

Texto de la resolución



Exp: 17-000019-1260-PE

Res: 2018-00341

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las doce horas y treinta minutos del veinticinco de mayo del dos mil dieciocho.

Recurso de Casación, interpuesto en la presente causa seguida contra [Nombre 003], [...]; por el delito de **sustracción de menor, maltrato, amenazas a una mujer y ofensas a la dignidad**, en perjuicio de [Nombre 001] **y otros**. Intervienen en la decisión del recurso, los Magistrados Doris Arias Madrigal, Jesús Ramírez Quirós, Ronald Cortés Coto, Sandra Eugenia Zúñiga Morales y Rafael Segura Bonilla, estos últimos tres en su condición de Magistrados Suplentes. También participa en esta instancia el licenciado Erick Céspedes Steller en su condición de defensor público del encartado. Se apersonó el licenciado Elvis López Matarrita, como representante de la Unidad de Impugnaciones del Ministerio Público.

Resultando:

1. Mediante sentencia N° 237-17, dictada a las trece horas treinta minutos del diecisiete de octubre de dos mil diecisiete, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal. Segundo Circuito Judicial de Guanacaste, Santa Cruz, resolvió: "**POR TANTO** : Se declara sin lugar los recursos interpuestos por el defensor público y el imputado. Se declara con lugar el recurso del Ministerio Público. Se anula el fallo en cuanto a la adecuación típica de los hechos constitutivos del delito de sustracción de persona menor de edad y consecuentemente la penal por dicha delincuencia. Se ordena le reenvío de la causa para nueva sustanciación de la calificación legal y la pena que corresponda, conforme al concurso ideal de delitos fijado por el *a quo* (aspecto que no fue objeto de recurso). La jueza Monge Pizarro pone nota. **NOTIFÍQUESE GERARDO RUBÉN ALFARO VARGAS, MARÍA LUCILA MONGE PIZARRO, CYNTHIA DUMANI STRADTMANN. JUEZ Y JUEZAS DE APELACIÓN DE SENTENCIA.** (sic)".

2 . Contra el anterior pronunciamiento, el licenciado Erick Céspedes Steller en su condición de defensor público, interpuso Recurso de Casación.

3. Verificada la deliberación respectiva, la Sala se planteó las cuestiones formuladas en el recurso.

4. En los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes.

Considerando:

1. El defensor público de [Nombre 003], presentó casación alegando en su único motivo la inobservancia de la ley sustantiva en la solución de esta causa por parte

del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste, sede Santa Cruz, al rechazar la concurrencia de una causa de justificación en la sustracción de menor ofendido en estos hechos. Estima el quejoso que se está ante el ejercicio de un derecho, pues por su calidad de padre, el endilgado ostentaba facultades de ver y compartir con su hijo. Debe anularse el fallo venido en casación en cuanto a ese aspecto.

