

## Sala Constitucional

Resolución N° 09965 - 2010

**Fecha de la Resolución:** 09 de Junio del 2010

**Expediente:** 10-001493-0007-CO

**Redactado por:** Ana Virginia Calzada Miranda

**Clase de Asunto:** Acción de inconstitucionalidad

**Analizado por:** SALA CONSTITUCIONAL

**Normativa Internacional:** Convención americana sobre derechos humanos, Pacto de San José, Convención sobre los derechos del niño, Declaración universal de derechos humanos, Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales

Indicadores de Relevancia

Sentencia Relevante

### Normativa internacional

---

#### Contenido de Interés:

**Temas (descriptores):** FAMILIA

**Subtemas (restringidores):** NO APLICA

**Tipo de contenido:** Voto de mayoría

**Rama del derecho:** 3. ASUNTOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

9965-10. DIVORCIO. DETERMINACIÓN DE GUARDA, CRIANZA Y EDUCACIÓN DE LOS HIJOS EN CASOS DE DIVORCIO. Artículo 56 del Código de Familia.

## Texto de la Resolución

**Exp:** 10-001493-0007-CO

**Res. N°** 2010009965

**SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas y treinta y siete minutos del nueve de junio del dos mil diez.**

Acción de inconstitucionalidad promovida por ~~RENDALE GUZMÁN~~ ~~RENDALE GUZMÁN~~ mayor, soltero, con cédula de identidad número 1-835-423, vecino de Tibás; ingeniero informático, contra el artículo 56 del Código de Familia.

#### **Resultando:**

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 13:37 horas del 29 de enero del dos mil diez, el accionante solicita que se declare la inconstitucionalidad del artículo 56 del Código de Familia, por estimarlo contrario a los artículos 53 y 54 de la Constitución Política, los principios de razonabilidad y proporcionalidad, debido proceso e interés superior del menor y los artículos 12, 17 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 13 y 16 de la Ley de Aprobación del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los artículos 3,5,9,16 y 18 de la Convención de los Derechos del Niño, el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el numeral 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La norma se impugna por cuanto en caso de divorcio, el Tribunal es el que determina a cuál de los cónyuges confía la guarda, crianza y educación del menor, lo que implica suspender parcialmente la patria potestad a uno de los progenitores, pese a que *a priori* ambos gozan de dichos deberes-obligaciones. Considera que el artículo impugnado violenta el principio de igualdad, ya que impone eliminar cualquier diferencia que pueda existir en el ejercicio parental de la patria potestad, los principios de razonabilidad y proporcionalidad en relación con los artículos 158 y 159 del Código de Familia que establecen las condiciones en que se da la terminación y suspensión de la patria potestad y el debido proceso, pues al nacer un niño que no viva con ambos padres, en el momento de un divorcio o en una separación de una unión de hecho, el artículo 56 del Código de Familia suspende parcialmente la patria potestad de uno de los padres de manera automática, convirtiéndose en una sanción automática. Estima que la norma transgrede también el principio de interés superior del menor, ya que es parte de este interés que el niño sea guardado, educado y criado por ambos padres, si ambos son idóneos para ejercer la guarda, crianza y educación. Solicita que se declare con lugar la acción.

2.- Por resolución de las trece horas y treinta y tres minutos del dieciocho de febrero del dos mil diez (visible a folios 110 y siguientes del expediente), se le dio curso a la acción, confiriéndole audiencia a la Procuraduría General de la República.

3.- La Procuraduría General de la República rindió su informe visible a folios 125 y siguientes. Señala que en criterio de este Órgano Asesor, la acción de inconstitucionalidad resulta admisible, pues en efecto, de resultar procedentes los vicios de

