

UNIVERSIDAD HISPANOAMERICANA

Facultad de Derecho

**Proyecto de graduación para optar al
grado de Licenciatura en Derecho**

Análisis jurídico de los alcances de la autoridad
parental respecto al castigo corporal a las
personas menores de edad en Costa Rica en el
año 2017

Sadia Mayela Fernández Moreno

Investigación dirigida por el
Lic. German Esquivel Campos

Febrero- 2018

DECLARACIÓN JURADA

Yo Sadia Mayela Fernández Moren mayor de edad, portador de la cédula de identidad número 155806215321 egresado de la carrera de Derecho de

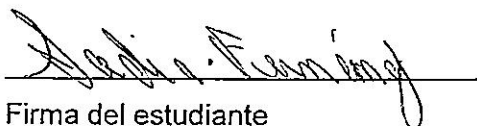
la Universidad Hispanoamericana, hago constar por medio de éste acto y debidamente apercibido y entendido de las penas y consecuencias con las que se castiga en el Código Penal el delito de perjurio, ante quienes se constituyen en el Tribunal Examinador de mi trabajo de tesis para optar por el título de Licenciada en Derecho, juro solemnemente que mi

trabajo de investigación titulado:

Análisis Jurídico de los Alcances de la Autoridad Parental respecto al Castigo Corporal a las personas menores edad en Costa Rica 2017.

_____ , es una obra original que ha respetado todo lo preceptuado por las Leyes Penales, así como la Ley de Derecho de Autor y Derecho Conexos número 6683 del 14 de octubre de 1982 y sus reformas, publicada en la Gaceta número 226 del 25 de noviembre de 1982; incluyendo el numeral 70 de dicha ley que advierte; artículo 70. Es permitido citar a un autor, transcribiendo los pasajes pertinentes siempre que éstos no sean tantos y seguidos, que puedan considerarse como una producción simulada y sustancial, que redunde en perjuicio del autor de la obra original. Asimismo, quedo advertido que la Universidad se reserva el derecho de protocolizar este documento ante Notario Público.

En fe de lo anterior, firmo en la ciudad de San José, a los Veintinueve días del mes de Enero del año dos mil diesiocho.



Firma del estudiante

Cédula: 155806215321

CARTA DEL TUTOR

San José, 20 de febrero de 2018

Licenciado
Piero Vignoli Chessler
Director de la Facultad de Derecho
Universidad Hispanoamericana

Estimado licenciado:

La estudiante Sadia Fernández Moreno, cédula de residencia número 155806215321, me ha presentado, para efectos de revisión y aprobación, el trabajo de investigación denominado **"Análisis Jurídico de los Alcances de la Autoridad Parental respecto al Castigo Corporal a las personas menores de edad en Costa Rica 2017"**, el cual ha elaborado para optar por el grado académico de **Licenciatura en Derecho**.

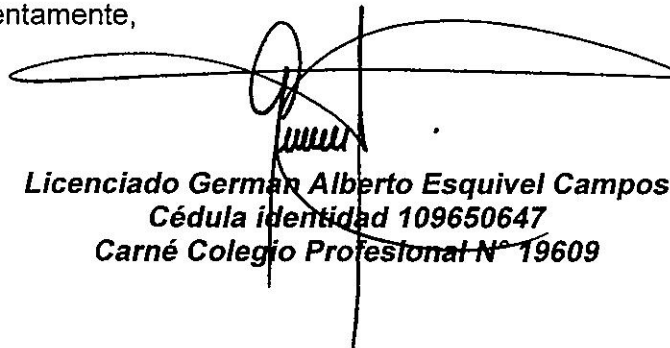
En mi calidad de tutor, he verificado que se han hecho las correcciones indicadas durante el proceso de tutoría y he evaluado los aspectos relativos a la elaboración del problema, objetivos, justificación; antecedentes, marco teórico, marco metodológico, tabulación, análisis de datos; conclusiones y recomendaciones.

De los resultados obtenidos por la persona postulante, se tiene la siguiente calificación:

	ASPECTO A VALORAR	VALOR	NOTA
A)	ORIGINALIDAD DEL TEMA	10%	10%
B)	CUMPLIMIENTO DE ENTREGA DE AVANCES	20%	20%
C)	COHERENCIA ENTRE LOS OBJETIVOS, LOS INSTRUMENTOS APLICADOS Y LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACION	30%	30%
D)	RELEVANCIA DE LAS CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	20%	18%
E)	CALIDAD, DETALLE DEL MARCO TEORICO	20%	20%
	TOTAL	100%	98%

En virtud de la calificación obtenida, se avala el traslado al proceso de lectura.

Atentamente,



Licenciado German Alberto Esquivel Campos
Cédula identidad 109650647
Carné Colegio Profesional N° 19609

San José, 07 de marzo 2018.

Señores

Departamento de Registro

Sede de Llorente de Tibás

Universidad Hispanoamericana

Presente.

El suscrito, LICENCIADO PIERO VIGNOLI CHESSLER, en mi condición de lector de la tesis denominada ANALISIS JURIDICO DE LOS ALCANCES DE LA AUTORIDAD PARENTAL RESPECTO AL CASTIGO CORPORAL DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD EN COSTA RICA, 2017, realizada por la egresada en derecho SADIA MAYELA FERNANDEZ MORENO manifiesto:

Dicho trabajo reúne los requisitos de fondo y forma exigidos por la Universidad y en sí por la Facultad, por lo que doy por aprobado el mismo en todo su contenido, quedando pendiente la revisión filológica y el acta de defensa.

Sin otro particular,



Lic. Piero Vignoli Chessler

Lector.

29 de marzo de 2018

Señores
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD HISPANOAMERICANA

Estimados señores:

La estudiante **Sadia Mayela Fernández Moreno**, me presentó para revisión filológica el proyecto final de graduación titulado: "Análisis jurídico de los alcances de la autoridad parental respecto al castigo corporal a las personas menores de edad en Costa Rica en el año 2017", para optar al grado de Licenciatura en Derecho.

Para los fines pertinentes, hago constar que corregí los aspectos relativos a la sintaxis, léxico, ortografía, mayúsculas, puntuación, claridad, coherencia y vicios de dicción.

Atentamente,



Lic. Olivier López Jiménez
FILÓLOGO
Colegio de Licenciados y Profesores
Código N° 13298

Olivier López Jiménez
Lic. en Filología Española, código 13298
Colegio de Licenciados y Profesores

DEDICATORIA

A Dios, quien es el primero en todo: por darme la fortaleza y la salud para continuar con mi carrera y lograr un sueño de hace mucho tiempo, y por todo Su amor incondicional.

A mi amada abuelita ya en el cielo con todo mi amor: por todo el esfuerzo en criarme para ser una persona de bien e inculcarme el deseo de superación cada día durante su vida.

Al Dr. L. C. N. por todo su apoyo, a Julio Camacho Chacón por ser mi compañero durante este proceso y de manera especial al Arq.- Lic. Arnoldo Guillén Monterrubio por ser mi inspiración y motivación para lograr mi meta.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por protegerme, guiarme y darme fuerzas para continuar con mi meta superando dificultades durante toda mi carrera.

Un especial agradecimiento a mis amigos Jerome Carr Edwards, Georgina Alvarado por brindarme su amistad, su apoyo incondicional, su paciencia y motivación para seguir adelante y poder concluir mis estudios con éxito.

Gracias a mi tutor, Lic. German Esquivel Campos, por guiarme en este trabajo.

KHALIL GIBRAN

*Tus hijos no son tus hijos
Son hijos e hijas de la vida deseosa de sí misma.
No vienen de ti, sino a través de ti y aunque estén contigo no te pertenecen.
Puedes darles tu amor, pero no tus pensamientos,
Pues ellos tienen sus propios pensamientos.
Puedes hospedar sus cuerpos, pero no sus almas,
Porque ellas viven en la casa del mañana, que no puedes visitar ni siquiera en sueños.
Puedes esforzarte en ser como ellos, pero no procures hacerlos semejantes a ti
porque la vida no retrocede, ni se detiene en el ayer.
Tú eres el arco del cual tus hijos, como flechas vivas, son lanzados (...).
Deja que la inclinación en tu mano de arquero sea hacia la felicidad.*

Contenido

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
Introducción	vii
CAPÍTULO I	10
1.1 Planteamiento del problema	10
1.1.1 Justificación del tema	13
1.1.2 Formulación del problema	15
1.3 Objetivos de la investigación.....	16
1.3.1 Objetivos generales.....	16
1.3.2 Objetivos específicos.....	17
1.4 Alcances y limitaciones.....	17
1.4.1 Alcances.....	17
1.4.2 Limitaciones	18
CAPÍTULO II	19
2.1 Marco teórico	19
2.1.1 Antecedentes de la autoridad parental en Costa Rica	19
2.1.2 Evolución de la autoridad parental en Costa Rica.....	21
2.1.3 Responsabilidad del tutor	24
2.1.4 Convención de los Derechos del Niño	25
2.2 CONTEXTO TEÓRICO-CONCEPTUAL	26
2.2.1. Conceptos de la autoridad parental	26
2.2.2 Responsabilidad parental	28
2.2.3 Derechos y deberes de la autoridad parental	28
2.2.4 Incumplimiento o abuso de la patria potestad	30
2.2.5 Etimología de la autoridad parental	30
2.2.6. El interés superior del niño	31
2.2.7 Derecho de la persona menor de edad a ser oída	33
2.3 El castigo corporal	34
2.3.1 El maltrato/abuso físico	35

2.3.2 El derecho a la disciplina sin castigo físico ni trato humillante	36
2.3.3 La persona menor de edad.....	37
2.3.4 La declaración de los Derechos del Niño.....	38
2.3.5La importancia de la Convención sobre los Derechos del niño	40
2.3.6El objeto de los Derechos de los menores de edad	41
2.3.7 El síndrome de alienación parental.....	44
2.3.8 Las consecuencias del síndrome de la alienación parental	46
2.3.9 Las familias ensambladas	47
2.4 Hipótesis	50
CAPÍTULO III	51
3.1 MARCO METODOLÓGICO	51
3.1.1 Tipo de investigación	51
3.1.2 Por la finalidad.....	51
3.1.3 Por el marco	52
3.1.4 Por el alcance temporal	52
3.1.5 Por su naturaleza	52
3.1.6 Por su carácter	52
3.2. Los sujetos y las fuentes de información	53
3.2.1 Los sujetos	53
3.2.2 Las fuentes de información.....	53
3.2.3 Fuentes primarias.....	53
3.2.4 Fuentes secundarias	54
3.3 Técnicas e instrumentos para la recolección de información.....	56
CAPÍTULO IV.....	57
4.1 El Derecho de Familia en Costa Rica	57
4.1.1 Los casos de suspensión de la patria potestad.....	58
4.1.2 Los casos de modificación y suspensión de la autoridad parental	59
4.1.3El caso de estado de abandono	60
4.1.4 Antecedentes históricos de la autoridad parental.....	60
4.1.5 El Código de Familia en Costa Rica	63

4.2 La autoridad parental ante los nuevos cambios tecnológicos	64
4.2.1 El Código de la Niñez y la Adolescencia	66
4.2.2 La Convención sobre los Derechos del niño	67
4.2.3 La noción de Derecho de familia en Costa Rica	69
4.2.4 Los conceptos de familia	69
4.2.5 El concepto de familia en sentido amplio	71
4.2.6 Los principios del Derecho de Familia	72
4.3 Los conceptos de patria potestad o autoridad parental	74
4.3.1 Las características de la autoridad parental	81
4.3.2 La suspensión de la patria potestad	84
4.3.3 Casos en que se recupera la autoridad parental	89
4.3.4 El término de la patria potestad	89
4.3.5 Casos de extinción de la patria potestad	90
4.3.6 Casos de pérdida de la autoridad parental	91
4.4 La tutela en Costa Rica	104
Clases de tutela en Costa Rica	104
4.5 Derecho comparado – Rasgos característicos	109
4.5.1 La autoridad parental en España	109
4.5.2 La autoridad parental en Argentina	110
4.5.3 La autoridad parental en Guatemala	111
4.5.4 La autoridad parental en Nicaragua	111
CAPÍTULO V	113
Recomendaciones	¡Error! Marcador no definido.
Conclusiones	113
Bibliografía	120

Introducción

El castigo físico remite de inmediato al tema de la autoridad parental y, con ella, a importantes reflexiones históricas. La referencia más antigua sobre el respeto se encuentra en el Antiguo Testamento, donde se consigna “amarás y obedecerás a tu padre y a tu madre”. Este mandato se convierte en el fundamento jurídico más antiguo sobre la autoridad parental, el cual, a su vez, atraviesa el Derecho Romano, en donde los niños y las niñas aparecen como personas sometidas a otro (al jefe de la familia o paterfamilias); es decir, son personas bajo la manus de un jefe único, que no solo puede ejercer sobre sus hijos las penas más rigurosas, sino que, además, tiene sobre ellos poder de vida y de muerte.

Dicha concepción llega a nosotros a través de normas castellanas como las de Alfonso X el Sabio. De acuerdo con sus Siete Partidas, la patria potestad o “patria potestas” es el poder y señorío que tienen los padres sobre los hijos según una razón natural (porque nacen de ellos) y de derecho (porque heredan de ellos). En definitiva, ese poder se entiende como el poder de subyección, reverencia y castigamiento.

Estos fundamentos y principios normativos permanecerán, casi de manera intacta, pasando por el Código de Braulio Carrillo (Código General de 1841) hasta el Código de Familia, que mantenía, en el artículo 143 y como un resabio, que la autoridad parental confería derechos e imponía los deberes de educar, guardar, vigilar y, en forma moderada, corregir al hijo. Esta norma era la

que legitimaba, hasta hace pocos días, la aplicación del castigo físico en este país.

En 1989, en la discusión central de la Convención de los Derechos del Niño, lo más importante fue determinar qué prevalecía frente a los hijos e hijas: el Estado o la familia. Finalmente, se definió que la orientación, crianza, cuidado y corrección de los niños y niñas es responsabilidad de ambos padres, incluso frente al Estado (Artículo 5 y Artículo 18).

De cierto, la promulgación de los derechos de la niñez ha reafirmado la autoridad parental; en ningún momento, la ha limitado, cuestionado o menoscabado. Sin embargo, también es esencial reconocer que el ámbito de la familia es en donde más se violentan los derechos de las personas menores de edad. En el año 2007, de 36 213 atenciones brindadas por el PANI, el 80% (29 141) fueron por situaciones de vulneración o violación de derechos en el ámbito familiar. Frente a esta realidad, la Convención exige también a los Estados proteger a los niños y niñas “contra toda forma de violencia física y mental” (Artículo 19); por esto, es una obligación del Estado adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación.

Sin duda, niños y adolescentes son seres humanos con los mismos derechos que los adultos, pero son también seres con una gran vulnerabilidad y en proceso de desarrollo, que no tienen posibilidades de defenderse ni hacer valer sus derechos, incluso en el ámbito familiar. En Costa Rica, según datos del

Instituto de Estudios Sociales en Población IDESPO (2003), el 65.3% de los adultos pega, pateo y pellizca a los niños y niñas; y el 74.2% de la población grita y maltrata verbalmente. Asimismo, de las personas que aplican castigos físicos, un 34,6% lo hacen una vez por semana, 10,2% lo hace todos los días y 6,2% a cada rato.

De modo que, en razón de su vulnerabilidad, las personas menores de edad tienen derechos adicionales y propios en el ejercicio de la ciudadanía. En tanto se reconozca esto, se debe aceptar que los niños, niñas y adolescentes merecen igualdad de protección ante la ley, respeto pleno a su integridad física, y respeto a su dignidad humana. No se pide nada para la niñez que no se pida también para los adultos; es por ello que, la autorización, y la práctica de golpearlos tenía que abolirse.

De ahí la iniciativa de derogar de la legislación costarricense toda autorización del uso del castigo corporal, prohibir de forma explícita el uso del castigo físico como medida correctiva, y proponer políticas públicas dirigidas a sustituir esas prácticas por nuevos métodos de crianza. Con la firma de la Ley se ha dado este primer paso. Corresponde ahora crear lineamientos administrativos de capacitación y orientación a funcionarios(as), promover la prevención por medio de la paternidad y maternidad positiva; así como el cambio de las prácticas violentas en la sociedad a través del Sistema Nacional de Protección y, desde luego, utilizar, solo en última instancia, las medidas de protección administrativas que ya se contemplan en la legislación.

CAPÍTULO I

1.1 Planteamiento del problema

1.1.1 Antecedentes sobre los alcances de la autoridad parental en Costa Rica

En la actualidad, los niños son sujetos de derecho. Sin embargo, esto no siempre fue así, pues en la antigüedad su condición fue dolorosamente inferior que la de los adultos, ausentes de derechos y aun de reconocimiento individual, pues eran parte de la familia y propiedad del padre, que podía hacer con ellos cuanto quería, llegando inclusive a tratos crueles e inhumanos, o hasta a desaparecerlos.

En Roma, la existencia de los niños estaba supeditada a la aceptación del padre de familia; en la época de Constantino, el cristianismo trajo consigo la idea de protección a los niños, por estar hechos a imagen y semejanza de Dios; en la Edad Media, se explotó laboralmente a los niños, aunque el castigo físico excesivo fue criticado; el Renacimiento sí incorporó “beneficios” para los niños, pues a partir allí gana terreno la figura humana, la sociedad empieza a preocuparse por la educación y aparecen las primeras escuelas primarias, empieza una protección paternalista del niño por ser frágil, inferior, reemplazable, e intrascendente.

La Revolución Francesa incorporó el derecho a la igualdad. Este repercutió de manera notable en la condición de los niños en la sociedad aunque no estaba reglado nada en específico sobre estos. El primer documento histórico que se conoce sobre el reconocimiento de los derechos humanos del niño es el “Cuerpo de Libertades de la Bahía de Massachusetts”, en el que se señalaba que, si los padres o

responsables trataban de manera excesivamente severa a los niños, estos podían acudir a la justicia y quejarse.

En el Derecho de familia, se habla de la figura de “**castigo corporal a las personas menores de edad**”. En ellas se ubica a aquellas personas menores de edad que se encuentran bajo la potestad de los padres, o en representación legal de tutores. Gracias a la reforma del artículo 143 del Código de Familia, se cerró una posible brecha que daba lugar a la ambigüedad en dicho artículo, con la finalidad de erradicar el maltrato físico a las personas menores de edad. Al respecto se señala que es importante aclarar que “ (...) la disciplina no es sinónimo de castigo, aunque en muchos lugares parece que los igualan. La disciplina significa entrenar, instruir o educar” (Holden, 2002. P. 5).

Al firmar la *Ley Derechos de los niños, niñas y adolescentes a la disciplina sin castigo físico ni trato humillante*, la presidente en ejercicio doña Laura Chinchilla resaltó su importancia y explicó que en su opinión:

...es un acto supremo corregir a los menores con amor. Es seguir el ejemplo de Cristo con sus discípulos. Cuando se corrige con violencia, se genera violencia, y un niño agredido en su hogar saldrá a empuñar un arma en su barrio y seguirá cosechando violencia en su entorno, en lugar de recibir un diploma en un colegio. Si en cambio se corrige con amor, se aumenta la posibilidad de restar jóvenes en los callejones y los sumamos en las universidades y empresas. Un niño sin golpes es un niño con oportunidades, y un joven sin humillaciones es un joven con metas y sueños propios. Una Costa Rica con menos dolor y violencia, será sin lugar a dudas una Costa Rica mejor.

Esta legislación permite ahora a las autoridades correspondientes reafirmar la necesidad de crear una sociedad sin violencia. El castigo físico como método disciplinario a los niños y niñas era el semillero de la violencia familiar y de sus funestas consecuencias sociales. El jerarca del PANI, Mario Víquez (2008) señaló que

Es claro que existe resistencia para analizar estos temas porque, inevitablemente, remiten a las vivencias propias como hijos, como padres y como abuelos. Se moviliza lo inconsciente y, en consecuencia, se hace difícil abordar el tema sin involucrar nuestra propia historia. Pero lo cierto es que la familia debe fortalecer su tarea de crianza de los niños y niñas mediante tres pilares: el amor, el ejemplo y la disciplina.

En consecuencia, con la firma de la entonces Presidente en ejercicio, se hizo efectiva la reforma del Artículo 143 del Código de Familia donde se deroga el castigo físico a las personas menores de edad. En este sentido, la Defensoría de los Habitantes (2012) indica:

Artículo 1.

Adiciónase al Capítulo II del Código de la Niñez y la Adolescencia, el Artículo 24 bis, cuyo texto dirá:

Artículo 24 bis.-Derecho a la disciplina sin castigo físico ni trato humillante

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a recibir orientación, educación, cuidado y disciplina de su madre, su padre o los responsables de la guarda crianza, así como de los encargados y el personal de los centros educativos, de salud, de cuidado, penales juveniles o de cualquier otra índole, sin que, en modo alguno, se autorice a estos el uso del castigo corporal ni el trato humillante.

El Patronato Nacional de la Infancia coordinará, con las distintas instancias del Sistema Nacional de Protección Integral y las organizaciones no gubernamentales, la promoción y ejecución de políticas públicas que incluyan programas y proyectos formativos para el ejercicio de una autoridad parental respetuosa de la integridad física y la dignidad de las personas menores de edad. Asimismo, fomentará en los niños, niñas y adolescentes, el respeto a sus padres, madres y personas encargadas de la guarda crianza.

El Patronato Nacional de la Infancia velará por que las distintas instancias del Sistema Nacional de Protección Integral incorporen, en sus planes institucionales, los programas y proyectos citados en este Artículo, e informará al Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia, sobre su cumplimiento.

Artículo 2.-Refórmase el Artículo 143 del Código de Familia. El texto dirá:

Artículo 143.-Autoridad parental y representación. Derechos y deberes

La autoridad parental confiere los derechos e impone los deberes de orientar, educar, cuidar, vigilar y disciplinar a los hijos y las hijas; esto no autoriza, en ningún caso, el uso del castigo corporal ni ninguna otra forma de trato humillante contra las personas menores de edad.

