

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

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: LA PATRIA POTESTAD TERMINO Y SUSPENSIÓN

RESUMEN: En el presente hay doctrina sobre la Patria Potestad y sobre la intervención que hace el PANI en los procesos de patria potestad, en los cuales mediante un proceso judicial se decide que cónyuge debe tener la patria potestad de sus hijos y sobre todo la guarda crianza y educación de los mismos, se adjunta el artículo 159 del Código de Familia que expone los supuestos de modificación de la Patria Potestad y se adjunta variada jurisprudencia sobre el tema tratado.

ÍNDICE DE CONTENIDO

1 DOCTRINA.....	3
EL CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD.....	3
I. Presentación.....	3
II. Concepto. Etimología.....	3
III. La patria potestad como conjunto de potestades.....	4
Evolución.....	5
IV. El contenido de la patria potestad y la llamada "guarda, crianza y educación".....	6
V. Observaciones críticas conclusivas.....	11

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

LA INTERVENCIÓN DEL PATRONATO EN LOS CONFLICTOS DE PATRIA POTESTAD.	13
2 NORMATIVA.....	18
ARTICULO 159.-.....	18
3 JURISPRUDENCIA.....	19
a) Suspensión y modificación de la autoridad parental: Falta de atención a los niños por parte de la madre y ausencia del país por motivo de trabajo no constituyen hechos con la gravedad mínima necesaria para su declaratoria.....	19
b) Autoridad parental: Concepto y contenido.....	22
c) Suspensión y modificación de la autoridad parental: Improcedencia por la aplicación de la doctrina de protección integral.....	23
d) Suspensión y modificación de la autoridad parental: Deber del juez de resolver modificación en atención a la doctrina de la protección integral y al interés superior del niño.....	25
e) Autoridad parental: Contenido y alcances.....	29
Análisis sobre el otorgamiento en forma compartida por ambos padres	29
f) Autoridad parental: Concepto y alcances de la titularidad y el ejercicio en relación con las causas de modificación, suspensión o terminación.....	32
g) Presupuestos: Suspensión y modificación de la autoridad parental.	33
h) Suspensión y modificación de la autoridad parental: Imposibilidad de decretarla en contra de la madre por existir violencia doméstica de por medio e intromisión que impide ejercer el rol.....	36
i) Depósito de menores: Otorgamiento a favor de la madre en aplicación del interés superior del niño y tomando en cuenta la opinión del adolescente.....	40
4 FUENTES CITADAS.....	43

1 DOCTRINA

EL CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD

[Dr. Pérez Vargas]ⁱ

I. Presentación.

Me corresponde hacer referencia a las consecuencias jurídicas que emanan de los diversos supuestos que genera el vínculo de filiación (matrimonio, maternidad, reconocimiento, investigación de paternidad, adopción) y que se han resumido en la expresión patria potestad, junto a la cual se dan otros efectos (por ejemplo de orden sucesorio, o casos de falta de legitimación activa por parentesco para ciertos negocios).

Por razones de tiempo limitaremos la exposición al tema de la patria potestad.

II. Concepto. Etimología.

Comencemos por aclarar el sentido de la expresión:

Algunas codificaciones recientes han sustituido total o parcialmente la expresión "patria potestad" por la de "autoridad parental", considerando que "patria" es un adjetivo latino que significa "del padre". Para otros, la cuestión terminológica carece de importancia. El profesor Pino, de la Universidad de Roma, por ejemplo, afirma que "patria" puede también tener el sentido de "parental" y en la práctica nunca se ha visto obstáculo por este motivo para que la madre sea copartícipe de esta situación jurídica, no es un problema de denominación.

III. La patria potestad como conjunto de potestades.

Dentro de la teoría de las situaciones jurídicas se incluyen diversas formas de efectos jurídicos: derechos subjetivos (absolutos y relativos), obligaciones, poderes, deberes, potestades, cargas, intereses legítimos, expectativas y meras facultades. Así como el derecho de propiedad, en su forma tradicional, ha sido considerado más bien como un haz de derechos (construir, destruir, transformar, enajenar, arrendar, disfrutar, etc.) también la patria potestad debe verse como un conjunto de situaciones jurídicas, no ya derechos sino "potestades". Lo expuesto nos lleva a una primera conceptualización: La patria potestad es realmente "un conjunto de potestades". (Cuidar, alimentar, educar, administrar, responder civilmente, etc.).

La potestad, dentro de la teoría de las situaciones jurídicas, se puede considerar como una forma de eficacia mixta, en la que se dan valoraciones de posibilidad y de necesidad al mismo tiempo. Al igual que la potestad tributaria, por ejemplo, que se puede ejercitar por parte del Estado, pero que, al mismo tiempo debe ejercitarse por los funcionarios competentes, la patria potestad implica esta dualidad: se trata de conductas que se pueden realizar, pero que al mismo tiempo se deben realizar. Los padres pueden cuidar y educar a sus hijos, pero al mismo tiempo, deben hacerlo.

El aspecto de posibilidad resulta claro en todos aquellos casos en que se pretende impedir sin justificación que alguno de los progenitores ejercite sus atributos. Por ejemplo, cuando se trata de obstaculizar que alguno de los padres eduque a su hijo, éste puede obtener la eliminación del obstáculo. Otro ejemplo: en general se afirma el derecho de todo progenitor de ver a sus hijos; si tal derecho es obstaculizado, ese progenitor puede obtener judicialmente la posibilidad de ejercitar este poder, mediante lo que en nuestro medio, con expresión poco feliz, se ha denominado "derecho de visita". Poco feliz, pues no se trata realmente de un derecho y tampoco se trata de visitas carentes de ejercicio de los atributos dichos, sino que precisamente se trata de tiempo de ejercicio efectivo de éstos: el padre o la madre, durante los mal llamados días de

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

visita debe proteger al menor, velar por su integridad física y psíquica actual (guarda) y futura (educación) e igualmente satisfacer los requerimientos vitales (crianza). Las más recientes tendencias legislativas, doctrinales y jurisprudenciales así lo han establecido.

El carácter "debido" de la patria potestad también tiene múltiples reflejos prácticos. El incumplimiento de los deberes de cuidar y educar al menor puede ser sancionado con modificaciones de la autoridad parental en los casos legal-mente previstos. Ello, porque, en cuanto potestad, o conjunto de potestades, debe ser ejercitada en función de un valor prioritario, que en este caso es el "interés del menor".

Evolución.

Dentro del sistema jurídico latinoamericano la institución tiene claros orígenes en el Derecho Romano, donde evolucionó desde un poder despótico sobre los hijos (que comprendía incluso el derecho de venderlos, de abandonarlos y el derecho sobre su vida), hasta pasar a convertirse en una autoridad tuitiva, destinada a beneficiar con su protección a los sometidos a ella.

Modernamente el menor ha sido colocado como sujeto preferente de Derecho, lo que implica que en caso de conflicto debe prevalecer su interés sobre cualquier otro. La patria potestad ha dejado de ser un derecho de los padres, para convertirse en un instrumento de satisfacción de los intereses de los hijos.

En Costa Rica se considera la patria potestad como una situación jurídica mixta, que comprende valoraciones jurídicas de posibilidad y de necesidad en función del interés del menor. Debe recordarse que en esta materia, adelantándose en muchos aspectos a la Ley, la Jurisprudencia nacional había ya establecido una serie de principios que desarrollaban estas ideas. El interés prioritario del menor ha llevado inclusive a derogar los principios de la cosa juzgada: todo lo que el Tribunal resuelva sobre

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

patria potestad, no alcanza la condición de cosa juzgada, en consecuencia, carece del Recurso de Casación. En el Derecho de Familia cambia este precepto procesal y tiene prelación la conveniencia de los menores. El Juez puede cambiar lo resuelto cuando las circunstancias así, lo aconsejen o demanden.

IV. El contenido de la patria potestad y la llamada "guarda, crianza y educación".

El contenido de la autoridad parental puede ser analizado desde tres ángulos visuales interrelacionados: poderes y deberes con relación a la persona del menor, poderes y deberes con relación a los bienes del menor y facultades de representación. El primer grupo de situaciones jurídicas se refiere al respeto y consideración que el padre y la madre deben a la persona del menor (así como éste debe respeto y consideración a sus padres), al cuidado del menor, a la atención de sus necesidades fundamentales y a su preparación para el porvenir (educación). Ejemplo del segundo grupo es la existencia de facultades de administración, pero no de disposición, salvo mediante autorización judicial en caso de "necesidad" o "provecho evidente" para el menor. Las facultades de representación tienen los caracteres de "legales" (y no meramente voluntarias) y "necesarias" (en cuanto irrenunciables y vitales para el menor). Ellas se agregan a los otros poderes-deberes de la autoridad parental para su mejor realización, por lo que tienen carácter instrumental.

