestos o que opere como una limitación genérica. En efecto, si lo que se pretende con la norma impugnada es proteger a los menores de edad, no puede interpretarse que la limitación

ahí establecida aplique en los lugares que por sí mismos no están destinados a albergarlos, como bares y cantinas, pues existen prohibiciones legales para que ingresen a los recintos donde la actividad principal es el expendio de licor. Si bien los artículos 1 y 2 de la Ley de Juegos autorizan los juegos en los que se ponga a prueba la habilidad y destreza del jugador, y en la Ley de Licores, se regula la venta de licores, con lo cual, se evidencia que se trata de actividades lícitas permitidas y reguladas en la ley, cualquier limitación que se imponga con la intención de proteger intereses superiores, como la protección de los derechos de los menores de edad, no puede resultar inconstitucional, además que se enmarca dentro del espíritu de las leyes existentes. Las regulaciones de esta naturaleza están inmersas en la potestad del Estado de mantener el orden público que debe imperar en la parte organizativa, moral, social, política y económica de la sociedad.

VII.-Así las cosas, al considerarse en esta sentencia que el artículo 2° del Reglamento de Instalación de Juegos, Espectáculos Públicos y Permanencia de menores en establecimientos donde se expende licor, N°40 emitido por la Municipalidad de Goicoechea el 9 de noviembre de 2005, no lesiona el Derecho de la Constitución, lo procedente es declarar sin lugar la acción en todos sus extremos””

2. DETENCIÓN DE MENOR DE EDAD.

[Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia]^{vii}

Voto de mayoría

“En el presente recurso se impugna, por una parte, el plazo de la detención del amparado y, por otra, el hecho de que el Juez Penal Juvenil, actuando como Juez de Garantías, se presente a un operativo en el que se efectuó la requisa y detención del amparado y otros cubierto con un pasamontañas.-

En cuanto a la detención del amparado, se tiene por acreditado que el amparado fue detenido a las 20:40 hrs. del 14 de marzo de 2007; fue puesto a la orden del Juzgado Penal Juvenil a las 16:45 horas del día siguiente, 15 de marzo de 2007 y no fue puesto en libertad sino hasta las 11:16 horas del 17 de marzo(v. folios 41 y 42). Según lo informan las Licdas. Carmen Ureña Ureña y Cinthya Rodríguez Murillo, Juezas de ese Tribunal, el expediente se recibió el día 15, a las 16:45 y ese día tuvieron conocimiento de la inhibitoria del juez disponible, aquí recurrido; debieron, entonces, rechazar la improcedente inhibitoria y exigirle resolver con prontitud.-

En cuanto al hecho de que el Juez recurrido participara en el operativo de requisa y detención del amparado cubierto con un pasamontañas, como él mismo lo ha confirmado (f. 27), resulta una ocurrencia completamente contraria a las garantías judiciales reconocidas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, y completamente contraria al papel que la ley encarga al Juez de Garantías. Según informa bajo la fe del juramento (f. 27), al momento de ingresar en la casa del amparado, se despojó del pasamontañas, lo cual no resta importancia al hecho de que lo hubiera llevado en las diligencias anteriores al allanamiento, lo mismo que el hecho de que, a viva voz, indicara a los detenidos que él era el Juez. Resulta evidente que el juez sin identidad o la juez sin rostro, en cualquier etapa o actos del proceso,

atenta contra el derecho fundamental al debido proceso, a la defensa, a la imparcialidad del juez, al principio de juez natural y a la exigencia de publicidad –que incluye la publicidad de la persona del juzgador- entre otros. Ninguna norma autoriza al Juez Penal para llevar pasamontañas ni otras formas de ocultamiento de su identidad en el ejercicio de su función jurisdiccional; las justificaciones formuladas por el recurrido resultan absolutamente inadmisibles y acaso imperdonables en el funcionario que debe actuar como vigilante de que el ejercicio de la autoridad estatal se ejecute dentro de los parámetros constitucionales y legales (v. entre otras, la sentencia número 4672-03), más aún, cuando se trata de la garantías judiciales del menor de edad. Aparte de la estimatoria del recurso, con las consecuencias legales correspondientes, dada la naturaleza del reclamo, procede remitir copia de la sentencia al Tribunal de Inspección Judicial, para lo de su cargo, porque para el ejercicio de la función jurisdiccional de conformidad con las exigencias de la Constitución no es suficiente la solvencia académica y profesional, sino que es necesaria, también, la concurrencia de una serie de hábitos de conducta por parte de los jueces y juezas, tales como la madurez, sensatez, valentía, prudencia, sentido de la realidad y de la propia misión, sin las cuales el ejercicio de la judicatura puede conducir a errores lamentables, como en el presente caso, tanto en perjuicio de los derechos fundamentales de las personas y de la misma legitimidad del Poder Judicial, ejercido por todos los jueces y juezas de la República. Por lo anterior, procede declarar con lugar el recurso, únicamente en cuanto a este extremo.”

3. IMPROCEDENCIA DE MODIFICACIÓN DE GUARDA, CRIANZA Y EDUCACIÓN ATENDIENDO AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN RELACIÓN A MADRE ADOLESCENTE SOLTERA.

[Tribunal de Familia]^{viii}

Voto de mayoría

"III.-En un esquema sencillo de lo que es un proceso, se podría decir que se inicia con la demanda que debe reunir las formalidades del artículo 290 del Código Procesal Civil, se produce el contradictorio con la parte contraria y se dicta sentencia respecto al conflicto. Eso es precisamente lo que ocurre con los recursos, pues al impugnar una resolución y luego de una etapa, aunque restringida, de debate se pretende que el Juzgador modifique lo resuelto. De acuerdo con el artículo 550 del Código Procesal Civil, las resoluciones judiciales serán recurribles solo por los medios y en los casos expresamente establecidos. Por medios se refiere a las clases de recursos previstos en el numeral 551 del mismo cuerpo legal, sea revocatoria, apelación, apelación por inadmisión, apelación adhesiva, casación y revisión. Los recursos de revocatoria y apelación son ordinarios, el primero horizontal porque se plantea y lo resuelve el mismo juez que dictó la resolución impugnada y el segundo vertical porque el pronunciamiento de fondo lo hace un juez superior. Casación y revisión son recursos extraordinarios ya que proceden sólo en determinados casos. Lo anterior es regla general, sin embargo, al tenor del artículo 158 del Código Procesal Civil de repetida cita, las sentencias no tiene el recurso de revocatoria, solamente podrá plantearse el de apelación como recurso ordinario, y la razón proviene de que ningún juez puede modificar ni variar su propia sentencia, pues lo único que le cabe es la adición y aclaración respecto a extremos omisos u oscuros en la parte dispositiva, o bien en la parte considerativa, si ello en nada