II. Antes de avanzar con la exposición, es menester subrayar que los hechos y sanciones dictadas por los delitos de violación de domicilio, amenazas contra mujer agravado, ofensas a la dignidad agravado y maltrato agravado, quedan en firme y no se ven afectados por este pronunciamiento, el cual sólo se refiere a la posible sustracción del menor. En su voto 237, dictado a las 13:30 horas del 17 de octubre del 2017, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal excluyó que se estuviera ante un derecho por parte del acusado, quien es el padre de dicho menor, toda vez que este ya no convivía con aquel, sino que el niño se había ido con su madre, a vivir con la familia de esta. Esos derechos, no pueden ser ejercidos unilateralmente, dijo ese Tribunal, sino que en caso de desacuerdo deben fijarse por la autoridad. En la acción investigada, era visible que el justiciable procedía a sabiendas de que no le asistía ese derecho, no quedando duda de su dolo y la consciencia de la ilicitud de su actuar, concluyó (folio 174 vuelto y 175 frente). De esa forma, el tribunal de alzada ratificó la exclusión de esa justificante, hecha en la sentencia condenatoria N° 67, adoptada por el Tribunal Penal del Segundo Circuito-Judicial de Guanacaste, sede Nicoya, a las 17 horas del 9 junio del 2017. En esta, a la letra, se dijo: *“Sobre la antijuridicidad: todas las conductas realizadas por el encartado resultan ser antijurídicas puesto que el justiciable actuó en clara discordia con el ordenamiento jurídico costarricense, lesionando con su actuar doloso bienes jurídicos tutelados, tal cual es la familia entendida como una unidad social estructurada en función de los intereses de sus integrantes, el libre ejercicio de la patria potestad, los derechos de una persona menor de edad a un desarrollo sano y a recibir protección de su familia, la intimidad, la integridad física y emocional, la dignidad y la libertad psíquica de una mujer con quien mantuvo una relación de pareja en unión de hecho por aproximadamente diez años y con quien procreó tres hijos. Estas acciones fueron realizadas por el encartado, sin que existiera causa de justificación alguna que el ordenamiento le otorgara”*. Nótese, sin embargo, que ninguno de los dos pronunciamientos repara ni elucida cuál era el régimen de derechos que, ya fuera por acuerdo con su expareja, o por disposición de la autoridad competente, tenía el encausado para ver o visitar a sus hijos. En la amplia mayoría de las situaciones en que se discute la concurrencia o no de una causal de justificación, basta con examinar la ley o las características más prominentes del asunto para dirimir el punto. No obstante, tratándose de situaciones donde, en principio, el endilgado sí tiene el derecho, es imprescindible ahondar para definir si ese derecho estaba siendo practicado acorde a las modalidades de ejercicio acordadas o autorizadas.

III. En el presente asunto, como es de sabido, el artículo 141 del Código de Familia establece como regla que *“Los derechos y obligaciones inherentes a la*

patria potestad no pueden renunciarse. Tampoco pueden modificarse por acuerdo de partes, salvo lo dispuesto para la separación y divorcio por mutuo consentimiento, en cuanto se refiera a la guarda, crianza y educación de los hijos.", lo cual encuentra eco también en los numerales 56 y 60 de ese mismo cuerpo legal. En otras palabras, los progenitores ostentan la patria potestad, así como la guarda, crianza y educación de los menores de edad, salvo acuerdo mutuo o resolución judicial en contrario. Esto, aunque se hayan separado físicamente y no convivan más. De manera que, no porque esa convivencia se haya disuelto, el padre o la madre pierden las facultades de guarda, crianza y educación; a menos que así lo acuerden o la autoridad judicial lo disponga. En consecuencia, a efectos de determinar si es que esa persona está haciendo uso o no de esa facultad, es preciso determinar si es que hubo acuerdo u orden judicial en sentido diverso. Obviamente, si se trata de un acto que exceda esas facultades, aun cuando las tuviera, se estaría ante un situación ilícita, posiblemente configurativas de un delito de sustracción de persona menor de edad o incapaz. Sin embargo, ambas situaciones no pueden presumirse ni soslayarse para poder tener por acreditada la concurrencia de una acción típica y antijurídica. A saber, por una parte, (a) que media un acuerdo o resolución judicial que priva o restringe la guarda, crianza y educación a uno de los progenitores; y, por otro lado, (b) que la acción que se investiga es contraria a esas facultades. Como dato empírico, debe reconocerse que, lamentablemente, buena parte de las conductas dolosas en detrimento de personas menores o incapaces violentan esos acuerdos u órdenes judiciales, o exceden las mencionadas facultades. En tales hipótesis, se configuraría un ilícito (a menos que concurra otra causa de justificación, como el estado de necesidad, por ejemplo). Pero, en razón del principio de inocencia y la inviolabilidad de la defensa (una de cuyas manifestaciones es la debida imputación), ha de tratarse de circunstancias que sean atribuidas al justiciable. Esto es, junto a la eventual sustracción física de la persona menor o incapaz, es menester acusar esas dos situaciones complementarias, para que en juicio se pueda demostrar su concurrencia o no. De forma que, si no se puede demostrar que la persona encartada carecía de esas facultades de guarda, crianza y educación; o que, teniéndolas, no excedió en su ejercicio, no podría tenerse por demostrada la antijuridicidad de su acción u omisión de sustracción de menores o persona con discapacidad.

