



[Ver aviso legal al final del documento](#)

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: LA GUARDA Y CRIANZA DE LOS HIJOS MENORES

ÍNDICE:

1) DOCTRINA

a) Nociones básicas sobre la guarda crianza.

b) La bipartición entre patria potestad y guarda crianza y educación.

2) LEGISLACION

a) Convención sobre los Derechos del Niño

b) Código de la Niñez y la Adolescencia

c) Código de Familia

3) JURISPRUDENCIA



DESARROLLO

1) DOCTRINA

a) Nociones básicas sobre la guarda crianza.

"Durante la convivencia normal de los cónyuges éstos ejercen conjuntamente la guarda de sus hijos menores de edad. La guarda integra las relaciones paterno-filiales de la patria potestad y comprende, respecto de padre y madre, la obligación de proteger a sus hijos, educarlos, vigilar su conducta y en su caso corregirlos y castigarlos, adecuadamente y, respecto de los hijos, la obligación de convivir en el hogar con sus padres, o donde ellos determinen.

Producida la separación personal de los cónyuges en ocasión del juicio de divorcio, y aun cuando a los términos del artículo 264 del Código Civil, el padre continúe en el ejercicio de la patria potestad de los hijos menores, parece evidente-que en lo sucesivo-la guarda no puede ser asumida por ambos progenitores. Al disgregarse el hogar común y residir padre y madre separadamente, es inevitable atribuir los deberes de guarda a uno u otro.

En caso de que la guarda se atribuya a la madre, se produce un verdadero desmembramiento del ejercicio de la patria potestad paterna, puesto que es la convivencia paterno-filial la que hace posible la educación del hijo, supone su vigilancia y corrección. Es así, que la atribución de la guarda se logra mediante la llamada tenencia de los hijos menores que traduce, al decir de Busso:" el elemento material de la guarda consistente en la facultad de conservar consigo al menor bajo patria potestad.". En otras palabras: si la tenencia o convivencia del o los hijos menores con uno de sus progenitores es el elemento material de la guarda, ésta debe ser atribuida también en su contenido sustancial a ese progenitor, aunque se trate de la madre, y sea el padre quien, de acuerdo a la ley, retiene para sí el ejercicio genérico de la patria potestad."¹

"Por guarda crianza y educación, entendemos la potestad de los padres de tener a los hijos en su compañía, velar por ellos y proporcionarles todos los cuidados necesarios para su desarrollo físico, intelectual, moral y espiritual que todo menor requiere con el objeto de lograr una formación integral de su persona que le



permita enfrentarse a la vida

Las estadísticas demuestran que en la mayoría de los procesos interpuestos en nuestros juzgados de familia se ha concedido el ejercicio en forma exclusiva de la guarda crianza y educación a uno de los padres, privando al otro progenitor de desempeñar el rol que estos atributos le confieren. Se ignora de esa manera que todos los elementos constitutivos de la autoridad parental con de carácter irrenunciable, imprescriptible y de ejercicio personal por parte de sus titulares; así que solo al ser atribuida la guarda, crianza y educación a uno solo de ellos, con exclusión del otro, se quebrantan las características primordiales de este instituto jurídico. Con lo anterior se restringe la función parental del progenitor apartado del ejercicio de dichos aspectos, a tan sólo dos puntos, sean la satisfacción del deber de alimentar y el derecho-deber de vigilancia de la actuación del custodio.

Este derecho de fiscalización le permite al padre asegurar que la decisión tomada sea la más beneficiosa para el menor, en virtud de lo cual podría acudir a los tribunales para solicitar una modificación de esa decisión, o incluso la sustitución de quien ostenta la guarda, crianza, y educación.

Generalmente al padre no guardador se le concede un régimen de visita para que con sus hijos, que consiste en un tiempo determinado en el que tendrá la posibilidad de ejercer los atributos esenciales que la autoridad parental le confiere, y que no puede efectuarlos cotidianamente. Este derecho se basa en la obligación y el deber natural que tiene el progenitor de mantener contacto con sus hijos y en el derecho de éstos a relacionarse con sus padres; de esta forma se asegurará la persistencia de los vínculos afectivos entre ellos."ⁱⁱ

b) La bipartición entre patria potestad y guarda crianza y educación.