modifica la parte dispositiva, atendiendo ello a lo dispuesto por nuestra sala constitucional entre otros los **Votos Números 6494-93, 485-94, 0032-95 y otros posteriores, ha dicho que es posible aclarar o adicionar la parte considerativa de una resolución si los razonamientos no permiten entender la parte resolutive y en la medida en que esto incida en lo resuelto, siempre que no se varíe el fondo de la sentencia.** IV.-Se ha hecho la anterior observación en el considerando que antecede, en razón de que los agravios que ha externado el apelante, porque así se ha acreditado al enunciar que **" se presenta en tiempo y forma a interponer recurso de apelación de la sentencia No. 1058-2004 dictada por su despacho de las 8:00 horas del 14 de julio del dos mil cuatro "**, no han sido propios para conocerse en alzada, el recurrente, se encargó de increpar al Juez de Instancia, como si con ello, éste pudiese conocer de nuevo del fallo, y darle respuesta a la serie de preguntas que le formulara. Ante tal vicisitud, y con ocasión de que el recurrente en esta Instancia, no formuló agravios, al tenor de lo que en reiterados Votos ha establecido este Tribunal, se procederá a revisar integralmente la sentencia combatida. (al respecto puede consultarse el **VOTO NO. 1189-04** de las once horas con cinco minutos del trece de julio del dos mil cuatro). V.-El principio "Iura novit Curiae" (El Juez conoce el Derecho), permite al Juzgador dar aplicación al régimen jurídico que se adecue a la situación jurídica descrita en el debate procesal, aun y cuando las partes no lo hayan traído a cuenta en sus pretensiones. Además dependiendo de cada caso específico, ha sido dotado el Juez de Familia, de un poder llamado **Moderador y Regulador**, los cuales consisten en **autorizar al Juez para resolver cada litigio en concreto, no con regla de derecho, sino investido de poder de decisión, apreciar cada caso, seguir su desarrollo e ir tomando o tomar la decisión o decisiones más oportunas, de acuerdo con las circunstancias.** VI.-El artículo 51 de la Constitución Política al hablar de la familia estatuye: **La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido.** Nuestra Sala Constitucional, mediante el Voto **No. 3502-94**, formula lo siguiente: *"...Sólo basta citar los artículos, 11, 52 y 55 de la Constitución para deducir de allí la obligación estatal de proteger la familia, la madre, el anciano, el enfermo desvalido y el menor, obligación que anularía todo acto que de forma alguna menoscabe los derechos de éstos grupos "*. El principio del interés de la familia y de los hijos lo recoge también el artículo 2 del Código de Familia, en concordancia con lo enunciado por el artículo 52 de la Constitución Política. VII.-La Convención de los Derechos del Niño, ratificada mediante Ley No. 7184 del 18 de julio de 1990, regula en su artículo 3 aparte 1, que: **" En todas la medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño."**y **" Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño..."**y es la normativa que puede tomarse como, pilares de las medidas de protección especial a favor de la Niñez y la Adolescencia. Así mismo existen también instrumentos internacionales adoptados por Costa Rica, entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según ley 4229 de 11 de diciembre de 1986, y en especial la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, y aprobada por Ley 4534 de 23 de febrero de 1970, que en su

artículo 19 reza: " Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado". Por último a partir del 30 de setiembre de mil novecientos noventa y nueve, las medidas de protección se encuentran reguladas en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido este instrumento como Protocolo de San Salvador, aprobado mediante Ley No. 7907, publicado en la Gaceta No. 190, en el artículo 15, que dice: .."Los Estados parte mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a:....c) Adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral...". El principio de interés de la familia y de los hijos lo recoge también el artículo 2 del Código de Familia en concordancia con lo enunciado por el artículo 52 de la Constitución Política. VIII.-Existen varios procesos en donde se discuten los derechos de los hijos menores. Entre éstos se pueden mencionar: La Guarda, o Custodia, el Régimen de Visitas, Las Salidas del País, Las Autorizaciones para vender o enajenar bienes, la Tutela, la Adopción, las llamadas "declaratorias de abandono", los Depósitos, Las Medidas de Protección. En cada uno de estos procesos, deben establecerse una serie de garantías para las personas menores de edad y que podrían ser: **1.-Debe apartarse de la consideración del conflicto de los hijos menores, toda expresión que representa el conflicto entre cónyuges. 2.-La solución, como en todo conflicto que involucra a las personas menores de edad, debe estar presidida por el propósito de asegurarse, que en la medida de lo posible se garantice su bienestar. 3.-Si bien, no es decisivo el criterio y deseo de los hijos menores, ya que el Juez debe evaluar en conjunto las circunstancias que rodean la causa, de ningún modo puede desecharse ese deseo y esa opinión. 4.-Toda decisión judicial debe acompañarse de un criterio técnico aportado por equipos especializados en el tema de los derechos, con énfasis en diversas áreas, educativa, psicológica y social. 5.-En toda decisión, el Juez debe observar el interés superior del niño, y fundamentar en ese sentido sus resoluciones.** Asimismo, se hace necesario tomar en cuenta los derechos de los niños con padres separados. (better divorce.com) **1. El derecho a ser tratados como seres humanos importantes, con sentimientos, ideas, deseos propios y como una fuentes de conflicto entre sus padres. 2. El derecho a una relación continúa con ambos padres y a la libertad para recibir y expresar amor a ambos. 3. El derecho a expresar amor y afecto a cada padre sin tener que disimular ese amor por temor a la desaprobación del otro padre. 4. El derecho a saber que la decisión de separarse de sus padres no es su responsabilidad y que ellos todavía tendrán la posibilidad de vivir con cada padre. 5. El derecho a respuestas honestas a sus preguntas acerca de los cambios en las relaciones familiares. 6. El derecho a saber y apreciar las buenas cualidades de cada padre sin que los mismos se degraden mutuamente. 7. El derecho a tener una relación segura y relajada con ambos padres sin ser colocados en una posición para manipular a un padre contra otro. 8. El derecho a que el tiempo que los niños pasen con su padre no sea sujeto de ser disminuido, ni eliminado como castigo a malos comportamientos de los niños. 9. El derecho a ser un niño y a estar aislado de los problemas de los padres.** IX.-Hay que tomar en cuenta que con motivo de la separación personal o del divorcio, la familia no se desvanece, sino que se reorganiza. El progenitor favorecido con la custodia, debe ser garante del ejercicio del otro y dejar a salvo el derecho de comunicación y visita con los hijos y demás familiares, como lo establece el artículo 152 del Código de Familia. X.-Es de interés público el cumplimiento de los derechos de la niñez y la adolescencia y por consiguiente su

