

Informe de Investigación

Título: MODIFICACIÓN DE LA GUARDA CRIANZA Y EDUCACIÓN

Rama del Derecho: DERECHO DE FAMILIA	Descriptor: Guarda crianza y educación
Tipo de investigación: Compuesta	Palabras clave: Guarda Crianza, Modificación, Interés Superior del Niño
Fuentes: Doctrina, Normativa, Jurisprudencia	Fecha de elaboración: 07/2009

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen	1
2 Doctrina	1
a)Obligatoriedad, rrenunciabilidad e Intransmisibilidad de la Guarda Crianza y Educación.....	1
Intransmisibilidad.....	2
3 Normativa	3
a)Código de Familia.....	3
4 Jurisprudencia	4
a)Análisis de la modificación de la Guarda Crianza en la jurisprudencia.....	4
b)Consideraciones respecto al interés superior del niño y la modificación al contenido de la patria potestad.....	6

1 Resumen

En el presente informe de investigación se adjunta la información relacionada al tema de la Guarda crianza y educación, específicamente el tema de la modificación de la misma, de tal modo se analiza sus características básicas y se analiza el tema a la luz de los criterios jurisprudenciales existentes.

2 Doctrina

a) *Obligatoriedad, rrenunciabilidad e Intransmisibilidad de la Guarda Crianza y Educación*

[BOZA UMAÑA]¹

“El ejercicio de los derechos y deberes de los padres sobre sus hijos está concebido como obligatorio para aquéllos. Esto proviene de la misma naturaleza de la autoridad parental que se basa en la responsabilidad que tiene el padre de vigilar que su hijo reciba una buena formación y sea una persona útil para la sociedad. Por esta razón, los padres tienen deberes que no son susceptibles de querer o no ejercitarlos, sino que ellos están obligados a cumplirlos sin tener la posibilidad de renunciarlos.

En nuestra legislación, no hay posibilidad de excusar al padre en el ejercicio de la autoridad parental, ya que el artículo 128 del Código de Familia establece:

“Los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad no pueden renunciarse. Tampoco pueden modificarse por acuerdo de partes, salvo lo dispuesto para la separación y divorcio por mutuo consentimiento, en cuanto se re-fiera a la guarda, crianza y educación de los hijos.”

Esta característica lleva implícita la obligación moral y natural del padre de velar por la formación de su hijo por lo que es una responsabilidad natural de la que no puede sustraerse.

La autoridad párental es entendida como una función recíproca, ello se debe a que los padres tienen deberes y obligaciones para con sus hijos, y éstos le deben obediencia y respeto a sus padres, lo cual emana de la misma relación familiar que los liga.

Al respecto, Puig Peña señala:

“Que la patria potestad constituye ante todo un deber u obligación que no puede ser objeto de excusa, puesto que está asignada a los padres en virtud de los supremos principios de la moral y razón social del Estado, que la articula en ellos como sujetos a quienes corresponde con exclusividad.”

Intransmisibilidad

Por las mismas razones que es una obligación personal, la autoridad parental resulta ser también intransmisible. Los derechos y deberes que incumben a los padres con relación a la persona y los bienes de sus hijos menores no pueden ser objeto de traspaso, cesión, ni de acción alguna que pretenda comercializarlo. Sin embargo, ésto no implica que los padres no puedan delegar en un tercero o apoderado, la representación del menor para defensa de sus intereses en ciertas y determinadas circunstancias.



Nuestro Código de Familia prohíbe los contratos entre las partes, que tiendan a modificar el contenido de la autoridad parental, al establecer en el párrafo segundo del artículo 128 lo siguiente:

"...Tampoco puede modificarse por acuerdo de partes, salvo lo dispuesto para la separación y divorcio por mutuo consentimiento, en cuanto se refiere a la guarda, crianza y educación de los hijos."

En ese sentido, el tratadista nacional Alberto Brenes Córdoba nos explica:

"La patria potestad es intransmisible por convenio, tanto debido a no ser cosa que está en el comercio de los hombres, como por significar más que nada, deberes que pesan sobre los padres. De ahí que a ninguno de éstos sea permitido despojarse voluntariamente en favor de otra persona, de los atributos que dicha potestad comprende. Lo único que le está permitido, cuando las circunstancias a ello lo obligaren, es que pueda confiar a un allegado y hasta a un extraño, la guarda y crianza de los hijos, pero conservando siempre la potestad paterna, de la cual no hay, por otra parte, manera de despojarle, sino mediante sentencia de los tribunales en razón de incumplimiento de sus deberes, o de otras graves causas puntualizadas por la ley."

De conformidad con el Código de Familia, en caso de divorcio, nulidad de matrimonio o separación judicial, la regla es que el Tribunal disponga en sentencia todo lo relativo a la patria potestad y determine a quién se confiere la guarda, crianza y educación de los hijos, tomando en cuenta el interés de los menores y las aptitudes física y moral de los padres.

Sin embargo, del mismo Código de Familia se deduce una excepción para el divorcio y la separación por mutuo consentimiento pues se permiten e incluso se exige que los padres presenten un convenio en escritura pública en el que se ponen de acuerdo en cuanto a quién le corresponderá la guarda, crianza y educación de los hijos menores.

