

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Facultad de Derecho

Tesis para optar por el grado de Licenciatura en
Derecho

**“RESPONSABILIDAD CIVIL
EXTRACONTRACTUAL POR LOS ACTOS DE
LOS HIJOS E HIJAS AFINES”**

Silvia Soto Pirola

A55606

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio

2019



11 de junio de 2019
FD-1643-2019

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de la estudiante Silvia Soto Pirola, carné A55606 denominado: "Responsabilidad civil extracontractual por los actos de los hijos e hijas afines" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: **"EL O LA ESTUDIANTE DEBERÁ ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DÍAS HÁBILES DE ANTICIPACIÓN A LA FECHA DE PRESENTACIÓN PÚBLICA"**.

Tribunal Examinador

Informante	Lic. Alberto Jiménez Mata
Presidente	Licda. María Elena Villalobos Campos
Secretaria	MSc. Ilse Díaz Díaz
Miembro	Lic. Jerry Campos Monge
Miembro	Licda. Magda Díaz Bolaños

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **27 de junio del 2019**, a las 4:00 p.m. en el cuarto piso de la facultad.

Atentamente,

Ricardo Salas Porras
Director



RSP/lcv
Cc: arch. Expediente



Recepción
Tel.: 2511-4032
recepcion.fd@ucr.ac.cr

Consultorios Jurídicos
Tel.: 2511-1521
accionsocial.fd@ucr.ac.cr

Casa de Justicia
Tel.: 2511-1558
administrativacasajustica.fd@ucr.ac.cr

www.derecho.ucr.ac.cr

San José, 4 de junio de 2019

Señores:

Área de Investigación

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Quién suscribe, en mi condición de director del trabajo final de graduación de la egresada **Silvia Soto Pirola, carnet UCR A55606 y cédula de identidad 1-1288-0008**, titulada: "**Responsabilidad Civil Extracontractual por los actos de los hijos e hijas afines**", procedo a aprobar la misma, por cumplir con los requisitos formales y sustanciales que se exigen para este tipo de trabajos.

La tesis de la estudiante Soto Pirola representa un estudio serio acerca de un tema de un moderno Derecho de las Familias, contextualizado en un mundo con una visión diversa de las relaciones familiares, como es la implementación de estudio de los hijos afines en el marco de estas relaciones y la derivación o no de derechos subjetivos en ellas.

La propuesta que se elabora - *que conlleva aparejado un estudio de un tema transversal del derecho actual, como lo es la responsabilidad y sus consecuencias* – no solo procura dar una visión bastante amplia de estas nuevas relaciones familiares de los padres e hijos afines dentro de las nuevas estructuras de la familia, sino que introduce el tema de las responsabilidades que se asumen como padre de los hijos del cónyuge y sus derivaciones para las atribuciones de imputación en sus actos; lo que la estudiante logra a partir de un serio desarrollo doctrinal y legal.

Atentamente:



Prof. Alberto Jiménez Mata

Director de tesis

cc: Archivo

Estudiante Silvia Soto Pirola

7 de junio de 2019

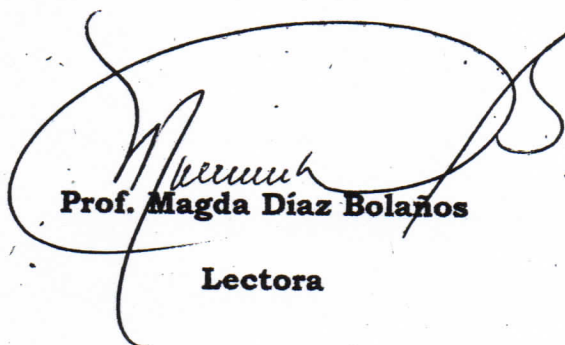
Universidad de Costa Rica
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimados señores:

Quien suscribe, en mi condición de lectora del trabajo final de graduación de la egresada Silvia Soto Pirola, carnet UCR A55606 y cédula de identidad 112880008, titulada: "*Responsabilidad Civil Extracontractual por los actos de los hijos e hijas afines*"

He revisado los avances y dado lectura integral final al documento de borrador de tesis aportado por la postulante, del cual considero que cumple con los requisitos formales y sustanciales. Solicito su admisión para la defensa oral y pública.

Atentamente,



Prof. Magda Diaz Bolaños
Lectora

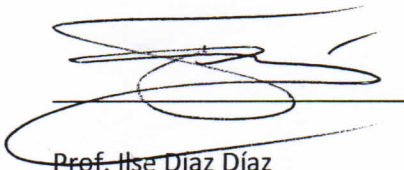
10 de junio de 2019

Universidad de Costa Rica
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Quien suscribe, en mi condición de lectora del trabajo final de graduación de la egresada Silvia Soto Pirola, carnet UCR A55606 y cédula de identidad 112880008, titulada: "Responsabilidad Civil Extracontractual por los actos de los hijos e hijas afines"

He revisado los avances y dado lectura integral final al documento de borrador de tesis aportado por la postulante, del cual considero que cumple con los requisitos formales y sustanciales. Solicito su admisión para la defensa oral y pública.

Atentamente:



Prof. Ilse Díaz Díaz

Lectora

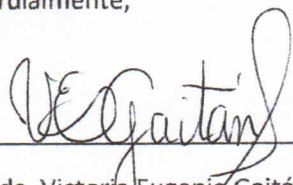
Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Área de Investigación

Estimados Señores:

Leí y corregí el trabajo final de graduación denominado "Responsabilidad civil extracontractual por los actos de los hijos e hijas afines" documento presentado por la estudiante Silvia Soto Pirola, para optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho.

Corregí el trabajo en aspectos tales como: concordancia y construcción de párrafos, vicios del lenguaje que se trasladan a lo escrito, ortografía, puntuación y otros relacionados en el campo filológico y desde este punto de vista considero que este documento, está listo para ser presentado, por cuanto cumple con los requisitos establecidos.

Cordialmente,



Licda. Victoria Eugenia Gaitán Sibaja
Cédula: 2-288-1488
Número de colegiada 2779
Asociación de Costarricense de Filólogos
Carné 0015ACFIL

Dedicatoria.

A todas aquellas personas que tienen hijos e hijas desde el corazón.

Agradecimientos.

A toda mi familia, ya sea afín, consanguínea, por elección o por el corazón. Quienes han permanecido afianzando los valores de ese grupo indispensable para el proyecto más importante, la vida.

En especial a Randy, por hacer que la elección cuente y a mis hermanas, Adri y Giova, por ser excelentes acompañantes en el viaje.

A mis profesores y profesoras, en especial a quienes tan pacientemente me han acompañado durante este proceso investigativo. ¡Gracias! Por estar presentes.

A mis compañeros y compañeras de facultad, en especial a Adri Martínez y a Adri Zamora, por ser incondicionales pese al tiempo y las distancias.

A quienes me acompañan en el día a día, por el impulso continuo, en especial a Dani, Karo y Esthef.

TABLA DE CONTENIDO

Introducción.....	1
I. Justificación.....	3
II. Marco Teórico	6
III. Delimitación del Problema	17
IV. Hipótesis.....	17
V. Objetivos	17
Objetivo Principal:.....	17
Objetivos específicos:	18
VI. Estado de la Cuestión.....	18
VII. Pertinencia Social y académica	25
VIII. Metodología	26
IX. Alcance y Límites.....	35
Capítulo Primero: Responsabilidad civil extracontractual por los actos de los hijos e hijas menores de edad.	37
I. Aplicación de la teoría de la responsabilidad civil a las personas menores de edad.....	37
A Las actuaciones antijurídicas de las personas menores de edad.	39
B La responsabilidad de las personas menores de edad.....	40
C Solidaridad entre las personas responsables de los actos de una persona menor de edad.	53
II. Figuras de aplicación de la solidaridad.....	57
1. Padres y Madres.....	63
2. Tutores	68
3. Guardadores	68
Capítulo Segundo: la figura de la afinidad en el derecho de familia.....	72
I. La conceptualización moderna de la familia.....	72
a) Las nuevas formas de familia	74
b) Familias ensambladas	82
II. Relaciones de parentesco por afinidad.....	87

a) <i>Los vínculos por afinidad</i>	87
b) <i>Parentesco por afinidad</i>	89
c) <i>Participación de los padres y madres afines en la vida jurídica del menor</i>	91
III. <i>Las obligaciones de los padres y las madres por los actos de sus hijos</i>	92
a) <i>Conceptos</i>	92
1. <i>De la patria potestad a la responsabilidad parental</i>	92
2. <i>La protección integral de la persona menor de edad dentro de la responsabilidad parental</i>	98
IV. <i>Características de los atributos de la autoridad parental</i>	99
a) <i>Personalísima</i>	99
b) <i>Irrenunciable</i>	99
c) <i>Intransmisible</i>	100
d) <i>Imprescriptible</i>	101
e) <i>Correlacionalidad de derechos</i>	101
V. <i>Contenido de los atributos de la autoridad parental</i>	101
a) <i>Atributos personales de custodia y crianza</i>	101
b) <i>Representación</i>	104
c) <i>Administración de bienes</i>	106
Capítulo Tercero: <i>Responsabilidad civil extracontractual de los padres afines</i>	110
VI. <i>Derecho comparado</i>	110
A. <i>La equiparación de la figura de los padres y madres afines a la figura del guardador, el ejemplo de España</i>	113
B. <i>La figura del “Step Parent”</i>	115
VII. <i>Consecuencias del reconocimiento del padre afín en el derecho de familia</i>	117
VIII. <i>Alcances del reconocimiento de la parentalidad por afinidad</i>	119
A. <i>El vínculo</i>	119
1. <i>El vínculo por afinidad</i>	124
2. <i>El tutor o guardador</i>	129
IX. <i>Contenido del reconocimiento de la parentalidad por afinidad</i>	131
A. <i>Ejecución relativa de atributos de la autoridad parental</i>	131
B. <i>Características de la relación por afinidad</i>	138
X. <i>Justificación del reconocimiento de la parentalidad por afinidad</i>	139
A. <i>Amplitud de los derechos de las personas menores de edad</i>	139

