

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

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES DE EDAD EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

RESUMEN: En el siguiente informe investigativo, se examina la prevalencia del interés superior de los menores de edad en los distintos procesos familiares. A los efectos, se hace primeramente un breve análisis sobre la autoridad parental, así como sobre las figuras de la tutela y la curatela en el caso de los incapaces. Posteriormente, se abordan especificidades sobre el proceso de declaratoria de abandono, las diligencias de utilidad y necesidad, así como sobre el matrimonio. Por último, se incorpora la normativa y jurisprudencia relacionada, donde se recalca la protección a los menores de edad que se brinda a través del ejercicio jurisdiccional, sobre todo en materia de tribunales de familia.

Índice de contenido

1. Doctrina.....	2
a. El Interés Superior del Menor y el Interés Familiar.....	2
b. La Autoridad Parental o Patria Potestad.....	3
c. La Tutela y la Curatela.....	4
i. La Tutela.....	5
ii. La Curatela.....	6
d. Procesos Familiares en Costa Rica.....	7
i. Proceso Especial de Declaratoria de Abandono}.....	7
ii. Diligencias de Utilidad y Necesidad.....	8
iii. Matrimonio y Oposiciones al Matrimonio.....	9
2. Normativa.....	10
a. Código de Familia.....	10
3. Jurisprudencia.....	14

a. Matrimonio del Menor de Edad.....	14
b. Patria Potestad, Tutela y Depósito de Menores.....	15
c. Enajenación o gravamen de bien perteneciente a menor de edad no está dentro de las facultades de administración del titular	16
d. Diligencias de Utilidad y Necesidad.....	17

DESARROLLO:

1. Doctrina

a. El Interés Superior del Menor y el Interés Familiar

[GROSMAN, Cecilia P., POLAKIEWICZ, Marta, et al.]¹

"Resulta interesante confrontar la noción del "interés superior del niño" con la del "interés familiar". ¿Son intereses asociados entre sí? ¿Puede producirse un antagonismo entre ellos?

En la doctrina francesa se han dado diversas interpretaciones del "interés familiar". Unos sostienen que se refiere al interés global, es decir que corresponde al conjunto de los miembros de la familia; otros, por el contrario, afirman que puede identificarse con el interés de alguno de los integrantes de la familia, aun cuando se oponga a la de los otros. En una tercera postura, la noción representa la idea de una síntesis de intereses que deben equilibrarse, descartándose la apreciación de intereses categoriales, por ejemplo, de la mujer o del niño.

A nuestro entender, el interés familiar no define un interés propio de la familia considerada como persona jurídica, sino que representa el interés de los componentes de la familia en una situación de interdependencia dentro de una totalidad. La familia es un sistema que debe ser contemplado en todas las interacciones que se producen en su seno e, incluso, con el mundo exterior. Esto significa que el interés familiar no es la suma de los intereses de los integrantes de la familia, ni tampoco el interés de un ente distinto, sino el interés de cada uno de sus miembros dirigido al mejor funcionamiento de la familia desde el punto de vista personal y patrimonial. Como dice ALF Ross, "atribuir el interés a un todo supraindividual es usar una expresión metafórica para la experiencia individual de coparticipación de intereses".

Este interés del núcleo no se contrapone al interés personal de sus integrantes, sino que dentro de una dinámica funcional se conjugan el interés individual y el interés del grupo familiar. El desarrollo y la realización personal deben estar en armonía con el funcionamiento de la familia como una comunidad de afectos y solidaridad, lo cual, en definitiva, constituye una expresión de las responsabilidades sociales de la persona. Este criterio surge, por otra parte, del art. 19 de la Constitución Nacional, que pone claramente límites a la autonomía personal.

No se trata, pues, de que un interés prime sobre el otro, sino que es necesario lograr la conjunción dialéctica en la cual el individuo tome en cuenta en su acción no sólo sus propias

necesidades y anhelos, sino también la satisfacción de los requerimientos de los otros integrantes de la familia. De la misma manera, tampoco puede pensarse en la realización de un interés familiar en desmedro del interés individual. Naturalmente que esta composición es una meta a lograr, un ideal a alcanzar. Todos sabemos que en la vida real, en el acontecer diario, no es tarea fácil esta conciliación entre las aspiraciones personales y el bienestar del conjunto de la familia.

Esta comprensión de la relación entre el interés individual y el interés familiar es aplicable al interés del niño. No es posible concebir una decisión que lo favorezca y que, al mismo tiempo, perjudique a todo el grupo familiar, como tampoco puede imaginarse una determinación que beneficie a la familia y lesione el bien vivir del niño. Al mismo tiempo que se le debe dar la posibilidad de satisfacer sus necesidades personales, su bienestar no puede ser pensado sin "los otros". El niño no podría pretender el goce de un período vacacional o que le compren unas zapatillas de marca si con ello la familia ve restringidas sus posibilidades de sustento primario. Es decir que el interés del niño debe ser armonizado con las demandas de todo el grupo familiar dentro de una lógica de integración basada en la participación y la solidaridad. De igual manera, la otra cara de Jano nos muestra que el principio de unidad familiar debe ceder muchas veces frente a los intereses particulares de los hijos. Por ejemplo, el criterio de mantener la unión de los hermanos puede replegarse ante los requerimientos de alguno de ellos originados en su distinta etapa evolutiva. Sirva de ilustración el pronunciamiento de la Corte Suprema al decidir un caso en el que se discutía el traslado de los hijos al exterior: "No es posible –subrayó el tribunal superior– tratar igualitariamente la situación del niño que la del adolescente, en el que cabe presumir que se han cimentado vínculos de relación afectivos y sociales, además de hábitos deportivos, culturales o de esparcimiento...; el desarraigo para las adolescentes sería inadecuado, no así para sus hermanos menores que aún no han formado las vinculaciones, a más de la necesidad del contacto próximo con la madre"."