Este convenio es sometido a revisión por parte del Tribunal a fin de que éste decida sobre su procedencia si no perjudica los derechos de los menores, mediante resolución considerada. El Tribunal puede pedir que se complete o aclare el convenio presentado si es omiso u oscuro en los puntos que señala el Código de Familia, e incluso puede modificar ese pacto si fuere necesario, todo en beneficio de los hijos.

Es importante recalcar que el acuerdo que las partes suscriben no puede derogar o extinguir las obligaciones que la patria potestad les impone a los padres. Solamente tiene la finalidad de fijar algunos aspectos de ésta, y además su validez depende de la aprobación de la autoridad judicial."

3 Normativa

a) *Código de Familia*

[ASAMBLEA LEGISLATIVA]²

ARTICULO 141.-

Los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad no pueden renunciarse. Tampoco pueden modificarse por acuerdo de partes, salvo lo dispuesto para la separación y divorcio por mutuo consentimiento, en cuanto se refiera a la guarda, crianza y educación de los hijos.

(Así modificada su numeración por el artículo 2 de ley No.7538 del 22 de agosto de 1995, que lo traspasó de 128 al 141)

4 Jurisprudencia

a) *Análisis de la modificación de la Guarda Crianza en la jurisprudencia*

[TRIBUNAL DE FAMILIA]³

VOTO No. 360-09

TRIBUNAL DE FAMILIA.-San José, a las doce horas del veinticuatro de febrero del dos mil nueve.-

PROCESO DE GUARDA, CRIANZA Y EDUCACIÓN, establecido por SANTOS CASTRO ARGÜELLO, mayor, soltero, comerciante, vecino de Ciudad Quesada, cédula número 025-RE-000517-00-1999, contra MARÍA TORRES ALEMÁN, mayor, soltera, cocinera, vecina de Ciudad Quesada, cédula de residencia número 270-0209371-0114143. Se ha tenido como parte al Patronato Nacional de la Infancia.

RESULTANDO :

1.-

Con fundamento en las citas de derecho y en los hechos expuestos en el libelo de la demanda, el señor Castro Argüello, pide que en sentencia se declare: con lugar este proceso, quedando a su

favor y de forma absoluta la guarda, crianza y educación de sus dos hijos, (folio 2).

2.-

Notificada del traslado que se concedió del proceso, la señora Torres Alemán, dejó transcurrir el tiempo sin apersonarse, (folios 22 vuelto).

3 . - La Jueza Giralany Alpízar Murillo, Jueza Penal Juvenil y de Familia de San Carlos, por sentencia dictada a las trece horas diez minutos del quince de junio del dos mil cinco, resolvió: "POR TANTO: Conforme a los lineamientos legales establecidos y enunciados en el fallo, así como la situación expuesta, se acogen todos los extremos del presente proceso de MODIFICACIÓN DE GUARDA, CRIANZA Y EDUCACIÓN del SANTOS CASTRO ARGÜELLO contra MARÍA TORRES ALEMÁN, a favor de los menores xxxx. En lo no establecido expresamente, entiéndase por no otorgado. Se condena al pago de ambas costas a la señora demandada. NOTIFÍQUESE EN FORMA PERSONAL O EN SU CASA DE HABITACIÓN A LA DEMANDADA REBELDE . "

4.-

Conoce este Tribunal del presente proceso en virtud del recurso de apelación interpuesto por la demandada , contra la referida sentencia. Esta sentencia se dicta dentro del plazo de Ley. En los procedimientos se han observado las prescripciones correspondientes.

Redacta la Jueza MUÑOZ GONZÁLEZ; y,

CONSIDERANDO:

I.-

Formula la recurrente recurso de apelación contra sentencia del Juzgado de Familia de Alajuela No. 330-2005, de las trece horas del quince de junio del dos mil cinco y destaca como motivos de inconformidad que si otrora ella no fue una madre responsable, hoy por hoy y debido a su negativa experiencia tomó conciencia y encara el ejercicio de su rol de tal, en forma adecuada, protegiendo a sus tres hijos, alimentándoles, protegiéndoles y amándoles. Incluso trabaja fuera de casa, para procurar el pan de sus hijos. Siendo víctima de violencia doméstica de parte del accionante, de quien ha tenido, que separarse a fin de romper con el círculo de agresión doméstica, en que tiene inmer z a tanto a ella como al resto del núcleo familiar. Actualmente el esposo fue sacado de la casa, pro violentar a su familia e interpuso ella un proceso de pension alimentaria en contra del mismo. Por ello solicita se deje sin efecto en su totalidad el pronunciamiento que combate.

