

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



## EL CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD\*

Dr. Víctor Pérez Vargas

### SUMARIO

	Pág.
I. Presentación. . . . .	128
II. Concepto. Etimología . . . . .	128
III. La patria potestad como conjunto de potestades . . . . .	128
IV. El contenido de la patria potestad y la llamada "guarda, crianza y educación" . . . . .	129
V. Observaciones críticas conclusivas. . . . .	131

\* Conferencia desarrollada en el "Seminario de Análisis Crítico del Código de Familia", organizado por la Cátedra de Derecho de Familia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y por el Colegio de Abogados. 21 al 24 de noviembre de 1983, San José. En ella se sistematizan y reiteran algunos conceptos expresados en otras publicaciones del autor.

## I. Presentación.

Me corresponde hacer referencia a las consecuencias jurídicas que emanan de los diversos supuestos que genera el vínculo de filiación (matrimonio, maternidad, reconocimiento, investigación de paternidad, adopción) y que se han resumido en la expresión patria potestad, junto a la cual se dan otros efectos (por ejemplo de orden sucesorio, o casos de falta de legitimación activa por parentesco para ciertos negocios).

Por razones de tiempo limitaremos la exposición al tema de la patria potestad.

## II. Concepto. Etimología.

Comencemos por aclarar el sentido de la expresión:

Algunas codificaciones recientes han sustituido total o parcialmente la expresión "patria potestad" por la de "autoridad parental", considerando que "patria" es un adjetivo latino que significa "del padre". Para otros, la cuestión terminológica carece de importancia. El profesor Pino, de la Universidad de Roma, por ejemplo, afirma que "patria" puede también tener el sentido de "parental" y en la práctica nunca se ha visto obstáculo por este motivo para que la madre sea copartícipe de esta situación jurídica, no es un problema de denominación.

## III. La patria potestad como conjunto de potestades.

Dentro de la teoría de las situaciones jurídicas se incluyen diversas formas de efectos jurídicos: derechos subjetivos (absolutos y relativos), obligaciones, poderes, deberes, potestades, cargas, intereses legítimos, expectativas y meras facultades. Así como el derecho de propiedad, en su forma tradicional, ha sido considerado más bien como un haz de derechos (construir, destruir, transformar, enajenar, arrendar, disfrutar, etc.) también la patria potestad debe verse como un conjunto de situaciones jurídicas, no ya derechos sino "potestades". Lo expuesto nos lleva a una primera conceptualización: La patria potestad es realmente "un conjunto de potestades". (Cuidar, alimentar, educar, administrar, responder civilmente, etc.).

La potestad, dentro de la teoría de las situaciones jurídicas, se puede considerar como una forma de eficacia mixta, en la que se dan valoraciones de posibilidad y de necesidad al mismo tiempo. Al igual que la potestad tributaria, por ejemplo, que se puede ejercitar por parte del Esta-

do, pero que, al mismo tiempo debe ejercitarse por los funcionarios competentes, la patria potestad implica esta dualidad: se trata de conductas que se pueden realizar, pero que al mismo tiempo se deben realizar. Los padres pueden cuidar y educar a sus hijos, pero al mismo tiempo, deben hacerlo.

El aspecto de posibilidad resulta claro en todos aquellos casos en que se pretende impedir sin justificación que alguno de los progenitores ejercite sus atributos. Por ejemplo, cuando se trata de obstaculizar que alguno de los padres eduque a su hijo, éste puede obtener la eliminación del obstáculo. Otro ejemplo: en general se afirma el derecho de todo progenitor de ver a sus hijos; si tal derecho es obstaculizado, ese progenitor puede obtener judicialmente la posibilidad de ejercitar este poder, mediante lo que en nuestro medio, con expresión poco feliz, se ha denominado "derecho de visita". Poco feliz, pues no se trata realmente de un derecho y tampoco se trata de visitas carentes de ejercicio de los atributos dichos, sino que precisamente se trata de tiempo de ejercicio efectivo de éstos: el padre o la madre, durante los mal llamados días de visita debe proteger al menor, velar por su integridad física y psíquica actual (guarda) y futura (educación) e igualmente satisfacer los requerimientos vitales (crianza). Las más recientes tendencias legislativas, doctrinales y jurisprudenciales así lo han establecido.

