

# Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José

Resolución N° 01073 - 2023

**Fecha de la Resolución:** 18 de Agosto del  
2023 a las 08:10

**Expediente:** 20-000735-0619-PE

**Redactado por:** Kathya Jiménez Fernández

**Clase de asunto:** Recurso de apelación penal

**Analizado por:** CENTRO DE INFORMACIÓN  
JURISPRUDENCIAL

**Sentencia con datos protegidos, de conformidad con la normativa vigente**

---

## Contenido de Interés:

**Temas Estratégicos:** Perspectiva de Género

**Tipo de contenido:** Voto unánime

**Rama del Derecho:** Derecho Penal

**Tema:** Incumplimiento o abuso de la autoridad parental

**Subtemas:**

- Delito de omisión propia y doloso.
- Innecesario acudir a la figura de la comisión por omisión y a la posición de garante.
- Irrespeto a la equidad de género en caso donde una investigación judicial por el delito de incumplimiento de la autoridad parental se centró en la madre y no en el padre.

**Tema:** Prohibición de discriminación por sexo

**Subtemas:**

- Irrespeto a la equidad de género en caso donde una investigación judicial por el delito de incumplimiento de la autoridad parental se centró en la madre y no en el padre.

"III.- [...] El reclamo es improcedente. En el considerando precedente se estableció lo referente a la motivación de la decisión recurrida en cuanto a la imposibilidad de la prueba de señalar, con absoluta certeza y no con una mera probabilidad, a la acusada como responsable de la afectación en la salud que sufrió su hijo como consecuencia de la ingesta de metanfetaminas y de haber adquirido la enfermedad pandémica Covid-19. En este otro reclamo se combate el no haberse explorado con amplitud el tema de la posición de garante que ostentaba la imputada (como madre del infante y encargada de su cuidado permanentemente). El planteamiento de la parte desconoce que la posición de

garante se examina en los delitos de comisión por omisión según la habilitación que hace el numeral 18 del Código Penal pero que este no es uno de esa naturaleza sino (cuando reviste forma omisiva —pues también la puede tener activa—) uno de omisión propia y que es doloso pues está previsto en una disposición típica específica que indica: “ARTÍCULO 188.-Será penado con prisión de seis meses a dos años y además pérdida e incapacidad para ejercer los respectivos derechos o cargos, de seis meses a dos años, el que incumpliere o abusare de los derechos que le otorgue el ejercicio de la Patria Potestad, la tutela o curatela en su caso, con perjuicio evidente para el hijo, pupilo o incapaz.” Entonces, no se requiere acudir a la figura de la comisión por omisión y a la posición de garante cuando el tipo señala cómo se configura el hecho y quiénes son autores: quienes detenten la patria potestad, tutela y curatela. Debe recordarse que los denominados delitos de "comisión por omisión" u "omisión impropia", son las infracciones que llaman a impedir el resultado de un delito, que no se encuentran tipificadas en la ley, sino que mediante el artículo 18 del Código Penal (como amplificador del tipo penal) se sanciona a quien, estando obligado, y en posibilidad, a hacerlo (por la posición de garante) no evita un resultado, lo que es equivalente a realizar el tipo penal. Tal posición de garante hubiera interesado respecto a las lesiones culposas (de haber superado los cinco días) o la muerte (que afortunadamente no se dio), etc. pero nada de eso fue acusado por el Ministerio Público razón por la que no podía ser abordado por el tribunal, al menos no sin violentar el principio de correlación de forma grosera. Adicional a ello, tampoco la acusación planteada especifica el comportamiento de la encartada mediante el cual se habría incumplido la patria potestad por lo que, en el hipotético caso de que se hubiera acreditado alguno, también se habría violentado el derecho de defensa por los errores fiscales al formular el marco fáctico. Es como si se acusase a alguien por lesiones culposas por “faltar al deber de cuidado” sin especificar, en concreto, en qué consistió tal violación. A partir de ahí, en el caso concreto, no bastaba con ser madre del agraviado para interpretar que asume la responsabilidad (aun a título de dolo directo o eventual) de todo aquello que ocurra al niño bajo su tutela (menos cuando se ha acreditado que la patria potestad era compartida con el padre y este visitaba y también cuidaba del infante), sino que debía demostrarse que, efectivamente, incumplió con esas normas que le atribuía la relación de familiaridad ejecutando, u omitiendo, una serie de acciones que afectaron la vida e integridad del niño, circunstancias que no solo no se tuvieron por demostradas sino que tampoco se describieron en la acusación. Más bien se consideró accidental el resultado (sin posibilidad de ser controlado por la madre o por lo menos la prueba así no lo demostró). De ahí que, aunque el fallo no es muy amplio ni específico en este tema, lo cierto es que, de la ponderación de los razonamientos empleados para absolver se deduce que no llegó a establecerse qué acción fue la dejada de cumplir por la encartada, cuál resultado debía evitar conforme al rol encomendado y, si producto con esas conductas (acciones u omisiones) se produjo el resultado. Tampoco explica la recurrente las acciones que, en su criterio, debió tomar la encartada [por ejemplo, no permitir visitas del padre al niño (cuando en tal sentido no existían restricciones emitidas por una autoridad competente); no dejarlo al cuidado de la abuela (pese a que ella requería trabajar y estudiar); cambiar domicilio porque el que ocupaba estaba saturado de personas, lo que sería imponerle una forma de vida desconociendo las condiciones de las persona, etc.] Entonces, del nivel de análisis efectuado a nivel probatorio por parte del a quo, efectivamente, se extrae que no hubo forma de determinar qué debió realizar la imputada para evitar el resultado y si, en el contexto de la situación, estaba en posibilidad de hacerlo. Finalmente, debe indicarse que el a quo sustentó su decisión al amparo de que se estableció que la imputada ejercía sus deberes como madre, lo cual también, en criterio de esta cámara, lo evidencia el que, al momento del egreso del niño del centro hospitalario le fue entregado y ella se sometió a todas las recomendaciones y exigencias que le hizo el PANI, sin que haya logrado constatar más ingresos al nosocomio o intervención del Patronato Nacional de la Infancia, por otras afectaciones en la salud del menor de edad, agresión o descuido. Tampoco se estableció que el infante estuviera en una posición de riesgo en manos de su madre quien, mediante pruebas toxicológicas, pudo demostrar que había cesado el consumo de estupefacientes, sin que pueda reprochársele lo que sobre este tema hubiese realizado antes de quedar embarazada.