defensa o restitución en caso de amenaza o violación de los mismos. " **EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO , NIÑA Y ADOLESCENTE** ", es una premisa fundamental de la doctrina de la protección integral, es el principio rector del interés superior de niño, base para la interpretación y aplicación de la normativa de la niñez y la adolescencia. Artículos 1, y 5 de la Ley 7739, Código de la Niñez y Adolescencia. Con fundamento en este principio se establece una línea de acción de carácter obligatorio para las **instituciones públicas**, las entidades privadas de bienestar social, **los tribunales de justicia, las autoridades administrativas y los órganos administrativos**. Los Derechos de los Niños y Niñas se pueden resumir en cuatro categorías: **Supervivencia, Crecimiento, Protección y Participación**. Dentro de la Supervivencia se tiene el derecho **a la vida, a la salud, y a la felicidad**. En el Crecimiento el derecho **a una familia, a ser educado en un espíritu de paz , dignidad, tolerancia, libertad, igualdad, y solidaridad que le permita crecer como una persona única, distinta y especial**.. En la protección se ostenta el derecho **a que se le respete la identidad e integridad, a ser protegido de todo abuso físico, sexual o mental, a no ser maltratado ni castigado**. El artículo 8 de dicho cuerpo legal recita: **JERARQUÍA NORMATIVA**. Las normas de este Código se aplicarán e interpretarán de conformidad con la Constitución Política, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás fuentes normativas del derecho de la niñez y la adolescencia, de acuerdo con la siguiente jerarquía: a) La Constitución Política. b) La Convención sobre los Derechos del Niño. c) Los demás tratados y convenios internacionales sobre la materia. d) Los principios rectores de este Código. e) El Código de Familia y las leyes atinentes a la materia. f) Los usos y costumbres propios del medio sociocultural. g) Los principios generales del Derecho. Así mismo los artículos 13, 29 y 30 de esta misma ley enuncia: **DERECHO A LA PROTECCIÓN ESTATAL**: La persona menor de edad tendrá el derecho de ser protegida por el Estado contra cualquier forma de abandono o abuso intencional o negligente, de carácter cruel, inhumano, degradante o humillante que afecte el desarrollo integral. **DERECHO INTEGRAL**: El padre, la madre o la persona encargada está obligados a velar por el desarrollo físico, intelectual, moral, espiritual y social de sus hijos menores de dieciocho años. **DERECHO A LA VIDA FAMILIAR**: Las personas menores de edad tendrán derecho a conocer a su padre y madre, asimismo, a crecer y desarrollarse a su lado y ser cuidadas por ellos. Tendrán derecho a permanecer en su hogar del cual no podrán ser expulsados ni impedidas de regresar a él, salvo decisión judicial que así lo establezca. El artículo 115 del código en rito formula: **DEBERES DE LOS JUECES**. Serán deberes de los Jueces que conozcan de asuntos en los que esté involucrada una persona menor de edad: a)... b)... c)... d) Conducir el proceso en busca de la verdad real., e).....j)....**XI.-**En Costa Rica de acuerdo a la teoría de la carga de la prueba y dentro de una concepción más elaborada de la noción onus probandi contiene el artículo 317 del Código Procesal Civil, : que el actor debe probar los hechos constitutivos de su propio derecho, mientras que el demandado **debe probar los hechos modificativos, extintivos o impeditivos, que paralizan o extinguen la pretensión del actor, conforme a la norma que sustenta su derecho sustantivo**. Destacándose entonces que **los medios de prueba** deben entenderse " **como aquellos elementos procesales, que le permiten a las partes, y también al Juez, aportar la prueba necesaria que facilite el llegar a la constatación o no de la veracidad de los hechos que han servido de fundamento a la pretensión y a su resistencia** ", mientras que la finalidad de la prueba es la de permitir que el Juez resuelva la controversia con arreglo a la situación fáctica que se ha tenido por cierta, de ahí que esa finalidad no es más que el establecimiento de la verdad de las afirmaciones que se han producido en el contradictorio. **XII.-** Con relación a las reglas de la valoración

están fijadas en el artículo 330 del Código Procesal Civil, el cual indica que los **" los jueces apreciarán los medios de prueba en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, salvo texto legal en contrario "**. A pesar de esto, en materia probatoria, específicamente en Derecho de Familia el artículo 8, párrafo segundo del Código de Familia reza: **" Sin embargo, los jueces en materia de familia interpretarán las probanzas sin sujeción a las reglas positivas de la prueba común, atendiendo todas las circunstancias y los elementos de convicción que los autos suministren, pero, en todo caso, deberán hacer constar las razones de la valoración"**. Con referencia a este numeral la jurisprudencia ha dicho que el mismo **" contempla, con alcance de normas generales, los dos parámetros básicos, que en materia de familia, deben acatarse al apreciar la prueba, a saber: el principio de comunidad o de adquisición de los medios probatorios y el de su valoración de acuerdo con las reglas de la sana crítica. En virtud del primero, los órganos jurisdiccionales están legalmente imposibilitados para preferir cualquiera de los aportados y evacuados durante la substanciación del proceso, toda vez que, los mismos tienen plena eficacia en favor o en contra de las diferentes partes, aún de aquélla que los haya producido. Esto no significa, sin embargo, que no pueda restársele valor demostrativo a alguno o a varios de ellos, tomando en cuenta, por ejemplo, su parcialidad, su falta de referencia a los hechos de la litis o su evidente carácter complaciente; todo lo cual ha de ser justificado de modo expreso. Por el segundo, se exige, al apreciarlos, la aplicación razonada y crítica de la lógica, del buen entendimiento, de la psicología, de la sociología e incluso, de la imaginación, a la luz de la realidad de la vida y de la experiencia humana..."**

