



La Patria Potestad sobre los hijos habidos fuera del matrimonio

Rama del Derecho: Derecho de Familia.	Descriptor: Guarda, crianza y educación.
Palabras Clave: Patria Potestad, Hijo fuera del matrimonio, Modificación, Régimen de visitas.	
Fuentes: Normativa y Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 02/05/2014.

El presente documento contiene jurisprudencia sobre la patria potestad de los hijos habidos fuera del matrimonio, se consideran los supuestos del artículo 155 del Código de Familia, por medio de las sentencias se explican temas como: el régimen de visitas, la legitimación para modificar el régimen de guarda, crianza y educación, la imposibilidad de otorgar éste régimen a terceras personas, la falta de legitimación de la abuela para solicitar la patria potestad, entre otros.

Contenido

NORMATIVA.....	2
Patria Potestad sobre los Hijos habidos fuera del Matrimonio	2
JURISPRUDENCIA	2
1. Régimen de visitas: Análisis doctrinario y jurisprudencial sobre el concepto y contenido del derecho	2
2. Análisis sobre la legitimación para solicitar la modificación de la guarda, crianza y educación ..5	
3. Imposibilidad legal para otorgarle valor a la delegación de los atributos hecha directamente por el padre o la madre en una tercera persona	12
4. Progenitores no tienen legitimación para solicitar depósito de menor con su abuela	17
5. Análisis jurisprudencial acerca del ejercicio de la autoridad parental en conjunto cuando el menor sea producto de una relación extramatrimonial	25
6. Autoridad parental: Falta de legitimación de la abuela del menor para solicitarla	27
7. Autoridad parental: Análisis con respecto del hijo extramatrimonial y normativa aplicable	29

NORMATIVA

Patria Potestad sobre los Hijos habidos fuera del Matrimonio

[Código de Familia]ⁱ

ARTÍCULO 155.-

La madre, aún cuando fuere menor, ejercerá la patria potestad sobre los hijos habidos fuera del matrimonio y tendrá plena personería jurídica para esos efectos.

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.

(Así reformado por el artículo 1º de la ley N° 5895 de 23 de marzo de 1976)

(Interpretado por resolución de la Sala Constitucional N° 1975-94 de las 15:39 horas del 26/04/1994, que fue adicionada por resolución de la misma Sala No.3277-00 de las 17:18 horas del 15 de abril de 2000. La interpretación se realizó en el siguiente sentido: "Se declara con lugar la acción y en consecuencia se anula el párrafo segundo del artículo 142 del código de familia, excepto en los casos en que el reconocimiento del hijo extramatrimonial no haya sido de común acuerdo o con aceptación de la madre. Asimismo, se declara que el párrafo primero del citado artículo es constitucional siempre que se interprete en armonía con lo aquí resuelto para el párrafo segundo.")

(Así corrida su numeración por el artículo 2 de ley No.7538 del 22 de agosto de 1995, que lo traspasó del antiguo artículo 142 al 155)

JURISPRUDENCIA

1. Régimen de visitas: Análisis doctrinario y jurisprudencial sobre el concepto y contenido del derecho

[Tribunal de Familia]ⁱⁱ

Voto de mayoría:

"III.- DE LA INTERRELACIÓN FAMILIAR: Es verdad de perogrullo que las personas menores de edad tienen el derecho fundamental de relacionarse con sus dos progenitores. No solo porque ello esté consagrada en la Convención sobre los derechos del niño y en otros instrumentos internacionales; sino porque se desprende de la simple lógica que las personas menores de edad requieren mantener y fortalecer sus vínculos afectivos, con el fin de tener una vida equilibrada y estable psicológicamente hablando.

Esta Cámara tiene muy claro los alcances del mencionado derecho fundamental; al punto que ha expresado lo siguiente, en el voto número 610-11 de las once horas diez minutos del dieciocho de mayo de dos mil once:

"El propósito del reconocimiento del derecho en cuestión no es otro que fomentar y favorecer, máxime cuando se les dificulta hacerlo de manera habitual por algún motivo fáctico —un conflicto o enfrentamiento— o jurídico —por ejemplo, la asignación exclusiva de su guarda, crianza y educación—, la interacción —verse, tratarse y conocerse mejor— y el intercambio afectivo entre el hijo o la hija y el padre o la madre no conviviente y, en última instancia, mitigar o reducir, sobre todo para aquel o aquella, las secuelas de la separación familiar y evitar que su proceso de crecimiento, desarrollo y socialización esté marcado por la pérdida paulatina del cariño, del contacto y de la guía de quien es o debería ser uno de sus referentes primarios. Como apunta Claudio Alejandro BELLUSCIO, "Lo que se persigue mediante el régimen de visitas es reconstruir lo mejor posible en los menores (sic) el vínculo familiar, a través del fortalecimiento progresivo de los lazos afectivos que los unen con el progenitor que no ejerce la tenencia." [Régimen de visitas. Regulación jurídica, Buenos Aires: Editorial Universidad, 2010, p. 28]. En otras palabras, ese instituto procura impedir que el padre o la madre no residente termine siendo alguien extraño con el paso del tiempo y que el niño o la niña pueda relacionarse con él o ella y con otras personas de su entorno familiar, lo que, sin duda, es susceptible de proporcionarle un equilibrio psicológico fundamental para su desarrollo personal y social. Como ha indicado este Tribunal, se trata, en definitiva, del "(...) medio a través del cual, los progenitores continúan manteniendo y profundizando la relación con sus vástagos, cuando no ostentan [...su...] guarda (...)." (Voto n.º 326-03, de las 8:15 horas del 5 de marzo de 2003, reiterado, entre otros, en los n.os 99-08, de las 8:30 horas del 23 de enero y 896-08, de las 8:40 horas del 14 de mayo, ambos de 2008). En principio, ese derecho no permite, entonces, dirigir la vida del hijo o de la hija, gobernarle o tomar decisiones sobre su presente o su futuro. Y su reconocimiento como tal tampoco desconoce que, en muchas ocasiones, puede permitirle a las personas adultas instrumentalizarlo para provocarse daño y crearse dificultades en forma recíproca; tal es lo que sucede, por ejemplo, cuando se obstaculizan sus relaciones con el otro o la otra, se le habla mal de él o de ella o se le desautoriza [RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (1997), El derecho de visita, Barcelona: José María Bosch Editor, S. L., 423 pp.]. Precisamente por eso, también se admite que, en forma excepcional, pueda limitarse o impedirse cuando se compruebe que es un medio para entorpecer el desarrollo integral de su titular. Ya este órgano ha señalado que, en tanto derecho fundamental, su ejercicio por el padre o la madre "(...) tiene límites, (...) no es absoluto y (...) comporta deberes y responsabilidad para con su menor hijo, a quien el régimen debe brindar mayores gratificaciones por encontrarse en pleno proceso de estructuración de personalidad. Y debe (...) establecerse con base en el interés superior del niño, principio rector de toda nuestra legislación familiar, entendido este como lo que más conviene al menor (sic) en el ejercicio de sus derechos (...)." (Voto n.º 1558-02, de las 10:20 horas del 13 de noviembre de 2002. Ver, también, los n.os 1544-03, de las 9:50 horas del 6 de noviembre de 2003; 1948-04, de las 8:45 horas del 9 de noviembre de 2004; 1369-05, de las 10:50 horas del 7 de setiembre de 2005; 1052-08, de las 8:30 horas del 29 de mayo; 1917-08, de las 9:20 horas del 28 de octubre, ambos de 2008; 80-09, de las 9:05 horas del 13 de enero; 460-09, de las 9:10 horas del 17 de marzo; 952-09, de las 8:10 horas del 16 de junio, los tres de 2009; 456-10, de las 7:30 horas del 8 de abril; 594-10, de las 9:40 horas del 3 de mayo; 704-10, de las 9:50 horas del 26 de mayo; 985-10, de las 13:10 horas del 20 de julio; 1260-10, de las 8:20 horas del 8 de setiembre; 1692-10, de las 8 horas del 7 de diciembre, los últimos de 2010 y 434-11, de las 8 horas del 1º de abril de 2011)".

De conformidad con las premisas citadas se abordará el presente asunto.-

IV.- CASO CONCRETO: En el caso de marras, la demandada alega que se le ha causado indefensión, ya que no recibió la notificación de la convocatoria a la audiencia de pruebas, porque el fax señalado ha presentado problemas. Al respecto, se le hace ver a la apelante que la circunstancia mencionada, es de su total responsabilidad y de su director legal. Obviamente, no se le puede achacar responsabilidad alguna al despacho de instancia, por un defecto del facsímil que voluntariamente señaló la parte interesada. De ahí que se rechaza este agravio.

Ahora bien, en cuanto al fondo del proceso, la accionada se opone al establecimiento de un régimen de visitas, por cuanto alega que ella es quien ostenta la autoridad parental sobre su hijo, a diferencia del actor, quien simplemente lo reconoció con su consentimiento; lo cual implica la nulidad del fallo. Adicionalmente, acusa que las manifestaciones de los testigos fueron complacientes, que el actor no ha sido un padre preocupado y que el régimen de visitas es totalmente abierto.

En relación con el tema de la autoridad parental, no lleva razón la recurrente. El artículo 155 del Código de Familia (antes 142), establecía que la madre era quien ostentaba la autoridad parental sobre sus hijos e hijas y que sólo, excepcionalmente, el padre podría compartir tal ejercicio, a petición de parte o del Patronato Nacional de la Infancia. Sin embargo, hace casi veinte años, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el voto número 1975-94 de las quince horas treinta y nueve minutos del veintiséis de abril de mil novecientos noventa y cuatro, declaró inconstitucional la fórmula establecida en el artículo citado, por lo que se dispuso que tanto la madre como el padre, de los hijos/hijas nacidos fuera del matrimonio, ostentarían la autoridad parental. Dice el voto mencionado, en lo conducente:

"El párrafo impugnado es inconstitucional únicamente si, ligado al primero, impone una limitación en cuanto al ejercicio de la patria potestad, al padre de hijo extramatrimonial, dejando a casos excepcionales un ejercicio compartido, porque la jurisprudencia habida en esta materia lleva a que prácticamente solo se conceda tal ejercicio compartido a situaciones en que hay una vida en familia de los padres. Pero, por otra parte, el párrafo segundo no es inconstitucional para casos en donde el reconocimiento de extramatrimonial se ha operado sin el consentimiento de la madre, es decir, unilateralmente. Si en la normativa del Registro Civil hubiera un mecanismo por el que la madre del menor -o quien ejerza su representación- fuera notificada del reconocimiento operado, tal vez la situación se clarificaría más rápidamente. Pero en el estado actual de cosas, en tratándose de quien se afirma padre, por motivos prácticos no queda más que aceptar el párrafo segundo del artículo 142 del Código de Familia en su literalidad. De lo contrario, se obligaría a la madre o representante del reconocido a accionar para impugnar ese reconocimiento, lo que no parece razonable. Además, en los casos en que la madre no acceda a prestar su consentimiento, de modo injustificado, quien se dice padre tiene a su alcance la jurisdicción, a fin de demostrar plenariamente su condición de tal. Esta sentencia, pues, independientemente de que se articule diferente en la parte dispositiva, dada la petitoria de la acción, debe establecer con toda claridad:

*1) que el párrafo primero del artículo 142 del Código de Familia no es inconstitucional, en tanto que la patria potestad del hijo extramatrimonial le corresponde a la madre, **cuando se desconozca -jurídicamente- quién es el padre;***

*2) **que el párrafo segundo de la citada norma es inconstitucional, en cuanto de pleno derecho niega la patria potestad al padre de un hijo extramatrimonial, independientemente de las circunstancias, dejando el otorgamiento de ese derecho a***

una declaratoria del juez "en casos especiales a juicio suyo" y "atendiendo al interés de los menores".

Este artículo sería constitucional, en tanto se refiera a una situación de reconocimiento unilateral de hijo extramatrimonial, pues no obstante que el Registro Civil anote esa circunstancia en el asiento de nacimiento del menor, y surta ciertos efectos jurídicos, se trata únicamente de la manifestación del padre, sin el consentimiento de la madre o quien ejerza la representación del menor. Hay, en resumen, un condicionamiento y una íntima conexión entre el párrafo primero y segundo del artículo 142 del Código de Familia que no puede llevar sino a una declaratoria de principio y distinta para cada uno de ellos."

Valga aclarar que, hoy día, el reconocimiento unilateral no es permitido y que el artículo 142 lleva actualmente el número 155. Asimismo, debe entenderse que el padre extramatrimonial ostenta los mismos derechos que la madre, salvo casos concretos en que se hayan limitado judicialmente. De tal suerte, no hay nulidad alguna que decretar.

En cuanto a las supuestas inconsistencias, en las declaraciones de los testigos, se debe señalar que la interrelación familiar no depende de la buena o mala relación que haya tenido la madre del menor con el padre y sus familiares; es decir, no hay una causalidad entre tales conceptos. El derecho a visitas es de carácter fundamental y el titular de este es la persona menor de edad, sea que sus progenitores se lleven bien o mal, sea que sus abuelas/abuelos se conozcan o no. Igualmente, son irrelevantes los detalles en torno a la pensión alimentaria y la relación entre los involucrados. Lo que sí es importante es garantizar que la persona menor de edad conozca y comparta con su padre y demás familiares, todo dentro del marco de su mejor interés. No es cierto que se haya dado un régimen de visitas abierto. Nótese que el régimen básico se verificará cada quince días y durante siete horas. El resto de días corresponde a fechas especiales. Esta Cámara no encuentra que se esté poniendo en riesgo al menor, de forma alguna, por lo que rechaza todos y cada uno de los agravios formulados."