Finalmente, es de interés señalar que lleva razón la defensa cuando considera que este proceso ha violentado el respeto de la equidad de género que busca igualdad de oportunidades y trato entre hombres y mujeres. El aparato judicial direccionó sus herramientas en contra de la mujer-madre que tiene bajo su custodia el niño que sufre un daño en su salud (por intoxicación por drogas y contagio de Covid-19) y, en razón de ello, sin valorar las circunstancias que rodean el hecho ni que este infante tenía un padre a quien correspondía, en igual medida aunque no cohabitara con su hijo, velar por el bienestar del niño y evitar cualquier daño posible en su salud, integridad emocional, física, etc., es sometida a un proceso penal y administrativo por incumplimiento de sus deberes como mamá. Así se evidencia un sistema patriarcal que exige, no solo a nivel social sino, ahora, mediante el aparato institucional, que la mujer sea quien deba hacer frente a este tipo de asuntos, lo cual ha sido fuertemente condenado por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos al indicar: “296. (...) en distintos informes, así como en las propias decisiones de las autoridades judiciales, se evidencia el uso de estereotipos en cuanto a los roles de género asignados a la madre y padre de los niños. En este sentido, por un lado, distintos informes estudiaron si la señora (...) podía o no asumir su “rol maternal” o “rol de madre”, sin que quede claro qué características le atribuyen a ese rol; analizaron si “aceptaba su rol femenino” y “el modelo sexual” que atribuyen a dicho rol; basaron sus consideraciones en testimonios según los cuales la señora (...) era una madre irresponsable porque, inter alia, “abandona[ba] a [sus hijos] cuando se va a trabajar”, y que por estas razones, entre otras, “observaba una conducta irregular” Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 9 de marzo de 2018, párrs. 91 a 94 y 98). “170. La influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad (...) durante el proceso penal (...) y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales. (...) En el mismo sentido: Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015, párr. 209.” Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Eso es lo que ha sucedido porque, pese a que desde el inicio de las entrevistas policiales se manejaba información referente al abuso de las drogas por parte del padre del ofendido y su contacto regular con este, y que un delito de incumplimiento de la autoridad parental implica, a lo menos, investigar a todos los que tengan tal condición o la tutela del niño, el Ministerio Público no acredita que procediera así y, por el contrario, se empeña en generar un proceso altamente invasivo como es el penal y continuarlo pese a que lo argumentos que se le dan son razonables. Por las razones aquí expuestas, los reclamos no son atendibles. [...]”

... Ver menos

Citas de Legislación y Doctrina

## Texto de la resolución

**Resolución: 2023-1073**

**Expediente: 20-000735-0619-PE (14)**

**TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL. Segundo Circuito Judicial de San José.** Goicoechea, a las ocho horas con diez minutos del dieciocho de agosto de dos mil veintitrés.

**RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto en la presente causa seguida contra **[Nombre 005]**, quien es mayor de edad, costarricense, con cédula de identidad número [Valor 001], nacida en Cartago, el 10 de agosto de 1998, hija de [Nombre 002] y de [Nombre 003], soltera, estudiante de bachillerato, vecina de San José; por el delito de **INCUMPLIMIENTO DE LA PATRIA POTESTAD** en perjuicio de **MENOR DE EDAD**. Intervienen en la decisión de los recursos, las juezas Kathy Jiménez Fernández, Rosaura Chinchilla Calderón y Patricia Vargas González. Se apersonaron en esta sede la licenciada Tara Castillo Salazar representante del Ministerio Público y el licenciado Adán Carmona Pérez defensor público y,

**RESULTANDO:**

I.- Que mediante sentencia número 440-2023 de las 16:00 horas del 11 de mayo de 2023, el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, resolvió: *"POR TANTO: De conformidad con los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 36, 39 y 41 de la Constitución Política, artículos 1, 2, 3, 4, 11, 12, 13, 18, 19, 20, 30, 31, 45 del Código Penal, artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 9, 142, 184, 265, 266, 267, 360 a 366 del Código Procesal Penal; se resuelve: PRIMERO: En virtud de aplicación del principio universal de in dubio pro reo, se absuelve de toda pena y responsabilidad a [Nombre 005] de UN DELITO DE INCUMPLIMIENTO Y ABUSO DE LA PATRIA POTESTAD que en perjuicio de [Nombre 004]. se le venían atribuyendo. SEGUNDO: Posterior a la firmeza, se ordena la destrucción del disco compacto admitido como prueba material. Son los gastos del proceso a cargo del Estado por haberse procedido a instancia del Ministerio Público. Notifíquese mediante lectura integral a partir de las dieciséis horas del dieciocho de mayo de dos mil veintitrés. Es todo. 20-000735-619-PE. essica Hernández Elizondo. Jueza de Juicio."* (sic, folios 216-232).

II.- Que, contra el anterior pronunciamiento, interpuso recurso de apelación la licenciada Tara Castillo Salazar representante del Ministerio Público,.

III.- Que, verificada la deliberación respectiva de conformidad con lo dispuesto por el artículo 465 del Código Procesal Penal, el tribunal se planteó las cuestiones formuladas en el recurso de apelación.

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

Redacta la jueza **Jiménez Fernández**; y,

**CONSIDERANDO:**

I.- **Admisibilidad y competencia. (A)** La licenciada Tara Castillo, representante del Ministerio Público planteó, mediante escrito motivado aportado ante el órgano de instancia y dentro del plazo legal, recurso de apelación contra la sentencia dictada en autos y cumple con los requisitos mínimos exigidos por los artículos 458 y 460 del Código Procesal Penal, por lo que se admite para su estudio **(B)** El día nueve de agosto de celebró audiencia ante esta cámara a solicitud de la defensa y, sin recibirse prueba alguna, esta parte procesal se refirió al contexto de la situación y detalló que, en síntesis, a su representada se le atribuye no evitar que su hijo menor de edad consumiera drogas y contrajera Covid-19, pero no se tomó en cuenta lo siguiente: la imputada tenía solo 19 años de edad para cuando quedó embarazada; ella y su hijo convivían con 10 personas entre adultos y menores de edad y ninguna de ellas consumían drogas o alcohol; los hechos suceden en lo máximo de la pandemia; cuando la mujer quedó embarazada dejó el consumo de drogas; no se probó que ella estaba en posibilidad de evitar el

contagio o la ingesta y se desconoce cómo llegó la metanfetamina a la casa además de que es un medicamento presente en varios medicamentos por lo que se desconoce cómo se contagió el niño de apenas un año y un mes de edad; hay errores en la imputación. Añadió que el juicio se llevó a cabo sin perspectiva de género y que a su representada se le ha revictimizado; no se observó que el padre del menor de edad no convivía con este, que lo visitaba y que este sí era consumidor de estupefacientes y compartía la patria potestad, como tampoco se descartó que este haya sido el causante de la contaminación, todo lo cual se sabía desde el inicio del proceso. Considera el defensor que se resolvió con una posición machista y patriarcal porque se exige a la mamá cuidar del hijo y hacerlo hasta frente al propio padre (como ejerciendo una custodia en las visitas), por lo que se le ve como heroína o se le demanda actuar como tal. Respecto de la acusación relacionada con el contagio de Covid-19, señaló que era imposible para cualquier ser humano de capacidad media evitarlo. Vivían con, por lo menos, siete personas más y el padre del niño no tenía prohibición de visitas en la época de la pandemia, por lo que era muy difícil controlarlo. La fiscalía no se presentó, pese haber sido notificada debidamente conforme se desprende del acta de folio 249 vuelto. Al constatarse en ese primer señalamiento la existencia de un error material (respecto del día de la diligencia, pues en lugar de “nueve de agosto” (fecha designada para hacer la diligencia) se consignó “diez de agosto”, este fue rectificado y nuevamente se notifica a las partes aclarando lo sucedido, específicamente, a la licenciada Castillo que ha venido fungiendo como fiscal, lo que acaeció el 26 de julio de 2023 a las 13:55 horas (cfr. f. 259). No obstante, no se presentó a la audiencia ni amplió alegatos por escrito. **(C) Prueba ofrecida por el Ministerio Público.** Conjuntamente con el recurso de apelación se solicita se tenga como prueba el DVD donde consta el debate y la sentencia, no obstante, al ser elementos que forman parte del expediente y de los que esta cámara puede hacer uso sin pronunciamiento previo, se omite decisión al respecto (art. 464 del Código Procesal Penal).