(Sala Segunda de la Corte, Resolución No. 39 de las 10:20 horas del 11 de febrero de 1998. Proceso de Familia. A.M.M.C c/J.J.M.R). **XIII.-Comunidad de la prueba**, significa que **" la actividad valorativa de los diversos medios de prueba el juez la ejercita sin tener en cuenta su origen, pues, es virtud del principio de comunidad, denominado también de adquisición, no interesa si ingresaron al proceso por actividad oficiosa del órgano jurisdiccional o a instancia de cualquiera de las partes, sea demandante o demandada o inclusive, de un tercero interviniente"**. (De Santo, Víctor. Op. cit.,página 641). Se señala entonces que el Juez debe de considerar todos los medios de prueba en conjunto, sin importar el origen de las mismas, y además deben **"apreciarse como un todo, en conjunto, sin que importe que su resultado sea adverso a quien la aportó, porque no existe un derecho sobre su valor de convicción, una vez que han sido aportadas legalmente, su resultado depende sólo de la fuerza de convicción que en ellas se encuentre"**. (De Santo, Víctor. Op. cit.,página 173). **XIV.- La Sana Crítica** se define como la **" calificación atribuida a las reglas que rigen los juicios de valor emitidos por el entendimiento humano en procura de su verdad, por apoyarse en proposiciones lógicas correctas y por fundarse en observaciones de experiencia confirmadas por la realidad"**. (Couture, Eduardo J. Vocabulario Jurídico, página 532). **XV.-Referente a la sana crítica** la Jurisprudencia ha señalado que: **" son las reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables en relación con la experiencia del tiempo y del lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia y que obligan a los jueces a proceder a la valoración de los hechos puros y simples de que dan testimonio los testigos a la luz de la realidad de la vida o de acuerdo con lo que aconseja la experiencia humana, sin recurrir a forzadas deducciones."**(Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en sus sentencias números 157 de las diez horas del veintinueve de setiembre de mil novecientos ochenta y nueve y

191 de las nueve horas diez minutos del dieciséis de setiembre de mil novecientos noventa y tres), y **" Con arreglo a este (relativamente) nuevo sistema, el juzgador, en sus esfuerzos por desentrañar la verdad, ya no se encuentra aherrojado por un procedimiento reglado o de prueba tasada (cuyo valor está predeterminado por ley). Puede ahora ejercer su labor de apreciación con base en principios de la experiencia, de la razón y la lógica -acompañadas éstas por la imaginación, la psicología y la sociología-, así como de los conocimientos científicos y técnicos cuyo empleo resulte necesario, en aras de una exitosa dilucidación".** (Sala Segunda de la Corte, resolución No. 293 de las 15:15 horas del 09 de octubre de 1996, Proceso de Familia J.L.V. c/ Sucesión de D.A.A.),. De esta manera las reglas que rigen este sistema de valoración **"... son las reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables en relación con la experiencia del tiempo y del lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia, y que obligan a los jueces a proceder a la valoración de los hechos puros y simples de que dan testimonio los testigos, a la luz de la realidad de la vida o de acuerdo con lo que aconseja la experiencia humana, sin recurrir a forzadas deducciones".** (Tribunal de Familia, Primer Circuito, San José, Resolución No. 870 de las 14:15 horas del 13 de octubre de 1998, Proceso de familia. M.A.C.L. c/ J.L.S.V.). **XVI.-La "sana crítica, libre convicción o convicción sincera, significan, es cierto, que el magistrado no está sometido a ataduras o preconceptos legales que le fijen a priori el valor de la prueba, pero la apreciación que haga sobre este valor debe ser razonada o exteriorizada."**(De Santo Víctor,Op. cit, página 605). El juez tiene libertad para apreciar la prueba, pero ello no quiere decir que lo puede hacer arbitrariamente, por el contrario, está en la obligación de respetar las reglas de la sana crítica que son: **" ...las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba...con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas".** (Couture, Eduardo J. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. páginas 270-271). **XVII.-**De todo lo anterior podemos concluir que en nuestro país la prueba debe ser analizada en forma unitaria y de acuerdo con la sana crítica, por lo cual no es posible que se pueda dar relevancia a ningún tipo de prueba por encima de otro. **XVIII.-**La función jurisdiccional se ejerce por las personas a quienes el Estado inviste con la dignidad de jueces y cuyo conjunto constituye la administración de Justicia. El proceso judicial constituye entonces, un instrumento que sirve para resolver un litigio, dentro de un marco de tutela de los derechos fundamentales, donde participan dos partes: una que pretende en nombre propio o en cuyo nombre se pretende la actuación de una norma legal, y otra frente a la cual esa actuación es exigida. Mediante el principio de contradicción se garantiza la participación efectiva de las partes en el proceso, el cual sirve de límite a los poderes del órgano jurisdiccional. La igualdad de tratamiento a las partes es una garantía fundamental que connota nuestra carta magna en su artículo 33, y el 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que tiene por objeto conferir a los litigantes iguales posibilidades y oportunidades de actuar en juicio. Es por ello, que además de **dirigir el proceso y velar por su rápida solución,** como lo preceptúa el artículo 98 inciso 1) del Código Procesal Civil, también el inciso 2) recoge ese principio de igualdad ante la ley, y enuncia: **" Son deberes del Juez: 1)...2) Asegurar a las partes igualdad de tratamiento. 3).....7)....,** por lo que revisado el proceso en su globalidad, no se encuentran en las actuaciones y resoluciones del Juez de Instancia, ningún reproche o recriminación que se le pueda formular, por el contrario, se observa una tramitación apegada a derecho y con cristalino respeto hacia las partes