II.-

Del análisis del sustrato probatorio aportado al sub-lite, sobre todo en esta sede y a solicitud del Tribunal, se extrae que los argumentos de la apelación resultan de recibo. Porque si bien es cierto se acreditó que otrora la progenitora observó una actitud irresponsable hacia sus menores hijos, hoy por hoy tales conductas han sido superadas. No puede obviarse el dura proceso de vida de la madre, quien fue víctima de violencia intrafamiliar desde escasos años de vida, y hasta hoy, círculo



de agresión iniciado por su propio progenitor y que se continúa a lo largo de toda su vida, ahora por su propio cónyuge. Por lo cual, la madre era portadora de una invalidez aprendida, que la llevó a reproducir con sus hijos, los patrones que siempre vivió y que a ella le fueron aplicados. Pero en este momento ella ha roto el círculo, ha estructurado un proyecto de vida propio, rompiendo dependencias nocivas, ha tomado las riendas de su vida y ha asumido a sus hijos, en el ejercicio de un rol totalmente responsable, tratando de sacar adelante su prole, en un entorno adecuado. Por lo cual, es dable concluir que en la especie, no existe mérito de ninguna naturaleza para excluir a la madre en el ejercicio de la patria potestad y consecuentemente quitarle la guarda, crianza y educación de sus hijos. Por lo expuesto se revoca la sentencia recurrida y en su lugar se declara sin lugar la demanda incoada. Sin especial condenatoria en costas. Se ordena al Patronato Nacional de la Infancia dar apoyo y tratamiento a la madre María Torres Alemán y a sus hijos, así como activar las redes de apoyo institucional existente en la comunidad.

POR TANTO :

Se revoca la sentencia recurrida y en su lugar se declara sin lugar la demanda incoada. Sin especial condenatoria en costas. Se ordena al Patronato Nacional de la Infancia, dar apoyo y tratamiento a la progenitora María Torres Alemán y a sus hijos, así como activar las redes de apoyo institucional existente en la comunidad.

b) Consideraciones respecto al interés superior del niño y la modificación al contenido de la patria potestad

[TRIBUNAL DE FAMILIA]⁴

VOTO No. 66-06

TRIBUNAL DE FAMILIA.-San José, a las once horas cuarenta minutos del veinticinco de enero del dos mil seis.

PROCESO ABREVIADO DE DIVORCIO, establecido por SILVIA EUGENIA LARA OTERO, mayor, casada una vez, vecina de Alajuela, cédula de identidad número uno-siete nueve cero-dos cuatro dos, contra ADRIAN ENRIQUE ALFARO PALACIOS, mayor, casado, gerente de ventas, vecino de Alajuela, cédula número uno-ocho nueve cero-ocho cero ocho. Se ha tenido como parte al Patronato Nacional de la Infancia.-

RESULTANDO :

1.-

La actora solicita que en sentencia se declare: a) Disuelto el vínculo matrimonial; b) Que el demandado sea cónyuge culpable y se le condene a indemnizar daños y perjuicio a la cónyuge

inocente, en los términos del artículo 48bis del Código de Familia; c) La suspensión de la patria potestad al demandado, sobre sus hijos, en los atributos de guarda, crianza, educación y administración de bienes, por sevicia en perjuicio de los menores, bajo las formas de violencia doméstica grave, negativa injustificada de suministro de alimentos, incumplimiento de deberes familiares y la investigación de los delitos de desobediencia a la autoridad y fraude de simulación; d) Se deniegue cualquier tipo de visitas y se le prohíba al demandado contactar por cualquier medio a los menores, sin el permiso expreso y supervisado de la actora; e) Se declare a la menor M.C.A.L., acreedora de una pensión alimentaría vitalicia, por discapacidad física neurocerebral permanente; f) Se declare a la cónyuge inocente como acreedora de una pensión alimentaria vitalicia, hasta tanto no contraiga ulteriores nupcias; g) Se decrete a la actora como dueña de la mitad de todos los bienes muebles e inmuebles, inscritos y no inscritos, derechos y acciones de sociedades adquiridos a título oneroso por las partes dentro del matrimonio antes de su disolución y h) Se condene al demandado al pago de las costas del proceso.

2.-

El demandado, mediante escrito 62 a 68, contestó la demanda en los términos que constan en tales folios, centrándose primordialmente en negar las pretensiones de la actora y en pedir condena en costas de la misma.

3.-

El Licenciado Rolando Soto Castro, Juez del Juzgado de Familia del Primer Circuito Judicial de Alajuela, por sentencia de las once horas y diecinueve minutos del cuatro de agosto del dos mil cinco, resolvió: “POR TANTO: “Con base en todo lo expuesto y citas de ley, se declara, parcialmente, CON LUGAR la demanda abreviada de Divorcio por Sevicia y Suspensión de Patria Potestad incoada por SILVIA EUGENIA LARA OTERO en contra de ADRIAN ENRIQUE ALFARO PALACIOS, fallándose en consecuencia de la siguiente forma: 1) se disuelve el vínculo matrimonial que unía a las partes litigantes; 2) se declara a SILVIA EUGENIA LARA OTERO como cónyuge culpable del mismo; 3) se declara de conformidad con el artículo 41 del Código de Familia, que cada uno de los cónyuges tendrá derecho a participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro, lo cual se liquidará en la etapa de ejecución de sentencia; 4) conforme al numeral 57 del Código de Familia, al ser la actora cónyuge inocente del presente divorcio, tiene derecho a recibir pensión alimentaria del demandado, para lo cual deberá la parte interesada acudir a la vía alimentaria correspondiente. En cuanto a los menores M. y M.C. de apellidos A.L, también tienen derecho a recibir pensión alimentaría, de parte del demandado lo cual se resolverá en el proceso alimentario que se encuentra pendiente entre las partes; 5) se declara sin lugar la pretensión de suspensión de la patria potestad, incoada en contra del demandado. En cuanto al Régimen de Visitas, ello deberá dilucidarse en el proceso correspondiente; 6) se declara sin lugar la indemnización, por daños y perjuicio materiales, por no haberse ajustado la actora al inciso 5) del artículo 290 del Código procesal Civil, pero si se condena al demandado al pago de indemnización, por el daño moral causado, el cual se liquidará en la etapa de Ejecución de Sentencia; 7) conforme al artículo 221 del Código Procesal Civil, se condena al demandado, vencido en la especie, al pago de ambas costas de la presente acción; 8) Una vez firme la presente resolución inscribábase ésta al margen del tomo trescientos setenta y cinco, folio trescientos treinta, asiento seiscientos sesenta, Provincia de San José, Sección de Matrimonios del Registro Civil.”