C. <i>Mejor interés de las personas menores de edad</i>	141
Conclusiones	143
Bibliografía	153

RESUMEN EJECUTIVO

En la legislación costarricense, mediante Constitución Política y puntualmente en su artículo 51, se otorga especial protección a la composición familiar. Factores históricos, sociales y económicos han generado nuevos retos para la regulación y el comportamiento del derecho de familia, lo que requiere un nuevo planteamiento de la relación familiar.

Por otra parte, el vínculo de afinidad es utilizado, reconocido y ejecutado por la legislación costarricense, hasta el tercer grado y en principio, no muestra diferencia con los vínculos por consanguineidad.

La Responsabilidad Civil Extracontractual, se ha elegido en específico porque parece ser uno de los temas con poca popularidad en el Derecho de Familia y una de las fronteras de esta rama del derecho; pero además porque se considera un punto primordial en la investigación de las relaciones entre padres, madres, hijas e hijos por afinidad

La participación jurídica de los padres y madres afines es posible, con solo otorgar una distinta interpretación a la norma, pero implica equiparar la relación parental por afinidad a la relación parental común, otorgándole validez al vínculo parental por afinidad.

Por lo que el objetivo principal radica en delimitar la responsabilidad civil extracontractual del padre o madre afín por un daño causado por su hijo o hija afín.

El enfoque es cualitativo con mínimos tintes mixtos, por así determinarlo el estudio del derecho en nuestro país.

Otro aspecto a considerar, es dado por la naturaleza misma del caso, debido a la dinámica social de las relaciones de parentesco por afinidad y a los pocos estudios a nivel nacional que se han efectuado al respecto.

El enfoque no será del todo cualitativo pues requiere del establecimiento de tendencias.

Con el análisis documental efectuado durante la investigación, surgieron ejercicios enfocados en la determinación de la participación jurídica de los padres y madres afines y en la responsabilidad civil extracontractual por los actos de sus hijos o hijas afines, que nos permiten concluir que: la responsabilidad de las personas menores de edad se encuentra definida por una serie de aspectos propios de este grupo poblacional, hay 3 grupos etarios específicos contenidos en la legislación costarricense.

El Código Civil en su artículo 1047, contempla otras dos figuras además de los padres, que son la del tutor y la del guardador. En el último caso, la normativa omite su conceptualización y se logró comprobar que la figura del padre o madre afín en la actualidad se asemeja a la figura del guardador, tanto que una interpretación amplia del requisito de la temporalidad permitiría que, en concordancia con los principios de la Convención de los Derechos del Niño, que un padre o madre afín sea guardador.

Conforme a atributos de la autoridad parental y en el cumplimiento de las obligaciones de conformidad con el artículo 34 del Código de Familia. La obligatoriedad del cumplimiento de la responsabilidad que tendría el padre o madre afín se justifica. Se demuestra que pese a que la legislación costarricense hace reconocimiento a la existencia del padre o madre afín y a qué resulta necesario afirmar que existe una participación por parte de los padres o madres afines en la vida jurídica de las personas menores de edad en las familias recompuestas.

No existe ningún ejemplo fáctico en el país, por lo que, no fue posible comprobar que un padre o madre afín vaya a ser llamado a responder por el daño que cause su hijo o hija afín. Es posible excluir la responsabilidad de los padres y madres afines en lo que corresponde a las personas menores de edad, pero mayores de 15 años.

El hecho de que la participación de los padres y las madres afines no se encuentre reconocido por parte del derecho no implica que de hecho no ejecuten todos o algunos de los atributos de la autoridad parental, sino solamente implica la continuidad de un panorama de inseguridad jurídica para la familia y la comunidad en la cual esta familia se desenvuelve.

FICHA BIBLIOGRÁFICA

Soto Pirola, Silvia. Responsabilidad civil extracontractual por los actos de los hijos e hijas afines Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2019. P. vi y 150.

Director (a): Alberto Jiménez Mata

Palabras claves: Responsabilidad civil extracontractual, familias ensambladas, hijos e hijas afines, padres y madres afines, daño, personas menores de edad, vínculo.

Introducción

La investigación pretende otorgar una respuesta ante el cuestionamiento de la posición jurídica de los padres y las madres afines en la aplicación de la figura de la responsabilidad civil extracontractual por los actos de sus hijos e hijas por afinidad, en relación con los artículos 1045, 1046 y 1047 del Código Civil.

Las relaciones de parentalidad por afinidad son una constante en las familias actuales costarricenses e inclusive no es extraño que se asuman responsabilidades importantes por parte de las madres o padres afines, es un tema que se mantiene en un perfil muy privado, pero muy real.

Por lo que esta investigación pretende colocarlo sobre la mesa de discusión y además generar al menos lineamientos básicos para la garantía de los derechos; tanto de quienes ejercen la parentalidad afín como de los hijos e hijas afines, es decir, trasladarlo del hecho al derecho.

Las diferentes doctrinas han efectuado el análisis de la responsabilidad civil extracontractual en cuanto a sus elementos, el condicionamiento de los sujetos, los efectos jurídicos, la fijación de criterios de oportunidad, el supuesto, el componente de hecho, el resultado, la esfera jurídica, el resarcimiento y evidentemente la norma, otorgando una serie de soluciones fácticas a los distintos conflictos que se presentan.

Respecto de la norma; en Costa Rica, los legisladores igualmente la han contemplado. Más específicamente el artículo 41 de la Constitución Política, así como en los artículos 1045 y 1046 del Código Civil.

Sin embargo, esta normativa no es específica respecto de un único tipo de responsabilidad civil extracontractual, sino que contiene todos los tipos de Responsabilidad Civil, por lo que, es necesario concordar los artículos anteriormente mencionados con los artículos 1047 y 1048 del mismo cuerpo normativo, pues de ellos toma sustento la investigación.

La presente investigación pretende además el análisis de la Responsabilidad Civil Extracontractual que tienen los padres y madres no afines, sobre los daños que provienen de las conductas efectuadas por sus hijos e hijas menores de edad.

Cabe indicar que este segundo aspecto, presenta en la doctrina costarricense un desarrollo menor. En cambio, la doctrina en el nivel internacional ha tratado el tema de responsabilidad de los padres de un modo más amplio, donde existen trabajos científicos dedicados puntualmente al apartado en cuestión.

Las fuentes de sentencias judiciales consultadas son casos que, pese a que no integran a grosso modo el tema en cuestión, están presentes de manera importante en la jurisprudencia nacional, por lo que el análisis de estos fallos formará parte transversal de esta investigación.

Finalmente, es sobre el componente de la relación por afinidad entre padres e hijos es que radica la novedad del tema; justo porque en el nivel doctrinario prácticamente no ha sido abordado, en Costa Rica.

En cuanto corresponde a la doctrina internacional la relación paternal por afinidad es analizada desde una óptica mucho más amplia, que se incluye dentro del análisis efectuado; además, del vínculo como un elemento de reprochabilidad. Se recurrirá

entonces, al derecho comparado con la finalidad de extraer de manera íntegra la composición real de la problemática planteada.

En Latinoamérica, la corriente más fuerte al respecto se ubica en Argentina, donde existió un proyecto de ley presentado ante el Senado desde el 9 de mayo del 2008¹, que tiene como principal objetivo proteger a las personas menores de edad que poseen un padre o madre afín, otorgándole a estas figuras determinadas responsabilidades y a la vez dándole reconocimiento a la relación existente.