constitucionalidad del artículo 56 que el accionante denuncia, la declaratoria de inconstitucionalidad que se dicte tendría un efecto directo sobre la resolución del conflicto parental que constituye el asunto base de este proceso, por lo que la acción constituye un medio razonable para amparar el derecho que se reclama en la jurisdicción familiar. Sobre la autoridad parental y el derecho de interrelación de los padres y los hijos indica que la filiación es el conjunto de derechos y deberes que la ley asigna a la relación entre los hijos y sus padres. La cual encuentra sustento constitucional en el artículo 53 de la Carta Política y que consagra la obligación de los padres de velar por sus hijos, tanto los nacidos dentro como fuera del matrimonio, así como el derecho fundamental de las personas a saber quienes son sus padres. Señala que la filiación es un derecho fundamental reconocido por la mayoría de los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica. Así, los artículos 2 y 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño reproducen los derechos contenidos en el artículo 53 de la Constitución Política, tanto desde la perspectiva de la no discriminación en razón del origen de los hijos, como del derecho de los menores a saber quiénes son sus padres. Al conjunto de deberes y derechos que se establecen a los padres dentro de la relación filial, se le denomina autoridad parental o patria potestad. Como lo ha indicado la Sala, la autoridad parental involucra tanto aspectos personales, como patrimoniales y de representación que son desarrollados por el Código de Familia. Así, el artículo 140 de ese cuerpo normativo señala que *“Compete a los padres regir a los hijos, protegerlos, administrar sus bienes y representarlos legalmente. En caso de que exista entre ellos opuesto interés, los hijos serán representados por un curador especial.”* Por su parte, el artículo 141 de ese Código señala que los derechos y deberes de 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.”* La guarda, crianza y educación, de los menores, forman parte de los atributos de la autoridad parental, los cuales pueden ser modificados o alterados en su ejercicio cuando se presenta una separación entre los padres. Así, los artículos 56 y 152 del Código de Familia, señalan que al producirse la separación entre los padres, deberá determinarse cual padre asumirá la guarda, crianza y educación del menor. Como se desprende de la lectura de las normas impugnadas, el Tribunal o Juez de Familia, al producirse la separación entre los cónyuges o entre los convivientes de hecho, deberá determinar tanto los aspectos relativos a la guarda, crianza y educación del menor, como al régimen de interrelación de los menores con sus padres. Este régimen de interrelación entre los padres es el comúnmente denominado régimen de visitas, que establece la forma de relación del padre que no vive con el menor de edad. El régimen de visitas está desarrollado a nivel internacional tanto en la Convención de los Derechos del Niño como en el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Dispone el artículo 9, párrafo tercero de la Convención de los Derechos del Niño, lo siguiente: *“...3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres, de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño ”.* Por su parte, el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores señala en el artículo 5 inciso b, el contenido del derecho de visita, al disponer: *“...b) el “derecho de visita” comprenderá el derecho de llevar al menor, por un tiempo ilimitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual”.* Bajo la misma inteligencia, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, dispone en el artículo 3, lo siguiente: *“Artículo 3. Para los efectos de esta Convención:... b) El derecho de visitas comprende la facultad de llevar al menor por un periodo ilimitado a un lugar diferente al de su residencia habitual...”* Sobre este régimen de interrelación entre padres e hijos, la jurisprudencia del Tribunal de Familia ha señalado que constituye un elemento indispensable en el desarrollo psíquico y social del menor (ver resolución número 02-08 de las ocho horas diez minutos diez horas enero del año dos mil siete). **SOBRE LA VIOLACIÓN A LOS ARTÍCULOS 53 Y 54 CONSTITUCIONALES: VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE PADRES, A LA INTEGRACIÓN FAMILIAR Y A LA UNIDAD DE LA AUTORIDAD PARENTAL.** Este Órgano Asesor no comparte el argumento expuesto por el accionante, toda vez que la norma impugnada no representa una suspensión del ejercicio de la autoridad parental, como parece entenderlo el petente, sino el natural acomodo que debe existir ante la situación objetiva y real de que los padres ya no viven juntos. Tal y como lo afirma el señor Alpizar Cruz, el desarrollo jurisprudencial de los artículos 53 y 54 de la Constitución Política, han afirmado la igualdad de derechos y responsabilidades de los padres en relación con sus hijos, independientemente de que los mismos hayan nacido dentro o fuera del matrimonio. Los artículos citados encuentran eco en las normas de derecho internacional que regulan la materia, en especial lo dispuesto por los artículos 5, 18 inciso 1 y 27 inciso 2 de la Convención de los Derechos del Niño. Estas normas han sido admitidas por la jurisprudencia de la Sala Constitucional, que ha señalado que debe reconocerse la igualdad de derechos y obligaciones de los padres como una regla de principio, y sólo por la vía de la excepción, es posible establecer diferencias en torno al ejercicio de los atributos de la autoridad parental. Al respecto, cita la sentencia No. 2006-16030 de este Tribunal Constitucional, e indica que de acuerdo a lo ahí señalado los atributos de la autoridad parental no pueden ser escindidos o desagregados, ya que deben ser considerados en su conjunto de forma que permita al padre ejercer la tutela sobre los hijos menores de edad. Ahora bien, como lo señala la Sala Constitucional, esta es una norma de principio, que puede ser modificada en casos de excepción, por lo que en lo que a nuestro estudio interesa, debemos determinar si la separación de los padres puede ser considerada como una excepción, a lo que debemos de contestar que sí. La excepción, en su criterio se impone por un principio natural, según el cual, el menor de edad ya no va a poder permanecer viviendo junto a los dos padres, por lo que necesariamente deberá decidirse con cuál de ellos se mantendrá viviendo, y que a su vez, asumirá en mayor medida, la guarda, crianza y educación del menor precisamente por estar viviendo con él. Decimos que los asume en mayor medida, por cuanto como se indicó líneas atrás, al producirse la separación y por disposición del artículo 56 cuestionado, el Juzgador debe decidir no sólo a quien asigna la guarda, crianza y educación del menor, sino que además, debe establecer el régimen de interrelación del menor con el padre con quien no se encuentra viviendo. Éste régimen de interrelación involucra la posibilidad de que el menor permanezca fuera de su lugar de residencia habitual junto con el padre que no vive con él y que asume en estos momentos, su guarda, crianza y educación; por lo que en términos correctos, dichos atributos de la autoridad parental son asumidos en forma conjunta por ambos padres, aunque ejercidos de forma diferente a cuando los padres vivían juntos. Esta línea de razonamiento se refuerza si se analiza lo establecido por el artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño, y que claramente señala que la separación de los padres, es una de las excepciones permitidas por el derecho internacional, para el ejercicio de todos los atributos de la autoridad parental. Tal y como lo dispone esa norma, es claro que en casos de separación de los padres, es necesario determinar con cuál padre vivirá el menor, aspecto que a

su vez produce una modificación en la forma de ejercicio de la autoridad parental, modificación que insiste resulta razonable considerando la circunstancia de la separación de los padres. Cabe señalar al respecto, que la doctrina nacional es pacífica en el sentido de que la guarda, crianza y educación del menor puede ser ejercida en forma compartida por el padre y la madre, pero con las modificaciones necesarias en atención a la separación de ambos. Así, Gerardo Trejos señala que: “... por otro lado, como guarda crianza y educación son inseparables de la autoridad parental y son atributos que pueden mantenerse compartidos, incluso después de la separación, el divorcio o la anulación del matrimonio, si bien en diversa proporción de tiempo de ejercicio efectivo directo sobre el menor.” Criterio que es ratificado por el Tribunal de Familia, que ha establecido que un ejercicio compartido en los términos solicitados por el actor en el proceso base de este asunto, puede ser admitido si se demuestra que el mismo beneficia el interés del menor (ver resolución número N° 589-08 de las nueve horas con cuarenta minutos del veintisiete de marzo del año dos mil ocho y la No. 1781-09 del veinticinco de noviembre del 2009 del Tribunal de Familia). Por otra parte, tampoco resulta de recibo el argumento de que la guarda, crianza y educación siempre se asigna a la madre, y no al padre del menor, creándose una especie de discriminación en perjuicio de los hombres, toda vez que esta es una interpretación que el accionante realiza de la norma, pero que no se ajusta al texto expreso del artículo. En efecto, tanto el artículo 56 como el 152, ambos del Código de Familia, disponen en términos generales, que el Juzgador decide con cuál padre deberá vivir el menor, sin que la norma predetermine de ninguna manera que siempre deberá ser la madre. Las mismas no establecen ninguna preferencia hacia el padre o la madre, sino que será el Juzgador, atendiendo al interés superior del menor, el que determinará cuál padre es el más adecuado para que el menor viva con él. El criterio anterior se refuerza, si se toma en consideración que el Tribunal ha admitido casos en los cuales se otorgue la autoridad parental al padre y no a la madre del menor (Resolución número N° 589-08 de las nueve horas con cuarenta minutos del veintisiete de marzo del año dos mil ocho y en el mismo sentido, la resolución número 119-07 de las catorce horas cincuenta minutos del veinticuatro de enero del 2007). A partir de lo expuesto, es claro que la norma impugnada no contiene una discriminación o preferencia de la mujer por sobre el hombre, ni en la práctica dicha circunstancia ha ocurrido, por lo que el reproche en cuanto a este aspecto, en criterio de este Órgano Asesor, debe ser declarado sin lugar.