4.-

Conoce este Tribunal del presente proceso en virtud del recurso de apelación interpuesto por el Apoderado Especial Judicial del demandado, contra la referida sentencia. Esta sentencia se dicta dentro del plazo de Ley.-

Redacta el Juez BENAVIDES SANTOS; y,

CONSIDERANDO:

I.-

En la sentencia que es objeto de esta instancia se declara parcialmente con lugar la demanda planteada por Silvia Eugenia Lara Otero contra Adrián Enrique Alfaro Palacios, de manera tal que se disolvió el vínculo matrimonial que une a las partes, teniendo a la actora como cónyuge inocente y al demandado como cónyuge culpable. Se establece que cada cónyuge adquiere el derecho de participar en el cincuenta por ciento del valor neto de los bienes gananciales que se constaten en el patrimonio del otro, e igual se mantiene el derecho alimentario de la accionante y se remite al proceso alimentario en el caso de las personas menores de edad. Se declararon sin lugar las pretensiones de suspensión de patria potestad y la indemnización de daños y perjuicios, salvo la de daño moral la que se acoge dejando su liquidación para la etapa de ejecución. En cuanto a visitas se remite a la vía que corresponde. Se condenó en costas al accionado.

II.-

Contra dicha decisión apelaron ambas partes. La parte actora reclama contra la denegatoria de la suspensión de patria potestad y en cuanto a que pide que la pensión alimentaria a favor de la hija M.C. lo sea en forma vitalicia. La parte accionada se mostró inconforme con lo fallado respecto al daño moral y en cuanto a las costas.

III.-

Se avala el elenco de hechos tenidos por demostrados que contiene la sentencia que se revisa en esta instancia pues el mismo se adecúa al mérito de los autos de acuerdo con una correcta apreciación de las probanzas. Se elimina el hecho no tenido por demostrado pues antes que un hecho no probado se trata de una valoración jurídica que como veremos no está realizada conforme con la perspectiva legal adecuada.

IV.-

SUSPENSIÓN DE PATRIA POTESTAD: Es importante no dejar de lado el marco filosófico jurídico de niñez y adolescencia. La Convención sobre Derechos del Niño gestada en el seno de las Naciones Unidas, y ratificada por nuestro país en 1990, es el hito a partir del cual ha de hablarse de un antes y de un después. Es precisamente ese instrumento internacional el que permite construir un cambio en el paradigma anterior, un cambio en la internalización de conceptos y valores que forma una visión de la realidad de las personas menores de edad. Las antiguas concepciones del “menor” como un “objeto” de derecho, deben evolucionar al niño o adolescente como sujeto de derecho, es decir titular y portador de ciertos derechos y atributos que le son inherentes por su condición de persona, y otros específicamente por su condición de niños. En esta Convención



resulta clave 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.”

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 es el numeral 3. 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.”

Dentro de este contexto también ha de insertarse el tradicional concepto de la patria potestad pero no ya como aquel derecho de vida y muerte que se le dio en el derecho romano ni dentro de un mundo patriarcal y adultocéntrico, sino que ha de verse como un instituto en pro de ese interés del niño, “que debe ser ejercido en procura de asegurar a la persona menor de edad la protección y cuidado que le son necesarios para su bienestar” (Exposición de motivos del proyecto de Código de la Niñez y la Adolescencia).



Es importante puntualizar, que de acuerdo con nuestra normativa, compete a los padres regir a los hijos, protegerlos, administrar sus bienes y representarlos legalmente (artículo 140 del Código de Familia), y de acuerdo a esto, la autoridad parental confiere los derechos e impone los deberes de educar, guardar vigilar y en forma moderada, corregir al hijo (artículo 143 del Código de Familia). Es muy importante puntualizar que el artículo 141 del Código de Familia dispone que:

“...Los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad no pueden renunciarse. Tampoco pueden modificarse por acuerdo de partes...”