**II.- Primer motivo.** *"Inconformidad con la valoración de la prueba."* Para la fiscalía, de haberse realizado un examen correcto de la prueba y una lectura adecuada de la imputación se hubiese tenido por demostrado el hecho. Sostiene que la atribución no consiste en haber suministrado la metanfetamina al menor de edad, sino en que la encartada que incumplió (omitió) su deber de vigilancia y cuidado como madre de este y en razón de ello se dio la intoxicación y el contagio por Covid-19, de lo cual no hay duda alguna pues el niño debió ser trasladado, de emergencia, al hospital y hasta intervino el PANI. A esto agrega que no es cierto que la acusada haya dado negativo en el consumo de drogas y que existen antecedentes de alcoholismo, pues incluso en medio de este nació el menor de edad; que ha habido ausentismo en las citas de control y se conoce que el padre de este es adicto y, al parecer, también es vendedor de drogas, por lo que también ha intervenido del PANI en otra oportunidad. Considera la recurrente que lo que se ha dado es un incumplimiento de los deberes como madre y que en la época de pandemia permitió que el padre de su hijo le visitara sin ser parte del núcleo o burbuja y así fue que resultó contagiado por Covid-19. Aduce que los hechos se dan el 19 de noviembre de 2020 (cuando el niño ingresa al hospital intoxicado y enfermo de Covid-19) momento para el cual el PANI elabora un informe y consigna lo manifestado por la encartada en el sentido de que el padre del niño era el único, fuera de la burbuja familiar, con el que tenía contacto y que aparentemente él estaba vendiendo drogas, para luego decir que había cortado relaciones con él desde junio de 2020, pero en juicio tanto ella como sus testigos narraron que su relación con el señor no era buena, todo lo que, en criterio de la apelante, evidencia su interés por evadir responsabilidad. Solicita se descarte el enfoque patriarcal y sostiene que las afirmaciones de la juzgadora no se centraron en los hechos ni en la prueba ni en que era la acusada la que tenía la patria potestad y era garante sobre la persona menor de edad pues esta siempre ha vivido con ella y ha estado bajo su cuidado, por lo que solicita se declare con lugar el reclamo. La defensa contestó en los términos resumidos en el primer apartado. **El recurso se**

**declara sin lugar. 1) Hechos sobre los que versa el proceso. A) Marco fáctico acusado.** "1.- La imputada [Nombre 005], es la progenitora del menor de edad (en adelante [Nombre 004]) quien para la fecha de los hechos que se dirán, contaba con un año y un mes de edad y ambos residían en San José, Barrio México (...). 2.- La imputada [Nombre 005], siempre ha contado con los derechos y deberes que confiere la patria de potestad pues no le ha sido suspendida ni suprimida por parte de la autoridad judicial competente, teniendo a su cargo, cuidado y protección al menor (sic) [Nombre 004], por ente el garante del bienestar de su hijo. 3.- Sin precisar fecha exacta pero sí antes del 19 de noviembre del 2020, la acusada [Nombre 005], incumplió las obligaciones derivadas del ejercicio de la patria de potestad con perjuicio evidente para su hijo menor de edad, [Nombre 004]. al no darle el cuidado, la vigilancia y la atención que como madre del menor (sic) le correspondía a la encartada, viéndose el menor de edad claramente afectado al sufrir intoxicación con drogas tipo metanfetamina y adquirir contagio por Covid-19, lo cual provocó el ingreso de este al Hospital de Niños en condición delicada de salud, incumplimiento que realizó la encartada a pesar de conocer sus obligaciones como madre del menor (sic) [Nombre 004]., de darle cuidado, atención y protección en todo momento a su hijo de tan solo un año y un mes de edad. 4.- El día 19 de noviembre del 2020, el menor (sic) ofendido [Nombre 004]., dado el quebranto de salud al que lo había expuesto la acusada, comenzó a verse afectado y convulsionar porque la encartada lo llevó primero al EBAIS Distrito Merced y luego lo trasladaron al Hospital Nacional de Niños, donde le realizaron la valoración médica y exámenes correspondientes, **detectándose su intoxicación con metanfetaminas y ser positivo Covid-19, quedando internado para su tratamiento y recuperación**" (sic. se suprime nombre del ofendido y lugar de residencia, cfr. fls. 116-117. Se agregan los destacados). **B) Marco fáctico que se tuvo por demostrado.** "1.- La imputada [Nombre 005], es la progenitora del menor de edad (en adelante [Nombre 004]) quien para la fecha de los hechos que se dirán, contaba con un año y un mes de edad y ambos residían en San José, Barrio México (...). 2.- La imputada [Nombre 005], siempre ha contado con los derechos y deberes que confiere la patria de potestad pues no le ha sido suspendida ni suprimida por parte de la autoridad judicial competente, teniendo a su cargo, cuidado y protección al menor (sic) [Nombre 004], por ente el garante del bienestar de su hijo. 3.El 19 de noviembre del 2020, el menor de edad [Nombre 004] se vio afectado al sufrir intoxicación con drogas tipo metanfetamina y adquirir contagio por Covid-19, siendo (sic) que la intoxicación referida provocó el ingreso de este al Hospital de Niños en condición delicada de salud por presentar un cuadro convulsivo" (sic. cfr. f. 216 vuelto, se suprime nombre y dirección domiciliaria del menor de edad). **2) Fundamento de la absolutoria.** A partir de la prueba testimonial [José David Cortés Palacios (investigador del O.I.J.); María Fernanda Carmona Arias (trabajadora social en el Hospital Nacional de Niños); [Nombre 003] (madre de la encartada); [Nombre 007] (hermano de [Nombre 003] y tío de la acusada); Carlos Alberto Peña Coto (perito médico forense)]; la declaración rendida en debate por la encartada y la documental (denuncia del Servicio de Trabajo Social del Hospital Nacional de Niños, visible a folio 1-2; copia de Informe Social del Patronato Nacional de la Infancia de fecha 09 diciembre del 2020 de folio 44-48; copia de inicio de Proceso de Protección del PANI de folios 49-53; informe policial número 284-SEVGTTTP-CI-21 del Organismo de Investigación Judicial, de folios 35-40; consultas a la página web del Tribunal Supremo de Elecciones, de folios 68-71; médico legal 2022-0006188; expediente médico del Hospital Nacional de Niños a nombre del menor de edad ofendido [Nombre 004] (en disco compacto); copias certificadas del expediente del PANI OLSJO-00155-2020 a nombre del ofendido [Nombre 004] (legajo de prueba) y prueba de laboratorio practicada a la señora [Nombre 005] de folios 207 a 209, el tribunal de instancia estimó que la prueba era insuficiente para atribuir algún tipo de responsabilidad en los hechos. Razones expuestas por el *a quo*: **a)** No existió controversia sobre que la acusada es la madre [Nombre 004], que este tenía un año y un mes de edad