"Ha sido tradicional en algunos sistemas realizar una bipartición entre patria potestad y guarda crianza y educación, como si se tratara de una distinción entre nuda propiedad y usufructo. La verdad es que en la práctica poco se ha profundizado en el tema y se ha usado la expresión guarda crianza y educación como sinónimo de tenencia estable del menor (en contraposición de la tenencia periódica que podría tener el otro progenitor). Pero debe entenderse bien que los deberes de cuidar al menor (guarda) proporcionarle el alimento y los estímulos físicos (crianza) para su adecuado desarrollo y prepararle para la vida (educación), son poderes-deberes que no cesan para el cónyuge al que no se le otorga la guarda, crianza y educación, lo que revela que tal cónyuge



mantiene esos atributos, de modo general y en especial cuando tiene a su lado al menor. La mejor prueba de ellos es que el incumplimiento de estos deberes puede acarrear al progenitor consecuencias, tales como la suspensión de la patria potestad."ⁱⁱⁱ

2) LEGISLACION

a) Convención sobre los Derechos del Niño^{iv}

Artículo 3.-

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

b) Código de la Niñez y la Adolescencia^v

Artículo 5º- Interés superior. Toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años, deberá considerar su interés superior, el cual le garantiza el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura del pleno desarrollo personal.

La determinación del interés superior deberá considerar:

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



Artículo 29°- Derecho integral. El padre, la madre o la persona encargada están obligados a velar por el desarrollo físico, intelectual, moral, espiritual y social de sus hijos menores de dieciocho años.

Artículo 30°- Derecho a la vida familiar. Las personas menores de edad tendrán derecho a conocer a su padre y madre; asimismo, a crecer y desarrollarse a su lado y ser cuidadas por ellos. Tendrán derecho a permanecer en su hogar del cual no podrán ser expulsadas ni impedidas de regresar a él, salvo decisión judicial que así lo establezca.

c) Código de Familia^{vi}

ARTÍCULO 56.- Al declarar el divorcio, el Tribunal, tomando en cuenta el interés de los hijos menores y las aptitudes física y moral de los padres, determinará a cual de los cónyuges confía la guarda, crianza y educación de aquellos. Sin embargo, si ninguno de los progenitores está en capacidad de ejercerlas, los hijos se confiarán a una institución especializada o persona idónea, quienes asumirán las funciones de tutor.

El Tribunal adoptará, además, las medidas necesarias concernientes a las relaciones personales entre padres e hijos.

Cualquiera que sea la persona o institución a cuyo cargo queden los hijos, los padres quedan obligados a sufragar los gastos que demanden sus alimentos, conforme al artículo 35.

Lo resuelto conforme a las disposiciones de este artículo no constituyen cosa juzgada y el Tribunal podrá modificarlo de acuerdo con la conveniencia de los hijos o por un cambio de circunstancias.

3) JURISPRUDENCIA

"SEGUNDO: La patria potestad es definido como el conjunto de deberes y derechos que corresponde a los padres sobre las personas y bienes de los hijos para su protección y formación integral, desde la concepción, durante su minoridad y hasta su emancipación. Se distinguen como aspectos importantes a tomar en cuenta, para esta resolución, la titularidad y el ejercicio. La titularidad es la condición de destinatario de esos derechos y deberes que corresponden al sujeto que tiene autoridad parental sobre los hijos; es irrenunciable, intransferible, e indivisible, los titulares conjuntos -casos de padre y madre con esa autoridad-