Así que el presente caso, trata de si el padre que por ley tiene la patria potestad, ha incumplido sus deberes para con sus hijos con la respectiva insatisfacción de algunas o todas sus necesidades, y si es del caso que opere la protección legal de certeza jurídica en cuanto a estos poderes-deberes que ostentan los progenitores. El artículo 159 del Código de Familia dispone lo siguiente sobre la suspensión de la patria potestad:

ARTÍCULO 159. La patria potestad puede suspenderse, modificarse, a juicio del Tribunal y atendiendo al interés de los menores, además de los casos previstos en el artículo 139, por:

- 1) La ebriedad habitual, el uso indebido de drogas, el hábito de juego en forma que perjudique al patrimonio de la familia, las costumbres depravadas y la vagancia comprobada de los padres.
- 2) La dureza excesiva en el trato o las órdenes, consejos, insinuaciones o ejemplos corruptores, que los padres dieren a sus hijos;
- 3) La negativa de los padres a dar alimentos a sus hijos, el dedicarlos a mendicidad y permitir que deambulen en las calles;
- 4) El delito cometido por uno de los padres contra el otro o contra la persona de alguno de sus hijos y la condenatoria a prisión por cualquier hecho punible;
- 5) Incapacidad o ausencia declarada judicialmente; y
- 6) Por cualquier otra forma de mala conducta notoria de los padres, abuso del poder paterno, incumplimiento de los deberes familiares o abandono judicialmente declarado de los hijos.

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

Esta son entonces las causas que se deben establecer para decretar la suspensión de la patria potestad. 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 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. 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. Por otra parte conviene aclarar que cuando el artículo 158 dice terminación se debe entender que se refiere a la finalización definitiva de la patria potestad, mientras que en los supuestos contemplados en el artículo 159 lo que procede es una “suspensión temporal”, y ello es lógica consecuencia de las causales que la motivan, pues de la lectura de ambos preceptos se extrae fácilmente la gravedad y radicalidad de los supuestos que dan por terminada la figura en examen, mientras que los supuestos contemplados para la suspensión tratan de situaciones que podrían corregirse en la eventualidad de someterse a terapias u otro tipo de asistencia. Entonces el padre suspendido en el ejercicio de la patria potestad podría ser rehabilitado para volver a ejercer tales atributos. Es claro entonces que la suspensión de la patria potestad necesariamente es provisional, o sea no es perpetua, volviendo el padre suspendido a ejercer la patria potestad en cuanto se haga merecedor de ello, y mediare garantía de no incidir en los mismos peligros físicos y morales para el menor. En este caso que nos ocupa el Juez de primera instancia pese a que tiene por demostrados varios hechos de importancia y que atentan contra el interés superior de las personas menores de edad y que se constituyen como incumplimientos a sus deberes como padre, declaró sin lugar la suspensión de la patria potestad que pidió la actora. Este Tribunal considera que la apelante en este punto lleva razón y que la sentencia debe revocarse, para en su lugar disponer la suspensión pedida. En efecto, no puede avalarse la conclusión del Juez de primera instancia en este extremo en el sentido de que los hechos probados no revisten una gravedad como para tomar dicha medida. Al contrario, se encuentra mérito de acuerdo con la prueba recibida y que dio pie a que el mismo Juez de primera instancia tuviera por demostrados los hechos marcados como 9, 10, 14, 15, 16 y 17 y a partir de los mismos ha de entenderse claramente desde la perspectiva de los deberes del padre en pro del interés superior de los niños que han existido graves abusos y omisiones de deberes en el ejercicio de la patria potestad por parte del progenitor demandado, conforme con la causal del inciso 6 del artículo 159 del Código de Familia, que prescribe como causal “cualquiera 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” y por ende procede la suspensión de la patria potestad y en ese sentido debe revocarse la sentencia apelada pues lleva la razón la actora apelante. Se trata realmente de la integralidad de las actuaciones en las que se revela que el demandado no ha obrado conforme con el propósito en pro del interés de los hijos que supone la patria potestad. El referirse con frases hirientes a sus hijos, el no mostrarse diligente ni preocupado por la enfermedad de su hija, el no cumplir a cabalidad con la obligación alimentaria, la desatención en asuntos de salud, escolares y de recreación, el tema del licor y la violencia doméstica contra su esposa en frente de su hijo, son hechos muy graves y que deben tener una consecuencia, a nivel del instituto de la patria potestad, y esa consecuencia es la de su suspensión. En ese sentido procede entonces revocar la sentencia apelada.

V.-

PENSION ALIMENTARIA VITALICIA: En cuanto a la pensión alimentaria de los hijos menores de edad, la decisión de remitir al proceso respectivo es correcta y no requiere que se adicione con una declaración de incapacidad de uno de ellos con una pensión alimentaria vitalicia. Todo lo relativo a la pensión alimentaria de las personas menores de edad deberá ser conocido por las autoridades especializadas competentes. El tema de la pensión alimentaria en un proceso de divorcio tiene sobre todo trascendencia en el tanto y el cuanto la disolución del vínculo conlleva efectos de cesación o mantenimiento del derecho a los excónyuges, conforme con el artículo 57 del Código de Familia. El resto de aspectos debe ser conocido en el proceso respectivo que puede llevarse a cabo incidentalmente del proceso de divorcio o bien ante el Juzgado de Pensiones Alimentarias, vías alternativas que prevé la ley de la materia. Por ello, lo decidido en este ítem está conforme a derecho y debe confirmarse.