Asimismo, faculta para pedir al tribunal que autorice la adopción de medidas necesarias para coadyuvar a la orientación del menor, las cuales pueden incluir su internamiento en un establecimiento adecuado, por un tiempo prudencial. Igual disposición se aplicará a los menores de edad en estado de abandono o riesgo social, o bien, a los que no estén sujetos a la patria potestad; en este último caso, podrá hacer la solicitud el Patronato Nacional de la Infancia. El internamiento se prolongará hasta que el tribunal decida lo contrario, previa realización de los estudios periciales que se requieran para esos efectos; esos estudios deberán ser rendidos en un plazo contado a partir del internamiento.

1.1.2 Justificación del tema

La sociedad actual ha estado sufriendo cambios abruptos que se reflejan de manera clara en el plano familiar. Día con día, los casos que involucran a los niños, niñas y adolescentes se van acrecentando, lo cual genera la necesidad de prestarles más atención.

En las poblaciones marginadas de la sociedad, los niños son a quienes más se les vulneran sus derechos, pues son sectores marcados por relaciones de dominación, entre las cuales puede mencionarse la desigualdad de clase, de etnicidad, de género y de generación, entre otros.

En esta investigación, se analizan los alcances de la autoridad parental respecto del castigo corporal a las personas menores de edad en Costa Rica porque involucra a los hijos e hijas que, por su condición de menores y representados, no se les toma en cuenta, tanto en sus necesidades como en el aspecto de defensa cuando se les agrede, lo cual los hace vulnerables, los reduce a un círculo de

miedos y temores por el solo hecho de existir en la vida de los agresores. Respecto de los alcances de la autoridad parental en la figura del castigo corporal a las personas menores de edad, la normativa que delimita el castigo corporal es, en el Código de Familia, donde el artículo 143 estipula lo siguiente:

Artículo 143.- Autoridad parental y representación. Derechos y deberes

La autoridad parental confiere los derechos e impone los deberes de orientar, educar, cuidar, vigilar y disciplinar a los hijos y las hijas; esto no autoriza, en ningún caso, el uso del castigo corporal ni ninguna otra forma de trato humillante contra las personas menores de edad. Asimismo, faculta para pedir al tribunal que autorice la adopción de medidas necesarias para coadyuvar a la orientación del menor, las cuales pueden incluir su internamiento en un establecimiento adecuado, por un tiempo prudencial. Igual disposición se aplicará a los menores de edad en estado de abandono o riesgo social, o bien, a los que no estén sujetos a la patria potestad; en este último caso, podrá hacer la solicitud el Patronato Nacional de la Infancia.....

En el tema de los alcances de la autoridad parental, el Código de Familia en el artículo 141 establece derechos y obligaciones tanto de los padres o representantes legales hacia los menores como viceversa. Además, dicho código delimita la autoridad parental como se observa en el artículo 158 que hace referencia a la suspensión de la patria potestad, en el artículo 159 que establece la suspensión y la modificación de la patria potestad, y en el artículo 160 en referencia al estado de abandono.

El tema es de actualidad, ya que cada día se atestigua en el Derecho de Familia los cambios en la sociedad, debido al factor económico, a la desestabilización familiar, a los matrimonios poco duraderos que hoy día abundan y dividen a los padres. Tales situaciones causan en los hijos cambios emocionales quedando más vulnerables con uno solo de los progenitores. Dicha variación en el entorno familiar genera lo que se conoce como familias ensambladas. Se trata de aquellas relaciones que surgen cuando los progenitores se divorcian y forman otra

familia con los hijos de ambos o de uno solo de ellos. Estas causan, con mucha frecuencia, el también llamado síndrome de alienación parental, que se analizó en el desarrollo de esta investigación, pues este síndrome causa desestructuración parental hacia uno de los progenitores.

1.1.3 Formulación del problema

¿Qué impacto tiene el incumplimiento del Artículo 143 del Código de Familia por parte de los padres de familia o de los tutores de las personas menores de edad en Costa Rica en el año 2017?

En la sociedad actual, se refleja un alto porcentaje de abuso a los derechos de las personas menores de edad por parte de los progenitores, los tutores o de los responsables asignados, valiéndose de la vulnerabilidad de esa población. Tal actuar violenta de manera manifiesta la legislación protectora de los menores de edad, pues los padres están en la obligación de proteger la integridad física y emocional de sus hijos e hijas, así como de proporcionarles la estabilidad a la que tienen derecho.

Por esta razón, nace la problemática de la indefensión en que se encuentran los niños, niñas y adolescentes y se busca hacer consciencia entre la población. Sin duda alguna, tal cambio de paradigma tiene que iniciar en el núcleo familiar, y extenderse a los tutores y/o a los representantes legales para que se esmeren velando por la seguridad necesaria de las personas menores de edad.

¿Por qué en Costa Rica se vulneran los derechos de la niñez siendo que impera el interés superior del niño?

Tras un breve análisis sobre las razones por las cuales los encargados no le dan importancia a las sanciones impuestas por los abusos de autoridad parental en los casos de maltrato y negligencia para con los menores representados, se infiere que la problemática en este sentido se acrecienta debido a la falta de información, no tanto de las personas que viven en zonas urbanas desarrolladas sino de las personas extranjeras.

Por medio de una entrevista realizada en el PANI, se determinó que, en la mayoría de los casos, se encuentran involucradas personas de poco estudio y en su mayoría extranjeros que a la hora de explicarles la posible sanción responden asombrados, indicando no saber que, corregir al menor con una faja, regla, o jaloneándolo, podría tener causa penal en su contra, puesto que en su cultura fue la manera cómo los educaron, por lo cual, les parece natural seguir el mismo patrón de conducta con sus propios hijos e hijas, alegando desconocer que la legislación costarricense sanciona tal proceder.

1.3 Objetivos de la investigación

1.3.1 Objetivos generales

1. Analizar los límites de la autoridad parental, establecidos en el Código de Familia, haciendo énfasis en la reforma del Artículo 143 del Código de Familia en Costa Rica.

2. Recomendar un estudio de Derecho Comparado de aquellos países que ya han tipificado la figura de los límites de la autoridad parental que delimite el castigo respecto a los menores de edad en Costa Rica.

1.3.2 Objetivos específicos

- a. Analizar los conceptos de la autoridad parental, tutela, y la aplicación en otras legislaciones para determinar qué efectos han tenido en relación con la prohibición del castigo físico en las personas menores de edad.
- b. Comparar y contrastar el efecto que ha producido el incumplimiento de dicha reforma en resguardo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.
- c. Examinar la figura de la patria potestad en Costa Rica.

1.4 Alcances y limitaciones

1.4.1 Alcances

La investigación pretende dar a conocer la problemática sobre la protección de los derechos de las personas menores de edad, a fin de crear consciencia a través de fundamentos doctrinarios nacionales y extranjeros.

1.4.2. Limitaciones

La principal limitación para el desarrollo del presente trabajo, fue la información incompleta o escasa referente a los límites de la autoridad parental introducida con la nueva reforma del Artículo 143 del Código de Familia, respecto del castigo físico de las personas menores de edad.

En este sentido, se enfrentó la falta de fuentes bibliográficas por parte de autores nacionales, tanto de doctrina como de jurisprudencia sobre el tema del castigo físico contra los niños y niñas en Costa Rica. Se cree que esto se debe a que la reforma del artículo 143 del citado código, es reciente como ya se ha explicado en páginas precedentes, por lo cual apenas se están dando los primeros pasos para implementar los antecedentes. Se resolvió tal limitación a través del derecho comparado y por medio de documentos publicados por abogados, magistrados, y doctores en Derecho de Familia de España, Argentina, Chile, Perú y Colombia. Sin embargo, aunque en legislaciones extranjeras se encuentran estudios relacionados con el tema en investigación, estos no abordan en profundidad el castigo físico.

CAPÍTULO II

2.1 Marco teórico

2.1.2 Antecedentes de la autoridad parental en Costa Rica

Según Albaradejo citado por Gerardo Trejos (1977)

mientras los hijos son menores de edad los padres tienen numerosos deberes hacia ellos, encaminados a su protección y formación, ahora bien, para cumplirlos adecuadamente y decidir según la conveniencia de cada momento, necesitan amplias facultades sobre la persona y bienes de sus hijos.

En la actualidad, este conjunto de deberes y facultades, considerados de modo global, la ley lo denomina autoridad parental. Sin embargo, el Código de Familia emplea de manera indistinta las expresiones “patria potestad” o “autoridad parental”. No obstante, la autoridad en el derecho costarricense se atribuye de forma conjunta al padre y a la madre. Por consiguiente, la denominación “autoridad parental” parece ser más acertada y acorde con el principio de igualdad de derechos y deberes de los cónyuges y de los padres.

De acuerdo con el autor Alberto Brenes Córdoba citado por Trejos (1977): “El poder paterno, antes que derecho de los padres sobre sus hijos, significa poder rector encaminado a procurarles su adaptación útil y armónica a la vida social; deber de protección, de cuidado, de racional y benévolo tratamiento”.

La autoridad parental se otorga a los padres para que protejan a sus hijos e hijas en su salud, su seguridad y su moralidad, por ello, su ejercicio confiere los derechos e impone los deberes de educar, guardar, vigilar y, en forma moderada, corregir al hijo.

En este análisis investigativo es preciso recalcar la figura de la tutela, pues constituye un complemento importante de la autoridad parental. Según Agüero y otros (1982): “La Historia de la Tutela tuvo su arranque inicial en épocas antiguas y su origen se dio en el grupo de la antigüedad, porque éste fue el primer núcleo de carácter social, de donde se desprende que primero fue la familia que el Estado” (p.2).

Sin embargo, debe aclararse que, pese a que se dice que esta figura jurídica nació en la antigüedad, basándose en que la familia fue la primera organización de carácter social, no se logra precisar cómo se regulaba la tutela en estas épocas.

De acuerdo con Sáenz (2008):

El título X versaba sobre la minoridad, la tutela y la emancipación. La madre viuda era tutriz (sic) de pleno derecho de sus hijos menores de edad, pero el padre de estos podía dejar nombrado un asociado en la tutela, y si la mujer contraía nuevo matrimonio la perdía, a menos que su segundo esposo fuese nombrado como tutor por la autoridad judicial.

La administración y cuentas de la tutela se regulaban con sumo detalle. Los menores podían ser emancipados por el padre después de cumplir los dieciocho años y también quedaban automáticamente emancipados al contraer matrimonio, si habían llegado a esa edad.” (p.368).

La nueva legislación introduce un cambio, pues elimina la tutela testamentaria como prioritaria que indicaba que la madre del menor de edad pasaba a ser tutora de sus hijos e hijas. Si la mujer se volvía a casar, perdía la tutela de los menores, a menos que el nuevo esposo fuera nombrado judicialmente.

2.1.3 Evolución de la autoridad parental en Costa Rica

Pérez Vargas V. (s.f) CIJUL en Línea indica que dentro del sistema jurídico latinoamericano la institución tiene claros orígenes en el derecho romano, donde evolucionó desde un poder despótico sobre los hijos (que comprendía incluso el derecho de venderlos, de abandonarlos y el derecho sobre la vida), hasta pasar a convertirse en los sometidos a ella.

En tiempos modernos, el menor se coloca como sujeto preferente de derecho, lo que implica que en caso de conflicto, debe prevalecer su interés sobre cualquier otro. La patria potestad ha dejado de ser un derecho de los intereses de los hijos.

En Costa Rica se considera la patria potestad como una situación jurídica mixta, que comprende valoraciones jurídicas de posibilidad y necesidad en función del interés superior del niño. Debe recordarse que, en esta materia, adelantándose en muchos aspectos a la ley, la jurisprudencia nacional ya había establecido una serie de principios que desarrollaban estas ideas. El interés prioritario de la persona menor de edad ha llevado, inclusive, a derogar los principios de cosa juzgada. De tal modo, todo lo que el Tribunal resuelva sobre la patria potestad, no alcanza la condición de cosa juzgada. En consecuencia, adolece del recurso de casación. En el Derecho de Familia cambia este precepto procesal y tiene prelación la conveniencia de las personas menores de edad. El juez puede cambiar lo resuelto cuando las circunstancias así lo aconsejen o lo demanden.

a) Código Civil General de 1841 o Código de Carrillo

En el momento de la separación de Costa Rica de la Monarquía Española, el ordenamiento jurídico vigente estaba formado por un cúmulo de normas de muy distinto origen y naturaleza. Además de la Constitución de 1812, que ocupaba la cúspide de la jerarquía normativa, regían en el territorio costarricense las leyes de las Cortes, las leyes de Indias, diversas leyes del Derecho Castellano (entre las que figuraban las contenidas en la Novísima Recopilación de 1805, la Nueva Recopilación de 1567 y las Siete Partidas), reales decretos, disposiciones de la Audiencia de Guatemala y de la Diputación Provincial de Nicaragua y Costa Rica, regulaciones municipales, etc.

A consecuencia de la separación de España, el Derecho costarricense empezó a desarrollarse en forma autónoma, con la promulgación del Pacto de Concordia de 1821 y los Estatutos Políticos de 1823 y la emisión de normas emanadas de las Juntas Gubernativas que funcionaron hasta 1824. El 10 de enero de 1822, Costa Rica se adhirió condicionalmente al Imperio Mexicano, con lo cual las disposiciones de la Regencia de México y más tarde del Congreso Constituyente y del Emperador pasaron a formar parte del ordenamiento costarricense. La más importante y duradera de esas normas fue el decreto imperial que suprimió el sistema de castas.

La integración de Costa Rica al proceso codificador de inspiración francesa, fue obra de la dictadura de Braulio Carrillo Colina (1838-1842). El 30 de julio de 1841, Carrillo emitió el Código General del Estado de Costa Rica, que era en gran

medida una copia de los códigos emitidos en Bolivia y que comprendía tres partes: Civil, Penal y Comercial, cada una con numeración independiente en su articulado.

La emisión de grandes códigos basados en sistemas de principios generales, eran inspirados en modelos europeos o hispanoamericanos, continuó en 1853 con la emisión de un Código de Comercio y una ley de enjuiciamiento mercantil, y en el decenio de 1880 con la promulgación de nuevos códigos en materia penal, civil y procesal civil. A lo largo del siglo XX se han emitido muchos códigos.

b)Código Civil de 1888

Fue el segundo Código Civil redactado en el año 1886 y puesto en vigencia durante el gobierno de Bernardo Soto Alfaro el 1 de enero de 1888. Es el Código que actualmente rige en Costa Rica siendo el más longevo hasta el momento.

En 1882, el gobierno del General Próspero Fernández Oreamuno creó una comisión de juriconsultos para elaborar nuevos códigos en materia civil y de procedimientos.

La evolución se ha ido notando con cada legislación. En las anteriores el que ejercía la autoridad parental era el páter familia. La mujer no era tomada en cuenta. Con la promulgación del Código Civil, dicha autoridad la ejercía el padre y la madre podía participar en la patria potestad.

c)Código de Familia de 1973

El actual Código de Familia se promulgó en 1973y entró en vigor en el año 1974. Este cuerpo de leyes regula la normativa de la autoridad parental tal y como se

tiene en la actualidad y contenida en el Título III llamado: “De la autoridad parental o patria potestad”, que se analizará a lo largo de esta investigación.

2.1.4 Responsabilidad del tutor

El tutor como representante de la persona menor de edad, será responsable de los actos que este ocasione a causa de su descuido. En Costa Rica, existe regulación de la responsabilidad civil extracontractual. Esta se aplicará a la responsabilidad que incumpliera el tutor y a sus consecuencias. Al respecto, el Artículo 1045 del Código Civil establece que todo aquel que, por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios.

De esta forma, la responsabilidad civil extracontractual opera por la violación de cierto nivel de prudencia que se debe de tener en la vida diaria. Se nota que no es necesario que la persona que cometa el daño lo haya planeado o pensando con anticipación; sino que basta una negligencia, una imprudencia o una falta con la cual se le cause a otra persona un menoscabo en su patrimonio o en su integridad física para enfrentar una acción civil resarcitoria.

Así, queda clara la responsabilidad del tutor o representante de los niños, niñas y adolescentes por su falta de cuidado y negligencia por los daños que estos pudieren causar de forma imprudente. El Artículo 1047 del Código Civil establece que los padres son responsables del daño causado por sus hijos menores de quince años que habiten en su misma casa. En defecto de los padres, son responsables los tutores o encargados del menor.

La responsabilidad civil en Costa Rica está a cargo de los padres, los tutores y los representantes de las personas menores de edad que, por su condición, adolecen de la capacidad de responder por los actos realizados. En casos de negligencia por la falta de responsabilidad in vigilando los adultos responsables de sus hijos, hijas y representados tienen la obligación de responder por el actuar de estos.

2.1.5 Convención de los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño vigente constituye ley de la República. Se trata del instrumento más importante en el ámbito y el que hacer jurídico y se caracteriza por ser universal y de protección a los derechos de la infancia.

En su artículo 1, provee la definición de “niño”, que dice de manera literal: Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Asimismo, el artículo 9 de la citada Convención sobre los Derechos del Niño establece en su numeral 1° lo siguiente:

Los Estados parte velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, 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 casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

Respecto de la intervención de las partes, el inciso 2 del mismo Artículo, estipula que *en cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.*

Por su parte, el artículo 9 de la Convención, en su inciso 3, hace referencia a la relación familiar que existe entre el niño con relación a sus padres cuando estos se encuentren separados y lo reglamenta señalando que los Estados en parte respetarán el derecho del niño a 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.

Además, establece el principio de igualdad de derechos de los hijos donde muestra que, los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio y los adoptivos, tienen iguales derechos frente a sus padres. Haciendo hincapié en la parte final del inciso que “Es obligación de los padres dar a sus hijos protección, asistencia, educación y seguridad”.

2.2 CONTEXTO TEÓRICO-CONCEPTUAL

2.2.1. Conceptos de la autoridad parental

Según Hulbert (2011), es a los padres a quienes les compete cuidar a sus hijos, protegerlos, representarlos legalmente por su condición de menor, administrar de forma adecuada sus bienes y en caso de que exista entre ellos opuesto interés, los hijos serán representados por un curador especial nombrado por un juez.

PANI (S.F) es un efecto personal de la filiación, donde ambos padres la ejercen, con iguales derechos y deberes, la autoridad parental sobre los hijos y/o hijas habidos en la relación.

Ministerio de la Familia (2014) es la relación entre la madre, padre e hijos (as), es el conjunto de derechos y obligaciones que tienen los progenitores respecto a sus hijos en relación a su persona y sus bienes, siempre y cuando sean menores de edad y no se hayan emancipado o sean mayores de edad declarados judicialmente incapaces. También la ejercen los abuelos, abuelas, así como otros familiares que encabezan la familia a falta de los progenitores.

El análisis de las definiciones de la autoridad parental de Hulbert y del Ministerio de la Familia, brinda un concepto más amplio acerca de los deberes, derechos, y obligaciones que los padres tienen con sus hijos y la representación de sus bienes mientras estos alcanzan su mayoría de edad; por otro lado, en este trabajo no se comparte la definición del PANI respecto de la poca redacción del concepto de afecto personal filial que se debe entender como los hijos dentro y fuera del matrimonio así como los hijos adoptivos y su representación en los bienes patrimoniales, por su parte el Código de la Niñez y la Adolescencia brinda la protección al menor en el Artículo 13°-

Derecho a la protección estatal. La persona menor de edad tendrá el derecho de ser protegida por el Estado contra cualquier forma de abandono o abuso intencional o negligente, de carácter cruel, inhumano, degradante o humillante que afecte el desarrollo integral. El Patronato Nacional de la Infancia, el Instituto Mixto de Ayuda Social y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social brindarán las oportunidades para la promoción y el desarrollo humano social, mediante los programas correspondientes y fortalecerán la creación de redes interinstitucionales, así como con las organizaciones de la sociedad civil que prevengan el abuso, el maltrato y la explotación, en sus distintas modalidades, contra las personas menores de edad.

2.2.2 Responsabilidad parental

Conforme al artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, es responsabilidad primordial de padres y madres la crianza de los niños y es deber del Estado brindar la asistencia necesaria en el desempeño de sus funciones. Por su parte, los artículos 7 y 20 del Código de la Niñez y la Adolescencia señalan que “la obligación de procurar el desarrollo integral de la persona menor de edad les corresponde, en forma primordial, a los padres o encargados...” Así, “el padre, la madre o la persona encargada están obligados a velar por el desarrollo físico, intelectual, moral, espiritual y social de sus hijos menores de dieciocho años”.

2.2.3 Derechos y deberes de la autoridad parental

El artículo 143 del Código de Familia establece lo siguiente:

La autoridad parental confiere los derechos e impone los deberes de orientar, educar, cuidar, vigilar y disciplinar a los hijos y las hijas; esto no autoriza, en ningún caso, el uso del castigo corporal ni ninguna otra forma de trato humillante contra las personas menores de edad

Se desprende de su lectura, que los derechos y los deberes no se concretan de manera exclusiva a los padres, tutores, o representantes. Los niños, niñas y adolescentes así como son sujetos de derecho, de la misma forma tienen deberes que cumplir con los progenitores o representantes, deber de obediencia siempre que lo impuesto no vaya contra su integridad, sino que procure un beneficio para el desarrollo personal: el deber de coadyudar a sus progenitores en las tareas diarias en tanto estas se enmarquen dentro de sus posibilidades; el deber de responder en sus estudios y de ser respetuosos para con los demás en la sociedad.

Por su parte, el artículo 11° del Código de la Niñez y la Adolescencia, refuerza los deberes de los menores en el ejercicio de libertades y derechos, los menores de edad estarán obligados a respetar las restricciones establecidas por la ley, la moral y el orden público. En particular, deben cumplir con los siguientes deberes:

- a) Honrar a la Patria y sus símbolos;
- b) Respetar los derechos y las garantías de las otras personas;
- c) Honrar, respetar y obedecer a sus padres, representantes o responsables, siempre que sus órdenes no violen sus derechos y garantías o contravengan el ordenamiento jurídico;
- d) Ejercer activamente sus derechos y defenderlos. e) Cumplir sus obligaciones educativas;
- f) Respetar la diversidad de conciencia, pensamiento, religión y cultura;
- g) Conservar el ambiente.