b. La Autoridad Parental o Patria Potestad

[MOLINA BLANCO, Leticia]²

"Otro de los efectos de la paternidad en relación con la filiación, es la autoridad parental o patria potestad, sumamente importante porque implica no sólo el derecho y deber de velar y cuidar al hijo, sino también la obligación de hacerlo un hombre de bien, un ciudadano consciente y productivo para el país.

La autoridad parental o patria potestad entonces es el conjunto

de derechos, poderes y obligaciones que la ley concede a los padres para cuidar, regir y gobernar a sus hijos desde su concepción hasta su mayoría, así como también para que administren sus bienes en el mismo período.

Así pues, padres e hijos se deben respeto y consideración recíprocos y los menores deben obediencia a sus padres.

Esta potestad otorga a los padres en forma inherente a su calidad, regir a los hijos, protegerlos, administrar sus bienes y representarlos legalmente; por lo que son irrenunciables e intransferibles, salvo en los casos de disolución matrimonial, en lo que se refiere a la guarda, crianza y educación de los hijos (art. 127-128 y 129 C.F.).

Esta autoridad, entonces, le confiere a quien la ejerce deberes de educación, guarda, vigilancia y en forma moderada corrección al hijo y hasta lo faculta para solicitar al Tribunal la adopción de medidas tendientes a orientar al menor pudiendo llegar a su internamiento en un establecimiento adecuado y por un tiempo prudencial; pero cuando la salud del menor se encuentre en peligro inminente, la opinión médica podrá –en ese único caso– ir contra la voluntad de los padres (art. 130–131 C.F.); por ejemplo en situaciones de hospitalización, tratamiento o intervención quirúrgica indispensables para la salud o vida del menor.

Dentro del derecho y obligación de los padres para administrar los bienes del hijo menor se establecen dos 'excepciones, a saber:

« Los bienes que llegare a adquirir el menor como fruto de su trabajo, serán administrados por él mismo como si fuera mayor; y,

- Cuando los bienes los adquiere el menor por medio de testamento o legado y quien se los deja así lo manifiesta expresa o tácitamente, circunstancia para la que se hace necesario el nombramiento de un administrador (art. 132-133-136 C.F.).

Los padres tienen prohibición para enajenar los bienes de su hijo menor, excepto situaciones de necesidad o provecho directo para él mismo, pero en todo caso, si el bien tuviere un valor mayor a los diez mil colones deberá solicitarse autorización al Tribunal para realizar la enajenación (art. 143 C.F.).”

c. La Tutela y la Curatela

[CASTRO DÍAZ, Mirna]³

“La tutela y la curatela son instituciones jurídicas de aspiración semejante, es decir, brindar cuidado y guardar a quien carece de la capacidad para cuidar sus propios intereses.

Guarda estrecha relación con los vínculos parentales existentes

entre las personas. Esencialmente atañe a los parientes, el cuidado y la protección de las personas incapaces ya sea por impedimentos físicos, emocionales, psíquicos, etc.

Con la esperanza de disminuir el número de niños abandonados o personas desprotegidas.

El Estado ha elegido como principales responsables a los parientes del incapaz para procurar su bienestar, siendo relevante al derecho que cada miembro de nuestra sociedad cuente con la posibilidad de realizar los actos jurídicos indispensables para su mejor desenvolvimiento, como individuo y como persona, el cual es un derecho propio del hombre por su naturaleza humana."

i. La Tutela

[BRENES CÓRDOBA, Alberto]⁴

"Tutela significa "protección" y ella se define: la autoridad dada a una persona, conforme a la Ley, para que cuide la persona y bienes de un menor.

El poder tutelar de los abuelos o demás parientes del menor llamados a ejercer la tutela, ha dicho nuestra Sala de Casación, tiene carácter subsidiario al derecho preferente de los padres, y cabe proveer respecto de la guardia e intereses del menor cuando no hubiese persona que tenga patria potestad sobre él o cuando quien la tenga se halle incapacitado de hecho o de derecho para ejercerla".

Es, por consiguiente, un poder análogo a la autoridad parental, una especie de magistratura doméstica, como acertadamente se ha dicho, instituida en bien de quienes careciendo de la dirección y apoyo paternos, necesitan por su falta de experiencia y madurez de juicio, de un sostén que ampare su natural debilidad. Por ello el pupilo debe obediencia y respeto al tutor, y éste tiene respecto de aquél, los derechos y obligaciones de los padres, con las limitaciones que la ley establece.

La rigidez del poder paterno tocante a la disciplina sobre los hijos está atemperada por el íntimo afecto que liga al padre con ellos, y las gestiones por él llevadas a cabo en el manejo de patrimonio filial son de suponerse influidas antes por el interés del hijo, que por el suyo propio. Mas, como el elemento afectivo y el desinterés personal suelen faltar en la tutela, a ésta se da menor extensión respecto a la persona del gobernado, y requiere ser reglada cuidadosamente en cuanto se relaciona con los bienes sobre que recae la administración.