intervinientes en el proceso, por ello, más bien es de llamar la atención al apelante, y al letrado autenticante Licdo. Didier Mena Aguilar, dado que es el responsable del contenido del memorial de folios 245 a 248, a ser reverentes y guardar compostura ante la investidura judicial del Licdo Esquivel Quirós porque de lo contrario, se les podrá aplicar el régimen disciplinario correspondiente, y la comunicación a quien corresponda. **XVIII.**-El artículo 155 del Código Procesal Civil indica que las sentencias deberán resolver todos y cada uno de los puntos que hayan sido objeto del debate, con la debida separación del pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos, cuando hubiere varios. No podrán comprender otras cuestiones que las demandadas, ni conceder más de lo que se hubiere pedido. En punto a la incongruencia como punto procesal, ha dicho la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en su Voto No. 589-02 lo siguiente: **“IV.**-La labor jurisdiccional, tiene como principio rector, el de congruencia. Esta máxima impone al juzgador la obligación de ceñirse, en el dictado de su sentencia, dentro de los límites establecidos en la demanda. Estos linderos están dados no solamente por los hechos en ella contenidos, sino también por las partes involucradas, el derecho que invocan y los pedimentos oportunamente impetrados. Acogiendo lo anterior, el artículo 290 del Código Procesal Civil establece que la demanda necesariamente deberá contener la indicación de las partes involucradas, los hechos en que se funda, las normas que favorecen su razonamiento jurídico, y las pretensiones que formulen. Es el canon 99 *ibídem*, el cual consagra la obligación del juzgador de dictar la sentencia dentro de los parámetros establecidos en la demanda, censurando con prohibición expresa, el emitir pronunciamiento oficioso sobre puntos no discutidos por las partes, acerca de los que la ley exija iniciativa de los contendores. La trascendencia de la estricta observación de esta máxima, estriba en que constituye una garantía derivada del principio de defensa, pues asegura a los litigantes que el pronunciamiento jurisdiccional sobre la situación jurídica dilucidada en el proceso, fue construido con base en los hechos y pretensiones derivadas de la actividad dialéctica que justifican el iter procesal, los cuales no sólo fueron conocidos por ellos, sino que además tuvieron oportunidad de controvertir, a través de argumentos jurídicos y el ofrecimiento de medios de prueba. El juzgador, al decidir sobre la legalidad de las solicitudes de las partes, podrá denegar las pretensiones, concederlas sólo en parte, o bien íntegramente, y en ninguno de estos casos incurrirá en incongruencia. Comete el vicio cuando rebasa los límites de la demanda y su contestación -y eventualmente la reconvencción y réplica, así como las respuestas de la contraparte- otorgando más de lo pedido o fuera de lo solicitado.” De un análisis exhaustivo del fallo, tampoco se observa que haya infracción a las concertaciones anteriores. **XIX.**-Se insiste, no se denota de la tramitación en sí y de lo resuelto subjetividad alguna por parte del Juez, porque la mayoría de lamentos externados ante el Juez de Primera Instancia, son apreciaciones personales y visto desde su cristal, pero no hay que olvidar, que la acción y el proceso, junto con la jurisdicción constituyen la denominada "trilogía estructural" del Derecho Procesal, y dentro de la tramitación se ubica al Juzgador en la parte superior de la figura triangular que representa el proceso y en cada una de las bases inferiores se ubican a las partes, quienes de acuerdo a sus intereses, van a tener apreciaciones y fundamentaciones, divorciadas una de la otra, para tratar de darle sustento a su pretensión si se trata de la parte actora y a su resistencia si se trata de la parte demandada. **XX.**-Durante la década del noventa, se produjeron avances evidentes en relación a la vigencia de los derechos humanos de las mujeres y de los (as) niños (as) en el sistema interamericano. Estos avances se explican, en parte por el impacto, de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993), que en el texto de su Declaración reconoce por primera vez que " los derechos humanos de las mujeres y las

niñas son parte integrante e indivisible de los derechos humanos universales..., " y que la violencia de género es incompatible con la dignidad humana, y de la Conferencia Mundial de la Mujer (Beijing, 1995, y sus reuniones preparatorias a nivel americano. Estos procesos contribuyeron para que el sistema interamericano prestara mayor atención a las violaciones de derechos que las mujeres sufren principalmente por su condición de mujeres y constituyeron el marco en el que fue elaborada la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer conocida como Convención de Belem do Pará, que fue aprobada por la Asamblea General de la O.E.A. el nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro y entró en vigor el cinco de marzo de mil novecientos noventa y cinco, y que actualmente cuenta con el más alto nivel de ratificaciones entre los instrumentos de derechos humanos vigentes en la región. El artículo 3, de la **Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, "Convención de Belén do Pará,"** reza: *"Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado"*. El artículo 4 de la cita ley, dice: *" Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: a) el derecho a que se respete su vida; b) el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; c)...d) ...e) el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia; f) el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley; g) el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos; h)... i)...j)... "* Nuestro país, es una nación con legislación de avanzada, en este sentido, es así como tenemos la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, promulgada en 1990, la Ley Contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia, difundida en 1995, la Ley Contra la Violencia Doméstica, propalada en 1996, Reforma al Código Electoral (cuota) de ese mismo 1996, la Ley de Igualdad de Oportunidades para las personas con discapacidad, de 1996, la Ley de VIH-SIDA, la Ley General de Personas Adultas Mayores, El Código de la Niñez y la Adolescencia, de (1998), la Ley Contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad, publicada en 1999, la Ley de Paternidad Responsable, de abril del 2000. Sin embargo no basta con el papel y la norma, incorporar la perspectiva de género requerirá también de la concientización del operador del derecho, para aplicar aquellos derechos que las mujeres necesitan para poder vivir como seres humanos plenos, dar cuenta de la especificidad que adquiere la violación de esos derechos por la sola condición de ser mujeres, y responder con eficacia para fortalecer, el aparato judicial, de este Estado de Derecho, que no tolere relaciones desiguales entre mujeres y varones. En el subjuice no cabe la menor duda que estamos en presencia de actos discriminatorios por razones de género, por tratarse de una madre adolescente soltera que hasta ahora está madurando tan pesada carga, y quizás no con el ambiente socio-económico a su favor, como si pareciera tenerlo el demandante, dado que insiste tanto en una educación privada. En Costa Rica, no se penaliza la pobreza, y por suerte, porque no todas las personas, tienen la opción en la vida, de nacer dentro de un hogar donde se sea hijo (a) de un profesional o ambos profesionales, sin embargo, ahí va el mundo girando, y la humanidad sobreviviendo a esa tarea que nadie dijo que fuese fácil cumplir (vivir), y que el dinero no todo lo puede comprar, y este caso no escapa de ello, por eso, aunque se pretenda discriminar a la demandada por su condición socio-económica, es la verdad que frente a la ley, no hay diferencia alguna, lo legal es legal, por ello los Dictámenes Periciales Social Forense y los Dictámenes Periciales Psicológicos Clínicos Forenses, son de toda credibilidad para estos Juzgadores al igual