2. Análisis sobre la legitimación para solicitar la modificación de la guarda, crianza y educación

[Tribunal de Familia]ⁱⁱⁱ

Voto de mayoría

"IV.- La Sala Segunda ha señalado que "(...) la legitimación en la causa (...), junto con el derecho y el interés actual, constituyen los tres presupuestos materiales de la pretensión. Por tal razón, la misma (sic), a diferencia de la legitimación ad procesum, no constituye propiamente un presupuesto de admisibilidad de la demanda, ni influye en la validez y eficacia del proceso en sí, pero sí constituye una condición necesaria para obtener una sentencia estimatoria. El numeral 104 del Código Procesal Civil reza: "Parte Legítima: Es aquella que alega tener una determinada relación jurídica con la pretensión procesal". Así, el actor (sic) es aquella persona que, al tenor de la ley, formula las pretensiones de la demanda, y el demandado (sic), quien se opone a esa pretensión; de ahí surge precisamente el fundamento de la relación sustancial que se da entre ambos con relación al objeto concreto del proceso y el interés de estos en la obtención de la sentencia de fondo. Al respecto, la

doctrina explica: "La tutela jurisdiccional debe ser otorgada únicamente si obtenerla le corresponde a quien la solicita y, por supuesto, si procede otorgarla frente al concreto sujeto demandado: el deudor, el vendedor. Que una sentencia otorgue la tutela pretendida depende también de una precisa legitimación activa y pasiva. Y la legitimación activa significa – utilizando una vieja distinción puramente lógica– que no basta que exista un derecho, sino que es necesario que, existiendo, le corresponda o se le pueda atribuir justamente a la persona que lo esgrime, o lo hace valer en el proceso. Igualmente, cuando se pretende una tutela jurisdiccional respecto de un determinado sujeto (y esta determinación pasiva sirve para identificar y distinguir la acción afirmada o la pretensión, porque no hay acciones o pretensiones sin sujeto titular y sin sujeto pasivo concretos), no importa solo que esté fundada la exigencia de la prestación que la concesión de la tutela comportaría (entregar un determinado bien o una cantidad de dinero, no hacer algo, etc.), sino que es necesario, además, que el demandado o demandados sean precisamente los sujetos a los que debe afectar aquella concesión, por ser los sujetos obligados o titulares del deber de realizar la prestación o, por mejor decir, su equivalente (...). Se ha dicho, con razón, que la legitimación enseña algo completamente elemental: que los derechos subjetivos no existen sin sujetos titulares ni sin sujetos pasivos y que, de ordinario, los derechos no se pueden hacer valer si no es por aquéllos y frente a estos" (DE LA OLIVA SANTOS (Andrés), DIEZ-PICAZO GIMENEZ (Ignacio) y otros, Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil, Civitas Ediciones, Madrid, 2001, p. 95) (sobre los temas desarrollados en este considerando pueden consultarse los votos de esta Sala N° 399-02 y 660-06)." (Voto n.º 2008-596, de las 8:45 horas del 25 de julio de 2008). Sin duda, ese criterio también es aplicable en cualquier proceso de familia.-

V.- Como ya lo puntualizó este Tribunal en el voto n.º 654-10, de las 12 horas del 19 de mayo de 2010, la patria potestad o autoridad parental remite a las relaciones jurídicas del hijo o de la hija menor de dieciocho años con su padre y con su madre. Y, gracias al desarrollo de la doctrina de la protección integral, en la actualidad, más que ante un poder absoluto o un derecho, se está en presencia de una función social establecida en beneficio del primero o la primera, cuyo núcleo es la obligación de garantizarle el disfrute efectivo de sus derechos básicos. En el voto n.º 2001-2050, de las 15:54 horas del 14 de marzo de 2001, la Sala Constitucional estableció que *"Debe insistirse en que los padres lo que tienen frente a sus hijos son básicamente obligaciones, y bajo esta perspectiva lo que pueden concebirse como derechos, son justamente la posibilidad de acreditar la paternidad del menor (sic) y otorgarle su apellido, a fin de ejercer las funciones que se esperan de un progenitor, que incluyen no sólo (sic) el apoyo económico, sino además la atención, cuidado y desarrollo de vínculos emocionales con los hijos."* Esta Cámara, en el voto n.º 2207-04, de las 9 horas del 14 de diciembre de 2004, reiterado en el n.º 59-08, de las 11:20 horas del 18 de enero de 2008, apuntó que *"Los Derechos de los Niños y Niñas se pueden resumir en cuatro categorías: Supervivencia, Crecimiento, Protección y Participación. Dentro de la Supervivencia se tiene el derecho a la vida, a la salud, y a la felicidad. En el Crecimiento el derecho a una familia, a ser educado en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad, y solidaridad que le permita crecer como una persona única, distinta y especial. En la protección se ostenta el derecho a que se le respete la identidad e integridad, a ser protegido de todo abuso físico, sexual o mental, a no ser maltratado ni castigado. En lo de participación, el derecho a jugar a pensar, a expresarse."* Sin duda, todos ellos suponen deberes correlativos del progenitor y de la progenitora, que hacen indispensable el reconocimiento legislativo de un conjunto de potestades instrumentales orientadas a

posibilitar su efectivo disfrute por parte de sus titulares. Tales poderes-deberes conforman el contenido de la patria potestad o autoridad parental, que en doctrina se suele clasificar en tres grupos, a saber: el contenido personal, el patrimonial y el relacionado con la representación. El primero hace referencia a la guarda, la crianza y la educación del hijo o de la hija. La guarda o custodia se traduce en el poder y el correlativo deber de tenerle en su compañía (convivir), asistirle, cuidarle, corregirle y velar en forma constante por su integridad física y psíquica. La crianza supone proporcionarle los alimentos y los estímulos necesarios para su adecuado desarrollo, así como atender sus necesidades fundamentales. La educación implica el deber de formarle y prepararle para la vida social autónoma y no solo el de brindarle la oportunidad de adquirir conocimientos formales (artículos 143 y 144 del *Código de Familia* y voto de este Tribunal n.º 1236-02, de las 8:30 horas del 12 de setiembre de 2002). La potestad de administración de los bienes del hijo o de la hija menor de dieciocho años constituye el contenido patrimonial (artículos 145, 146 y 147 *ibídem*). Por último, a través de la representación, el padre y la madre actúan a nombre de sus vástagos, mientras no hayan adquirido plena capacidad de actuar y siempre que no tengan un interés opuesto al de ellos y ellas; caso en el cual ha de nombrárseles un curador especial (artículo 140 del *Código de Familia*). Eso mismo debe hacerse cuando se está en presencia de alguna discapacidad cognoscitiva, conforme lo dispone el artículo 162 *ibídem* (ver, entre otros, los votos de este Tribunal n.os 1473-03, de las 13:05 horas del 23 de octubre de 2003; 1681-08, de las 8:10 horas del 18 de setiembre; 589-08, de las 9:40 horas del 27 de marzo y 929-08, de las 11:20 horas del 14 de mayo, los tres de 2008).-

VI.- De conformidad con lo previsto en los artículos 33, 52 y 53 de la *Constitución Política*; 16, inciso d), de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer*, aprobada por Ley N.º 6968 de 2 de octubre de 1984 y en los incisos 1º del 7 y del 18 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, aprobada por Ley N.º 7184 de 18 de julio de 1990 y con absoluta independencia del estado civil de cada uno (ver los votos de la Sala Constitucional n.os 1975-94, de las 15:37 horas del 26 de abril de 1994 y 2006-12019, de las 16:32 horas del 16 de agosto de 2006), por regla general, la patria potestad o autoridad parental ha de ser ejercida por ambos progenitores. En principio, entonces, las decisiones concernientes a los hijos y a las hijas menores de dieciocho años tendrían que ser adoptadas de mutuo acuerdo y siempre teniendo presente su interés superior. Elocuente es, al respecto, el texto de la última norma citada, en virtud de la cual "*Los Estados Partes pondrán el máximo de empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. / Incumbirá a los padres o, en su caso, a los responsables legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.*"

En lo conducente y por su orden, los ordinales 151 y el 140 del *Código de Familia* disponen que: "*El padre y la madre ejercen, con iguales derechos y deberes, la autoridad parental sobre los hijos habidos (...).*" "*Compete a los padres regir a los hijos, protegerlos, administrar sus bienes y representarlos legalmente.*" Por último, el 30 del *Código de la niñez y adolescencia* estipula lo siguiente: "***Derecho a la vida familiar.*** *Las personas menores de edad tendrán derecho a conocer a su padre y madre; asimismo, a crecer y desarrollarse a su lado y ser cuidadas por ellos. Tendrán derecho a permanecer en su hogar del cual no podrán ser expulsadas ni impedidas de regresar a él, salvo decisión judicial que así lo establezca.*"

Ello es así fundamentalmente cuando esas personas conviven juntas o mantienen una excelente comunicación. En el supuesto contrario, los principales atributos de la autoridad parental o patria potestad; es decir, los de naturaleza personal —guarda, crianza y educación—, suelen ser ejercidos por aquel o por aquella con quien resida el hijo o la hija, sin que eso implique la imposibilidad del otro o de la otra de participar en las decisiones que sea necesario implementar, sobre todo cuando un órgano jurisdiccional lo haya dispuesto así (ver, en similar sentido, el voto de este Tribunal n.º 929-08, de las 11:20 horas del 14 de mayo de 2008) o la de ejercer su deber de vigilancia.-

VII.- De las normas antes referidas y de lo resuelto por la Sala Constitucional en los votos n.ºs 1975-94 y 2006-12019, ya citados, se desprende que la titularidad de la patria potestad o autoridad parental es consecuencia directa e inmediata del acto de procreación y, por tanto, corresponde en forma exclusiva a quienes ostenten la condición de progenitores (conviene revisar el voto de la Sala Segunda n.º 2004-825, de las 10:35 horas del 29 de setiembre de 2004 y los de este órgano n.ºs 2014-04, de las 10:50 horas del 16 de noviembre; 2218-04, de las 10:50 horas del 14 de diciembre, ambos de 2004 y 324-05, de las 7:50 horas del 30 de marzo de 2005). Así lo ha entendido la instancia jurisdiccional responsable del control de constitucionalidad en varios de sus pronunciamientos. En el n.º 2006-16030, de las 9:33 horas del 3 de noviembre de 2006, destacó que *"(...) la patria potestad debe entenderse como los poderes-deberes de madre y padre, mediante la cual se ejerce el gobierno sobre los hijos que se desglosa en guarda, crianza y educación del hijo, administración de sus bienes, así como responder civilmente por él -artículo 127 del Código de Familia-, esto último debido a que los hijos menores de edad carecen de conformidad con el derecho, de capacidad de goce y disfrute directos, así como por su inmadurez psicológica y física. El artículo 130 del Código de Familia, en lo conducente, dice: "La autoridad parental confiere los derechos e impone los deberes de educar, guardar, vigilar y en forma moderada, corregir al hijo...". Es claro que los poderes-deberes de la patria potestad derivan por la procreación como instituto natural."* (Ver, en igual sentido, los votos n.ºs 1975-94 y 2006-12019, ya citados). Es más, eso explica que el párrafo primero del artículo 155 del *Código de Familia* disponga que *"La madre, aún (sic) cuando fuere menor, ejercerá la patria potestad sobre los hijos habidos fuera de matrimonio y tendrá plena personería jurídica para esos efectos."* (Ver, también, el voto de este Tribunal n.º 1561-05, de las 9 horas del 12 de octubre de 2005). Su ejercicio, en cambio, sí puede recaer en uno solo de los padres en determinadas circunstancias, aunque, en principio, compete a ambos por igual. En diversas oportunidades este Tribunal ha especificado que *"Se distinguen como aspectos importantes a tomar en cuenta (...), la titularidad y el ejercicio. La titularidad es la condición de destinatario de aquéllos (sic) derechos y deberes que corresponden al sujeto que tiene autoridad parental sobre los hijos; es intransferible, irrenunciable e indivisible, los titulares conjuntos -casos de padre y madre con esa autoridad- no tienen "partes" de estederecho, 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 (sic) si puede corresponder por separado a uno o al otro, o bien a ambos progenitores. El ejercicio se traduce en la ejecución de atributos derivados de la autoridad parental como la guarda, crianza y educación, entre otros."* (Voto n.º 142-02, de las 9:30 horas del 6 de febrero de 2002, reiterado, entre otros, en los n.ºs 2041-04, de las 7:30 horas del 24 de noviembre de 2004; 1863-06, de las 9:55 horas del 22 de noviembre de 2006; 1598-07, de las 9:20 horas del 20 de noviembre de 2007 y 1353-09, de las 10:30 horas del 8 de setiembre de 2009). De todo ello se sigue que,

por regla general, tanto su titularidad como el ejercicio de los atributos que conforman sus diversos contenidos son personalísimos, irrenunciables e innegociables o indisponibles. Reafirma esa conclusión lo previsto en los numerales 141 y 60, en relación con el 48, inciso 7), todos del *Código de Familia*, a cuyo tenor "*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.*"

"(...) Los esposos que la pidan [la separación o el divorcio por mutuo consentimiento] deben presentar al Tribunal un convenio en escritura pública sobre los siguientes puntos: / 1) A quién corresponde la guarda, crianza y educación de los hijos menores; (...)" En otras palabras, las potestades propias de la patria potestad no se pierden por la sola voluntad de las partes, ni por su abandono en el ejercicio. Y si, en principio, sobre esos atributos cabe únicamente el pacto *entre* los progenitores con el exclusivo propósito de establecer cuál de los dos los ejercerá, parece claro que también son intransferibles (ver, en igual sentido, el voto n.º 1556-10, de las 10:40 horas del 9 de noviembre de 2010). A ello debe agregarse que la guarda o custodia, la crianza y la educación —columna vertebral de la institución de comentario— presuponen el reconocimiento legal de que las personas guardadoras tienen autoridad sobre él o ella; es decir, que son titulares de la autoridad parental. En consecuencia, tanto una como las otras son, además, indelegables, sin detrimento, claro está, de los cambios ejecutados por alguna necesidad temporal del padre o de la madre o del hijo o de la hija, como sería, por ejemplo, el traslado a una residencia distinta para poder cursar sus estudios, lo cual no se traduce jurídicamente en una delegación de la autoridad parental. Abona lo indicado el que su extinción esté sometida a hechos jurídicos (muerte o mayoría de edad) o a actos judiciales con intervención de los órganos competentes. El ordinal 36 del *Código de la niñez y adolescencia* resume esto último en los siguientes términos: "*Causales de separación definitiva. Las causas que dan lugar a la separación definitiva de una persona menor de edad de su familia son las previstas en el Código de Familia, como causales de pérdida o suspensión de la autoridad parental. La suspensión o terminación de los poderes y deberes que confiere la patria potestad sólo (sic) puede ser decretada por un juez (sic).*" -