IV. En la acusación formulada contra el señor [Nombre 003] no consta ninguna de esas dos circunstancias. En consecuencia, tampoco obran en el elenco de los Hechos Probados (folios 90 y siguientes, 98 vuelto y siguientes). Siendo así, no podía considerarse que estaba acreditada la antijuridicidad de la acción cometida por el encausado, que fue el mayor tópico de discusión en el fallo de apelación de sentencia penal ahora impugnado. Debe reiterarse: al no estar acusadas ni (por ende) demostradas las circunstancias referidas en el considerando anterior, no se podía descartar el alegato del ejercicio de un derecho por parte del señor [Nombre 003], padre del menor involucrado, presumiendo que aquellas estaban presentes. Por otro lado, tratándose de una falencia en la acusación que conforme a nuestra legislación procesal, no es subsanable (artículos 347 y 348 del Código Procesal Penal), carece de todo interés declarar con lugar el recurso interpuesto y ordenar

el reenvío.

V. Lo procedente, entonces, es declarar con lugar el reclamo incoado por el defensor público del indiciado [Nombre 003], dejando sin efecto la condenatoria dictada en sentencia de juicio en lo concerniente al posible delito de sustracción simple de una persona menor de edad o sin capacidad volitiva o cognoscitiva y recalificado en el fallo de apelación impugnado como sustracción de persona menor de edad o con discapacidad. Por no mediar interés procesal en el reenvío, se absuelve directamente a [Nombre 003] del delito de sustracción de persona menor de edad que se le atribuyó. El resto de las condenatorias y sus sanciones quedan en firme.

VI. La magistrada Arias Madrigal salva su voto.

Por tanto:

Por mayoría, se declara con lugar el recurso. Se anula parcialmente el voto N.º 237-17, de las 13:30 horas del 17 de octubre del 2017, del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Guanacaste, en cuanto a la recalificación del delito sustracción de persona menor de edad, así como parcialmente el voto N.º 67-17 de las 17 horas del 9 de junio del 2017, del Tribunal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste, en cuanto por mayoría declaró al imputado [Nombre 003]. autor responsable del delito de sustracción simple de persona menor de edad. En su lugar, por mayoría de esta Sala de Casación, absuelve de toda pena y responsabilidad al encartado [Nombre 003]. del delito de sustracción de persona menor de edad. En los demás extremos, ambos fallos se mantienen incólumes. La magistrada Arias Madrigal salva el voto. **Notifíquese.**

Doris Arias M.

Jesús Ramírez Q.

Ronald Cortés C.

(Mag. Suplente)

Sandra Eugenia Zúñiga M.

Rafael Segura B.

(Mag. Suplente)

(Mag. Suplente)