El artículo 11 del Código de la Niñez y la Adolescencia indica los deberes de las personas menores de edad, debido a que, en el artículo 143 del Código de Familia estos están implícitos, por lo cual no es posible definirlos a simple vista. En él, se establecen los deberes y derechos de las personas en autoridad. No estipula los deberes que corresponden a ambas partes. Por tal razón, el Código de la Niñez y Adolescencia refuerza de manera amplia y entendible los deberes impuestos siempre y cuando no se vulneren los derechos de sus representados.

2.2.4 Incumplimiento o abuso de la patria potestad

El artículo 188 del Código Penal establece una pena de prisión de seis meses a dos años al que incumpla o abuse de los derechos que le otorgue el ejercicio de la patria potestad, de la tutela o de la curatela en su caso. Estipula, además, la pérdida del ejercicio de los respectivos derechos o cargos y la incapacidad para ello.

Lo anterior, sin perjuicio de sanción por lesiones gravísimas, graves o leves, provocadas en perjuicio de una persona menor de edad conforme lo establecen los numerales 123, 124 y 125 del Código Penal.

Todo abuso de autoridad parental o de representación legal, tiene su limitación que lo remite al Código Penal. En dicho compendio, cada violación al bien jurídico tutelado encuentra su figura tipificada en cumplimiento por el interés superior del niño, que es el principio rector de la niñez en Costa Rica.

2.2.5 Etimología de la autoridad parental

La primera definición de potestad en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española²³ edición (2014), es dominio, poder, jurisdicción o facultad que se tiene sobre algo. Otro significado de potestad en el diccionario es, en algunas poblaciones de Italia, corregidor, juez o gobernador. Potestades también potentado.

La palabra potestad proviene en su *etimología del* latín “potestas”, con el significado de poder o facultad. Este poder, en la Antigua Roma, en lo privado, definía las facultades del “*páter*”, autoridad familiar detentada por el más anciano de cada familia por vía masculina. Tenía entre sus “potestas”, la “patria potestas”, sobre

toda su descendencia (hijos, nietos, bisnietos) naturales o incorporados por adopción.

En la antigüedad, la patria potestad solo la ejercía el jefe de familia llamado “el páter”. Hacía referencia al poder que tenían los padres o los más ancianos de cada familia sobre sus descendientes: hijos, nietos, bisnietos, e inclusive de la esposa de los hijos que contraían matrimonio, esta pasaba a estar bajo la potestad del jefe de familia. La potestad era de forma patriarcal, ya que, en ese entonces, a las mujeres no se les tomaba en cuenta como jefes de hogar, sino como objetos del patriarca.

Actualmente, se ha dado un gran avance respecto de la patria potestad; ya que tanto la mujer como el hombre, se encuentran en igualdad de derechos y ambos pueden ostentar la potestad o uno solo de ellos, siempre y cuando sea para velar por la seguridad y bienestar de los niños y niñas. El Código de Familia otorga derechos, obligaciones, y responsabilidades por igual a los padres en relación con las personas menores de edad bajo su tutela.

2.2.6. El interés superior del niño

La Convención de Derechos del Niño en el Artículo 3 inciso 1°, establece un principio guía que comprende un conjunto de acciones y procesos orientados a garantizar el desarrollo integral del niño, una vida digna que procure las condiciones materiales y afectivas que le permitan vivir de manera plena y con el mayor bienestar posible. Debe recalarse que este es un principio y, que por este motivo, no existe una definición exacta ni una lista taxativa de sus alcances. Por tal motivo, el

desarrollo, la aplicación, las limitaciones, los alcances y la protección están a cargo de la ley.

En Costa Rica, el principio de protección especial está establecido en la Constitución Política, en los artículos 51 y 55. Estos denotan el interés constitucional de garantizar la protección especial del Estado para los menores de edad. Debe tener prioridad el interés superior del niño.

De conformidad con Bruñol, el interés superior del niño es una indeterminada y vaga directriz sujeta a múltiples interpretaciones, de carácter jurídico y psicosocial, que constituye una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos, en razón de un etéreo interés superior de tipo extra jurídico, puesto que este no satisface las exigencias de seguridad jurídica. El citado autor manifiesta que, el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos; interés y derecho, en este caso se identifican.

Según Bruñol, siempre se ha velado por el interés superior del niño al ser una vaga e indeterminada interpretación de la norma, lo que da pie a la ambigüedad y deja una definición incompleta. La Convención Internacional de los Derechos del Niño en su artículo 3º, inciso 1º, establece el principio en interés del menor como lo hacen también los artículos 51 y 55 de la Constitución Política. Las definiciones en ellas contenidas concuerdan con la visión del tema que aquí se desarrolla; ya que brinda una gran gama de posibilidades para la protección de las personas menores de edad. Constituye una lista de números apertus en beneficio de los más vulnerables, de manera que la posibilidad de que un menor no esté bajo la máxima protección jurídica realmente no existe.

2.2.7 Derecho de la persona menor de edad a ser oída

El artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, indica que:

1° Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de la edad y madurez del niño.

2° Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Las autoras argentinas María Victoria Famá y Marisa Herrera, han señalado que la citada norma considera el derecho del niño a ser oído desde dos perspectivas diferenciadas. El primer párrafo, reconoce el derecho del niño a expresar libremente su opinión en toda cuestión que le concierna; el segundo, hace una aplicación de la regla y organiza el derecho a ser escuchado en un proceso judicial o administrativo, en sus dos vertientes: 1) el derecho de defensa en sentido material y 2) la llamada defensa técnica, o derecho a una asistencia jurídica especializada. (Famá, M y Herrera, M, 2008, pág.182)

En este estudio, se concuerda en parte con el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, que le da el derecho de ser oído en cualquier proceso siempre y cuando este disponga de capacidad volitiva y cognitiva en asuntos que le

puedan perjudicar. Sin embargo, este artículo debería ampliarse en el sentido de que, al menor se le debe oír, se le debe tomar cuenta en todo momento de la vida diaria. Debe tener la oportunidad de tomar decisiones que le conciernan para su desarrollo sano. Las personas menores de edad deben tener la oportunidad de dialogar con sus progenitores o sus representantes legales y expresar sus intereses, aunque no sean los adecuados. Los padres y representantes deben de mejorar la comunicación y explicarles las consecuencias de los posibles errores y, si fuera en un proceso, también tienen el derecho a ser oídos cuando el juez lo crea conveniente, y dar su declaración sobre un caso determinado en el que estén involucrados.

2.3 El castigo corporal

La Caja Costarricense del Seguro Social define el abuso corporal como aquel que se presenta cuando alguien usa la fuerza física para controlar o intimidar. Se manifiesta por medio de golpes, quemaduras, heridas, pellizcos, empujones, patadas, sacudidas y otros. Aunque es parte del abuso físico, el castigo corporal generalmente no es concebido en la sociedad como una forma de maltrato, con la justificación de que se aplica como medida de corrección. Sin embargo, estos castigos son formas de maltrato, ya que se atenta contra la integridad física y la dignidad humana de las personas menores de edad, a pesar de “no producir lesiones físicas”.

De acuerdo con PANIAMOR (2007), el castigo físico es toda forma de agresión física que no produce lesión, pero deja memoria de dolor en los niños y niñas que lo recibe; y es utilizado por una persona adulta en relación de guardia,

crianza o custodia, con fines de corrección de comportamientos que esa persona considera perjudiciales para el niño, niña y adolescente, o para terceras personas. Constituye una violación a los derechos humanos fundamentales de la persona menor.

2.3.1 El maltrato/abuso físico

Se define el maltrato físico como aquel que infringe una persona que está en una posición de poder con respecto de la persona menor de edad, aprovechándose de su posición; causándole daño físico no accidental, provocándole daño interno, externo o ambos, aunque no deje marca física visible. Está ligado al uso de la fuerza física, lastimándolo, dejando en la mayoría de los casos moretones, hematomas, quemaduras, heridas, fracturas, dándole golpes, mordiscos, patadas, zarandeándolo, lanzándole objetos, empujarlo, tirarlo contra un objeto, sacudidas o cualquier otra acción sobre su cuerpo, donde queden evidencias y que en forma progresiva a corto o mediano plazo ocasione incapacidad temporal, permanente o incluso la muerte.

La definición de PANIAMOR es más congruente con la vida real, ya que no solamente hace alusión al castigo físico, sino que describe de manera exacta la forma que los padres y los tutores lamentablemente utilizan hoy en día como método de corrección de sus hijos e hijas y representados, siendo que es una regla ya aprendida de la cultura antigua, esta era la manera como se les corregía.

En Costa Rica, era común el castigo físico como medio de corrección a la persona menor de edad. Tal práctica quedó prohibida en el Artículo 143 del Código de Familia. La normativa pone un alto al abuso físico que solían enfrentar los niños y niñas bajo la apariencia de una corrección disciplinaria. No obstante, en este trabajo

se considera que dicho Artículo debería incluir con toda claridad las consecuencias y las sanciones que afrontarían los padres y los tutores que hagan caso omiso de él. Esto daría aun más peso a esta medida de protección que se establece en el Artículo bajo estudio.

Tampoco se comparte la definición de la CCSS, ya que no aporta profundidad al tema y no le da seguimiento al problema del abuso físico.

2.3.2 El derecho a la disciplina sin castigo físico ni trato humillante

De conformidad con la ley 8654 del 1 de agosto de 2008 y vigente a partir del 1 de setiembre del mismo año, denominada *Derechos de los niños, niñas y adolescentes a la disciplina sin castigo físico ni trato humillante*, artículo 24 bis

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a recibir orientación, educación, cuidado y disciplina de su madre, su padre o los responsables de la guarda y crianza, así como de los encargados y el personal de los centros educativos, de salud, de cuidado, penales juveniles o de cualquier otra índole, sin que, en modo alguno, se autorice a estos el uso del castigo corporal ni el trato humillante.

El Patronato Nacional de la Infancia coordinará, con las distintas instancias del Sistema Nacional de Protección Integral y las organizaciones no gubernamentales, la promoción y ejecución de políticas públicas que incluyan programas y proyectos formativos para el ejercicio de una autoridad parental respetuosa de la integridad física y la dignidad de las personas menores de edad. Asimismo, fomentará en los niños, niñas y adolescentes, el respeto a sus padres, madres y personas encargadas de la guarda crianza.

En Costa Rica, el Estado es por excelencia, el encargado de proteger contra cualquier forma de abandono o abuso intencional o negligente, de carácter cruel, inhumano, degradante o humillante que afecte el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

2.3.3 La persona menor de edad

Según Manuel Ossorio (s.f), en el Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, se define a la persona menor como aquella que no ha cumplido aún la edad fijada en la ley para gozar de la plena capacidad jurídica, reconocida con la mayoría de edad. Impone una serie de restricciones en el obrar, no en la titularidad jurídica, que sule la patria potestad o la tutela, con la atenuación en ocasiones de la emancipación o habilitación de edad.

En opinión de Mendizábal, el término menor proviene del latín minor, adjetivo comparativo referido al ser humano, que matiza una de las etapas evolutivas del hombre por la cual debe pasar cada ser humano de forma individual, diferenciándolo de una parte de la colectividad, que no ha alcanzado, la plenitud existencial (p. 43.)

En el Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, se dice que la definición de niño es: —Todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. (Hodgkin y Newell, 2001, p. 23).

Se considera que Mendizábal ofrece una opinión más completa y descriptiva de cada etapa del significado de menor, puesto que lo define de manera más

sencilla, entendible y completa, por la cual se va transformando el niño hasta su mayoría de edad.

Se concuerda con la propuesta del Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual brinda la definición de niño a nivel internacional que puede ser considerada en los distintos países; por ejemplo, en Nicaragua, los hombres son mayores de edad a los 21 años, mientras que las mujeres lo son a los 18. En Costa Rica, hombres y mujeres llegan a la mayoría de edad a los 18 años. Estas diferencias determinan las salvedades en la aplicación de la ley.

2.3.4 La declaración de los Derechos del Niño

La Declaración de los Derechos del Niño, fue proclamada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 1386 (XIV), del 20 de noviembre de 1959, la cual en su principio establece:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

El principio 6° de esta Declaración establece:

El niño, para el pleno desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.

El principio hace referencia a la importancia de la guarda crianza de los menores de edad, enfatizando la unidad familiar dentro de un ambiente sano y estable para los niños y niñas, haciendo la salvedad en caso de no ser una familia emocionalmente estable que carezca de principios y guía con el buen ejemplo hacia los menores, el Estado representado por sus instituciones, estará en toda la potestad de velar y decidir por la seguridad de las personas menores de edad, brindándole seguridad para un buen desarrollo durante su niñez y adolescencia.

El Principio 7° que sustenta la figura de la responsabilidad parental establece:

El niño tiene derecho a recibir educación que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social y llegar a ser un miembro útil de la sociedad. El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres. El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deben estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho.

Este principio contiene la base fundamental, sobre la cual se adecúa la figura de la responsabilidad parental, debido a que establece la obligación del padre y de la madre, así como el parámetro que deben seguir los padres para brindarle la orientación y guía a sus hijos. En este sentido, el interés superior de la persona menor de edad se encuentra como el principio máximo ante todo derecho, respecto a los derechos de los adultos.

Uno de sus principios fundamentales, según O'Donnell, D.(2001, p.16), es el reconocimiento, al igual que en la Declaración de los Derechos del Niño, de que “el

niño para lograr el pleno desarrollo de su personalidad debe crecer en el entorno de una familia, dentro de lo posible en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.

Los Estados partes respetan la responsabilidad de los padres frente a sus hijos, y, a su vez, son garantes de que ese ejercicio se realice de una forma adecuada, solamente ante un ejercicio indebido, negligente o abusivo, intervienen en defensa de las personas menores de edad. La Convención pretende definir los derechos del niño más frente a la sociedad que frente a la familia, su contenido no debe ser analizado como hecho aislado, sino en su contexto, como un aporte a un corpus juris existente, o sea, al derecho internacional de los derechos humanos.

Dos derechos, ya ampliamente reconocidos, tienen especial relevancia para la Convención, a saber, el derecho del niño a una protección especial y el derecho de la familia a protección, en particular a ser protegida contra injerencias arbitrarias o ilegales. Si la injerencia es necesaria para la protección del niño, es legítima, caso contrario, constituye una injerencia arbitraria en la intimidad de la familia, elemento natural y fundamental de la sociedad (O’ Donnell, D, 2001, 23).

2.3.5 La importancia de la Convención sobre los Derechos del niño

La Convención sobre los Derechos del Niño constituye el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante, que incorpora toda la gama de derechos humanos: civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, a los niños, niñas y adolescentes.

Los niños, niñas y adolescentes

son titulares de todos los derechos consagrados en el ordenamiento jurídico a favor de las personas en general, pero, sobre todo, ello implica que debe reconocérseles capacidad progresiva para ejercer personal y directamente sus derechos y deberes como todo ciudadano, de conformidad a su estado de desarrollo y a su capacidad evolutiva; así como exigirles progresivamente sus deberes.

La definición de la Convención de los Derechos del Niño es, a criterio, la más acertada debido a que abarca en su totalidad los derechos fundamentales de todo ser humano en general, y hace énfasis en el resguardo del bien jurídico tutelado de las personas menores de edad, deriva en él, el interés superior del niño, no para que sea representado como un objeto, sino como un sujeto de derecho, brindándole igualdad ante los derechos de las personas mayores, salvaguardando y anteponiendo sus derechos sobre otros.

2.3.6 El objeto de los Derechos de los menores de edad

El objeto o fin principal de este derecho, es el de velar o proteger al menor de edad, así como todos sus derechos derivados, por ser estos sujetos esenciales dentro de la población que representa a la sociedad que trata de proteger sus derechos.

En el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada al ordenamiento jurídico interno mediante la Ley número 7184, del 18 de julio de 1990, publicada en el Diario Oficial La Gaceta 149, del 9 de agosto de 1990, establece que en todas las medidas concernientes a los niños tomadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas

o los órganos legislativos, debe tomarse en consideración primordialmente el interés superior del menor.

Como cita histórica, en la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959, en su segundo principio, se indica que el objeto será dispensar protección especial, oportunidades y servicios que permitan el desarrollo físico, mental, psicológico y social de todos los niños, niñas y adolescentes.

El artículo 5° del Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley número 7739, del 6 de enero de 1998), reitera que toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años, deberá considerar su interés superior, el cual le garantiza el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura del pleno desarrollo personal.

Además, agrega que, para determinar el indicado interés superior, debe considerarse:

- 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.*

El autor Bruñol (2003) señala que:

...la Convención sobre los Derechos del Niño es portadora e inspiración de una doctrina que considera al niño como un pleno sujeto de derecho, dejando atrás la imagen de niño objeto de representación, protección y control de los padres o el Estado, que informó la legislación de menores en el mundo entero (p. 4).

El Código de Familia incluye entre los sujetos de derecho que le conciernen a los niños y los adolescentes. Se define al niño como toda persona desde su

concepción hasta los doce años de edad, mientras que los adolescentes son todos aquellos mayores de doce años pero menores de dieciocho.

Dicho Código resalta la protección de los derechos de los niños y de los adolescentes por ser menores de edad de toda etnia, cultura, género, idioma, religión, ideología, nacionalidad o cualquier otra condición propia, de su padre, madre, representantes legales o personas encargadas. (Artículo 3, Código de la Niñez y la Adolescencia, 1998.)

Además, se debe recordar que en caso de duda, se tomará la condición de adolescente frente a la de adulto y la de niño frente a la de adolescente. Al considerarse un interés superior, todo aquello que se relacione con menores de edad, debe ejercerse ya sea una acción pública, privada, o ambas, para garantizar el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura del pleno desarrollo personal. La protección de los niños, niñas y adolescentes debe orientarse a todas aquellas acciones que permitan que este crezca en las mejores condiciones posibles. Esto significa que, un menor deberá vivir en un ambiente alejado de conductas nocivas para su formación personal, mental, emocional y social. En Costa Rica, el Estado tiene una obligación importante para la consecución de tal bienestar. Para ello, dicta las medidas necesarias.

Desde la entrada en vigor de la Convención de los Derechos del Niño y la aplicación de la protección integral de la persona menor de edad en el sistema jurídico de este país, no es admitido el término “menor” que se sustituye con el de “persona menor de edad”. La razón es que la protección integral establece una

diferenciación entre niños y adolescentes a quienes engloba con el término de personas menores de edad.

El artículo 55 de la Carta Magna, regula la protección especial de la madre y el niño. Se encarga al PANI, así como a otras instituciones del Estado, a colaborar para dicha protección especial. Dicho artículo, requiere una modificación terminológica que concuerde con la conceptualización propuesta por la antes citada Convención, debiendo cambiarse “menor” por “persona menor de edad”, tal cual se explicó en el párrafo anterior.

Por otra parte, resulta de suma importancia comprender con claridad que, con respecto de los derechos de los menores de 18 años, el Artículo 10 del Código de la Niñez y la Adolescencia, indica en torno al disfrute de derechos de los menores de edad, que la persona menor de edad será sujeto de derechos, goza de todos los inherentes a la persona humana y de los específicos relacionados con su desarrollo, excepto de los derechos políticos de conformidad con la Constitución Política de la República. No obstante, deberá cumplir las obligaciones correlativas consagradas en el ordenamiento jurídico. Como también deben cumplir con deberes como, por ejemplo, podría mencionarse respetar las restricciones establecidas por la ley, la moral y el orden público.

2.3.7 El síndrome de alienación parental

La alienación parental, conocida también como padrectomía, o proceso de desparentalización, es una conducta familiar típica a partir del divorcio o de la separación de los padres, donde el niño resulta alienado respecto de uno de sus

progenitores y acosado con la denigración exagerada, injustificada, o ambas del otro progenitor. Tal comportamiento por parte del excónyuge alienante produce una perturbación en los hijos e hijas que, en definitiva, obstruye la relación con el progenitor no custodio, y resulta destruida en los casos más severos. En suma, se trata de la manipulación de la madre o del padre, que tiene la guarda y crianza de los hijos en desventaja del otro progenitor.

El concepto de la alienación parental se definió por primera vez en la década de los ochenta como Síndrome de Alienación Parental (SAP o PAS, por sus siglas en inglés) por el doctor Richard Gardner.

En países como México, Brasil, España, Argentina, y en algunos estados de la Unión Americana, por mencionar algunos, la alienación parental ha sido reconocida hasta con legislación, como una nueva forma de agresión a los niños, niñas y adolescentes, por los estragos que les causa al llegar a la vida adulta.

En Costa Rica, los procesos de obstrucción injustificada del vínculo de las personas menores de edad con uno u ambos progenitores, ha sido reconocida por el Hospital Nacional de Niños como forma de agresión infantil, y por el Patronato Nacional de la Infancia (PANI). En esta institución se denomina "proceso de triangulación", incluyendo así el tema en sus capacitaciones para progenitores.

En Brasil ya existe legislación, y esta castiga al progenitor alienante hasta con la pérdida de la patria potestad cuando incurra en alienación en contra del otro progenitor.

Apoiado en las investigaciones de Gardner, el perito psicólogo español José Manuel Aguilar, lo define como "un trastorno caracterizado por el conjunto de

síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos mediante distintas estrategias, con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor”.

En síntesis, la definición de síndrome de alienación parental brinda una amplia descripción de las consecuencias que se producen cuando una familia se separa y la persona menor de edad queda a cargo de uno de los progenitores, sea por resentimiento, capricho, o actuando de mala fe, influye de forma negativa en sus hijos e hijas para que este rechace al otro progenitor, de manera que se le causa un trauma emocional, lo que en otras legislaciones ya es tomado como agresión infantil por parte del que ejerce la autoridad, causando en el niño o niña trastornos en todo su periodo de niñez a adolescencia y por tal razón, creando una vida en la etapa de adulto poco satisfactoria.

2.3.8 Las consecuencias del síndrome de la alienación parental

Los problemas más frecuentes, según Gardner, detectados en los niños afectados por el síndrome de alienación parental, son la presencia de conductas antisociales, agresividad, dificultad de ajuste escolar y tendencia a la manipulación.