Posteriormente es presentado en 2010, por parte de Daniel Filmus bajo expediente S-3468/2010 sobre Normas protectoras de los hijos en las familias ensambladas². Actualmente el Código Civil y Comercial de Argentina, en el capítulo 7 regula al respecto de Deberes y Derechos de los progenitores e hijos afines, conteniendo temáticas como concepto progenitor afín (Artículo 672) deberes de progenitor afín (Artículo 673) delegación en el progenitor afín (Artículo 674) ejercicio conjunto con el progenitor afín (Artículo 675) y alimentos (Artículo 676).

I. Justificación

En la legislación costarricense, mediante nuestra Constitución Política y puntualmente en su artículo 51, se otorga especial protección a la composición familiar. La familia, como ya ha sido ampliamente discutido en la doctrina, aplica el término en su sentido más amplio; esta interpretación en conjunto con diversos

¹ Proyecto de Ley Modificando el Código Civil acerca de las Normas Protectoras de los Hijos en las Familias Ensambladas, Senado de Argentina, Buenos Aires, 5 de marzo de 2003.

² Daniel Filmus, Proyecto de Ley Modificando el Código Civil acerca de las Normas Protectoras de los Hijos en las Familias Ensambladas, Senado de Argentina, Buenos Aires, 5 de marzo de 2003.

factores sociales y económicos han generado nuevos retos para la regulación y el comportamiento del derecho de familia, lo que consecuentemente trae consigo el planteamiento de nuevas formas de relación familiar.

En primera instancia, los modernos tipos de familias generan relaciones distintas entre sus miembros y una concepción que requiere de actualización continua. El Derecho de Familia ha logrado dar respuesta a varios de los acontecimientos, pero no existe en la normativa ni en la jurisprudencia costarricense un caso específico que contemple las particularidades de las familias ensambladas. En el caso de este tipo de familia, se otorga apenas un reconocimiento de carácter superficial de su existencia, por medio de la mención del parentesco por afinidad, pero no va más allá.

Si bien es cierto la familia ensamblada, en principio, parece no distar tanto de la familia nuclear; como fenómeno social resulta complejo y aún más, desde un punto de vista jurídico, pues, no solo posee varios tipos de composición, sino que obliga a las ciencias jurídicas a reescribir el concepto de familia que se ha sostenido por varios siglos.

Por otra parte, el vínculo de afinidad es utilizado, reconocido y ejecutado por la legislación costarricense, al igual que en otras legislaciones consultadas como la española; hasta el tercer grado y en principio, no muestra diferencia con los vínculos por consanguineidad, por lo que es común que se utilice la frase “por consanguineidad o afinidad hasta el tercer grado” tampoco se percibe como un problema de consanguineidad, pues a los vínculos ejecutores de parentalidad como la adopción y la tutela, también son iguales al vínculo por consanguineidad.

En el supuesto de que exista la posibilidad de que el Derecho de Familia equipare, ya sea en parte o en su totalidad esta relación, con una relación común de padres e hijos, al punto que la misma sea sujeta de derecho; sería también necesario determinar la existencia de los límites, de la relación antes dicha.

Cabe, además, el definir hasta qué punto la voluntariedad del adulto es absoluta y en igual dirección la voluntariedad del niño, niña o adolescente, si es que esta existiera; respecto de generar una relación de parentalidad por afinidad.

Hemos elegido la Responsabilidad Civil Extracontractual, justo porque parece ser uno de los temas con poca popularidad en el Derecho de Familia y una de las fronteras de esta rama del derecho; pero además porque se considera un punto primordial en la investigación de las relaciones entre padres, madres, hijas e hijos por afinidad.

Existe en este tipo de responsabilidad elementos que pueden resultar complejos como lo son el daño, la culpabilidad, la antijuricidad y el factor de atribución, que además se tornan particulares cuando se ve involucrada una persona menor de edad.

Se estima, que tanto el vínculo como los otros aspectos del derecho deberán ser analizados a la luz de las nuevas composiciones de las relaciones de familia, específicamente de las relaciones de parentalidad por afinidad. Por ejemplo, aspectos como el análisis de la teoría de la voluntad respecto del adulto que se coloca en la posición de responsable de la persona menor de edad, sin que entre ellos medie ninguna relación consanguínea, ni eventual.

II. Marco Teórico

Las relaciones de parentalidad por afinidad son una constante en las familias actuales costarricenses. Inclusive, no es extraño que se asuman responsabilidades importantes por parte de las madres o padres afines, pero es un tema que se mantiene en un perfil privado, por lo que esta investigación pretende colocarlo sobre la mesa de discusión y además generar al menos lineamientos básicos para la garantía de los derechos, tanto de quienes ejercen la parentalidad afín como de los hijos e hijas afines.

La temática específica por tratar en la investigación encuentra asidero en la normativa costarricense, que obliga a la persona que genera un daño a otra persona, a resarcir al afectado; ya sea que medie o no contrato entre las partes.

Sin embargo, para que ocurra una reparación es necesaria la comprobación de ciertos elementos, algunos de ellos por su naturaleza no pueden ser reprochados a una persona menor de edad o bien no pueden ser reparados por una persona menor de edad, por lo que; de conformidad con la normativa costarricense, tendrán responsabilidad los padres de la persona menor de edad y en su defecto; los tutores o encargados.

La investigación posee una serie de elementos y temáticas que, para efectos de clarificar las tendencias; que ha tenido cada uno de ellos desde la doctrina, deben ser categorizados, en razón de que no existe un estudio específico que englobe en conjunto la temática que se investiga.

Como primer concepto importante, el daño; que es a su vez el presupuesto principal de la Responsabilidad Civil, la cual tiene amplias definiciones, pero para lo que aquí

propriadamente interesa se le considerará como “la imputación a un sujeto de un supuesto productor de daños”³, la cual finalmente deviene en la reparación como una “exigencia elemental de justicia”⁴.

El daño a su vez se divide en dos elementos, de hecho, que implica la lesión, el perjuicio o el menoscabo sufrido y el jurídico el cual recae sobre el derecho⁵ que posee la víctima y el cual se presume sin menoscabo alguno.

La lesión a un interés jurídico es suficiente para que se compute el daño, es decir, no es necesario que el daño consista en la pérdida de algún derecho. Pero hay una acepción más restringida; para la llamada corriente de la antijuricidad, se entiende el daño como una lesión o disminución sufrida a un interés legalmente tutelado⁶. Además, el daño debe de ser resarcible, es decir real y efectivo.

El resarcimiento del daño se encuentra tutelado por el principio constitucional, expresado en el artículo 41 de la Constitución Política, el cuál justamente obliga a que todo daño deberá de ser resarcido garantizando por medio de norma superior “*el amparo judicial, para efectos de reparación*”⁷. A su vez, para permitir el cumplimiento del resarcimiento del daño, es necesario contar con dos elementos

³ Centro de Información Jurídica en Línea. 2010 “Responsabilidad civil del padre por hechos ajenos cometidos por sus hijos menores”. CIJUL. <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr>. Consultado 21 de mayo de 2016.

⁴ Bueres Alberto, 2001. *Derecho de daños*. Buenos Aires: Hammurabi.

⁵ PEIRANO FACIO (Jorge), *Responsabilidad Extracontractual*, Bogotá, Editorial Temis, 3ra edición, 1974, p.671

⁶ Ibid.

⁷ Sala Primera de la Corte de Justicia, Sentencia número 103 de las 2:50 horas del 28 de junio de 1991.

esenciales, la responsabilidad y el nexo causal, ambos de desarrollan de forma breve a continuación⁸.

Primeramente, entremos a conocer el elemento esencial de la responsabilidad, como tal entenderemos para los efectos de esta investigación, que es la obligación que se posee de resarcir un daño causado; este concepto, además, no puede separarse de otros conceptos como lo son la culpa y la imputabilidad.

Sin embargo, cabe aclarar que en esta investigación solo se abordará el tema de la responsabilidad desde el punto de vista civil, no se entrará a conocer la responsabilidad de tipo penal, ahora bien, cabe aclarar que el análisis de algunos de los elementos que componen a la responsabilidad; se podrá recurrir a algún análisis efectuado en materia penal con la finalidad de clarificar la relación de alguno de estos elementos en el tema en concreto.

La responsabilidad podrá ser de tipo civil cuando tenga esa vía jurisdiccional para resarcir el daño, el cual solo se dará por medios pecuniarios, es decir a través de algún valor con carácter dinerario.

Badilla Marín citando a Martínez, define el concepto de Responsabilidad Civil como a aquella condición jurídica que da pie a una obligación indemnizatoria o reparadora, la cual genera un vínculo jurídico entre una persona que ha sufrido un daño y la

⁸ BUERES (Alberto J.) Derecho de Daños. Buenos Aires. Ed. Hammurabi. 2001. p.124

persona que se lo provocó, este vínculo constriñe al último a indemnizar o reparar el daño ocasionado⁹.

Además, es importante hacer notar que a su vez la doctrina reconoce diversos tipos de responsabilidad civil, la contractual que es aquella que nace cuando de previo exista una obligación entre las partes. Este tipo de responsabilidad tampoco atañe a esta investigación de forma específica por lo que no se considera necesario ahondar en este tema.