VOTO SALVADO DE LA MAGISTRADA ARIAS MADRIGAL

La suscrita Magistrada, me permito discrepar del criterio externado por la mayoría de esta Sala, y procedo a declarar sin lugar el recurso de casación interpuesto por el licenciado Erick Céspedes Steller, en su condición de defensor público del encartado [Nombre 003], dado que se valora que en el caso concreto, no concurre el ejercicio legítimo de un derecho, como causal de justificación. A fin de poder justificar esta postura, resulta importante analizar cuál o cuáles son los bienes jurídicos tutelados por el numeral 184 del Código Penal, el cual hace referencia al delito de sustracción simple de una persona menor de edad o sin capacidad volitiva y cognoscitiva, tipo penal por el que fue condenado en primera instancia el encartado. En este sentido, la Sala Constitucional en el fallo N°04957-2009, de las 14:54 horas, del 24 de marzo de 2009, estableció que el bien jurídico protegido es el derecho de custodia que se ejerce sobre las personas menores de edad o incapaces, siendo que en lo que es de interés, indicó: *“(...) Cabe decir que en el caso del artículo 184, no se está ante un delito de peligro, sino de resultado, pues lo que se protege es el derecho de custodia que se ejerce sobre las personas menores de edad o incapaces, que obviamente se ve afectado con la sustracción o retención ilegítima. En este sentido, el Tribunal de Casación Penal ha señalado: “[...]Tiene razón el recurrente cuando expresa que la sustracción de menor o incapaz se ubica en nuestra legislación, a diferencia de otras, entre los delitos contra la familia, asimismo, conforme con la descripción del tipo, las acciones constitutivas del delito pueden ser realizadas por quien no tiene la custodia del menor o incapaz, pudiendo ser sujeto activo el padre o la madre del menor o incapaz, que no le tiene bajo su poder físico. (En este sentido: LAJE ANAYA, Justo. Comentarios al Código Penal. Parte Especial, Volumen I. Ediciones Depalma Buenos Aires, 1978, p.150. CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. T. II, Parte Especial, Vol. II, Decimocuarta Edición. Bosch, Casa Editorial S.A, Barcelona, 1975, p. 750. LLOBET- RIVERO. Comentarios al Código Penal. Editorial Juricentro. Cartago, Costa Rica, 1989, p. 306 (...). Pudiéndose afirmar que lo protegido es la custodia acordada al menor, custodia que pueden tener ambos padres, o uno de ellos, o un tercero (guardador, curador, tutor, encargado), de modo que quien sustrae al menor de dicha custodia, puede ser autor del delito, lo que hace que en el supuesto de la custodia acordada a uno de los padres, el otro pueda ser autor de este delito, o en la custodia acordada a un tercero, los padres puedan ser autores del mismo (...).” Aunque jurisprudencialmente ha determinado esta Cámara que el delito también puede ser cometido por los padres, la reforma legal de octubre de 2003 deja aún más claro el tema, señalando que el delito puede ser también cometido por los padres, guardadores o curadores, mostrando que aún estos sujetos activos, teniendo derechos de ejercicio de responsabilidad parental con el menor, pueden cometer el hecho tipificado”.* Ahora bien, una vez determinado que lo que tutela - en principio - el tipo penal referido es la custodia del menor de edad (dado que para quien suscribe este voto salvado, también se protege el interés superior del menor), se debe proceder al estudio jurídico de su concepto. La custodia, hace referencia al tema de la guarda, crianza y educación (Tribunal de Familia de San José, sentencia N°1773-06, de las 8:30 horas, del 7 de noviembre de 2006), los cuales son atributos esenciales de la patria potestad, que se definen como: *“la potestad*

de los padres de tener a los hijos en su compañía, velar por ellos y proporcionarles todos los cuidados necesarios para su desarrollo físico, intelectual, moral y espiritual que todo menor requiere con el objeto de lograr una formación integral de su persona que le permita enfrentarse a la vida” (BOZA UMAÑA, María del Rocío y otras, “La Guarda, Crianza y Educación compartida después de la ruptura conyugal: Su posible aplicación en el ordenamiento jurídicos costarricense”, Seminario de Graduación para optar al título de Licenciadas en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, mayo 1995, página 318). En sí, la guarda la podemos vislumbrar como los poderes-deberes de cuidar a la persona menor de edad, de tenerlo en su compañía; la crianza, por su parte, hace referencia a los poderes-deberes de proporcionarles los alimentos y los estímulos físicos para su adecuado desarrollo y el prepararlos para su vida, aspecto último que tiene relación con la educación. Estos tres atributos de la patria potestad, en principio, los ejercen ambos padres conjuntamente; sin embargo, al darse la separación de los progenitores, la guarda no podrá – lógicamente – ser ejercida de manera conjunta, sino que los deberes de guarda serán atribuidos a uno u otro, atendiendo al interés superior del menor. Al respecto, el Patronato Nacional de la infancia ha señalado que: *“Durante la convivencia normal del padre y madre, éstos ejercen conjuntamente la guarda de sus hijos e hijas menores de edad. La guarda integra las relaciones paterno-filiales de la patria potestad y comprende, respecto de padre y madre, la obligación de protegerles, educarles, vigilar su conducta y en su caso corregirles adecuadamente sin la implementación del castigo físico (corporal) o cualquier otro tipo de castigo humillante y, respecto de los hijos e hijas, la obligación de convivir en el hogar con su padre y madre, o dónde ellos determinen. Producida la separación personal del padre y de la madre, y aun (sic) cuando alguno de estos continúe en el ejercicio de la patria potestad, parece evidente que en lo sucesivo a la guarda no puede ser asumida por ambos progenitores. Al disgregarse (disolverse) el hogar común y residir padre y madre separadamente, es inevitable atribuir los deberes de guarda a uno u otro. Es así, que la atribución de la guarda se logra mediante la llamada convivencia habitual de los hijos e hijas menores de edad”* (ver <https://www.pani.go.cr>). En el caso concreto el Tribunal Penal del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste, sede Nicoya y confirmados, por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste, sede Santa Cruz, tuvo por probados: *“1. La ofendida [Nombre 001] convivió en unión de hecho con el acusado [Nombre 003] por espacio de diez años, aproximadamente, relación de la cual procrearon tres hijos [Nombre 015], [Nombre 016] y [Nombre 007], de 8, 5 y 3 años de edad, respectivamente, y para la fecha de los hechos que se dirán la ofendida [Nombre 001] tenía 15 días de separada del encartado, manteniendo la agraviada la custodia y guarda crianza de sus tres hijos. 2. El día 10 de enero de 2017, al ser aproximadamente las 10:00 horas en Hojacha (sic), Barrio La Libertad 1 Kilómetro al norte del Colegio de la localidad, el encartado [Nombre 003] se presentó a la vivienda donde se encontraba residiendo la ofendida [Nombre 001], junto con sus tres hijos menores de edad, y sin autorización alguna de los moradores de la vivienda, ingresó hasta la sala y con la finalidad de sustraer a la persona menor de edad [Nombre 007] del poder y cuido de su madre [Nombre 001], quien mantenía la custodia, guarda y*