El carácter "debido" de la patria potestad también tiene múltiples reflejos prácticos. El incumplimiento de los deberes de cuidar y educar al menor puede ser sancionado con modificaciones de la autoridad parental en los casos legalmente previstos. Ello, porque, en cuanto potestad, o conjunto de potestades, debe ser ejercitada en función de un valor prioritario, que en este caso es el "interés del menor".

## Evolución.

Dentro del sistema jurídico latinoamericano la institución tiene claros orígenes en el Derecho Romano, donde evolucionó desde un poder despotico sobre los hijos (que comprendía incluso el derecho de venderlos, de abandonarlos y el derecho sobre su vida), hasta pasar a convertirse en una autoridad tuitiva, destinada a beneficiar con su protección a los sometidos a ella.

Modernamente el menor ha sido colocado 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 padres, para convertirse en un instrumento de satisfacción 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 de necesidad en función del interés del menor. Debe recordarse que en esta materia, adelantándose en muchos aspectos a la Ley, la Jurisprudencia nacional había ya establecido una serie de principios que desarrollaban estas ideas. El interés prioritario del menor ha llevado inclusive a derogar los principios de la cosa juzgada: todo lo que el Tribunal resuelva sobre patria potestad, no alcanza la condición de cosa juzgada, en consecuencia, carece del Recurso de Casación. En el Derecho de Familia cambia este precepto procesal y tiene prelación la conveniencia de los menores. El Juez puede cambiar lo resuelto cuando las circunstancias así, lo aconsejen o demanden.

#### IV. El contenido de la patria potestad y la llamada "guarda, crianza y educación".

El contenido de la autoridad parental puede ser analizado desde tres ángulos visuales interrelacionados: poderes y deberes con relación a la persona del menor, poderes y deberes con relación a los bienes del menor y facultades de representación. El primer grupo de situaciones jurídicas se refiere al respeto y consideración que el padre y la madre deben a la persona del menor (así como éste debe respeto y consideración a sus padres), al cuidado del menor, a la atención de sus necesidades fundamentales y a su preparación para el porvenir (educación). Ejemplo del segundo grupo es la existencia de facultades de administración, pero no de disposición, salvo mediante autorización judicial en caso de "necesidad" o "provecho evidente" para el menor. Las facultades de representación tienen los caracteres de "legales" (y no meramente voluntarias) y "necesarias" (en cuanto irrenunciables y vitales para el menor). Ellas se agregan a los otros poderes-deberes de la autoridad parental para su mejor realización, por lo que tienen carácter instrumental.

En lo que se refiere a la patria potestad sobre los hijos de matrimonio, el Código de Familia establece la tendencial equiparación de los cónyuges, con una excepción de aplicación provisional, que es un legado de la antigua concepción autoritaria de la familia. El padre y la madre ejercen

—dice el art. 138— 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 no resuelva cosa distinta en procedimiento sumario, tomando en cuenta el interés del menor.

En tema de filiación extramatrimonial la regla es que la patria potestad la ejerce la madre, pero que el tribunal puede en casos especiales, a juicio suyo, a petición de parte o del Patronato Nacional de la Infancia y atendiendo exclusivamente al interés de los menores conferir la patria potestad al padre conjuntamente con la madre.

Ha sido tradicional en algunos sistemas realizar una bipartición entre patria potestad y "guarda, crianza y educación", como si se tratara de una distinción entre nuda propiedad y usufructo. La verdad es que en la práctica poco se ha profundizado en el tema y se ha usado la expresión "guarda, crianza y educación" como sinónimo de tenencia estable del menor (en contraposición a la tenencia periódica que podría tener el otro progenitor). Pero debe entenderse bien que los deberes de cuidar al menor, (guarda) proporcionarle el alimento y los estímulos físicos (crianza) para su adecuado desarrollo y prepararle para la vida (educación), son poderes-deberes que no cesan para el cónyuge al que no se le otorga la "guarda, crianza y educación", lo que revela que tal cónyuge realmente mantiene esos atributos, de modo general y en especial cuando tiene a su lado al menor. La mejor prueba de ello es que el incumplimiento de estos deberes puede acarrear al progenitor consecuencias, tales como la suspensión de la patria potestad.