**VIOLACIÓN ACUSADA AL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN RELACIÓN CON LOS ARTÍCULOS 158 Y 159 DEL CÓDIGO DE FAMILIA.** El accionante señala que el artículo 56 del Código de Familia aquí impugnado, violenta el principio de razonabilidad y proporcionalidad, ya que al compararlo con los artículos 158 y 159 de ese mismo cuerpo normativo, es evidente que el artículo 56 la pérdida de los atributos de la autoridad parental, situación que según los artículos señalados sólo puede ocurrir cuando se está frente a determinadas causales taxativamente señaladas. De acuerdo con estas normas es posible suspender o modificar la autoridad parental en determinadas circunstancias, que pongan en peligro o dañen el interés del menor de edad. Se trata, como lo señala el actor, de un proceso en el que se determina la existencia de una conducta nociva realizada por el padre o madre contra su hijo, y que hace necesario suspender o dar por terminada definitivamente la patria potestad. Así, el Tribunal de Familia ha señalado que: “La suspensión de la patria potestad debe ser entendida como “la privación temporal del ejercicio de la patria potestad”. La suspensión también contempla la privación parcial del ejercicio de la patria potestad, por ejemplo cuando se concede a uno de los padres alguno o algunos aspectos concretos del ejercicio de la patria potestad, o se distribuye entre ellos distintos aspectos de la misma. Distinto es el supuesto en que el juez otorga a uno de los padres la guarda y custodia de un menor y, no obstante, el juez concede expresamente el ejercicio conjunto de la patria potestad a ambos. En este supuesto no ha operado la suspensión ni total ni parcial; el progenitor que ostenta la guarda y custodia no puede ejercer dicha función más allá de donde el interés superior del niño se lo permita así como el derecho del otro progenitor que también ejerce la patria potestad. A la vez debe quedar claro que nuestro ordenamiento jurídico familiar también prevé en el artículo 158 del mismo cuerpo legal antes citado, que la patria potestad también puede terminar en los casos ahí contemplados. Entonces debemos tener clara la existencia de ambas posibilidades a fin de no confundir las causales que rigen cada una de dichas figuras. Por otra parte conviene aclarar que cuando el artículo 158 dice terminación se debe entender que se refiere a la finalización definitiva de la patria potestad, mientras que en los supuestos contemplados en el artículo 159 lo que procede es una “suspensión temporal”, y ello es lógica consecuencia de las causales que la motivan, pues de la lectura de ambos preceptos se extrae fácilmente la gravedad y radicalidad de los supuestos que dan por terminada la figura en examen, mientras que los supuestos contemplados para la suspensión tratan de situaciones que podrían corregirse en la eventualidad de someterse a terapias u otro tipo de asistencia. Entonces el padre suspendido en el ejercicio de la patria potestad podría ser rehabilitado para volver a ejercer tales atributos. Es claro entonces que la suspensión de la patria potestad necesariamente es provisional, o sea no es perpetua, volviendo el padre suspendido a ejercer la patria potestad en cuanto se haga merecedor de ello, y mediare garantía de no incidir en los mismos peligros físicos y morales para el menor.” (Resolución número 66-06 de las once horas cuarenta minutos del veinticinco de enero del dos mil seis) Bajo esta misma inteligencia, el Tribunal de Familia ha indicado que no es posible confundir la suspensión o la pérdida de la autoridad parental, con el otorgamiento de los atributos de guarda, crianza y educación a favor de uno de los padres, toda vez que dicho otorgamiento no supone que el padre que no los ostenta tiene suspendida su patria potestad. Por el contrario, el ejercicio de esos atributos sigue siendo compartido por los padres, ya que ni el padre que ostenta prioritariamente la patria potestad puede actuar contra el interés superior del niño o en detrimento del derecho del otro padre, ni tampoco está vedado al padre que no tiene la custodia del menor, el accionar, incluso judicialmente, contra las decisiones adoptadas por el otro padre. A partir de las consideraciones anteriores, en criterio de este Órgano Asesor, no es posible establecer que exista una similitud entre la suspensión o terminación definitiva de la autoridad parental por las causales establecidas y el otorgamiento de la guarda, crianza y educación a favor de uno de los padres. En efecto, en los casos previstos en los artículos 158 y 159 de Código de Familia, estamos ante una conducta nociva para el menor, por lo que efectivamente la suspensión o terminación definitiva de la patria potestad se vislumbra como una sanción, temporal o definitiva, al accionar indebido del padre. Sin embargo, en el caso de la guarda, crianza y educación atribuida a un padre, no estamos ante un supuesto de sanción en relación con el otro padre. En primer término, como lo señala la sentencia transcrita, en esos casos no se suspende o termina la autoridad parental, por el contrario, la patria potestad es otorgada a ambos padres. Tómese en consideración que la autoridad parental no se agota con la custodia del menor de edad. Como vimos en un principio, existen otras obligaciones y derechos de los padres, los cuales se ejercen en forma conjunta en aquellos supuestos en los cuales ambos padres no viven con el menor. Adicionalmente, el régimen de interrelación familiar que debe establecerse entre