(...)

Se llama tutor, al que desempeña la tutela; y pupilo, al menor

sometido a ella.

Tomada en cuenta la fuente de donde el cargo procede, se distinguen tres clases de tutores: testamentarios, legítimos y dativos. Los primeros son nombrados por el testador; los segundos, por disposición de la ley; y los últimos, por la autoridad judicial."

ii. La Curatela

[BRENES CÓRDOBA, Alberto]⁵

"Es la curatela cierto régimen jurídico correspondiente a los mayores que se hallan en estado de incapacidad mental o física para el gobierno de su persona y bienes.

Tiene por objeto la protección de los alienados que, en razón de su incapacidad, carecen de la idoneidad indispensable para el cuidado de su persona y de sus negocios y la defensa pública contra los daños que a las gentes y a sus propiedades pudieran ocasionar a causa del estado de insensatez en que por lo común se encuentran.

(...)

De conformidad con el artículo 218 del Código Civil, estaban sujetos a curatela: el loco, imbecil o demente, aunque tenga lúcidos intervalos, y el sordomudo que no sabe leer y escribir.

El Código de Familia, en lugar de proceder a una enumeración limitativa, prescribe que están sujetos a curatela los mayores de edad que padezcan una incapacidad mental o física (no importa qué en fermedad o incapacidad) que les impida atender sus propios intereses, aunque en el primer caso tuvieran intervalos de lucidez.

Por "lúcidos intervalos" se entienden aquellos espacios de tiempo más o menos prolongados, en que algunos dementes suelen recobrar la lucidez de juicio, por presentarse en ellos la locura con carácter intermitente.

Uno de los motivos que se aducen para mantener la curatela aunque haya lúcidos intervalos, es la dificultad que se presentaría para saber de modo preciso si determinado acto se realizó o no dentro de un período de buen juicio, atendiendo a que los límites de la locura y de la sensatez no es fácil determinarlos en muchos casos.

(...)

El sordomudo que no sepa leer y escribir (y cualquier enfermo incapaz que no pueda atender sus propios intereses') se equipara al demente, no porque esté privado de la razón, puesto que el impedimento no afecta la mentalidad de la persona de modo

esencial, sino porque debido a la deficiencia e inseguridad de los medios de expresión de que tiene que valerse, es inhábil para el manejo de sus negocios, necesitando por lo mismo de una persona que lo represente en los actos civiles que le interesen.

Por nuestra legislación de 1841 también se hallaban sometidos a curatela, el pródigo o disipador de sus bienes, y el habitualmente ebrio, mas en el actual Código están suprimidas ambas causales para evitar los escándalos y abusos a que suele dar lugar la discusión judicial de la conducta de las personas sindicadas de prodigalidad o de inveterado alcoholismo, porque ordinariamente la litis acerca de estos puntos se desarrolla entre personas estrechamente unidas por los vínculos del parentesco.

Sin embargo, algunos códigos como el alemán (Art. 6), y el suizo, mantienen aún esas causas de incapacidad.

Del que está sujeto a curatela se dice que es "inhábil" "incapaz".

d. Procesos Familiares en Costa Rica

[BENAVIDES, Diego]⁶

i. Proceso Especial de Declaratoria de Abandono}

"Es competente para conocer de la declaratoria de abandono de un menor el Juez de Familia de la jurisdicción donde habita el menor y podrán gestionarla el Patronato Nacional de la Infancia o cualquier persona interesada en el depósito o la adopción de la persona menor de edad. La demanda deberá contener los requisitos del artículo 118 CF. Son partes en este proceso quienes ejerzan la patria potestad o tutela sobre el menor, y si no pueden ser encontradas o se trata de menores expósitos o huérfanos el Juez nombrará un curador y avisará del inicio de las diligencias mediante una publicación en el Boletín Judicial. Presentada en forma la solicitud, el Juez dará audiencia por cinco días a las partes interesadas para que se pronuncien sobre la solicitud y ofrezcan las pruebas de descargo, si es del caso, y oponer excepciones en los términos del artículo 122 CF, las cuales si son previas (para este trámite tienen este carácter las de falta de competencia, falta de legitimación y falta de capacidad o representación defectuosa) deberán ser resueltas en los tres días posteriores a que venza el emplazamiento. Luego se convocará a una audiencia oral y privada, que se realizará dentro de los ocho días siguientes, a la que deberán asistir los solicitantes, los oponentes, los testigos y los peritos que se hayan ofrecido como prueba de los hechos y los representantes del menor y del Patronato Nacional de la Infancia. En esa audiencia escuchará el Juez a las

partes, escuchará los testimonios y los peritajes y oirá al menor de edad. El Juez luego de la audiencia dictará sentencia, la cual se notificará dentro de los cinco días siguientes a la comparecencia. Contra la sentencia cabrá recurso de apelación dentro de los tres días posteriores a su notificación. Recibido el expediente por el Superior, citará a las partes para una comparecencia en un plazo de cinco días, donde se recibirán las pruebas ofrecidas por las partes. La sentencia de segunda instancia se dictará dentro de un plazo de cinco días, contados a partir de la comparecencia. Contra esa sentencia no cabe recurso alguno. Son importantes dentro de esta normativa la medida cautelar de menores en riesgo social prevista en el artículo 119 del CF, y la declaratoria administrativa de abandono del huérfano o expósito del artículo 116. Relacionado con el tema de la declaratoria de abandono deben consultarse los artículos 109 inciso a, 113, 128 inciso a), 158 incisos c y d, 159 inciso 6, 160, 161, 163 CF y 15 y ss. del Código de la Infancia, el voto 2014-93 de la Sala Constitucional y el voto 186-96 de la Sala Segunda."

ii. Diligencias de Utilidad y Necesidad

"Los artículos 147 y 216 del Código de Familia disponen que el representante de menores o incapaces no puede disponer de los bienes de sus representados libremente si no que debe de contar con una autorización del Tribunal, previa ponderación de su utilidad y necesidad.