El otro tipo de responsabilidad civil es la de tipo extracontractual, la responsabilidad será de este tipo cuando no exista de forma previa una obligación entre las partes, sino que la responsabilidad nace a partir del resultado dado. Es decir, cuando proviene del deber genérico de no causar un daño¹⁰

En la investigación propuesta este es el tipo de responsabilidad en la que se centra, pues no hay dudas cuando la responsabilidad respecto del daño causado por una persona menor de edad cuando, medie un contrato, que por su misma naturaleza sea relativamente nulo o nulo, dependiendo de la edad de la persona menor de edad y sí es ella quien contrata o bien, podría ser un contrato entre dos personas adultas; en principio perfecto, a partir de la delimitación de cosa y precio.

⁹ BADILLA MARÍN (Luis Alonso) RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES POR DAÑO PROCREACIONAL.

San José, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2015.

¹⁰ BUERES, (Alberto J.) Y MAYO (Jorge A.), *La responsabilidad de los padres por los hechos dañosos de sus hijos (algunos aspectos esenciales)* Buenos Aires: Hammurabi.p.285-301

Existen dos teorías relevantes sobre las que se basa la doctrina para dar resolución respecto de la temática de responsabilidad extracontractual.

La teoría objetiva, en la cual el presupuesto de la culpa se tiene por superado y en cambio se utiliza la “existencia de un daño y una conducta o actividad que sirva como criterio de imputación de ese daño”¹¹. Es decir, no es estrictamente necesario que exista un daño, sino que basta con la existencia de un riesgo. Y la teoría subjetiva, dentro de esta teoría, es la conducta humana, el requisito esencial, se requiere de una acción u omisión. Esta doctrina ha sido criticada debido a que su base se encuentra sustentada en la culpa como elemento esencial, por subordinar la reparación del daño a una “averiguación psicológica y una apreciación moral”¹²

La clasificación anterior, tiene su origen en los daños que una persona causa a otra; pero además lo será de forma directa cuando el causante del propio daño sea sobre quien recae la responsabilidad como lo indican los artículos 1045 y 1046 del Código Civil costarricense y, lo será indirecta en cuanto el daño sea generado por una persona que se encuentre bajo el cuidado o la responsabilidad de otra.

En principio este el supuesto bajo el cual responde el padre y la madre de familia, pero se desconoce si es el mismo supuesto bajo el cual podría tener responsabilidad el padre o madre afín y justamente es lo que se pretende analizar con esta investigación.

¹¹ BUERES. Op. Cit. p.285-301.

¹² CARBONNIER (Jean), Derecho Civil, Barcelona, Ed Bosh. Tomo II, Vol. 3, 1971. p.256

El nexo causal es el otro elemento indispensable para la reparación de un daño, involucra la capacidad legal del agente que comete la acción. Implica la demostración de un nexo entre el actuar del sujeto y el daño, mediante una acción u omisión.

Esto nos lleva a situarnos en los artículos 1045, 1046 y 1047 del Código Civil, que se refieren de forma específica a supuestos determinados bajo los cuales se causa un daño. Los dos primeros artículos se refieren de forma genérica a la obligación de reparar el daño causado, mientras que el 1047, es en específico la obligación de los padres de reparar el daño causado por sus hijos e hijas, menores de quince años y que habiten en su misma casa.

Debe destacarse que la importancia de la norma no recae en su especificación, sino que esta indica la necesidad de reparación de un daño, independientemente de que este esté debidamente tipificado, es decir, a pesar de que no exista una norma explícita tipificada, será responsable por los daños que provengan del actuar del hijo o hija¹³ y ha sido respaldado por la jurisprudencia, en la que se ha señalado en varias ocasiones que la responsabilidad nace “a raíz del deber general de no dañar a los otros”¹⁴ en concordancia con el artículo 41 de la Constitución Política que garantiza la reparación del daño causado y establece la relación triangular entre daño, perjuicio y reparación.¹⁵

¹³ Ver BUERES, *op. cit.*, p. 345

¹⁴ Sala Primera, sentencia número 354 de las 10:00 horas del 14 de diciembre de 1990.

¹⁵ Sala Primera, sentencia número 103 de las 02:50 horas del 28 de junio de 1991.

Sin embargo, antes de entrar en detalle respecto de la responsabilidad de los padres y madres afines, es necesario aclarar los conceptos y los posicionamientos más comunes al respecto.

Las primeras dos posiciones que encontramos tienen que ver en sí con la transformación o lo que se conoce como las nuevas formas de familia, un posicionamiento sostiene que la familia ha desvirtuado su naturaleza, mientras que otros consideran que por ser un grupo de composición social no ha hecho más que adaptarse a la evolución de la humanidad y su desarrollo.

Se parte entonces que el concepto de familia es un término original de la sociología y hace referencia a un conjunto de personas unidas por filiación, matrimonio y parentesco artificial.¹⁶ Es la propia funcionalidad social la que ha generado que no sea posible la concepción de familia únicamente como una familia nuclear, por lo que se utiliza el término familias en plural para hacer alusión a las diversas formas de familias.

Los diferentes tipos de familias que se contemplan; entre las llamadas nuevas formas, no son realidad nueva, sino que han sido composiciones diversas de familias que por un tiempo han permanecido sin el reconocimiento jurídico y que, a través de una serie de normas, como el reconocimiento de los hijos e hijas fuera del matrimonio, han salido a la vida jurídica¹⁷.

¹⁶ GROSMAN (Cecilia) Y MARTINEZ ALCORTA (Irene) Familias Ensambladas. Buenos Aires,UBA. 2000. P.32.

¹⁷ RIVAS RIVAS, (Ana María). Las nuevas formas de vivir en familia: el caso de las familias Reconstituidas. Cuaderno de Relaciones Laborales. Madrid. Vol XXVI. Universidad Complutense de Madrid. 27 de febrero 2008. pp.179

Por la complejidad de las relaciones humanas, muchos autores no se atreven a generar un catálogo de las nuevas formas de familia. Ruiz Becerril¹⁸ indica los parámetros de reconocimiento de una nueva forma de familia en lugar de agruparlas, así define que una nueva forma de familia será cualquier familia que cuente con las siguientes características:

1. Extensión cuantitativa; tiene una presencia numérica y proporcional a la de las sociedades actuales.
2. Extensión social; implica su existencia en todos los sectores sociales.
3. Diversidad de ciclos vitales; la desaparición de ciclos vitales fijos y la apertura de casi infinitas posibilidades de configuración de otros ciclos.
4. Concepción viable; tienen formas factibles y permanentes para establecer una relación y, en definitiva, una familia.
5. Publicidad; son notorias y públicas, traspasan el ámbito privado y el ocultamiento.
6. Reconocimiento y legitimación; pretenden derechos y deberes iguales a las de la familia tradicional, aquí se centran sus demandas y sus garantías de un futuro igualitario.
7. Origen; deben su formación a un deseo expreso de las personas que la conforman y no a meras circunstancias.

¹⁸ RUIZ BECERRIL (Diego) Nuevas Formas Familiares, Portularia, Huelva , número 4, Universidad de Huelva, 2004. pp. 219

Las nuevas formas de familia se dividen en tres grandes grupos¹⁹, las monoparentales, formadas por una sola figura paternal; las parejas de hecho, que tradicionalmente están conformadas por dos personas que tienen deseos de conformar una familia, pero que consideran que el matrimonio no es un requisito indispensable; en el ámbito legal, solo están reconocidos sus derechos y obligaciones familiares si es que ambos cónyuges cuentan con aptitud legal para contraer matrimonio²⁰ y las familias ensambladas. Cabe indicar que una forma de familia no es excluyente de la otra, es decir, no es extraño que una familia ensamblada a su vez esté compuesta por una pareja de hecho.

Para lo que interesa a esta investigación, nos centraremos únicamente en el grupo de las familias ensambladas o también llamadas recompuestas.

Una familia ensamblada tiene como característica esencial la existencia previa de al menos un grupo familiar anterior, es decir, ya existía de previo una familia, categorizada en este o cualquier otro de los grupos.

Este tipo de familia está considerada como de una composición de tipo compleja, por las diversas combinaciones que pueden entreverla. En este tipo de familias es usual que los lazos de parentesco se amplíen y sean más diversos, esto ha sido señalado como una debilidad²¹, pero también como una fortaleza; la debilidad que se le achaca justamente es la confusión en los roles tradicionales, pero esto mismo

¹⁹ RUIZ BECERRIL (Diego) Nuevas Formas Familiares, Portularia, Huelva , número 4, Universidad de Huelva, 2004. pp.219

²⁰ ARTÍCULO 242.- La unión de hecho pública, notoria, única y estable, por más de tres años, entre un hombre y una mujer que posean aptitud legal para contraer matrimonio, surtirá todos los efectos patrimoniales propios del matrimonio formalizado legalmente, al finalizar por cualquier causa. El subrayado no pertenece al original.