En lo que se refiere a la patria potestad sobre los hijos de matrimonio, el Código de Familia establece la tendencia! equiparación de los cónyuges, con una excepción de aplicación provisional, que es un legado de la antigua concepción autoritaria de la familia. El padre y la madre ejercen –dice el art. 138– con iguales derechos y deberes la patria potestad sobre los hijos habidos en el matrimonio. En caso de conflicto predominará lo que decida el padre, mientras el Tribunal no resuelva cosa

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

distinta en procedimiento sumario, tomando en cuenta el interés del menor.

En tema de filiación extramatrimonial la regla es que la patria potestad la ejerce la madre, pero que el tribunal puede en casos especiales, a juicio suyo, a petición de parte o del Patronato Nacional de la Infancia y atendiendo exclusivamente al interés de los menores conferir la patria potestad al padre conjuntamente con la madre.

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

La verdad es que guarda, crianza y educación constituyen el contenido esencial e inseparable de la patria potestad. En expresión del profesor Hinestrosa *"El calor y aliento de los progenitores proyectado sobre la propia descendencia y la necesidad que ésta tiene de ellos es un valor insuprimible"*.

Si realmente se atribuyera la guarda, crianza y educación a uno sólo de los progenitores, la patria potestad resultaría casi hueca. Si los progenitores no tienen el deber y el poder de cuidar a sus hijos cuando los tienen consigo, si no deben velar por su crianza y si no deben ni pueden proporcionarles los estímulos necesarios para contribuir en la educación, con ello se les estaría negando el efectivo ejercicio de su

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

misión de progenitores.

Tradicionalmente, bajo la influencia de la vieja legislación se ha venido atribuyendo la guarda, crianza y educación a uno sólo de los cónyuges en casos de separación, divorcio o anulación del matrimonio. Es evidentemente cierto que el menor no puede convivir con ambos al mismo tiempo, pero ello no es inconveniente para que se otorguen estos atributos fundamentales en forma estable a uno y en forma general al otro y especial cuando tenga periódicamente bajo su cuidado al menor. Esta solución se encuentra avalada por recientes tendencias (de los últimos diez años) en los planos legislativos, doctrinal y jurisprudencial.

El tiempo que comparte cada uno de los progenitores separados con el menor es tiempo en que estos deben velar por él. Admitir lo contrario sería decir que los progenitores, o uno de ellos, no son guardadores en tales momentos y en consecuencia no deben velar por la integridad del menor, ni tener todos los cuidados que éste requiere, lo cual es absurdo, como igualmente absurdo sería decir que el padre al que no se le ha otorgado la llamada "guarda" no es responsable por los daños causados por sus hijos.

Si bien en diversa proporción de tiempo, la crianza puede mantenerse compartida en tales supuestos. Los mal llamados días de visita son días en que el progenitor que tenga a su cuidado el menor, debe velar por su alimentación y bienestar físico y psíquico (crianza).

Negar el poder-deber de guarda y crianza de ambos progenitores en estos casos sería desproteger al menor, exonerando sin justificación a uno de los progenitores del deber de velar por él.

Lo mismo vale para la educación, el atributo fundamental de la patria potestad conforme al cual los dos progenitores, en plano de igualdad constitucional, deben procurar el más adecuado desarrollo integral del menor, debe ser compartido, siempre que sea posible hacer una sana distribución del tiempo asignado a cada uno de los progenitores.

Es de naturaleza que ambos padres tengan el derecho de educar a sus hijos

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

y es igualmente natural que los hijos tengan el derecho a ser educados por sus padres. Eliminar este atributo de la patria potestad, sin mayor justificación, es ir contra la naturaleza. Gastan sostiene que el derecho de los padres de educar a sus hijos es de derecho natural. "Básase al igual que la patria potestad en la misma naturaleza, que atribuyó a los progenitores la misión de formar a los hijos que procrean. Pero este deber es al mismo tiempo un derecho".

Negar estos atributos fundamentales de la autoridad parental es reducir la paternidad y las consecuencias de la filiación a lo biológico y a lo formal. Negar esto es quitarle a la autoridad parental sus manifestaciones más efectivas y relevantes en interés del menor, precisamente el derecho del menor a recibir aliento, estímulo y alimento espiritual de sus padres.

En este sentido considero errada la trayectoria jurisprudencial que exime a uno de los progenitores (en caso de separación, divorcio o anulación) de los deberes de guarda, crianza y educación. Se trata de deberes que, como lo ha advertido la más reciente evolución de la materia pueden y deben compartirse y esto es lo más beneficioso para el menor. Si se quitan de la autoridad parental los atributos funcionales directos de guarda, crianza y educación, lo único que queda es un poder formal, el poder de representación, de administración de bienes, de dar o no el asentimiento para el matrimonio del menor y de vender bienes bajo diligencias de utilidad y necesidad.

Como resulta claro, con base en el análisis de las necesidades de la etapa llamada evolutiva, no son precisamente estos últimos los atributos de la patria potestad, tutelados en beneficio directo del menor. Como ha dicho algún autor: "Un menor puede subsistir sin representación, pero no sin el alimento físico y espiritual".

Salvo motivos graves, no hay justificación alguna para que se recorten y repartan los atributos de la autoridad parental.

Ya algunos Ordenamientos han incorporado expresamente la posibilidad de que guarda, crianza y educación se mantengan compartidos, por supuesto con una adecuada regulación de las relaciones, en particular en cuanto al

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

tiempo de tenencia del menor. La nueva Ley Colombiana de 19 de enero de 1976, permite que en caso de divorcio o separación el Juez pueda poner al o los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de uno y otro, según lo crea más conveniente para su protección.

Del mismo modo, la doctrina más reciente ha expresado (PINO, 1977): "La escisión entre titularidad y ejercicio no es una consecuencia necesaria de la cesación de la convivencia de los cónyuges. En efecto, el ejercicio puede corresponder en común a ambos después de la separación".

Las conclusiones anteriores tienen fundamento en la moderna psicología evolutiva del menor.

El profesor Emilio Mira y López, en su obra *Psicología Evolutiva del Niño y del Adolescente*, afirma:

"Para evitar desequilibrios afectivos el mejor medio consiste en alternar o integrar (distribuir o aglutinar) la responsabilidad educativa entre los miembros de la familia que tenga aptitud para ejercerla".

El menor puede recibir mejor atención a sus necesidades si el padre y la madre (ambos) velan por su bienestar físico y espiritual actual (guarda y crianza) y también por su bienestar físico y espiritual futuro (educación), aunque sea en diversa proporción de tiempo según las necesidades propias de cada edad. Este es un principio que no debe depender de eventuales culpabilidades de los progenitores. Se trata de un derecho autónomo del menor, algo tan de sentido común como el derecho del menor a que sus dos padres le cuiden y eduquen conjuntamente (en los casos de convivencia de los progenitores) o complementariamente (en caso de separación), principio que se encuentra positivizado en las más importantes Declaraciones de Derechos del Niño e inclusive en nuestra Ley General de Salud que expresa: *"Todo niño tiene derecho a que sus padres velen por su salud y por su desarrollo físico y psicológico normal"*.

Es preciso por lo expuesto pasar a una visión que encuadre al menor en su auténtica dimensión de persona. En expresión de Stanzione (1981) finalidad primaria debe ser la de *"asegurar el pleno desarrollo de la*

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

personalidad del menor. Tal visión exige el abandono de la expresión derecho de visita".

Haya separación o convivencia entre los progenitores, ambos pueden y deben, en interés del menor (en forma complementaria o conjunta), salvo motivos gravísimos, cuidar y educar a los hijos, porque ello responde a necesidades vitales de los menores de recibir protección, cariño, atención, alimentación física y espiritual, tiempo compartido, guía, formación e información de sus dos progenitores, precisamente porque las figuras paterna y materna cumplen funciones complementarias dirigidas a propiciar el adecuado desarrollo integral del menor y su adecuada integración social.

La jurisprudencia nacional más reciente ha admitido estas ideas y ha sostenido que la autoridad parental confiere los derechos de educar, guardar, vigilar y en forma moderada corregir al hijo.

Se trata de atributos que son derivación de la patria potestad. Se ha afirmado que el ejercicio conjunto de los mencionados atributos, en caso de separación, es posible y no es sólo consecuencia de la regulación de las relaciones personales, sino también de la patria potestad. Con este fallo se supera en nuestro Ordenamiento la concepción tradicional del mal llamado "derecho de visita" y se atiende a las necesidades, exigencias, requerimientos e intereses reales de los menores. (Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, No. 707 de 1983).