José M. Aguilar llegó a detectar, como reacciones conductuales en estos niños, la depresión crónica, la desesperanza y la incapacidad para controlar el entorno, el aislamiento, el comportamiento hostil, describiéndolos como escenarios factibles y concurrentes. Indica, además, que el consumo de alcohol y drogas es una alta probabilidad para el futuro de estos niños. En adición a ello, puntualiza:

es de esperar que, como consecuencia de lo anterior, se presenten alteraciones a nivel fisiológico en patrones de alimentación y sueño, conductas regresivas como descontrol de esfínteres, en el ámbito académico, disminución del rendimiento escolar y de la atención. En el ámbito social, empobrecimiento de las habilidades sociales y de la capacidad empática, disminución del control de impulsos, (...) y en el área psicológica, tienen una carencia de autoestima y bajo desarrollo del auto concepto. (Aguilar Cuenca, JM, ob. Cit., p. 24).

De acuerdo con la definición del síndrome de alienación parental, se considera que en Costa Rica, al igual que en México, Argentina y España, se debería de implementar una sanción hacia el progenitor alienante, suspendiéndole la custodia temporal como consecuencia de la agresión psico emocional causada a sus hijos e hijas, fundamentándose en los trastornos emocionales que tal conducta genera a esta población. Debe considerarse una forma de maltrato infantil que afecta la psiquis del menor. En este actuar incorrecto del adulto, la persona menor de edad no tiene forma de ponerse en contra de dicha conducta impuesta, por lo cual se reprimen sus verdaderos sentimientos y emociones para con el progenitor alienado.

2.3.9 Las familias ensambladas

Concepto

El tema de la familia ensamblada adolece de vastos estudios jurídicos. Por este motivo, no existe una definición legal específica. El término se ha manejado en el área psicosocial, pero no se ha llegado a un acuerdo doctrinal respecto del nomen iuris (primacía de la realidad) de esta organización familiar. Gil (2006) citado por Puentes (2014), define a la familia ensamblada como aquellas que se reconstruyen, recomponen, las de segundas nupcias o familiastras. De conformidad con Bastidas

(2006, p.7), son las familias resultantes del ulterior matrimonio de personas con hijos de matrimonios anteriores. Se incluye el término de constelaciones familiares y permite la variabilidad en cuanto a la convivencia de los hijos y la existencia o no de hijos biológicos comunes. En opinión de Street (2001, p.10) también citado por Puentes, las familias reconstruidas son aquellas en las que al menos un hijo pertenece a una unión anterior de uno de los cónyuges.

La definición de Bastidas de familias ensambladas, es la más cercana a la actualidad, por ello puede concluirse que las familias ensambladas son aquellas que, en un matrimonio previo procrearon hijos. Con la disolución del vínculo matrimonial por decisión propia o por la muerte de alguno de los cónyuges, rehacen su vida, vuelven a casarse y se unifican las familias, aceptando el nuevo cónyuge a los hijos de su pareja en ambos sentidos. Debido al alto índice de divorcios, la familia reconstruida se ha hecho cada vez más común en la sociedad costarricense.

En el ámbito coloquial se le reconoce como aquella familia formada por los hijos tuyos, los míos y los nuestros, que conviven de manera permanente o temporal en el nuevo hogar que han consolidado los adultos.

A partir de una perspectiva psicosocial, la familia ensamblada se caracteriza como aquella donde (1) Los vínculos padre-hijo preceden a la formación de la pareja, siendo más intensos que con la nueva pareja, al menos al inicio, generando frecuentemente conflictos de lealtades. El adulto que se une a una persona con hijos no suele sentir que la relación que su pareja tiene con él sea la primaria para esa persona; (2) Los adultos y niños se unen en diferentes momentos evolutivos; (3) Se configuran las familias ensambladas sobre la base de pérdidas y cambios (un

divorcio o la muerte de un progenitor y de otras pérdidas y cambios comparativamente menores, pero también relevantes psicológicamente tales como: pérdida de la relación cotidiana con los hijos, amigos, parientes, entre otros);(4) Los distintos miembros tienen modelos diferentes en relación con la familia; (5) Existe un padre/madre biológica fuera del hogar o en el recuerdo. La nueva familia deberá convivir con la presencia (real o virtual) de un exmarido o una exmujer. Esto puede traer incluso numerosos conflictos cuando un 'padrastró' no es aceptado por el padre biológico causando, sobre todo, trastornos a la nueva familia en especial a los menores, si se les exige elegir entre su padre biológico y su 'padrastró'; (6) Si se intenta una familia nuclear clásica, los hijos rechazan que el "padrastró/ madrastra" suplante al padre/madre; (7) En muchos casos existen hijos que tienen dos hogares; (8) Hay menos control y cohesión familiar; (9) Duplicación de la familia extensa (abuelos, tíos, primos nuevos que deberán conocerse y eventualmente definir algún tipo de vinculación, inclusive elegir no vincularse también es una elección). La persona que se ha divorciado con hijos no solo tiene un excónyuge sino también una exfamilia de la que no se separa del todo, ya que siguen siendo parientes de sus hijos. Exige trabajar la aceptación de las diferencias, la asunción de nuevos roles, la delimitación de los espacios personales con sus límites y las proyecciones recíprocas.

De las anteriores diferencias analizadas, se concluye que en las familias ensambladas, existen mayores probabilidades de que las personas menores de edad se encuentren vulnerables ante el cambio abrupto de su vida familiar, como familia ensamblada, la madre o padre con la nueva pareja al formar la nueva familia, corre el

riesgo de perder el control de sus hijos e hijas, en el caso de un divorcio o término de la unión de hecho, los menores estrechan los lazos con el progenitor que aun está solo y rechaza a la nueva pareja del otro padre o madre.

2.4 Hipótesis

Esta investigación es de enfoque cualitativo. Por dicha razón, no se plantea una hipótesis debido a que, por la naturaleza del citado enfoque, el presente trabajo se aboca a descubrir, y no a medir, ni mucho menos probar algo.

En los estudios cualitativos, las hipótesis adquieren un papel distinto, al que tienen en la investigación cuantitativa. Normalmente no se establecen antes de ingresar en el ambiente y comenzar la recolección de datos. Más bien, durante el proceso, el investigador va generando hipótesis de trabajo, que se afinan paulatinamente conforme se recaban datos o las hipótesis son unos de los resultados del estudio (Hernández, Fernández y Baptista, 2000, p.550).

CAPÍTULO III

3.1 MARCO METODOLÓGICO

3.1.1 Tipo de investigación

Esta investigación es de tipo cualitativo. Se orienta al examen de los conceptos claves del tema; para llegar a una comprensión más amplia de la problemática familiar respecto de los alcances de la autoridad parental en relación con el castigo corporal a las personas menores de edad en Costa Rica. Tal tarea se ejecuta, en primera instancia, mediante la recopilación de datos bibliográficos en el ámbito familiar y, en segundo lugar, a través de la lectura y el análisis de los documentos con el fin de "... explorar y describir y luego generar perspectivas teóricas" (Hernández, 2006, 9). El presente trabajo se desarrolla a partir del estudio de textos escritos por autores extranjeros y costarricenses y la jurisprudencia costarricense sobre el tema.

3.1.2 Por la finalidad

Se trata de un estudio teórico para dar a conocer la situación actual de los niños, niñas y adolescentes en Costa Rica, cuando se encuentran en indefensión de sus derechos violentados por sus progenitores, tutores, o representantes; estando estos autorizados a velar y salvaguardar los derechos de sus hijos e hijas y representarlos, lo que a todas luces produce abuso en la patria potestad.

3.1.3 Por el marco

El presente trabajo se ubica dentro del Derecho como el universo de la investigación y se direcciona al área del Derecho de Familia, ámbito dentro del cual se explorará, de manera específica, el comportamiento tanto de progenitores como de los tutores que confunden el otorgamiento de la autoridad parental con el exceso de castigo corporal hacia los niños, niñas y adolescentes, quebrantando sus derechos de una sana crianza, guía y derecho a vivir su niñez con dignidad.

3.1.4 Por el alcance temporal

La investigación es transversal. Se elige este ámbito de alcance por ser apropiado para una buena gestión del tiempo, ya que el presente trabajo de investigación debe realizarse en un plazo máximo de seis meses.

3.1.5 Por su naturaleza

Se trata de un análisis cualitativo que se realiza a partir del estudio del material escrito relacionado con el tema en cuestión; y que ha sido recopilado a lo largo de varios meses de trabajo.

3.1.6 Por su carácter

La investigación será exploratoria-comparativa. En primer término, examina una modalidad atípica de relación respecto al alcance del castigo corporal de los niños y niñas en Costa Rica. Asimismo, se realiza un examen comparativo sobre el tema de los alcances de la autoridad parental con énfasis al castigo corporal hacia la

población antes indicada en Argentina, España, y Guatemala, entre otros, para aportar conocimiento sobre este tema de Derecho de Familia en Costa Rica.

3.2. Los sujetos y las fuentes de información

3.2.1 Los sujetos

Por la naturaleza de esta investigación, no se realizan entrevistas a fuentes humanas.

3.2.2 Las fuentes de información

El autor Rodrigo Barrantes Echavarría en su libro, Investigación: Camino al conocimiento (2011), señala que de no haber fuentes de información humanas sino materiales, se habla de fuentes de información. La información requerida se encuentra en diversos tipos de textos escritos por autores extranjeros y nacionales que han sido seleccionados y leídos con anticipación. En ellos, se han señalado los datos útiles para profundizar sobre el tema del presente estudio.

3.2.3 Fuentes primarias

Se ha recopilado información de libros de Derecho tanto físicos como electrónicos, trabajos presentados en universidades tanto nacionales como extranjeras, revistas jurídicas, artículos recopilados en periódicos y en páginas de Internet.

3.2.4 Fuentes secundarias

Se encuentran en la doctrina, el análisis jurisprudencial, el análisis bibliográfico y en el examen de las leyes familiares, Código de la Niñez y la Adolescencia, Convención de los derechos del niño.

Para desarrollar el presente trabajo, se consideran textos básicos para la fase investigativa, los siguientes:

1. PANI (2016). Protocolo para la atención del maltrato físico en Costa Rica.

Este texto es relevante, ya que desarrolla el concepto de autoridad parental y brinda de manera concreta, los enfoques de las distintas leyes en favor de la protección de la persona menor de edad, además resultó interesante ya que el PANI es la institución del Estado que cuida de los derechos de los menores. Es un texto en línea.

2. Víquez Jiménez (2014) Castigo físico en la niñez, estudio realizado sobre la autoridad parental por el catedrático Mario Víquez de la Universidad de Costa Rica.

A partir de la lectura de este informe que está en línea, en efecto, a través de su lectura se aclara un poco el panorama de los límites para evitar el castigo físico que están impuestos en la Convención de los derechos del niño, el Código de la Niñez y la Adolescencia, y en la Constitución Política. Se trata de un informe donde se plantea la historia evolutiva del castigo físico hasta su abolición. No se percibe aporte de doctrina nacional. La motivación para explorar este tema se deriva de la ausencia de una explicación clara del tema, ya que como indica el autor, al darse la reforma del Artículo 143 del Código de Familia cita:

La autoridad parental confiere los derechos e impone los deberes de orientar, educar, cuidar, vigilar y disciplinar a los hijos y las hijas; esto no autoriza, en ningún caso, el uso del castigo corporal ni ninguna otra forma de trato humillante contra las personas menores de edad

pero queda la duda de que en ninguna parte del Artículo plantea la prohibición de los progenitores o tutores al castigo, de ahí nace la inquietud por analizar los límites de la autoridad parental respecto al castigo físico.

3. Aguilar Saldivar (S.F) El síndrome de alienación parental (SAP) sus implicaciones en el binomio custodia -régimen de visitas.

Esta autora peruana funge como fiscal adjunta provincial de Lima, su artículo se publicó en Dialnet. En este artículo, Ahída Aguilar indica un breve estudio del significado de alienación parental, desde su punto de vista y respecto a Perú de las implicaciones en el Derecho de Familia. Se cita en el informe de CIJUL en Línea y en la mayoría de los textos extranjeros sobre el tema.

4. Maxera Rita (S. F) Reseña de la legislación familiar en Costa Rica, capítulo II.

Rita Maxera brinda en su capítulo II una reseña histórica de la evolución del Código de Familia en Costa Rica, y aunque antes quizás no era permitido plenamente el castigo físico, existía una brecha que autorizaba a corregir con moderación al que ostentaba la autoridad parental o representación legal, en la antigüedad no se tiene certeza de algún tipo de sanción por el abuso de esta, ya que en la cultura antigua era común el castigo físico como método de corrección.

3.3 Técnicas e instrumentos para la recolección de información

De la lectura de la literatura ya recopilada hasta el momento, se ha hecho un fichero clasificado por temas, a saber: 1. Derecho de Familia con los temas de los elementos esenciales y, en particular de los alcances de la autoridad parental; 2. castigo físico a las personas de edad; 3. Interés superior del niño; 4. Comparación del tema en otras naciones (Argentina y España). La información se ha obtenido de libros físicos de bibliotecas y a través de la búsqueda en Internet.

CAPÍTULO IV

4.1 El Derecho de Familia en Costa Rica

El Derecho de Familia estaba contenido en el Código Civil de Costa Rica de 1888 inspirado en el Código Civil francés de 1808. Las disposiciones del Código pueden considerarse para esa época, de avanzada, ya que reconoció capacidad jurídica a la mujer casada autorizándole la administración de sus bienes y consagró el divorcio.

Sin embargo, concedía privilegios para los hombres, restringía las acciones de investigación de paternidad para los hijos adulterinos, preveía la suspensión o pérdida de la patria potestad para el cónyuge culpable del divorcio, diferenciaba la situación jurídica de los hijos nacidos fuera del matrimonio e impedía a las mujeres el ejercicio de la tutela.

El Código Civil se reformó varias veces en materia de familia. La más importante de dichas reformas fue en 1934 cuando la Ley 140 introdujo la institución de la adopción en el ordenamiento jurídico.

La Constitución Política aprobada en 1949 consignó la igualdad de los cónyuges en el matrimonio (Artículo 52), el derecho de toda persona de saber quiénes son sus padres (Artículo 54), la prohibición de calificar la filiación (Artículo 54) y el deber del Estado de proteger a la familia, y en especial a la madre y los menores (Artículos 51 y 55).

La reforma del Código Civil, producto de la nueva normativa constitucional, no fue sustancial. La más importante fue la supresión de la calificación de natural para los hijos extramatrimoniales.

La idea de un Código de Familia, surgió en un seminario celebrado en el año 1966 bajo el auspicio del Patronato Nacional de la Infancia, la Caja Costarricense de Seguro Social y el Ministerio de Trabajo.

La Asamblea Legislativa formó la Comisión encargada de esa tarea en 1968. El Proyecto fue presentado en 1970 y aprobado en 1973, entró en vigor el 5 de agosto de 1974.

4.1.1 Los casos de suspensión de la patria potestad

Según el numeral 158 del Código de Familia, se puede suspender o terminar la autoridad parental en algunos supuestos de pleno derecho:

a) Por matrimonio o mayoría adquirida

b) Por 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.

Al respecto, Solano (1988) afirma que: la suspensión de la patria potestad es la privación de la autoridad parental incluidos sus derechos y obligaciones de manera temporal que ellos mismos provocan por su actuar. (p.86).

Se concuerda con Solano en que, la suspensión de la autoridad parental es una privación temporal, pero en desacuerdo cuando afirma que, se suspenden derechos y obligaciones. En opinión particular, los derechos sí se deben suspender por un actuar erróneo hacia el niño, niña o adolescente en custodia, pero no así las

obligaciones que no deben cesar en ningún momento, ni de forma temporal ni de manera definitiva.

La definición del artículo 188 del Código Penal reafirma que se pierden solo los derechos y no las obligaciones para con el menor, dicho Artículo indica:

Será penado con prisión de seis meses a dos años y además pérdida e incapacidad para ejercer los respectivos derechos o cargos, de seis meses a dos años, el que incumpliere o abusare de los derechos que le otorgue el ejercicio de la Patria Potestad, la tutela o curatela en su caso, con perjuicio evidente para el hijo, pupilo o incapaz.

4.1.2 Los casos de modificación y suspensión de la autoridad parental

La patria potestad se puede modificar o suspender a juicio del tribunal y atendiendo el interés de los menores, además de los casos previstos en el artículo 152, por las siguientes razones:

- a) La ebriedad habitual
- b) Dureza excesiva en el trato o las órdenes
- c) La negativa de los padres adar alimentos a sus hijos
- d) El delito cometido por uno de los padres contra el otro
- e) Incapacidad o ausencia declarada judicialmente
- f) Por cualquier otra forma de mala conducta notoria de los padres.

4.1.3 El caso de estado de abandono

Se entenderá que la persona menor de edad se encuentra en estado de abandono cuando

- a) Carezca de padre y madre conocidos
- b) Sea huérfano de padre y madre y no se encuentre bajo tutela
- c) Se halle en riesgo social debido a la insatisfacción de sus necesidades básicas, materiales, morales, jurídicas y psicoafectivas, a causa del descuido injustificado por parte de quienes ejercen legalmente los derechos y los deberes inherentes a la patria potestad

4.1.4 Antecedentes históricos de la autoridad parental

En el Derecho Romano el padre ejercía sobre su hijo un poder similar al “imperium público”, ya que el término potestad referido a oficio público equivalía a “imperium”, por lo que en su amplitud la Patria potestad comprendía el derecho de abandono, de exclusión de la familia, de venta, de privación del patrimonio y hasta el derecho de vida sobre el hijo; “el pater familias” tenía sobre las personas “in patria potestate”, que significa una autoridad absoluta sobre las otras personas de su casa, no solamente sobre la mujer, sino sobre los esclavos y sobre las personas que estaban asimiladas a los esclavos, el padre en esta etapa podía abandonar al hijo como si fuera un esclavo o una cosa, podía venderlo, recuperarlo y volverlo a vender e inclusive reivindicarlo, podía también castigarlo y sus adquisiciones patrimoniales pasaban al padre.

La patria potestad estaba basada fundamentalmente en el interés del jefe de familia, y no en el de los hijos. Era un derecho absoluto que tenía su esfera de acción en la persona y en los bienes del hijo, respecto a la persona, el padre ejercía un poder ilimitado igual al del señor sobre el esclavo, podía, por lo tanto, disponer de él a su antojo, ejercían los padres pues, una especie de magistratura doméstica dentro de la familia y en el ejercicio de tal magistratura, dictaban sentencias de las más rigurosas y ellos mismos se encargaban de ejecutarlas.

El término patria potestad provenía del latín "PATRIUS", que era relacionado al padre y "POTESTAD" que significaba poder, sobre los hijos menores no emancipados, quienes solo podían liberarse de ella mediante la muerte o emancipación, con lo cual se perseguía que los hijos no se pudieran dirigir por sí mismos e independizarse de la vida doméstica que constituía el principal y único fundamento que los obligaba a permanecer bajo la patria potestad del padre, aquí los hijos eran considerados "COSAS".

La patria potestad se extinguía únicamente saliendo de la familia como el hijo emancipado, la hija casada o el hijo dado en adopción, estas eran las únicas formas de liberarse de la autoridad del padre. Es de hacer notar que la patria potestad en el Derecho Romano, jamás se concedió a la mujer.

La patria potestad expresión del poder casi absoluto del "Páter familias" modificó buena parte de su orientación inicial, a finales del imperio se atemperó su rigor y en la época de Justiniano se dulcificó la institución. Así,

la atrocidad fue sustituida por la piedad, por lo cual tenía un carácter despótico que entrañaba un árbitro de vida o muerte sobre las personas sujetas a ella. El cristianismo influyó poderosamente en la evolución de la patria potestad, porque la concepción cristiana del poder paterno era incompatible con el

antiguo carácter del poder paterno y como consecuencia de ella se produjo la desaparición de los primitivos derechos del “páter” sobre la persona del “filius”, tales como el “ius vitae ac necis”, es decir el derecho de vida y muerte.(Martínes, 1995).

En un pasado histórico cultural, en sociedades precristianas como Grecia y Roma antiguas, se ha encontrado documentada la agresión contra las niñas, los niños y adolescentes; no obstante, en esa época no se concebía la existencia de malos tratos ni se detectaba preocupación por estos (Permuy y Buceta, 1995).

Esto explica cómo la práctica disciplinaria de recurrir a la violencia, ha sido un recurso muy utilizado desde tiempos ancestrales, gracias a su legitimación social en una cultura patriarcal que visualiza a la infancia como un objeto propiedad del adulto, lo cual ha justificado con amplitud el uso de la violencia como pedagogía de crianza o pedagogía negra siguiendo a Alice Miller (1998), en tanto el niño o la niña no ha tenido un papel protagónico en las decisiones sobre sus propias necesidades, intereses y autonomía.

La Revolución Industrial (siglo XIX), despierta la conciencia por legislar y proteger a la infancia, a raíz de la explotación laboral que sufrían las niñas y los niños en diferentes trabajos forzados, aprovechando su juventud como fuerza de trabajo valiosa pues, con sus pequeños cuerpos y una menor necesidad de alimento, se les podía exigir tareas especialmente difíciles (Vargas, 1992).

De ahí surge una concepción de niñez como si esta fuera de menor categoría que la adultez, visible en expresiones como “los menores” versus los “mayores”, los “pequeños” versus “los grandes”. Después en el Siglo XX, gracias a los estudios pioneros de Tardieu, Athol Jonson y Henry Kempe, se acuña el término científico “Síndrome del niño golpeado”, y se inician los análisis relativos a las consecuencias

del maltrato infantil (Permuy y Buceta, 1995), lo cual abrió el portal a la consideración de los niños y las niñas como sujetos de derecho, y derivó, finalmente, en la promulgación de la convención como un intento por dar una respuesta legal que tuviera incidencia en el ámbito social para hacer frente al problema del maltrato infantil.