gozan en principio en forma plena de esa condición de destinatarios. El ejercicio en cambio es la facultad de actuar concretamente en virtud de esos derechos, y a diferencia de la titularidad, puede corresponder por separado a uno o al otro, o bien a ambos progenitores, de acuerdo a las circunstancias o a la conveniencia de los menores. El ejercicio se traduce en la ejecución de atributos derivados de la autoridad parental como la guarda, crianza y educación, entre otros. La pretensión deducida en este abreviado es solamente el otorgamiento de la guarda crianza y educación, es decir para decidir un conflicto sobre un derecho *derivado* de la patria potestad. Ante esta clase de conflictos, el derecho aplicable se extiende a una amplia gama de disposiciones de todo rango: normas constitucionales, instrumentos de derecho internacional ratificados por nuestro país como la Convención de los Derechos del Niño, el Código de la Niñez y la Adolescencia, el Código de Familia, la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, entre muchos otros, los cuales consagran y desarrollan el nuevo concepto o paradigma del interés superior del niño. Dentro de esta nueva concepción, los derechos subjetivos de los niños son verdaderos derechos de obligatorio acatamiento, y en virtud de ellos el operador jurídico, en este caso el juez, tiene amplias facultades para decidir en atención a aquellos derechos. La experiencia y los estudios hechos en este campo, enfatizan lo perjudicial para la salud síquica de los niños, alternar los hogares en los cuales deben estar y recibir la parte medular de su formación, y por eso recomiendan que caso de disfunción de la pareja, se fije uno de los domicilios de ellos para que permanezcan los hijos menores, sin perjuicio de la interrelación que han de tener con el otro progenitor. Una decisión sobre el otorgamiento de la custodia de un menor al padre o a la madre, para el ejercicio de los atributos de guarda y crianza derivados de la patria potestad, encierra un análisis cuidadoso y un estudio previo; no debe ser una decisión ligera ni únicamente de naturaleza legal, sino con intervención de aspectos medulares que es sabido inciden positiva o negativamente en el desarrollo de la personalidad de un sujeto en proceso de crecimiento y de formación, y por esa razón la nueva doctrina de la protección integral domina el espectro socio-jurídico de los derechos de menores, con la asunción de dispositivos para asegurar a la niñez el cumplimiento de sus derechos (véanse el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y los arts. 5, 23 y siguientes del Código de la Niñez y la Adolescencia)"^{vii}



"TERCERO: El ejercicio de la patria potestad, se reduce a la facultad de actuar en relación a los derechos de la misma, específicamente en los atributos derivados como la guarda, crianza y educación, entre otros. La pretensión deducida en este proceso es el otorgamiento de la guarda crianza y educación al padre. Ante esta clase de conflictos, el derecho aplicable se extiende a una amplia gama de disposiciones de todo rango: normas constitucionales, instrumentos de derecho internacional ratificados por nuestro país como la Convención de los Derechos del Niño, el Código de la Niñez y la Adolescencia, el Código de Familia, la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, entre muchos otros, los cuales consagran y desarrollan el nuevo concepto o paradigma del **interés superior del niño**. Dentro de esta nueva concepción, los derechos subjetivos de los niños son verdaderos derechos de obligatorio acatamiento, y en virtud de ellos el operador jurídico, en este caso el juez, tiene amplias facultades para decidir en atención a aquellos derechos. Una decisión sobre el otorgamiento de la custodia de un menor al padre o a la madre, para el ejercicio de los atributos de guarda y crianza derivados de la patria potestad, encierra un análisis cuidadoso y un estudio previo; no debe ser una decisión ligera ni únicamente de naturaleza legal, sino con intervención de aspectos medulares que es sabido inciden positiva o negativamente en el desarrollo de la personalidad de un sujeto en proceso de crecimiento y de formación, y por esa razón la nueva **doctrina de la protección integral** domina el espectro socio-jurídico de los derechos de menores, con la asunción de dispositivos para asegurar a la niñez el cumplimiento de sus derechos (véanse el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y los arts. 5, 23 y siguientes del Código de la Niñez y la Adolescencia)."^{viii}

"TERCERO: Nuestra normativa en materia de Derecho de Familia, incluidos claro está los Instrumentos Internacionales ratificados por nuestro país, señalan que la madre es quien debe asumir la custodia de los hijos pequeños, salvo casos de excepción, refiriéndose básicamente a situaciones de riesgo para el menor. En consecuencia para acceder a una medida de protección contraria a lo antes expuesto, es necesario contar con prueba clara tendente a constatar que la madre no es idónea para asumir tal custodia. No obstante, en los autos existe prueba contradictoria a nivel técnico relativa a la idoneidad de doña Sugey María para hacerse cargo de la custodia de su menor hijo D. Este Tribunal conoció del proceso de Violencia Doméstica operado entre las partes, lo que sin duda deja ver el serio conflicto que existe entre las partes, tratándose



sobre todo de un problema focalizado en cuál de los progenitores debe asumir la custodia del menor D. En concreto, del material que hasta el momento consta en autos no es posible concluir por parte de esta integración del Tribunal que el niño D. corre algún peligro al vivir al lado de su madre. Así las cosas no se debe dictar una medida cautelar contraria a nuestra normativa, razón por la cual se debe revocar la dictada en primera instancia en cuanto otorga la custodia provisional del menor D. a su señor padre. En consecuencia la custodia del niño D. continúa a cargo de su madre Sugey María León Vega."^{ix}