VIII.- En síntesis, ha de quedar claro que, como ya se indicó, en tanto titulares de la autoridad parental, solo el padre o la madre podrían reclamar la asignación de la guarda, crianza y educación de sus hijos e hijas menores de dieciocho años. En un asunto semejante (voto n.º 1712-05, de las 9:50 horas del 9 de noviembre de 2005), este Tribunal tuvo la oportunidad de apuntar que "*En conclusión: solo la madre o el padre pueden solicitar el atributo de la autoridad parental, cual es, la guarda, crianza y educación de los hijos, mas (sic) no la abuela de alguno (...), pues no tiene legitimación ni legal ni procesal para hacerlo, y esto es lo que solicita la gestionante en el hecho primero de su petitoria: "Se me otorgue la patria potestad, guarda, crianza y educación de los menores." No esta (sic) legitimada ni para gestionar en esta vía abreviada se le otorgue la patria potestad de su (sic) nietos, ni mucho menos la guarda, crianza y educación.*" En fecha más reciente (voto n.º 115-08, de las 11:10 horas del 23 de enero de 2008), se reiteró en parte ese criterio: "*La discusión relativa a cuál de los progenitores corresponde la guarda, crianza y educación de un hijo o hija, es EXCLUSIVA de tales progenitores; es decir solamente ellos están legitimados, activa y pasivamente, para disputarse tales atributos de la autoridad parental, tal y como se desprende del numeral 151 del Código de Familia. En tal inteligencia no debió atenderse*

gestión alguna de los padres del actor, ni de ninguna otra persona, ya que cualquier tercero es ajeno a la litis planteada. (...) En apariencia se ha dado una confusión de conceptos, sea entre autoridad parental (el cual contiene los atributos de guarda, crianza y educación) y la figura del depósito, siendo que éste (sic) último implica la custodia o cuidado de la persona menor de edad, mas no el ejercicio de atributos de autoridad parental, lo que solamente podría estar en manos del padre o madre del niño o niña involucrados. En otras palabras, siguiendo este razonamiento, ningún progenitor podría ser depositario -en sentido estricto- de su hijo(a), ya que de por sí ejerce la autoridad parental; y a su vez ningún depositario puede ejercer la guarda, crianza y educación de un menor, sino simplemente el cuidado o custodia del mismo (sic), ya que no es progenitor de éste (sic).” Por último, en el voto n.º 1329-10, de las 8:15 horas del 27 de setiembre de 2010, puntualizamos que “En el caso concreto no se trata de que se le niegue a la señora (...) su derecho de accionar en procura de que se le confiera, eventualmente, la custodia de su nieta, el punto es que lo pretendido, dentro de un proceso abreviado de guarda, crianza y educación, solo puede ser objeto de discusión por parte de quienes ostentan la autoridad parental, sobre la persona menor de edad, que no son otros que sus progenitores. (Ver artículos 152 ibídem).”-

IX.- Es cierto que, en el derecho positivo costarricense, los numerales 825 a 834 del *Código Procesal Civil*, que conforman el Capítulo I del Título II —*Disposiciones especiales*— de su Libro IV —*Actividad judicial no contenciosa y disposiciones comunes*—, regulan el depósito de personas y, como parte de esa figura, la de quienes no han alcanzado la mayoría y están sujetas a patria potestad o autoridad parental y que cualquiera podría recurrir a ese mecanismo jurídico para hacer realidad su protección cuando sus representantes legales; es decir, sus padres o sus tutores, no velen por él o ella como corresponde o le enfrentan a situaciones adversas. En efecto, por su medio, el ordenamiento jurídico habilita a la autoridad judicial competente para otorgar su tenencia, custodia y cuidado personal —en otras palabras, su depósito— a una persona o institución, con todas las consecuencias de rigor. Para ello es preciso que la persona interesada, ya sea directamente o a través de un representante legal con poder suficiente para actuar en su nombre (artículo 118 *ibídem*), solicite en forma concreta al Juzgado de primera instancia su nombramiento como depositaria judicial. En el trámite respectivo debe otorgársele audiencia tanto a los titulares de la patria potestad del niño o de la niña, como al Patronato Nacional de la Infancia. Además, es necesario ordenar y evacuar los elementos de convicción que se estimen pertinentes a efecto de poder determinar si el otorgamiento del depósito reclamado a la persona promotora resguarda o no el interés superior de la persona menor de dieciocho años. De acuerdo con el numeral 820 *ibídem*, “*El procedimiento se iniciará por escrito del interesado, en el que formulará la pretensión correspondiente y acompañará los documentos necesarios, con indicación de las normas legales aplicables. Los documentos se agregarán al expediente sin más trámite. Cuando fuere necesaria audiencia a alguna persona, se le conferirá por un plazo de tres días. / Se dará intervención al Patronato Nacional de la Infancia en los casos previstos en los artículos 119 y 120. La omisión de este trámite producirá la nulidad de lo actuado. / El juez (sic) podrá ordenar de oficio la práctica de cualquier prueba. Listo el expediente para resolver, el juez (sic) decidirá lo pedido en el plazo de diez días, sin que esté obligado a externar criterio de legalidad estricta, para lo cual podrá escoger la resolución que considere más conveniente u oportuna. / El juez (sic) prevendrá la aceptación y el juramento de cualquier cargo dentro del plazo de tres días.*” El 834 *ibídem* dispone que “*Las pretensiones que puedan formularse por las partes (sic) o el*

depositario (sic), sobre constitución o variación del depósito, y cualesquiera otros incidentes a que éste (sic) pueda dar lugar, antes o después de haberse constituido definitivamente, se sustanciarán con un escrito por cada parte, y, oídas sus justificaciones en una comparecencia verbal, el juez (sic) resolverá lo que proceda.” Como se desprende de lo expuesto, se trata de un típico instituto de protección y, por eso, la lectura y aplicación de las disposiciones que lo regulan no debe ser restrictiva, de manera tal que se garantice el acceso a la tutela judicial efectiva que por su medio se pretende alcanzar (ver, en similar sentido, los votos de este Tribunal n.os 1331-03, de las 8:10 horas del 2 de octubre de 2003 y 1091-04, de las 8:10 horas del 30 de junio de 2004). De sus consecuencias se ocupan los ordinales 833 y 829 *ibídem*. El primero establece que *“En el mismo auto en el que se decreta el depósito de una persona, el juez (sic) le señalará, para alimentos provisionales, la cantidad que prudencialmente crea necesaria, atendiendo el capital que le pertenezca, o el que posea el que ha de darlos. / Para la seguridad del pago de los alimentos, el juez (sic) acordará las medidas que estime necesarias y que podrán llegar hasta el embargo y el remate de bienes.”* El segundo agrega que *“Constituido el depósito, si se tratare de un menor (sic) sujeto a la patria potestad, se le nombrará un curador (sic), a quien, una vez aceptado el cargo, se le entregará certificación de las piezas necesarias, a fin de que pida en el proceso correspondiente lo que convenga en defensa de aquél (sic).”-*

X.- Podría aducirse que, en virtud de los poderes de instrucción y ordenación de los que son titulares los órganos jurisdiccionales, el *a quo* ha debido encauzar la gestión planteada por la señora J. como en derecho corresponde. Sin embargo, como ella equivocó la vía y, fundamentalmente, colocó a ese Juzgado ante la imposibilidad de poder satisfacer su pretensión en los términos en que la formuló y como resulta evidente que, en el fondo, por su medio busca amparar su negativa a cumplir con un pronunciamiento jurisdiccional firme que, aun cuando no tiene la autoridad y eficacia de la cosa juzgada, no puede dejar de ejecutarse por su mera falta de voluntad, no resulta pertinente echar mano de aquellos. Hacerlo se traduciría, por un lado, en una exoneración de la responsabilidad que le incumbe a doña J. y a quienes la han asesorado por esos errores de tramitación y, por el otro, legitimaría el oportuno y reiterado incumplimiento de una decisión trascendental en una materia tan sensible. Como bien lo señala la *Declaración sobre los principios sociales y legales relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de crianza, en los planos nacional e internacional*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por resolución n.º 41/85 de 3 de diciembre de 1986, *“Como primera prioridad (sic), el niño (sic) ha de ser cuidado por sus propios padres.”* (Artículo 3). De igual modo, el numeral 32 del *Código de la niñez y adolescencia* dispone que *“Cuando ninguno de los padres pueda encargarse del cuidado personal de sus hijos menores de edad, el Patronato Nacional de la Infancia deberá comunicar esta situación al juez (sic) e, inmediatamente, ordenará el depósito de los menores, según los procedimientos establecidos en el Código de Familia. / El padre y la madre deberán ser informados de modo claro y preciso sobre los alcances de su decisión, de acuerdo con el nivel de cultura y el contexto social al que pertenecen.”* Y es claro que, en este caso, ya fue definido que la señora S. sí puede hacerse cargo del cuidado de sus hijas Mi, Me. y M., todas ellas H.A.-

XI.- Como corolario de todo lo expuesto, existe una imposibilidad legal para otorgarle a una persona que no sea el padre o la madre uno o varios de los atributos de la autoridad

parental o patria potestad. De ahí que el rechazo de lo pretendido por la señora J. por falta de legitimación y, consecuentemente, por falta de derecho, encuentre pleno respaldo en el ordenamiento jurídico vigente. Procede, en consecuencia, desestimar el recurso formulado y confirmar el pronunciamiento apelado.”

3. Imposibilidad legal para otorgarle valor a la delegación de los atributos hecha directamente por el padre o la madre en una tercera persona

[Tribunal de Familia]^{iv}

Voto de mayoría

“**CUARTO:** El día veintinueve de agosto del año dos mil siete, el señor M. en su condición de padre de la menor A. presentó demanda contra la señora P, madre de la niña, solicitando: *"se me otorgue definitivamente la custodia, guarda, crianza y educación de mi hija"*. La madre contestó la demanda negativamente y opuso la excepción de falta de derecho. El Juzgado de primera instancia declaró con lugar la demanda. La accionada apeló. Antes del análisis de este caso concreto resulta oportuna la transcripción de algunas consideraciones que sobre este tema ha venido desarrollando este Tribunal, con el fundamental aporte de uno de los integrantes que también suscribe este voto (Héctor Amoretti Orozco). A diferencia de lo sucedido en otros momentos históricos y gracias al desarrollo de la doctrina de la protección integral, más que un poder absoluto o un derecho, la patria potestad o autoridad parental constituye hoy una función social establecida en beneficio de los hijos y las hijas menores de dieciocho años, cuyo núcleo es la obligación de garantizarles el disfrute efectivo de sus derechos básicos. En el voto n.º 2001-2050, de las 15:54 horas del 14 de marzo de 2001, la Sala Constitucional estableció que *"Debe insistirse en que los padres lo que tienen frente a sus hijos son básicamente obligaciones, y bajo esta perspectiva lo que pueden concebirse como derechos, son justamente la posibilidad de acreditar la paternidad del menor (sic) y otorgarle su apellido, a fin de ejercer las funciones que se esperan de un progenitor, que incluyen no sólo (sic) el apoyo económico, sino además la atención, cuidado y desarrollo de vínculos emocionales con los hijos."* Por su parte, en el voto n.º 2207-04, de las 9 horas del 14 de diciembre de 2004, reiterado en el n.º 59-08, de las 11:20 horas del 18 de enero de 2008, esta Cámara puntualizó que *"Los Derechos de los Niños y Niñas se pueden resumir en cuatro categorías: Supervivencia, Crecimiento, Protección y Participación. Dentro de la Supervivencia se tiene el derecho a la vida, a la salud, y a la felicidad. En el Crecimiento el derecho a una familia, a ser educado en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad, y solidaridad que le permita crecer como una persona única, distinta y especial. En la protección se ostenta el derecho a que se le respete la identidad e integridad, a ser protegido de todo abuso físico, sexual o mental, a no ser maltratado ni castigado. En lo de participación, el derecho a jugar a pensar, a expresarse."* Sin duda, todos ellos suponen deberes correlativos del padre y de la madre, que hacen indispensable el reconocimiento legislativo de un conjunto de potestades instrumentales orientadas a posibilitar su efectivo disfrute por parte de sus titulares. Tales poderes-deberes conforman el contenido de la patria potestad o autoridad parental, que la doctrina suele clasificar en tres grupos, a saber: el contenido personal, el

patrimonial y el relacionado con la representación. El primero hace referencia a la guarda, la crianza y la educación del hijo o de la hija. La guarda o custodia se traduce en el poder y el correlativo deber de tenerle en su compañía (convivir), asistirle, cuidarle, corregirle y velar en forma constante por su integridad física y psíquica. La crianza supone proporcionarle los alimentos y los estímulos necesarios para su adecuado desarrollo, así como atender sus necesidades fundamentales. La educación implica el deber de formarle y prepararle para la vida social autónoma y no solo el de brindarle la oportunidad de adquirir conocimientos formales (artículos 143 y 144 del *Código de Familia* y voto de este Tribunal n.º 1236-02, de las 8:30 horas del 12 de setiembre de 2002). La potestad de administración de los bienes del hijo o de la hija menor de dieciocho años constituye el contenido patrimonial (artículos 145, 146 y 147 *ibídem*). Por último, a través de la representación, el padre y la madre actúan a nombre de sus vástagos, mientras no hayan adquirido plena capacidad de actuar y siempre que no tengan un interés opuesto al de ellos y ellas; caso en el cual ha de nombrárseles un curador especial (artículo 140 del *Código de Familia*). Eso mismo debe hacerse cuando se está en presencia de alguna discapacidad cognoscitiva, conforme lo dispone el artículo 162 *ibídem* (ver, entre otros, los votos de este Tribunal n.ºs 1473-03, de las 13:05 horas del 23 de octubre de 2003; 1681-08, de las 8:10 horas del 18 de setiembre; 589-08, de las 9:40 horas del 27 de marzo y 929-08, de las 11:20 horas del 14 de mayo, los tres de 2008).- De conformidad con lo previsto en los artículos 33, 52 y 53 de la *Constitución Política*; 16, inciso d), de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer*, aprobada por Ley N.º 6968 de 2 de octubre de 1984 y en los incisos 1) del 7 y del 18 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, aprobada por Ley N.º 7184 de 18 de julio de 1990 y con absoluta independencia del estado civil del padre y de la madre (ver los votos de la Sala Constitucional n.ºs 1975-94, de las 15:37 horas del 26 de abril de 1994 y 2006-12019, de las 16:32 horas del 16 de agosto de 2006), por regla general, la patria potestad o autoridad parental ha de ser ejercida por ambos. En principio, entonces, las decisiones concernientes a los hijos y a las hijas menores de dieciocho años tendrían que ser adoptadas de mutuo acuerdo y siempre teniendo presente su interés superior. Elocuente es, al respecto, el texto de la última norma citada, en virtud de la cual *"Los Estados Partes pondrán el máximo de empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. / Incumbirá a los padres o, en su caso, a los responsables legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño."* En lo conducente y por su orden, los ordinales 151 y el 140 del *Código de Familia* disponen que: *"El padre y la madre ejercen, con iguales derechos y deberes, la autoridad parental sobre los hijos habidos (...)." "Compete a los padres regir a los hijos, protegerlos, administrar sus bienes y representarlos legalmente."* Por último, el 30 del *Código de la niñez y adolescencia* estipula lo siguiente: *"Derecho a la vida familiar. Las personas menores de edad tendrán derecho a conocer a su padre y madre; asimismo, a crecer y desarrollarse a su lado y ser cuidadas por ellos. Tendrán derecho a permanecer en su hogar del cual no podrán ser expulsadas ni impedidas de regresar a él, salvo decisión judicial que así lo establezca."* Fundamentalmente, ello es así cuando los progenitores conviven juntos. En el supuesto contrario, los principales atributos de la autoridad parental o patria potestad; es decir, los de naturaleza personal —guarda, crianza y educación—, suelen ser ejercidos por aquel o por aquella con quien resida el hijo o la hija, sin que eso implique la imposibilidad del otro o de la otra de participar en las decisiones que sea necesario implementar, sobre todo

cuando un órgano jurisdiccional lo haya dispuesto así (ver, en similar sentido, el voto de este Tribunal n.º 929-08, de las 11:20 horas del 14 de mayo de 2008).-