4.1.5 El Código de Familia en Costa Rica

Como territorio perteneciente en su momento al Reino de España, las leyes que existieron fueron las españolas y las denominadas Leyes de Indias, las que se mantuvieron hasta 1842, año en que se emitió el Código General, que se ocupaba de regular entre muchas cosas, lo relativo al Derecho de Familia. Naturalmente se trataba de un derecho de orden patriarcal y de prevalencia masculina, y con muchas discriminaciones, entre ellas a los denominados “hijos naturales, incestuosos y sacrílegos”, es decir a aquellos hijos habidos fuera del matrimonio, o entre parientes o hijos de religiosos. Para 1888 se emite el Código Civil fruto de la influencia liberal, ideología que en los países católicos se manifestó limitando y rechazando la influencia de las autoridades eclesiásticas.

En ese cuerpo normativo se establece el divorcio y un sistema de participación mixto en lo que es la distribución de bienes del matrimonio. Se reconoce en el Derecho Comparado al país como el primero de esta naturaleza regulado como régimen legal, entendiendo como antecedentes el Derecho consuetudinario húngaro y el Código Civil polaco de 1825. Ese régimen que tenía como presupuesto la plena

capacidad jurídica de las mujeres y su igualdad, denota la temprana vocación de nuestros estudiosos por la materia del Derecho de Familia.

No obstante, se dieron leyes especiales muy importantes para el derecho familiar, por ejemplo, la Ley de Pensiones Alimenticias de 1916, que luego fue sustituida por la de 1953. Se dio una Ley de Adopción en 1934. En 1949 se emite la Constitución Política que rige actualmente, la cual contenía principios como el de igualdad del hombre y de la mujer, y el de igualdad de los hijos. Se dieron algunas reformas en el Código Civil con la intención de que estuviera acorde con los lineamientos de la Constitución. No obstante, no se consideraron suficientes y en los años sesenta se conformó una comisión para revisar la normativa familiar, trabajo que se concluyó en 1973 con la aprobación del Código de Familia, quedando pendientes los procedimientos judiciales y administrativos para lo que a asuntos de familia se refiere.

El Código de Familia logró dentro de los cánones de la época de los setenta, ajustar la normativa a los principios de igualdad de derechos de hombres y mujeres y de hijos habidos fuera del matrimonio con los habidos dentro de él. El Código de Familia ha sufrido cambios continuos casi desde sus inicios.

4.2 La autoridad parental ante los nuevos cambios tecnológicos

De acuerdo con Prados (2016), la autoridad que desempeñaban los padres en el siglo anterior, basada en castigos y correcciones a veces brutales, no tiene cabida en una sociedad donde reina el interés superior del menor como principio básico que guía la relación de los menores con su familia y otras instituciones en cuanto a autoridad, como sumisión en señal de respeto, ha sido modificada por una función

educativa basada en la libertad de opinión de todos los miembros de la familia, reclamando los hijos su derecho a opinar y participar en las decisiones familiares, especialmente las que tienen como objetivo la mejora de las condiciones de vida de las hijas e hijos.

Nace una interrogante: ¿el ejercicio de la autoridad parental se encuentra en crisis en la sociedad tecnológica que nos envuelve? pues los padres tienen la impresión de “no saber cómo actuar” o incluso lo reconocen ante los retos que las circunstancias sociales de crecimiento audiovisual les plantean como educadores. Igual le ocurre a una parte importante de profesionales docentes: deben enfrentarse por ejemplo a la retirada en clase de “aparatos tecnológicos” del alumnado, especialmente teléfonos móviles, entre otras razones porque la familia no ha ejercido la suficiente autoridad para evitar que acudan a clase con ellos. Realizan acciones que invaden la intimidad de sus compañeros o también tienen como finalidad la obtención de imágenes clandestinas del profesorado a través de las cámaras incorporadas a estos teléfonos. (Prados Maeso, P. 2016.p. 11).

En la actualidad, los niños, niñas y adolescentes conocen a la perfección sus derechos y no se les hace siempre conciencia de sus pretensiones, muchas veces desmedidas, que realizan a sus padres respecto a cosas materiales, en nuestro caso pantallas digitales, todo ello dentro de los parámetros educacionales democráticos en los que se desarrollan las funciones educativas de los padres contemporáneos.

Los niños al tener conocimiento de sus derechos, se abusan de ellos si los padres y tutores no les indican sus límites, y en este mundo tecnológico están inmersos en las tablets, computadoras, teléfonos, internet, etc. Los padres con tanta

tecnología que incluso ellos mismos les otorgan para que estos no molesten y estén tranquilos, no saben las páginas que visitan, ni con quién están en contacto, limitándose ellos mismos de la autoridad embestida, y los límites que les deben imponer a los hijos menores de edad.

4.2.1 El Código de la Niñez y la Adolescencia

En esta ley de 1998 se desarrollan los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño (ONU 1989); estableciendo entidades estatales responsables y competentes, con una norma clara de que el Estado no puede alegar insuficiencia presupuestaria para temas de niñez y adolescencia. Se desarrollan derechos procesales de la niñez y la adolescencia, se establece un trámite de medidas de protección a favor de esta población tan vulnerable.

Artículo 1° Objetivo. Este Código constituirá el marco jurídico mínimo para la protección integral de los derechos de las personas menores de edad. Establece los principios fundamentales tanto de la participación social o comunitaria como de los procesos administrativos y judiciales que involucren los derechos y las obligaciones de esta población. Las normas de cualquier rango que les brinden mayor protección o beneficios prevalecerán sobre las disposiciones de este Código.

Artículo 2°- Definición. Para los efectos de este Código, se considerará niño o niña a toda persona desde su concepción hasta los doce años de edad cumplidos, y adolescente a toda persona mayor de doce años y menor de dieciocho. Ante la duda, prevalecerá la condición de adolescente frente a la de adulto y la de niño frente a la de adolescente.

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

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

4.2.2 La Convención sobre los Derechos del niño

Según PGR (Sinalevi) consultado el 05 de diciembre del 2017, convención firmada por Costa Rica el 26 de enero de 1990. Este tratado internacional da igualdad de derechos a los niños, niñas y adolescentes frente a los derechos de las personas mayores, así el Artículo 9, que se reproduce de forma literal, dispone lo siguiente:

Artículo9

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.

2. 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.

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.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

Con la Convención Internacional, los Estados Partes hacen relevancia en el resguardo del bienestar de los niños, niñas y adolescentes en todos sus sentidos, tanto emocional, moral, social, psicológico y bienestar patrimonial, salvaguardando siempre la igualdad de derecho frente a los derechos de sus progenitores, tutores o representantes legales.

4.2.3 La noción de Derecho de familia en Costa Rica

El objeto de estudio del Derecho de Familia, es la familia. Se define a la familia como el

conjunto de personas que se hallan unidas por vínculos de consanguinidad o adopción fundada en base a personas llamados padres y los hijos de ellos que viven en un hogar cultivando los afectos necesarios y naturales con intereses comunes de superación y progreso (Espinoza, s.f).

Se considera que, la definición de Espinoza de familia en sentido estricto, se encuentra desfasada, siendo más acertada y actual la citada en la Antología del Derecho de Familia I, donde Marchena (et al.) citados por Esquivel CamposG. (s.f.) la define como el núcleo paterno filial compuesto por una pareja de cónyuges o una sola persona y los hijos que vivan bajo su tutela.

En opinión de este estudio, la definición de Marchena citado por Esquivel Campos, es más adecuada a la realidad actual, debido a que familia no solo se limita a aquellos unidos por un vínculo matrimonial, sino que abarca a aquella que se constituye en unión de hecho, así como la de las madres o los padres solteros, e incluso a las abuelas que también forman su núcleo familiar teniendo la autoridad parental y tutela en su poder.

4.2.4 Los conceptos de familia

La familia tiene muy diversas definiciones, porque responde a contenidos jurídicos y a aspectos históricos que no son coincidentes ni en el tiempo ni en el espacio.

Así por ejemplo, Belluscio (S.F) citado por Ossorio, entiende que familia en un sentido amplio de parentesco, es el conjunto de parientes con los cuales existe algún

vínculo jurídico, en el que cada individuo es el centro de uno de ellos, diferente según la persona a quien se la refiera y que alcanza a los ascendientes y descendientes sin limitación de grado, a los colaterales por consanguinidad hasta el sexto grado y a los afines hasta el cuarto, y que, en un sentido más restringido, es el núcleo paterno-filial o agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que conviven con ellos o que se encuentran bajo su potestad. Sin que quepa desconocer un concepto intermedio, en el cual la familia es el grupo social integrado por las personas que viven en una casa bajo la autoridad del señor de ella.

Belluscio interpreta el concepto de familia de manera amplia abarcando no solo al conjunto de personas que conviven bajo un mismo techo, sino que incluye a los ascendientes, descendientes y a la familia adoptiva, de igual forma cuando hay matrimonio, se entiende que es del núcleo familiar el o la cónyuge incluida la familia de este (a).

Respecto del tema bajo análisis, Díaz de Guijarro (S.F) citado por Ossorio, ha definido a la familia como la “institución social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación”.

El vínculo familiar ofrece importancia jurídica porque da nacimiento a una amplia serie de derechos y de obligaciones, especialmente referidos al matrimonio, a la relación paterno filial (la patria potestad de modo muy destacado), a los alimentos y a las sucesiones. Díaz de Guijarro hace referencia al concepto de familia en sentido estricto y lo considera como el núcleo familiar que en el inicio de un matrimonio se va forjando como institución social con sus respectivos derechos y obligaciones.

4.2.5 El concepto de familia en sentido amplio

Para Fernández Barreiro y Paricio J. (2011) el término familia designa también en un sentido más amplio al conjunto de personas libres que se encontrarían sometidas a la potestad del mismo pater familias si este todavía viviera. La relación que les une se llama agnación (agnatio) y tiene importancia jurídica, sobre todo desde el punto de vista sucesorio, distinta de la agnación es el parentesco cognaticio (cognatio) que se basa estrictamente en los vínculos de sangre y no en patria potestad.

Aun las fuentes emplean el término familia en un sentido más amplio para aludir al conjunto de personas que descienden de la estirpe de un progenitor común y tienen el mismo apellido (nomen). En esta acepción, la familia viene a aproximarse a la gens, que en época antigua debía ser un conjunto de diversas familias con intereses comunes y una cierta comunidad de vida, cuyos miembros tenían apellido común (nomen gentilicium).

Para Fernández y Paricio el término de familia en sentido amplio, no solo es familia el núcleo familiar que todos entendemos como padre, madre e hijos, sino que abarca a los tíos, a los abuelos, a los primos hasta tercer grado de consanguinidad e inclusive hoy en día, forman parte de la familia los matrimonios o uniones libres, y las familias de la nueva pareja pasan a ser del núcleo familiar también.

4.2.6 Los principios del Derecho de Familia

El Artículo 2º del Código de Familia establece los principios fundamentales, el cual reza de la siguiente forma: “La unidad de la familia, el interés de los hijos, el de los menores y la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges, han de ser los principios fundamentales para la aplicación e interpretación de este Código”

En el Artículo 2 del Código de Familia de Costa Rica, se estipulan una serie de principios básicos que regulan la materia del derecho de familia en el ordenamiento jurídico.

- La unidad de la familia: Institución básica en que descansa la sociedad, o bien aquella acción en que deban ser aplicados los preceptos o mandatos del Código de Familia, en la cual debe fomentarse dicha unidad hasta donde sea posible y como excepción a ello la contrariedad mediante otros institutos como es el caso del divorcio, la separación judicial, violencia doméstica, declaratoria de abandono de un menor.
- El interés de los hijos: Aquellas decisiones que deban tomarse en el ámbito familiar, es por ello que las decisiones que tome un Tribunal respecto a los conflictos que surjan en la familia, deban estar sopesadas o calculadas con los intereses de los hijos principalmente los menores, aquí se van a aplicar los principios protectores y del interés superior del menor contemplado en la Convención sobre los derechos del Niño y la adolescencia, además deben juzgarse los aspectos de alimentos y lo relativo a la patria potestad en lo más beneficioso para ellos.

- La igualdad en los deberes y derechos de los cónyuges: (proviene del principio constitucional de igualdad genérico Artículo 33 Constitución Política, y el Principio Constitucional de igualdad de los cónyuges Artículo 52 Constitución Política.) Se trata de una igualdad en todo aspecto, ya sea en el régimen patrimonial, en los efectos personales de matrimonio, en los deberes y derechos de la patria potestad sobre los hijos, en la igualdad en las causales de sanción del divorcio y separación judicial.

La interpretación del Lic. German Esquivel Campos, en su Antología de Derecho de Familia I, haciendo recopilación Tomado de “Materia Juez 3 de Familia” del Lic. Jorge Marchena R. y Lic. Diego Benavides S. y Derechos Humanos por Marta Odio B., brinda una forma sencilla para entender los poderes que el Juez tiene al momento de darse una controversia con un menor de edad, el juez puede valorar los mejores métodos para recopilar información por parte del menor, sin que se quebrante su integridad emocional, moral e incluso sacar al menor del seno familiar cuidando la integridad física de este.

Los poderes del juez

Poder regulador: Se ejerce cuando se regula una situación jurídica, en el cual el régimen debe ser regulado escogiendo entre las diversas modalidades, aquella que el Juez considere como la mejor adaptada a la situación individual de los interesados después de una prudente apreciación de la valoración de cada caso, e incluso se pueden modificar como es el caso de la tutela, autoridad parental.

En este poder se puede hacer uso de ciertos criterios de apreciación (poder de apreciación), y este no significa una discrecionalidad absoluta; debe tomar en cuenta la mejor solución, la más favorable al interés de la familia y los menores. El carácter va a ser provisorio (en la gran mayoría de los casos) de este poder regulador, y al ser provisorias pueden ser modificadas o anuladas (generalmente a solicitud de parte), estas medidas no van a producir cosa juzgada, por lo que no podrían ser objeto de un recurso de casación.

Poder moderador: este va a aparecer como un poder derogatorio, en determinados casos se puede hacer una excepción, como es el caso de la persona que haya sido privada o suspendida del ejercicio de la autoridad parental (art 143 CF); no podrá adoptar pero el Tribunal está facultado para en un caso concreto hacer una excepción a este principio (Artículo 107 CF), la madre ejerce autoridad parental sobre los hijos habidos fuera del matrimonio pero el Tribunal puede a juicio suyo o a petición de parte o del Patronato Nacional de la Infancia y atendiendo el interés de las personas menores de edad, conferir la autoridad al padre conjuntamente con la madre (art 155 CF).

4.3 Los conceptos de patria potestad o autoridad parental

Existen autores con definiciones de patria potestad que se han recopilado a continuación. Desde la perspectiva de Moran González (2006), los padres tienen deberes y derechos sobre sus hijos e hijas. Deben procurarles las atenciones necesarias, brindarles asistencia y formación, un derecho que se concede para el cumplimiento de una serie determinada de deberes que pueden englobarse en dos: asistencia y formación integral, en todos los aspectos de la vida. En opinión de Del

Vas González (s.f), se trata del conjunto de facultades que la ley concede a los padres sobre sus hijos e hijas o en determinados casos, incapacitados, para el cumplimiento de los deberes que la paternidad les impone.

Por su parte, Pinto Andrade (2009) enfatiza que la patria potestad considerada como la función (deber-facultad) que se les atribuye a los padres con relación a sus hijos menores de edad, sin importar si existe matrimonio o no entre estos, se entiende como un derecho inherente a la patria potestad de la paternidad y maternidad; y tiene innegable carácter de función tutelar que se configura como institución a favor de los hijos, no en interés del que la ejerza.

El artículo 140 del Código de Familia, estipula una aproximación al concepto de patria potestad, también llamada autoridad parental o responsabilidad parental. Al respecto dice este Artículo: “Comprende 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”. Este artículo da un acercamiento a los deberes y derechos o también llamados poderes- deberes que surgen de la patria potestad. Estos son la guarda, crianza, educación, representación, administración y vigilancia. Además, es muy clara la norma en señalar que la autoridad parental le corresponde a los padres y en caso de que uno de ellos fallezca o se le termine la patria potestad por cualquier causa, esta la ejercerá el otro padre.

Tales poderes-deberes son divididos en tres grupos, según informe de investigación CIJUL en línea realizado por Boza Umaña, Flores Stoviak, Rodríguez Murillo, quienes afirman que

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, "el cuidado personal del hijo, su protección, vigilancia y dirección: dotarle de los elementos necesarios para su pleno bienestar físico, proporcionarle los medios recreativos propios de su edad, velar por su salud e integridad física, otorgarle alimentación y vivienda adecuadas, atender su educación, velar por su superación técnica, científica y cultural; colaborar con los maestros en las actividades docentes, prepararle para su formación en la vida social, inculcarle el respeto a los demás y el amor a los valores nacionales y a los símbolos patrios. Todo este conjunto de deberes podrá realizarse en mayor o menor grado, en la medida de los recursos de que dispongan.

De la autoridad parental se deriva el contenido personal de la crianza y la educación de las personas menores de edad. La guarda o custodia se traduce en el poder de los padres de asistirle, cuidarlo y velar por su integridad física y psíquica.

La crianza supone proporcionarle los alimentos y los estímulos necesarios para su adecuado desarrollo, así como alimento, vestido, atención médica y otros,

no se reduce a proporcionar los medios económicos para su subsistencia física, sino sustraer a los hijos de todo peligro en su formación humana, física y espiritual, y por ello mismo, la asistencia está contenida en la educación como formación integral del menor.

Atender todas sus necesidades fundamentales, implica que ambos progenitores tienen el deber de asistirlo durante toda la etapa de crecimiento hasta que cumpla su mayoría de edad, esto inclusive si los padres se encuentren separados o no, sean casados, o sean hijos extramatrimoniales reconocidos.

La educación implica el deber de formarle y prepararle para la vida social autónoma, para su futuro, el deber y el derecho de ocuparse de la formación física, espiritual y moral del menor, así como atender a la preparación para una profesión o actividad determinada, que represente utilidad al menor y a la sociedad. Esta tarea

paterna incluye la formación del carácter, del espíritu y de los sentimientos que tanto han de incidir sobre sus inclinaciones en la vida.

Sobre el concepto y el contenido de la autoridad parental, la doctrina nacional ha señalado que

La patria potestad es un conjunto de derechos y deberes (potestades, poderes-deberes) que los padres tienen con respecto a la persona y a los bienes de sus hijos menores de edad. Comprende básicamente tres contenidos:

a) Personal.-Abarca el poder-deber de cuidar al menor, velar por su integridad física y psíquica (guarda), proporcionarle los alimentos y atender sus necesidades fundamentales para su adecuado desarrollo (crianza) y prepararlo para la vida (educación).

b) Patrimonial.- La autoridad parental comprende también la potestad de administración de los bienes del hijo menor de edad (Artículo 140 y 145), lo que tiene excepciones y limitaciones. En algunos casos se requiere nombrar un administrador especial (Artículos 145, 148, 150, 154, 157) o se tiene que rendir una caución (Artículos 149, 154, 157) y en algunos otros el propio menor puede administrar sus propios bienes (Artículo 145). Para enajenar o gravar o en general disponer de los bienes del menor, el padre requiere de una autorización judicial (Artículo 147). De su gestión debe rendir cuenta general al hijo en su mayoría, o a la persona que lo remplace en la administración.

c) Representación.-Dado que el menor en principio no tiene capacidad de actuar, requiere de ser representado y la ley asigna normalmente esa representación a los padres. Si existe un opuesto interés debe nombrarse un curador especial al hijo (Artículo 140 in fine), lo que debe hacerse cuando existe incapacidad (Artículo 162). No obstante, en algunos casos existe capacidad limitada de los menores. (Artículo 86 y 108 inc. a C. Niñez) (Benavidez, Diego, Código de Familia, Editorial Juritexto, 2006)

El criterio anterior es admitido por la jurisprudencia, tanto del Tribunal de Familia como de la Sala Segunda. Al respecto, el primero de los Tribunales ha indicado:

III.-PATRIA POTESTAD, GUARDA, CRIANZA Y EDUCACION, Y EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO: La patria potestad es un conjunto de derechos y deberes (potestades, poderes-deberes) que los padres tienen con respecto a la persona y a los bienes de sus hijos menores de edad. Comprende básicamente tres contenidos: **a) Contenido**

personal: abarca el poder deber de cuidar al menor, velar por su integridad física y psíquica (guarda), proporcionarle los alimentos y atender sus necesidades fundamentales para su adecuado desarrollo (crianza) y prepararlo para la vida (educación); b) Patrimonial: la autoridad parental comprende también la potestad de administración de los bienes del hijo menor de edad (arts. 140 y 145), lo que tiene excepciones y limitaciones. En algunos casos se requiere nombrar un administrador especial (arts. 145, 148, 150, 154, 157) o se tiene que rendir una caución (Artículo 149, 154, 157), y en algunos otros el propio menor puede administrar sus propios bienes (Artículo 145). Para enajenar o gravar o en general disponer de los bienes del menor, el padre requiere de una autorización judicial (Artículo 147). De su gestión debe rendir una cuenta general al hijo en su mayoría de edad, o a la persona que lo reemplace en la administración. c) Representación: dado que el menor en principio no tiene capacidad de actuar, requiere ser representado, y la ley asigna normalmente esa representación a los padres. Si existe un opuesto interés debe nombrarse un curador especial al hijo (Artículo 140 in fine), lo que debe hacerse cuando existe incapacidad (Artículo 162). No obstante en algunos casos existe capacidad limitada de los menores (arts 86 y 108 inc. a C. Niñez). **La patria potestad** es una potestad familiar (Cicu, Antonio: Derecho de Familia), irrenunciable (Artículo 141, por ende intransferible e imprescriptible), temporal (se ejerce normalmente hasta la mayoría de edad), relativa (no se trata de un derecho absoluto, sino un poder rector en beneficio de los menores del cual no se puede abusar). Se denomina por nuestro Código también como «autoridad parental», que es más acorde con el principio de igualdad de derechos y deberes (situaciones jurídicas en general) de los cónyuges y los padres (Al respecto: Trejos Salas, Gerardo: Derecho de Familia Costarricense, Juricentro, 1982, pág. 394; en otro sentido: Pérez Vargas, Víctor: El Contenido de la Patria potestad, En Revista Judicial No. 30, pág. 128). En cuanto a la guarda, crianza y educación y su relación con la patria potestad, el voto 28-94 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia resulta sumamente esclarecedor. De acuerdo con este voto el estándar jurídico del interés superior del niño, de nivel supralegal, es el que da la clave:

VI.- De conformidad con la ley (Artículo 138 del Código de Familia), el padre y la madre de los hijos de matrimonio, ejercen la patria potestad, la cual comprende, además de la representación legal y la administración de los bienes del hijo, el derecho y el deber de guardarlo; o sea que tal autoridad emana de la situación familiar (relación paterno y materno filial). Es cierto, como lo razona el Juzgado y lo dispone el Artículo 9º transcrito de la expresa Convención, que lo conveniente es que el niño nunca sea separado de sus padres biológicos, para que ellos puedan ejercitar el poder-deber en referencia y el niño desarrollarse como persona humana dentro de la familia

biológica. Pero también lo es que, conforme en esa misma disposición se prevé, la regla puede excepcionarse en casos particulares de maltrato, descuido o de separación de los padres. Si en el presente, la madre, voluntariamente, porque ésta era soltera y no lo podía cuidar y no contaba con el apoyo del ahora actor..., separó de sí al niño y lo entregó a los demandados, quienes le han prodigado el afecto y atenciones adecuados, existe fundamento legal y real, no para separar al hijo de sus padres, según se ha querido dar a entender, sino para mantenerlo separado de ellos, como hasta ahora lo ha estado, por su propia voluntad.(Tribunal de Familia, resolución número 830-04 de las diez horas del veintiséis de mayo del dos mil cuatro.)