VI.-

DAÑO MORAL: En 1997, la Ley número 7689 del 6 de agosto, publicada en ese año en La Gaceta número 172 del 8 de setiembre, adicionó un artículo 48 bis al Código de Familia que incluye una regulación específica sobre petitorias de daños y perjuicios para casos en que el divorcio se decreta con fundamento en las causales de los incisos 2, 3 y 4 del artículo 48. El artículo adicionado, dice:

"... ARTICULO 48 bis.-

De disolverse el vínculo matrimonial, con base en alguna de las causales establecidas en los incisos 2), 3) y 4) del artículo 48 de este Código, el cónyuge inocente podrá pedir, conjuntamente con la acción de separación o de divorcio, daños y perjuicios de conformidad con el artículo 1045 del Código Civil. ..."

Naturalmente este numeral tiene relación con el 41 de la Constitución Política y con el 1045 del Código Civil que el mismo artículo adicionado cita. El artículo 41 de la Constitución Política dispone:

"...Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad e intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes ..."

El 1045 del Código Civil que se refiere a la responsabilidad civil subjetiva o responsabilidad aquiliana, dispone:

"...Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios..."

Repasemos con algunas citas de jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual:

“... IV.-

Tocante a la responsabilidad civil extracontractual, esta Sala ha expresado: " Mediante la responsabilidad civil se atribuye a un sujeto la obligación de reparar, indemnizar o compensar (caso este último del daño moral), un daño infligido a la esfera jurídica de otro sujeto, como consecuencia de un acto o una actividad realizada por aquél.- Esta responsabilidad se divide en responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva, de acuerdo con el criterio de imputación que se utiliza en cada caso: en el primero, la voluntad del deudor, que actúa en forma culpable; en el segundo, criterios objetivos tales como el riesgo, expresamente establecidos por la ley. También suele ser dividida en contractual y extracontractual, según provenga del incumplimiento de una obligación convenida libremente por las partes, o del incumplimiento del deber general de no causar daño a los demás...Por su parte, la responsabilidad extracontractual recae sobre quien, fuera de toda relación contractual previa, ha causado un daño en la esfera jurídica de otro sujeto, por culpa, o a través de la puesta en marcha de una actividad riesgosa o creación de un riesgo social. Esta responsabilidad no nace del incumplimiento de un vínculo determinado, sino de la violación del deber general de no dañar a los otros. Su régimen está basado en los artículos 1045, 1046, 1047 y 1048 del Código Civil. El primero de ellos dispone que: "Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios".- Principio que es fundamento de toda responsabilidad civil." (Resolución número 320 de las 14:20 Hrs. del 9 de noviembre de 1990). Tocante a la regulación del artículo 1045, esta Sala ha dicho: "IX.- El artículo 1045 del Código Civil establece el fundamento de la responsabilidad extracontractual subjetiva: "Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios." El deber de resarcimiento, en este caso, deriva del incumplimiento culposo del principio general de "no causar daño a los demás." Para que haya responsabilidad, se requiere que el daño haya sido ocasionado con culpa (negligencia, imprudencia o impericia), o dolo del agente. La carga de la prueba corresponde entonces al acreedor, es decir, a la víctima que solicita el resarcimiento..." (Resolución número 34 de las 14:25 Hrs. del 22 de marzo de 1991). La doctrina científica moderna, al analizar la figura del dolo, es conteste al indicar que supone la voluntad de realizar un acto antijurídico con conocimiento de su ilegalidad, sabiendo, su autor, que puede ser dañoso a los demás, pero sin necesidad de que haya previsto o podido prever todos y cada uno de sus posibles efectos. En este sentido, se afirma, no precisa la intención de dañar, basta la voluntad de infringir el deber, la mala fe, la conciencia de que se realiza un acto ilícito. El dolo presume el conocimiento de la producción de un daño, al menos probable, como consecuencia de la acción querida (dolo eventual). Se afirma, asimismo, la falta de intención no constituye el dolo, aquí estamos en presencia de la denominada "culpa lata". Sin embargo, una negligencia extrema debería acarrear para el agente las consecuencias del dolo. Por su parte, la culpa supone un actuar negligente, descuidado, imprevisor que causa un daño sin quererlo. Se ha dividido, la conducta culposa, en consciente e inconsciente. La primera se da cuando, aún reconociendo que la propia conducta puede conducir a cierto resultado dañoso, el agente tiene, sin embargo, la esperanza de que en las circunstancias dadas no se ha de producir, mientras, en la segunda, el autor no reconoce la posibilidad del resultado. En todo caso, para que exista culpa, es preciso que el resultado dañoso haya sido previsto como posible, o que haya tenido que ser previsto, verosimilitud del resultado que no puede ser tan pequeña que aunque la persona actúe conforme a sus deberes no le hubiere hecho desistir de la acción. Se afirma que para determinar si el acto es negligente, es relevante considerar si una persona razonable podía prever que ha de causar daño. La culpa consiste, entonces, en una falta de cuidado, precaución y diligencia exigibles. La diligencia se ha considerado como la racional y ordinaria cautela que debe acompañar a todos los actos de los que puedan derivarse daños, según la clase de actividad de que se trate y la que puede y debe esperarse de persona, normalmente razonable y sensata, perteneciente a la esfera técnica del caso. Es decir, si la persona obró con el cuidado, atención o perseverancia