para la fecha de los hechos (cuando se atiende en la sala de shock ... *"con aumento del tono generalizado, midriático, con pupilas no reactivas, hipertono en miembros inferiores, criodiafónico, combativo, e indica la tratamiento farmacológico aplicado"* producto de la ingesta de droga descartándose que estuviera asociado al Covid-19) y que compartía domicilio con su madre. Tampoco, respecto de que el día 19 de noviembre de 2020 el menor de edad resultó positivo por Covid y presentó metanfetaminas en orina, por lo que se mantuvo internado en el Hospital Nacional de Niños y se requirió la intervención del Patronato Nacional de la Infancia. **b)** La hipótesis de la fiscalía es que dicha situación, así como el contagio del ofendido con Covid 19, aconteció por causa de la incorrecta supervisión en el cuidado, vigilancia y atención que la acusada tenía el deber de proporcionarle, tema que no logró demostrarse. Dice la sentencia de instancia que la patria potestad, la descripción genérica de los elementos que son requeridos para atribuir, a título de dolo, el delito de incumplimiento de la patria potestad, es insuficiente dado que el delito es doloso y deben concurrir ciertos elementos para la tipicidad del delito de omisión como el nexo de evitación entre la conducta omitida y el resultado que se traduce en un ejercicio hipotético que permite ligar la conducta omitida con el resultado dañoso y la posibilidad material de cumplir lo ordenado (debió acreditarse si era posible prevenir un determinado resultado y que este era posible evitarlo con lo que se plantea, entonces, necesariamente se incorpora el conocimiento del riesgo). Todo esto conlleva a cuestionarse: ¿Es posible para el encargado de la patria potestad, prever todos los peligros y riesgos a los que se ve sometido un menor de edad? ¿Es ello materialmente posible? Y finalmente, debe acreditarse que la conducta omitida se enfocó en causar, o al menos prever como posible, el resultado o la puesta en peligro del bien jurídico. Lo anterior, lo apoya el *a quo* en citas jurisprudenciales del Tribunal de Casación Penal (ahora Tribunal de Apelación de Sentencia Penal). Agrega la jueza que no se acreditaron esos aspectos ni la fuente del peligro desde que se desconoce quién trajo la droga a la vivienda o si realmente allí estaba, cómo la ingirió el menor de edad y en qué circunstancias, menos aún que la imputada se la suministrara. La posibilidad de que la droga haya llegado al organismo del menor de edad ofendido en razón de la adicción de la imputada se ve descartada con las investigaciones hospitalarias y los informes aportados respecto de [Nombre 005] [quien, pese haber tenido historial de uso y abuso de drogas, en concreto de éxtasis y alcohol (ver informe del PANI, a partir de folio 14 del Legajo de Prueba y denuncia desde el folio 1 del expediente principal), negó consumo en la actualidad y desde que quedó embarazada, lo cual fue apoyado en juicio por su madre [Nombre 003] e igualmente por su tío [Nombre 007]. Sin embargo, sigue diciendo la juzgadora en la sentencia impugnada, esta circunstancia es débil para dar soporte a la premisa de que la metanfetamina que fue hallada en el organismo del menor de edad haya sido llevada a la vivienda por la encartada, o producto de su consumo; mucho menos para concluir que ella se la haya proveído a su hijo. **c)** Con ninguno de los elementos de prueba que se aportaron al juicio puede concluirse que la encartada se encontraba en consumo activo para el momento del hecho. Por el contrario, consta en los diferentes informes que fueron recabados y se extrae de la versión de su madre que *"...[Nombre 005] (sic) consumió por meses. Me enteré porque fue un día que no la vi muy normal, ella tomaba alcohol, y sospeché y le pregunté si consumió algo y me dijo que sí, y le dije "calmándola" porque no me parecía. Después, llegaba tomada, pero no le noté ningún cambio extraño, al quedar embarazada se mantuvo sobria, ni alcohol ni droga. La veían dos doctores diferentes, por uno privado y uno de la caja. El día que la vi, la noté. Fueron meses porque ella misma me dijo "aquí llego" porque nos dimos cuenta del embarazo. No quise indagar más en qué estaba consumiendo, solo le pedí que no lo hiciera, no quise llegar más al tema. Solo la vi bajo los efectos una vez. No hubo otra intervención del PANI, entre el nacimiento del bebé y el evento del ingreso de la sustancia...se pronunció el testigo [Nombre 007] ... Ella cuando quedó embarazada me dijo que tenía miedo porque ella consumía licor y había consumido algo. Le dije que lo dijera al doctor, no supe qué tipo de droga consumía ella. Por otra parte la testigo*

trabajadora social del HNN recordó así los detalles de lo investigado ...Se indicó que la madre no se encontraba en consumo de sustancias psicoactivas en ese momento. No recuerdo más. A la dinámica relacional, cualquier evento de violencia familia, se negó indicador de riesgo para el menor (sic) dentro del grupo familiar. A lo que recuerdo el papá mantenía contacto con la persona menor de edad. La entrevista con [Nombre 005] fue entre el 20 o 22 de noviembre del 2020. La prueba de dopping, sé que fue posterior a notificarle que el caso se trasladaba a PANI. La prueba de dopping fue después del evento, durante el internamiento del menor (sic). La madre de [Nombre 005], me refirió en el momento de la entrevista la droga que ella consumía, pero no recuerdo en este momento. No recuerdo si ella indicó que metanfetamina. [Nombre 005] sí había cumplido con esquema de vacunación del niño, y con control del de niño sano. Respecto de la contaminación por covid, eso no era objeto de investigación por parte de Trabajo Social. En la oficina, no se cuestiona a la persona por el contagio de un menor por covid. Se indaga si conoce cómo se contagiaron, pero motivo de cuestionamiento no, se indaga para efectos epidemiológicos. No recuerdo si en la denuncia, se hizo referencia al consumo o venta de droga de parte del progenitor, cuando se dio inicio a la valoración social, se inició vía telefónica con la madre, se dificultó el contacto con el papá, creo que ella me ayudó a contactar al papá, se hizo la denuncia y creo que luego se amplió al PANI, se envió la denuncia, una ampliación, creo que la información de la circunstancia del padre con la droga sí fue comunicada al PANI. [Nombre 005] me envió los resultados de los exámenes de dopping, vía correo. Estaba negativos, lo corroboré. [Nombre 005] me comentó en el seguimiento que un amigo en común de ella y don [Nombre 014] que un amigo le comentó del consumo o venta de parte del padre del menor (sic)." Esto se apoyó en la realización de una prueba toxicológica a la encartada Luna para el día 21 de noviembre, es decir, dos días después del evento, donde se descarta la presencia de barbituratos, benzodiazepinas, metanfetamina, metadona, morfina, anfetaminas, benzoylecgonina (cocaína), fenciclidina (polvo de ángel), opiáceos y Tetrahydrocannabinol (marihuana). Tan convincente fue la situación de la imputada que el PANI, aunque consideró el tema del consumo anterior, decidió entregar el menor de edad [Nombre 004] a su madre, así fue informado por la trabajadora social María Fernanda Carmona Arias, por la imputada y su madre y consta en el informe del PANI de folio 14. Durante el contradictorio el doctor Carlos Alberto Peña Coto refirió que la droga metanfetamina se mantenía en la sangre por espacio de 5 días, de forma tal que el resultado negativo de dicha sustancia y del resto de sustancias en el organismo de la madre, a escasas 48 horas del hecho, es un indicio adicional que respalda la versión de [Nombre 005] de que ella no se encontraba en consumo activo. **d)** Un segundo eje de análisis tiene que ver con la posibilidad de que otra persona hubiese llevado la droga a la vivienda desde que esta era habitada por varias personas, niños, jóvenes y adultos, entre ellos dos tíos abuelos del ofendido [Nombre 004], la abuela, la bisabuela, y dos tías, lo cual fue verificado posteriormente en la investigación llevada a cabo por el oficial del O.I.J. y que consta en el informe elaborado. Entonces, aunque se negó un consumo activo por alguna de estas personas, está claro que dicha situación no fue explorada en la investigación, pues esta nunca se ocupó de descartar o confirmar esa opción. **e)** El doctor Peña Coto manifestó que la metanfetamina es ingrediente activo de algunos medicamentos, que si bien requieren de receta especial por ser psicotrópicos, son de uso en trastornos tan comunes como la depresión y también aclaró que no resultaba posible determinar en qué presentación se había dado el consumo de parte del menor de edad. **f)** Aunque según la señora [Nombre 003] nadie tenía padecimientos ni ese tratamiento en la vivienda, tampoco se podría establecer que la misma sabía todo lo que sucedía con las personas adultas que la habitaban pues, incluso, afirmó que no se había dado cuenta (por algún tiempo) que su hija consumía drogas. Existía una hipótesis que nunca fue explorada en el juicio, que resulta de las manifestaciones dadas por los miembros de la familia en torno a la posibilidad de que el padre del niño ([Nombre 014]) ingresara la droga a la vivienda cuando lo visitaba, por lo que no puede afirmarse haya sido así. La premisa fiscal