En suma, de lo antes expuesto se desprende que, la guarda, crianza y educación de las personas menores de edad, 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 cuál padre asumirá la guarda, crianza y educación del menor. Disponen los Artículos, lo siguiente:

ARTÍCULO 56.-

Al declarar el divorcio, el Tribunal, **tomando en cuenta el interés de los hijos menores y las aptitudes física y moral de los padres, determinará a 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.

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.

Compete a los padres regir a los hijos, protegerlos, administrar sus bienes y representarlos legalmente... y en el numeral 143 se estipula que “autoridad parental y representación. Derechos y deberes: la autoridad parental confiere derechos e impone los deberes de educar, guardar, vigilar y, en forma moderada, corregir al hijo”. Asimismo, faculta para pedir al tribunal que autorice la adopción de medidas necesarias para coadyuvar a la orientación del menor, las cuales pueden incluir su internamiento en un establecimiento adecuado, por un tiempo prudencial, igual disposición se aplicará a los menores de edad en estado de abandono, o riesgo social o que no estén sujetos a la patria potestad, en cuyo caso la solicitud podrá hacerla el Patronato Nacional de la Infancia.

Por último, a través de la representación, el padre y la madre actúan a nombre de sus hijos (as), 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).

4.3.1 Las características de la autoridad parental

De conformidad con el INAMU (s.f), la autoridad parental o responsabilidad parental, se caracteriza por ser

- 1- **Temporal.**-Significa que los hijos e hijas estarán bajo la autoridad parental del padre o la madre hasta que cumplan 18 años o en los casos en que un juez o jueza suspenda el ejercicio de la autoridad parental a los progenitores.
- 2- **Irrenunciable.**-Los progenitores no pueden renunciar en especial a los deberes y obligaciones que se tienen con sus hijos e hijas.
- 3- **Intransferible.**-La madre ni el padre pueden transmitir a otra persona las obligaciones, responsabilidades y derechos que otorga la autoridad parental.
- 4- **Imprescriptible.**- Los derechos, responsabilidades y obligaciones se mantienen todo el tiempo mientras las personas sean menores de edad.

La patria potestad es irrenunciable, así lo consagra el Artículo 141 del Código de Familia que al respecto señala:

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.

En ese sentido, cita Boza Umaña CIJUL en línea con el tratadista nacional Alberto Brenes Córdoba quien explica:

La patria potestad es intransmisible por convenio, tanto debido a no ser cosa que está en el comercio de los hombres, como por significar más que nada, deberes que pesan sobre los padres. De ahí que a ninguno de éstos sea permitido despojarse voluntariamente en favor de otra persona, de los atributos que dicha potestad comprende. Lo único que le está permitido, cuando las circunstancias a ello lo obligaren, es que pueda confiar a un

allegado y hasta a un extraño, la guarda y crianza de los hijos, pero conservando siempre la potestad paterna, de la cual no hay, por otra parte, manera de despojarle, sino mediante sentencia de los tribunales en razón de incumplimiento de sus deberes, o de otras graves causas puntualizadas por la ley.

La situación ideal sería que la patria potestad la ejerzan ambos padres. Sin embargo, existen muchas situaciones en las cuales no se da, ya que cuando los padres se divorcian los menores no pueden seguir viviendo con ambos progenitores; por esta causa se debe establecer cuál de los dos padres va a ejercerla guarda, crianza y educación de los hijos.

Se concluye que en estos casos, el padre que no ostenta las tres atribuciones antes descritas no pierde la patria potestad, ya que puede ejercer otros derechos y obligaciones de la autoridad parental y velar porque la guarda, crianza y educación se lleve de una buena forma por parte del otro padre.

El artículo 143 del Código de Familia reafirma los derechos y deberes que contempla la autoridad parental al afirmar: “La autoridad parental confiere los derechos e impone los deberes de educar, guardar, vigilar y en forma moderada, corregir al hijo...” Sin embargo, además de esos derechos y deberes, existe el de administración de los bienes de la persona menor de edad. Así lo dispone el artículo 145 del Código de Familia que señala:

La patria potestad comprende el derecho y la obligación de administrar los bienes del hijo menor. El hijo menor administrará y dispondrá como si fueran mayores de edad los bienes que adquiriera con su trabajo. Se exceptúan de la administración paterna los bienes heredados, legados o donados al hijo, si así se dispone por el testador o donante, de un modo expreso e implícito. En tal caso se nombrará un administrador.

De esta manera, se nota que el derecho y deber de administración es restringido a ciertas situaciones. La primera de ellas es que los padres no tendrán injerencia en la administración de los bienes de sus hijos cuando estos los hayan adquiridos por el trabajo de ellos o por donación, herencia o legado, si así hubiere sido dispuesto por el testador o donante. En los casos en que el testador o donante no lo haya dispuesto, se deberá de nombrar un administrador.

Al igual que la tutela, la patria potestad se extingue cuando la persona menor de edad cumpla la mayoría de edad. También, ambas figuras contemplan los derechos y deberes de guarda, crianza, educación, vigilancia, administración y representación. Sin embargo, se diferencian en que la tutela va a operar a falta de la patria potestad de los padres, pero al final de cuentas un tutor viene a ejercer las funciones de guarda, crianza, educación, vigilancia, representación y administración. En la actualidad, existe un nuevo paradigma acerca del concepto de patria potestad. Hoy se habla de responsabilidad parental.

Según Lara y Reyes (2010),

es el conjunto de derechos y obligaciones de manera recíproca que debe existir entre los padres y los hijos, no mediante un poder del padre sobre el hijo, creyendo que solo tienen los padres el poder y no los deberes para con su hijo (p.35).

En este trabajo se coincide con la definición de Lara y Reyes sobre la responsabilidad parental porque la patria potestad alude a una relación de poder de los padres sobre los hijos, y con la responsabilidad parental se busca que las relaciones entre padres e hijos no sean un poder, sino un conjunto de deberes y derechos de ambos. Como se ha señalado, el tutor viene a ser como un padre o madre y se busca que la relación entre ellos sea un conjunto de deberes y derechos

y no una relación de poder del tutor sobre el pupilo, para que el menor de edad tenga un desarrollo adecuado.

4.3.2 La suspensión de la patria potestad

Siendo que una causa para que proceda la tutela es el caso de la suspensión de la patria potestad. La autora de este trabajo no comparte dicha posición debido a que la suspensión es transitoria, los padres interesados pueden llegar a reivindicarse por sus errores cometidos y solicitar ante el juez, con las pruebas correspondientes, la restitución de la patria potestad. Al respecto, Solano (1988) afirma que la patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que tienen los padres con sus hijos menores de edad y esta suspensión de la patria potestad viene a ser la privación temporal de estas facultades por causas erróneas que tuvieron durante el ejercicio de esta (p.86).

Atendiendo el interés de los niños y niñas, un juez (a) puede suspender o modificar la autoridad parental del padre o la madre en los siguientes casos:

- 1- Cuando se usen drogas, se esté en estado de ebriedad habitual, es decir, se ingieran bebidas alcohólicas todos los días, costumbres depravadas, por ejemplo obligar a que los hijos e hijas se prostituyan o vagancia comprobada.
- 2- En casos de violencia doméstica, por ejemplo violencia física, sexual o psicológica.
- 3- Cuando el padre o la madre se nieguen a darle alimentos a los menores o los obliguen a pedir dinero o comida en las calles.
- 4- Cuando el padre o la madre hayan cometido algún delito contra los menores, por ejemplo una violación o abusos sexuales.

5- Cuando el juez haya declarado la ausencia de los progenitores, es decir, en sentencia se establezca que no se sabe dónde está el padre o madre del menor.

6- Por cualquier forma de mala conducta, abuso de poder, o incumplimiento de los deberes que se tienen como madre o padre.

Según sentencia del Tribunal de Familia (2014) Suspensión de la patria potestad, voto 128-17, de las quince horas y ocho minutos del quince de febrero de dos mil diecisiete, reitera lo analizado arriba e indica lo siguiente:

IV.-La Convención sobre los derechos del niño postula que las personas menores de dieciocho años tienen derecho a cuidados y asistencia especiales y que, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, deben crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión (preámbulo). Asimismo, les reconoce el derecho de conocer a sus progenitores y ser cuidadas por ellos (Artículo 7) y a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (inciso 1º del Artículo 27); declara que la responsabilidad primordial de su crianza y de proporcionarle, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para su desarrollo, incumbe a ambos padres, a sus representantes legales o a otras personas encargadas de ella (incisos 1º del Artículo 18 y 2º del 27), les atribuye a estos sujetos, así como a los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, los tutores u otras personas encargadas legalmente de ellas, la potestad de impartirles, en consonancia con la evolución de sus facultades,

dirección y orientación apropiadas para que puedan ejercer sus derechos (Artículos 3, inciso 2º y 5); les garantiza a las últimas el respeto de sus responsabilidades, derechos y deberes en el ejercicio de esa trascendental función social (Artículos 3, inciso 2º y 5) y les exige que su preocupación fundamental sea su interés superior (inciso 1º del artículo 18). El Estado, por su parte, está obligado a asegurarles la protección y el cuidado necesarios para su bienestar, para lo cual ha de implementar todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas (inciso 2º del Artículo 3). Dentro de ellas, ha de poner el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos progenitores tienen obligaciones comunes en el cumplimiento de sus funciones parentales (inciso 1º del Artículo 18); debe prestarles la asistencia apropiada para su cabal desempeño con el fin de garantizar y promover los derechos enunciados en la Convención y ha de adoptar, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables a dar efectividad al derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo integral y, en caso necesario, proporcionarles asistencia material y programas de apoyo (inciso 3º del artículo 27). También tiene la obligación de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño o a la niña contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona (inciso 1º del Artículo 19). Dentro de ellas se comprenden

procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con el objeto de proporcionar a la persona menor de dieciocho años y a quienes cuidan de ella la asistencia necesaria, al igual que formas de prevención, tratamiento y observación ulterior de los casos de malos tratos (inciso 2º), así como la adopción de todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de quien ha sido víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso, tortura u otra forma de trato o pena cruel, inhumana o degradante, las cuales han de llevarse a cabo en un ambiente que fomente su salud, el respeto de sí mismo y su dignidad (Artículo 39). En ese contexto, se estipula y ha de concebirse el deber estatal de no separarles de ambos progenitores contra la voluntad de estos y la posibilidad excepcional de hacerlo cuando esa decisión sea necesaria en atención a su interés superior (inciso 1º del Artículo 9). En similares términos se pronuncia la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/85, del 3 de diciembre de 1986, que reitera el principio 6º de la Declaración de los Derechos del Niño, Resolución 1386 (XIV) del 20 de noviembre de 1959, en virtud del cual la persona menor de dieciocho años debe crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; y establece como prioridad que ha de ser cuidada por esos sujetos (Artículo 3), que cuando no puedan ocuparse de hacerlo o lo hagan de manera inapropiada, debe

considerarse la posibilidad de que el cuidado quede a cargo de otros familiares, de otra familia sustitutiva o, en caso necesario, de una institución apropiada (Artículo 4); y que en todas las cuestiones relativas a su cuidado por personas distintas de sus propios padres, la consideración fundamental deben ser sus intereses y, en particular, su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado (Artículo 5).-

V.-Como acertadamente lo puntualizó la juzgadora de primera instancia, en el sub lite existen elementos de juicio que permiten concluir que la situación de riesgo por la cual fue decretada la suspensión de la autoridad parental al demandado no ha variado en nada. En el presente caso, consta en autos que mediante sentencia dictada a las 11:30 horas del 28 de abril de 2008, al demandado se le suspendieron los atributos de la autoridad parental en razón de no cumplir con sus deberes de padre, entre ellos la negativa a brindar alimentos y el consumo de drogas y alcohol. Hoy casi ocho años después la situación es la misma. Así ha quedado establecido mediante los testimonios de [Nombre 008] y de [Nombre 009], los cuales han sido coincidentes en que el demandado no ha realizado ningún esfuerzo por recuperar al menos una relación con sus hijos, que, por el contrario, con [Nombre 009] su hijo mayor, han coincidido en lugares públicos y el demandado ni siquiera lo saluda. El recurrente en sus agravios aduce una mala valoración de la prueba, la cual ha sido debidamente analizada por esta cámara y no se encuentra ningún yerro que ampare esa afirmación, mucho menos que se le haya causado indefensión a alguna de las partes. Sostiene el demandado, que la madre sacó a su hijo del país en forma ilegítima, afirmación que carece de sustento probatorio, por lo que no pasa de ser una simple manifestación y conjetura del recurrente. Insiste el apelante, en indicar que existen pruebas suficientes que contrarían la afirmación de que nunca se responsabilizó de sus hijos, mas las mismas se echan de menos. Sus alegatos se basan en un tema de que es padre porque sus hijos llevan su sangre, y eso no es lo que se cuestiona aquí, lo grave es que siendo el padre no haya asumido sus responsabilidades. Con la suspensión de la autoridad parental, el demandado tenía una oportunidad de enmendar sus errores y dar un cambio en aras de recuperar lo perdido, mas no fue así, pues como se indicó, no hay prueba alguna de intentos de visitas, de asumir una obligación alimentaria, o de tratamientos para dejar las drogas y el alcohol. Es por ello que, a juicio de esta integración del Tribunal, se ha podido establecer que el demandado no ha cumplido con sus responsabilidades parentales para con su hijo menor Isaac, por lo que

procede mantener incólume lo resuelto por el Juzgado de primera instancia.

4.3.3 Casos en que se recupera la autoridad parental

Se pueden recuperar los derechos y deberes de la autoridad o responsabilidad parental, cuando deje de existir la causal que motivó la suspensión, siempre y cuando la persona menor no haya sido declarada por el juez en estado de abandono con fines de adopción. La recuperación de la autoridad parental debe ser declarada por un juez. INAMU (s.f).

Como se indicó antes, la autoridad parental se puede reivindicar siempre y cuando el o los padres hayan subsanado la causa por la cual el juez se las haya suspendido de manera temporal; y presenten los interesados un proceso de reivindicación de los derechos y obligaciones, con la salvedad de que tal causa no hubiese dañado la integridad física, psíquica emocional, para que el menor tenga un desarrollo digno en el futuro sin perturbación alguna, y el juez no haya pronunciado en estado de abandono al menor para una respectiva adopción.

4.3.4 El término de la patria potestad

El Código de Familia regula en el Artículo 158 una serie de causales por las cuales se termina la patria potestad. Sin embargo, alguna parte de la doctrina no habla propiamente de terminación de la patria potestad, sino de pérdida y extinción.

La mayoría, la muerte del padre, madre o del menor de edad, por la declaración de muerte presunta de algunos de estos sujetos y el matrimonio, son

parte de los supuestos de extinción de la patria potestad contemplados en la normativa del país.

Dentro de estos casos se encuentra la declaratoria judicial de abandono, violación, abusos deshonestos, corrupción, lesiones graves o gravísimas, por parte de quien o quienes ejercen la patria potestad. A continuación, se analizará cada una de ellas y se determinará cuáles pueden ser causales para que proceda la tutela.

4.3.5 Casos de extinción de la patria potestad

D'Antonio (1979), menciona que la extinción de la patria potestad: "...presupone, en los supuestos que hemos mencionado como tipificantes de ella, una situación ajena a la esfera de voluntad paterna y determinada por realidades socio jurídicas que tornan imposible su vigencia" (p.171).

El primer presupuesto que señala D'Antonio es "Por el matrimonio o cuando la persona alcanza la mayoría de edad". En el primer presupuesto al darse la emancipación de persona menor de edad y mayor de quince, que contraiga matrimonio, se termina la tutela.

El segundo supuesto, es característica básica de la patria potestad, al cumplir los hijos, hijas o representados la mayoría permitida por ley, automáticamente se da la extinción de la patria potestad de parte de los progenitores, siempre y cuando la persona no carezca de capacidad volitiva y cognitiva, sino el caso dará lugar a tutela. En el caso del matrimonio no va a proceder la tutela porque existe una emancipación que da por terminada la patria potestad por ser innecesaria, con mucha más razón la tutela. En el tema de la mayoría no va a originarse la tutela porque, al igual que la patria potestad, va a terminar a los dieciocho años.

La segunda causal es “la muerte de quienes la ejerzan”. En este caso, no existirá la patria potestad porque esta es exclusiva del padre o la madre de la persona menor de edad. No se habla de extinción de patria potestad cuando se muere uno de sus progenitores, quedando la patria potestad sobre el viviente. En el caso de la muerte presunta de los padres, también va a ser causal para solicitar la tutela. Se habla de muerte presunta cuando no existe certeza del fallecimiento, pero hay ciertos indicios que hacen presumir que la persona murió.

Al respecto el artículo 78 del Código Civil estipula:

Si la ausencia ha continuado durante veinte años después de la desaparición o durante diez años después de la declaratoria de ausencia, o de las últimas noticias, o si han corrido ochenta años desde el nacimiento del ausente, el Juez, a instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte.

4.3.6 Casos de pérdida de la autoridad parental

El primer supuesto de pérdida de la patria potestad es “la declaratoria judicial de abandono”. En este caso, existe un riesgo social para la persona menor de edad, poniendo en grave peligro su salud. Se va a terminar automáticamente la patria potestad si los padres aceptan la situación, o cuando no demuestren haber cambiado la situación para con la persona menor de edad en un tiempo determinado dado por el juez.

La segunda causal es “Cuando la persona menor de edad haya sido objeto de violación, abusos deshonestos, corrupción o lesiones graves o gravísimas de quienes la ejerzan”.

Al realizar los padres estos hechos, violentando el derecho de sus hijos e hijas, ponen fin a la patria potestad existiendo una violación al bien jurídico tutelado, y que

inclusive podrían tener repercusiones a nivel penal. En síntesis, serán causales de tutela: la muerte o presunción de muerte del padre o de la madre, declaratoria de abandono de la persona menor de edad, violación, abusos deshonestos, corrupción, lesiones graves o gravísimas de quienes ejerzan la patria potestad.

Al respecto, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal (2017) abuso de autoridad y otro, en resolución N°0776 del Segundo Circuito Judicial de San José, Goicoechea, a las diez horas diez minutos, del veintitrés de junio de dos mil diecisiete, indica de manera textual:

ÚNICO.