²¹ GROSMAN (Cecilia) Y MARTINEZ ALCORTA (Irene) Familias Ensambladas. Buenos Aires,UBA. 2000. P.45.

representa la fortaleza, pues permite una mejor disposición de los recursos y una ventaja social.

En el contexto mundial se ha tratado de identificar los roles de las familias ensambladas; estudios demuestran que la corriente del Common Law ha tratado el tema de una forma muy eficaz, a partir de la figura del “*step parent*”, mientras que la corriente del Derecho Civil le ha resultado mucho más complejo. Por ejemplo, en Europa, países como Inglaterra, Alemania y Suiza, han resuelto así los vacíos existentes, mientras que Francia, Portugal y España apenas buscan posibles soluciones²², pese a eso en el derecho de tradición civil existen legislaciones que ya han reconocido y otorgado un cuerpo normativo²³ a los vínculos parentales por afinidad.

En el Continente Americano, la profesora Cecilia Grossman²⁴ tiene una amplia trayectoria y a partir de su estudio sobre familias ensambladas se han efectuado seminarios y actualizaciones del tema. Estos y otros estudios han llevado a la presentación de un proyecto de ley ante en Honorable Senado de la República Argentina²⁵, este proyecto representa el único esfuerzo concreto en Latinoamérica para dar protección especial a las familias ensambladas.

En lo que respecta a Costa Rica, el tema no ha sido tratado a modo global, es decir, existe literatura, pero de modo individual, la teoría de la Responsabilidad Civil

²² TAMAYO HAYA (Silvia), El estatuto jurídico de los padrastros. Nuevas perspectivas jurídicas, Madrid, Reus, 2009. p. 15

²³ DUPLÁ MARÍN, *op. cit.* p. 65

²⁴ GROSSMAN (Cecilia) Y MENDEZ (Romina). Seminario de Actualización sobre Familias Ensambladas. Buenos Aires. 2010. <https://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitasvirtual/article/view/939/1116>

²⁵ Proyecto de Ley Modificando el Código Civil acerca de las Normas Protectoras de los Hijos en las Familias Ensambladas, Senado de Argentina, Buenos Aires, 5 de marzo de 2003.

Extracontractual, es aplicada en los Tribunales todos los días, especialistas como los profesores Rivero²⁶ y Torrealba²⁷ han dedicado varios textos investigativos en su haber, pero en cuanto a las dictámenes judiciales solo se ha otorgado tratamiento específico al tema de la Responsabilidad Civil Extracontractual por un daño causado por una persona menor de edad²⁸, en los que evidentemente no se efectúa un análisis de la parentalidad afín.

Sin embargo, existen ordenamientos en los cuales, respondiendo a las dinámicas de las nuevas formas de familia, se ha dado importancia a la relación entre padres e hijos afines, dándole un reconocimiento legal, que de por sí posee de hecho.

Es indispensable recordar, que hay un hecho generador de obligaciones y que vincula al padre o madre afín de una forma certera con sus hijos afines, la unión con alguno de los progenitores, en este caso específico se refiere al matrimonio o a la unión de hecho; pero no delimita los derechos y obligaciones que estos pudieran tener; desconociendo la relación en su totalidad, como si no ocurriera del todo, lo cual tampoco es realista.

Es por eso por lo que esta investigación pretende dilucidar cuál es la condición jurídica que enfrenta un padre o madre afín a raíz de un daño causado por sus hijos e hijas afines, bajo el supuesto del artículo 1047 y ante la teoría de la Responsabilidad Civil Extracontractual. Para lo cual deberá de tomarse en cuenta no solo las acepciones de la doctrina del derecho en el tema de la responsabilidad

²⁶ RIVERO SÁNCHEZ (Juan Marco) Responsabilidad Civil, Tomo II, San José, Jurídica Dike, 2001

²⁷ TORREALBA NAVAS (Federico) Responsabilidad Civil, San José, Juricentro, 2011.

²⁸ CAMACHO VARGAS, (Eva). La Responsabilidad Civil Extracontractual de la persona menor de edad, padres, tutores y guardadores desde un enfoque familiar. Revista de Derecho de Familia de Costa Rica, número 3, 2008. pp.53.

y sus aristas, sino que es necesario entrar de lleno al análisis de los vínculos y la desagregación de las familias recompuestas para finalmente generar una propuesta de equiparación en ciertos aspectos que permitan la seguridad jurídica, tanto para los unos como para los otros, es decir, para la familia en general.

III. Delimitación del Problema

La problemática se engendra en que, a diferencia de la adopción y la tutela, en la parentalidad afín existen íntegras o relativas las figuras de los padres y no se ha otorgado un tratamiento por parte de las ciencias jurídicas que ayude a la definición de esta.

Surge entonces la siguiente problemática: ¿Cuál es la participación jurídica de los padres y madres afines en la Responsabilidad Civil Extracontractual?

IV. Hipótesis

La participación jurídica de los padres y madres afines es posible, con solo otorgar una distinta interpretación a la norma, pero implica equiparar la relación parental por afinidad a la relación parental común, otorgándole validez al vínculo parental por afinidad.

V. Objetivos

Objetivo Principal:

Delimitar la responsabilidad civil extracontractual del padre o madre afín por un daño causado por su hijo o hija afín.

Objetivos específicos:

1. Determinar los parámetros fundamentales en la responsabilidad civil extracontractual indirecta por un daño cometido por una persona menor de edad.
2. Analizar la existencia del padre o madre afín en el Derecho de Familia Moderno y establecer sus principales características.
3. Proponer la equiparación de la responsabilidad civil extracontractual de los padres y madres a sus hijos e hijas en relación con los padres o madres afines.

VI. Estado de la Cuestión

En la literatura costarricense en tema específico de la Responsabilidad Civil Extracontractual por los daños creados por los hijos e hijas afines es prácticamente inexistente.

En el derecho comparado el tema ha sido tratado de una forma más amplia, uno de los trabajos más completos fue publicado por la autora María Teresa Dupla Marín²⁹. En 2010, publica un artículo para la revista de Derecho Inmobiliario, número 717 titulado “La autoridad familiar del padrastro o madrastra en la legislación aragonesa: apéndice foral de 1925 al artículo 72 de la ley 13/2006 de derecho de la persona”. Este pequeño artículo tiene un enorme contenido para esta investigación, el cual se divide en cinco acápites primordiales, Los Nuevos Modelos Familiares y el Debate sobre la Regulación Jurídica del Rol de sus Miembros; el análisis del artículo 2 del

²⁹ DUPLÁ MARÍN (María Teresa) La a utoridad familiar del padrastro o la madrastra en la legislacion aragonesa: del apendice floral de 1925 al artículo 72 de la ley 13/2006 de Derecho de la Persona.

Apéndice Foral de 1925. La autoridad familiar conjunta y la autoridad familiar de otras personas; la participación del padrastro en la autoridad familiar constante matrimonio y la autoridad familiar sobre los hijastros tras el fallecimiento del cónyuge progenitor; la actual regulación de la ley 13/2006.

Sin embargo, debido a la poca literatura en el tema, ha sido necesario efectuar el análisis de la temática por medio de varios ejes o subtemas, con la finalidad de obtener mayor amplitud. El primer eje de análisis propuesto son Las nuevas formas de familia, de las cuales existe también literatura extranjera en su mayoría.

A principios del milenio, en el año 2000, la autora María Isabel Loring García³⁰, para la Universidad Complutense de Madrid, realiza un artículo académico en el cual desarrolla la historia de la familia en Edad Media, prototipo en el cual se basa el modelo tradicional de familia nuclear, que todavía prevalece como el ideal.

De este texto se rescata para la investigación no solo la comprensión de la familia nuclear, sus alcances y sus límites, sino que, además, el artículo hace referencia a los vínculos existentes durante la edad media que no estaban determinados por la consanguineidad sino por acuerdos o convivencias sociales, lo cual desmiente el mito de una familia nuclear reducida y de que el vínculo familiar puede ser solo desarrollado con los miembros de la familia consanguínea, sino que es también posible el desarrollo de un vínculo de parentalidad.

³⁰ LORING GARCÍA (María Isabel), Sistemas de Parentesco y Estructuras Familiares en la Edad Media, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2000, ponencia, del 31 de julio al 04 de agosto pp.1-26

El autor Diego Ruiz Becerril, publica, en la Revista Portularia, número 4 de 2004, de la Universidad de Huelva, el artículo titulado las Nuevas Formas Familiares³¹. Este artículo hace la aclaración de que, a pesar de llamarse nuevas, estas formas de familia ya son existentes. Y hace una denominación de estas partiendo de sus características.

Contiene además una división de los tres grandes grupos de Las nuevas formas de familia: monoparentales, compuestas y parejas de hecho. Finalmente, el autor hace un repaso de cada uno de estos tres grupos. Sin embargo, esta investigación se centrará en los tipos de familias compuestas, que tienen como característica principal la conformación de un grupo familiar a partir de otro.