V. Observaciones críticas conclusivas.

Si observamos el proceso de evolución del Derecho de Familia, fácilmente podremos percatarnos de que Costa Rica, en muchas instituciones, se adelantó a veces hasta cien años a legislaciones de países desarrollados, inclusive a las cunas de nuestro Derecho Privado (principales países europeos). En materia de filiación y paternidad es notable la evolución en particular en los últimos 35 años y podemos, con certeza, afirmar, que nuestro país, en muchos aspectos se encuentra a la cabeza del movimiento

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

mundial de reforma del Derecho de Familia. Durante veinticinco años nuestros jueces se encargaron de ir dando contenido real a los principios constitucionales a pesar de las lagunas positivas y hoy, gracias en gran parte a esta elaboración jurisprudencial, tenemos uno de los Códigos más modernos del mundo.

Sin embargo podemos observar algunas imprecisiones positivas que eventualmente pueden obstaculizar la realización de los nuevos principios.

Con relación al contenido de la patria potestad hay diversos textos legales que requieren de una revisión; me limito a citar algunos ejemplos:

Por un lado, el artículo 4 habla de igualdad de derechos y obligaciones. Hay aquí una imperfección técnica, debió hablarse de igualdad de situaciones jurídicas pues los derechos y las obligaciones son solamente dos formas de situaciones jurídicas, pero hay otras frente a las cuales se presenta la misma exigencia de igualdad. Las valoraciones jurídicas no se agotan en los derechos y las obligaciones.

Con relación a las obligaciones de sostenimiento del hogar se establece que el marido es el principal obligado, pero que también la mujer con recursos propios está obligada solidariamente. La imperfección o contradicción en este artículo es clara: o uno es principal y el otro es subsidiario, o no hay ninguno principal y hay solidaridad. En la Ley anterior, el deber de la esposa era subsidiario; si ahora se habla de igualdad y solidaridad no podemos colocar a uno de los cónyuges como principal obligado, (art. 35).

El artículo 127 establece que en caso de opuesto interés entre padres e hijos éstos serán representados por un curador especial. La hipótesis del curador especial debería referirse también al caso de conflicto de intereses entre personas sujetas a una misma representación.

El artículo 138 ya citado establece que en caso de conflicto prevalece lo que diga el padre, mientras el tribunal no resuelva cosa diversa. Esta norma es contraria a la realidad, la verdad es que, en la práctica

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

prevalece la opinión de quien logre imponerla persuasivamente o de otra forma, mientras no haya intervención judicial. En todo caso puede considerarse como un resto de la concepción jerárquica de la familia.

Según el artículo 149 cuando quien tenga la patria potestad esté incapacitado para determinado negocio se nombra al menor un representante legal. Aquí está mal usada la expresión "incapacidad"; se trata más bien, de casos de falta de legitimación activa y de incompatibilidad. La capacidad de actuar se tiene o no se tiene; no admite excepciones por ser potencial y genérica.

El artículo 151 prescribe las necesidades que debe cubrir la prestación alimentaria. Quedan por fuera necesidades importantes para el menor, en particular, las recreativas.

Los anteriores son solamente algunos ejemplos de que todavía queda trecho por andar. Estas observaciones y muchas otras fueron incorporadas en el Proyecto de Ley de Reformas al Código de Familia, elaborado por el Comité Jurídico del Año Internacional del Niño y presentadas oportunamente a la Asamblea Legislativa. Lamentablemente en aquellos momentos el debate político legislativo daba más importancia a escándalos periodísticos que a los intereses de los menores. Este proyecto, que también incorporaba un nuevo capítulo al Código de Familia para regular el matrimonio de hecho, quedó en definitiva sin aprobarse.

Dichosamente, la Cátedra de Derecho de Familia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica ha reabierto el debate, un debate de enorme importancia para quienes nos ocupamos jurídicamente de la familia.

LA INTERVENCIÓN DEL PATRONATO EN LOS CONFLICTOS DE PATRIA POTESTAD

[SOLER AIRA]ⁱⁱ

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Cuando en el texto de dos leyes aparecen disposiciones que se contradicen, se debe primeramente buscar armonizarlas de manera que ambas puedan coexistir. Mas no siendo posible armonizar estas leyes en conflicto, por existir el antagonismo conocido como "antinomia", de tal suerte que sea indispensable tener por eliminada una de las normas en contradicción, habrá de seguirse los siguientes criterios:

- 1) El criterio jerárquico, según el cual la norma de grado superior prevalece sobre la de grado inferior.
- 2) El criterio temporal, según el cual la norma posterior deroga a la anterior; donde las normas anteriores incompatibles con normas posteriores deben considerarse derogadas.
- 3) El criterio de especialidad, en virtud del cual una norma especial deroga la norma general.

Al tenor del artículo 8 del Título Preliminar del Código Civil, "las leyes solo se derogan por otras posteriores y contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario. La derogatoria tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá también a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogatoria de una ley no recobran vigencia las que hubiere derogado". Este artículo, comprendido en el artículo 129 párrafo quinto de la Constitución introduce la figura de la derogación tácita que se produce cuando la nueva ley es incompatible con la anterior. Se da la derogación tácita cuando el legislador no ha manifestado de una manera expresa su voluntad derogatoria, y faltando tal declaración en la ley nueva, ésta contradiga a la ley anterior en todo o en parte, regulando la misma materia de modo distinto y aun contrapuesto. Pero es evidente que la derogación tácita opera solamente dentro de los límites de la incompatibilidad.

"La derogación tácita –dice Lacruz Berdejo– plantea a veces difíciles problemas de interpretación para determinar qué sea lo derogado en la ley antigua (lo incompatible con la nueva) y lo que sigue vigente. Habrá de apreciarse, no sólo el texto de la ley, sino también los principios que la inspiran y se deducen de ella, para estimar derogados los preceptos de

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

la norma anterior incompatibles con los principios de la ulterior".

Anterior a la promulgación del Código de Familia, el artículo 138 del Código Civil decía: "El padre y la madre ejercen, con iguales derechos, la patria potestad sobre los hijos habidos en el matrimonio. En caso de conflicto, predominará lo que decida el padre, mientras el Patronato Nacional de la Infancia o los Tribunales Comunes, tomando en cuenta el interés de dichos menores, no resuelva cosa distinta, provisional o definitivamente", (el subrayado es nuestro). La Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, N2 3286 de 1964, en su artículo 6 inciso d) dice: "Para cumplir con sus fines, el Patronato tiene las siguientes atribuciones: Disponer de manera provisional, y mientras los Tribunales no resuelvan sobre el particular, los conflictos de patria potestad, entre padre y madre". De la simple lectura de estos artículos se desprende que entre ellos no existe contradicción, pues claramente ambas normas regulan la misma materia y existe una entera compatibilidad y conciliación entre la voluntad y alcance de cada una en lo concerniente a que el Patronato Nacional de la Infancia podrá resolver los conflictos de patria potestad entre padre y madre.

En las observaciones hechas durante el Congreso Jurídico Nacional de 1970 al proyecto del Código de Familia, se recomendó el siguiente texto para el entonces artículo 120 del proyecto: "El padre y la madre ejercen, con iguales derechos, la patria potestad sobre los hijos habidos en el matrimonio. En caso de conflicto, predominará lo que decida el padre, mientras el tribunal, en procedimiento sumario, no resuelva cosa distinta, tomando en cuenta el interés del menor". El comentario que acompañó este texto fue el siguiente: "Se sustituye la referencia al Patronato Nacional de la Infancia por una mención al tribunal. Ello se hace estimando que el carácter puramente administrativo del Patronato, no le faculta ni permite considerarlo el organismo más indicado para decidir estos asuntos que tienen en verdad un carácter judicial. Ha de ser un organismo dedicado habitualmente a impartir justicia quien dirima cualquier conflicto de parentela".

Al respecto, en Sesión Extraordinaria de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, del 26 de junio de 1972, su Secretario, el diputado Leiva Runnebaum sostuvo la tesis opuesta y dijo:

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

"Yo creo que el Patronato es el más adecuado que un mismo juzgado. El Patronato pues es una institución que está constantemente conociendo esas materias especializadas y tiene tal vez mejor criterio para poder resolver una situación de este tipo, que no un tribunal que tiene un sinnúmero de asuntos por delante y que además estará muy limitado por cuestiones de tiempo para poderle dictar la especialización que requiere un caso de estos".