Dicho trámite está establecido en el Código Procesal Civil en los artículos 877 y siguientes, bajo el epígrafe: "Enajenación de bienes de menores e incapacitados y otros asuntos en los que ellos se hallen interesados".

Enajenación: En este trámite el representante deberá hacer la solicitud, y para acreditar la necesidad y utilidad, se recibirán las pruebas, especialmente la pericial. Recibida la prueba se da audiencia al Patronato -si se tratare de un menor- y a la Procuraduría por tres días, y luego sin más trámite dictará la resolución autorizando o denegando el permiso, la que sera apelable en efecto suspensivo. Si se diere el permiso, la venta se hará en subasta pública por postura que no sea inferior al avalúo, y si no hubiere postor pueden sacarse nuevamente a subasta, pero a los seis meses puede pedirse nuevo avalúo. Si fuere el padre o la madre los que piden el permiso la venta puede hacerse extrajudicialmente. El precio se depositará en la cuenta del Juzgado mientras no se le dé la aplicación respectiva y para constatar el provecho de la inversión el juez podrá pedir la prueba que considere.

Compromiso o transacción: este trámite lo promueve el representante legal, expresando el motivo y el objeto del compromiso o transacción, con los documentos y antecedentes necesarios para formar un juicio exacto, y si hubiese litis pendiente, el escrito se presentará en los mismos autos. El Juez acordará las medidas necesarias para justificar algún hecho o para parcaticar alguna diligencia. Luego, se dará audiencia por tres días la Procuraduría, -y al Patronato Nacional de la Infancia si se tratare de un menor. Gravámenes, préstamos y actos como sucesor:

Para hipotecar, pignorar bienes del menor, o tomar dinero prestado en su nombre, proceder u la división de bienes o aceptación o repudio de herencias se seguirán los trámites anteriores en lo que fueren aplicables. Pero en todos los casos el Juez deberá decretar todas las medidas que juzgue necesarias para la garantía de los interesados de conformidad con el artículo 862 del Código Procesal Civil.

Sobre competencia territorial y material de los trámites de utilidad y necesidad pueden consultarse los votos 169-93, 96-95 y 55-96 de la Sala Segunda."

iii. Matrimonio y Oposiciones al Matrimonio

"i. Matrimonio: La celebración del matrimonio está regulada en los numerales 24 y siguientes del Código de Familia. El matrimonio lo realiza la autoridad de la jurisdicción en donde haya residido durante los últimos tres meses cualquiera de los contrayentes, a quien los solicitantes le manifestarán su deseo de contraer matrimonio. Expresarán sus nombres, apellidos, edad profesión u oficio, lugar de su nacimiento, y lugares de residencia o domicilio durante los últimos tres meses y el nombre, apellidos y nacionalidad de los padres.

Deberán asimismo señalar los nombres de los hijos procreados por los solicitantes antes del enlace. La autoridad mandará publicar un edicto y en casos muy especiales podrá dispensarlo (artículos 16 inciso 4, 25 párrafo 2, 26 y 32 del CF). Para el matrimonio deben presentársele al funcionario: dos testigos mayores de edad que sepan leer y escribir, que declararán bajo juramento, sobre la libertad de estado y aptitud legal de los contrayentes; los documentos que demuestren que se ha obtenido el correspondiente asentimiento, cuando se trate de personas que lo necesiten; la certificación de los asientos de nacimiento y libertad de estado de los contrayentes, expedida por el Registro Civil, pudiendo el extranjero demostrar su libertad de estado por cualquier medio que le merezca fe al funcionario; y certificación de la fecha de disolución del anterior matrimonio si la contrayente hubiere estado

casada antes y la prueba prevista en el inciso 2 del artículo 16. En la ceremonia los contrayentes deben expresar su voluntad de unirse en matrimonio, cumplido lo cual el funcionario declarará que están casados. El funcionario judicial lleva un libro para matrimonios en el cual se levanta la respectiva acta sobre la ceremonia, y debe llenarse un formulario del cual el original se envía al Registro Civil, una copia a Estadística y Censo y otra es para los contrayentes.

ii. Oposiciones al matrimonio: El trámite está regulado en los artículos 835 y siguientes del Código Procesal Civil. La Procuraduría General de la República y los particulares podrá oponerse a la celebración de un matrimonio, ante el funcionario que mandare a publicar los edictos, cuando existiere algún impedimento legal, quien pasará los antecedentes al Juez previo emplazamiento por tres días, y el Juez dará audiencia por ocho días para ofrecer las pruebas correspondientes y una vez vencido el plazo y evacuadas las pruebas resolverá lo que corresponda, lo que será apelable en efecto suspensivo. Si la oposición fuese maliciosa, el Juez condenará en daños y perjuicios e impondrá una multa de cinco días. Esta situación de la oposición debe correlacionarse con los artículos 16 inciso 4. 25 párrafo segundo, 26. 27 y 32 del CF, que se refieren a la publicación del edicto."