De las normas antes referidas y de lo resuelto por la Sala Constitucional en los votos n.ºs 1975-94 y 2006-12019, ya citados, se desprende que la titularidad de la patria potestad o autoridad parental es consecuencia directa e inmediata del acto de procreación y, por tanto, corresponde en forma exclusiva a quienes ostenten la condición de progenitores (conviene revisar el voto de la Sala Segunda n.º 2004-825, de las 10:35 horas del 29 de setiembre de 2004 y los de este órgano n.ºs 2014-04, de las 10:50 horas del 16 de noviembre; 2218-04, de las 10:50 horas del 14 de diciembre, ambos de 2004 y 324-05, de las 7:50 horas del 30 de marzo de 2005). Así lo ha entendido el órgano responsable del control de constitucionalidad en varios de sus pronunciamientos. En el n.º 2006-16030, de las 9:33 horas del 3 de noviembre de 2006, puntualizó que "(...) *la patria potestad debe entenderse como los poderes-deberes de madre y padre, mediante la cual se ejerce el gobierno sobre los hijos que se desglosa en guarda, crianza y educación del hijo, administración de sus bienes, así como responder civilmente por él -artículo 127 del Código de Familia-, esto último debido a que los hijos menores de edad carecen de conformidad con el derecho, de capacidad de goce y disfrute directos, así como por su inmadurez psicológica y física. El artículo 130 del Código de Familia, en lo conducente, dice: "La autoridad parental confiere los derechos e impone los deberes de educar, guardar, vigilar y en forma moderada, corregir al hijo...". Es claro que los poderes-deberes de la patria potestad derivan por la procreación como instituto natural.*" (Ver, en igual sentido, los votos n.ºs 1975-94 y 2006-12019, ya citados). Es más, eso explica que el párrafo primero del artículo 155 del Código de Familia disponga que "*La madre, aún cuando fuere menor, ejercerá la patria potestad sobre los hijos habidos fuera de matrimonio y tendrá plena personería jurídica para esos efectos.*" (Ver, también, el voto de este Tribunal n.º 1561-05, de las 9 horas del 12 de octubre de 2005). Su ejercicio, en cambio, sí puede recaer en uno solo de los padres en determinadas circunstancias, aun cuando, en principio, compete a ambos por igual. En diversas oportunidades este Tribunal ha especificado que "*Se distinguen como aspectos importantes a tomar en cuenta (...), la titularidad y el ejercicio. La titularidad es la condición de destinatario de aquéllos (sic) derechos y deberes que corresponden al sujeto que tiene autoridad parental sobre los hijos; es intransferible, 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 (sic) si puede corresponder por separado a uno o al otro, o bien a ambos progenitores. El ejercicio se traduce en la ejecución de atributos derivados de la autoridad parental como la guarda, crianza y educación, entre otros.*" (Voto n.º 142-02, de las 9:30 horas del 6 de febrero de 2002, reiterado, entre otros, en los n.ºs 2041-04, de las 7:30 horas del 24 de noviembre de 2004; 1863-06, de las 9:55 horas del 22 de noviembre de 2006; 1598-07, de las 9:20 horas del 20 de noviembre de 2007 y 1353-09, de las 10:30 horas del 8 de setiembre de 2009). De todo ello se sigue que, en principio, tanto su titularidad como el ejercicio de los atributos que conforman sus diversos contenidos son personalísimos, irrenunciables e innegociables o indisponibles. Reafirma esa conclusión lo previsto en los numerales 141 y 60, en relación con el 48, inciso 7), todos del Código de Familia, a cuyo tenor "*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." "(...) Los esposos que la pidan [la separación o el divorcio por mutuo consentimiento] deben presentar al Tribunal un convenio en escritura pública sobre los siguientes puntos: / 1) A quién corresponde la guarda, crianza y educación de los hijos menores; (...)" En otras palabras, las potestades propias de la patria potestad no se pierden por la sola voluntad de las partes, ni por su abandono en el ejercicio. Y si, por regla general, sobre esos atributos cabe únicamente el pacto **entre** los progenitores con el exclusivo propósito de establecer cuál de los dos los ejercerá, parece claro que también son intransferibles. A ello debe agregarse que la guarda o custodia, la crianza y la educación —columna vertebral de la institución de comentario— presuponen el reconocimiento legal de que las personas guardadoras tienen autoridad sobre él o ella; es decir, que son titulares de la autoridad parental. En consecuencia, tanto una como las otras son, además, indelegables, sin detrimento, claro está, de los cambios ejecutados por alguna necesidad temporal del padre o de la madre o del hijo o de la hija, como sería, por ejemplo, el traslado a una residencia distinta para poder cursar sus estudios, lo cual no se traduce jurídicamente en una delegación de la autoridad parental. Abona lo indicado el que su extinción esté sometida a hechos jurídicos (muerte o mayoría de edad) o a actos judiciales con intervención de los órganos competentes. Este Tribunal, en aras de la averiguación de la verdad real, ordenó para mejor proveer, la práctica de un peritaje social, el cual se rindió hace pocos meses, y del cual se extraen muy valiosa y actualizada información. Si bien es cierto, la madre, ha mostrado una importante actitud de superación personal, por ejemplo, se destaca en la pericia que la joven P, de veinticinco años de edad, cursa el octavo año de la educación secundaria en el sistema abierto en el Instituto Costarricense de Educación Radiofónica y labora como técnica en computación. Debe tenerse presente que ella depositó en los abuelos paternos la guarda, crianza y educación de su hija A. desde el nacimiento hasta su edad actual, cinco años de edad, y su presencia en la vida de la niña es intermitente, priorizando su vida personal, laboral y académica. Además, del hecho de que la menor A- reside con los abuelos paternos, los identifica como su familia, muestra sentimientos de pertenencia, seguridad e interiorizando a estos en todos los contextos sociales en que se desarrolla, situación que debe considerarse ante cualquier eventual cambio. Por otro lado, la madre no piensa asumir personalmente a la niña, sino que proyecta ejercer en el futuro la guarda, crianza y educación de su hija A, con el apoyo de cuidado y supervisión de la tía materna I, de apenas veinte años de edad. Todos estos elementos impiden atender su petición para que la niña le sea entregada. Sin embargo, la pretensión del padre para que se le otorgue a él "*definitivamente la custodia, guarda, crianza y educación*" tampoco es atendible, porque ha quedado demostrado que él no ha ejercido personalmente esos atributos. En efecto, la prueba pericial es clara y precisa en este punto, señalando que la tía paterna **es la responsable del cuidado, supervisión, traslado, apoyo académico de la menor A**, realización de los quehaceres domésticos y preparación alimenticia en ausencia de la abuela paterna. Este Tribunal no desconoce ni puede hacerlo que cada día es más frecuente que, por diversas circunstancias y, en particular, por razones laborales, el padre y la madre se vean obligados a encargarle a terceras personas, generalmente a sus propios progenitores —abuelas y abuelos—, el cuidado y la educación de sus hijos e hijas menores de dieciocho años y que esa delegación de hecho de los deberes y poderes que les competen en el ejercicio de la autoridad parental, en principio transitoria, suele prolongarse en el tiempo. No obstante, también debe evidenciarse que, en la mayoría de los casos, eso no implica que se desentiendan totalmente de su prole, pues, por lo general,

gran parte de la retribución que reciben por su trabajo es destinada a su manutención y que, quienes ejercen las funciones de cuidado, asistencia, educación y formación de los niños y de las niñas lo hacen sin pretender sustituir al padre o a la madre, los cuales siguen siendo, en definitiva, los titulares de la autoridad parental (ver, en similar sentido, los votos n.ºs 307-04, de las 9:50 horas del 25 de febrero de 2005 y 882-06, de las 10:10 horas del 20 de junio de 2006). Ahora bien, no podemos obviar que, a diferencia de lo que sucede en otras latitudes, como por ejemplo en Francia (ver los artículos 376 y 377 del *Code civile*), Italia (figura del *affidamento* regulada por la Ley de 4 de mayo de 1983) y El Salvador (ver artículo 216 de su *Código de Familia*), la legislación vigente no reconoce aun tal delegación de hecho y, por ende, tampoco le otorga potestades a quienes cotidianamente se hacen cargo de la guarda o custodia de los hijos y las hijas de otras personas; razón por la cual no es factible admitirla como válida. No nos cabe la menor duda que sería muy conveniente no solo que se permitiera delegar ciertas facultades propias del ejercicio de la autoridad parental, sino que también se establecieran claramente los poderes y deberes de las personas sobre las cuales recae toda vez que eso ayudaría a minimizar los conflictos, definiría sus responsabilidades y facultades, permitiría orientar los compartimentos de todos los involucrados y favorecería la estabilidad familiar [sobre el tema se puede consultar BACIGALUPO DE GIRARD, María (s.f.), *Acuerdos sobre delegación de la autoridad parental*, Rosario (Argentina). Recuperado el 18 de mayo de 2010, de www.fundacionretonio.org.ar/contenidos/articulos/art33.doc]. Pero mientras eso no suceda existe, se repite, una imposibilidad legal para otorgarle valor a la delegación de los atributos de la autoridad parental o patria potestad, hecha directamente por el padre o la madre en una tercera persona.- Ha de quedar claro que lo indicado no significa que la crianza de una persona menor de dieciocho años no pueda tenerla a su cargo alguien distinto del padre o de la madre —uno o varios parientes o alguna institución—, pues solo supone que tal encargo no es ni puede ser la consecuencia del ejercicio de una facultad propia la autoridad parental —la potestad de delegación—, sino que ha de ser el resultado de una decisión del poder público mediante la cual se otorgan al tercero ciertos poderes-deberes. Bien señala la *Declaración sobre los principios sociales y legales relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de crianza, en los planos nacional e internacional*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por resolución n.º 41/85 de 3 de diciembre de 1986, que “Como primera prioridad (sic), el niño (sic) ha de ser cuidado por sus propios padres.” (Artículo 3); que “Cuando los propios padres del niño (sic) no puedan ocuparse de él o sus cuidados sean inapropiados, debe considerarse la posibilidad de que el cuidado quede a cargo de otros familiares de los padres del niño, otra familia sustituta –adoptiva o de guarda- o en caso necesario, una institución apropiada.” (Artículo 4º) y que “La colocación de los niños en hogares de guarda deberá reglamentarse por ley.” (Artículo 10). De igual modo, dispone que “En todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño (sic) por personas distintas de sus propios padres, los intereses del niño (sic), en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deben ser la consideración fundamental.” (Artículo 5º) y que “En todas las cuestiones relativas a la colocación de niños en hogares de guarda deberán tener participación adecuada la futura familia de guarda y, según proceda, el niño y sus propios padres. Una autoridad u oficina competente deberá encargarse de la supervisión para velar por el bienestar del niño.” (Artículo 12). En su preámbulo, ese importante instrumento jurídico reconoce la necesidad de proclamar principios universales que hayan de tenerse en cuenta

al poner en práctica los procedimientos internos orientados a proporcionar atención sustitutiva a los niños y a las niñas que no puedan ser cuidados por sus propios padres, al igual que la posibilidad del derecho interno de tener reglamentada una determinada institución jurídica que represente una alternativa ante esa problemática. No es posible acceder a lo solicitado por el padre, cuando ha quedado demostrado que él no atiende a su hija personalmente, y que esas obligaciones han sido asumidas por varios miembros de la familia paterna, especialmente sus abuelos y una tía. En consecuencia, con base en lo expuesto, se revoca la sentencia recurrida. Se acoge la excepción de falta de derecho. Se declara sin lugar la demanda en todos sus extremos. No obstante esta decisión, en aras de garantizar la estabilidad de la menor se debe entender que la menor continuará viviendo en el hogar de sus familiares paternos como lo ha venido haciendo hasta ahora. Sin perjuicio de la posibilidad de que a futuro, y por iniciativa de alguno de los padres se revise nuevamente su situación.”