No obstante, en Sesión Extraordinaria del 19 de julio de 1972 la Comisión aprobó la moción del artículo 120 tal y como lo había recomendado el Colegio de Abogados, y mediante Ley N8 5476 del 21 de diciembre de 1973 fue promulgado el nuevo Código de Familia, con la variante que el artículo 120 del proyecto correspondería ahora al 138 del Código. Veamos, artículo 138: "El padre y la madre ejercen, con iguales derechos y deberes, la patria potestad sobre los hijos habidos en el matrimonio. En caso de conflicto, predominará lo que decida el padre, mientras el Tribunal, en procedimiento sumario, no resuelva cosa distinta, tomando en cuenta el interés del menor".

El propósito de invocar aquí los antecedentes legislativos del artículo 138 del Código de Familia, como criterio hermenéutico, tiene por objeto conocer la problemática a la que esta norma dio solución y el espíritu que en ese entonces la animó. Sencillamente, la intención del legislador con el artículo 138 fue la de excluir al Patronato Nacional de la Infancia de su intervención en los conflictos de patria potestad, para que esta figura fuera del exclusivo conocimiento de los Tribunales de Justicia. La derogación tácita exige que la incompatibilidad entre los fines de la norma nueva (artículo 138 del Código de Familia) y la anterior (artículo 6 inciso d, Ley Orgánica del PANI) sea absoluta, pues no basta que puedan conciliar sus disposiciones relativas al ente encargado de resolver los conflictos de patria potestad y, como hemos visto, de la recta interpretación del artículo 138 del Código de Familia –según el sentido propio de sus palabras como los antecedentes históricos y legislativos– ha sido posible advertir la voluntad terminante del legislador de sustituir del todo al Patronato Nacional de la Infancia de la regulación de la materia en los conflictos de patria potestad entre padre y madre.

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

La persistente antinomia entre los artículos 6 inciso d) de la Ley Orgánica del PANI y el artículo 138 del Código de Familia se resuelve recurriendo al criterio de la "temporalidad", según el cual la norma anterior (artículo 6 inciso d) incompatible con la misma materia regulada por la norma posterior (artículo 138) debe considerarse derogada.

También es dable pensar que si recurriéramos al criterio de la "especialidad" no habría tal derogatoria del artículo 6 inciso d) por efecto del posterior artículo 138, por estimarse que pese a que ambas leyes son especiales, y que la distinción entre normas generales y especiales es relativa –toda vez que una norma especial puede ser a su vez general respecto de otra especial– algunos podrían considerar que por ser el Código de Familia una ley que regula una más amplia esfera de relaciones con respecto a la Ley Orgánica del PANI –que por su naturaleza, estructura y organiza una institución autónoma, señalando sus fines, atribuciones y organización administrativa– tiene un relativo carácter general respecto a una mayor especialidad por parte de la Ley Orgánica del PANI, y por lo tanto, "la ley general no se presume que deroga la especial"; máxime que estamos tratando aquí de una derogación tácita.

Pero esto no es enteramente cierto, porque, asumiendo que aceptáramos sin mayor discusión que el Código de Familia es una ley general respecto de la Ley Orgánica del PANI, "las leyes generales no derogan las especiales, sino cuando de manera expresa así lo declaren, o cuando la intención de dejar sin efecto la especial, resulte con evidencia del objeto o del espíritu de la ley general que sea promulgada, (el subrayado es nuestro); y sobra repetir aquí las razones que impulsaron al legislador para excluir al PANI de su intervención en los conflictos de patria potestad. Sostener que por ser la Ley Orgánica del PANI norma especial sobre el Código de Familia –que a su vez es norma especial respecto al Código Civil– y que por ello la ley especial no puede ser derogada de manera tácita por la ley general, es jurídicamente inadmisibles.

En punto a la tipología de "Conflictos de Patria Potestad" que aparece en el Manual de Procedimientos Legales de la Dirección de Operaciones del PANI –documento que reúne el procedimiento a aplicar por todas las dependencias del PANI para cada tipología legal– es nuestro criterio que

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

el Patronato ya no tiene la potestad de disponer de manera provisional, y mientras los tribunales no resuelvan sobre el particular, los conflictos de patria potestad entre padre y madre que le otorgaba el artículo 6 inciso d) de su Ley Orgánica, ya que este inciso fue derogado tácitamente por el artículo 138 del Código de Familia (hace ya más de 14 años) al ser excluido el PANI de su redacción del texto original del Código Civil.

Cuando se está ante una situación de disputa entre los progenitores por el mejor derecho de guarda sobre sus hijos, pretendiéndolo uno con exclusión del otro, y no se está en presencia de un estado de abandono, el PANI no es competente para resolver ese conflicto, pues sólo es competente para resolver sobre la guarda de menores en los casos previstos en el inciso f) del artículo 6 de su Ley Orgánica. Por consiguiente, el PANI no puede dictar actos de alcance concreto que dispongan de manera temporal sobre la guarda de menores cuando media un conflicto de patria potestad entre los progenitores, por no atribuir ya su Ley Orgánica el ejercicio de esa potestad.

2 NORMATIVA

ARTICULO 159.-

[Código de Familia]ⁱⁱⁱ

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 152 (*), 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 dieran a sus hijos;
- 3) La negativa de los padres a dar alimentos a sus hijos, el 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

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

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. (Así modificada su numeración por el artículo 2 de ley No.7538 del 22 de agosto de 1995, que lo traspasó de 146 al 159)

(*) (Así modificada tácitamente su numeración por el indicado artículo 2 de la ley No.7538, que traspasó el artículo 139 al 152)

3 JURISPRUDENCIA

a) Suspensión y modificación de la autoridad parental: Falta de atención a los niños por parte de la madre y ausencia del país por motivo de trabajo no constituyen hechos con la gravedad mínima necesaria para su declaratoria

[Tribunal de Familia]^{iv}

Texto del extracto:

"SEGUNDO: En la parte del análisis de fondo y de fundamento de la sentencia, ha concluido el juzgador de primera instancia, a partir de los dictámenes periciales psicológicos realizados a los hijos e hija de las partes, a los progenitores, y del estudio pericial forense que consta en autos, así como de la prueba testimonial evacuada, que la conducta de la progenitora hacia sus hijos refleja una ausencia de la madre en el país durante el último año,

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

una falta de comunicación y apoyo con el personal docente de la institución donde estudiaban sus hijos, la falta de estudio y bajo rendimiento del hijo Alberto así como la ausencia de presentación de los deberes de los demás hijos, la desatención en la merienda o almuerzo de todos, que pusieron de manifiesto la problemática de la atención de los niños por parte de la madre en esos aspectos, no obstante ni esta conducta ni el viaje a la India por motivos de trabajo de doña Fiorella permiten determinar ni establecer un abandono de sus hijos, ni tampoco que ella sea una madre agresora; que ante la pérdida de la custodia de sus hijos su reacción no fuera la más conveniente, pero el desarrollo de los acontecimientos probablemente generaron en ella ciertos rasgos de personalidad compulsiva que por demás sin que sea justificante, es entendible; además el contrato firmado por doña Fiorella y don Juan Carlos, cuando ella decide viajar, le dio la confianza necesaria de que entre ella y su ex esposo existía un convenio claro sobre las responsabilidades en cuanto a la atención de los hijos, que probablemente le dio confianza para continuar con sus proyectos laborales. El actor Juan Carlos Barahona Martínez ha presentado recurso de apelación de la sentencia dictada, argumentando que la conducta de la madre sí es constitutiva de abandono y por ello se hace acreedora de la suspensión de la autoridad parental sobre sus hijos, la señora Fiorella Andrade Valverde se ha adherido a la apelación del actor, solicitando se condene a éste último al pago de las costas del proceso por haber instaurado la demanda con evidente mala fe. TERCERO: 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 aquéllos derechos y deberes que corresponden al sujeto que tiene autoridad parental sobre los hijos; es

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

irrenunciable e indivisible, los titulares conjuntos -casos de padre y madre con esa autoridad- no tienen "partes" de este derecho, de ahí su indivisibilidad. El ejercicio en cambio es la facultad de actuar concretamente en virtud de esos derechos ejerciendo los atributos derivados, y a diferencia de la titularidad, el ejercicio si puede corresponder por separado a uno, al otro, o a ambos, todo 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. También puede terminarse la patria potestad, según el numeral 158 del Código de Familia de pleno derecho en algunos supuestos (mayoría o matrimonio de los hijos, por ejemplo), por causas ex lege con declaratoria judicial (delitos contra los hijos, ponerlos en evidente riesgo o peligro graves), o suspenderse su ejercicio por las causas previstas en el numeral 159 ibídem. La pretensión deducida en este abreviado ha sido la declaratoria de suspensión de la patria potestad de la madre, o en su defecto la modificación del fallo de divorcio entre los padres para que la guarda crianza y educación de los hijos corresponda exclusivamente 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 que consagra el conocido interés superior 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 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 la suspensión o la pérdida de la patria potestad, o 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