el padre que no tiene la custodia y el menor de edad, tiene por finalidad definir los términos en que ese padre se relacionará con su hijo, términos que incluyen el ejercicio activo de la guarda, crianza y educación en determinados momentos. En segundo lugar, la decisión de cuál padre asume la custodia del menor se realiza en atención al interés superior del menor, y no a partir de una conducta lesiva para el menor como en el caso de la suspensión o pérdida de la autoridad parental. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia que se ha analizado a lo largo de este informe, la decisión de con cual padre debe permanecer el menor, depende de las circunstancias concretas en cada caso, incluso es posible admitir una custodia compartida en los términos expuestos por el recurrente en el asunto base de esta acción, si dicha custodia representa un beneficio para el menor de edad. Bajo esta línea de pensamiento, es lo que beneficie al menor, y no las conductas lesivas y debidamente tipificadas en los artículos 158 y 159 del Código de Familia, lo que determinará la forma en que se modifique el régimen parental para adecuar el cuidado del menor a las nuevas circunstancias producidas por la separación de los padres. Al tenor de lo expuesto, en su criterio, no resulta comparable la suspensión o pérdida de la autoridad parental, con los supuestos establecidos en el artículo 56 del Código de Familia, por lo que el reproche debe ser rechazado al no resultar procedente el parámetro de comparación aportado por la parte. Adicionalmente a lo expuesto, en criterio de este Órgano Asesor, el artículo no lesiona el principio de razonabilidad y proporcionalidad. De acuerdo con la abundante jurisprudencia de ese órgano contralor de constitucionalidad, una norma jurídica está ajustada a los principios de razonabilidad y proporcionalidad cuando cumple con tres condiciones: la norma es útil y necesaria para regular el supuesto de hecho, es idónea, es decir, la restricción adoptada resulta adecuada para satisfacer la necesidad detectada y por último, la norma debe ser proporcionada con el fin perseguido. En el caso que nos ocupa, es claro que resulta necesario regular los supuestos cada vez más comunes, en los que los padres de un menor están separados, siendo indispensable resolver en estos casos con quién debe quedarse el menor de edad. Adicionalmente, el mecanismo utilizado por el artículo 56 cuestionado resulta idóneo para regular el supuesto de hecho analizado. En efecto, la norma establece que el Juez decidirá, con base en el interés superior del menor, a cuál padre asigna la custodia del menor, pero al mismo tiempo determina el régimen de interrelación entre el padre que no ostenta la custodia y el menor de edad. Con ello, se asegura no solo la definición de dónde debe vivir el niño, sino que además, se establecen reglas claras que permitan la relación asertiva del hijo con ambos padres, relación que como se ha visto a lo largo de este informe, resulta fundamental para el desarrollo del menor. Por último, la norma resulta proporcionada con el fin perseguido, que es proteger los intereses y la estabilidad del menor. En este punto, no puede perderse de vista que si bien los padres ostentan derechos y obligaciones en relación con el menor, no son los derechos de los padres los que deben ser privilegiados por la normativa familiar, sino que es el bienestar del menor el que debe ser el norte en las decisiones de esta naturaleza, fin que la normativa cuestionada incorpora en su texto expreso, señalando claramente que la decisión del Juez atenderá al interés superior del menor, por lo que la norma resulta proporcionada con el fin perseguido. En atención a lo expuesto, en criterio de esta Procuraduría General de la República, el vicio de constitucionalidad señalado no resulta procedente, por lo que se recomienda declarar sin lugar la acción en cuanto a este motivo. VIOLACIÓN ACUSADA AL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. El accionante señala que el artículo 56 del Código de Familia, violenta el principio de interés superior del menor, al impedir que el niño se relacione con uno de sus padres. El principio del interés superior del menor se encuentra regulado en el artículo 3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, el cual ha sido desarrollado por el Código de la Niñez y la Adolescencia en su artículo 5. Así el interés superior del menor es entendido como la *“premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, y que constituye, por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños; el menor de edad como sujeto de derecho, de manera que se reconocen a éste tanto los derechos humanos básicos como los que sean propios de su condición de niño; y el ejercicio de los derechos fundamentales y su vínculo a la autoridad parental; siendo que la autoridad parental tiene como único fin procurar al niño la protección y los cuidados indispensables para garantizar su desarrollo integral, constituye una responsabilidad y un derecho para los padres, pero también un derecho fundamental para los niños a ser protegidos y orientados hasta alcanzar su plena autonomía”* (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/2002, del 28 de agosto 2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Punto h. Surgimiento del Derecho de la Niñez y la Adolescencia). En ese mismo sentido, cita la sentencia No. 2008-6813 de la Sala Constitucional. En el presente caso, en criterio de esta Procuraduría, de la simple lectura de la norma impugnada, se desprende con claridad que la decisión final en torno a la custodia del menor y el régimen de interrelación con sus padres, es adoptada tomando en consideración el interés superior del menor, por lo que no se aprecia el vicio señalado por el recurrente. En efecto, como lo señala el Tribunal de Familia en la resolución 830-04 de las diez horas del veintiséis de mayo del 2004, la solución de los conflictos relacionados con la situación de los menores debe siempre responder al interés superior de éstos. En razón de lo expuesto, y siendo que la propia norma impugnada establece con claridad la aplicación del principio de interés superior del menor en cualquier decisión que se adopte sobre la guarda, crianza y educación del mismo, no considera este Órgano Asesor que el artículo 56 cuestionado presente los vicios de constitucionalidad que el accionante señala, por lo que se recomienda declarar sin lugar la acción también en relación con este supuesto. A partir de lo anterior, este Órgano Asesor recomienda a la Sala Constitucional admitir la acción y declarar sin lugar la misma, en virtud de que el artículo 56 del Código de Familia no presenta los vicios de inconstitucionalidad acusados por el señor ~~XXXXXXXXXX~~

4.- Los edictos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 81 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional fueron publicados en los números 46, 47 y 153 del Boletín Judicial, de los días 8, 9 y 10 de marzo del 2010 (folio 115).

5.- Se prescinde de la vista señalada en los artículos 10 y 85 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, con base en la potestad que otorga a la Sala el numeral 9 *ibidem*, al estimar suficientemente fundada esta resolución en principios y normas evidentes, así como en la jurisprudencia de este Tribunal.