La verdad es que guarda, crianza y educación constituyen el contenido esencial e inseparable de la patria potestad. En expresión del profesor Hinestrosa *"El calor y aliento de los progenitores proyectado sobre la propia descendencia y la necesidad que ésta tiene de ellos es un valor insuprimible"*.

Si realmente se atribuyera la guarda, crianza y educación a uno sólo de los progenitores, la patria potestad resultaría casi hueca. Si los progenitores no tienen el deber y el poder de cuidar a sus hijos cuando los tienen consigo, si no deben velar por su crianza y si no deben ni pueden proporcionarles los estímulos necesarios para contribuir en la educación, con ello se les estaría negando el efectivo ejercicio de su misión de progenitores.

Tradicionalmente, bajo la influencia de la vieja legislación se ha venido atribuyendo la guarda, crianza y educación a uno sólo de los cónyuges en casos de separación, divorcio o anulación del matrimonio. Es evidentemente cierto que el menor no puede convivir con ambos *al mismo tiempo*, pero ello no es inconveniente para que se otorguen estos atributos fundamentales en forma estable a uno y en forma general al otro y especial cuando tenga periódicamente bajo su cuidado al menor. Esta solución se encuentra avalada por recientes tendencias (de los últimos diez años) en los planos legislativos, doctrinal y jurisprudencial.

El tiempo que comparte cada uno de los progenitores separados con el menor es tiempo en que estos deben velar por él. Admitir lo contrario sería decir que los progenitores, o uno de ellos, no son guardadores en tales momentos y en consecuencia no deben velar por la integridad del menor, ni tener todos los cuidados que éste requiere, lo cual es absurdo, como igualmente absurdo sería decir que el padre al que no se le ha otorgado la llamada "guarda" no es responsable por los daños causados por sus hijos.

Si bien en diversa proporción de tiempo, la crianza puede mantenerse compartida en tales supuestos. Los mal llamados días de visita son días en que el progenitor que tenga a su cuidado el menor, debe velar por su alimentación y bienestar físico y psíquico (crianza).

Negar el poder-deber de guarda y crianza de ambos progenitores en estos casos sería desproteger al menor, exonerando sin justificación a uno de los progenitores del deber de velar por él.

Lo mismo vale para la educación, el atributo fundamental de la patria potestad conforme al cual los dos progenitores, en plano de igualdad constitucional, deben procurar el más adecuado desarrollo integral del menor, debe ser compartido, siempre que sea posible hacer una sana distribución del tiempo asignado a cada uno de los progenitores.

Es de naturaleza que ambos padres tengan el derecho de educar a sus hijos y es igualmente natural que los hijos tengan el derecho a ser educados por sus padres. Eliminar este atributo de la patria potestad, sin mayor justificación, es ir contra la naturaleza. Castán sostiene que el derecho de los padres de educar a sus hijos es de derecho natural. "Básase al igual que la patria potestad en la misma naturaleza, que atribuyó a los progenitores la mi-

sión de formar a los hijos que procrean. Pero este deber es al mismo tiempo un derecho".

Negar estos atributos fundamentales de la autoridad parental es reducir la paternidad y las consecuencias de la filiación a lo biológico y a lo formal. Negar esto es quitarle a la autoridad parental sus manifestaciones más efectivas y relevantes en interés del menor, precisamente el derecho del menor a recibir aliento, estímulo y alimento espiritual de sus padres.