2. Normativa

a. Código de Familia⁷

Artículo 2.-

La unidad de la familia, el interés de los hijos, el de los menores y la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges, han de ser los principios fundamentales para la aplicación e interpretación de este Código.

Artículo 16.-

Es prohibido el matrimonio:

1.- Del menor de 18 años sin el asentimiento previo y expreso de quien ejerza sobre él la patria potestad o tutela, salvo lo estipulado en el inciso 1 del artículo 21 de este Código;

2.- De la mujer antes de que transcurran trescientos días contados desde la disolución o declaratoria de nulidad de

su anterior matrimonio, a menos que haya habido parto antes de cumplirse ese término o se pruebe mediante dictámenes de dos peritos médicos oficiales que no existe embarazo;(*)

3.- De los tutores o cualquiera de sus descendientes con los pupilos mientras no estén aprobadas y canceladas las cuentas finales de la tutela, salvo si el padre o madre difuntos del pupilo lo hubieran permitido expresamente en testamento u otro instrumento público; y

4.- Sin la previa publicación o dispensa de los edictos legales.

(*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 5895 de 23 de marzo de 1976.

(*) El inciso 2) del presente artículo ha sido cuestionado mediante Acción No. 07-002870-0007-CO. BJ# 95 de 18 de mayo del 2007.

Artículo 21.- (*)

Para la celebración del matrimonio del menor es necesario que cualquiera de sus padres en ejercicio de la patria potestad otorgue su asentimiento y no están obligados a motivar su negativa. La dispensa del asentimiento podrá ser suplida por el Tribunal, previa información sumarísima:

1.- Cuando el menor haya sido declarado administrativa o judicialmente en estado de abandono; si siendo huérfano careciere de tutor; y

2.- Cuando el asentimiento se niegue y sea necesario para evitar que el menor sufra los perjuicios que podría derivar de los delitos cuya acción o pena se extinguen con el matrimonio.

(*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 5895 de 23 de marzo de 1976.

Artículo 42.- (*)

(Afectación del inmueble familiar, privilegios). El inmueble destinado a habitación familiar, cuando así conste en el Registro Público, no podrá ser enajenado ni gravado sino con el consentimiento de ambos cónyuges, si el propietario estuviese

ligado en matrimonio, o por disposición judicial, a solicitud del propietario, previa demostración, en este último caso, de la utilidad y la necesidad del acto.

Tampoco podrá ser perseguido por acreedores personales del propietario, salvo en cobro de deudas contraídas por ambos cónyuges, o por el propietario con anterioridad a la inscripción a que se refiere el artículo siguiente.

(*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 7142 de 8 de marzo de 1990.

Artículo 143.- Autoridad parental y representación. Derechos y deberes (*)

La autoridad parental confiere los derechos e impone los deberes de educar, guardar, vigilar y, en forma moderada, corregir al hijo.

Asimismo, faculta para pedir al tribunal que autorice la adopción de medidas necesarias para coadyuvar a la orientación del menor, las cuales pueden incluir su internamiento en un establecimiento adecuado, por un tiempo prudencial. Igual disposición se aplicará a los menores de edad en estado de abandono, riesgo social o que no estén sujetos a la patria potestad, en cuyo caso la solicitud podrá hacerla el Patronato Nacional de la Infancia. El internamiento se prolongará hasta tanto el tribunal no decida lo contrario, previa realización de los estudios periciales que se requieran para esos efectos, los cuales deberán ser rendidos en un plazo contado a partir del internamiento.

(*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 8409 de 26 de abril del 2004. LG# 91 de 11 de mayo del 2004

Artículo 159.-

La patria potestad puede suspenderse, modificarse, a juicio del Tribunal y atendiendo al interés de los menores, además de los casos previstos en el artículo 139, por:

1) La ebriedad habitual, el uso indebido de drogas, el hábito de juego en forma que perjudique al patrimonio de la familia, las costumbres depravadas y la vagancia comprobada de los padres.

2) La dureza excesiva en el trato o las órdenes, consejos, insinuaciones o ejemplos corruptores, que los padres dieren a sus hijos;

- 3) La negativa de los padres a dar alimentos a sus hijos, dedicarlos a la mendicidad y permitir que deambulen en las calles;
- 4) El delito cometido por uno de los padres contra el otro o contra la persona de alguno de sus hijos y la condenatoria a prisión por cualquier hecho punible;
- 5) Incapacidad o ausencia declarada judicialmente; y
- 6) Por cualquier otra forma de mala conducta notoria de los padres, abuso del poder paterno, incumplimiento de los deberes familiares o abandono judicialmente declarado de los hijos.

Las sanciones previstas en este artículo podrán aplicarse a los padres independientemente de los juicios de divorcio y separación judicial.

Artículo 160.- Estado de abandono (*)

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

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

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

(*) El presente artículo ha sido modificado mediante Ley No. 7538 de 22 de agosto de 1995. LG# 199 de 20 de octubre de 1995.

Artículo 219.-

El tutor presentará al Tribunal, anualmente, una situación del patrimonio del menor, con nota de los gastos hechos y sumas percibidas durante el año anterior.

Los parientes llamados a la herencia intestada del pupilo pueden

exigir al tutor la rendición de la cuenta anual.