crianza de su hijo [Nombre 007], procedió el acusado [Nombre 003] a llamar a su hijo menor de edad [Nombre 007], y ante el llamado de su padre el menor se dirigió hacia aquel, momento en que el encartado logró cargar en los brazos al menor, momento el (sic) que la ofendida [Nombre 001] le solicitó al acusado que entregara a su hijo, ante la negativa del encartado, la ofendida intentó quitarle al imputado a su hijo, sin embargo para impedir que la ofendida lograra su cometido el acusado [Nombre 003] ofendió en su dignidad a la señora [Nombre 001] al decirle hijueputa, zorra, de seguido la maltrató físicamente pues le propinó un golpe en la cabeza, posteriormente el acusado [Nombre 003] se retiró del sitio con la persona menor de edad [Nombre 007], en presencia de sus dos hijas menores de edad..." (cfr, folio 99 del expediente principal). De los anteriores hechos probados, se tiene claro que el acusado [Nombre 003] era el padre de [Nombre 007] y otras dos menores de edad y como tal, ostentaba la patria potestad de éstos (junto con la progenitora), la cual es irrenunciable e indivisible (ver artículo 141 del Código de Familia); no obstante ello, desde la separación de éste con la ofendida [Nombre 001] - luego de estar juntos por diez años en unión de hecho- lo que aconteció aproximadamente 15 días antes del 10 de enero de 2017, quien vivía y compartía con los tres menores de edad, en [Nombre 010], era la señora [Nombre 001], por lo que era la que mantenía la custodia o guarda crianza de sus tres hijos menores de edad, como fue acusado y debidamente demostrado. En otras palabras, era la aquí ofendida quien ejercía los atributos de la autoridad parental, dado que era la encargada de velar por su protección, educación y vigilancia, así como el adecuado desarrollo de éstos. Si el imputado [Nombre 003] quería pasar tiempo con sus hijos estaba facultado a hacerlo, en el tanto hubiere llegado a un acuerdo en ese sentido con la guardadora de los tres menores de edad, atendiendo siempre al interés superior del menor; como anteriormente se había hecho, ya que la misma ofendida relata en su declaración en el contradictorio, visible a folios 91 al 94 del expediente principal, que en el periodo de separación ella permitió que tuviera contacto con sus hijos, inclusive narra que en navidad llegó "para llevarle un regalito a los niños, me dio 20.000 para que les comprara algo a los niños, él andaba sano, él sano es otra cosa, sano es otra persona, él llegó estuvo con los niños, los abrazo (sic) y ellos estaban todos contentos porque les llevó un juguete; después de eso no hubo mas (sic) acercamiento hasta ese día que se llevó a [Nombre 007] y me pegó..." (cfr, folio 92 frente). Sin embargo, en la causa en estudio el encartado [Nombre 003], se lleva a su hijo por las vías de hecho, contra la voluntad de su madre, quien, se reitera, era quien mantenía su guarda y crianza, para lo que acudió a la violencia física para sustraer al menor del domicilio familiar. Nótese que en este caso, no nos encontramos ante una hipótesis donde la ofendida de manera injustificada le niega al progenitor el acercamiento con sus hijos, sino que la negativa de que se llevara al menor, obedecía a que el mismo es una persona con problemas de alcoholismo, que se encontraba en estado ebriedad, como se vislumbra en el siguiente extracto de su deposición: "(...) yo siempre le dije que si andaba tomado él no tenía derecho a llevárselos; no le di permiso para que se lo llevara. Él llegó, se sentó en el sillón y yo en el otro, me dijo que volviera a la casa, le dije que no, él comenzó a enojarse entonces seguro pensó que si se llevaba a [Nombre 007] yo tenía que regresar porque él sabe que la vida mía son los güilas; llegó y se