4. Progenitores no tienen legitimación para solicitar depósito de menor con su abuela

[Tribunal de Familia]v

Voto de mayoría

“II.- Le asiste razón a la mandataria del actor en su defensa de la condición de titular de pleno derecho, atribuible a su representado, de la autoridad parental sobre D., de 3 años de edad, pues, esa noción, remite a las relaciones jurídicas del hijo o de la hija menor de dieciocho años con su padre y con su madre. Y, en este caso, con la certificación de folio 1 , se acredita que entre su poderdante y el niño existe ese concreto vínculo de parentesco . No obstante, para poder establecer la acusada incorrección de lo actuado por el despacho recurrido resulta necesario precisar los distintos caracteres de ese típico instituto del Derecho de Familia y si, en función de ellos, cabe o no la delegación de los atributos que lo conforman. De no ser factible esto último, habría necesidad de puntualizar si, en todo caso, existe alguna vía para satisfacer esa pretensión, cuál sería el procedimiento a seguir y, en especial, quiénes deberían actuar en él.-

III.- A diferencia de lo sucedido en otros momentos históricos y gracias al desarrollo de la doctrina de la protección integral, más que un poder absoluto o un derecho, la patria potestad o autoridad parental constituye hoy una función social establecida en beneficio de los hijos y las hijas menores de dieciocho años, cuyo núcleo es la obligación de garantizarles el disfrute efectivo de sus derechos básicos. En el voto n.º 2001-2050, de las 15:54 horas del 14 de marzo de 2001, la Sala Constitucional estableció que *“Debe insistirse en que los padres lo que tienen frente a sus hijos son básicamente obligaciones, y bajo esta perspectiva lo que pueden concebirse como derechos, son justamente la posibilidad de acreditar la paternidad del menor (sic) y otorgarle su apellido, a fin de ejercer las funciones que se esperan de un progenitor, que incluyen no sólo (sic) el apoyo económico, sino además la atención, cuidado y desarrollo de vínculos emocionales con los hijos.”* Por su parte, en el voto n.º 2207-04, de las 9 horas del 14 de diciembre de 2004, reiterado en el n.º59-08, de

las 11:20 horas del 18 de enero de 2008, esta Cámara puntualizó que *"Los Derechos de los Niños y Niñas se pueden resumir en cuatro categorías: Supervivencia, Crecimiento, Protección y Participación. Dentro de la Supervivencia se tiene el derecho a la vida, a la salud, y a la felicidad. En el Crecimiento el derecho a una familia, a ser educado en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad, y solidaridad que le permita crecer como una persona única, distinta y especial. En la protección se ostenta el derecho a que se le respete la identidad e integridad, a ser protegido de todo abuso físico, sexual o mental, a no ser maltratado ni castigado. En lo de participación, el derecho a jugar a pensar, a expresarse."* Sin duda, todos ellos suponen deberes correlativos del padre y de la madre, que hacen indispensable el reconocimiento legislativo de un conjunto de potestades instrumentales orientadas a posibilitar su efectivo disfrute por parte de sus titulares. Tales poderes-deberes conforman el contenido de la patria potestad o autoridad parental, que la doctrina suele clasificar en tres grupos, a saber: el contenido personal, el patrimonial y el relacionado con la representación. El primero hace referencia a la guarda, la crianza y la educación del hijo o de la hija. La guarda o custodia se traduce en el poder y el correlativo deber de tenerle en su compañía (convivir), asistirle, cuidarle, corregirle y velar en forma constante por su integridad física y psíquica. La crianza supone proporcionarle los alimentos y los estímulos necesarios para su adecuado desarrollo, así como atender sus necesidades fundamentales. La educación implica el deber de formarle y prepararle para la vida social autónoma y no solo el de brindarle la oportunidad de adquirir conocimientos formales (artículos 143 y 144 del Código de Familia y voto de este Tribunal n.º 1236-02, de las 8:30 horas del 12 de setiembre de 2002). La potestad de administración de los bienes del hijo o de la hija menor de dieciocho años constituye el contenido patrimonial (artículos 145, 146 y 147 ibídem). Por último, a través de la representación, el padre y la madre actúan a nombre de sus vástagos, mientras no hayan adquirido plena capacidad de actuar y siempre que no tengan un interés opuesto al de ellos y ellas; caso en el cual ha de nombrárseles un curador especial (artículo 140 del Código de Familia). Eso mismo debe hacerse cuando se está en presencia de alguna discapacidad cognoscitiva, conforme lo dispone el artículo 162 ibídem (ver, entre otros, los votos de este Tribunal n.ºs 1473-03, de las 13:05 horas del 23 de octubre de 2003; 1681-08, de las 8:10 horas del 18 de setiembre; 589-08, de las 9:40 horas del 27 de marzo y 929-08, de las 11:20 horas del 14 de mayo, los tres de 2008).-

IV.- De conformidad con lo previsto en los artículos 33, 52 y 53 de la Constitución Política; 16, inciso d), de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, aprobada por Ley N.º 6968 de 2 de octubre de 1984 y en los incisos 1) del 7 y del 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por Ley N.º 7184 de 18 de julio de 1990 y con absoluta independencia del estado civil del padre y de la madre (ver los votos de la Sala Constitucional n.ºs 1975-94, de las 15:37 horas del 26 de abril de 1994 y 2006-12019, de las 16:32 horas del 16 de agosto de 2006), por regla general, la patria potestad o autoridad parental ha de ser ejercida por ambos. En principio, entonces, las decisiones concernientes a los hijos y a las hijas menores de dieciocho años tendrían que ser adoptadas de mutuo acuerdo y siempre teniendo presente su interés superior. Elocuente es, al respecto, el texto de la última norma citada, en virtud de la cual *"Los Estados Partes pondrán el máximo de empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. / Incumbirá a los padres o, en su caso, a los responsables legales la*

responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño."

En lo conducente y por su orden, los ordinales 151 y el 140 del Código de Familia disponen que: *"El padre y la madre ejercen, con iguales derechos y deberes, la autoridad parental sobre los hijos habidos (...)."* *"Compete a los padres regir a los hijos, protegerlos, administrar sus bienes y representarlos legalmente."* Por último, el 30 del Código de la niñez y adolescencia estipula lo siguiente: **"Derecho a la vida familiar.** *Las personas menores de edad tendrán derecho a conocer a su padre y madre; asimismo, a crecer y desarrollarse a su lado y ser cuidadas por ellos. Tendrán derecho a permanecer en su hogar del cual no podrán ser expulsadas ni impedidas de regresar a él, salvo decisión judicial que así lo establezca."* Fundamentalmente, ello es así cuando los progenitores conviven juntos. En el supuesto contrario, los principales atributos de la autoridad parental o patria potestad; es decir, los de naturaleza personal — guarda, crianza y educación—, suelen ser ejercidos por aquel o por aquella con quien resida el hijo o la hija, sin que eso implique la imposibilidad del otro o de la otra de participar en las decisiones que sea necesario implementar, sobre todo cuando un órgano jurisdiccional no lo haya dispuesto así (ver, en similar sentido, el voto de este Tribunal n.º 929-08, de las 11:20 horas del 14 de mayo de 2008).-

V.- De las normas antes referidas y de lo resuelto por la Sala Constitucional en los votos n.ºs 1975-94 y 2006-12019, ya citados, se desprende que la titularidad de la patria potestad o autoridad parental es consecuencia directa e inmediata del acto de procreación y, por tanto, corresponde en forma exclusiva a quienes ostenten la condición de progenitores (conviene revisar el voto de la Sala Segunda n.º 2004-825, de las 10:35 horas del 29 de setiembre de 2004 y los de este órgano n.ºs 2014-04, de las 10:50 horas del 16 de noviembre; 2218-04, de las 10:50 horas del 14 de diciembre, ambos de 2004 y 324-05, de las 7:50 horas del 30 de marzo de 2005). Así lo ha entendido el órgano responsable del control de constitucionalidad en varios de sus pronunciamientos. En el n.º 2006-16030, de las 9:33 horas del 3 de noviembre de 2006, puntualizó que *"(...) la patria potestad debe entenderse como los poderes-deberes de madre y padre, mediante la cual se ejerce el gobierno sobre los hijos que se desglosa en guarda, crianza y educación del hijo, administración de sus bienes, así como responder civilmente por él -artículo 127 del Código de Familia-, esto último debido a que los hijos menores de edad carecen de conformidad con el derecho, de capacidad de goce y disfrute directos, así como por su inmadurez psicológica y física. El artículo 130 del Código de Familia, en lo conducente, dice: "La autoridad parental confiere los derechos e impone los deberes de educar, guardar, vigilar y en forma moderada, corregir al hijo..."*

. Es claro que los poderes-deberes de la patria potestad derivan por la procreación como instituto natural." (Ver, en igual sentido, los votos n.ºs 1975-94 y 2006-12019, ya citados). Es más, eso explica que el párrafo primero del artículo 155 del Código de Familia disponga que *"La madre, aún cuando fuere menor, ejercerá la patria potestad sobre los hijos habidos fuera de matrimonio y tendrá plena personería jurídica para esos efectos."* (Ver, también, el voto de este Tribunal n.º 1561-05, de las 9 horas del 12 de octubre de 2005). Su ejercicio, en cambio, sí puede recaer en uno solo de los padres en determinadas circunstancias, aun cuando, en principio, compete a ambos por igual. En diversas oportunidades este Tribunal ha especificado que *"Se distinguen como aspectos importantes a tomar en cuenta (...), la titularidad y el ejercicio. La titularidad es la condición de destinatario de aquéllos (sic) derechos y deberes que corresponden al sujeto que tiene autoridad parental sobre los hijos;*

*es intransferible, 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 (sic) si puede corresponder por separado a uno o al otro, o bien a ambos progenitores. El ejercicio se traduce en la ejecución de atributos derivados de la autoridad parental como la guarda, crianza y educación, entre otros." (Voto n.º 142-02, de las 9:30 horas del 6 de febrero de 2002, reiterado, entre otros, en los n.ºs 2041-04, de las 7:30 horas del 24 de noviembre de 2004; 1863-06, de las 9:55 horas del 22 de noviembre de 2006; 1598-07, de las 9:20 horas del 20 de noviembre de 2007 y 1353-09, de las 10:30 horas del 8 de setiembre de 2009). De todo ello se sigue que , en principio, tanto su titularidad como el ejercicio de los atributos que conforman sus diversos contenidos son personalísimos, irrenunciables e innegociables o indisponibles. Reafirma esa conclusión lo previsto en los numerales 141 y 60, en relación con el 48, inciso 7), todos del Código de Familia, a cuyo tenor " 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. " (...) Los esposos que la pidan [la separación o el divorcio por mutuo consentimiento] deben presentar al Tribunal un convenio en escritura pública sobre los siguientes puntos: / 1) A quién corresponde la guarda, crianza y educación de los hijos menores; (...)"** En otras palabras, las potestades propias de la patria potestad no se pierden por la sola voluntad de las partes, ni por su abandono en el ejercicio. Y si, por regla general, sobre esos atributos cabe únicamente el pacto **entre** los progenitores con el exclusivo propósito de establecer cuál de los dos los ejercerá, parece claro que también son intransferibles. A ello debe agregarse que la guarda o custodia, la crianza y la educación — columna vertebral de la institución de comentario — presuponen el reconocimiento legal de que las personas guardadoras tienen autoridad sobre él o ella; es decir, que son titulares de la autoridad parental. En consecuencia, tanto una como las otras son, además, indelegables, sin detrimento, claro está, de los cambios ejecutados por alguna necesidad temporal del padre o de la madre o del hijo o de la hija, como sería, por ejemplo, el traslado a una residencia distinta para poder cursar sus estudios, lo cual no se traduce jurídicamente en una delegación de la autoridad parental. Abona lo indicado el que su extinción esté sometida a hechos jurídicos (muerte o mayoría de edad) o a actos judiciales con intervención de los órganos competentes. El ordinal 36 del Código de la niñez y adolescencia resume esto último en los siguientes términos: "**Causales de separación definitiva. Las causas que dan lugar a la separación definitiva de una persona menor de edad de su familia son las previstas en el Código de Familia, como causales de pérdida o suspensión de la autoridad parental. La suspensión o terminación de los poderes y deberes que confiere la patria potestad sólo (sic) puede ser decretada por un juez (sic).**"*

VI. - Este Tribunal no desconoce ni puede hacerlo que cada día es más frecuente que, por diversas circunstancias y, en particular, por razones laborales, el padre y la madre se vean obligados a encargarle a terceras personas, generalmente a sus propios progenitores — abuelas y abuelos—, el cuidado y la educación de sus hijos e hijas menores de dieciocho años y que esa delegación de hecho de los deberes y poderes que les competen en el ejercicio de la autoridad parental, en principio transitoria, suele prolongarse en el tiempo. No obstante, también debe evidenciarse que, en la mayoría de los casos, eso no implica que se desentiendan totalmente de su prole, pues, por lo general, gran parte de la retribución

que reciben por su trabajo es destinada a su manutención y que, quienes ejercen las funciones de cuidado, asistencia, educación y formación de los niños y de las niñas lo hacen sin pretender sustituir al padre o a la madre, los cuales siguen siendo, en definitiva, los titulares de la autoridad parental (ver, en similar sentido, los votos n.ºs 307-04 , de las 9:50 horas del 25 de febrero de 2005 y 882-06, de las 10:10 horas del 20 de junio de 2006). Ahora bien, no podemos obviar que, a diferencia de lo que sucede en otras latitudes, como por ejemplo en Francia (ver los artículos 376 y 377 del Code civile), Italia (figura del affidamento regulada por la Ley de 4 de mayo de 1983) y El Salvador (ver artículo 216 de su Código de Familia), la legislación vigente no reconoce aun tal delegación de hecho y, por ende, tampoco le otorga potestades a quienes cotidianamente se hacen cargo de la guarda o custodia de los hijos y las hijas de otras personas; razón por la cual no es factible admitirla como válida. No nos cabe la menor duda que sería muy conveniente no solo que se permitiera delegar ciertas facultades propias del ejercicio de la autoridad parental, sino que también se establecieran claramente los poderes y deberes de las personas sobre las cuales recae toda vez que eso ayudaría a minimizar los conflictos, definiría sus responsabilidades y facultades, permitiría orientar los compartimentos de todos los involucrados y favorecería la estabilidad familiar [sobre el tema se puede consultar BACIGALUPO DE GIRARD, María (s.f.), Acuerdos sobre delegación de la autoridad parental , Rosario (Argentina). Recuperado el 18 de mayo de 2010, de: www.fundacionretonio.org.ar/contenidos/articulos/art33.doc] . Pero mientras eso no suceda existe, se repite, una imposibilidad legal para otorgarle valor a la delegación de los atributos de la autoridad parental o patria potestad, hecha directamente por el padre o la madre en una tercera persona, en los términos pretendidos en la demanda interpuesta, sobre todo si la normativa vigente arbitra un mecanismo jurídico para alcanzar el propósito final de este asunto, cual es la atribución de la tenencia y custodia del niño D. a su abuela materna, la señora X.-

VII.- Ha de quedar claro que lo indicado no significa que la crianza de una persona menor de dieciocho años no pueda tenerla a su cargo alguien distinto del padre o de la madre — uno o varios parientes o alguna institución—, pues solo supone que tal encargo no es ni puede ser la consecuencia del ejercicio de una facultad propia la autoridad parental —la potestad de delegación—, sino que ha de ser el resultado de una decisión del poder público mediante la cual se otorgan al tercero ciertos poderes-deberes. Bien señala la *Declaración sobre los principios sociales y legales relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de crianza, en los planos nacional e internacional*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por resolución n.º 41/85 de 3 de diciembre de 1986, que “*Como primera prioridad (sic), el niño (sic) ha de ser cuidado por sus propios padres.*” (Artículo 3); que “*Cuando los propios padres del niño (sic) no puedan ocuparse de él o sus cuidados sean inapropiados, debe considerarse la posibilidad de que el cuidado quede a cargo de otros familiares de los padres del niño, otra familia sustituta –adoptiva o de guarda- o en caso necesario, una institución apropiada.*” (Artículo 4º) y que “*La colocación de los niños en hogares de guarda deberá reglamentarse por ley.*” (Artículo 10). De igual modo, dispone que “*En todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño (sic) por personas distintas de sus propios padres, los intereses del niño (sic), en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deben ser la consideración fundamental.*”(Artículo 5º) y que “*En todas las cuestiones relativas a la colocación de niños en hogares de guarda deberán*

tener participación adecuada la futura familia de guarda y, según proceda, el niño y sus propios padres. Una autoridad u oficina competente deberá encargarse de la supervisión para velar por el bienestar del niño.” (Artículo 12). En su preámbulo, ese importante instrumento jurídico reconoce la necesidad de proclamar principios universales que hayan de tenerse en cuenta al poner en práctica los procedimientos internos orientados a proporcionar atención sustitutiva a los niños y a las niñas que no puedan ser cuidados por sus propios padres, al igual que la posibilidad del derecho interno de tener reglamentada una determinada institución jurídica que represente una alternativa ante esa problemática.-