que para el Juez de Instancia y por eso, en cuanto a la apreciación de las probanzas no hay quebranto alguno que proclamar y se avala como se ha dicho lo dispuesto, con base a este sustento probatorio. Estamos en presencia de una persona menor de edad, que no es un objeto, una cosa, sino una criatura, que tiene vida, derechos, y que no es un hombre del mañana sino un niño del hoy, con el derecho que le otorga el artículo 30 del Código de la Niñez y Adolescencia de vivir en familia. Lo que ocurre en el presente caso no es novedoso, una madre adolescente, que de momento le cuesta reinsertarse en sociedad, sin su pareja a lado, aunado a un interés de que su hijo comparta con su padre, con el fin de que estuviera cercano a su familia paterna, pero se da un mal manejo de estas situaciones, y vienen a dar como resultado de lo que hoy se conoce. Un niño de corta edad inmerso en un litigio, porque simplemente, ambos padres ya sin convivencia en común, y sin que puedan tener a la vez al menor, formulan un mano a mano, en pro de tener a éste. XXI.-Se ha demandado en este proceso una modificación de guarda, crianza y educación, aduciendo que a la persona menor de edad se le está violentando el derecho a crecer en un ambiente normal, estable no solo económico sino también afectivo, contar con la presencia de ambos de sus progenitores, tener acceso a una buena educación y a tener relaciones personales sanas y estables. Que el menor tiene todo el derecho de que se protejan sus intereses, los cuales tal y como demostrará en el proceso, van a estar mejor salvaguardados con su padre.(cita en lo conducente de folio 25, puntos 9 y 10). Constan en el proceso diversas valoraciones periciales que sustentan el criterio de lo injustificado que resulta esta petición tendiente a la separación de madre e hijo, e importantísimo rescatar la persistencia que ha mantenido la madre de mantener a su hijo a su lado, durante este cansado proceso, aunado a sus deseos de superación, y un proyecto de vida, que al fin y al cabo va incidir directamente en la unidad de la familia, además de lo anterior y con sustento en los numerales del Código Civil, a saber:

Artículo 1.-Las Fuentes escritas del ordenamiento jurídico privado costarricense son la Constitución, los tratados internacionales debidamente aprobados, ratificados y publicados, y la ley. La Costumbre, los usos y los principios generales de Derecho son fuentes no escritas del ordenamiento jurídico privado y servirán para interpretar, delimitar e integrar las fuentes escritas del ordenamiento jurídico. Artículo 2.-Carecerán de validez las disposiciones que contradigan a otra de rango superior. Artículo 5.-Las normas jurídicas contenidas en los tratados y convenios internacionales no serán de aplicación directa en Costa Rica, en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su aprobación por la Asamblea Legislativa y publicación íntegra en el diario oficial "La Gaceta". Artículo 6.-Los Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver, en todo caso, los asuntos que conozcan, para lo que se atenderán al sistema de fuentes establecido. Artículo 9.- La Jurisprudencia contribuirá a informar el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezcan las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Plena al aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Artículo 10.- Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas, y que las normas y principios contenidos en la Carta Magna son de contenido esencial y de aplicabilidad directa. La Supremacía de la Constitución sobre todas las normas y de su carácter central es la construcción y validez del ordenamiento en su conjunto, armonizado todo lo anterior con lo preceptuado en el numeral 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales " Protocolo de San Salvador" que reza: " Todo niño sea cual fuere

su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación a niveles más elevados del sistema educativo, considera este Tribunal en pleno, que estudiado los antecedentes del caso, y analizada las probanzas constantes en autos en comunidad, al tenor del artículo 330 del Código Procesal Civil y 8 del Código de Familia, en la especie no se cumplen los presupuestos para dar cabida a un cambio de guarda, crianza y educación que del menor L.C.C.venía ejerciendo su madre la señora KATTIA CASTILLO QUIJANO, máxime que se ha concluido que ambos progenitores están facultados para asumir estos atributos, y que por ese numeral 16 de la última ley citada, la prioridad es de la madre, siendo que con sustento en las consideraciones hechas, y teniendo como podio la insoslayable obligación de los Juzgadores de hacer cumplir los principios que informan tanto el Derecho Internacional como el Nacional, sea la Convención Sobre los Derechos del Niño, ese Protocolo de San Salvador, La Constitución Política, el Código de la Niñez y la Adolescencia, y el Código de Familia, es lo procedente sin más abundamiento, que confirmar la resolución recurrida en todos sus extremos. **XXII.-**

4.. HOMICIDIO CALIFICADO DE BEBÉ PREMATURO, CON SÍNDROME DE DOWN Y MÚLTIPLES FRACTURAS DESCUIDADO POR SUS PADRES.

[Sala Tercera. Corte Suprema de Justicia]ix

Voto de mayoría

“I [...] Conviene, a efectos de dar respuesta al reclamo que presenta el recurrente, hacer varias consideraciones en torno a los temas que se presentan. i.-

De los tipos penales cualificados por el resultado: Dentro de nuestra normativa penal, existen diversas clases de tipos penales (de acción, de omisión propia, de comisión por omisión u omisión impropia), así como también, figuras de carácter especial tal y como resultan ser los tipos preterintencionales o los tipos cualificados por el resultado. Según la doctrina, los delitos calificados por el resultado, son aquellos “*cuya estructura está conformada por un tipo básico cometido con dolo o imprudencia y un resultado que califica, en relación con él cuando basta con establecer la relación de causalidad (imputación objetiva) con la conducta del agente, sin que importe si el resultado fue previsto y querido; e, incluso, así no haya sido previsible, por lo que la exigencia de culpabilidad no tiene importancia en relación con él.*” (Velásquez, Fernando. Manual de Derecho Penal, 2004, p. 325). ii.-

El tipo penal de abandono de incapaces y casos de agravación: Este delito es –en primer término- un delito de peligro concreto, en el que basta el poner en peligro el bien jurídico tutelado (la vida y la salud), para que la conducta resulte típica: “*El que pusiere en grave peligro la salud o la vida de alguien, al colocarlo en estado de desamparo físico, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse a sí misma, y a la*