desconoce que los progenitores del menor de edad estaban separados, entonces, cómo concluir que ella ([Nombre 005]) debería conocer lo que sucedía en el momento preciso de los hechos con la vida del padre de [Nombre 004]., sobre todo cuando se dijo que no mantenían una buena ni cercana relación. Existe prueba en el expediente del PANI que arroja que [Nombre 014] también tenía historia de consumo (de alcohol y drogas), pero la fiscalía renunció a esa línea de investigación y se dedicó a acusar a [Nombre 005] y esa falta de objetividad la reveló en las conclusiones. Nunca se investigó que el padre estuviese contagiado del virus. **g)** La acusación está formulada en el sentido de que el resultado es atribuible a la acusada porque no vigiló, protegió y cuidó al menor de edad ofendido, pero obvia la extensión del núcleo familiar, el cuidado compartido del menor de edad, lo que implicaba que la madre no estaba pendiente las 24 horas del niño (quien también era cuidado por su abuela, la bisabuela o el padre incluso a solas). **h)** La fiscalía se empeñó en atribuirle a esa falta de cuidado el que el infante se contagiara de Covid, pero, de nuevo, obvió que se trataba de una vivienda donde conviven muchas personas, que a su vez trabajan, estudian, y salen (todo lo cual no estaba en control de la imputada) y donde, además, el niño recibía visitas de su padre, todo lo que generaba un riesgo de contagio no atribuible a la madre e imputada. En el juicio quedó claro que el contagio de Covid de menores de edad no era el asunto de interés dentro de una investigación y así lo manifestó la trabajadora social Carmona Arias. Además, durante esa época fue público y notorio que, a pesar de las medidas adoptadas, muchas personas —incluidos menores de edad— se contagiaron del virus. **i)** Las investigaciones preliminares y posteriores dieron cuenta que las condiciones del cuidado del menor de edad eran aptas, que no estaba en estado de abandono y que su progenitora se hacía cargo activo de él y así lo ratificó en el debate el oficial José Cortés Palacios, investigador a cargo al decir "*...Seguidamente, se ubicó al menor (sic) en su vivienda al llegar a la vivienda, se visualiza al niño en buenas condiciones de salud, socializa bien, sonriente y responde bien al llamado de la madre. Se evalúan condiciones de vida del niño y factores de riesgo, la vivienda se observó ordenada, limpia, se identificaron personas que vivían en la habitación, en el lugar, y se determinó por parte nuestra que en ese momento no existían factores inminentes de riesgo para el menor (sic). Esa vivienda estaba en San José, Distrito Merced, Barrio México (...). Ese día que fui, ubiqué a la madre y al menor (sic) dentro de la vivienda. Ella se llama [Nombre 005]. Ella se mostró cooperativa. Habían otros menores de edad y otra mayor*". En todo caso, la acusación no imputó un estado de descuido permanente del menor de edad que pudiera relacionarse con ese aspecto en particular. **j)** La imputación fiscal es tan abierta, que no permite establecer cuál es la conducta específica (omitida) que se esperaba de la ofendida y que no realizó. No resulta suficiente aludir a términos genéricos, como que incumplió sus deberes, o no vigiló al menor de edad, para luego desembocar en el perjuicio (intoxicación), pues ello provocaría que no exista claridad de lo que se atribuyó. En suma, no fue posible dilucidar con certeza lo sucedido, se desconoce cómo se intoxicó el niño, quien llevó la droga, si lo consumido provino de un medicamento prescrito o en su presentación de droga ilícita, tampoco fue posible acreditar que existieran razones para presumir que la progenitora sabía de un riesgo concreto de que dicha droga estuviera en la vivienda. En el caso del Covid, tampoco fue posible relacionar alguna conducta de la madre con el contagio del virus a su hijo y aún admitiendo que fue el padre no les es atribuible el resultado por el solo hecho de permitir la visita (hasta aquí una síntesis, detallada, del razonamiento del tribunal de instancia, cfr. fls 224-232). **3) Decisión de esta cámara.** A fin de contextualizar lo sucedido, es de interés retomar y reproducir tanto los datos que se derivan de la prueba documental incorporada como la información suministrada por los testigos y la imputada en juicio una vez advertidos (de acuerdo con el nexo familiar con [Nombre 005]) de sus derechos constitucionales (prevención que **no** se hizo, aunque debió, en todos los casos durante las entrevistas practicadas a nivel hospitalario, administrativo por parte del PANI ni por el Organismo de Investigación Judicial) por lo que han de ser catalogadas como meras diligencias de investigación que