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

análisis cuidadoso y un estudio previo; no debe ser una decisión ligera, sino con la valoración 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). CUARTO: Bajo dichas premisas, este Tribunal hace suyos los razonamientos expuestos en la parte de fondo de la sentencia apelada. No existe en el expediente el registro de hechos cometidos por la madre, de la gravedad mínima necesaria como para suspenderla en el ejercicio de la patria potestad. Ciertamente este núcleo familiar se ha visto envuelto en una problemática que desdichadamente ha influido en las relaciones entre sus miembros, y más que todo en el desarrollo de la personalidad de los hijos, pero ese fenómeno se presenta en prácticamente todos los casos de rompimiento conyugal y separación de los hijos del contacto permanente con el padre y la madre. En este caso, como ha quedado expuesto, no se han producido hechos constitutivos de conductas merecedoras de un reproche mayor como para acoger la pretensión principal y por esa razón se confirma la sentencia recurrida, que hace un adecuado análisis de los elementos reunidos en la investigación."

b) Autoridad parental: Concepto y contenido

[Tribunal de Familia]^v

Texto del extracto:

“III.- Lasarte indica que la patria potestad es el “...conjunto de deberes, atribuciones y derechos que los progenitores ostentan respecto de los hijos que, por ser menores de edad, se encuentran en forma natural bajo la guarda, protección y custodia de sus padres...” (Lasarte , Carlos. Principios de Derecho Civil. Tomo Sexto: Derecho de Familia . Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales 2002, pag 367). En una definición más amplia y comprensiva de lo que es la patria potestad se ha indicado que esta es “el conjunto de derechos y deberes (potestades, poderes-deberes) que los padres tienen con respecto a la persona y a los bienes de sus hijos menores de edad. Comprende básicamente tres contenidos: A) Contenido Personal: abarca el poder deber de cuidar al menor, velar por su integridad física y psíquica personal (guarda), proporcionarle los alimentos y atender sus necesidades fundamentales para su adecuado desarrollo (crianza) y prepararlo para la vida (educación). B) Patrimonial : la autoridad parental comprende también la potestad de administración de los bienes del hijo menor de edad... C) Representación: dado que el menor en principio, no tiene capacidad para actuar, requiere ser representado, y la ley asigna normalmente esa representación a los padres...” (Benavides Santos, Diego. Código de Familia, Anotado, comentado y con jurisprudencia. Juritexto, 1999, Págs. 237 y 238).”

***c) Suspensión y modificación de la autoridad parental:
Improcedencia por la aplicación de la doctrina de protección
integral***

[Tribunal de familia]^{vi}

Texto del extracto:

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

"III. La titularidad de la patria potestad, según el numeral 158 del Código de Familia puede terminarse de pleno derecho en algunos supuestos (mayoría o matrimonio de los hijos, por ejemplo), por causas ex lege con declaratoria judicial (delitos contra los hijos, ponerlos en evidente riesgo o peligro graves), y también puede suspenderse su ejercicio por las causas previstas en el numeral 159 ibídem. La pretensión deducida en este abreviado ha sido la declaratoria de suspensión de la patria potestad del 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 que consagra el conocido interés superior 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 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. Tomar una decisión sobre la suspensión o la pérdida de la patria potestad, no debe ser una decisión ligera, sino con la valoración 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). Bajo dichas premisas, este Tribunal hace suyos los razonamientos expuestos en la parte de fondo de la sentencia apelada. No existe en el expediente el registro de hechos u omisiones cometidos por el padre, de la gravedad mínima necesaria como para suspenderlo en el ejercicio de la patria potestad. Ciertamente este núcleo familiar

se ha visto envuelto en una problemática que desdichadamente ha influido en las relaciones entre sus miembros, muy probablemente con mayor afectación a las personas menores involucradas, pero ese no es un fenómeno aislado sino más bien se presenta en muchos hogares especialmente cuando hay separación entre los hijos y sus progenitores, interfiriendo el contacto permanente como es deseable. En este caso, como ha quedado expuesto, no se han producido hechos constitutivos de conductas merecedoras de un reproche mayor como para acoger la pretensión principal y por esa razón se confirma la sentencia recurrida, que hace un adecuado análisis de los elementos reunidos en la investigación. Por todas estas razones, se confirma la sentencia recurrida. "

d) Suspensión y modificación de la autoridad parental: Deber del juez de resolver modificación en atención a la doctrina de la protección integral y al interés superior del niño

[Tribunal de Familia]^{vii}

Texto del extracto:

"SEGUNDO: En la parte del análisis de fondo y de fundamento de la sentencia, ha concluido el juzgador de primera instancia, a partir de los diferentes elementos de prueba reunidos, que los progenitores de la niña A. no han cumplido su rol en una forma adecuada, el padre es completamente ausente en sus obligaciones materiales y afectivas, y no se encuentra ni siquiera en el país, y la madre no está en posibilidad de ejercer sus derechos filiales. Han sido los abuelos maternos, actores en este juicio, quienes han suministrado a la niña A. todas sus necesidades materiales y espirituales prácticamente desde su nacimiento cuando les fue entregada por la madre, e incluso a ésta última los actores (sus padres) le dan el soporte y el mantenimiento

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

cotidiano. Por ello la sentencia suspendió a los dos progenitores indefinidamente de la patria potestad sobre la niña A. y otorgó la custodia a los actores. La apelación de la madre, está fundamentada en negar las acusaciones que contiene la sentencia en cuanto a su comportamiento como madre, pues en realidad ella buscó lo que estimó mejor para su hija al creer que la casa de los actores brindaría una mayor comodidad a ella y a la pequeña hija, pero después la situación se hizo enfermiza y ya sus padres empezaron a administrar la relación de ella con su hija, no querían dársela, vino la orden de entrega y ellos la incumplieron, y así se ha llegado a este estado de cosas. Señala que ella no es ninguna persona vagabunda que no tenga oficio ni beneficio, pues tiene conocimientos y laboraba en la empresa de sus padres, pero ellos mismos hicieron que dejara el trabajo. TERCERO: 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 la titularidad y el ejercicio. La titularidad es la condición de destinatario de aquellos derechos y deberes que corresponden al sujeto que tiene autoridad parental sobre los hijos; es irrenunciable e indivisible, los titulares conjuntos -casos de padre y madre con esa autoridad- no tienen "partes" de este derecho, de ahí su indivisibilidad. El ejercicio en cambio es la facultad de actuar concretamente en virtud de esos derechos ejerciendo los atributos derivados, y a diferencia de la titularidad, el ejercicio si puede corresponder por separado a uno, al otro, o a ambos, todo 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. Sin embargo puede terminarse la patria potestad, según el numeral 158 del Código de Familia de pleno derecho en algunos supuestos (mayoría o matrimonio de los hijos, por ejemplo), por

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

causas ex lege con declaratoria judicial (delitos contra los hijos, ponerlos en evidente riesgo o peligro graves), o suspenderse su ejercicio por las causas previstas en el numeral 159 ibídem. CUARTO: La pretensión deducida en este abreviado ha sido la declaratoria de suspensión de la patria potestad que han ostentado el padre y la madre de la niña A. 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 que consagra el conocido interés superior 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 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 la suspensión o la pérdida de la patria potestad, o 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, o a terceros para el ejercicio de custodia asimilados a la guarda crianza y educación, encierra un análisis cuidadoso y un estudio previo; no debe ser una decisión ligera, sino con la valoración 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). QUINTO: Bajo dichas premisas, y con el material probatorio constante en autos, este Tribunal encuentra que los razonamientos, el análisis y la conclusión a la que ha llegado el juzgador de instancia es la

acertada. Es evidente la problemática en que ha estado envuelta la madre, al unirse en vida de pareja y matrimonio con una persona que no la ha apoyado ni se ha preocupado de ella y menos aún de la hija de ambos, todo lo cual ha incidido en la forma en que se han desarrollado las relaciones familiares y en la que se han presentado los hechos. Pero con todo, es posible ver que la actuación de la codemandada Rangild no fue la que se espera de una madre, con una edad cronológica que supone un grado de madurez suficiente como para hacerse cargo en forma plena de su hija, con prescindencia de sus padres, o cuando menos haber procurado una ayuda de parte de éstos, sin que fuera una entrega prácticamente absoluta con desatención de aspectos medulares en la crianza de A. Esas funciones fueron "delegadas" en sus padres. Claramente entiende esta integración que ella buscó lo menor para su hija y es creíble que tuvo en mente que era algo temporal, pero la verdad, según lo demuestran los hechos, es que se dieron por parte de la madre las conductas señaladas en el considerando de fondo de la resolución que se recurre, incurriendo en las causales establecidas en los incisos 3) y 6) del numeral 159 del Código de Familia, y leyes conexas, en especial las relativas a la protección de las personas menores, dentro del abanico de normas reguladoras de los derechos de la niñez y la adolescencia, principalmente la Convención de los Derechos del Niño. Los reproches hechos por la codemandada a las motivaciones de la sentencia, son también entendibles en cuanto hieren su amor propio como persona y como madre, pero la resolución que aquí se toma tiene en cuenta aspectos únicamente objetivos fundamentados en los hechos y elementos de prueba allegados al proceso. Con base en estas consideraciones, se confirma en lo que ha sido apelado la sentencia recurrida. "

e) Autoridad parental: Contenido y alcances

Análisis sobre el otorgamiento en forma compartida por ambos padres

[Tribunal de Familia]^{viii}

Texto del extracto:

" II.- La patria potestad es un conjunto de derechos y deberes que los padres -ambos- tienen con respecto a la persona y a los bienes de sus hijos menores de edad. Comprende básicamente tres contenidos: a) Contenido personal: abarca el poder deber de cuidar a la persona menor de edad, velar por su integridad física y psíquica (guarda), proporcionarle los alimentos y atender sus necesidades fundamentales para su adecuado desarrollo (crianza) y prepararlo para la vida (educación); b) Patrimonial: la autoridad parental comprende también la potestad de administración de los bienes de los hijos que son menores de edad (artículos 140 y 145 del Código de Familia), lo que tiene excepciones y limitaciones. En algunos casos, se requiere nombrar un administrador especial (artículos 145, 148, 150, 154 y 157) o se tiene que rendir una caución (artículos 149, 154 y 157), y en algunos otros el propio menor puede administrar sus propios bienes (artículo 145). Para enajenar o gravar o en general disponer de los bienes de la persona menor de edad, el padre requiere de una autorización judicial (artículo 147); c) Representación: dado que el menor en principio, no tiene capacidad de actuar, requiere ser representado, y la ley asigna normalmente esa representación a los padres. III.- Nuestro sistema normativo ha establecido una serie de procesos y vías donde se pueden defender, proteger y reclamar los diferentes derechos y deberes que la patria potestad otorga, podemos citar entre otros, los establecidos por el Código Procesal

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Civil , entre otros el proceso ordinario contemplado en el artículo 287; el proceso abreviado de modificación de guarda, crianza y educación contemplado en el artículo 420 inciso 4; procesos sumarios entre ellos el proceso de interrelación familia, contemplado en el inciso 10 del artículo 432; proceso de enajenación, hipoteca o prenda de bienes de menores de los artículo 819 y 877; tutela 819 y 854; además en el Código de Familia encontramos los procesos de adopción, en el folio 100; declaratoria judicial de abandono artículo 115; conflictos de autoridad parental en el artículo 151; suspensión y extinción de la patria potestad artículos 158 y 159, alimentos 164; tutela 175; sin dejar de lado la Ley contra la Violencia Doméstica que permite la interposición de medidas precautorias a favor de los menores de edad, cuando son víctimas de violencia doméstica; por último tenemos que el Código de la Niñez y Adolescencia, también contiene normas que establecen procesos para la defensa y protección de las personas menores de edad, en las cuales se pueden estar discutiendo situaciones propias de autoridad parental , citándose entre ellos el proceso especial de protección en sede administrativa, amparado en el artículo 128 y el proceso de protección en la vía judicial, el cual aparece en el artículo 141 de la mencionada norma.- Se hace esta remembranza de normas, ello con el fin de indicar que en nuestro derecho sustantivo la patria potestad y sus efectos, tiene una gran gama de procesos donde el conflicto -según sea el mismo- se puede discutir y resolver.- IV.- El tema de la guarda, crianza y educación, nuevamente se pone en la palestra judicial con esta acción, ello por cuanto el actor lo que pretende es que se de un cambio en cuanto a la forma como comúnmente se ha enfocado y resuelto este tema. Desde tiempos remotos, se ha considerado que por la estabilidad que requiere una persona menor de edad, la misma solo debe de permanecer al lado de uno de sus progenitores -entendiéndose lógicamente cuando ha operado una separación entre los mismos-, el cual en la mayor parte de casos es la madre, razones hay de más para haber resuelto

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

de esta forma, entre ellas se pueden citar: a.- un mayor vínculo afectivo existente entre la madre y el hijo; b.- Dependencia del hijo hacia la madre; c.- formación psicosocial y cultural; d.- en muchos casos las madres se mantenían en sus hogares al cuidado de los mismos, mientras el hombre laboraba, e.- machismo; y otras causas más que se podrían citar. Hoy día, las cosas han ido cambiando, nos encontramos ahora a una mujer en muchos casos integrada al mercado laboral, con mucho éxito a nivel profesional, con más posibilidades de participar en diversas actividades tales como el estudio, con una libertad -entendiéndose bien el término- económica al no depender de otra persona, con una amplitud mayor de criterio y una percepción diferente de la vida y de la relación familiar a la que tenían nuestra madres y abuelas. Por su parte, nos encontramos en muchos casos, a un hombre más consciente de sus deberes, obligaciones y responsabilidades respecto a su familia e hijos, que interactúa y participa casi plenamente en las diferentes actividades de sus hijos; que se interesa por el bienestar de su grupo familiar, en fin un hombre en ejercicio pleno de su rol de padre y esposo -conviviente según sea el caso-.-. V.- Es novedosa la propuesta formulada por el actor, será posible que los padres -separados- puedan compartir la guarda, crianza y educación de sus hijos, podrá el hombre en iguales e idénticas condiciones que la mujer, poder hacerse cargo de sus hijos, mientras la madre de los niños desempeña y cumple con su horario laboral, podrá variarse la doctrina y la jurisprudencia patria en cuanto a que la guarda, crianza y educación deba necesariamente recaer en solo uno de los progenitores y no compartida la misma, novedosa la propuesta, pero por novedosa que sea no se debe de desechar de plano como se ha hecho, negándosele al actor su derecho de ser escuchado por parte del órgano jurisdiccional. Debemos de recordar que el derecho de familia, se ajusta paulatinamente y a la velocidad que nuestros institutos familiares lo requieren, por ello está siempre en un constante cambio y actualizándose, ante ello considera esta integración que

la resolución recurrida se debe de revocar, y en su lugar disponer que se curse la presente acción como proceso abreviado de guarda, crianza y educación compartida, ello si otra causa legal no lo impide."

f) Autoridad parental: Concepto y alcances de la titularidad y el ejercicio en relación con las causas de modificación, suspensión o terminación

[Tribunal de Familia]^{ix}

Texto del extracto:

"Como ya lo ha reiterado este Tribunal, es conveniente tener en cuenta en este tema lo siguiente: La patria potestad es definida 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 aquellos derechos y deberes que corresponden al sujeto que tiene autoridad parental sobre los hijos; es irrenunciable e indivisible, los titulares conjuntos - casos de padre y madre con esa autoridad- no tienen "partes" de este derecho, de ahí su indivisibilidad. El ejercicio en cambio es la facultad de actuar concretamente en virtud de esos derechos y a diferencia de la titularidad, éste si 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. Las causas de modificación del ejercicio estos atributos derivados, no son taxativas sino que pueden darse muchas por las cuales esos atributos se trasladan de un progenitor al otro. Las causales de suspensión o terminación en cambio, recaen sobre la titularidad, y son taxativas conforme al listado enumerado en los numerales 158 y 159 del Código de Familia, dada su gravedad. Modificar la guarda, crianza y educación que ha quedado otorgada a uno de los progenitores en una sentencia, sin que el otro haya perdido la titularidad, bien puede tramitarse como un apéndice de la sentencia que ya se pronunció, en cuyo caso es aplicable la regulación mencionada que otorga la competencia al mismo juez que dictó una sentencia en ese sentido."

g) Presupuestos: Suspensión y modificación de la autoridad parental

[Tribunal de Familia]^x

Texto del extracto:

"SEGUNDO: La sentencia de primera instancia ha declarado sin lugar la demanda en todos sus extremos sin sanción en costas personales ni procesales. El fundamento de la decisión, lo hace descansar la resolución en la falta de demostración de conductas del demandado que ameriten la suspensión de la patria potestad sobre su hijo menor, y aunque se ha comprobado la existencia de conflictos de pareja entre actora y demandado así como problemas familiares y hasta denuncias por violencia doméstica y pensión alimentaria, se trata de situaciones que ocurren a diario entre las familias, que no han de conducir a una sanción tan grave como la pretendida por la madre. La actora Stella Diez Grisales ha presentado recurso de apelación de la sentencia dictada, argumentando que se dictó la misma sin dar respuesta a un escrito de fecha catorce de julio de