que debe mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado [...]” (Artículo 142, párrafo primero del Código Penal). Dentro del tipo objetivo, se prevén tres hipótesis: a) el colocar a alguien en estado de desamparo físico; b) el abandonar a su suerte a una persona incapaz de valerse a sí misma y a la que se debe mantener o cuidar; y c) el abandono a la víctima a la que el autor hubiere incapacitado. El tipo subjetivo acepta su comisión ya sea con dolo directo o eventual (ver en este sentido Llobet Rodríguez, Javier. Delitos en contra de la vida y la integridad corporal; 1999, p. 297-299). Sin embargo ese mismo tipo penal, prevé en su párrafo segundo, una agravación por el resultado: *“La pena será de prisión de tres a seis años, si a consecuencia del abandono resultare un grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima. Si ocurriere la muerte, la pena será de seis a diez años de prisión.”* Este resultado, sólo puede ser atribuido al autor a título de culpa, lo cual se deduce del artículo 37 de nuestro Código Penal al disponer: *“si la ley señalare pena más grave por una consecuencia especial del hecho, se aplicará sólo al autor o partícipe que haya actuado, a lo menos culposamente respecto a ella.”* Ya esta Sala se ha planteado cuál ha de ser la interpretación que ha de hacerse de esta disposición en cuanto a la aplicación de pena en los delitos cualificados por el resultado, entre los cuales se encuentran también tipos penales tales como el delito de secuestro extorsivo y la violación con resultado muerte, entre otros: *“En estos supuestos se está en presencia, como con corrección lo examinó el a quo, de delitos cualificados por el resultado y la agravación no se aplica de manera automática, por el solo hecho de que el resultado se produzca, sino que se exige su atribuibilidad al agente o partícipe. La postura del Ministerio Público parte de la lectura aislada del tipo penal de la parte especial, pero olvida que su interpretación debe hacerse con arreglo a las previsiones contenidas en la parte general. La muerte de la víctima, en el secuestro extorsivo, no es una consecuencia necesaria o “natural” del delito, como tampoco lo es, por ejemplo, en la violación. Se trata de un resultado especial que, en la hipótesis de ocurrir, ha de ser atribuible al partícipe, al menos a título de culpa. Desde luego, si la muerte ocurre de manera dolosa por parte del secuestrador, existiría un concurso entre el secuestro y el delito de homicidio. En el presente caso, ni el Ministerio Público ni el a quo pudieron establecer que CM interviniera o mantuviera siquiera un contacto personal con la víctima o bien que poseyese algún poder para disponer la forma en que se realizaría el “levante” o se ejecutaría el cautiverio. Dentro del plan común de los autores, se establece que le correspondió al justiciable la tarea de hacer llamadas extorsivas, por lo que no es posible determinar que haya actuado (como lo prevé la norma) al menos culposamente y provocara con ello la muerte del ofendido.”* (Sentencia 2007-00018 de las 9:00 horas del 23 de enero del 2007). Queda claro entonces, que cuando se produce un resultado más grave en aquéllos tipos penales cualificados por el resultado, según el numeral 37 ya citado, ese resultado debe ser atribuido al autor a título de culpa. En otras palabras, si existió dolo en cuanto al resultado producido, ese elemento desplaza la figura y la solución debe buscarse en un tipo penal distinto. *iii .-*

Del los delitos de comisión por omisión u omisión impropia: Estos tipos penales tienen características de la comisión y de la omisión y surgen cuando una persona, estando obligada a actuar, omite un comportamiento y es a través de ese comportamiento que se produce un delito: *“En los delitos de omisión impropia, por el contrario se le impone al “garante” un deber de evitar el resultado. La producción del resultado pertenece al tipo, y el garante que vulnera su deber de evitar el resultado se ve gravado con la responsabilidad jurídico-penal por el resultado típico.”* (Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Vol II, p. 833). Esa obligación de actuar o posición de garante de un bien jurídico tutelado, puede tener diferentes orígenes, según la teoría que

se siga. Así, la teoría tradicional dice que tiene su origen en la ley misma, en un contrato, en una conducta anterior, la asunción de hecho y las relaciones de lealtad. La teoría formal material establece que solo existe una posición de garante si existe una obligación extra penal de evitar el resultado. La teoría de las funciones de Kauffman, que es la concepción dualista material, señala que esa posición de garante deriva de dos tipos de situaciones: a) cuando la persona tiene el deber de proteger los bienes jurídicos de los riesgos que puedan afectarlos, y b) cuando la persona tiene el deber de proteger determinadas fuentes de riesgo (ver Velásquez, Fernando. Manuel de Derecho Penal, 2004, p. 331). Acerca de la posición de garante, esta Sala ha asumido una postura en la que se acepta que surge como consecuencia de: *“en una primera hipótesis, en aquellos casos que surgen a partir de una situación anterior entre las partes, de donde puede deducirse que uno de los sujetos asume el deber de protección y el otro actúa confiando en la expectativa de que el otro cumplirá con el deber de protección (en cuanto al deber de actuar conforme a la expectativa, cfr. Sánchez Vera y Gómez-Trelles, Javier, Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte, Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho, Primera Edición, 1995, pp. 23-25; 30 y ss.). La posición de garante también surge cuando uno de los sujetos de la relación o situación típica tiene un especial deber de control o vigilancia de una fuente de peligro (sobre la posición de garante derivada de la satisfacción de expectativas, cfr. Sánchez Vera y Gómez-Trelles, op.cit., pp. 68 y ss.). Un contrato o relación jurídica entre las partes también puede generar obligaciones de actuar y de vigilar que no se produzcan los resultados desaprobados por la norma (véanse los ejemplos sobre estas hipótesis en Bacigalupo, Lineamientos, op. cit., pp. 147 y ss.). La omisión impropia que se genera al encontrarse alguien en posición de garante, obliga, entonces, a que el análisis judicial se concentre en detectar primero si existe un deber de actuar conforme a la norma preceptiva en juego.”* (Resolución 00789-99 de las 10:55 horas del 25 de junio de 1999). En los delitos de omisión impropia, la posición de garante forma parte del tipo penal, de acuerdo a la relación que necesariamente debe hacerse con el artículo 18 de nuestra legislación penal, que funciona como un dispositivo amplificador del tipo penal. Específicamente, y para ir concatenando estos aspectos teóricos con el acaso que nos ocupa, en cuanto a la posición de garante de los padres respecto a los hijos, la doctrina alemana ha referido que *“las obligaciones de los padres respecto a los hijos cuando son muy pequeños se refieren a la alimentación, a mantenerlos limpios, etc. Pero en general estas obligaciones son evitar lesiones corporales de los niños, causadas por sí mismos o por un tercero, y, en general, realizar acciones que conserven o preserven la vida del menor.”* (Albrecht, citado por Castillo González, Francisco. El delito de omisión impropia, 2007, p. 170). iv .-