direccionaron la labor policial y administrativa. **3.1) Antecedentes del caso: i)** La Unidad de Servicio Social del Hospital de Niños, el 23 de noviembre de 2020 rinde informe que documenta que el menor de edad [Nombre 004]., de un año y un mes de nacido, ingresó el 19 de noviembre de 2020 al nosocomio por "*crisis convulsiva en contexto de encefalopatía aguda por intoxicación con metanfetaminas; antecedentes de uso de drogas estimulantes (éxtasis) por la madre previo al embarazo. Tuvo control en Trabajo Social del Hospital de México; no hay historia o medicamento que explique cuadro de ingreso ni hallazgo de metanfetaminas en tóxicos.*" De acuerdo con el expediente digital (sistema EDUS) hay una nota realizada ese 19 de noviembre por parte del doctor Vargas, del Servicio de Emergencias, que indica que el paciente recibido presenta hace una semana síntomas respiratorios y la madre refiere rinorrea, tos, fiebre no cuantificada y le ha suministrado acetaminofén; pero el 19 de noviembre de 2020 al momento del baño el niño convulsiona y es trasladado al Ebais. La madre con antecedentes de toxicomanía se muestra ansiosa e irritable, por lo que se completan estudios y el infante arroja positivo por metanfetamina y Covid 19. Se hace el proceso de intervención social (durante el que la acusada se muestra colaboradora, anuente y comunicativa, hace consultas) y se verifica que el grupo familiar al que pertenece el menor de edad es extenso, habitan en una casa con cuatro dormitorios, sala, comedor, cocina y cochera que cubre sus necesidades básicas con los ingresos de los tíos abuelos maternos y la pensión de 74.000 que da [Nombre 014], padre del niño. La imputada sale de su casa a sacar copias y sus tíos, por el trabajo, tienen contacto con muchas personas. (Todos estos datos se extrajeron del informe que sirve de denuncia ante la fiscalía, visible en folios 1 y 2). **ii)** El nueve de diciembre de 2020, la oficina adscrita al PANI rinde informe social (cfr. fls. 13-17), entre los puntos de interés para lo que aquí se decide y con las reservas constitucionales que luego se abordarán (pues los entrevistados son la misma sindicada, sus abuelos, tíos y hermanos) se tiene que la imputada dijo haber finalizado, desde el mes de junio de 2020, la relación con el padre del niño, pero que él es buen papá y le aporta 75.000 colones mensuales (anteriormente había indicado que 74.000 colones). El padre del ofendido dijo mantener una relación cordial con la mamá de su hijo; que en su trabajo les hacen pruebas de *doping* regularmente y que no ha salido positivo, solo consume alcohol ocasionalmente y dejó de consumir marihuana desde enero de 2020, por lo que niega ser causante de la situación de salud del menor de edad y esto incluye el tema del Covid-19. El abuelo del niño manifestó que la única manera de que su nieto consumiera metanfetamina es porque su padre la trajo y se le cayó al piso sin darse cuenta. [Nombre 007] (hermano de la acusada) indicó que ella es una gran madre, que dejó de consumir drogas previo al embarazo y que es el progenitor del bebé quien consume drogas y hasta es vendedor, pero no tiene cómo demostrarlo. **Se concluyó que el agraviado cuenta con una red de apoyo primaria efectiva en todos los ámbitos (afectivo, económico, utilitario y dispuesto a darle protección) y que pareciera ser un accidente lo que ocurrió, no obstante, es evidente que alguno de los parientes cercanos consume metanfetaminas y, por descuido, una de estas dosis quedó a su alcance** (cfr. f. 16). Ante esto se recomendó un seguimiento y orientación a la familia y el retorno del infante a su casa; que ambos progenitores sean sometidos a pruebas toxicológicas (cfr. fls. 18-22 que se trata de una resolución emitida el 15 de abril de 2021 por la oficina local de San José, del Patronato Nacional de la Infancia mediante la que se reiteran las anteriores recomendaciones y se ordena que los padres de la víctima participen en la Academia para padres y presenten los resultados de las pruebas toxicológicas). **iii)** Informe de la dirección del O.I.J especializada en violencia de género, trata de personas y tráfico ilícito de migrantes. Este documento se refiere a varias entrevistas, incluida la de [Nombre 005] (madre de [Nombre 004]) quien indicó desconocer cómo pudo contagiarse su hijo y que probablemente el padre de este dejó, accidentalmente, una sustancia el día anterior; **que actualmente solo le permite verlo los domingos y con supervisión. Como indicadores de riesgo se establecieron los siguientes: consumo experimental, ocasional o recreativo de alcohol y/o**

**drogas por parte de los progenitores o algún otro familiar que conviva con las personas menores de edad; los padres tienen antecedentes por consumo de esas sustancias** (cfr. f. 38). **iv)** Informe social, emitido por el PANI el 20 de diciembre de 2021 en el que se archiva el expediente administrativo tramitado en contra de [Nombre 005] y [Nombre 014] (padres de [Nombre 004]). Se ordena revocar las medidas de protección, orientación, apoyo y seguimiento dado que no se identificaron factores de riesgo para la persona menor de edad (cfr. f. 84). **v)** Estudios médicos. Dictamen médico legal No. 2022-0004162, del 15 de junio de 2022 y su ampliación No. 2022-0006188 (cfr. fls. 124 y 156-157) que determina que el menor de edad [Nombre 004]. tuvo una incapacidad temporal por cinco días a partir del cuadro clínico desencadenado por una intoxicación con metanfetaminas y evolucionó sin dejar secuelas. Dictamen No. 2022-01817-TOX practicado al niño el 16 de mayo de 2022 y se concluye que no se le detectaron sustancias como etanol, acetona, sipropanol ni metanol en sangre (cfr. fls. 157-158). Reporte clínico acerca de [Nombre 005], sobre las pruebas efectuadas el 21 de noviembre de 2020 y que arroja resultados negativos respecto la presencia de diferentes tóxicos en orina (cfr. f. 208). **3.2)** Como se expuso ampliamente en el punto precedente, para el tribunal de instancia del acervo probatorio analizado no se derivaron los elementos de juicio certero que probaran la responsabilidad, por omisión, atribuida a [Nombre 005] respecto del daño en la salud que sufrió su hijo el 19 de noviembre de 2020 como consecuencia de la ingesta de metanfetaminas (sustancia psicotrópica de uso no autorizado) y del contagio de COVID-19. Además, al margen de que la imputada hubiese enfrentado otros procesos por "descuido" de su hijo menor de edad [Nombre 004]. e infracción de sus deberes en ejercicio de la autoridad parental (sobre los que no consta detalle en el expediente ni se contemplan en la acusación fiscal o la denuncia interpuesta por el Departamento de Trabajo Social del Hospital Nacional de Niños ni en los informes rendidos por el Patronato Nacional de la Infancia), lo cierto es que en esta sumaria se le endilga concretamente el que antes del 19 de noviembre de 2020 incumplió sus obligaciones, al no dar cuidado y atención a su hijo, quien se vio afectado por una intoxicación con metanfetaminas y contagiado de Covid-19. El tribunal de instancia, como se desprende del apartado precedente, se centró en el análisis de la existencia de este hecho y determinó, con razones válidas y legítimas, que no se incorporó prueba alguna que señalara a [Nombre 005] como responsable (por la conducta omitida), conclusión que avala esta cámara a partir de la relectura del elenco evaluado y del contexto en que se desenvuelve el menor de edad y la encartada. Se incorporó prueba totalmente ajena a las partes, como lo es el oficial de investigación José David Cortés Palacios, quien relató que intervino en las diligencias, realizó entrevistas, que conocía de historial de consumo de drogas en los progenitores del ofendido, pero no logró establecer cómo llegó la metanfetamina a manos del niño ni cómo adquirió el Covid. Se escuchó la versión de María Fernanda Carmona Arias (trabajadora social del Hospital de Niños), quien confirma la afectación en la salud del menor de edad, las recomendaciones de aislamiento de este mientras se recuperaba y el seguimiento que se dio a sus padres para, finalmente, decidir entregar el infante a su progenitora y agregó que no se reportaron ingresos anteriores del niño al nosocomio. Sobre el hecho, manifestó que no pudo determinarse la relación de la madre (imputada) con la intoxicación y que mientras [Nombre 005] estudiaba o trabajaba el niño quedaba bajo el cuidado de la abuela. Además, dijo no recordar a qué se refiere el antecedente en el PANI. Tanto la imputada como su madre manifestaron en que la primera dejó el consumo de drogas desde que quedó embarazada de [Nombre 004]., que siempre se preocupaba por su hijo y cuidaba de él. La señora [Nombre 003] y su hermano [Nombre 016] (mamá y tío de la acusada, respectivamente) coincidieron en que vivían en una casa junto con el niño y [Nombre 005] y que sumaban cerca de 10 personas, donde todos trabajaban o salían por diversas razones y que el padre del menor de edad lo visitaba sin restricción alguna. Aunque todas las personas declarantes ponen en relieve que [Nombre 014], papá del agraviado, consumía drogas y hasta posiblemente las distribuía, tales afirmaciones no encontraron respaldo en prueba