puso bravo, se transforma en otra persona, comenzó a tratarme mal me dijo palabras feas, que era zorra, puta, que andaba metiéndome con los hombres, que no valía nada, que no servía para nada, que se llevaba al niño porque era de él; llamó a [Nombre 007] y las hermanas llorando diciendo que por favor no les quitara al hermano que no se lo llevara; yo le seguí intenté quitarle el chiquito y me volvió a pegar (...); no teníamos acuerdo de que él podía llevarse a los niños, eso no porque a mi me daba miedo, terror que él se los llevara y los tuviera el solo (...) yo siempre (sic) le dije que siempre que estuviera bueno, sin tomar, podía ver los niños cuantas veces quisiera porque no se los iba a negar (...)" (cfr, folio 92 frente y vuelto y 93 frente). Declaración que resulta concordante con lo referido en su denuncia, cuando estableció que el endilgado andaba muy borracho y que se hacía para todos los lados (cfr, folio 98 vuelto); lo que también guarda coherencia con lo declarado por [Nombre 001], testigo presencial del evento, quien señaló en el debate: *"[Nombre 003] llegó tomado, se le veía en el aspecto y se le sentía porque pasó cerca de mí (sic) por el olor (...). Solo pasó por donde estábamos mi hermana y yo y nos dijo que nos quería mucho y que se iba a llevar al niño y que no lo íbamos a volver a ver..."* (cfr, folio 94 vuelto); así como por lo mencionado por el oficial actuante Víctor Obando Fajardo: *"Él se percibía olor a licor. No lo conozco tan a fondo a él como para decir si estaba en buenas condiciones o si estaba borracho. Las personas borrachas hablan enredado, se tambalean; [Nombre 003] hablaba enredado..."* (cfr, folio 96 vuelto del expediente principal). Así las cosas, vemos que la señora [Nombre 001] al tratar de evitar que el imputado se llevara el hijo de ambos, lo hice en ejercicio de las potestades que tenía como guardadora del menor de edad, velando por protegerlo, por cuanto es evidente que una persona en estado de ebriedad no se encuentra en capacidad de hacerse responsable de un niño de tres años de edad, máxime cuando había informado a las hermanas de la ofendida, como a ésta, que se iba a llevar a su hijo y que no lo volverían a ver. Así las cosas, se tiene que el imputado [Nombre 003] no actuó en ejercicio de un derecho, dado que la patria potestad no es lo que se tutela en este delito, sino la guarda crianza y custodia, la cual la ostentaba materialmente desde la separación la madre de los menores. Por último, se desea indicar que sí bien el imputado declaró en juicio que aceptó haberse llevado al niño, pero que desconocía que era delito, por cuanto se lo llevó como su padre, tal circunstancia debió analizarse en el extracto de la culpabilidad y no de la antijuricidad, a fin que se determinara si existía o no un error de prohibición. Así las cosas, no habiendo vicio alguno, se declara sin lugar el recurso de casación interpuesto por el defensor público del imputado [Nombre 003].

Doris Arias M.

Int:11-1/1-2-18