En **su único motivo del recurso**, la licenciada Denise Tello Patiño, defensora pública del imputado Gustavo Adolfo Leandro Marchena, alega errónea aplicación de la ley sustantiva. En concreto, de los Artículos 140, 188 y 389 del Código Penal. Aduce que el tribunal condenó al imputado por un delito de incumplimiento y abuso de la patria potestad en concurso ideal con dos delitos de agresión con arma, al considerar que la acción de corrección del encartado hacia sus hijas resulta desmedida. Por ende, le impuso la pena de seis meses de prisión y suspensión de la patria potestad del encartado con sus hijas. Arguye que en el debate la defensa demostró que el encartado es un buen padre, que ha logrado formar buenas estudiantes, capaces de valerse por sí mismas con base en la tabla Montessori en donde se desglosa el tipo de tareas domésticas que puede venir a realizar la persona menor de edad según su edad para ser una persona productiva. Esgrime que se acreditó con la declaración de la menor que el día de los hechos el encartado le reclamó a sus hijas por sus bajas calificaciones y procedió a regañarlas y pegarles

con una faja que la propia ofendida indicó que era de tela. Estima que una faja de tela no aumenta el poder ofensivo por lo que no se da el delito de agresión con arma. Agrega que la conducta de su representado estaría regulada en el numeral 389 del Código Penal que establece la contravención de castigos inmoderados, ello en aplicación de las reglas del concurso aparente de normas y por ser una norma favorable al endilgado. Indica que el abuso de la patria potestad contempla un tipo distinto de agresión progresiva, en desprecio de la dignidad del menor, como un delito continuado, que no se da en el caso concreto, pues su defendido nunca incumplió o abusó de su deber parental. Solicita se recalifiquen los hechos y se le imponga la multa menor al imputado, levantando toda sanción en su contra. El reclamo no es procedente. Conforme al fallo impugnado, se tuvieron por demostrados los siguientes hechos: "1.Las menores ofendidas DLS y SLS para el momento de los hechos que se dirán contaban con once y nueve años de edad respectivamente, son hijas del imputado Gustavo Adolfo Leandro Marchena, quien mantenía la guarda, crianza y educación de sus hijas otorgadas por el Juzgado de Familia de Desamparados. 2. Sin precisar fecha exacta pero si en el mes de abril del año 2016 en horas de la tarde, en el Porvenir de Desamparados, el imputado Gustavo Adolfo Leandro Marchena se encontraba en su casa de habitación junto con sus hijas menores de edad D y S ambas de apellidos L.S, y en ese momento al considerar que sus hijas no habían estudiado, abusando del derecho de corrección que le confería el ejercicio de la Patria potestad sobre las menores, tomó una faja entre sus manos y con la misma agredió a la menor DLS a quien golpeó con la faja logrando impactarla en sus glúteos y de seguido, agredió con las misma faja a la

menor ofendida SLS logrando impactarla en sus glúteos, dejando equimosis en la humanidad de ambas niñas, perjudicando de esta manera el estado físico de las menores. 3. A raíz de los hechos, por orden el Patronato Nacional de la Infancia se modificó la guarda, crianza y educación de ambas personas menores de edad para que permanecieran con su madre Blanca Noelia Sánchez Mora. 4. Que el encartado no presenta juzgamientos penales inscritos en su contra (sic)" (Cfr. folios 122 a 123). La recurrente, para sustentar la tesis de que no se está ante el delito de agresión con arma, parte del hecho de que la menor DLS quien fue la única de las dos niñas que declaró, mencionó que la faja era de tela, y que por ende no constituye un objeto contundente que aumente el poder ofensivo del sujeto activo. Sin embargo, de la declaración de la menor DLS transcrita en la sentencia se desprende que esta dijo que creía que la faja era de cuero. También es enfática en indicar que el golpe con la faja le generó un "morete" a su hermana SLS, lo cual es corroborado por el dictamen médico legal de folio 21 realizado a SLS el que describe que la niña en el momento de la valoración presenta una equimosis en cada glúteo, fijándose una incapacidad temporal de dos días a partir de la fecha de los hechos (Cfr. folios 21, 22 y 121). Ya la jurisprudencia nacional ha sido reiterada en el sentido de que para que se configure el delito de agresión con arma, basta que se utilice cualquier objeto contundente que aumente el poder ofensivo del actor y que pueda generar algún daño físico. En concreto, se ha estimado que la faja es un objeto contundente que es susceptible de generar un daño en el cuerpo de la víctima como efectivamente ocurrió en este caso. De igual forma, se ha estimado que en este tipo de casos la norma aplicable lo es el Artículo 140 del Código Penal (agresión con arma) y no la

contravención de castigos inmoderados prevista en el Artículo 389 del mismo cuerpo legal. "Al respecto se ha dicho: Es obvio que el tema en discusión se refiere a un concurso aparente, el cual conforme lo dispone el Artículo 23 CP se presenta: "Cuando una misma conducta esté descrita en varias disposiciones legales que se excluyan entre sí, sólo se aplicará una de ellas, así: la norma especial prevalece sobre la general, la que contiene íntegramente a otra se prefiere a ésta y aquella que la ley no haya subordinado expresa o tácitamente a otra, se aplica en vez de la accesoria ". Y la polémica según lo argumenta el recurrente gira en torno a la aplicación del Artículo 140 CP que contempla el delito de agresión con arma: " Será reprimido con prisión de dos a seis meses el que agrediere a otro con cualquier arma u objeto contundente, aunque no causare herida, o el que amenazare con arma de fuego. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el homicidio calificado o en estado de emoción violenta, la pena aumentará o disminuirá en un tercio respectivamente a juicio del Juez". (La negrita no corresponde al original). O la contravención prevista en el Artículo 382 CP: " 1) Los padres de familia, tutores o guardadores de menores que los castigaren en forma inmoderada...". (La negrita no corresponde al original) Decidir la norma especial adecuada de forma más plena al tipo, implica retomar la especie fáctica demostrada en el contradictorio, que en lo que interesa señala: " La menor [Nombre 005] nació el 28 de julio de 1997, [Nombre 007] nació el 11 de noviembre de 1999 y [Nombre 006] nació el 13 de junio de 2003, quienes convivieron en la localidad de [...] con su padre el aquí encartado [Nombre 010], pues el Juez de Familia le otorgó la guarda crianza de sus hijas. 2) Sin que se precise con certeza el día, pero sí entre enero y abril de 2010, el encartado [Nombre

010] agredió con una faja a sus tres hijas y aquí ofendidas [Nombre 005], [Nombre 007] y [Nombre 006], todas [Nombre 004], siendo que a la primera y a la tercera las agredió en sus glúteos, mientras que a [Nombre 007] la impactó en sus piernas, produciéndoles una lesión en su muslo derecho, mismo que al momento de la valoración médica presentaba una cicatriz rosada en la cara anterior del tercio proximal, fijándose un día de incapacidad. 3) El imputado [Nombre 010], además de agredir con una faja a su hija y aquí ofendida [Nombre 007]., la golpeó en su cara con el puño.” Como vemos, en estos hechos donde no surgen incapacidades prolongadas (que superen los cinco días), la lesión o pérdida de un órgano, función, miembro o capacidad, o un debilitamiento persistente en la salud, o bien, una marca indeleble en el rostro; destacan entonces, otros elementos para resolver el concurso aparente planteado: la especial condición del sujeto activo (padre de las ofendidas), así como el modo de ejecución de la conducta (pegar con una faja a las menores). Desde luego, será necesario retomar los principios de especialidad, consunción y absorción, para definir el elemento especializante que determina la norma aplicable al caso. En ese sentido, debe advertirse que tanto en la contravención (“Los padres de familia...”) como en el delito de cita (“ alguna de las circunstancias previstas en el homicidio calificado...”: Artículo 112 inciso 1. “A su ascendiente...”), se alude como sujeto activo a los padres; de modo que el dato particular y determinante para establecer el tipo aplicable no surge en este caso de las especiales cualidades del sujeto activo; por tanto se deberá acudir al segundo factor, sea la forma en que se realiza la acción, de manera que , considerando el tipo objetivo descrito en cada norma, si se utiliza un objeto contundente se aplica el delito de agresión con arma,

pero si se usa otro no previsto o regulado por el legislador (la simple mano), se subsume en la contravención. Desde esa perspectiva, se demostró que el imputado al ejecutar la acción utiliza una faja, Artículo que constituye un objeto contundente pues es idóneo para causar daño en el cuerpo, por un golpe aunque no cause herida o lesión concreta..... Ahora bien, el argumento central del recurrente es que como padre en ejercicio de la patria potestad se encuentra legitimado y hasta obligado a corregir y orientar a sus hijos. Ciertamente, el Artículo 143 del Código de Familia vigente dispone: “Autoridad parental y representación. Derechos y deberes. La autoridad parental confiere los derechos e impone los deberes de educar, guardar, vigilar y, en forma moderada, corregir al hijo. Asimismo, faculta para pedir al tribunal que autorice la adopción de medidas necesarias para coadyuvar a la orientación del menor, las cuales pueden incluir su internamiento en un establecimiento adecuado, por un tiempo prudencial. Igual disposición se aplicará a los menores de edad en estado de abandono, riesgo social o que no estén sujetos a la patria potestad, en cuyo caso la solicitud podrá hacerla el Patronato Nacional de la Infancia. El internamiento se prolongará hasta tanto el tribunal no decida lo contrario, previa realización de los estudios periciales que se requieran para esos efectos, los cuales deberán ser rendidos en un plazo contado a partir del internamiento”. De lo anterior se colige, entre otras cosas, la obligación de quien ejerce la patria potestad de corregir y orientar a los hijos. Sin embargo, en modo alguno puede considerarse que ello constituye una autorización genérica para que los padres o encargados de las personas menores de edad puedan agredirlos impunemente o simplemente disponer de sus vidas a su entera satisfacción. Tal concepto corresponde a una

visión atávica de las relaciones familiares, donde el padre de familia disponía de todos los bienes, incluyendo la esposa y sus hijos. Por el contrario, de acuerdo a la normativa vigente en nuestro país, las personas menores de edad son sujetos de derechos y obligaciones y el Estado debe velar por su integridad física y moral. Nuestro país ha incorporado esta protección Integral no sólo dentro de la legislación constitucional sino también en la legislación ordinaria. La autoridad parental otorgada a las personas adultas, “Significa que las personas adultas ejercen respecto a las personas menores de edad un poder que deriva de la obligación de protección que las personas adultas tienen hacia los niños, las niñas, los y las adolescentes. Significa también, que ese poder no es arbitrario y que cuando las personas adultas abusan de él, ese poder deja de ser legítimo y este abuso constituye una violación a los derechos” (MAXERA, RITA. Los derechos humanos de los niños, las niñas, los y las adolescentes, en: Análisis situacional de los derechos de las niñas y las adolescentes en Costa Rica, San José, UNICEF, Universidad de Costa Rica, 1999,p.8)... Por ende, aún cuando el justiciable [Nombre 010], como padre de las menores ofendida ejerce la autoridad parental y por ella tiene un deber de protección hacia sus hijas, esa obligación no deriva o constituye un poder irrestricto o ilimitado sobre la vida, la integridad física o los derechos de sus hijas; de manera que si abusa de esa autoridad puede incurrir en comportamientos antijurídicos, como ocurre en el sub judice, donde su actuar se adecuó al delito de agresión por arma, por el cual fue condenado de forma correcta por el Tribunal de instancia, al hacer uso de un arma impropia (una faja) con la cual no solo amenazó, sino que lesionó a sus hijas, motivo por el cual se rechaza el reclamo formulado.” (Cfr. Resolución 2014-341 Tribunal de

Apelación de Sentencia Segundo Circuito Judicial de San José. En el mismo sentido, la resolución 2012-262 del antiguo Tribunal de Casación de Cartago). La misma tesis fue sostenida por el otrora Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José el cual detalló que: "cuando un padre o una madre castiguen inmoderadamente a sus hijos/as por formas o medios expresamente no previstos por el legislador se aplicará la citada contravención pero si dicho castigo inmoderado sí ha sido específicamente regulado será ésta disposición la que se aplique y no aquella. Así, por ejemplo, en los casos en que los padres priven de su libertad a sus hijos como modo de castigo se aplicará el Artículo 192 inciso 1 del Código Penal y no la citada contravención; si los padres castigan a sus hijos y les producen lesiones leves, graves, gravísimas o hasta la muerte se aplicarán los respectivos delitos (Artículos 123 a 126, 24 y 112 inciso 1 del Código Penal) y no la mencionada falta; si los padres omiten dar alimentos a sus hijos pequeños como forma de castigo se aplicará el delito de abandono de incapaces agravado o el delito de tentativa de homicidio por omisión impropia (numerales 142 ibídem; 18, 24 y 112 inciso 1 del Código Penal) y no la contravención, etc. Sólo cuando la forma de castigo inmoderada no esté expresamente tipificada se aplicará la citada disposición contravencional..." (Cfr.Resolución 2007-1085. Tribunal de Casación Penal de Segundo Circuito Judicial de San José). Entonces lo primero que debe decirse es que la agresión con una faja constituye el delito de agresión con arma, pues la faja es un objeto contundente capaz de generar un daño físico en la víctima, sin que seanecesario que ese daño se produzca. En el caso concreto, el imputado golpeó con la faja a sus dos hijas, produciéndole a la menor SLS una lesión en cada uno de

sus glúteos que la incapacitaron temporalmente por dos días. Por ende no lleva razón la recurrente en cuanto a que existe un concurso aparente de normas en el cual resulta aplicable la contravención de castigos inmoderados y no los delitos de agresión con arma y abuso de la patria potestad como acertadamente los calificó el fallo de instancia. La defensa también plantea en su recurso que los hechos demostrados no encuadran en la figura del delito de abuso de la patria potestad por cuanto se requiere para la configuración de esa delincuencia de agresiones progresivas en desprecio de la dignidad del menor, como si fuera un delito continuado. Se tiene por acreditado en la sentencia que el imputado Leandro Marchena teniendo la guarda, crianza y educación de sus hijas DLS y SLS, al considerar que no habían estudiado, procedió a golpear a ambas en sus glúteos con una faja, causándole incluso una lesión que le generó dos días de incapacidad temporal a la niña SLS. Ello constituye, aunque haya sido en una sola ocasión, el delito de incumplimiento o abuso de la patria potestad previsto en el numeral 188 del Código Penal. La norma dispone lo siguiente: "Será penado con prisión de seis meses a dos años y además la pérdida e incapacidad para ejercer los respectivos derechos o cargos, de seis meses a dos años, el que incumpliere o abusare de los derechos que le otorgue el ejercicio de la Patria potestad, la tutela o curatela en su caso, con perjuicio evidente para el hijo, pupilo o incapaz". Tal y como se dice en la cita jurisprudencial transcrita en esta resolución " La autoridad parental otorgada a las personas adultas, "Significa que las personas adultas ejercen respecto a las personas menores de edad un poder que deriva de la obligación de protección que las personas adultas tienen hacia los niños, las niñas, los y las adolescentes.

Significa también, que ese poder no es arbitrario y que cuando las personas adultas abusan de él, ese poder deja de ser legítimo y este abuso constituye una violación a los derechos” (MAXERA, RITA. Los derechos humanos de los niños, las niñas, los y las adolescentes, en: Análisis situacional de los derechos de las niñas y las adolescentes en Costa Rica, San José, UNICEF, Universidad de Costa Rica, 1999,p.8)... Por ende, aún cuando el justiciable [Nombre 010], como padre de las menores ofendida ejerce la autoridad parental y por ella tiene un deber de protección hacia sus hijas, esa obligación no deriva o constituye un poder irrestricto o ilimitado sobre la vida, la integridad física o los derechos de sus hijas; de manera que si abusa de esa autoridad puede incurrir en comportamientos antijurídicos, como ocurre en el sub judice, donde su actuar se adecuó al delito de agresión por arma, por el cual fue condenado de forma correcta por el Tribunal de instancia, al hacer uso de un arma impropia (una faja) con la cual no solo amenazó, sino que lesionó a sus hijas, motivo por el cual se rechaza el reclamo formulado.” (Cfr. Resolución 2014-341 Tribunal de Apelación de Sentencia Segundo Circuito Judicial de San José). El imputado abusó de los derechos que le confiere la patria potestad que tenía sobre sus hijas, atentando contra su integridad física al golpearlas con un objeto contundente, rebasando así los límites que derivan del derecho de disciplinar que en su carácter de padre le otorga la ley. El deber de disciplinar a los hijos e hijas puede ejercerse válidamente con otro tipo de castigos distintos, que no afectan la integridad física ni ponen en riesgo otros bienes jurídicos fundamentales de los menores de edad protegidos por Convenciones Internacionales y las propias leyes internas. En ese sentido el Tribunal de Familia ha indicado con relación al castigo físico como medio

para corregir a los hijos lo siguiente: " En cuanto al fondo, el principal argumento esgrimido por la recurrente es que el hecho dado del "manazo" propinado al joven no es como para que se tomara el asunto como una violencia doméstica; sino que es parte de un derecho de corrección hacia los hijos, especialmente en el caso concreto en que el joven está en una edad difícil de rebeldía, que su rendimiento académica es muy malo, que debe recurrir a otros castigos ante la inexistencia de la vía del diálogo y que ese hecho en particular no le ha generado daño alguno al menor de edad en su integridad física; además de que niega ser cierto que ella deja encerrado al menor de edad en la casa como castigo. Este tribunal no desconoce la existencia jurídica del derecho de corrección que los padres tienen para con sus hijos en virtud de aquel contenido personal de los llamados derechos de la autoridad parental, que complementan los otros dos contenidos de representación y de administración de los bienes. La crianza de un menor de edad exige que los padres deban tener herramientas necesarias para poder ejercer la autoridad que se requiere para el ejercicio de las mejores formas de establecer vínculos necesarios de respeto no solo en la relación con los padres, sino en general con la sociedad; herramientas que están acuerpadas no solo desde la óptica jurídica, sino más allá en los aspectos de tipo social y psicológicos que involucran incluso las necesarias terapias para todos los actores de la forma en llevar a cabo el ejercicio de aquel derecho. Las modernas corrientes de la psicología actual hacen que se tenga que el castigo de tipo físico se vea hoy como una solución no solo obsoleta, sino fundamentalmente como una forma de actuar que necesariamente se revierte en una concatenación de hechos más conflictivos en la relación con los hijos; por cuanto desencadena precisamente

en hechos de violencia que sin duda marcará a los menores de edad hacia su desarrollo y dejará que ello provoque un estigma hacia las nuevas generaciones; pero además porque el castigo físico denota la falta de autoridad que en su momento no se ejerció con los niños y que ahora se ve como una finalidad no de corrección, sino de maltrato y castigo para conductas previsibles, de necesarios diálogo y comunicación y con existencia de otro tipo de correcciones dentro del hogar. Es cierto que en el caso concreto este castigo físico no ha sido de abuso exagerado en cuanto a reiteraciones, también es cierto que se denota que el menor de edad, de apenas catorce años, sufre necesariamente los embates de la separación de sus padres y probablemente del pésimo manejo que uno y otro le han dado al problema con relación al hijo; pero de allí a considerar que se justifica un castigo físico hay un trecho que no puede soslayarse fácilmente y eso hace que sí sea factible considerar la actuación de la accionada dentro del ámbito de aplicación objetiva de los procedimientos de violencia doméstica (sic)" (Cfr. Resolución 1624-2007 Tribunal de Familia). Como se colige de lo anterior, las acciones de maltrato físico hacia los hijos, aun y cuando no sean reiteradas, constituyen violencia doméstica y no están contenidas dentro de los derechos de ejercicio de la autoridad parental. No se consideran castigos moderados. Existió un abuso del ejercicio de la patria potestad de parte del encartado con evidente perjuicio para sus hijas, dada las secuelas no solo físicas que produjo, sino aquellas de carácter psicológico que ese tipo de castigo genera para su vida futura. Por ende, para esta Cámara la acción cometida por el encartado no solo constituye dos delitos de agresión con arma, sino también el delito

de incumplimiento o abuso de la patria potestad, todas estas delincuencias en concurso ideal.

4.4 La tutela en Costa Rica

El artículo 175 del Código de Familia señala un requisito indispensable para que aplique la tutela, al respecto menciona este Artículo: “Tutela. Menor que no esté en patria potestad. El menor que no esté en patria potestad estará sujeto a tutela”.

Según Escobar de la Riva, citado por Agüero y otros (1982): “la tutela es atribuida para las personas menores de edad para que sean representados y protegidos, salvaguardando los aspectos personales y patrimoniales. Tal representación podrá serlo en ambos aspectos”. (p.45).

Se establece que la tutela es la representación total tanto a nivel personal como patrimonial que el juez le entrega al tutor para que vele por el menor como un buen padre y/o madre de familia, englobando en ella derechos y obligaciones.

4.4.1 Clases de tutela en Costa Rica

En la doctrina costarricense se reconocen tres tipos de tutela:

- 1- Tutela testamentaria
- 2- Tutela legítima
- 3- Tutela dativa

Cada tutela tiene en común que, tienen formas propias de nacimiento. A continuación, se define cada una de ellas:

1. Tutela testamentaria

Está regulada en el artículo 176 del Código de Familia el cual establece:

“Tutor-nombramiento en testamento. Quienes ejerzan la patria potestad podrán nombrar en testamento, tutor a sus hijos cuando éstos no hayan de quedar sujetos a la patria potestad del padre sobreviviente”.

Este tipo de tutela establece la posibilidad que tiene el padre o la madre de la persona menor de edad, de establecer por medio de testamento la persona que consideren pertinente para ejercer la tutela del niño o niña, en caso de que alguno o los dos llegasen a fallecer antes de que el hijo o hija adquiriera la mayoría de edad.

La tutela debe establecerse vía testamento, con todas las formalidades que este conlleve. Por ello, debe remitirse a la normativa civil costarricense en lo pertinente a los testamentos. Sin embargo, es importante mencionar brevemente algunos aspectos del proceso sucesorio costarricense para así comprender la sucesión testamentaria. El Artículo 522 del Código Civil establece: “La sucesión se defiende por la voluntad del hombre legalmente manifiesta; y a falta de ella por disposición de la ley. La sucesión puede ser parte testamentaria y parte intestada”.

Este artículo indica que va a privar en materia sucesoria la sucesión testamentaria que es, precisamente, la voluntad de la persona que estando en vida estableció cómo iban a quedar repartidos sus bienes una vez que fallezca. A esto se le conoce como la libertad para testar o “Libre Testamentifacio”. Según Vargas (2010): “...el testamento debe entenderse como un acto o negocio jurídico

toda vez que es el resultado de una manifestación de voluntad que tiende a producir determinadas consecuencias jurídicas queridas por el testador” (p.119).

Por esta razón, al testamento se le reconoce como la última manifestación de voluntad de una persona. Las consecuencias jurídicas que la persona quiere que se produzcan una vez que fallezca, se manifestarán de forma expresa por el testador. Esta manifestación debe de hacerse por escrito.

De las anteriores definiciones, se concluye que la tutela testamentaria es el acto donde se expresa la voluntad del testador, para que esta surta efecto, se da a partir de la muerte del testador, donde expresa, quien quiere que tome el papel de padres o tutores de los menores. En Costa Rica la tutela testamentaria está en desuso, ya que la común es la tutela legítima.

2. Tutela legítima

Agüero y otros (1982) consideran que la tutela legítima: “Se produce en aquellos casos en que hubo omisión de testamento, lo cual pudo originarse por muerte ab-intestato, por descuido del testamento, por voluntad o excusa o por cualquiera otra causa justificante” (p.189).

Con base en la definición anterior, se podría decir que la tutela legítima es aquella en la cual se nombra a un tutor basándose en una lista taxativa de personas establecidas en la ley, siempre y cuando no haya existido una tutela testamentaria. Esas listas de personas designadas conforme a la ley, están establecidas en el Artículo 177 del Código de Familia.

Para que opere la tutela legítima, se requiere que no haya sido nombrado ningún tutor testamentario. En primer lugar, se estipula que ejercerán la tutela los abuelos que pueden ser por parte de la línea materna o paterna.

En segundo orden, serán los hermanos consanguíneos de la persona menor de edad. Se entiende que los hermanos deberán ser mayores de edad. Por último, a falta de estos, son llamados a ser tutores legítimos los tíos. En el caso de existir varios parientes de cada orden con interés en ser tutores, por ejemplo, los cuatro abuelos o varios tíos, le corresponderá al Tribunal decidir cuál de ellos va a constituirse en tutor.