El segundo eje propuesto, es la Responsabilidad Parental, en este tema la literatura nacional ha ahondado un poco más. Sin embargo, también se utilizan textos producidos en otras latitudes, como el de la doctora Ana Isabel Berrocal Lanzarot, profesora de la Universidad Complutense de Madrid, quien en su artículo doctrinario de 2009; titulado La responsabilidad civil de los padres por los actos de sus hijos; aborda la temática de la responsabilidad parental en relación con los actos dañosos y no tipificados penalmente de sus hijos.

En una primera sección, hace referencia a la naturaleza de la responsabilidad de los padres, que deberán entenderse por una razón histórico-lingüística como ambos, es decir; padre o madre, los requisitos de la responsabilidad paterna, que

³¹ RUIZ BECERRIL (Diego) Nuevas Formas Familiares, Portularia, Huelva , número 4, Universidad de Huelva, 2004. pp. 219-230.

los divide en acto dañoso, guarda paterna y la existencia de la culpa de los padres en la guarda de la persona menor de edad; y el alcance de la responsabilidad de los padres.

En un tercer acápite, se refiere a la responsabilidad de los padres por hechos tipificados penalmente y accionado por sus hijos o hijas; por lo que entra a analizar la normativa en cuestión, en este caso, la española. En el acápite cuarto, hace referencia a la responsabilidad de los tutores, figura que se compara ante un posible reconocimiento de las relaciones por parentalidad. Y en el quinto, a otros posibles supuestos de responsabilidad por hecho ajeno y finalmente en el sexto, al plazo de prescripción. Este mismo modelo de análisis se pretende seguir en la investigación por lo que es un artículo de suma importancia.

Desde la autoría del Centro de información jurídica en línea se publica, en el año 2010, el artículo de título “Responsabilidad civil del padre por los hechos ajenos cometidos por sus hijos menores”³², contiene una recopilación doctrinal, normativa y jurisprudencial sobre responsabilidad extracontractual indirecta y además a excepción del parentesco por afinidad, es completamente acorde con la temática de esta investigación. Se incorpora en la investigación, para los efectos, la normativa aplicable y la doctrina que sustenta la responsabilidad civil de los padres y las madres por los hechos cometidos por sus hijos e hijas. Por último, contiene extractos jurisprudenciales en específico de la culpa In Vigilando.

³² CIJUL, Centro de Información Jurídica en Línea. Universidad de Costa Rica. www.cijulenlinea.ucr.ac.cr. Última Consulta, 29 de noviembre de 2013.

También en Costa Rica, desde la autoría de la exmagistrada Eva Camacho Vargas, un artículo en el número tercero de la Revista de Derecho de Familia de Costa Rica, de título “La responsabilidad civil de la persona menor de edad, padres, tutores y guardadores desde un enfoque familiar”³³, como su dice su nombre, deja un poco de lado el enfoque meramente civilista de la problemática pero además involucra a otras figuras como lo son los tutores o los guardadores en el análisis, algo que ningún otro autor costarricense, que se haya referido al tema hasta la fecha.

De esta forma, después de referirse a la responsabilidad civil de las personas menores de edad, hace referencia a los otros sujetos que deben responder por y con la persona menor de edad, posteriormente se refiere a las causas justificantes en el supuesto específico de una persona menor de edad para luego hacer referencia al mismo supuesto en la legislación española y finalmente concluye con las posibilidades de nuestro país en relación con lo planteado por la legislación española.

En este sentido, el juez Mauricio Chacón Jiménez, también para la revista de Derecho de familia de Costa Rica, escribe un artículo titulado “Equiparación de todos los progenitores de la autoridad parental³⁴, el cual inicia señalando el gran avance que significó la equiparación de los hijos e hijas extramatrimoniales como parientes de los demás familiares paternos, lo que de paso, nos hace ir visualizando el avance que el reconocimiento de las nuevas formas de familia ha ido teniendo en

³³ CAMACHO VARGAS, (Eva). La Responsabilidad Civil Extracontractual de la persona menor de edad, padres, tutores y guardadores desde un enfoque familiar. Revista de Derecho de Familia de Costa Rica, número 3, 2008. pp.53-66.

³⁴ CHACÓN JIMÉNEZ, (Mauricio). Equiparación de los progenitores en el ejercicio de la autoridad Parental. Revista de Derecho de Familia, número 3, 2008. pp.79-84

nuestro país. El artículo hace un recorrido por los atributos de la autoridad parental y señala que la autoridad parental comprende tres contenidos básicos, los cuales menciona de forma somera pero suficiente para lo que aquí nos interesa.

Específicamente en el derecho de daños, el texto consultado es el del autor Alberto J. Bueres, publicado en el año 2000³⁵ y que cuenta con abordaje amplio del tema de Derecho de daños, su corte es mucho más civilista que los anteriores y no es posible encasillarlo en ninguno de los ejes específicos ya mencionados, por ser tan amplio su contenido, en algún momento del texto tiene relación con la totalidad de los ejes temáticos.

El mismo autor, junto con Jorge A. Mayo, escribe el artículo “La Responsabilidad de los padres por los hechos dañosos de sus hijos” donde describe algunos de los aspectos esenciales y específicos de este tema.

Queda pendiente entonces la unificación de todos los ejes y el análisis de la figura en el nivel nacional, ya no solo como un aspecto de forma independiente sino como un todo, que es además la causa de la problemática.

Los diversos ejes han sido ampliamente investigados, tanto en el nivel nacional como internacional y también han sido elaborados por medio de múltiples perspectivas, pero en el nivel nacional esta temática no se ha investigado, por lo que la relación por afinidad entre padres, madres, hijos e hijas ha permanecido en

³⁵ BUERES (Alberto J.) Derecho de Daños. Buenos Aires. Ed. Hammurabi. 2001

un limbo jurídico que pudiera traer importantes consecuencias legales a todas las personas involucradas.

En específico una de las características más relevantes de las familias ensambladas es la redistribución de los roles dentro de la familia. En la familia ensamblada, los roles no son ya tan verticales como sí lo son en la familia clásica nuclear; no existe una definición estricta de los roles del padre y roles de la madre con diferencias tajantes; influye también el hecho de que incluso los roles de género enfrentan un cambio.

De igual forma los roles paterno y materno que dejan de ser únicos, sino que en la crianza de las personas menores de edad existe participación con características parentales por parte de otros adultos distintos de los padres biológicos. Las familias ensambladas tienen la característica que tienden a ser familias más extensas.³⁶

Una porción del fenómeno del reconocimiento de las obligaciones de los padres y las madres ha tenido como efecto en parte de la opinión social, que se considere que los progenitores son los únicos responsables por las personas menores de edad, pero esto una vez que llega a ser confrontado con aspectos prácticos de la realidad demuestran no ser tan fácilmente aplicables. Si bien es cierto los padres y las madres de familia son los principales obligados, de conformidad con el artículo 7 de la Convención de los Derechos del Niño; las personas menores de edad en las nuevas y en las viejas formas de familia poseen vínculos parentales diferentes al de su padre y su madre, los cuales son además reconocidos mediante los artículos 8

³⁶ GROSMAN (Cecilia) Y MARTINEZ ALCORTA (Irene) Familias Ensambladas. Buenos Aires, UBA. 2000. P. 23

y 3 de la Convención de los derechos del Niño desde la garantía del derecho a la personalidad y del principio del mejor interés del niño.

VII. Pertinencia Social y académica

En la posibilidad de generar una visualización del tema y de colocarlo a expensas de la opinión; es que recae en primer plano la importancia del tema como muchos otros del Derecho de Familia o bien los cuales se involucran aspectos familiares.

La tendencia a la permanencia en lo privado de las relaciones familiares genera que sea un tema que se deja pasar sin pensar en las consecuencias no solo emocionales, sino jurídicas que puedan tener aspectos como este en la vida de las personas. Pero además pretende generar una delimitación de los principales aspectos de los vínculos parentales por afinidad y generar un precedente al respecto.

Interesa porque el simple hecho de tener una relación conyugal otorga derechos y obligaciones que son contractuales, pero, además crea un nuevo vínculo con la familia del cónyuge. Este vínculo denominado como afinidad, es reconocido al igual que en Costa Rica; en muchas legislaciones en el nivel mundial y la tendencia es que tenga peso jurídico hasta el tercer grado. Sin embargo, en el caso de padres y madres afines aparentemente no hay reconocimiento de la relación por afinidad, es decir; se invisibiliza.

Entonces, se genera de hecho una práctica en la cual los padres y madres afines llegan a tener una relación de familia con sus hijos afines; en la cual existe participación de estos, pero un vacío respecto de los derechos y las obligaciones.