VIII.- En el derecho positivo costarricense, los numerales 825 a 834 del Código Procesal Civil, que conforman el Capítulo I del Título II —Disposiciones especiales— de su Libro IV —Actividad judicial no contenciosa y disposiciones comunes—, regulan el depósito de personas y, como parte de esa figura, la de menores de dieciocho años sujetas a patria potestad o autoridad parental. Ese es, entonces, el instituto jurídico al que debe recurrirse para hacer realidad la protección del niño o de la niña cuyos representantes legales; es decir, sus padres o sus tutores, no velen por él o ella como corresponde o le enfrentan a situaciones adversas. Por su medio, el ordenamiento jurídico habilita a la autoridad judicial competente para otorgar su tenencia, custodia y cuidado personal — en otras palabras, su depósito— a una persona o institución, con todas las consecuencias de rigor. Para ello, es necesario ordenar y evacuar los elementos de convicción que se estimen pertinentes a efecto de poder determinar si el otorgamiento del depósito del niño o la de la niña a la persona promotora resguarda o no su interés superior. Se trata de un típico instituto de protección y, por eso, la lectura y aplicación de las disposiciones que lo regulan no debe ser restrictiva, de manera tal que se garantice el acceso a la tutela judicial efectiva que por su medio se pretende alcanzar (ver, en similar sentido, los votos de este Tribunal n.ºs 1331-03, de las 8:10 horas del 2 de octubre de 2003 y 1091-04, de las 8:10 horas del 30 de junio de 2004). De sus consecuencias se ocupan los ordinales 833 y 829 *ibídem*. El primero establece que *“En el mismo auto en el que se decrete el depósito de una persona, el juez (sic) le señalará, para alimentos provisionales, la cantidad que prudencialmente crea necesaria, atendiendo el capital que le pertenezca, o el que posea el que ha de darlos. / Para la seguridad del pago de los alimentos, el juez (sic) acordará las medidas que estime necesarias y que podrán llegar hasta el embargo y el remate de bienes.”* El segundo agrega que *“ Constituido el depósito, si se tratare de un menor (sic) sujeto a la patria potestad, se le nombrará un curador (sic), a quien, una vez aceptado el cargo, se le entregará certificación de las piezas necesarias, a fin de que pida en el proceso correspondiente lo que convenga en defensa de aquél (sic).”* Lo razonado permite concluir que, cuando planteó su demanda, el señor A. equivocó la vía y, fundamentalmente, colocó al Juzgado a quo ante la imposibilidad de poder satisfacer su pretensión en los términos en que la formuló. En efecto, suponiendo que ostenta legitimación activa para hacerlo, lo que se definirá de seguido, en lugar de plantear un proceso contencioso — un abreviado de modificación de guarda, crianza y educación — , debió haber promovido un trámite no contencioso — el depósito de su hijo D. —.-

IX.- La Sala Segunda ha señalado que *“ (...) la legitimación en la causa (...), junto con el derecho y el interés actual, constituyen los tres presupuestos materiales de la pretensión. Por tal razón, la misma (sic), a diferencia de la legitimación ad procesum, no constituye*

propriadamente un presupuesto de admisibilidad de la demanda, ni influye en la validez y eficacia del proceso en sí, pero sí constituye una condición necesaria para obtener una sentencia estimatoria. El numeral 104 del Código Procesal Civil reza: "Parte Legítima: Es aquella que alega tener una determinada relación jurídica con la pretensión procesal". Así, el actor (sic) es aquella persona que, al tenor de la ley, formula las pretensiones de la demanda, y el demandado (sic), quien se opone a esa pretensión; de ahí surge precisamente el fundamento de la relación sustancial que se da entre ambos con relación al objeto concreto del proceso y el interés de estos en la obtención de la sentencia de fondo. Al respecto, la doctrina explica: "La tutela jurisdiccional debe ser otorgada únicamente si obtenerla le corresponde a quien la solicita y, por supuesto, si procede otorgarla frente al concreto sujeto demandado: el deudor, el vendedor. Que una sentencia otorgue la tutela pretendida depende también de una precisa legitimación activa y pasiva. Y la legitimación activa significa – utilizando una vieja distinción puramente lógica– que no basta que exista un derecho, sino que es necesario que, existiendo, le corresponda o se le pueda atribuir justamente a la persona que lo esgrime, o lo hace valer en el proceso. Igualmente, cuando se pretende una tutela jurisdiccional respecto de un determinado sujeto (y esta determinación pasiva sirve para identificar y distinguir la acción afirmada o la pretensión, porque no hay acciones o pretensiones sin sujeto titular y sin sujeto pasivo concretos), no importa solo que esté fundada la exigencia de la prestación que la concesión de la tutela comportaría (entregar un determinado bien o una cantidad de dinero, no hacer algo, etc.), sino que es necesario, además, que el demandado o demandados sean precisamente los sujetos a los que debe afectar aquella concesión, por ser los sujetos obligados o titulares del deber de realizar la prestación o, por mejor decir, su equivalente (...). Se ha dicho, con razón, que la legitimación enseña algo completamente elemental: que los derechos subjetivos no existen sin sujetos titulares ni sin sujetos pasivos y que, de ordinario, los derechos no se pueden hacer valer si no es por aquéllos y frente a estos" (DE LA OLIVA SANTOS (Andrés), DIEZ-PICAZO GIMENEZ (Ignacio) y otros, Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil, Civitas Ediciones, Madrid, 2001, p. 95) (sobre los temas desarrollados en este considerando pueden consultarse los votos de esta Sala N° 399-02 y 660-06)." (Voto n.º 2008-596, de las 8:45 horas del 25 de julio de 2008). Sin duda, ese criterio también es aplicable tratándose de la actividad judicial no contenciosa, aun cuando en esta no se haga referencia a "partes" sino a "interesados" o "intervenientes". De acuerdo con el numeral 820 del Código Procesal Civil, "El procedimiento se iniciará por escrito del interesado, en el que formulará la pretensión correspondiente y acompañará los documentos necesarios, con indicación de las normas legales aplicables. Los documentos se agregarán al expediente sin más trámite. Cuando fuere necesaria audiencia a alguna persona, se le conferirá por un plazo de tres días. / Se dará intervención al Patronato Nacional de la Infancia en los casos previstos en los artículos 119 y 120. La omisión de este trámite producirá la nulidad de lo actuado. / El juez (sic) podrá ordenar de oficio la práctica de cualquier prueba. Listo el expediente para resolver, el juez (sic) decidirá lo pedido en el plazo de diez días, sin que esté obligado a externar criterio de legalidad estricta, para lo cual podrá escoger la resolución que considere más conveniente u oportuna. / El juez (sic) prevendrá la aceptación y el juramento de cualquier cargo dentro del plazo de tres días." El 834 íbidem dispone que "Las pretensiones que puedan formularse por las partes (sic) o el depositario (sic), sobre constitución o variación del depósito, y cualesquiera otros incidentes a que éste (sic) pueda dar lugar, antes o después de haberse constituido definitivamente, se sustanciarán con un escrito por cada parte, y, oídas sus justificaciones en una comparecencia verbal, el juez (sic) resolverá lo que

proceda."Complementa esa regulación, el 32 del Código de la niñez y adolescencia, en virtud del cual " Cuando ninguno de los padres pueda encargarse del cuidado personal de sus hijos menores de edad, el Patronato Nacional de la Infancia deberá comunicar esta situación al juez (sic) e, inmediatamente, ordenará el depósito de los menores, según los procedimientos establecidos en el Código de Familia. / El padre y la madre deberán ser informados de modo claro y preciso sobre los alcances de su decisión, de acuerdo con el nivel de cultura y el contexto social al que pertenecen." Obviamente, la noción de "interesado" supone la existencia de un interés legítimo. Y aunque no se puede negar que, en un caso como este, el padre lo ostenta, lo cierto es que su interés le otorga legitimación pasiva, pero no activa y eso es justamente lo que se echa de menos. Por eso mismo, no está legitimado para iniciar el trámite orientado a designar a la abuela materna como depositaria judicial de su hijo. Es ella quien ha debido acudir, ya sea directamente o a través de un representante legal con poder suficiente para actuar en su nombre (artículo 118 del Código Procesal Civil), a formular esa petición. Como no se actuó de conformidad, hay un problema de legitimación insoslayable, que se une al craso error al formular una pretensión propia de un proceso contencioso de modificación de guarda, crianza y educación. En otras palabras, para que doña X. pueda hacerse cargo de su nieto era preciso que acudiera al Juzgado de primera instancia y, actuando como promotora, solicitara en forma concreta su nombramiento como depositaria judicial. En el trámite respectivo debería otorgársele audiencia tanto a los titulares de la patria potestad del niño, como al Patronato Nacional de la Infancia. Al no haberse verificado lo primero, lo resuelto merece ser confirmado.-

X.- Es cierto que, en virtud de los poderes de instrucción y ordenación de los que son titulares los órganos jurisdiccionales podría interpretarse que el despacho recurrido ha debido encauzar la gestión planteada como en derecho corresponde o que la presentación del memorial suscrito por la señora X., visible a folio 14, mediante el cual se apersona en su condición de abuela materna de D., manifiesta su conformidad con la interposición de este proceso y acepta expresamente que se modifique la guarda, crianza y educación de su nieto y que esa responsabilidad le sea otorgada a su persona, subsana los graves vicios antes acotados y permitiría enderezar este asunto. Sin embargo, dada la trascendencia de los yerros conceptuales cometidos, no se considera pertinente echar mano de aquellos porque, por un lado, eso se traduciría en una exoneración de la responsabilidad que le incumbe a quien ha asesorado al señor A. y a doña X. y, por el otro, de ese modo se estaría legitimando la impericia en una materia tan sensible y el daño económico que ocasiona el ejercicio liberal de la profesión en esas reprochables condiciones. En todo caso, el memorial aportado no corrige una cuestión esencial, cual es la petición formulada. Y si de atenderse a ella se trata, ha de quedar claro que, como ya se ha indicado, en tanto titulares de la autoridad parental, solo el padre o la madre podrían reclamar la asignación de la guarda, crianza y educación de sus hijos e hijas menores de dieciocho años, claro está, siempre y cuando lo hagan para asumirlas en forma personal. En un asunto semejante, este Tribunal tuvo la oportunidad de apuntar que *"En conclusión: solo la madre o el padre pueden solicitar el atributo de la autoridad parental, cual es, la guarda, crianza y educación de los hijos, mas (sic) no la abuela de alguno (...), pues no tiene legitimación ni legal ni procesal para hacerlo, y esto es lo que solicita la gestionante en el hecho primero de su petitoria: "Se me otorgue la patria potestad, guarda, crianza y educación de los menores." No esta (sic) legitimada ni para gestionar en esta vía abreviada se le otorgue la patria potestad de su (sic) nietos, ni mucho menos la guarda, crianza y educación."* (Voto n.º 1712-05, de las

9:50 horas del 9 de noviembre de 2005). En fecha más reciente, reiteró en parte ese criterio: “La discusión relativa a cuál de los progenitores corresponde la guarda, crianza y educación de un hijo o hija, es **EXCLUSIVA** de tales progenitores; es decir solamente ellos están legitimados, activa y pasivamente, para disputarse tales atributos de la autoridad parental, tal y como se desprende del numeral 151 del Código de Familia. En tal inteligencia no debió atenderse gestión alguna de los padres del actor, ni de ninguna otra persona, ya que cualquier tercero es ajeno a la litis planteada. (...) En apariencia se ha dado una confusión de conceptos, sea entre autoridad parental (el cual contiene los atributos de guarda, crianza y educación) y la figura del depósito, siendo que éste (sic) último implica la custodia o cuidado de la persona menor de edad, mas no el ejercicio de atributos de autoridad parental, lo que **solamente** podría estar en manos del padre o madre del niño o niña involucrados. En otras palabras, siguiendo este razonamiento, ningún progenitor podría ser depositario -en sentido estricto- de su hijo(a), ya que de por sí ejerce la autoridad parental; y a su vez ningún depositario puede ejercer la guarda, crianza y educación de un menor, sino simplemente el cuidado o custodia del mismo (sic), ya que no es progenitor de éste (sic).” (Voto n.º 115-08, de las 11:10 horas del 23 de enero de 2008).”