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

este año; que ante esta situación obviamente se causa un grave perjuicio al interés superior del niño, al no valorarse los puntos ahí establecidos, siendo este un motivo de nulidad absoluta de la sentencia; además es de suma importancia que se valore que al día de hoy, después de haber transcurrido la audiencia su marido ya no se interesa por su hijo, al día de hoy no ha pagado la pensión alimentaria y se ha tenido que firmar el apremio corporal y ya no se presenta a las sesiones de natación de su hijo, que por el contrario le ha dicho a ella que ahora que él ganó este proceso pueden negociar que ella le quite la pensión y él le da todos los derechos del niño, que de por sí a él no le interesa; que la sentencia no tutela el interés superior del niño. TERCERO: La titularidad de la patria potestad, según el numeral 158 del Código de Familia puede terminarse de pleno derecho en algunos supuestos (mayoría o matrimonio de los hijos, por ejemplo), por causas ex lege con declaratoria judicial (delitos contra los hijos, ponerlos en evidente riesgo o peligro graves), y también puede suspenderse su ejercicio por las causas previstas en el numeral 159 ibídem. La pretensión deducida en este abreviado ha sido la declaratoria de suspensión de la patria potestad del 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 que consagra el conocido interés superior 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 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. Tomar una decisión sobre la suspensión o la pérdida de la patria potestad, no debe ser una decisión ligera, sino con la valoración de aspectos medulares que es sabido inciden positiva o negativamente en el desarrollo de la personalidad de un

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

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). Bajo dichas premisas, este Tribunal hace suyos los razonamientos expuestos en la parte de fondo de la sentencia apelada. No existe en el expediente el registro de hechos cometidos por el padre, de la gravedad mínima necesaria como para suspenderlo en el ejercicio de la patria potestad. Ciertamente este núcleo familiar se ha visto envuelto en una problemática que desdichadamente ha influido en las relaciones entre sus miembros, y más que todo en el desarrollo de la personalidad del hijo, pero ese no es un fenómeno aislado sino más bien se presenta en muchos hogares especialmente cuando hay separación entre los hijos y sus progenitores, interfiriendo el contacto permanente que es lo deseable. En este caso, como ha quedado expuesto, no se han producido hechos constitutivos de conductas merecedoras de un reproche mayor como para acoger la pretensión principal y por esa razón se confirma la sentencia recurrida, que hace un adecuado análisis de los elementos reunidos en la investigación. No advierte este Tribunal la concurrencia de vicios u omisiones que invaliden la resolución por lo cual no se atiende la petición de nulidad concomitante que hace la recurrente. Por todas estas razones, se rechaza la nulidad alegada y se confirma la sentencia recurrida."

***h) Suspensión y modificación de la autoridad parental:
Imposibilidad de decretarla en contra de la madre por existir
violencia doméstica de por medio e intromisión que impide ejercer
el rol***

[Tribunal de Familia]^{xi}

Texto del extracto:

"VI.- Es importante que se enfatice que la patria potestad es el conjunto de deberes, atribuciones y derechos que los progenitores ostentan respecto de los hijos que, por ser menores de edad, se encuentran en forma natural bajo la guarda, protección y guarda de sus padres..." . Es el conjunto de derechos y deberes (potestades, poderes-deberes) que los padres tienen con respecto a la persona y a los bienes de sus hijos menores de edad. Comprende básicamente tres contenidos: A) Contenido Personal: abarca el poder deber de cuidar al menor, velar por su integridad física y psíquica personal (guarda), proporcionarle los alimentos y atender sus necesidades fundamentales para su adecuado desarrollo (crianza) y prepararlo para la vida (educación). B) Patrimonial: la autoridad parental comprende también la potestad de administración de los bienes del hijo menor de edad...C) Representación: dado que el menor en principio, no tiene capacidad para actuar, requiere ser representado, y la ley asigna normalmente esa representación a los padres . Ahora bien, cuando alguno de los padres no cumple cabalmente con sus deberes y obligaciones como tal respecto a sus hijos, la legislación ha establecido una serie de casos en los cuales, demostrados los mismos, conllevaría la suspensión del ejercicio de la autoridad parental con respecto a sus hijos. Es así como el artículo 159 del Código de Familia nos enumera cuales son estos casos. Específicamente para el proceso que nos ocupa, se invoca por parte del actor el inciso 6° del mencionado

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

artículo, el cual establece expresamente que se pierde la patria potestad "... 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.". No obstante lo anterior debe aclararse que para dictar una sentencia estimatoria en este tipo de procesos, sea de suspensión de patria potestad, al Juzgador le deben de quedar totalmente claros, pero sobretodo, totalmente probados los hechos que se alegan, y en que se fundamenta la demanda. Ahora bien, en el presente caso, el juez a quo, una vez concluida la fase probatoria, llega a determinar que con la prueba evacuada y que consta en el expediente se configura la causal alegada de suspensión de patria potestad, y declara con lugar la demanda, dejando a la niña a cargo de su padre. No obstante, este Tribunal difiere radicalmente de dicho criterio, pues contando con las pericias sociales, debe poner los testimonios de la madre del actor y de su compañero, en adecuada perspectiva. Las pericias de trabajo social determinan la posible presencia de violencia doméstica y la intromisión precisamente de los testigos impidiendo a ambos padres ejercer sus roles de padres. Tanto la madre del actor como su compañero han hecho referencia a situaciones de maltrato hacia la niña Y, pero no existe otro elemento de prueba, que resulte por demás objetivo, que acredite tal situación. Proviendo de quienes despojaron a la madre de la tenencia y cuidado de la niña, no otra declaración podría esperarse. El artículo 8 del Código de Familia en su párrafo segundo dispone que los jueces en materia de familia interpretarán las probanzas sin sujeción a las reglas positivas de la prueba común, atendiendo todas las circunstancias y los elementos de convicción que suministren los autos. En nuestro caso, este Tribunal considera que las pruebas periciales de trabajo social nos permiten comprender lo que estuvo sucediendo al interior del núcleo que en ese caso se encargaba de la niña Y. Teníamos a dos padres, el actor y la demandada, siendo padres muy jóvenes, insertos dentro

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

de la familia del actor, familia que incurría en intromisión. La Trabajadora Social, Licenciada Blanca Luz Jiménez Chávez determina que "...A. es una joven que ha sido violentada verbal y físicamente por su pareja y se encontraba en Costa Rica sin apoyo y contención familiar...". La presencia de violencia doméstica la comparte la Trabajadora Social, Licenciada Emilia Gamboa Quesada: "...La relación de pareja impresiona haber sido disfuncional, además con presencia de situaciones de violencia doméstica...". En una situación así, en donde el control y el poder lo ejercían de todas maneras los testigos, no puede dárseles crédito plenamente como para establecer la configuración de la causal de suspensión de patria potestad del inciso 6 del artículo 159 del Código de Familia. Lo que debe interpretarse, de los elementos objetivos que suministran las pericias de trabajo social que se han elaborado es que hubo intromisión de la familia del promovente, violencia doméstica del actor hacia la demandada, y que desde luego en esa relación de personas tan jóvenes se presentaba disfuncionalidad. Interpretar que lo que se dio en ese caso, todo es achacable a la joven madre inexperta, sería incurrir en violencia de género hacia dicha joven, y sería avalar los patrones culturales que legitiman precisamente la discriminación contra la mujer, lo que implicaría conculcar los instrumentos internacionales ratificados por nuestro país precisamente para erradicar las situaciones de discriminación y violencias contra las mujeres. Los responsables de un hijo, son precisamente sus padres, conforme al artículo 18 de la Convención sobre Derechos del Niño, y 140 y 143 del Código de Familia. En este caso, es precisamente el padre quien acusa a la madre de Y. de haber incurrido en el incumplimiento de los deberes para con Y. Pero esto nos llevaría al examen de lo que estaría ocurriendo con don Juan Carlos quien pese a que ha tenido supuestamente a su cargo a la niña por bastante tiempo, toda la prueba es conteste en endilgarle que incurre en un "rol periférico" respecto a Y, quien lo ve como un hermano (véase en ese sentido el informe de la experta Gamboa Quesada). Por su parte, la experta Jiménez Chávez