La elección puntual de la teoría de la Responsabilidad Civil Extracontractual, por sus características esenciales; involucran a un tercero y obligan a sacar la discusión del ámbito estrictamente familiar. Por una parte, existe un tercero involucrado a quien finalmente le interesa el resarcimiento del daño que se ha generado y, por otra parte, la falta de definición de la figura por afinidad podría generar inseguridad jurídica y confusión en los roles de la familia.

VIII. Metodología

El enfoque es cualitativo con mínimos tintes mixtos, por así determinarlo el estudio del derecho en nuestro país. Se pretende cumplir con características propias de este enfoque como la expansividad, la cual implica que la investigación se efectuará por medio de un enfoque paulatino en conceptos relevantes conforme a la evolución del estudio³⁷.

Para el desarrollo de la investigación es necesario primeramente aclarar los conceptos y delimitar el campo de acción en la normativa costarricense, para moderadamente incluir los otros aspectos importantes.

El otro aspecto por considerar, es dado por la naturaleza misma del caso, debido a la dinámica social de las relaciones de parentesco por afinidad y a los pocos estudios en el nivel nacional que se han efectuado al respecto.

El enfoque no será del todo cualitativo pues requiere del establecimiento de tendencias, algo que es característico de un diseño cuantitativo, pero también debe

³⁷ HERNANDEZ SAMPIERI (Roberto), Metodología de La Investigación, Ed. Mac Graw Hill, 6ta edición, 2014. p.7.

de ser explorado conforme con la justificación del tema; lo que es característico del enfoque cualitativo³⁸.

La finalidad de la utilización de un enfoque que no es solo cualitativo radica propiamente en la intención de la investigación de obtener una mayor compensación, cubriendo las deficiencias de un enfoque con las fortalezas del otro, para así lograr una investigación mucho más completa.

Lamentablemente en el país no se cuentan con los datos necesarios para efectuar una investigación de enfoque mixto, lo que tiene como consecuencia que el manejo de los datos cuantitativos no puedan efectuarse como se quiso en un principio, por lo que, la investigación es predominantemente cualitativa.

En razón de lo anterior, se partirá de las relaciones de afinidad como un fenómeno social, carente de datos que lo respalden. Sin embargo, esta investigación permite la contextualización y la ilustración de un fenómeno presente, que ayudan a dar una mayor claridad al planteamiento del problema y a la obtención de los resultados, sacándolo de la simple comprensión jurídica y haciendo que la investigación sea acorde con el fenómeno de la afinidad parental, el cual contiene muchas otras más aristas, además de la normativa.

Inicialmente, se utilizará la investigación exploratoria, en razón de que primero es necesario examinar el tema, que ha sido poco estudiado, por lo que la síntesis de las fuentes y la comprensión efectiva del tema junto con sus posibles variables es

³⁸ Ver HERNANDEZ SAMPIERI. Op. Cit. p.9

necesaria. Además, se estudia en un contexto de la vida real, lo que hace obligatorio que primero se tenga una óptima comprensión de la situación.

Se utilizará también, el tipo descriptivo, por ser necesaria la referencia a situaciones o eventos específicos que encuadren correctamente en caso de responsabilidad civil extracontractual y la pretensión de descubrir la manifestación del fenómeno de la parentalidad por afinidad en un contexto determinado. Delimitando de manera clara las diversas teorías y la justificación que ha existido para el desarrollo de estas.

La investigación será de tipo explicativo, en el momento de efectuar análisis normativos y jurisprudenciales, pues se pretende responder a las causas de los eventos que se describen y el desarrollo del resultado que de estos, partiendo de las razones reales para tal aplicación.

La investigación se centra en el análisis de las relaciones de parentalidad que se adquiere con un menor de edad por afinidad, comprendidas estas como una consecuencia de la aceptación y proliferación de las familias ensambladas como nuevas formas familiares, en relación con el derecho de familia moderno, la regulación de estas mismas y las posibles respuestas o aplicaciones de nuestro sistema jurídico. Se rescata entonces de lo anterior, así como del planteamiento efectuado supra que las fuentes son las siguientes:

- El padre y madre afin
- Los hijos e hijas afines
- El ordenamiento jurídico costarricense

Para llevar a cabo la tarea investigativa, se utilizarán fuentes estrictamente documentales y preferidos por la investigación universitaria; por ser los instrumentos consultados y las que se pretenden consultar bibliográficas.

Se utilizará el estudio de la doctrina nacional e internacional para rescatar de este las diversas teorías existentes. De igual modo, la doctrina nacional e internacional también permitirá la delimitación y justificación de las fuentes que componen esta investigación.

El análisis normativo se empleará para comprobar la aplicación de las teorías en el ordenamiento costarricense, para ubicar el tema dentro de esta composición; también permitirá la visualización de las intenciones de las personas legisladoras y la comparación de la situación de la parentalidad en tiempo y forma.

De igual manera se utilizará en el momento de la obtención de los resultados con la intención de determinar las posibilidades de la aplicación de la doctrina analizada en concordancia con la normativa nacional.

La jurisprudencia se usará como ejemplificación de casos prácticos, en el momento del desarrollo del trabajo de investigación; esto permite rescatar los posibles supuestos que se desarrollen y una comprensión más clara por parte de la audiencia.

Se recurre al derecho comparado con la finalidad de dar más amplitud al tema, por el poco desarrollo que ha tenido en nuestro país, es necesario analizar el tratamiento de este en aquellos ordenamientos en los que la problemática planteada incluso se encuentra superada, con la finalidad de rescatar posiciones y aspectos

claves que permitieron su integración. Específicamente se analiza el caso de España, Inglaterra, Francia y Argentina.

Para el desarrollo de la investigación primeramente se trabaja con la doctrina nacional e internacional, se efectúa un análisis de la figura de la responsabilidad civil extracontractual. Partiendo de elementos importantes como el daño, la antijuricidad, la imputabilidad y la sanción; para delimitar la aplicación de la responsabilidad civil extracontractual en el derecho costarricense y su tratamiento en relación con el derecho de familia moderno.

Una vez clara la aplicabilidad de la responsabilidad civil y sus conceptos principales, con base en los planteamientos teóricos y la jurisprudencia, se analiza el grado de responsabilidad exigible para una persona menor de edad en el ordenamiento jurídico costarricense y la aplicación de la sanción que de esa responsabilidad pudiera resultar, lo que; consecuentemente, conlleva a efectuar un análisis de la normativa costarricense respecto de la responsabilidad de los padres por los daños ocasionados por sus hijos e hijas menores de edad.

Partiendo de lo anterior, se procede a efectuar una descomposición del artículo 1047 del Código Civil costarricense, para lo cual se recurre no solo a la normativa sino a la jurisprudencia y al derecho comparado; lo anterior permite dar un tratamiento global a la situación de la responsabilidad de los padres y determinar el alcance de este tema en la normativa de nuestro país.

Posteriormente, se analiza el fenómeno de las familias ensambladas, las justificaciones de la existencia de relaciones parentales por afinidad, con el objetivo

de encontrar cuál es el acople de estas relaciones en el derecho de familia moderno, para lo que se utiliza la doctrina y el derecho comparado, al ejemplificar el desarrollo de la figura en otras latitudes.

Se pretende concluir la investigación determinando a la luz del ordenamiento jurídico costarricense las atribuciones de un padre o madre afín respecto del tratamiento de la responsabilidad civil extracontractual, partiendo desde el resultado jurisprudencial, la construcción teórica y el derecho comparado. Para una mejor ubicación de la persona lectora se presentan en el siguiente cuadro las variables, así como las definiciones respecto del objetivo al que responden.

Objetivo Específico	Variables	Definición Conceptual	Definición Operativa	Definición Instrumental
Determinar los parámetros fundamentales en la responsabilidad civil extracontractual indirecta por un daño	Responsabilidad civil extracontractual.	Es la obligación que recae sobre una persona de reparar el daño que ha causado a otro sea en naturaleza o bien por un equivalente monetario, por la violación de un	Es la obligación que recae sobre el menor de edad y sus padres, de reparar el daño que ha causado a otro sea en naturaleza o bien por un equivalente	Doctrina, normativa y jurisprudencia.

cometido por una persona menor de edad.		derecho a un tercero ajeno a un contrato.	monetario, por la violación de un derecho a un tercero ajeno a un contrato.	
	Actos de los hijos	Los actos de los hijos se refiere a la acción que sea ejecutada por un menor de edad	Los actos de los hijos se refiere a la acción que sea ejecutada por un menor en relación con la responsabilidad que respecto de estos tengan los padres del menor de edad	Doctrina, normativa y jurisprudencia
Analizar la existencia del padre o madre afín en el Derecho de	Derecho de Familia Moderno	Es el conjunto de normas que rigen la constitución, organización y disolución de la	El derecho de familia moderno contempla no solo la familia en su concepción clásica sino	Doctrina y opinión jurídica