"Es por ello, que habiéndoseles oído, y pese a haber externado su deseo de vivir con el padre, el interés superior del niño, tutelado tanto en nuestro Código de Familia, por ejemplo en el numeral 151 en cuanto a que, "El padre y la madre ejercen, con iguales derechos y deberes, la autoridad parental sobre los hijos habidos en el matrimonio. En caso de conflicto, a petición de cualquiera de ellos, el tribunal decidirá oportunamente, aún sin las formalidades del proceso, y sin necesidad de que las partes acudan con un profesional de derecho. **El tribunal deberá resolver tomando en cuenta el interés del menor.**" (**negrita y subrayado no es del original**)", así como en los diferentes instrumentos internacionales, como la Convención del Niño, ratificada por nuestro país en 1990 e implementada luego en nuestra legislación por el Código de Niñez y Adolescencia de tal manera, que, se concluye, que el principio imperante en nuestra legislación familiar es el interés superior del niño y su aplicación conceptual en este tipo de conflictos, de ahí que no existiendo una sola causa para suspender a la madre de su ejercicio de guarda, crianza y educación de los hijos, procede confirmar en todos sus extremos, el fallo impugnado."^x

II.- La progenitora demandada, a través de su representante, aduce que fue despojada (sic) de la custodia de su menor hija, dada la actuación del padre al no cumplir con lo ordenado en sede judicial. Igualmente alega que en lo manifestado por Ase observa que ha sido objeto de manipulación y que debería sancionarse al actor por tales conductas. Finalmente estima que al menos debería ampliarse el horario de interrelación entre madre e hija.

III.- La doctrina que informa el moderno Derecho de Niñez y Adolescencia, sostiene como eje fundamental para la aplicación de sus principios, la prevalencia del interés superior de las personas menores de edad y como expresa garantía, el derecho de opinión que debe ser tomado en cuenta en todos los procesos en que estén



involucrados (as) los y las niñas y los y las adolescentes. Así, no se trata solamente de cumplir con el trámite previsto en la legislación y llamarlos para una entrevista, sino que, cada una de sus manifestaciones, ha de ser objeto de análisis para la toma de la decisión por parte del juzgador(a) y motivo de reflexión para los adultos(as), en particular para los progenitores, toda vez que las expresiones verbales y no verbales de estos niños (as) y adolescentes, usualmente llevan implícito el mensaje contundente que impone un cambio de actitud por parte de papá y mamá y ante todo el grito de auxilio para que aprendan a comunicarse dejando de lado las diferencias como pareja y entendiendo de una vez por todas que los hijos deben estar fuera de estos conflictos y ello solamente se puede intentar que mejore, a través de una efectiva comunicación, por lo que deviene en obligación de los adultos, asumir esta posición responsable en aras de la estabilidad física y emocional de las personas menores de edad.

IV.- Atendiendo lo señalado, no es dable admitir el argumento de la madre, pues aunque es común considerar la posible manipulación de los y las hijas, lo cierto es que, el tiempo no transcurre en vano y no es por casualidad que A. hoy día exprese su deseo claro de permanecer al lado de su padre, pues ello desde el primer momento, contrario a lo esperado, ya era motivo de incerteza, si se mantenía con su padre o con su madre... de modo que dicha decisión la condicionan a las resultas de un estudio técnico, olvidándose lo elemental que resulta considerar los afectos que crea la niña al permanecer con personas que la brindan afecto y protección, frente a la madre que solamente la visita unas horas por **semana**.

V.- Lo que le está ocurriendo a la señora Vílchez Mora, refleja al menos parcialmente una conducta en la que a veces se incursiona, a la espera de que todo se arregle armoniosamente, pero el alejamiento con su hija se ha dado, forzado o no, con lucha o sin lucha por parte de la madre, lo cierto es que el tiempo no ha transcurrido en vano y hoy día la niña refleja sentirse tranquila al lado de su progenitor y así quiere permanecer, lo que debe respetarse, pues de otro modo no tendría sentido escucharla. Será el tiempo y las posiciones de ambos progenitores, lo que permita que en el futuro, A. manifieste algún criterio diferente y ello amerite modificar lo resuelto y aumentar el tiempo de interrelación, siendo que por ahora se impone confirmar la resolución en lo que es objeto de alzada."^{xi}