3. Jurisprudencia

a. Matrimonio del Menor de Edad

[TRIBUNAL DE NOTARIADO]⁸

"IV .- El presente asunto se trata de un procedimiento disciplinario que se inicia con una queja interpuesta por el Registro Civil contra el notario público Carl Uriah Wolfe Walters en razón de haber celebrado el matrimonio de Ismael Sancho Sandoval con Francine de los Angeles Sánchez Muñoz, menor de edad, sin haber cumplido con todos los requisitos que exige la ley cuando se trata de un evento bajo estas circunstancias, propiamente, lo dispuesto en el artículo 21 del Código de Familia. En efecto, cuando uno de los contrayentes es menor de edad, es deber del notario que va a celebrar el sacramento, asegurarse de que todos y cada uno de los requisitos que establece la ley, se cumplan. Es decir, el notario debe realizar, además de la función propia, una investigación del entorno del menor de edad para establecer el consentimiento de los padres o tutor, según sea el caso. Bajo esa inteligencia, como así correctamente lo indica la sentencia que se impugna, tenemos que el artículo 16 del Código de Familia dispone que es prohibido el matrimonio bajo los siguientes presupuestos: 1) del menor de 18 años sin el asentimiento previo y expreso de quien ejerza sobre él la patria potestad o tutela, salvo lo estipulado en el inciso 1 del artículo 21 de ese mismo Código que indica que para la celebración del matrimonio del menor es necesario que cualquiera de sus padres en ejercicio de la patria potestad otorgue su asentimiento y no están obligados a motivar su negativa. Y continúa diciendo que la dispensa del asentimiento podrá ser suplida por el Tribunal, previa información sumarísima (el subrayado es propio), para el caso concreto : si siendo huérfano careciere de tutor. Así las cosas, no es de recibo el alegato del apelante, sobre el desconocimiento que dice tener de la ley, pues, según precepto constitucional, nadie puede alegar desconocimiento de la misma, y mucho menos, agrega quien redacta, un licenciado en leyes. En efecto el profesional en derecho que además ostenta también el título de notario en nuestro sistema jurídico, debe y está obligado a conocer todo nuestro ordenamiento jurídico y actualizar sus conocimientos día a día, de manera que, se repite, no comparte el Tribunal su defensa en lo que a este punto se refiere. Esa omisión en que incurrió el notario autorizante constituye un incumplimiento de un deber funcional establecido, según se dijo, en el artículo 21 del Código de

Familia, cuya sanción está prescrita en el artículo 144 inciso e) del Código Notarial. De manera que no es, como lo dice el denunciado, que no se causó daño a las partes ni a terceros, pues el atraso en la inscripción, por falta de requisitos, trajo como consecuencia que no se publicitara a terceros un acto tan trascendental como es el matrimonio civil de los contrayentes. Por lo anterior, sí hubo de parte de dicho profesional una transgresión al deber formal en el ejercicio del notariado, cual es no cumplir con todos los requisitos que exige la celebración de un matrimonio, cuando está de por medio un menor de edad, haciéndose acreedor a sanción disciplinaria. Situación que no varía, aún cuando el matrimonio se encuentre ya inscrito. En todo caso, tampoco la inscripción convalida la conducta del denunciado, pues el incumplimiento de uno de los requisitos formales dentro del matrimonio celebrado siempre se dio. V .- Lo anterior tiene su razón de ser por lo siguiente. En estos casos, en razón de la falta, transgresión a las normas que regulan el procedimiento, que por cierto es formal, se procede únicamente a imponer la sanción que es dada por ley y no por discreción. Y es así, porque la falta, en este caso, falta de cuidado en el cumplimiento de requisitos, por sí misma, conlleva un daño a la seguridad jurídica, que debe permear en la función notarial y por ende de interés público. De ahí que le es prohibido al notario disponer de formas para celebrar un matrimonio. No obstante lo anterior, en razón de lo acontecido, y, únicamente, para no causar mayor perjuicio al profesional, este Tribunal se inclina por acoger el recurso en cuanto al monto de la sanción impuesta, y resuelve rebajar la misma a tres meses de suspensión, sin que proceda el mínimo, dado que, según consta en el expediente, no fue él, sino el Patronato Nacional de la Infancia, el que promovió las diligencias que resultaron necesarias para poder inscribir. En consonancia, se modifica la sentencia motivo de apelación, únicamente en cuanto impuso una sanción de seis meses de suspensión en el ejercicio de la función notarial, para en su lugar imponer tres meses de suspensión. En todo lo demás, se confirma."

b. Patria Potestad, Tutela y Depósito de Menores

[TRIBUNAL DE FAMILIA]⁹

"PRIMERO: Mediante resolución dictada por el Juzgado de la Niñez y Adolescencia del Primer Circuito Judicial de San José, a las dieciséis horas diez minutos del veintiséis de octubre del dos mil cinco, se dispone ordenar el archivo de las diligencias de TUTELA plantadas por el Patronato Nacional de la Infancia con respecto a la persona menor de edad Y.P.M. SEGUNDO: Recurre la resolución antes indicada la Licenciada María Marta Corrales Cordero en su