6.- Por escrito presentado el 15 de marzo de 2010 Pedro Beirute Rodríguez se apersona al expediente y solicita que se declare sin lugar la acción. Refiere que el artículo 56 del Código de Familia resulta inaplicable a la situación familiar del accionante, en primer término porque su relación con el menor nunca se dio a raíz del matrimonio. Lo que el accionante impugna es la necesidad de definir el ejercicio de la guarda, crianza ante el divorcio y ello nunca implica una “suspensión” o una “modificación” a la patria potestad. Indica que la posición del gestionante es egoísta y fundada únicamente en un interés propio y no del menor. Refiere que confunde lo que es la patria potestad con algunos de los atributos de la misma, como son la guarda, crianza y

educación, el artículo 56 del Código de Familia jamás suspende la patria potestad, pues al efecto se encuentra dentro del mismo Código de Familia un capítulo referido a la Patria Potestad. Indica que resulta lógico que ante la separación los niños deben quedar con uno de los padres, en una situación normal, escogiéndose al más idóneo. Ambos padres gozan de iguales responsabilidades, lo que ocurre es que no se puede generalizar y dar por compartida la guarda, crianza y educación a un padre que ha sido incumplido en sus deberes morales, afectivos y hasta económicos, y es aquí donde se debe compensar entre la "necesidad" de un padre de quedar en igualdad con una madre, versus el interés superior del menor y su efectiva protección. Si el padre considera que es igual de idóneo que la madre para ejercer la guarda, crianza y educación, así deberá demostrarlo ante un Tribunal, sobretodo si se toma en cuenta, que en el caso particular del accionante, la convivencia entre padre y madre no se dio desde antes del embarazo, ni siquiera durante él, sino varios meses después de que el menor Gabriel había nacido. Es decir, desde que el menor nació se encontró bajo los cuidados especializados y propios de la madre. Con mucho más razón, encontrándonos en un caso de hijo extramatrimonial, debe la guarda, crianza y educación permanecer con el guardián primario, en este caso, la madre, con quien incluso permanece hoy en día. Refiere que no se producen las violaciones acusadas por el accionante. Indica que lo ideal para cualquier menor sería que ambos padres ejercieran la guarda, crianza y educación, pero la realidad no se puede generalizar, pues no todos los padres cumplen efectivamente con los atributos que se derivan de la patria potestad y por ende, a lo que estamos llamados primeramente es a brindarle estabilidad y protección a todos los menores, sin poner en riesgo a algunos y por ello debe definirse con quién va a vivir ese o esos menores. En la práctica la ley no hace distinción entre padre o madre, pues alguno de ellos dos será el encargado de tener al hijo bajo su cuidado, sin perjuicio del derecho que le correspondería a la otra persona de mantener una interrelación con su hijo. No se está discutiendo la igualdad entre padre y madre, lo que considera un "adultocentrismo", ni mucho menos pretender extender los atributos de la guarda, crianza y educación a todas las familias por igual, pues con ello, sí estaríamos transgrediendo la normativa constitucional y estaríamos dejando en desprotección a los niños, quienes merecen especial protección. Solicita declarar sin lugar la acción.

6.- En los procedimientos se han cumplido las prescripciones de ley.

Redacta la Magistrada **Calzada Miranda**; y,

#### **Considerando:**

**I.- Sobre la Legitimación.** El artículo 75 párrafo primero de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece que para interponer una acción de inconstitucionalidad es necesario que exista asunto pendiente de resolver en los tribunales o un procedimiento para agotar la vía administrativa, en que se invoque esa inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado. En el presente caso, el asunto previo que legitima al accionante, corresponde al Proceso Judicial de Modificación de Guarda, Crianza y Educación tramitado ante el Juzgado de Familia del Segundo Circuito Judicial de Heredia, con vista al expediente 09-001674-0165-FA, en el cual figura como actor, solicita compartir con la madre la guarda, crianza y educación del menor e invocó la inconstitucionalidad del artículo 56 del Código de Familia. De este modo, y estimando la Sala que el accionante cumple con los presupuestos de legitimación, la acción resulta admisible.

**II.- Objeto de impugnación.** El accionante solicita la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 56 del Código de Familia, por considerar que violenta los artículos 53 y 54 de la Constitución Política, los principios de razonabilidad y proporcionalidad, debido proceso e interés superior del menor y los artículos 12, 17 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 13 y 16 de la Ley de Aprobación del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los artículos 3,5,9,16 y 18 de la Convención de los Derechos del Niño, el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el numeral 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La norma la impugna, por cuanto en caso de divorcio, el Tribunal es el que determina a cuál de los cónyuges confía la guarda, crianza y educación del menor, lo que implica suspender parcialmente la patria potestad a uno de los progenitores, pese a que *a priori* ambos gozan de dichos deberes-obligaciones. El artículo impugnado establece:

"ARTICULO 56.-

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

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

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

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

**III.- Sobre la inconstitucionalidad acusada.** Nuestra Constitución Política tutela a la familia como elemento natural y fundamento de la sociedad, a la cual además, el Estado debe dar una protección especial, de conformidad con el artículo 51. Este concepto de familia tutelado en las normas constitucionales (51 y 52) es amplio y no restrictivo, de manera tal que en él se incluye tanto la familia unida por un vínculo formal -matrimonio-, como aquella en la cual la unión se establece por lazos afectivos no formales, pero estables y singulares -uniones de hecho-, en los que hay convivencia y se cumple con los requisitos necesarios para una vida familiar, en tanto se sustentan en una misma fuente, sea el respeto, la fidelidad, el socorro mutuo y se comparte la responsabilidad y el gobierno de la familia, así como de su eventual descendencia (ver sentencia No. 2006-7262). Es en la familia que idealmente se permite y propicia que los menores de edad logren desarrollar sus potencialidades y atributos de la mejor manera y puedan insertarse de manera equilibrada en las estructuras sociales y mercados de trabajo. Es por ello que en principio, todo menor tiene el derecho de convivir con sus padres, quienes son en primera instancia los responsables de velar por la satisfacción de sus necesidades, tanto materiales como morales y espirituales. En ese contexto es que se establece la autoridad parental conocida también como patria potestad, comprendida como aquel conjunto de poderes-deberes que los padres y madres ejercen sobre sus hijos respecto a velar por su integridad física y psíquica (guarda), brindarle los alimentos y satisfacer sus necesidades primordiales para un adecuado desarrollo (crianza) y prepararlo para vivir en la sociedad (educación), administrar sus

bienes, así como responder civilmente por él. En esta materia, todo derecho comporta un deber, por ejemplo, el artículo 53 de la Constitución Política, en su párrafo primero dispone:

*"Los padres tienen con sus hijos habidos fuera de matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él..."*

Asimismo, el artículo 143 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..."*

Internacionalmente estos deberes-derechos también son afianzados. En la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada mediante Ley de la República número 7184 del 18 de julio de 1990, en el inciso primero del artículo 7 se indica:

*"ARTICULO 7.-*

*1. El niño será registrado inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde este a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos..."*

Lo anterior debe relacionarse con el inciso primero del artículo 18 del mismo texto legal, que expresa:

*"ARTICULO 18.-*

*1. 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 representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño (...)"*

Sin embargo esta normativa también contempla otras soluciones posibles para el ejercicio de la patria potestad de los padres en circunstancias especiales, como el caso del divorcio que contempla la norma impugnada. El artículo 9.1 y 9.3 de la Convención citada indican:

*"1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en un caso particular, por ejemplo, en un caso en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño...3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño..."*

Este principio, al cual hace alusión la norma anterior y el mismo accionante, establece que en todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Principio que fue desarrollado en el Código de la Niñez y de la Adolescencia según dispone el artículo 5:

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

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

Del análisis de estas normas transcritas, la Sala ha señalado que el principio del interés superior del menor de edad, ha evolucionado conjuntamente con el reconocimiento progresivo de los derechos del niño, pasando de ser individuos dependientes de sus padres o de las autoridades públicas, a reconocer su individualidad como persona y, por ende, titular de derechos. Esto en el entendido de que el referido principio no es un concepto abstracto, sino un criterio hermenéutico que obliga a interpretar de forma sistemática las disposiciones que tengan relación con los derechos de la niñez, sobretudo frente a la resolución de conflictos jurídicos, pues permite dirimir las antinomias y colmar las lagunas jurídicas, en tanto supone que la interpretación y aplicación de los institutos jurídicos deben atender siempre a favor de los menores de edad. Podríamos decir que ese interés hace alusión a todo aquello que favorezca su desarrollo físico, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-17/2002 solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, señaló que este principio se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención Sobre los Derechos del Niño. Se enfatizó que la expresión "Interés superior del niño" consagrada en el artículo 3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño; implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos, deben ser considerados como criterios rectores, para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño. Asimismo, que la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales; y que los Estados Partes en esos tratados, tienen la obligación de adoptar las medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos al niño. De igual modo, que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños, se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes al Juez natural -competente, independiente e imparcial-, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción, audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentren los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar respecto al desarrollo de éstos. Su misión primordial, es que no se entienda al niño como un mero receptor de medidas de protección, en la concepción de la protección tutelar del menor, sino en la protección integral de su desarrollo, como titular de sus derechos, los que a su vez, le deben ser reconocidos y protegidos de manera primordial y no secundaria. Se trata, en consecuencia, de una garantía a favor de los niños, no de los padres y madres. Es de tal amplitud, que obliga no sólo al legislador, sino que, además, vincula a todas las autoridades públicas e,

incluso, a los padres de familia. Se impone como orientación o directriz política en la medida que las actuaciones públicas, deben estar dirigidas hacia el desarrollo armónico y equitativo de los menores de edad. Precisamente por ello, también en nuestra legislación se contempla la posibilidad de la autoridad judicial de proceder a suspender o modificar la patria potestad en casos muy calificados que son los dispuestos en el artículo 159 del Código de Familia:

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

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

*3) La negativa de los padres a dar alimentos a sus hijos, dedicarlos a la mendicidad y permitir que deambulen en las calles;*

*4) El delito cometido por uno de los padres contra el otro o contra la persona de alguno de sus hijos y la condenatoria a prisión por cualquier hecho punible;*

*5) Incapacidad o ausencia declarada judicialmente; y*

*6) Por cualquier otra forma de mala conducta notoria de los padres, abuso del poder paterno, incumplimiento de los deberes familiares o abandono judicialmente declarado de los hijos.*

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

O, en última instancia, según lo establece el artículo 158 del mismo texto legal:

*“a) Por el matrimonio o la mayoría adquirida.*

*b) Por la muerte de quienes la ejerzan.*

*c) Por la declaratoria judicial de abandono, que se produzca por encontrarse la persona menor de edad en riesgo social, de acuerdo con el artículo 162 de este Código y no exista oposición de los padres o cuando, suspendido el derecho, ellos no demuestren haber modificado la situación de riesgo del menor de edad, en el plazo que el Juez les haya otorgado.*

*d) Cuando la persona menor de edad haya sido objeto de violación, abusos deshonestos, corrupción o lesiones graves o gravísimas de quienes la ejerzan.”*

De manera que, el ejercicio de la autoridad parental está sujeto a varias condiciones, frente a un eventual incumplimiento o abuso de ésta en perjuicio del menor. Diferente es el caso de la norma aquí impugnada, que no se refiere a la suspensión de la patria potestad, sino que únicamente modifica algunos de los aspectos de contenido personal, al establecer como una facultad del juez decidir a cuál de los cónyuges le corresponderá la guarda, crianza y educación del menor en los casos de disolución del vínculo familiar, atendiendo únicamente al interés superior de los niños, por una realidad indubitable que será el rompimiento jurídico de esa relación matrimonial, la separación física de sus padres, así como de sus domicilios. Lo anterior no significa la renuncia, ni la suspensión de esos aspectos en sentido estricto, ni de los demás que comprende el conjunto de poderes-deberes que tienen los padres de familia respecto a sus hijos, pues lo que sucede es que se ejercen en forma diferente a cuando los padres vivían juntos y conservan en iguales términos aquellos de índole patrimonial y de representación, para lo cual la ley y la misma Convención sobre los Derechos del Niño garantiza su ejercicio por ejemplo a través del régimen de visitas:

