

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



LA INTERVENCIÓN DEL PATRONATO EN LOS CONFLICTOS DE PATRIA POTESTAD

ESTEBAN SOLER AIRA

Cuando en el texto de dos leyes aparecen disposiciones que se contradicen, se debe primeramente buscar armonizarlas de manera que ambas puedan coexistir. Mas no siendo posible armonizar estas leyes en conflicto, por existir el antagonismo conocido como "antinomia"¹, de tal suerte que sea indispensable tener por eliminada una de las normas en contradicción, habrá de seguirse los siguientes criterios:²

1) El criterio jerárquico, según el cual la norma de grado superior prevalece sobre la de grado inferior.

2) El criterio temporal, según el cual la norma posterior deroga a la anterior; donde las normas anteriores incompatibles con normas posteriores deben considerarse derogadas.

3) El criterio de especialidad, en virtud del cual una norma especial deroga la norma general.

Al tenor del artículo 8 del Título Preliminar del Código Civil, "las leyes solo se derogan por otras posteriores y contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario. La derogatoria tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá también a todo

aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogatoria de una ley no recobran vigencia las que hubiere derogado". Este artículo, comprendido en el artículo 129 párrafo quinto de la Constitución introduce la figura de la derogación tácita que se produce cuando la nueva ley es incompatible con la anterior. Se da la derogación tácita cuando el legislador no ha manifestado de una manera expresa su voluntad derogatoria, y faltando tal declaración en la ley nueva, ésta contradiga a la ley anterior en todo o en parte, regulando la misma materia de modo distinto y aun contrapuesto³. Pero es evidente que la derogación tácita opera solamente dentro de los límites de la incompatibilidad⁴.

"La derogación tácita —dice Lacruz Berdejo—⁵ plantea a veces difíciles problemas de interpretación para determinar qué sea lo derogado en la ley antigua (lo incompatible con la nueva) y lo que sigue vigente. Habrá de apreciarse, no sólo el texto de la ley, sino también los principios que la inspiran y se deducen de ella, para estimar derogados los preceptos de la norma

1. Para GIUSEPPE LUMIA, "existe conflicto de normas o antinomia cuando dos o más normas incompatibles entre sí regulan la misma relación" *Principio de Teoría e Ideología del Derecho*. Editorial Debate, Madrid. 1978, p. 77.

2. Véase ALBERTO BRENES CÓRDOBA, *Tratado de las Personas*, Vol. I. Cuarta edición revisada y actualizada por Gerardo Trejos. Editorial Juricentro, San José. 1986, ps. 77 y ss.

3. Dice Brenes Córdoba que "siempre que se presuma que existe derogación tácita, es preciso examinar con cuidado si efectivamente las nuevas disposiciones se oponen a las antiguas, porque mientras fuere posible armonizar unas con otras, todas deben tenerse como subsistentes a un tiempo y ser aplicadas en su oportunidad". *Op. cit.* p. 96.

4. Al respecto véase JEAN CARBONNIER: *Derecho Civil*, Tomo I, Vol. I. Bosch, Casa Editorial, Barcelona. 1960, p. 115. LUIS DÍEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I. 5ª edición. Editorial Tecnos, Madrid. 1985, p. 116. FRANCESCO MESSINEO: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires. 1971, p. 87. GUILLERMO CABANELLAS: *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo II. 12ª edición. Editorial Heliasta, Buenos Aires. 1979, p. 624.

5. LACRUZ, J. L. y SANCHO, F. *Parte General del Derecho Civil*. Volumen primero. Librería Bosch, Barcelona. 1982, p. 216.

anterior incompatibles con los principios de la ulterior".

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

En las observaciones hechas durante el Congreso Jurídico Nacional de 1970⁶ al proyecto del Código de Familia, se recomendó el siguiente texto para el entonces artículo 120 del proyecto: "El padre y la madre ejercen, con iguales derechos, la patria potestad sobre los hijos habidos en el matrimonio. En caso de conflicto, predominará lo que decida el padre, mientras el tribunal, en procedimiento sumario, no resuelva cosa distinta, tomando en cuenta el interés del menor". El comentario que acompañó este texto fue el siguiente: "Se sustituye la referencia al Patronato Nacional de la Infancia por una mención al tribunal. Ello se hace estimando que el carácter puramente administrativo del Patronato, no le faculta ni permite considerarlo el organismo más indicado para decidir estos asuntos que tienen en verdad un carácter judicial. Ha de ser un organismo dedicado habitual-

mente a impartir justicia quien dirima cualquier conflicto de parentela".

Al respecto, en Sesión Extraordinaria de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, del 26 de junio de 1972⁷, su Secretario, el diputado Leiva Runnebaum sostuvo la tesis opuesta y dijo: "Yo creo que el Patronato es el más adecuado que un mismo juzgado. El Patronato pues es una institución que está constantemente conociendo esas materias especializadas y tiene tal vez mejor criterio para poder resolver una situación de este tipo, que no un tribunal que tiene un sinnúmero de asuntos por delante y que además estará muy limitado por cuestiones de tiempo para poderle dictar la especialización que requiere un caso de estos".