“En la declaración de las niñas no se expone ningún elemento que nos permita concluir que la madre haya abusado de su rol materno o que haya sido descuidada con sus hijas. Si bien es cierto las



menores manifiestan querer vivir al lado del padre, debe tenerse presente que las personas menores de edad tienen derecho a expresar su voluntad pero ello no significa de manera alguna que tal manifestación de voluntad sea vinculante, pues de ser así qué sentido tendría la institución de la PATRIA POTESTAD. Por otro lado debemos dejar claro que el INTERÈS SUPERIOR DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD no siempre coincide con la VOLUNTAD DE TALES PERSONAS. En realidad las personas menores de edad, sobre todo cuando son de tan corta edad como las niñas S. y V, son sumamente manipulables y vulnerables. En todo caso es al juzgador a quien corresponde en casos como el que nos ocupa determinar cuál es el INTERÈS SUPERIOR de las menores. En todo caso existe prueba en autos que permite observar que la demandada ha sido una madre responsable y preocupada por el bienestar de sus menores hijas. Así las cosas se confirma la medida dictada en forma provisional sin perjuicio que en la sentencia de fondo, cuando se cuente con mayores elementos probatorios, se pueda variar la medida cautelar. Con relación al régimen de visitas provisional fijado al padre de las menores, por ahora nos parece apropiado, pues el mismo permite que cada uno de los progenitores pueda compartir un fin de semana alterno con sus hijas"^{xi}

FUENTES CONSULTADAS

-
- ⁱ ZANNONI, (Eduardo). Derecho de Familia. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea. Tomo II. 1981. Pág. 141-142. (Localización Biblioteca de Derecho Universidad de Costa Rica. Signatura 346.2 Z32d)
- ⁱⁱ BOZA UMAÑA, (María del Rocío), FLORES STOVIK, (Jennifer) y otra. La Guarda, crianza y educación compartida después de la ruptura conyugal: Su posible aplicación en el ordenamiento jurídico costarricense. Seminario de Graduación para optar al título de Licenciadas en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. Mayo 1995. Pág. 318-319. (Localización Biblioteca de Derecho Universidad de Costa Rica. Signatura Tesis 2813)
- ⁱⁱⁱ PEREZ VARGAS, (Víctor). El contenido de la Patria Potestad. En Revista Judicial. San José, Costa Rica. Número 30, Año IX, Septiembre de 1984. Pág. 129. (Localización Biblioteca de Derecho Universidad de Costa Rica. Signatura R340)
- ^{iv} CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Ley 7184 del dieciocho de julio de mil novecientos noventa.
- ^v CODIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA. Ley 7739 del seis de enero de mil novecientos noventa y ocho.
- ^{vi} CODIGO DE FAMILIA. Ley 5476 del veintiuno de diciembre de mil



- novecientos setenta y tres.
- vii TRIBUNAL DE FAMILIA. Resolución 554 de las diez horas treinta y cinco minutos del once de mayo de dos mil cinco.
 - viii TRIBUNAL DE FAMILIA. Resolución 697 de las catorce horas treinta minutos del veintiocho de abril de dos mil cuatro.
 - ix TRIBUNAL DE FAMILIA. Resolución 1607 de las nueve horas diez minutos del veintiuno de octubre de dos mil cinco.
 - x TRIBUNAL DE FAMILIA. Resolución 1535 de las nueve horas diez minutos del once de octubre de dos mil cinco.
 - xi TRIBUNAL DE FAMILIA. Resolución 1214 de las ocho horas cuarenta minutos del dieciocho de agosto de dos mil cinco.
 - xii TRIBUNAL DE FAMILIA. Resolución 799 de las nueve horas del veintiocho de junio de dos mil cinco.

AVISO LEGAL

El Centro de Información Jurídica en Línea es un centro de carácter académico con fines didácticos, dentro del marco normativo de los usos honrados realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley de Derechos de Autor y Conexos número 6683, reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos, acuerdos municipales, reglamentos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley de Derechos de Autor y Conexos número 6683. Elabora compendios de obras literarias o de artículos de revistas científicas o técnicos con fines didácticos dentro de los límites estipulados en el artículo 58 de la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual número 8039.