Del caso en particular: Claramente del fallo se deduce que la tipificación de la conducta en un delito de homicidio, lo fue por la posición de garante que ostentaban los imputados en su condición de padres del menor, convirtiendo el hecho en un delito de omisión impropia o bien, de comisión por omisión, como también se le conoce en la doctrina jurídico penal. En este caso en particular, pudo bien apreciar el Tribunal, que los progenitores del menor ofendido, eran quienes ostentaban la posición de garantes, o sea, quienes -conforme a la doctrina- tienen el deber de impedir que un resultado se produzca. Este punto fue ampliamente analizado en el fallo, llegándose a la conclusión de que *“[...] resulta evidente que eran don M y doña A, quienes desde el momento en que reciben al menor del centro médico en el que nace, hasta el momento en que fallece, se encuentran al cuidado del niño, y por ende resultaban garantes de todos los*

cuidados que el mismo requería, desde brindarle la alimentación adecuada para su edad, hasta llevarlo a vacunar y a recibir atención médica, aspecto este último del cual se advirtió a los acusados dada su condición especial de bebe prematuro y con síndrome de Down. Por supuesto que también los padres eran los principales obligados a velar para que el niño no sufriera ningún tipo de maltrato físico o emocional, por no decir que no debían provocárselo; por otra parte, que en el caso de que el menor sufriera algún tipo de lesión que así lo ameritara, y por la circunstancia que fuera, tenían la obligación de llevarlo a recibir atención médica inmediata. En el caso de doña A ella permanecía en casa al lado del bebe, pues estaba incapacitada por maternidad precisamente para que pudiera brindar a su menor hijo los cuidados que este requería; en el caso de don M, aún asumiendo como cierto que trabajara como taxista dieciséis horas diarias, llegaba a su casa todos los días a dormir y a comer, lo que igualmente le brindaba la oportunidad de percatarse de todo lo que acontecía en relación con su menor hijo, y como padre tenía también las mismas obligaciones que doña A de atender las necesidades el menor.” (cfr. folios 545-546). Es por ello, que aunque los juzgadores no tuvieran suficiente prueba para demostrar que los imputados fueron quienes le propinaron los golpes al menor al punto de ocasionarle múltiples fracturas de costillas, fémur y húmero, ello no modifica de modo alguno la responsabilidad que recae sobre ellos por el delito de homicidio calificado, tal y como se razonó en el fallo: “aún en el supuesto de que los encartados no las hubieran provocado directamente, lo cierto es que si así fuera no hicieron nada por evitar que el niño fuera lesionado, ni tampoco una vez producidas las lesiones se preocuparon por llevar al menor ofendido a recibir la atención médica que le habría permitido sanar y salvar su vida, sino que más bien dejaron que su salud fuera desmejorando, en un suplicio que se prolongo por varias semanas, hasta provocar que el niño falleciera. Llegado este punto del análisis es oportuno recordar lo informado por las médicos forenses, en el sentido de que el síndrome del niño agredido se manifiesta en forma activa y pasiva, y que en este caso las dos formas del mismo se encontraban presentes en el caso del menor fallecido. Considera el Tribunal que los aquí acusados incurrieron en el delito de homicidio calificado, y que la comisión de ese delito en que incurren los encartados se da por la omisión dolosa de llevar al niño a que recibiera la atención médica que le habría permitido salvar su vida”. (cfr. folio 552). También reclama quien recurre, que en este caso no es posible determinar que existiera “animus necandi” por parte de los imputados, pues la acción no se da “en un solo acto”. Tampoco le asiste razón. En los delitos de omisión impropia, el dolo puede manifestarse tanto en su forma directa como eventual. Por ejemplo: a) el omitente puede actuar intencionalmente (dolo directo de primer grado o intención), lo cual ocurre cuando la finalidad de permanecer pasivo consiste en dejar de producir en resultado; b) el omitente puede actuar con dolo in directo o de segundo grado de consecuencias necesarias, cuando no tiene la finalidad de que se produzca el resultado, pero sabe con seguridad que su inactividad lo producirá; c) el omitente puede actuar con dolo eventual si prevé la posibilidad de que su omisión haga que el resultado se produzca, y aunque no lo quiera, lo acepta. (En este sentido, Castillo González, Francisco. El delito de omisión impropia. 2007. p. 274) En este caso, es claro que si el menor ofendido no era alimentado, que si necesitaba

cuidados especiales por padecer del Síndrome de Down y además se encontraba con lesiones que necesitaban atención médica, el no llevarlo a un centro médico, inexorablemente desencadenaría el resultado que se produjo: su muerte. Así, el dolo consistió en no actuar a sabiendas de que esa actitud pasiva que era retomada cada día y en cada momento por ambos progenitores, provocaría un resultado, en este caso, la muerte del menor. Es por ello que la conducta que originó su condena, no puede tipificarse en el delito de abandono de incapaces, pues quedó claramente demostrado y debidamente fundamentado en el fallo, que existió dolo de matar, lo cual desplaza dicha figura para encajar dentro del tipo penal de homicidio por comisión por omisión. Por lo expuesto, el reclamo ha de ser declarado sin lugar.”

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

ⁱ Ruiz Schmitdt MArimalia: “La aplicación de los mecanismos legales para la participación de niños (as) y adolescentes en la resolución alterna de conflictos dentro de la legislación costarricense”. Universidad de Costa Rica. San José, Febrero del 2011 pp 160- 172

ⁱⁱ Beloff Mary: “Acceso a la Justicia de Niños víctimas” UNICEF, Buenos Aires 2008, pp 20 - 28

ⁱⁱⁱ Barquero Castro, Berny: Directrices de acción sobre el niño en el sistema de justicia penal o directrices de Viena. Universidad de Costa Rica, San José, Febrero 2013, pp 108 y 109

^{iv} Asamblea Legislativa 06/02/1998.Publicado en la Gaceta el número 26 del: 06/02/1998 E

^v Asamblea Legislativa, publicada en LA Gaceta número 166 del: 30/08/2007

^{vi} Sala Constitucional Sentencia: 14549 Expediente: 06-015285-0007-CO Fecha: 10/10/2007 Hora: 03:05:00 p.m.

^{vii}Sala Constitucional. Sentencia: 04495. Expediente: 07-003887-0007-CO. Fecha: 28/03/2007. Hora: 05:57:00 p.m.

viii Tribunal de Familia. Sentencia: 02016. Expediente: 02-401363-0186-FA. Fecha: 16/11/2004
Hora: 11:00:00 a.m.

ix Sala Tercera de la Corte. Sentencia: 01214. Expediente: 05-013869-0042-PE. Fecha:
29/10/2007. Hora: 09:10:00 a.m.