condición de Representante Legal de la Oficina Local de San José del Patronato Nacional de la Infancia, bajo la argumentación que la institución de la TUTELA opera en aquellos casos de personas menores de edad no sujetos a patria potestad, pero que ambas instituciones contienen básicamente los mismo elementos, mientras que por el contrario la figura del Depósito no concede la representación de la persona menor de edad. TERCERO: De la lectura de la resolución recurrida con relación a la pretensión de la demanda, concluye esta integración del Tribunal que la señora jueza de primera instancia no lleva razón en su argumentación, toda vez que está confundiendo el contenido y propósitos de los institutos de la TUTELA, el DEPÓSITO DE PERSONAS y la PATRIA POTESAD. La TUTELA no fue diseñada únicamente para casos en que la persona menor de edad no sujeta a patria potestad tenga bienes de su propiedad, sino que por el contrario busca definir su situación jurídica con relación a temas de fundamental importancia para su adecuado desarrollo integral en la sociedad, tal como lo son la representación, guarda, crianza, educación, alimentación, vigilancia, y administración. Mientras que el DEPÓSITO por el contrario no pretende de manera alguna cumplir con el vacío del que sufren menores de edad no sujetos a patria potestad, pues tiende a ser por lo general una situación de protección transitoria más parece a la simple GUARDA o CUSTODIA. Si bien es cierto en los casos de menores albergados por el PATRONATO NACIONAL DE LA INFANCIA su director asume la representación, lo cierto es que esa es una situación particular específicamente resuelta por el legislador, pero de manera alguna se asemeja a la situación de menores que están al cuidado de familias externas que prácticamente asumen roles semejantes al de los padres, lo que sin duda alguna es más beneficioso para las personas menores de edad, toda vez que su situación se asemeja más a un HOGAR, pues el tutor viene a ocupar el papel del padre o madre. Así las cosas no resta más que revocar la resolución recurrida a fin de que se proceda a dar curso a la demanda si otro motivo legal no lo impide."

c. Enajenación o gravamen de bien perteneciente a menor de edad no está dentro de las facultades de administración del titular

[TRIBUNAL DE FAMILIA]¹⁰

"SEGUNDO: La resolución venida en apelación rechazó de plano la presente diligencia de utilidad y necesidad, por cuanto lo pretendido no corresponde a esta vía, sino a la Dirección Nacional Notarial. De esa resolución ha apelado el apoderado especial judicial de los señores Ada Lorena Araya Agüero y Friedrich Johann Awik, licenciado Carlos Bertarioni Bolaños, alegando que necesitan

retirar sin inscribir un testimonio de escritura presentado al Registro Nacional, para arreglar la situación sobre el inmueble al cual se refiere la escritura del testimonio en mención. Informa que como hay una persona menor de nombre M. involucrada entre los sujetos de la escritura, se necesita autorización del juez para poder retirar el documento. TERCERO: En un caso similar, ya este Tribunal se ha pronunciado resolviendo que la enajenación o el gravamen de un bien perteneciente a una persona menor de edad, está fuera del alcance de las facultades de administración conferidas al titular de la patria potestad, o al tutor según sea el caso, y que para disponer de bienes comportando tales supuestos, se requiere autorización del juez de familia conforme a la norma del artículo 147 del Código de Familia, mediante los trámites de la actividad judicial no contenciosa regulada en los artículos 819 y siguientes del Código Procesal Civil, concretamente el inciso 7° que menciona como una de las solicitudes de autorización a obtener mediante ese trámite "Enajenación, hipoteca o prenda de bienes de menores o de personas declaradas en estado de interdicción." Como puede apreciarse esta vía no está prevista para obtener autorización para "retirar sin inscribir" una escritura presentada al Registro Nacional, lo cual, a tenor del principio de legalidad que rige la materia procesal (artículo 5 ibídem) imposibilita otorgar la solicitud de autorización hecha en esta diligencia. (Ver en este sentido Voto de este mismo Tribunal N° 625-02 de las 10:20 hrs del 20 de mayo de 2002). En concordancia con lo anterior, la misma solución ha de aplicarse cuando existe la misma razón, y dado que este caso es uno similar, se impone el rechazo recurrido, y en consecuencia se confirma la resolución venida en apelación."

d. Diligencias de Utilidad y Necesidad

[TRIBUNAL DE FAMILIA]¹¹

"I. Se imparte aprobación a los hechos tenidos por demostrados en la resolución recurrida, conforme a los elementos de prueba citados. Se agrega uno más que dice así: g.- El señor Mauricio Mora Zúñiga cédula de identidad número 1-781-408, reporta un salario al mes de julio de dos mil seis, de mil cien dólares (\$1.100,00) mensuales en bruto, y mil un dólares (\$1001,00) mensuales en salario neto, laborando como supervisor de producción en la compañía CYTYC SURGICAL PRODUCTS (constancia de salario de folio 54).

II. A través de la resolución combatida, el Juzgado de Familia de Heredia rechazó la solicitud de la señora Yancy Zamora Cascante para que, por la vía de estas diligencias, se establezca la autorización para la formalización de un crédito hipotecario ante

el Banco de Costa Rica, por la suma de ocho millones de colones, con hipoteca del inmueble afectado a habitación familiar, con el fin de realizar mejoras a la vivienda familiar y unificar varias deudas en una sola. El fundamento de la resolución denegatoria es la falta de acreditación de los elementos de utilidad y necesidad requeridos para este tipo de autorizaciones, pues el beneficio pretendido con el crédito hipotecario que se pide autorizar será para quien no es dueño del inmueble, además de las limitaciones de la Ley del Sistema Financiero soportadas por el inmueble sin constancia de autorización alguna de la entidad acreedora inicial.