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

cierra su informe con la frase "el padre asume una posición pasiva y poco comprometida con su rol de padre". Por otra parte, tampoco labora, y ni por ese lado cumple con la satisfacción de las necesidades de Y. Son los padres del actor quienes tienen que suplir las necesidades no solo de Y. sino del mismo don Juan Carlos. Nuevamente, hemos de recalcar, que los responsables de la niña son sus padres y no los abuelos. Ese padre periférico y poco comprometido, que a su vez probablemente incurría en violencia doméstica, y que su familia incurría en intromisión es quien pide que a la demandada se le suspenda en la patria potestad, además que pide la guarda, crianza y educación. Desde luego que existe una gran inconsistencia, y se desprende de la legislación nacional, tanto de los instrumentos jurídicos de protección a la mujer y de los niños, que sus pretensiones no merecen ser acogidas. VII.- Por su parte, la demanda, con el correr del tiempo, pese a no tener un núcleo referencial en el país, y tener una secundaria incompleta ha logrado una estabilidad laboral como vendedora en una panadería, lugar donde la encontraron laborando los miembros de este Tribunal en una visita sin previo aviso. Esta situación del empleo de la demanda con estabilidad contrasta con las circunstancias que se le han achacado a la demandada de irresponsabilidad y de negligencia. De todas maneras no debemos olvidar para la decisión de este caso, que el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido este instrumento como Protocolo de San Salvador, aprobado por nuestro país mediante Ley No. 7907, publicado en la Gaceta No. 190, dice en su artículo 16, en lo conducente así: "... Derecho de la niñez. Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño

de corta edad no debe ser separado de su madre ..." (El subrayado es lo que quiere resaltar el Tribunal, sin que sea parte del texto original). De esta manera, si la demanda del actor tanto de suspensión de patria potestad como de guarda, crianza y educación de Y. se declara sin lugar, lo que procede es que la niña sea entregada a su madre."

i) Depósito de menores: Otorgamiento a favor de la madre en aplicación del interés superior del niño y tomando en cuenta la opinión del adolescente

[Tribunal de Familia]^{xii}

Texto del extracto:

"III.- En lo que es objeto del recurso de alzada, la demandada, el padre de S.S.y ésta, declaran ante esta instancia que no quiere la persona menor de edad, S.S.vivir con el padre, pues no se lleva con la esposa de éste, ni con la abuela, porque ésta no le perdona haber denunciado a su tío de abusos sexuales por la que fue condenado penalmente y, que, prefiere estar con la madre.- IV.- La suspensión de la patria potestad debe ser entendida como "la privación temporal del ejercicio de la patria potestad". La suspensión también contempla la privación parcial del ejercicio de la patria potestad, por ejemplo cuando se concede a uno de los padres alguno o algunos aspectos concretos del ejercicio de la patria potestad, o se distribuye entre ellos distintos aspectos de la misma. Distinto es el supuesto en que el juez otorga a uno de los padres la guarda y custodia de un menor y, no obstante, el juez concede expresamente el ejercicio conjunto de la patria potestad a ambos. En este supuesto no ha operado la suspensión ni

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

total ni parcial; el progenitor que ostenta la guarda y custodia no puede ejercer dicha función más allá de donde el interés superior del niño se lo permita así como el derecho del otro progenitor que también ejerce la patria potestad. En todo caso la suspensión de la patria potestad se caracteriza porque solamente puede ser dictada por las causales previstas en el artículo 159 del Código de Familia, de ahí que no sea una medida antojadiza del juzgador, pues la interacción entre padres e hijos es sumamente positiva para el desarrollo integral de los niños. Pero a la vez debe quedar claro que nuestro ordenamiento jurídico familiar también prevé en el artículo 158 del mismo cuerpo legal antes citado, que la patria potestad también puede terminar en los casos ahí contemplados. Entonces debemos tener clara la existencia de ambas posibilidades a fin de no confundir las causales que rigen cada una de dichas figuras. En la Convención de los Derechos del Niño, se regula en el numeral 3 que establece el concepto del interés superior del niño o adolescente como norte de todas las medidas que se tomen: "ARTICULO 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." La participación de los niños o adolescente y la expresión de la

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

opinión son directrices fundamentales de esta filosofía jurídica, y el artículo prototipo de esta idea es el número 12: "ARTICULO 12 : 1.-Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2.-Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional." 3.- Al amparo de esta filosofía jurídica y pretendiendo ser su desarrollo doméstico han nacido normativas como la Ley de Justicia Penal Juvenil, la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia y el Código de Niñez y Adolescencia. En este último, artículos como el 5 y el 105 resultan claramente un desarrollo de normas estratégicas de la Convención como son los numerales 3 y 12. El artículo 5 del Código de Niñez y Adolescencia se refiere al principio del interés superior del niño: "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." Y el artículo 105 se refiere a la opinión de los niños y adolescentes: "Artículo 105º- Opinión de personas menores de edad. Las personas menores de edad tendrán participación directa en los procesos y procedimientos establecidos en este Código y se escuchará su opinión al respecto. La autoridad judicial o administrativa

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

siempre tomará en cuenta la madurez emocional para determinar cómo recibirá la opinión. Para estos efectos, la Corte Suprema de Justicia establecerá las medidas adecuadas para realizar entrevistas, con el apoyo del equipo interdisciplinario y en presencia del juez." Aquí entonces, tenemos el sistema de niñez y adolescencia, con principios claros. El niño y adolescente son sujetos de derecho en evolución de sus capacidades. Edad y madurez son términos esenciales para apreciar la participación de la persona menor de edad en los procesos que les atañen y en la ponderación de la opinión que expresen.- V.- Con base en los lineamientos anteriores, siendo que la persona adolescente cuenta con dieciséis años de edad cumplidos, que es clara su situación familiar, social y afectiva, en que existe un conflicto familiar severo en cuanto a su permanencia con el padre y la abuela, que debido a toda esta conflictiva no ha cursado sus estudios secundarios básicos, es que en su interés superior y tomando en cuenta su opinión, procede entonces, en ese extremo, revocar la sentencia recurrida y en su lugar se otorga el depósito de la persona menor de edad, S.S.B.Z, a su madre, Grettel Zavaleta Chaves. Se ordena un seguimiento de Trabajo Social del ente actor, cada tres meses y por el término de un año.- "

4 FUENTES CITADAS

-
- i PÉREZ VARGAS Victor. EL CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD. Conferencia desarrollada en el "*Seminario de Análisis Crítico del Código de Familia*", organizado por la Cátedra de Derecho de Familia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y por el Colegio de Abogados. 21 al 24 de noviembre de 1983, San José. En ella se sistematizan algunos conceptos expresados en otras publicaciones del Autor. Revista Judicial, Costa Rica, Año IX, No. 30, Setiembre de 1984.
-

- ii SOLER AIRA, Esteban. LA INTERVENCIÓN DEL PATRONATO EN LOS CONFLICTOS DE PATRIA POTESTAD. Artículo de Revista. Revista Judicial, Costa Rica. Año XIV, No. 48, Diciembre 1989. Pp. 185-187.
- iii ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley número 5476 del 21/12/1973. Código de Familia. Fecha de vigencia desde 05/08/1974. Versión de la norma 12 de 12 del 01/08/2008. Datos de la Publicación Gaceta número 24 del 05/02/1974. Colección de leyes y decretos Año 1973 Semestre 2 Tomo 4 Página 1816.
- iv TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia número 778 de las diez horas diez minutos del cuatro del junio de dos mil tres. Expediente: 00-400238-0186-FA.
- v TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia número 77 de las diez horas treinta minutos del dieciocho de enero de 2008. Expediente: 04-001741-0338-FA.
- vi TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia número 117 de las catorce horas treinta minutos del veinticuatro de enero de dos mil siete. Expediente: 06-000190-0165-FA.
- vii TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia número 260 de las once horas treinta minutos del diecinueve de febrero de dos mil cuatro. Expediente: 02-001016-0165-FA.
- viii TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia número 589 de las nueve horas cuarenta minutos del veintisiete de marzo de dos mil ocho. Expediente: 08-000045-0186-FA.
- ix TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia número 921 de las ocho horas diez minutos del treinta de junio de dos mil cinco. Expediente: 02-401102-0186-FA.
- x TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia número 1737 de las nueve horas veinte minutos del quince de noviembre de dos mil cinco. Expediente: 05-000231-0186-FA.
- xi TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia número 1943 de las diez horas quince minutos del treinta de noviembre de dos mil seis. Expediente: 04-001106-0338-FA.



Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

xii TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia número 2215 de las diez horas veinte minutos del catorce de diciembre de dos mil cuatro. Expediente: 04-000864-0338-FA.