exigibles y con la reflexión necesaria con vistas a evitar el perjuicio de bienes ajenos, jurídicamente protegidos. Incluso, la doctrina indica que la diligencia obligada no abarca sólo las precauciones y cuidados ordenados en cada caso por los reglamentos, sino también toda la prudencia precisa para evitar el daño. Tocante a la carga de la prueba, en materia de responsabilidad civil extracontractual, esta Sala ha indicado: "VII.- Una de las diferencias fundamentales entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, radica en la carga de la prueba, pues en la responsabilidad derivada de un contrato el acreedor no está obligado a demostrar la culpa del deudor, ya que ésta se presume en tanto el segundo no demuestre que su incumplimiento o el atraso no le son imputables, como el caso fortuito o la fuerza mayor; en cambio, en la responsabilidad extracontractual o aquiliana le compete al damnificado demostrar la culpabilidad del autor del acto ilícito. Así el artículo 317, inciso 1), del Código Procesal Civil, dispone que a quien formule una pretensión le incumbe la carga de la prueba respecto de los hechos constitutivos de su derecho...Por otra parte, uno de los elementos configurantes de la responsabilidad extracontractual subjetiva, lo constituye la relación de causalidad directa o eficiente que debe existir entre el comportamiento o conducta antijurídica y el daño, siendo este último el presupuesto de cualquier tipo de responsabilidad extracontractual por lo que su demostración también constituye un requisito sine quo non para que prospere la pretensión resarcitoria..." (Sentencia número 17 de las 15 Hrs. del 29 de enero de 1992)...." (Voto 53-98 dictado a las 15:10 hrs del 27 de mayo de 1998 por la Sala Primera).

Sobre el numeral 48 bis la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en el voto 413-03 la Sala desarrolló lo siguiente:

"...XI.-

DEL DAÑO MORAL EN MATERIA DE FAMILIA: La demandada-reconventora, en su segunda pretensión, solicitó que se condene al señor ... al pago de los daños y perjuicios ocasionados –que técnicamente es daño moral-, tanto a ella como a su hijo. En el primer caso como producto del adulterio y, en ambos casos por el sufrimiento que les causó la sevicia atribuidas al actor-reconvenido, la cual ocasionó afectación psíquica, emocional y psicológica. Estima dichos perjuicios en la suma de diez millones de colones (¢10.000.000). Prima facie, conviene advertir que el daño adquiere poco a poco una relevancia trascendental en materia de divorcio, tanto desde el punto de vista moral como del patrimonial. El primero, sea el moral, se produce cuando se lesionan los sentimientos de una persona, es un "daño de afección" que se da cuando se lesionan sentimientos como el amor, la dignidad y el honor de uno de los cónyuges y se traducen en pena, tristeza, mortificación, disgusto o inseguridad personal. Estas conductas reiteradas o no, pueden ser constitutivas de separación personal y de divorcio sanción que pueden producir daños de orden moral; ya sea que lesionen derechos subjetivos matrimoniales de orden extra patrimonial (como por ejemplo las infidelidades) o del patrimonial (como podría ocurrir en el caso de los actos simulados fraudulentos de uno de los cónyuges en perjuicio de los derechos del otro en el caso de los bienes gananciales). Incluso, si analizamos detalladamente las secuelas psicológicas y las bases de cada caso de separación o de divorcio en concreto, podríamos encontrar que también pueden ser susceptibles de ocasionar daño moral. Con respecto a la prueba de esta clase de daño, surge de la demostración de los hechos mismos constitutivos de las causales invocadas, según las reglas generales de la materia, en este caso las de familia; y le corresponderá, en todo caso, al responsable, la demostración de la existencia de alguna situación objetiva que permita excluir en el caso en concreto ese tipo de daño o que disminuya su entidad. El daño moral, entonces, se deduce por los propios hechos ilícitos que han perjudicado a la persona en sus afecciones más íntimas, en su integridad física o psíquica o en ambas, en su honor, etc. Sin necesidad, incluso, de demostrar especialmente la pena o el dolor del sujeto o su trascendencia familiar o social. Por ello, pareciera descartado considerar que un adulterio por el hecho de ser discreto no produce un daño grave