objetiva y, en todo caso, tampoco fue sometido a análisis inmediatos para establecer, al menos, que estaba enfermo por Covid y que él conocía tal situación (pues también pudo ser portador sin presentar síntoma alguno) y aun así se acercó al niño, como tampoco que fuera la persona que introdujo la sustancia tóxica a la casa de la encartada y la suministró a su hijo o la dejó dispuesta para que él la ingeriera. Es más, la inclusión hipotética de que esto sucediera de esa forma, lo único que haría es aumentar la duda acerca de la responsabilidad de la sindicada pues ella también tenía que tener conocimiento de todo ello para generar el delito, nada de lo cual se demostró, pues no era la única persona que tenía a su cargo al infante, desde que, mientras ella salía, quedaba en custodia de la familia extensa. No bastaba, para ello, los antecedentes previos del encartado, desde que este mantenía el ejercicio de algunos atributos de la autoridad parental y, para eliminarlos, se requiere decisión jurisdiccional, de donde no estaba en manos de la ofendida impedirle el acercamiento al niño. Se recibió la declaración del perito Carlos Alberto Peña Coto (médico forense que valoró al menor de edad), quien explicó que las metanfetaminas son sustancias sintéticas psicoestimulantes, se utiliza para fines médicos y como droga de abuso cuando no se cuenta con la receta médica. Tampoco conoce cómo la droga fue ingerida por el niño y tuvo como probable que la ingesta se diera dentro de los cinco días anteriores al de la convulsión, pues es una sustancia que puede tardar unos cinco días en el cuerpo. Aprecia esta cámara que, desde el punto de vista testimonial nada involucra a la encartada ni en el suministro de la droga, ni en el contagio por covid, ni la hace ver como una madre ausente en la vida de [Nombre 004].. Por el contrario, en los informes referidos se muestra preocupada, atenta a las recomendaciones e indicaciones, obediente al proceso de seguimiento por parte del PANI al punto que, al egresar el niño del hospital, le es entregado. A esto ha de unirse que no registra en el Hospital de Niños otro episodio similar o relacionado con mala atención, descuido o agresión de ella hacia [Nombre 004].; no se pudo esclarecer la existencia de otros eventos en los que hubiese intervenido el PANI o cualquier otra autoridad judicial y más bien se ha mencionado que [Nombre 005] estudia y trabaja, lo que denota que lleva una vida adecuada y conforme a lo que ella y su hijo requiere pues solo recibe 75.000 colones mensuales como especie de "pensión alimentaria". Por otro lado, ha de hacerse notar que la dinámica familiar era variada, convivían varias personas en el mismo inmueble, todas con distintas edades y necesidades de salida del domicilio y trato con otra gente, de modo que bien pudo ser alguna de ellas quien trajo el virus o la droga a la casa, situación en la que, como lo dice el *a quo* con acierto, no se detuvo la investigación pues esta se limitó a establecer que, como la madre no cuidó del niño, esa fue la causa de la afectación en la salud de aquel, aspecto en el que, con acierto, se ha criticado la posición androcéntrica y estereotipada que ha seguido la investigación. Tampoco se inspeccionó la casa como para establecer hábitos de limpieza, condiciones adecuadas de la vivienda, distribución de la unidad y etc. Pensar de otra manera sería exigir a la encartada un seguimiento (como policía) 24 horas sobre su hijo para que, ante cualquier situación, no sea contagiado o afectado, lo cual es prácticamente imposible, máxime cuando no solo ella estaba al cuidado de él sino que en esa labor también intervenía activamente el papá y hasta la abuela materna, personas todas estas que no fueron investigadas a detalle, como ya se explicó. Aunado a esto, se deja de lado que la pandemia de Covid 19 afectó al planeta entero y que ensañó con quienes menores recursos materiales tenían para cumplir con las restricciones sanitarias. Lógicamente, en una casa donde viven muchas personas que, para ajustar, deben egresar para conseguir el sustento diario, existe un mayor riesgo de contagio, como también lo hay al permitir que el padre de la víctima, [Nombre 014], la visitase, cuestión que no podría reprocharse a la joven pues hasta donde se conoce, [Nombre 014] no tenía prohibido actuar en ese sentido. vista probatorio, se estima que la decisión se encuentra debidamente motivada y debe rechazarse la queja sobre este extremo.

**III. Segundo motivo. "Errónea aplicación del artículo 188 del Código Penal."** Alega la fiscalía que la encartada es la madre del menor de edad y tenía su custodia y vigilancia (por ello estaba en **posición de garante**); que hay evidencias de que tanto ella como el padre del niño consumían drogas (así lo manifestó la representación del PANI) y que, el que haya resultado negativas las pruebas toxicológicas no implica que la situación de riesgo no existiera ni que las sustancias no estuvieran al alcance del menor de edad. Además, pese a las restricciones implementadas por el Covid-19, el papá de niño le visitaba cuando quería sin ser parte del núcleo familiar, por lo que se permitieron situaciones que pusieron en riesgo la salud del hijo y con ello se acreditó el incumplimiento de la sindicada en sus labores como madre. Solicita la nulidad de la sentencia y el juicio de reenvío. La defensa contestó en los términos resumidos en el primer apartado. El reclamo es improcedente. En el considerando precedente se estableció lo referente a la motivación de la decisión recurrida en cuanto a la imposibilidad de la prueba de señalar, **con absoluta certeza y no con una mera probabilidad**, a la acusada como responsable de la afectación en la salud que sufrió su hijo como consecuencia de la ingesta de metanfetaminas y de haber adquirido la enfermedad pandémica Covid-19. En este otro reclamo se combate el no haberse explorado con amplitud el tema de la posición de garante que ostentaba la imputada (como madre del infante y encargada de su cuidado permanentemente). El planteamiento de la parte desconoce que la posición de garante se examina en los delitos de comisión por omisión según la habilitación que hace el numeral 18 del Código Penal pero que este no es uno de esa naturaleza sino (cuando reviste forma omisiva —pues también la puede tener activa—) uno de omisión propia y que es doloso pues está previsto en una disposición típica específica que indica: *"ARTÍCULO 188.-Será penado con prisión de seis meses a dos años y además pérdida e incapacidad para ejercer los respectivos derechos o cargos, de seis meses a dos años, el que incumpliere o abusare de los derechos que le otorgue el ejercicio de la Patria Potestad, la tutela o curatela en su caso, con perjuicio evidente para el hijo, pupilo o incapaz."* Entonces, no se requiere acudir a la figura de la comisión por omisión y a la posición de garante cuando el tipo señala cómo se configura el hecho y quiénes son autores: quienes detentan la patria potestad, tutela y curatela. Debe recordarse que los denominados delitos de "comisión por omisión" u "omisión impropia", son las infracciones que llaman a impedir el resultado de un delito, que **no se encuentran tipificadas en la ley**, sino que mediante el artículo 18 del Código Penal (como amplificador del tipo penal) se sanciona a quien, estando obligado, y en posibilidad, a hacerlo (por la posición de garante) no evita un resultado, lo que es equivalente a realizar el tipo penal. Tal posición de garante hubiera interesado respecto a las lesiones culposas (de haber superado los cinco días) o la muerte (que afortunadamente no se dio), etc. pero nada de eso fue acusado por el Ministerio Público razón por la que no podía ser abordado por el tribunal, al menos no sin violentar el principio de correlación de forma grosera. Adicional a ello, tampoco la acusación planteada especifica el comportamiento de la encartada mediante el cual se habría incumplido la patria potestad por lo que, en el hipotético caso de que se hubiera acreditado alguno, también se habría violentado el derecho de defensa por los errores fiscales al formular el marco fáctico. Es como si se acusase a alguien por lesiones culposas por "faltar al deber de cuidado" sin especificar, en concreto, en qué consistió tal violación. A partir de ahí, en el caso concreto, no bastaba con ser madre del agraviado para interpretar que asume la responsabilidad (aun a título de dolo directo o eventual) de todo aquello que ocurra al niño bajo su tutela (menos cuando se ha acreditado que la patria potestad era compartida con el padre y este visitaba y también cuidaba del infante), sino que debía demostrársele que, efectivamente, incumplió con esas normas que le atribuía la relación de familiaridad ejecutando, u omitiendo, una serie de acciones que afectaron la vida e integridad del niño, circunstancias que no solo no se tuvieron por demostradas sino que tampoco se describieron en la acusación. Más bien se consideró accidental el resultado (sin posibilidad de ser controlado por la madre o por lo menos la