En este sentido considero errada la trayectoria jurisprudencial que exige a uno de los progenitores (en caso de separación, divorcio o anulación) de los deberes de guarda, crianza y educación. Se trata de deberes que, como lo ha advertido la más reciente evolución de la materia pueden y deben compartirse y esto es lo más beneficioso para el menor. Si se quitan de la autoridad parental los atributos funcionales directos de guarda, crianza y educación, lo único que queda es un poder formal, el poder de representación, de administración de bienes, de dar o no el asentimiento para el matrimonio del menor y de vender bienes bajo diligencias de utilidad y necesidad.

Como resulta claro, con base en el análisis de las necesidades de la etapa llamada evolutiva, no son precisamente estos últimos los atributos de la patria potestad, tutelados en beneficio directo del menor. Como ha dicho algún autor: "*Un menor puede subsistir sin representación, pero no sin el alimento físico y espiritual*".

Salvo motivos graves, no hay justificación alguna para que se recorten y repartan los atributos de la autoridad parental.

Ya algunos Ordenamientos han incorporado expresamente la posibilidad de que guarda, crianza y educación se mantengan compartidos, por supuesto con una adecuada regulación de las relaciones, en particular en cuanto al tiempo de tenencia del menor. La nueva Ley Colombiana de 19 de enero de 1976, permite que en caso de divorcio o separación el Juez pueda poner al o los hijos al cuidado de uno de los cónyuges *o de uno y otro*, según lo crea más conveniente para su protección.

Del mismo modo, la doctrina más reciente ha expresado (PINO, 1977): "*La escisión entre titularidad y ejercicio no es una consecuencia necesaria de la cesación de la convivencia de los cónyuges. En efecto, el ejercicio puede corresponder en común a ambos después de la separación*".

Las conclusiones anteriores tienen fundamento en la moderna psicología evolutiva del menor.

El profesor Emilio Mira y López, en su obra *Psicología Evolutiva del Niño y del Adolescente*, afirma:

*"Para evitar desequilibrios afectivos el mejor medio consiste en alternar o integrar (distribuir o aglutinar) la responsabilidad educativa entre los miembros de la familia que tenga aptitud para ejercerla".*

El menor puede recibir mejor atención a sus necesidades si el padre y la madre (ambos) velan por su bienestar físico y espiritual actual (guarda y crianza) y también por su bienestar físico y espiritual futuro (educación), aunque sea en diversa proporción de tiempo según las necesidades propias de cada edad. Este es un principio que no debe depender de eventuales culpabilidades de los progenitores. Se trata de un derecho autónomo del menor, algo tan de sentido común como el derecho del menor a que sus dos padres le cuiden y eduquen *conjuntamente* (en los casos de convivencia de los progenitores) o *complementariamente* (en caso de separación), principio que se encuentra positivizado en las más importantes Declaraciones de Derechos del Niño e inclusive en nuestra Ley General de Salud que expresa: *"Todo niño tiene derecho a que sus padres velen por su salud y por su desarrollo físico y psicológico normal"*.

Es preciso por lo expuesto pasar a una visión que encuadre al menor en su auténtica dimensión de persona. En expresión de Stanzione (1981) finalidad primaria debe ser la de "asegurar el pleno desarrollo de la personalidad del menor. Tal visión exige el abandono de la expresión derecho de visita".

Haya separación o convivencia entre los progenitores, *ambos* pueden y deben, en interés del menor (en forma complementaria o conjunta), salvo motivos gravísimos, cuidar y educar a los hijos, porque ello responde a necesidades vitales de los menores de recibir protección, cariño, atención, alimentación física y espiritual, tiempo compartido, guía, formación e información de sus *dos* progenitores, precisamente porque *las figuras paterna y materna cumplen funciones complementarias dirigidas a propiciar el adecuado desarrollo integral del menor y su adecuada integración social.*

La jurisprudencia nacional más reciente ha admitido estas ideas y ha sostenido que la autoridad parental confiere los derechos de educar, guardar, vigilar y en forma moderada corregir al hijo.

Se trata de atributos que son derivación de la patria potestad. Se ha afirmado que el ejercicio conjunto de los mencionados atributos, en caso de separación, es posible y no es sólo consecuencia de la regulación de las relaciones personales, sino también de la patria potestad. Con este fallo se supera en nuestro Ordenamiento la concepción tradicional del mal llamado "derecho de visita" y se atiende a las necesidades, exigencias, requerimientos e intereses reales de los menores. (Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, No. 707 de 1983).