susceptible de reparación. O una ofensa o humillación que no sea pública o incluso un atentado contra la propia dignidad. Ahora bien, en cuanto al menor de edad, la misma premisa es posible aplicar (al respecto pueden consultarse, GONZÁLEZ MORA, R (compilador). Daños y Perjuicios en el Proceso de Divorcio y de la Separación Judicial. Escuela Judicial, pág. 61 a 89). Sentado lo anterior y analizadas las probanzas vertidas al proceso a la luz de la sana crítica y del correcto entendimiento humano, se concluye que tanto doña ... como su hijo resultaron perjudicados por el comportamiento amoral e ilegítimo del actor-reconvenido. Así, en el “Dictamen Pericial Psicológico Clínico Forense” practicado por la Licenciada en Psicología ..., visible de folio 329 a 333, a la señora ..., se destacó la presencia de evidentes secuelas de daño emocional y psicológico producto, justamente, de la quebrantada relación existente entre la pareja litigante. También, detectó sentimientos en ella- la demandada- de temor, tristeza e impotencia. Con respecto al menor, en el dictamen respectivo...” (sic) (folios 334 a 338), la misma profesional indicó que en el plano emocional presentaba signos de ansiedad, demanda de atención y afecto, irritabilidad, enfado, conducta agresiva, soledad, tristeza, poca tolerancia a los límites, confuso ante la situación familiar; aspectos que atribuye a la separación de sus padres. No hay duda, entonces, que existe una relación de causalidad entre la conducta adúltera y seviciosa de don ...y el trastorno psicológico de su pareja e hijo. El artículo 48 bis del Código de Familia establece: “De disolverse el vínculo matrimonial, con base en alguna de las causales establecidas en los incisos 2), 3) y 4) del artículo 48 de este Código, el cónyuge inocente podrá pedir, conjuntamente con la acción de separación o de divorcio, daños y perjuicios de conformidad con el artículo 1045 del Código Civil” (Así adicionado mediante Ley N° 7689 de 21 de agosto de 1997). Por su parte, el numeral 1045 del Código Civil, dispone: “Todo aquel que por dolo, falta, negligencia, o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios”. Esta norma general, aplicable a la especie, permite concluir que el señor ... debe reparar los daños y perjuicios ocasionados a la demandada y a su hijo, los cuales se fijan, prudencialmente, en la suma de dos millones de colones (¢2.000.000) para cada uno....”

De esta manera se observa que el rubro del daño moral concedido en abstracto en esta sentencia de primera instancia, se dicta conforme a derecho pues surge de la demostración de los hechos mismos constitutivos de la causal invocada, según las reglas generales de la materia, en este caso las de familia, el daño moral, entonces, se deduce por los propios hechos ilícitos que han perjudicado a la persona en sus afecciones más íntimas, en su integridad física o psíquica o en ambas, en su honor, etc. sin necesidad, incluso, de demostrar especialmente la pena o el dolor del sujeto o su trascendencia familiar o social. No puede considerarse que la condenatoria en abstracto al daño moral implique un doble proceso indemnizatorio, en el sentido de que también en el carácter de cónyuge culpable se le condenó al accionado a pagar pensión alimentaria. Un tema no tiene relación con el otro, pues, la pensión alimentaria si bien se liga con aspectos de culpabilidad o mejor dicho de no culpabilidad en las causales, la causa obligacional es diferente pues en uno tiene como sustrato la satisfacción de las necesidades que menciona el artículo 164 del Código de Familia, es decir la comida, la habitación, la salud, etc. En el otro la causa es la indemnización ante un daño. Una obligación no tiene que ver directamente con la otra y no se constituye en una “doble indemnización” como dice el apelante. Por ello, en lo decidido en el punto del daño moral, debe mantenerse lo decidido.

VII.-

COSTAS: La parte demandada pide la revocatoria de la condenatoria en costas. Alega que no ha existido oposición al proceso de divorcio si no a las petitorias exageradas y desproporcionadas que fueron rechazadas en sentencia. Debe señalarse que la condenatoria en costas responde a la aplicación de la regla general del artículo 221 del Código Procesal Civil, sin que sea de recibo la



aplicación de las excepciones del artículo 222 del mismo cuerpo legal. Recordemos que el artículo 221 del Código Procesal Civil plantea la pauta de que el vencido en el proceso pagará las costas procesales y personales. El numeral 222 de ese Código señala la posibilidad de no aplicar dicha regla general del numeral 221 cuando se ha litigado con evidente buena fe, cuando la demanda o contrademanda comprenda pretensiones exageradas, cuando el fallo acoja solamente parte de las peticiones fundamentales de la demanda o reconvenición, cuando el fallo admita defensas fundamentales de importancia invocadas por el vencido y cuando haya vencimiento recíproco. Este Tribunal considera que ninguno de los presupuestos de excepción se configura plenamente como para que se decrete una absolución de costas al vencido. Por ello, lo que corresponde es confirmar en este punto apelado la sentencia recurrida.

POR TANTO:

Se revoca la sentencia recurrida únicamente en cuanto deniega la suspensión de la patria potestad y en su lugar se acoge dicha pretensión, se suspende al demandado de la patria potestad de sus hijos M.A.y M.C. En lo demás apelado se mantiene incólume la resolución impugnada.

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 BOZA UMAÑA, María del Rocío y otras. La Guarda crianza y educación compartida después de la Ruptura Conyugal: Su posible aplicación en el ordenamiento Jurídico Costarricense. Seminario de Graduación para optar por el título de licenciatura en Derecho. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio. U.C.R. 1995. pp 24-26.
- 2 Asamblea Legislativa. Código de Familia. Ley : 5476 del 21/12/1973. Fecha de vigencia desde: 05/08/1974
- 3 TRIBUNAL DE FAMILIA. VOTO No. 360-09. San José, a las doce horas del veinticuatro de febrero del dos mil nueve.
- 4 TRIBUNAL DE FAMILIA. .VOTO No. 66-06. San José, a las once horas cuarenta minutos del veinticinco de enero del dos mil seis.