No obstante, en Sesión Extraordinaria del 19 de julio de 1972⁸ la Comisión aprobó la moción del artículo 120 tal y como lo había recomendado el Colegio de Abogados, y mediante Ley N° 5476 del 21 de diciembre de 1973 fue promulgado el nuevo Código de Familia, con la variante que el artículo 120 del proyecto correspondería ahora al 138 del Código. Veamos, artículo 138: "El padre y la madre ejercen, con iguales derechos y deberes, la patria potestad sobre los hijos habidos en el matrimonio. En caso de conflicto, predominará lo que decida el padre, mientras el Tribunal, en procedimiento sumario, no resuelva cosa distinta, tomando en cuenta el interés del menor".

El propósito de invocar aquí los antecedentes legislativos del artículo 138 del Código de Familia, como criterio hermenéutico, tiene por objeto conocer la problemática a la que esta norma dio solución y el espíritu que en ese entonces la animó. Sencillamente, la intención del legislador con el artículo 138 fue la de excluir al Patronato Nacional de la Infancia de su intervención en los conflictos de patria potestad, para que esta figura fuera del exclusivo conocimiento de los Tribunales de Justicia. La derogación tácita exige que la incompatibilidad entre los fines de la norma nueva (artículo 138 del Código de Familia) y la anterior (artículo 6 inciso d, Ley Orgánica del PANI) sea absoluta,⁹ pues no basta que puedan conciliar sus

6. Asamblea Legislativa, Expediente N° 4304, Tomo 1, p. 104.

7. Asamblea Legislativa, Exp. N° 4304, Tomo 2, p. 597.

8. Asamblea Legislativa, Exp. N° 4304, Tomo 3, p. 678.

9. Véase JOSÉ LUIS LACRUZ, *op. cit.*, p. 217.

disposiciones relativas al ente encargado de resolver los conflictos de patria potestad y, como hemos visto, de la recta interpretación del artículo 138 del Código de Familia —según el sentido propio de sus palabras como los antecedentes históricos y legislativos— ha sido posible advertir la voluntad terminante del legislador de sustituir del todo al Patronato Nacional de la Infancia de la regulación de la materia en los conflictos de patria potestad entre padre y madre.

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

También es dable pensar que si recurriéramos al criterio de la "especialidad" no habría tal derogatoria del artículo 6 inciso d) por efecto del posterior artículo 138, por estimarse que pese a que ambas leyes son especiales, y que la distinción entre normas generales y especiales es relativa —toda vez que una norma especial puede ser a su vez general respecto de otra especial— algunos podrían considerar que por ser el Código de Familia una ley que regula una más amplia esfera de relaciones¹⁰ con respecto a la Ley Orgánica del PANI —que por su naturaleza, estructura y organiza una institución autónoma, señalando sus fines, atribuciones y organización administrativa— tiene un relativo carácter general respecto a una mayor especialidad por parte de la Ley Orgánica del PANI, y por lo tanto, "la ley general no se presume que deroga la especial"¹¹; máxime que estamos tratando aquí de una derogación tácita.

Pero esto no es enteramente cierto, porque, asumiendo que aceptáramos sin mayor discusión que el Código de Familia es una ley general respecto de la Ley Orgánica del PANI, "las leyes generales no derogan las especiales, sino cuando de manera expresa así lo declaren, o cuando la

intención de dejar sin efecto la especial, resulte con evidencia del objeto o del espíritu de la ley general que sea promulgada"¹², (el subrayado es nuestro); y sobra repetir aquí las razones que impulsaron al legislador para excluir al PANI de su intervención en los conflictos de patria potestad. Sostener que por ser la Ley Orgánica del PANI norma especial sobre el Código de Familia —que a su vez es norma especial respecto al Código Civil— y que por ello la ley especial no puede ser derogada de manera tácita por la ley general, es jurídicamente inadmisibile.

En punto a la tipología de "Conflictos de Patria Potestad" que aparece en el Manual de Procedimientos Legales de la Dirección de Operaciones del PANI¹³ —documento que reúne el procedimiento a aplicar por todas las dependencias del PANI para cada tipología legal— es nuestro criterio que el Patronato ya no tiene la potestad de disponer de manera provisional, y mientras los tribunales no resuelvan sobre el particular, los conflictos de patria potestad entre padre y madre que le otorgaba el artículo 6 inciso d) de su Ley Orgánica, ya que este inciso fue derogado tácitamente por el artículo 138 del Código de Familia (hace ya más de 14 años) al ser excluido el PANI de su redacción del texto original del Código Civil.

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

10. Véase GARCÍA, GUILLERMO. *Parte General del Derecho Civil Español*. Primera edición. Editorial Civitas, Madrid. 1983, p. 68.

11. CABANELLAS, G. *Repertorio Jurídico*. Editorial Heliasta, Buenos Aires. 1976, p. 143.

12. ALBERTO BRENES CÓRDOBA, *op. cit.*, p. 96.

13. *Manual de Procedimientos Legales*. Patronato Nacional de la Infancia, Dirección de Operaciones. 1986.