El Artículo 178 del Código de Familia establece que el Tribunal podrá modificar el orden establecido para la tutela legítima; de tal manera que si un tío es más idóneo que un abuelo, el Juez tiene la facultad de variar el orden y de este modo dar la tutela a ese tío. Se nota que en la tutela legítima, el Juez de Familia o de Niñez y Adolescencia tiene una serie de facultades para decidir a la persona que se va a constituir en tutor.

3. Tutela dativa

El Artículo 179 del Código de Familia regula la tutela dativa. Establece que, a falta de los parientes llamados por ley, el Tribunal deberá nombrar a la persona que reúna las condiciones de conocimiento, familiaridad, solvencia, idoneidad y preparación.

Agüero y otros (1982) consideran que la tutela dativa "...es aquella que cuando no exista testamento ni parientes sea deferida por un Juez" (p.194).

Se podría indicar según esta definición, que la tutela dativa opera cuando el tribunal decide nombrar tutor, existiendo o no testamento.

En el caso de Costa Rica, estos serán los abuelos, hermanos consanguíneos y tíos; pueden existir parientes como primos, pero estos a pesar de que son familiares consanguíneos, no podrían ser tutores legítimos porque no están contemplados como tales.

Puig, citado por Agüero y otros (1982), señala que la tutela dativa es cuando no existe testamento otorgándola, o cuando las personas que por ley no puedan ejercerla, entonces es el Tribunal el que designa a una persona para tal cargo; por eso la tutela dativa se encuentra en tercer lugar en el orden de clases de la tutela. (p.194).

Se concuerda con la definición de Puig, porque la tutela dativa viene a ser aquella en la cual el Juez decide cuál persona va a constituirse en tutor del niño o niña. Sin embargo, para ello no deberá existir un tutor nombrado por los padres vía testamento ni ningún familiar de los llamados a ser tutores legítimos. También, se puede dar la circunstancia de que el tutor testamentario o el designado por la ley no sea apto para ejercer la tutela, también que el escogido por testamento o ley renuncie o se le separe del cargo. Ante estas eventualidades, le correspondería al Juez designar al tutor.

Una problemática mayor en torno a este tipo de tutela, es la posibilidad del tutor testamentario de excusarse sin causa para rechazar la tutela. Así se establece en el artículo 193 del Código de Familia que estipula:

Tutor testamentario. Puede excusarse para no aceptar la tutela. El tutor testamentario puede excusarse sin causa de aceptar la tutela; pero si no la admite, o no entra en ejercicio, o es removido de ella por su culpa, pierde lo que le haya dejado el testador, salvo si éste hubiere dispuesto otra cosa.

5.4 Derecho comparado – Rasgos característicos

5.4.1 La autoridad parental en España

El código civil de España en el artículo 154 indica: Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre.

La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades:

- 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
- 2.º Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre, antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los padres podrán en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos.

Y la figura de la tutela en el Artículo 222 del código civil español, indica que estarán sujetos a tutela:

- 1.º Los menores no emancipados que no estén bajo patria potestad.
- 2.º Los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido.
- 3.º Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar esta, salvo que proceda la curatela.

5.4.2 La autoridad parental en Argentina

En el Código Civil y Comercial de la nación comentado, en su artículo 638 se encuentra el concepto de responsabilidad parental, que es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.

La figura de la tutela en su artículo 104 del código civil y comercial, su concepto y principios generales de la tutela, está destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente, que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental.

Se aplican los principios generales enumerados en el Título VII del Libro Segundo.

Si se hubiera otorgado la guarda a un pariente de conformidad con lo previsto en el Título de la responsabilidad parental, la protección de la persona y bienes del niño, niña y adolescente puede quedar a cargo del guardador por decisión del juez que otorgó la guarda, si ello es más beneficioso para su interés superior; en igual sentido, si los titulares de la responsabilidad parental delegaron su ejercicio a un pariente. En este caso, el juez que homologó la delegación puede otorgar las funciones de protección de la persona y bienes de los niños, niñas y adolescentes a quienes los titulares delegaron su ejercicio. En ambos supuestos, el guardador es el representante legal del niño, niña o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial.

5.4.3 La autoridad parental en Guatemala

En el código civil en decreto-ley número 106, en su artículo 252, se define el concepto de patria potestad e indica que se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho; y por el padre o la madre en cuyo poder esté el hijo, en cualquier otro caso. Los hijos mayores de edad permanecerán bajo la patria potestad, solamente que hayan sido declarados en estado de interdicción.

En el artículo 253, las obligaciones de ambos padres:

El padre y la madre están obligados a cuidar y sustentar a sus hijos, sean o no de matrimonio, educarlos y corregirlos, empleando medios prudentes de disciplina, y serán responsables conforme a las leyes penales si los abandonan moral o materialmente y dejan de cumplir los deberes inherentes a la patria potestad.

La figura de la tutela encuentra su definición en el Artículo 293 e indica que el menor de edad que no se halle bajo la patria potestad, quedará sujeto a tutela para el cuidado de su persona y de sus bienes. También quedará sujeto a tutela, aunque fuere mayor de edad, el que hubiere sido declarado en estado de interdicción, si no tuviere padres. El tutor es el representante legal del menor o incapacitado.

5.4.4 La autoridad parental en Nicaragua

En la Ley No. 870 - Código de Familia, el artículo 267 se encuentra el concepto de autoridad parental, donde indica que La autoridad parental o relación madre, padre e hijos o hijas, es el conjunto de derechos y obligaciones que tienen los progenitores respecto a sus hijos e hijas en cuanto a su persona y sus bienes, siempre y cuando sean niños, niñas y adolescentes y no se hayan emancipado o

mayores de edad declarados judicialmente incapaces. También ejercen la autoridad parental los abuelos, abuelas, así como otros familiares que encabezan la familia a falta de los progenitores.

Para la figura de la tutela, se encuentra su definición en el artículo 334, el cual dice:

La tutela es un cargo designado a ciertas personas para representar legalmente a niños, niñas y adolescentes que no estén sujetos a la autoridad parental, personas mayores de edad declaradas judicialmente incapaces y a las personas sujetas a pena de inhabilitación especial.

Del análisis de las diferentes legislaciones, se concluye que sobre la autoridad parental, se hace énfasis en aquella que ostentan ambos progenitores o en aquella donde habiendo acuerdo entre ambos, la ostentará uno solo de ellos, siendo en beneficio de sus hijos e hijas. En caso de existir intereses contrapuestos en ambos, que impidan llegar a un acuerdo, estará a cargo del juez correspondiente, otorgarla al progenitor que sea conveniente basando su resolución en el interés superior del niño.

CAPÍTULO V

Conclusiones

El tema jurídico que se desarrolla en el presente estudio se centró en la problemática del castigo corporal a las personas menores de edad en Costa Rica.

En este país, era usual que los padres o los tutores utilizaran el castigo corporal como una de las formas comunes de corregir o disciplinar a sus hijos e hijas.

No obstante, con el avance del pensamiento y la noción de los derechos humanos, se establece que el castigo físico constituye una violación de dichos derechos hoy ampliamente protegidos por convenios internacionales y en este país, en la Constitución Política misma, en el Código de Familia y leyes conexas.

Costa Rica, se caracteriza por el acatamiento de normativas restaurativas a favor de la sociedad costarricense, tal y como reza en el artículo 50 de la Constitución Política, donde se estipula que es deber del Estado procurar el mayor bienestar de todos los habitantes del país, procurarles un ambiente sano y de manera especial, a la familia, fundamento de la sociedad costarricense, que recibe la protección especial del Estado conforme al artículo 51.

La mayor problemática en relación con el castigo físico a las personas menores de edad, la presentaba el artículo 143 del Código de Familia. La redacción del mismo dejaba una zona gris sobre sus alcances, y los padres o los tutores, amparados por tal ambigüedad, aplicaban el castigo físico como medida correctiva.

Por fortuna, el artículo se reforma y lo prohíbe de manera clara. No es permitido ningún tipo de disciplina que genere maltrato y que humille a quien

necesita disciplina. En otras palabras, la reforma del artículo 143 del Código de Familia delimita los alcances de la autoridad parental.

Así, se aboca al estudio de la autoridad parental, de sus límites y de las consecuencias del inadecuado manejo de esta que, como se ha señalado, incluyen la suspensión, la modificación, la extinción. Respecto de la suspensión o de la modificación de la autoridad parental, la ley permite restituirla en tanto se corrijan aquellas causales que las generaron. Esto requerirá de un proceso ante un juez con las pruebas correspondientes. La excepción es en aquellos casos donde un juez haya declarado el estado de abandono y exista un proceso de adopción en marcha.

En la actualidad, el respeto a la integridad holística de la persona menor de edad, está respaldada por el principio del interés superior del niño, que como ya se ha mencionado en páginas precedentes, promueve la estabilidad física, emocional, y social de los niños y niñas, a quienes ha de proporcionárseles un ambiente armónico que facilite su crecimiento y formación; de conformidad con los derechos fundamentales.

En nuestro país, el Estado tiene una participación relevante en la promoción del interés superior del niño. Por este motivo, ha instituido una estructura legal acorde para la protección de este sector de la población. Un instrumento jurídico de mucha importancia es el Código de la Niñez y Adolescencia, donde se designan las entidades estatales responsables de velar por los derechos de las personas menores de edad. Asimismo, en el citado código, se establecen principios fundamentales para la participación social o comunitaria.

En síntesis, la educación a los padres o a los tutores, resulta fundamental para transformar los conceptos de disciplina en el entorno familiar. Debe instruirse a los padres sobre el contenido del principio del interés superior de sus hijos e hijas, para que sean capaces de comprender las implicaciones que tiene el abuso del castigo físico tanto en la legislación nacional como en la internacional.

A través del conocimiento, se lograrán forjar entornos familiares sanos donde impere el respeto debido entre los progenitores y sus hijos e hijas que se encuentren bajo su responsabilidad. Así, los hogares serán los semilleros de donde surjan ciudadanos capaces de relacionarse de manera armónica y productiva con otros y así fortalecer la sociedad costarricense, en cuanto a las mejores prácticas de disciplina de la persona costarricense menor de edad.

Recomendaciones

Como ya se ha señalado en páginas precedentes, las implicaciones del abuso a los derechos por parte de los progenitores o los tutores hacia las personas menores de edad, dichas violaciones ocurren, de manera principal, en el seno familiar. Por lo tanto, la autora de este estudio como profesional en derecho, considera relevante incrementar la lucha contra este abuso; con el cual no solo sufren tal afectación los niños, niñas y adolescentes, sino que crea una vulnerabilidad respecto de los límites que la ley establece.

No obstante, se considera necesaria una reforma al artículo 159, inciso 2 del Código de Familia, el cual establece que la patria potestad puede suspenderse, modificarse, a juicio del Tribunal atendiendo el interés de los menores. En concordancia con el artículo 143 del Código de Familia, el cual indicaría:

Refórmase el Artículo 159 del Código de Familia. El texto dirá:

Artículo 159.-Patria potestad. Suspensión y modificación

La patria potestad puede suspenderse, modificarse por,
Inciso 2) la dureza excesiva en el trato o las órdenes, consejos, insinuaciones, o ejemplos corruptores, que los padres dieren a sus hijos, en el entendido de que no se permite el uso del castigo corporal ni ninguna otra forma de trato humillante contra las personas menores de edad.
Sin perjuicio de la valoración de la lesión que ocasione el castigo a la persona menor de edad en atención a lo que dispone el artículo 158 inciso D, de esta misma norma.

La lucha contra la violación de los derechos de los niños y niñas que se encuentran bajo autoridad parental, se da principalmente en el seno familiar, vulnerando los límites establecidos en la ley. Les otorga a los padres, o en su

caso, a los tutores y representantes legales, velar por el buen desarrollo, la seguridad, el bienestar de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren bajo su cuidado.

En primer término, la educación como elemento fortalecedor de la ley y del entorno familiar. La propuesta educativa se sugiere en los siguientes tres ámbitos:

1. A los padres y tutores sobre las obligaciones y deberes que la autoridad parental conlleva. En este sentido, debe educarse a los progenitores y/o tutores para que comprendan que es una obligación legal ofrecer el ambiente familiar adecuado, a fin de promover que sus hijos e hijas tengan el derecho a una niñez digna y sin traumas conforme a los convenios a favor del interés superior del niño, a la Constitución Política y las leyes conexas. A través de la educación a los adultos encargados, se cimentarán las bases para formar ciudadanos estables y productivos, que fortalezcan la estructura social en este país para edificar a futuro.

2. De manera más específica, debe educarse a los progenitores o a los tutores sobre el castigo físico. El Código de Familia, en el artículo 143 prohíbe de manera explícita el castigo físico y toda clase de maltrato humillante a las personas menores de edad. No obstante, en la práctica, muchos adultos desconocen la reforma del artículo y mantienen prácticas de castigo físico justificando que, son los mismos métodos de corrección que les aplicaron a ellos durante su niñez. Por tal motivo, se considera que existe desinformación sobre la reforma de este artículo prohibiendo el castigo físico.

Esta recomendación propone involucrar a las instituciones que se relacionan con la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, se propone

que se formen comités o talleres, los cuales estarían conformados por funcionarios del Patronato Nacional de la Infancia (PANI), los integrantes deberán ser Licenciados Trabajadores Sociales, Psicólogos y Abogados; incluyendo a los maestros de pedagogía, dirigido y supervisado por la Gerencia Técnica del PANI, con presupuesto propio de esta Institución, la cual dictaría directrices para que de manera obligatoria los padres, encargados y tutores asistan a los talleres impartidos para padres de niños y adolescentes al menos tres veces al año. Esta escuela de padres se encuentra en funcionamiento, lo idóneo es que estos talleres, también sean impartidos en escuelas de primaria y secundaria, involucrando a los padres de familia y a maestros en ellas, se deberá instruir sobre las formas sanas y legalmente aceptables que permitan guiar a los menores conforme a la ley.

3. En relación con medidas a tomar que eviten el castigo físico, también se recomienda una campaña nacional por radio, televisión, medios impresos y electrónicos, redes sociales. La educación contra el castigo físico debe llegar a cada rincón del territorio nacional. Con ello, podría educarse a la población en general, igualmente en zonas urbanas como rurales, para que tomen las debidas potestades cuando sospechen o comprueben que existe castigo físico contra menores de edad conocidos. Debe animarse a que los ciudadanos denuncien cualquier violencia contra los niños y niñas, y con gran urgencia, que denuncien aquellos casos donde estén involucrados los niños de cero a tres años.

En resumen, se afirma que la educación es fundamental en el abordaje del principio del interés superior del niño. El bienestar de todos los niños, niñas y

adolescentes, es obligación de los progenitores o encargados, pero también lo es de los demás ciudadanos costarricenses.

Bibliografía

Abarca, A. (2012) *Investigación social-Metodología*. San José, Costa Rica. Editorial U.C.R.

Barrantes, R. (2010) *Técnicas e instrumento de investigación*. San José, Costa Rica, EUNED

Benavides Santos (S.F). *Acercamiento al Derecho de Familia y al Sistema Judicial de Familia de Costa Rica*, Capítulo VII. Recuperado de: https://www.poder-judicial.go.cr/salasegunda/revista/Revista_N4/contenido/PDFs/7.pdf

Chinchilla, A. (2017) *Guía trabajos finales de graduación tesis y tesina en ciencias sociales*. Universidad Hispanoamericana. San José, Costa Rica.

Fernández, A. Paricio J. (2011) *Fundamentos de Derecho Privado Romano*. Octava edición. Universidad de Costa Rica.

Puentes, A. (2014) *Las familias ensambladas: Un acercamiento desde el Derecho de Familia*. Revista Latinoamericana de Estudios de Familia.

Sampieri, Fernández y Baptista. (2010) *Metodología de la investigación*. Sexta edición. México D.F.

Obras consultadas

Aguilar Sáldivar, A.(S.F). *El síndrome de alienación parental (SAP), sus implicaciones en el binomio custodia-régimen de visitas*. Recuperado de: <https://www.google.com/search?q=sindrome+de+alienacion+parental+ahida+saldivar&oq=sindrome+de+alienacion+parental+ahida+saldivar&aqs=chrome..69i57.27883j1j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8&safe=high>

Alfaro Alfaro, M., Miranda Segura A (2016). *La capacidad progresiva de los menores de edad dentro del proyecto del Código Procesal de Familia*(Tesis para optar por el grado de licenciatura en derecho). Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. Recuperado de: http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/maria_gabriela_alfaro_alfaro_y_andrea_miranda_seguratesis_completa.pdf

Arroyo Chaves, V. García Sossa, R (2016). *La aplicación del principio del interés superior de la persona menor de edad y el derecho de relacionarse con sus padres, en la designación de medidas de protección, en el proceso de violencia doméstica*(Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho) UNIVERSIDAD

DE COSTA RICA. Recuperado de:
http://ij.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/tesis_valeria_y_rosa_2016.pdf
Acuña S, M. (2013). *El principio de corresponsabilidad parental*. Dirección de Investigación de la Dirección de Talca Recuperado de:
http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532013000200002

Benavides Santos, D. (S.F). *Acercamiento al Derecho de Familia y al Sistema Judicial de Familia de Costa Rica*, capVII.Recuperado de: https://www.poder-judicial.go.cr/salasegunda/revista/Revista_N4/contenido/PDFs/7.pdf

Campos Gutiérrez (S.F). *Sala Segunda Corte Suprema de Justicia. La participación de las personas menores de edad en los procesos familiares a la luz del anteproyecto de ley procesal familiar*. Recuperado de: https://www.poder-judicial.go.cr/salasegunda/revista/Revista_N9/contenido/pdf/arti_01_01.pdf

CIJUL en línea (S.F). *Deberes y derechos que comprende la autoridad parental*. Recuperado de:
<https://www.google.com/search?safe=strict&ei=JzVzWshxHMfb5gLxqqTgCQ&btnG=Buscar&q=deberes+y+derechos+de+la+autoridad+parental+cijul+en+linea&safe=high>

Escobar Gallardo, Hernández Cádiz (2016). *Interés superior del niño como principio general del Derecho*, análisis jurisprudencial. Santiago Chile. Universidad de Chile Facultad de Derecho. Recuperado de: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/140455>

Guevara Echegoyen, D. González Ramírez, A. Luna De Amaya, M (2016)*Criterios judiciales y jurisprudenciales en la legislación Salvadoreña para otorgar el cuidado personal del hijo ohija en la separación de los padres en la zona oriental 2010-2015*(Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas) Universidad de El Salvador. Recuperado de: <http://ri.ues.edu.sv/11457/1/50108233.pdf>

Gutiérrez Guamán, G. (2016). *La declaración judicial de privación de la patria potestad y su incidencia frente al principio constitucional del desarrollo integral del menor, en la unidad judicial de la familia, mujer, niñez y adolescencia con sede en el cantón Riobamba, en el período enero– junio 2015*.(Tesis previo a la obtención del título de abogada de los Tribunales y Juzgados de la Republica Del Ecuador) Universidad Nacional De Chimborazo, Carrera De Derecho Riobamba – Ecuador. Recuperado de: <http://dspace.unach.edu.ec/bitstream/51000/1749/1/UNACH-FCP-DER-2016-0020.pdf>

J.J. Corredor B. (2010). *Conceptualización del castigo físico*. Recuperado de: <https://jjcorredorb.wordpress.com/2010/01/18/conceptualizacion-del-castigo-fisico/>
Diez Ojeda (S.F). *El interés superior del niño necesidad de su regulación legal*. Recuperado de:
<http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/lora-discursio-juridico-sobre-el-interes-superior-del-nino.pdf>

Ley N° 8,654 (2012). *Abolición del castigo físico*. Recuperado de: http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_normativa/costa_rica_ley_nro_8654_2008.pdf

Martínez Cisneros J. Vásquez T. (1995). *Situación jurídica de los padres en el ejercicio de la autoridad parental*. (trabajo de graduación para obtener el título de licenciado en ciencias jurídicas) universidad de El Salvador. Recuperado de: <http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/1004b9f7434d5ff106256b3e006d8a6f/3f4454d6e0c529e806257886005613eb?OpenDocument>

Maxera, R.(S.F). *Reseña de la legislación familiar en Costa Rica*. Recuperado de: <http://www.flacsoandes.edu.ec/biblio/catalog/resGet.php?resId=25362>

Patronato Nacional de la Infancia. *Concepto de autoridad parental*: Recuperado de: <http://www.pani.go.cr/preguntas-frecuentes/1291-conflictos-de-autoridad-parental>

Patronato Nacional de la Infancia (2016). *Protocolo maltrato físico*. Recuperado de: <https://www.google.com/search?source=hp&ei=FD1zWqHTMNOcjwPG8LzQBA&q=rotocolo+para+el+maltrato+fisico&oq=protocolo+para+el+maltrato+fisico>

Puentes, A. (2014). *Las familias ensambladas: Un acercamiento desde el Derecho de Familia*. Revista Latinoamericana de Estudios de Familia. Recuperado de: http://vip.ucaldas.edu.co/revlatinofamilia/downloads/Rlef6_4.pdf

Prados Maeso, P. (2016). *Autoridad parental y Nuevas Tecnologías en el Siglo XXI*, pp. 9-10.
Recuperadode <https://www.google.com/search?q=Autoridad+parental+y+nuevas+tecnolog%C3%ADas+en+el+siglo+XXI&oq=Autoridad+parental+y+nuevas+tecnolog%C3%ADas+en+el+siglo+XXI&aqs=chrome..69i57.2211j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8&safe=high>

P. Notrica; Rodríguez Iturburre (S.F). *Responsabilidad parental, algunos aspectos trascendentales a la luz del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación*. Recuperado de: <http://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/473-responsabilidad-parental-algunos-aspectos-trascendentales-luz-del>

Rodríguez, V.C. (2016). *La valoración de la opinión del niño bajo el principio del interés superior y su incidencia frente a la fijación del régimen de tenencia ordenada por la unidad judicial de la familia, mujer, niñez y adolescencia del cantón Riobamba en el período diciembre 2014*. Ecuador: Universidad Nacional de Chimborazo.
Recuperado de: <http://dspace.unach.edu.ec/bitstream/51000/1402/1/UNACH-FCP-DER-2016-0006.pdf>