#### V. Observaciones críticas conclusivas.

Si observamos el proceso de evolución del Derecho de Familia, fácilmente podremos percatarnos de que Costa Rica, en muchas instituciones, se adelantó a veces hasta cien años a legislaciones de países desarrollados, inclusive a las cunas de nuestro Derecho Privado (principales países europeos). En materia de filiación y paternidad es notable la evolución en particular en los últimos 35 años y podemos, con certeza, afirmar, que nuestro país, en muchos aspectos se encuentra a la cabeza del movimiento mundial de reforma del Derecho de Familia. Durante veinticinco años nuestros jueces se encargaron de ir dando contenido real a los principios constitucionales a pesar de las lagunas positivas y hoy, gracias en gran parte a esta elaboración jurisprudencial, tenemos uno de los Códigos más modernos del mundo.

Sin embargo podemos observar algunas imprecisiones positivas que eventualmente pueden obstaculizar la realización de los nuevos principios.

Con relación al contenido de la patria potestad hay diversos textos legales que requieren de una revisión; me limito a citar algunos ejemplos:

Por un lado, el artículo 4 habla de igualdad de derechos y obligaciones. Hay aquí una imperfección técnica, debió hablarse de igualdad de situaciones jurídicas pues los derechos y las obligaciones son solamente dos formas de situaciones jurídicas, pero hay otras frente a las cuales se presenta la misma exigencia de igualdad. Las valoraciones jurídicas no se agotan en los derechos y las obligaciones.

Con relación a las obligaciones de sostenimiento del hogar se establece que el marido es el principal obligado, pero que también la mujer con recursos propios está obligada solidariamente. La imperfección o contradicción en este artículo es clara: o uno es principal y el otro es subsidiario, o

no hay ninguno principal y hay solidaridad. En la Ley anterior, el deber de la esposa era subsidiario; si ahora se habla de igualdad y solidaridad no podemos colocar a uno de los cónyuges como principal obligado. (art. 35).

El artículo 127 establece que en caso de opuesto interés entre padres e hijos éstos serán representados por un curador especial. La hipótesis del curador especial debería referirse también al caso de conflicto de intereses entre personas sujetas a una misma representación.

El artículo 138 ya citado establece que en caso de conflicto prevalece lo que diga el padre, mientras el tribunal no resuelva cosa diversa. Esta norma es contraria a la realidad, la verdad es que, en la práctica prevalece la opinión de quien logre imponerla persuasivamente o de otra forma, mientras no haya intervención judicial. En todo caso puede considerarse como un resto de la concepción jerárquica de la familia.

Según el artículo 149 cuando quien tenga la patria potestad esté incapacitado para determinado negocio se nombra al menor un representante legal. Aquí está mal usada la expresión "incapacidad"; se trata, más bien, de casos de falta de legi-

timación activa y de incompatibilidad. La capacidad de actuar se tiene o no se tiene; no admite excepciones por ser potencial y genérica.

El artículo 151 prescribe las necesidades que debe cubrir la prestación alimentaria. Quedan por fuera necesidades importantes para el menor, en particular, las recreativas.

Los anteriores son solamente algunos ejemplos de que todavía queda trecho por andar. Estas observaciones y muchas otras fueron incorporadas en el Proyecto de Ley de Reformas al Código de Familia, elaborado por el Comité Jurídico del Año Internacional del Niño y presentadas oportunamente a la Asamblea Legislativa. Lamentablemente en aquellos momentos el debate político legislativo daba más importancia a escándalos periodísticos que a los intereses de los menores. Este proyecto, que también incorporaba un nuevo capítulo al Código de Familia para regular el matrimonio de hecho, quedó en definitiva sin aprobarse.

Dichosamente, la Cátedra de Derecho de Familia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica ha reabierto el debate, un debate de enorme importancia para quienes nos ocupamos jurídicamente de la familia.

\*\*\*