III. La administración de los bienes de los menores de edad, está a cargo de los progenitores, como un atributo dado a los padres dentro del contenido de aquéllos derechos-deberes inherentes a la patria potestad. Sin embargo la ley impone limitaciones cuando se trate no ya de administración sino de disposición, al establecer que la autoridad parental no da derecho a enajenar ni a gravar los bienes del hijo, salvo en caso de necesidad o de provecho evidente para el menor, y para lo cual será necesaria autorización judicial si se tratare de bienes con un valor superior a diez mil colones (art. 147 del Código de Familia). También es necesario recurrir a este trámite, para comprobar la utilidad y la necesidad de la cesación de una afectación al régimen de patrimonio familiar, por mandato del artículo 47 inciso ch) del Código de Familia. El procedimiento establecido para obtener dicha autorización, es la actividad judicial no contenciosa, comprendida en los artículos del 877 al 885 del Código Procesal Civil. Uno de esos procedimientos establecidos como actividad judicial no contenciosa, son las llamadas diligencias de utilidad y necesidad. En el escrito de formulación de ese tipo de trámites el o la titular de la patria potestad debe informar de la transacción que desea hacer (hipoteca, permuta, compraventa, etc.), enunciar la conveniencia de la negociación para las personas menores de edad, y solicitar la respectiva autorización. El juez verifica la información, oye a la representación de la Procuraduría General de la República, del Patronato Nacional de la Infancia, de cualquier otro interesado, y resuelve autorizando o desautorizando el negocio según su entender respecto del beneficio para los menores.

IV. En el presente caso, la promotora ha solicitado autorización para constituir una garantía hipotecaria sobre un inmueble afectado a patrimonio familiar con beneficio para el núcleo familiar del que es parte una persona menor, la hija de nombre A.G. Este Tribunal, admitió como prueba para mejor proveer la demostración de los ingresos actuales del señor Roque Mauricio Mora Zúñiga, cónyuge de la promotora, padre de la niña A, y deudor de la obligación inicial merced a la cual se estableció la afectación a patrimonio familiar, y de la constancia de ingresos

de folio 54 es posible obtener la solvencia necesaria para hacer frente a la obligación que pretende contraer con el Banco de Costa Rica, consistente en un crédito que redundará, al fin de cuentas, en beneficio del núcleo familiar al ver sus finanzas más desahogadas por cancelar varias deudas (refundición), al tiempo que introducirá reparaciones a la vivienda, redundantes en mejoras que aumentarán el valor de la misma, sin desatender el cuidado del crédito original que mantendrá el privilegio en la garantía real, por encima de cualquier otra obligación que se autorice. El monto del crédito autorizado, por otra parte, de ocho millones de colones, no se presenta en una suma muy elevada como para deducir que se verán muy comprometidos los respaldos financieros a hacer frente, y se han visualizado posibilidades económicas para hacer frente a las obligaciones. Tómase en cuenta, en todo caso, la recurrencia al crédito prácticamente como única posibilidad de los ciudadanos para invertir, especialmente cuando se trata de operaciones relacionadas con bienes inmuebles. Ante este panorama, este Tribunal revoca lo resuelto. Se autoriza a la promotora Yancy Zamora Cascante a hipotecar la propiedad del partido de Heredia número ciento setenta y seis mil ciento noventa y cinco - cero cero cero, por un monto de ocho millones de colones a favor del Banco de Costa Rica, a un interés del veintiuno por ciento anual, para efectuar las mejoras de la casa de habitación (artículos 145 y 147 del Código de Familia, y 877 y siguientes del Código Procesal Civil)."

FUENTES CITADAS:

- 1 GROSMAN, Cecilia P., POLAKIEWICZ, Marta, et al. Los Derechos del Niño en la Familia. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1998. pp. 41-43.
- 2 MOLINA BLANCO, Leticia. Apuntes sobre la Normativa Familiar Costarricense. 1º Edición. Editorial Universidad Estatal a Distancia. San José, 1991. pp. 43-44.
- 3 CASTRO DÍAZ, Mirna. El Parentesco y su Relevancia en el Derecho de Familia Actual. Tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2000. pp. 132-133.
- 4 BRENES CÓRDOBA, Alberto. Tratado de las Personas. Vol. II. 4º Edición. Editorial Juricentro. San José, 1984. pp. 165-166.
- 5 BRENES CÓRDOBA, Alberto. Tratado de las Personas. Vol. II. 4º Edición. Editorial Juricentro. San José, 1984. pp. 189-190.
- 6 BENAVIDES, Diego. Los procesos familiares en Costa Rica. *Revista Iustitia*. (No. 126-127): pp. 11-12, 14-15, San José, junio-julio 1997.
- 7 Ley Número 5476. Costa Rica, 2 de diciembre de 1973.
- 8 TRIBUNAL DE NOTARIADO. Resolución No. 033-2003, de las diez horas con cuarenta y cinco minutos del veinte de febrero de dos mil tres.
- 9 TRIBUNAL DE FAMILIA. Resolución No. 159-2006, de las nueve horas con veinte minutos del ocho de febrero de dos mil seis.
- 10 TRIBUNAL DE FAMILIA. Resolución No. 678-2004, de las diez horas con treinta minutos del veintiocho de abril de dos mil cuatro.
- 11 TRIBUNAL DE FAMILIA. Resolución No. 1339-2006, de las once horas con cuarenta minutos del treinta de agosto de dos mil seis.