*“Artículo. 9*

*...3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño...”*

Esa interrelación familiar es precisamente la que se pretende lograr con el régimen de visitas cuando los hijos no conviven con alguno o con ambos padres. De esta forma se materializa una relación directa que permite mantener y profundizar la relación entre ellos. Esto por la relevancia que tiene respecto a la salud emocional y el desarrollo de la personalidad, el contacto de los hijos menores con sus progenitores, sobretodo en los casos de separación de sus padres. Como bien indica la Procuraduría en su informe, los atributos de la autoridad parental siguen siendo asumidos en forma conjunta por ambos padres, aunque ejercidos de forma diferente precisamente porque los padres cambiaron su relación familiar. Así lo establece la misma Convención citada y a la cual hace alusión el accionante:

*“Artículo 9*

*<![if !supportLists]>1. <![endif]>Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en un caso particular, por ejemplo, en un caso en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.*

*<![if !supportLists]>2. <![endif]> En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.*

*<![if !supportLists]>3. <![endif]>Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño...”*

En consecuencia con lo expuesto es que el artículo 56 cuestionado dispone literalmente:

*“ARTICULO 56.-*

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

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

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

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

En concordancia con esta disposición, el artículo 152 del Código de Familia señala también:

*“Artículo 152.-*

*En caso de divorcio, nulidad de matrimonio o separación judicial, el Tribunal, tomando en cuenta primordialmente el interés de los hijos menores, dispondrá, en la sentencia, todo lo relativo a la patria potestad, guarda, crianza y educación de ellos, administración de bienes y adoptará las medidas necesarias concernientes a las relaciones personales entre padres e hijos y los abuelos de éstos. Queda a salvo lo dispuesto para el divorcio y la separación por mutuo consentimiento. Sin embargo, el Tribunal podrá en estos casos improbar o modificar el convenio en beneficio de los hijos.*

*Lo resuelto conforme a las disposiciones anteriores no constituye cosa juzgada y el Tribunal podrá modificarlo por vía incidental, a solicitud de parte o del Patronato Nacional de la Infancia, de acuerdo con la conveniencia de los hijos o por un cambio de circunstancias.”*

De la lectura de ambas normas, considera este Tribunal que no existe una prohibición absoluta como entiende el accionante para que las autoridades judiciales competentes, no puedan valorar la posibilidad de permitir que ambos padres compartan la guarda, crianza y educación del menor, si logran demostrarle que ello obedece al interés superior de ese niño o niños. Tampoco señala la norma que deba otorgársela a la madre con preferencia al padre, sino que depende de cada caso particular y de lo que sea más conveniente para el menor. De hecho, el Tribunal de Familia ha debido resolver pretensiones en ese sentido. Veamos algunos ejemplos que cita la Procuraduría:

*“...El tema de la guarda, crianza y educación, nuevamente se pone en la palestra judicial con esta acción, ello por cuanto el actor lo que pretende es que se de un cambio en cuanto a la forma como comúnmente se ha enfocado y resuelto este tema. Desde tiempos remotos, se ha considerado que por la estabilidad que requiere una persona menor de edad, la misma solo debe de permanecer al lado de uno de sus progenitores -entendiéndose lógicamente cuando ha operado una separación entre los mismos-, el cual en la mayor parte de casos es la madre, razones hay de más para haber resuelto de esta forma, entre ellas se pueden citar: a.- un mayor vínculo afectivo existente entre la madre y el hijo; b.- Dependencia del hijo hacia la madre; c.- formación psicosocial y cultural; d.- en muchos casos las madres se mantenían en sus hogares al cuidado de los mismos, mientras el hombre laboraba, e.- machismo; y otras causas más que se podrían citar. Hoy día, las cosas han ido cambiando, nos encontramos ahora a una mujer en muchos casos integrada al mercado laboral, con mucho éxito a nivel profesional, con más posibilidades de participar en diversas actividades tales como el estudio, con una libertad -entendiéndose bien el término- económica al no depender de otra persona, con una amplitud mayor de criterio y una percepción diferente de la vida y de la relación familiar a la que tenían nuestras madres y abuelas. Por su parte, nos encontramos en muchos casos, a un hombre más consciente de sus deberes, obligaciones y responsabilidades respecto a su familia e hijos, que interactúa y participa casi plenamente en las diferentes actividades de sus hijos; que se interesa por el bienestar de su grupo familiar, en fin un hombre en ejercicio pleno de su rol de padre y esposo -conviviente según sea el caso-.”*

**V.-** *Es novedosa la propuesta formulada por el actor, será posible que los padres -separados- puedan compartir la guarda, crianza y educación de sus hijos, podrá el hombre en iguales e idénticas condiciones que la mujer, poder hacerse cargo de sus hijos, mientras la madre de los niños desempeña y cumple con su horario laboral, podrá variarse la doctrina y la jurisprudencia patria en cuanto a que la guarda, crianza y educación deba necesariamente recaer en solo uno de los progenitores y no compartida la misma, novedosa la propuesta, pero por novedosa que sea no se debe de desechar de plano como se ha hecho, negándosele al actor su derecho de ser escuchado por parte del órgano jurisdiccional. Debemos de recordar que el derecho de familia, se ajusta paulatinamente y a la velocidad que nuestros institutos familiares lo requieren, por ello está siempre en un constante cambio y actualizándose, ante ello considera esta integración que la resolución recurrida se debe de revocar, y en su lugar disponer que se curse la presente acción como proceso abreviado de guarda, crianza y educación compartida, ello si otra causa legal no lo impide.”(Resolución No. 589-08 de las nueve horas con cuarenta minutos del veintisiete de marzo del año dos mil ocho)*

Sin embargo, esto sin duda alguna debe ser analizado y probado en cada caso concreto, pues ello no siempre es factible y más bien, lo pretendido por el accionante en algunas circunstancias perjudica a los niños. Veamos otro caso que resolvió el Tribunal de Familia en la sentencia No. 1781-09 del veinticinco de noviembre de dos mil nueve:

*“PRIMERO: La sentencia de primera instancia es apelada por doña Margarita Brenes Fonseca quien alega como motivos de disconformidad los siguientes: A.) Que la guarda, crianza y educación del menor XXXX se le otorgue a ella. Sostiene que el menor mejoró su rendimiento escolar y la conducta al vivir al lado de ella. Alega además que el señor L.t.L. viaja mucho por lo que una guarda crianza compartida es difícil. B.) Que el demandado debe cancelar una pensión alimentaria tal como ya se fijó previamente en un proceso alimentario, y no lo que dispone la sentencia recurrida, porque a pesar de que el juez de primera instancia dispone que el joven estará semana de por medio con cada uno de los progenitores, debe haber un solo progenitor responsable de pagar psicólogo, médico, educación, etc. ...Si bien es cierto se constata en autos que después de la separación de las partes ambos progenitores prácticamente compartieron la guarda del menor ..., pues se dividieron su custodia la misma cantidad de días de la semana. Pero es evidente que ello no dio buenos resultados, pues también se constató en autos que el joven ... presentó problemas de conducta y académico en su pre adolescencia. Veamos: ese tipo de problemas no surge de un momento a otro sino que van emergiendo poco a poco, y se requiere de límites y controles para orientar al joven y evitar las consecuencias que en este caso vivió XXXX No obstante, posteriormente se confirió la guarda a la madre y, el joven XXXX mejoró notablemente su conducta. Consideran los suscritos jueces que XXXXX debe ser cuidado, guiado, orientado constantemente, tal como debe darse con todo adolescente. Y en este caso en particular está demostrado con la misma conducta de XXXX que requiere vivir bajo el techo de uno solo de sus progenitores aunque tenga un régimen de visitas amplio con el otro, pues de lo contrario podría aprovechar para volver a incurrir en una mala conducta, -pues sin duda la falta de control en un joven le permite a actuar libremente porque sabe que nadie le va a estar vigilando su comportamiento. El hecho de que XXXXX viva al lado de uno de sus padres le proporciona la estabilidad material y emocional que toda persona menor de edad requiere para desarrollar el sentido de pertenencia que es tan importante para un adecuado desarrollo integral. El Tribunal considera que la mejor opción para asumir tal guarda es la madre del joven, sin que ello signifique que se descalifique al padre. Simplemente se tiene presente que la madre ha sabido poner control al joven ..., lo*



que sin duda repercutió en una mejor conducta, la que resulta indispensable para que enfrente mejor su formación académica y social. La decisión se toma teniendo como norte el Interés Superior de XXXX. Si bien los padres alegan su derecho a ejercer dicha guarda, es un planteamiento meramente "adultista", pero para este Tribunal es clara la preeminencia del Interés Superior de XXXX contemplado tanto en la Convención de Derechos del Niño como en el Código de Niñez y Adolescencia. Los derechos de los padres en lo relativo a la guarda, crianza y en general a los atributos de la patria potestad, tiene un fundamento dentro de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y del mismo Código de Familia, meramente adultista, no obstante en Costa Rica prevalece la doctrina de la Convención de Derechos del Niño recogida claramente en el Código de Niñez y Adolescencia, la que se aplica en este caso así como en todo asunto en donde interfieren personas menores de edad. Por otra parte debemos señalar que si bien en los Estados Unidos de Norte América, país natal de don R .L..L., se practica con frecuencia la guarda y crianza compartida, lo cierto es que la sociedad así lo ha aceptado y su cultura jurídica no ha permitido ratificar la Convención de Derechos del Niño sino que más bien se ha inclinado por Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos de orden "adultista"..."

Los precedentes citados, son claros ejemplos de que las normas impugnadas no han sido obstáculo para que en casos de divorcio o de separación, los padres ejerzan en forma conjunta la guarda, crianza y educación de sus hijos. Lo anterior claro está, cuando las circunstancias son las más adecuadas para el cuidado del menor, pues como quedó evidenciado, no en todos los casos ello va acorde con el interés superior del niño. Por consiguiente, la norma no resulta inconstitucional en los términos expuestos por el accionante. En primer término, porque la disposición se ajusta a lo establecido en los mismos Convenios Internacionales, en el sentido de que en atención al interés superior del menor, en circunstancias especiales como el divorcio o de separación de los padres, el Estado debe decidir sobre la residencia del niño tomando como eje esencial el interés superior del menor. Asimismo, quedó evidenciado, de acuerdo a las circunstancias de cada caso concreto, que la guarda, crianza y educación del menor puede ser compartida por ambos padres o ejercida, en mayor medida por uno de ellos, sin que ello implique la suspensión de la patria potestad del padre de familia que deberá optar por el régimen de visitas. Esto porque se reitera, que el interés superior del menor es un criterio hermenéutico que obliga a interpretar de forma sistemática las disposiciones que tengan relación con los derechos de la niñez, sobretodo frente a la resolución de conflictos jurídicos, lo cual permite dirimir las antinomias y colmar las lagunas jurídicas, en tanto supone que la interpretación y aplicación de los institutos jurídicos deben atender siempre a favor de los menores de edad. Es por ello que se configura en una garantía para los niños y no para los padres de familia. Así las cosas, la norma en cuestión resulta razonable y proporcionada a los fines, que son, la protección de la familia, pero especialmente del niño, de conformidad con el artículo 51 de la Constitución Política y la Convención sobre los Derechos del Niño. Ciertamente ambos padres de familia tienen los mismos derechos y obligaciones, sin embargo su ejercicio puede quedar supeditado razonablemente a determinadas circunstancias excepcionales, como ocurre por ejemplo con la separación y el divorcio de los padres, que por la separación física de éstos, se impone la necesidad de solucionar el lugar de residencia del menor, así como su guarda, crianza y educación.

**IV. Conclusión.-** En razón de todo lo expuesto este Tribunal no considera que la norma impugnada resulte inconstitucional, según los aspectos cuestionados por el accionante. En consecuencia, procede declarar sin lugar la acción.

**Por tanto:**

Se declara sin lugar la acción.

Ana Virginia Calzada M.  
Presidenta

Luis Paulino Mora M.

Gilbert Armijo S.

Ernesto Jinesta L.

Fernando Cruz C.

Fernando Castillo V.

Aracelly Pacheco S.

Clasificación elaborada por SALA CONSTITUCIONAL del Poder Judicial. Prohibida su reproducción y/o distribución en forma onerosa.

Es copia fiel del original - Tomado del Nexus PJ el: 12-08-2020 17:12:34.