5. Análisis jurisprudencial acerca del ejercicio de la autoridad parental en conjunto cuando el menor sea producto de una relación extramatrimonial

[Sala Segunda de la Corte]^{vi}

Voto de mayoría

“III.- EN RELACIÓN CON EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD: En el Título Tercero, del Código de Familia, se regula lo relativo a la autoridad parental, figura jurídica cuyo nombre designa, de manera general, al conjunto de derechos y obligaciones del padre y de la madre respecto de sus hijos o hijas; razón por la cual, el artículo 140 del citado Código, establece que “*compete a los padres regir a los hijos, protegerlos, administrar sus bienes y representarlos legalmente...*” y, en el numeral 143 siguiente, se estipula que “*la autoridad parental confiere los derechos e impone los deberes de educar, guardar, vigilar y en forma moderada, corregir al hijo*”. Por eso, se ha indicado que “*la autoridad parental es en sí un **derecho-función**. Es un conjunto de derechos y deberes. Si la autoridad es, para los padres, fuente de prerrogativas (establece una jerarquía, una subordinación, un derecho de dirección, un derecho de dar órdenes), el poder se desdobra en obligaciones: está al servicio del menor. Los derechos deben ser ejercidos en interés del menor. El derecho de los padres está ordenado al **bien** del menor. Este conjunto de **derechos y deberes** ha sido recogido por la Convención sobre Derechos del Niño (artículos 3, 5, 9, 14, 18, 21)*”. (TREJOS SALAS, Gerardo. Derecho de Familia Costarricense, Tomo II, San José, primera edición, Editorial Juricentro, 1999, p. 270). Cabe destacar que la patria potestad también comprende el derecho-deber de administrar los bienes de los y las hijas menores de edad (artículo 145 ídem). Ahora bien, tratándose de hijos(as) **habidos dentro del matrimonio**, según lo dispone el numeral 151 del Código de Familia, el padre y la madre ejercerán, con iguales derechos y deberes, la autoridad parental; mas la solución no es la misma cuando se trata de hijos(as) concebidos fuera del matrimonio. Para estos supuestos, el ordenamiento

jurídico prevé dos supuestos concretos, regulados específicamente en los artículos 155 y 156 del Código de Familia. En el primero de los citados numerales, el legislador estableció que respecto de los hijos habidos fuera del matrimonio, la madre, aún cuando fuere menor de edad, ejercería respecto de sus hijos(as) la autoridad parental; estableciéndose, en el segundo párrafo que, en casos especiales, el juzgador podría, en atención al interés de la persona menor de edad, conferir también al padre el ejercicio conjunto de dicha autoridad. Ahora bien, dicha norma fue interpretada por la Sala Constitucional, en el sentido de que su contenido resultaba acorde con la Constitución Política, en el tanto en que se entendiera que el padre quedaba excluido del ejercicio de la patria potestad, únicamente cuando se tratara de un reconocimiento no realizado de común acuerdo; o bien, cuando no hubiere mediado aceptación de la madre. En tales supuestos, se estimó que la normativa legal no se contraponía al Derecho de la Constitución (ver voto número 1975, de las 15:39 horas del 26 de abril de 1994). Por otra parte, el referido artículo 156, que es al que al caso interesa, concretamente, establece: *“No ejercerá la patria potestad el padre o la madre cuya negativa a reconocer a sus descendientes haya hecho necesaria la declaración administrativa o judicial de filiación, salvo que, posteriormente, el Tribunal decida lo contrario, de acuerdo con la conveniencia de las hijas y los hijos”*. En este supuesto, se excluye del ejercicio de la autoridad parental al progenitor que niegue su paternidad y haga necesaria una declaración administrativa o judicial. Aunque no había sido analizada directamente en cuanto a su constitucionalidad, se desprendía que tal norma resultaba legítima, al haberse señalado, en el fallo de la Sala Constitucional N° 1975- 94 citado, lo siguiente: *“Y no nos referimos tampoco a otras situaciones, como la del padre a quien se declara tal contra su voluntad, sea en proceso promovido por el hijo o su representante, en que hay una sanción de no goce de sus derechos de tal, ya que se trata de situaciones razonables y perfectamente compatibles desde el punto de vista constitucional”* (Énfasis suplidos). En casos como el presente, en que el accionado no reconoció su paternidad respecto de la niña S. S; razón por la cual, por disposición legal, se le ha excluido del ejercicio de la patria potestad. En asuntos similares en que el accionado aceptó haber mantenido relaciones sexuales con la demandante y supo del nacimiento de la menor, se ha venido sosteniendo por parte de esta Sala *“Si alguna duda tenía respecto de su paternidad pudo tratar de despejarla, acudiendo a los medios pertinentes, por lo que no resulta válido que haya sido hasta en el proceso judicial en que admitiera la posibilidad de ser el padre del niño. En todo caso, debe señalarse que de conformidad con el supuesto previsto en la misma norma, el accionado está posibilitado para gestionar posteriormente la concesión de la autoridad parental. Debe indicarse, además, que en los autos no hay elementos probatorios que permitan concluir respecto de la conveniencia de que el demandado ejerza ese derecho-deber, en aras de tutelar el interés superior del niño; razón por la cual no resulta procedente acoger su recurso”* (Votos números 102, dictada a las 10:00 horas del 5 de marzo de este año 2003 y 407-03 de las 10:10 horas del 8 de agosto del 2003 entre otros).

IV.- LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 156 DEL CÓDIGO DE FAMILIA: El co-demandado en este proceso señor Gómez Sarmiento, presentó acción de inconstitucionalidad contra el artículo 156 del Código de Familia. El punto fue analizado recientemente por la Sala Constitucional en el Voto N°12019-06 de las 16:32 horas del 16 de agosto del 2006 y resolvió: *“La norma es inconstitucional por lesionar el derecho de defensa, el principio de igualdad, los principios de razonabilidad, racionalidad y*

proporcionalidad, así como los derechos del niño a conocer y relacionarse con sus padres y los de estos, a ejercer los derechos derivados de la patria potestad en relación con su hijo. La circunstancia de que un padre o una madre hayan sido demandados para demostrar una determinada filiación, no es motivo suficiente para excluirlos "in limine" del ejercicio de la patria potestad por las razones ya expuestas. El desarrollo integral del menor requiere la presencia de ambos progenitores y el ordenamiento debe apoyar ese esfuerzo. De ahí que la suspensión o terminación de la patria potestad debe disponerse de conformidad con lo establecido en los artículos 158 y 159 del Código de Familia, siguiendo el procedimiento correspondiente. Los Magistrados Calzada y Cruz salvan el voto y declaran sin lugar la acción. POR TANTO: Se declara CON LUGAR la acción. En consecuencia, se anula el artículo 156 del Código de Familia. Esta sentencia tiene efectos declarativos y retroactivos a la fecha de vigencia de la norma anulada, sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe. Reséñese este pronunciamiento en el Diario Oficial La Gaceta y publíquese íntegramente en el Boletín Judicial. Notifíquese". Al haberse anulado la norma ha perdido su vigencia. No hay fundamento legal para declarar que se le excluya para ejercer la patria potestad conjuntamente con la madre, pues la norma aplicable es la general, (artículo 151 del Código de Familia). Cabe destacar -como ya se dijo- en el voto 1975, de las 15:39 horas del 26 de abril de 1994, la Sala Constitucional interpretó el artículo 142 hoy 155 del Código de Familia, estableciendo "Se declara con lugar la acción y en consecuencia se anula el párrafo segundo del artículo 142 del Código de Familia, excepto en los casos en que el reconocimiento del hijo matrimonial haya sido de común acuerdo o con aceptación de la madre. Asimismo se declara que el párrafo primero del citado artículo es constitucional siempre que se interprete en armonía con lo aquí resuelto para el párrafo segundo". Nótese que las dos normas que regulaban el ejercicio de la patria potestad de los hijos o hijas habidos fuera del matrimonio han sido objeto de variación mediante resoluciones de la Sala Constitucional. Estableciéndose como principio general la no distinción en el ejercicio de la patria potestad del padre de los hijos(as) habidos fuera del matrimonio. Consecuentemente debe acogerse el agravio y se anula la sentencia recurrida en cuanto declaró que la madre será la única persona que ostentará la autoridad parental sobre la niña S. S; debiendo declararse que la patria potestad será ejercida por ambos progenitores."

6. Autoridad parental: Falta de legitimación de la abuela del menor para solicitarla

[Tribunal de Familia]^{vii}

Voto de mayoría

"I- La sentencia venida en alzada fue dictada por el Juzgado de Familia del Segundo Circuito Judicial de San José a las ocho horas cincuenta minutos del cinco de agosto del dos mil cinco y se resuelve desestimar la demanda en todos sus extremos, se deja sin efecto la custodia provisional de los niños K.E. Y A.J, ambos, R.G. otorgada a la actora SONIA MARIA CARVAJAL AGUERO, se ordena a la señora SONIA MARIA CARVAJAL AGUERO que devuelva en forma inmediata a los niños K.E.Y A.J, a la demandada, JEANNETTE BERNARDITA GAMBOA GOMEZ. Se condena a la actora al pago de las costas personales y procesales de este asunto.-

II- Apela la accionante, sin que expresara agravios dentro del término de ley, alegando en su memorial de alzada que en la sentencia apelada se tiene que ella ha utilizado a los niños como un medio para ejercer castigo y poder sobre la demandada. Que la degrada como progenitora ante los niños. Nunca ha pretendido el quitarle los niños a la señora Jeannette Gamboa ni a su hijo, solo busca su bienestar, nunca ha negado que ellos los críen, que es consciente de que los niños no son sus hijos, los padres del menor se agreden mutua y constantemente, la demandada presenta rechazo hacia sus hijos y a sus otras dos hijas que están en albergues del Patronato Nacional de la Infancia, nunca los ha querido tener a su lado, que nunca pretendió que les quitaran la patria potestad a los padres, el niño K. fue agredido y cuando lo entrevistaron contaba con apenas tres años de edad. No está de acuerdo que los niños se entreguen a sus padres. Solicita se revoque la sentencia recurrida en lo que concierne a la entrega de los niños en forma inmediata a sus padres, que se otorgue un tiempo compartido en el que los niños se incorporen al núcleo familiar nuevo, que los niños deban ser evaluados cada seis meses por un especialista para constatar su estado psicológico, se le exonere del pago de ambas costas.-

III- El Tribunal imparte aprobación tanto a los hechos probados como no probados por ser fiel reflejo de los elementos probatorios que los sustentan.-

IV- En nuestro ordenamiento jurídico familiar impera el interés superior del niño, no sólo desde la promulgación de nuestro Código de Familia en el año mil novecientos setenta y tres, cuando innovadoramente, en su artículo 2 se regulaba como principio fundamental para la aplicación e interpretación del Código, el interés de los hijos. Conforme fue avanzando las relaciones humanas en un mundo cambiante, se regula luego dicho principio como un derecho fundamental en la Convención de los Derechos del Niño, ratificada en nuestro país en mil novecientos noventa e implementada en nuestra legislación por el Código de la Niñez y la Adolescencia. Es deber del Estado el velar porque los niños no sean agredidos y sean niños felices. Sin embargo, pese a toda esta novedosa legislación, no se ha reformado los aspectos inherentes a la patria potestad o autoridad parental y los sujetos llamados a ejercerla. Es así como en el ordinal 151 del mencionado Código se regula que "El padre y la madre ejercen, con iguales derechos y deberes, la autoridad parental sobre los hijos habidos en el matrimonio. En caso de conflicto, a petición de cualquiera de ellos, el tribunal decidirá oportunamente, aun sin las formalidades del proceso, y sin necesidad de que las partes acudan con un profesional de derecho. El Tribunal deberá resolver tomando en cuenta el interés del menor." (negrita no es del original). En relación a los hijos extramatrimoniales, el ordinal 155 regula: "La madre, aun cuando fuere menor, ejercerá la patria potestad sobre los hijos habidos fuera del matrimonio y tendrá plena personería jurídica para esos efectos..." La Sala Constitucional mediante resolución de la s quince horas treinta y nueve minutos del veintiséis de abril de mil novecientos noventa y cuatro decreto que el "Se declaran con lugar las acciones y en consecuencia se declara inconstitucional el párrafo segundo del artículo 142 (155) del Código de Familia, excepto en los casos en que el reconocimiento del hijo extramatrimonial haya sido de común acuerdo o con aceptación de la madre..." Así, con este enfoque legal, se desprende del expediente que los padres de K. y A.J. no son casados (certificaciones de folios 1 y 2) y que ambas personas menores de edad nacieron después de la disposición de la Sala Constitucional: K. E. el seis de marzo de mil novecientos noventa y nueve y A.J, el dieciocho de agosto del dos mil tres. En conclusión, tanto el padre como la madre, ejercen ambos la patria potestad. En los autos, el padre, JORGE EDUARDO RODRIGUEZ CARVAJAL, no figura como accionante ni como demandado,

solo la madre es demandada por la madre de este, sea la apelante SONIA MARIA CARVAJAL AGUERO. En conclusión: solo la madre o el padre pueden solicitar el atributo de la autoridad parental, cual es, la guarda, crianza y educación de los hijos, mas no la abuela de alguno de los progenitores, pues no tiene legitimación ni legal ni procesal para hacerlo, y esto es lo que solicita la gestionante en el hecho primero de su petitoria: "Se me otorgue la patria potestad, guarda, crianza y educación de los menores." No esta legitimada ni para gestionar en esta vía abreviada se le otorgue la patria potestad de su nietos, ni mucho menos la guarda, crianza y educación. Es por ello que procede entonces, confirmar la sentencia apelada en todos sus extremos, pero por las razones que da el Tribunal. Procédase con la devolución de los niños a la madre conforme viene ordenado, lo cual será diligenciado en el Juzgado de primera instancia en forma inmediata, bajo el apercibimiento de que en caso de incumplimiento de la actora, podrá ser acusada por desobediencia a la autoridad."