prueba así no lo demostró). De ahí que, aunque el fallo no es muy amplio ni específico en este tema, lo cierto es que, de la ponderación de los razonamientos empleados para absolver se deduce que no llegó a establecerse qué acción fue la dejada de cumplir por la encartada, cuál resultado debía evitar conforme al rol encomendado y, si producto con esas conductas (acciones u omisiones) se produjo el resultado. Tampoco explica la recurrente las acciones que, en su criterio, debió tomar la encartada [por ejemplo, no permitir visitas del padre al niño (cuando en tal sentido no existían restricciones emitidas por una autoridad competente); no dejarlo al cuidado de la abuela (pese a que ella requería trabajar y estudiar); cambiar domicilio porque el que ocupaba estaba saturado de personas, lo que sería imponerle una forma de vida desconociendo las condiciones de la persona, etc.] Entonces, del nivel de análisis efectuado a nivel probatorio por parte del *a quo*, efectivamente, se extrae que no hubo forma de determinar qué debió realizar la imputada para evitar el resultado y si, en el contexto de la situación, estaba en posibilidad de hacerlo. Finalmente, debe indicarse que el *a quo* sustentó su decisión al amparo de que se estableció que la imputada ejercía sus deberes como madre, lo cual también, en criterio de esta cámara, lo evidencia el que, al momento del egreso del niño del centro hospitalario le fue entregado y ella se sometió a todas las recomendaciones y exigencias que le hizo el PANI, sin que haya logrado constatar más ingresos al nosocomio o intervención del Patronato Nacional de la Infancia, por otras afectaciones en la salud del menor de edad, agresión o descuido. Tampoco se estableció que el infante estuviera en una posición de riesgo en manos de su madre quien, mediante pruebas toxicológicas, pudo demostrar que había cesado el consumo de estupefacientes, sin que pueda reprochársele lo que sobre este tema hubiese realizado antes de quedar embarazada. Finalmente, es de interés señalar que lleva razón la defensa cuando considera que este proceso ha violentado el respeto de la equidad de género que busca igualdad de oportunidades y trato entre hombres y mujeres. El aparato judicial direccionó sus herramientas en contra de la mujer-madre que tiene bajo su custodia el niño que sufre un daño en su salud (por intoxicación por drogas y contagio de Covid-19) y, en razón de ello, sin valorar las circunstancias que rodean el hecho ni que este infante tenía un padre a quien correspondía, en igual medida aunque no cohabitara con su hijo, velar por el bienestar del niño y evitar cualquier daño posible en su salud, integridad emocional, física, etc., es sometida a un proceso penal y administrativo por incumplimiento de sus deberes como mamá. Así se evidencia un sistema patriarcal que exige, no solo a nivel social sino, ahora, mediante el aparato institucional, que la mujer sea quien deba hacer frente a este tipo de asuntos, lo cual ha sido fuertemente condenado por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos al indicar: “296. (...) *en distintos informes, así como en las propias decisiones de las autoridades judiciales, se evidencia el uso de estereotipos en cuanto a los roles de género asignados a la madre y padre de los niños. En este sentido, por un lado, distintos informes estudiaron si la señora (...) podía o no asumir su “rol maternal” o “rol de madre”, sin que quede claro qué características le atribuyen a ese rol; analizaron si “aceptaba su rol femenino” y “el modelo sexual” que atribuyen a dicho rol; basaron sus consideraciones en testimonios según los cuales la señora (...) era una madre irresponsable porque, inter alia, “abandona[ba] a [sus hijos] cuando se va a trabajar”, y que por estas razones, entre otras, “observaba una conducta irregular”* Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 9 de marzo de 2018, párrs. 91 a 94 y 98). “**170. La influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad (...) durante el proceso penal (...) y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las**

**mujeres en sus relaciones interpersonales.** (...) *En el mismo sentido: Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015, párr. 209.*” Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Eso es lo que ha sucedido porque, pese a que desde el inicio de las entrevistas policiales se manejaba información referente al abuso de las drogas por parte del padre del ofendido y su contacto regular con este, y que un delito de incumplimiento de la autoridad parental implica, a lo menos, investigar a todos los que tengan tal condición o la tutela del niño, el Ministerio Público no acredita que procediera así y, por el contrario, se empeña en generar un proceso altamente invasivo como es el penal y continuarlo pese a que lo argumentos que se le dan son razonables. Por las razones aquí expuestas, los reclamos no son atendibles.

**POR TANTO:**

Se declara sin lugar el recurso de apelación interpuesto por la representación del Ministerio Público. **NOTIFÍQUESE.**

***Kathya Jiménez Fernández***

***Patricia Vargas González***

***Rosaura Chinchilla Calderón***

Juezas de apelación de sentencia penal

*Expediente: 20-000735-0619-PE (14)*

*Imputado: [Nombre 005]*

*Ofendido: Menor de edad*

*Delito: Incumplimiento de la Patria Potestad  
imatarrita*

**Clasificación elaborada por CENTRO DE INFORMACIÓN JURISPRUDENCIAL del Poder Judicial. Prohibida su reproducción y/o distribución en forma onerosa.**

**Es copia fiel del original - Tomado del Nexus.PJ el: 21-06-2024 14:35:00.**