7. Autoridad parental: Análisis con respecto del hijo extramatrimonial y normativa aplicable

[Tribunal de Familia]^{viii}

Voto de mayoría

"VI.- El tema de la *patria potestad del hijo extramatrimonial* vale la pena profundizarlo puesto que ha tenido una evolutiva en la última década del siglo pasado y en los años que llevamos del presente. *Cinco variables* normativas han de ser expuestas en cuanto a la patria potestad del hijo habido fuera del matrimonio y de las mismas sacaremos cinco previsas y *dos corolarios* del tema. La primera variable normativa es el punto de partida, a saber el artículo 155 del Código de Familia, antes 142. Así de sencillo era el punto en 1994. La segunda variable normativa, es el voto 1975-94 de la Sala Constitucional. Aquí inicia el viraje. El tercer factor normativo que ha de plantearse es la reforma que se hiciera en 1995 al reconocimiento de personas, introduciendo en el acto de voluntad del varón, el requisito del asentimiento de la madre de la persona a reconocer. El cuarto punto a tomar en cuenta, es la reforma que hiciera la Ley de Paternidad Responsable al artículo 156 del Código de Familia. Aquí debe quedar claro que la redacción es casi la misma, introduciendo solamente la incidencia del trámite administrativo, detalle que tiene su interés en la materia. La quinta variable es el voto 2001-2050 de la Sala Constitucional, que da una lectura, previa a la aprobación de la Ley de Paternidad Responsable, en cuanto al numeral 156 del Código de Familia. Desarrollemos esas cinco variables e infiramos las cinco premisas del tema y sus dos corolarios: A. *ARTICULO 155 DEL CODIGO DE FAMILIA*: El artículo 155 del Código de Familia, que antes de la reforma integral en el capítulo de adopción y abandono de personas que sufriera el Código de Familia era el número 142, es el punto de partida de esta exposición. Del mismo extraemos la primera premisa del tema, según consignamos luego de la respectiva cita del artículo que nos interesa: "ARTICULO 155.- La madre, aún cuando fuere menor, ejercerá la patria potestad sobre los hijos habidos fuera del matrimonio y tendrá plena personería jurídica para esos efectos. 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.” *PRIMERA PREMISA DEL TEMA:* Madre aunque sea menor ejerce patria potestad de hijo habido fuera del matrimonio. *B. Voto 1975-94 Sala Constitucional:* El voto 1975-94 de la Sala Constitucional dictado a las quince horas con treinta y nueve minutos del veintiséis de abril de mil novecientos noventa y cuatro, cuya parte dispositiva fue adicionada por voto 3277-00 dictado a las diecisiete horas dieciocho minutos del quince de abril del 2000, es el que plantea una primera variable, que resulta fundamental en la actualidad. Seleccionamos el “considerando IX” para su exposición pues resulta más claro que la parte dispositiva que fue objeto de adición: “...Por lo dicho, la parte dispositiva de esta sentencia no puede dictarse en términos absolutos. El párrafo impugnado es inconstitucional únicamente si, ligado al primero, impone una limitación en cuarto al ejercicio de la patria potestad, al padre de hijo extramatrimonial, dejando a casos excepcionales un ejercicio compartido, porque la jurisprudencia habida en esta materia lleva a que prácticamente solo se conceda tal ejercicio compartido a situaciones en que hay una vida en familia de los padres. Pero, por otra parte, el párrafo segundo no es inconstitucional para casos en donde el reconocimiento de extramatrimonial se ha operado sin el consentimiento de la madre, es decir, unilateralmente. Si en la normativa del Registro Civil hubiera un mecanismo por el que la madre del menor –o quien ejerza su representación- fuera notificada del reconocimiento operado, tal vez la situación se clarificaría más rápidamente. Pero en el estado actual de cosas, en tratándose de quien se afirma padre, por motivos prácticos no queda más que aceptar el párrafo segundo del artículo 142 del Código de Familia en su literalidad. De lo contrario, se obligaría a la madre o representante del reconocido a accionar para impugnar ese reconocimiento lo que parece razonable. Además, en los casos en que la madre no acceda a prestar su consentimiento, de modo injustificado, quien se dice padre tiene a su alcance la jurisdicción, a fin de demostrar plenariamente su condición de tal. Esta sentencia, pues independientemente de que se articule diferente en la parte dispositiva, dada la petitoria de la acción, debe establecer con toda claridad: 1.- que el párrafo primero del artículo 142 (ahora 155) del Código de Familia no es inconstitucional, en tanto que la patria potestad del hijo extramatrimonial le corresponde a la madre, cuando se desconozca –jurídicamente- quién es el padre; 2.- que el párrafo segundo de la citada norma es inconstitucional, en cuanto de pleno derecho niega la patria potestad al padre de un hijo extramatrimonial, independientemente de las circunstancias, dejando el otorgamiento de ese derecho a una declaratoria del juez “en casos especiales a juicio suyo” y “atendiendo al interés superior de los menores”. Este artículo sería inconstitucional, en tanto se refiera a una situación de reconocimiento unilateral de hijo extramatrimonial, pues no obstante que el Registro Civil anote esa circunstancia en el asiento de nacimiento del menor, y surta ciertos efectos jurídicos, se trata únicamente de la manifestación del padre, sin el consentimiento de la madre o quien ejerza la representación del menor. Hay, en resumen, un condicionamiento y una íntima conexión entre el párrafo primero y segundo del artículo 142 del Código de Familia que no puede llevar sino a una declaratoria de principio y distinta para cada uno de ellos...” De esta variable debemos tener como cierto, y como base de este tópico lo siguiente: *SEGUNDA PREMISA DEL TEMA:* Si padre reconoce a persona menor de edad con el consentimiento de la madre, de pleno derecho, ejerce la patria potestad. *C. Reforma a Artículo 84 Código de Familia:* Coincidiendo con el voto anteriormente expuesto, la Asamblea Legislativa, modifica el artículo 84 del Código de Familia, introduciendo como requisito de los

reconocimientos, que la persona que quiere hacer un reconocimiento debe contar con el asentimiento de la madre de la persona a reconocer. La reforma se dio por Ley 7538 del 22 de agosto de 1995. El texto reformado y vigente es el siguiente: "ARTICULO 84.- Reconocimiento mediante trámite regular. Podrán ser reconocidos por sus padres todos los hijos habidos fuera del matrimonio, cuya paternidad no conste en el Registro Civil; igualmente, los hijos por nacer y los hijos muertos. El reconocimiento deberá efectuarse ante el Registro Civil, el Patronato Nacional de la Infancia o un notario público siempre que ambos padres comparezcan personalmente o haya mediado consentimiento expreso de la madre. El notario público deberá remitir el acta respectiva al Registro Civil dentro de los ocho días hábiles siguientes." De esta variable en nuestro ordenamiento, hemos de tener por cierto, y como fundamento actual del asunto, lo siguiente: *TERCERA PREMISA DEL TEMA*: Todos los hijos extramatrimoniales reconocidos por sus padres, a partir de la vigencia de esta reforma de 1995, están sujetos a la patria potestad de dicho padre, puesto que por ley deben contar con el asentimiento de la madre. *D. Reforma a Artículo 156 del Código de Familia*: El artículo 156 del Código de Familia fue reformado por la Ley de Paternidad Responsable, manteniendo sus postulados básicos, pero agregando el supuesto de la negativa en el trámite administrativo ante el Registro Civil: "Artículo 156.—Exclusión para ejercer la patria potestad. No ejercerá la patria potestad el padre o la madre cuya negativa a reconocer a sus descendientes haya hecho necesaria la declaración administrativa o judicial de filiación, salvo que, posteriormente, el Tribunal decida lo contrario, de acuerdo con la conveniencia de las hijas y los hijos."

De este artículo con su variación debemos tener por cierto, lo que de seguido se expone: *CUARTA PREMISA DEL TEMA*: Padre que niega su paternidad y hace necesario trámite administrativo o judicial de filiación, no ejerce la patria potestad. *E. Voto 2001-2050 Sala Constitucional*: El Voto 2001-02050 de la Sala Constitucional dictado a la quince horas con cincuenta y cuatro minutos del catorce de marzo del dos mil uno, ante consulta legislativa facultativa de constitucionalidad formulada por los diputados Otto Guevara Guth, Rafael Arias Fallas, Luis Fishman, Guido Vargas, Oscar Campos, Juvén Cambroner, Daniel Gallardo, Alvaro Torres, Carlos Villalobos, Jorge Luis Villanueva Badilla, Carlos Vargas Pagán y Ricardo Sancho Chavarría, respecto del proyecto de "Ley de Paternidad Responsable", que se tramitó bajo el expediente legislativo número 14.064, consideró lo siguiente: "...VIII.- Sobre la exclusión para ejercer la patria potestad. En primer término, para el análisis de este aspecto conviene remitirse a las consideraciones que ya fueron expuestas anteriormente en relación con el sentido y finalidad del procedimiento sumario que el proyecto pretende establecer, y que resultan igualmente aplicables tratándose de la reforma propuesta para el artículo 156 del Código de Familia. Debe insistirse en que los padres lo que tienen frente a sus hijos son básicamente obligaciones, y bajo esta perspectiva lo que pueden concebirse como *derechos*, son justamente la posibilidad de acreditar la paternidad del menor y otorgarle su apellido, a fin de ejercer las funciones que se esperan de un progenitor, que incluyen no sólo el apoyo económico, sino además la atención, cuidado y desarrollo de vínculos emocionales con los hijos. Ahora bien, la hipótesis en que la norma prevé la pérdida de la patria potestad es justamente el caso de quien, teniendo no sólo la obligación sino además toda la oportunidad para presentarse a reconocer y asumir el papel de padre, se ha negado voluntariamente a hacerlo, de manera que la inscripción se ha practicado de manera forzosa. En tanto la norma propuesta dispone que "No ejercerá la patria potestad el padre o la madre cuya negativa a reconocer

a sus descendientes haya hecho necesaria la declaración administrativa o judicial de filiación" la Sala entiende que se trata del supuesto en que el presunto padre, debidamente notificado de la situación, se niega a apersonarse y manifestarse en sede administrativa, o bien al evacuar la audiencia conferida por el Registro Civil niega expresamente la paternidad que se le atribuye. Por lo anterior, ningún perjuicio se le está causando: el ordenamiento no le niega ni le impide ejercer de forma voluntaria un derecho que legítimamente le pueda corresponder; es el sujeto quien por su propia voluntad no sólo ha renunciado a aquél, sino que ha defendido esa renuncia a tal punto que no ha quedado otra alternativa que hacer la declaración administrativa sin su consentimiento. De ahí que no cabe tratar como iguales a quienes no lo son, puesto que es sensiblemente distinta la posición del progenitor que voluntariamente reconoce al hijo y se apresta a cumplir con las funciones y obligaciones que naturalmente acompañan el desarrollo de ese vínculo, de aquel que ha negado la filiación y ha sostenido tal negativa hasta las últimas consecuencias. Bajo esas condiciones, no se aprecia como legítimo que luego de que la inscripción de la paternidad se ha realizado en contra de la voluntad del progenitor, éste pretenda que el ordenamiento le reconozca sin más el cúmulo de funciones que acompañan a la patria potestad según el Código de Familia, toda vez que ya ha existido una manifiesta renuncia de aquéllas. En ese caso, subsisten únicamente las obligaciones económicas que se le deben al menor, pues como ya se ha visto, este es un derecho fundamental del hijo que no puede verse afectado por la conducta negativa del progenitor. Queda en evidencia que la supuesta irracionalidad o desproporcionalidad que se le atribuye a la norma en la consulta, carece de sustento y en tal sentido la Sala rinde el pronunciamiento solicitado. (No obstante, conviene aclarar que en el caso de que la persona al atender la audiencia no niegue abiertamente la paternidad, sino que solicite practicar la prueba de ADN únicamente para despejar una duda razonable -si es que estima que existe fundamento para ello- a fin de asumir de inmediato sus obligaciones, tal hipótesis no cabe tenerla como una negativa en relación con la consecuencia que para esa conducta establece la norma, pues tal cosa ciertamente podría tornarse gravosa, principalmente para los derechos del menor. En todo caso, la norma propuesta sanamente prevé que el Tribunal puede decidir concederle la patria potestad a quien no la tiene como consecuencia de la norma, si tal decisión es la más conveniente a los intereses y derechos de los menores, con lo que se resguarda una vez más el fin primordial de este régimen, es decir, los derechos de la niñez). En segundo término, no está de más hacer la observación de que la norma propuesta no introduce ninguna novedad en el ordenamiento, en razón de que el artículo 156 del Código de Familia ya prevé esta consecuencia para los casos en que la declaración de filiación se hace judicialmente en virtud de un proceso de investigación de paternidad. En ese sentido, la reforma propuesta lo único que hace es compatibilizar el nuevo régimen de la declaración administrativa con la consecuencia jurídica de perder el ejercicio de la patria potestad. Ambos tipos de declaración de la filiación –sea la judicial o la administrativa- están inspiradas en el mismo fin, y por ello, la reforma lo único que tiende es a hacer congruente esta disposición legal con el nuevo régimen expedito que abre la posibilidad de declarar la filiación sin necesidad de tener que acudir a la vía judicial, y por ello no encuentra el Tribunal ningún vicio de inconstitucionalidad en la reforma propuesta..." De este desarrollo tendríamos como posibles fundamentos de la cuestión que tratamos, los siguientes: *QUINTA PREMISA DEL TEMA*: la Sala entiende que la negativa se trata del supuesto en que el presunto padre, debidamente notificado de la situación, se niega a apersonarse y manifestarse en sede

administrativa, o bien al evacuar la audiencia conferida por el Registro Civil niega expresamente la paternidad que se le atribuye. Son los casos en que no queda otra alternativa que hacer la declaratoria administrativamente (desde luego incluye el supuesto de que no asiste a prueba de ADN). Ahora bien como corolarios de lo dicho, a contrario sensu, podríamos derivar también que: *COROLARIO UNO*: En caso de que reconocimiento se haya hecho unilateralmente, es decir, sin consentimiento de la madre, padre no ejerce patria potestad. *COROLARIO DOS*: En el caso en que el padre haya reconocido unilateralmente al hijo, o en el caso de que no ejerza la patria potestad porque medió negativa, puede pedir al tribunal en la vía correspondiente que lo autorice a ejercer patria potestad de conformidad con reservas de artículos 155 y 156.-

En nuestro caso, como ya habíamos dicho, es correcta la decisión si se analiza lo que se observa en el proceso, es decir, se desprende una actitud negativa del accionado. A folio 14 el apoderado del accionado contesta la demanda en términos muy imprecisos, haciendo alusión a la no constancia de algunos de los hechos y pide la prueba de ADN. Pide la prueba de ADN, y ya sabemos lo que ocurrió en las dos convocatorias que se hicieron al efecto, en una hubo una confusión que según el informe el demandado aprovechó para irse pese a que se le dijo que regresara, y en la segunda, sencillamente no asistió, de lo que se desprende una actitud de poca colaboración con la búsqueda de la verdad real y de poco compromiso ante la posibilidad de que la persona menor de edad sea su hijo. Esa actitud no puede conllevar el otorgamiento del ejercicio de la patria potestad. Por ello la decisión debe confirmarse."

ⁱ Asamblea Legislativa.- Ley 5476 del 21/12/1973. Código de Familia. Fecha de vigencia desde: 05/08/1974. Versión de la norma: 24 de 24 del 26/10/2012. Gaceta número 24 del 05/02/1974. Alcance: 20. Colección de leyes y decretos: Año: 1973. Semestre: 2. Tomo: 4. Página: 1816.

ⁱⁱ Sentencia: 00059 Expediente: 13-001361-0292-FA Fecha: 21/01/2014 Hora: 01:45:00 p.m. Emitido por: Tribunal de Familia.

ⁱⁱⁱ Sentencia: 01620 Expediente: 06-001531-0292-FA Fecha: 24/11/2010 Hora: 09:10:00 a.m. Emitido por: Tribunal de Familia.

^{iv} Sentencia: 01347 Expediente: 07-401019-0637-FA Fecha: 06/10/2010 Hora: 07:50:00 a.m. Emitido por: Tribunal de Familia.

^v Sentencia: 00654 Expediente: 10-000169-0932-FA Fecha: 19/05/2010 Hora: 12:00:00 p.m. Emitido por: Tribunal de Familia.

^{vi} Sentencia: 00517 Expediente: 03-002278-0165-FA Fecha: 08/08/2007 Hora: 11:25:00 a.m. Emitido por: Sala Segunda de la Corte.

^{vii} Sentencia: 01712 Expediente: 04-001563-0165-FA Fecha: 09/11/2005 Hora: 09:50:00 a.m. Emitido por: Tribunal de Familia.

^{viii} Sentencia: 00420 Expediente: 04-400207-0687-FA Fecha: 14/04/2005 Hora: 10:40:00 a.m. Emitido por: Tribunal de Familia.