<p>Familia Moderno y establecer sus principales características.</p>		<p>familia en sus aspectos personales y patrimoniales en la actualidad.</p>	<p>también los núcleos atípicos.</p>	
<p>as.</p>	<p>Padres Afines</p>	<p>El padre o madre afín es la pareja estable del padre o madre a cargo de la autoridad parental</p>	<p>El padre o madre afín es la pareja estable del padre o madre a cargo de la autoridad parental que participa de dicha autoridad</p>	

<p>Proponer la equiparación de la responsabilidad civil extracontractual de los padres y madres a sus hijos e hijas en relación con los padres o madres afines.</p>	<p>Responsabilidad Extracontractual del padre y la madre.</p>	<p>Deber de resarcimiento que recae en el padre o la madre de una persona menor de edad, por un daño que ha causado su hijo o hija.</p>	<p>Efecto y derecho de un hecho generador proveniente de las obligaciones que surgen de la relación entre padres, madres, hijos e hijas.</p>	<p>Doctrina, normativa y jurisprudencia.</p>
	<p>Padres afines</p>	<p>Categoría otorgada al cónyuge del padre o la madre de una persona menor de edad.</p>	<p>Conjunto de obligaciones y derechos que nacen a partir del reconocimiento de una relación por afinidad entre el hijo o hija de una persona y su cónyuge, quien no es el</p>	<p>Doctrina y derecho comparado.</p>

			progenitor del hijo o hija.	
--	--	--	--------------------------------	--

IX. Alcance y Límites

El alcance tiene aspectos de investigación exploratoria; sobre todo en cuanto corresponde a la experiencia costarricense. Como se mencionó, el trato que ha tenido el tema en nuestro país es bastante escueto, pero la investigación predominantemente explicativa; conforme los objetivos expresados supra, pretende el análisis del fenómeno de la paternidad afín, sus derechos, obligaciones y los alcances de la relación existente, entre la persona menor de edad y el padre o madre afín; pero de manera específica en la figura de la responsabilidad civil extracontractual.

Los límites son determinados por la poca labor investigativa y divulgativa en nuestro país, lo que consecuentemente limita la obtención de datos y la reducción de las fuentes de la investigación.

Lo anterior, genera a su vez la necesidad de recurrir a investigar el derecho comparado para la obtención de ejemplos y doctrina puntual, de la misma forma será necesario efectuar el análisis de las fuentes como dos temas distintos que posteriormente son fundidos en la composición del tema.

Por otra parte, el encasillamiento de un enfoque predominantemente cualitativo en razón de las preferencias de la investigación universitaria en derecho representa a su vez un límite para la investigación, pues la pretensión de este diseño radica en

la obtención de resultados más integrales, pero que se ven limitados por la poca disposición de material documental.

Capítulo Primero: Responsabilidad civil extracontractual por los actos de los hijos e hijas menores de edad.

1. Aplicación de la teoría de la responsabilidad civil a las personas menores de edad.

Es importante tener en cuenta que la Responsabilidad Civil está compuesta por tres elementos esenciales la antijuricidad, la culpabilidad y la necesidad de que exista un daño causado. En la doctrina moderna este elemento a su vez se divide en dos: “Un comportamiento que sirva de criterio de imputación y un resultado lesivo de intereses jurídicamente relevantes³⁹”

Así; podemos indicar que los presupuestos del deber de reparar son los siguientes:

1. La acción
2. Antijuricidad
3. El daño
4. La relación causal
5. El criterio legal de imputación

³⁹ Ver BUERES, *Op. Cit.* p.64

Es con estos presupuestos que se logrará determinar si es exigible el resarcimiento del daño causado. En cuanto al concepto del daño nos apegamos a la construcción de Tamayo Jaramillo la cual indica que “por daño civilmente indemnizable entenderemos el menoscabo de las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial. Es indemnizable cuando en forma lícita es causado por alguien diferente de la víctima”⁴⁰

Pero, primero debemos hablar de los tipos de responsabilidad civil⁴¹, la cual se divide en dos grandes grupos; la responsabilidad civil directa y la responsabilidad civil indirecta; la primera se refiere a la responsabilidad que se tiene por los hechos propios; es decir, por aquellas acciones cometidas por el sujeto; en cambio, la indirecta o por hecho ajeno es la que nos interesa, pues se refiere a la responsabilidad que recae sobre un sujeto por los hechos cometidos por un tercero, sobre el cual el primero tiene algún tipo de injerencia.

El profesor Víctor Pérez indica que, en el caso de personas menores de edad, los factores de atribución son diferenciados; en el caso de las personas menores de edad, los criterios son la causalidad entre la conducta y el daño; antijuricidad y la culpabilidad. Cuando el causante de la conducta sea una persona menor de edad, el autor considera que es necesario establecer si el resultado dañoso fue producto de la energía del niño o de una omisión de sus encargados, también si existió alguna

⁴⁰ TAMAYO JARAMILLO (Javier) Tratado de Responsabilidad Civil, Bogotá, LEGIS, 2007. p.77

⁴¹ Ver, TAMAYO JARAMILLO, *Op. Cit.* p.559

causa de justificación capaz de eliminar la antijuricidad y determinar la existencia de alguna forma de dolo o culpa⁴².

En cambio, la responsabilidad será objetiva cuando “el responsable ha creado una fuente de posibles peligros que en caso de actualizarse produciendo daños generan el deber de resarcirlos”⁴³ en este sentido la sala primera ha manifestado que la responsabilidad objetiva *“La responsabilidad objetiva se conforma básicamente por tres elementos, a saber: a) el empleo de cosas que conlleven peligro o riesgo; b) causar un daño de carácter patrimonial; y c) la relación o nexo de causa efecto entre el hecho y el daño”*⁴⁴ la razón de la aplicación de esta teoría ha sido señalada por la jurisprudencia al indicar que *“es el resultado de una revisión del instituto de la responsabilidad que vino a ser necesaria cuando se tomó conciencia que el molde de la culpa era estrecho para contener las aspiraciones de justicia que clamaban en un mundo cada vez más complejo. Exigencias de la realidad, la multiplicación de los peligros y daños propios de la vida moderna, justificaron que en determinadas situaciones la responsabilidad fuese tratada como un crédito de la víctima”*⁴⁵

A Las actuaciones antijurídicas de las personas menores de edad.

La antijuricidad implica una contradicción entre la conducta y el ordenamiento, de una forma injustificada. No quiere decir que se dé una transgresión a la norma, sino que se da una transgresión al orden jurídico. Esta forma de visualizarlo permite

⁴² PÉREZ VARGAS (Victor), Responsabilidad Civil Extracontractual. San José, Ed. INS. 1984. p.51

⁴³ Ver CIJUL *op.cit.* p.12

⁴⁴ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia número 354 de las 10:00 horas del 14 de diciembre de 1990.

⁴⁵ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia número 1333 de las 10:15 minutos del 2 de noviembre de 2007.

comprender por qué son requeridos los demás elementos de la obligación de resarcir.

Otro considerable por mencionar es que, la antijuricidad queda excluida si el perjudicado consiente el daño, pero esto no aplica si el perjudicado es una persona menor de edad, por lo que en el supuesto en el cual una persona menor de edad cause un daño a otra persona menor de edad con el consentimiento de la segunda, no necesariamente implica la extinción de la responsabilidad. Sino que habrá que analizar el principio de autonomía progresiva, contenido en la Convención de los Derechos del Niño.

En relación con lo anterior cabe destacar que, aunque la antijuricidad se haga presente existe un factor más a tomar en cuenta por parte del juzgador; que involucra la capacidad de legal del agente que comete la acción.

B La responsabilidad de las personas menores de edad.

Bonilla Correa⁴⁶ ha propuesto una serie de requisitos para determinar el alcance de la responsabilidad de una persona menor de edad, así deberán tomarse en cuenta los siguientes aspectos:

- Su condición de sujeto de derechos y responsabilidades.
- Edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales.
- El nivel socioeconómico.

⁴⁶ BONILLA CORREA (Jesús Angel) La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor. Valencia, Ed. Tirant. 2009. p.108

- La correspondencia entre interés individual e interés social.

En el caso específico de la normativa costarricense, las diversas leyes que contemplan a las personas menores de edad hacen divisiones por rangos de edad. La Ley de Justicia Penal Juvenil determina que una persona menor de edad puede ser penalmente imputable a partir de los 12 años; mientras que por otra parte el Código Civil, los considera incapaces hasta la edad de 15 años y en la etapa etaria comprendida a partir de los 15 años y hasta los 18, les otorga una capacidad relativa.

Por su parte el Código de la Niñez y la Adolescencia en su artículo 2 considera que es niño o niña, la persona desde su concepción y hasta los 12 años, a partir de esa edad y hasta los 18 será adolescente. Siguiendo de igual forma el criterio de la Ley de justicia penal juvenil y de la Convención de los derechos del niño. El hecho de la falta de ligamen a esta tendencia respecto del Código Civil puede deberse a una razón histórica, debido a que es una norma anterior a las antes mencionadas.

En este sentido la exmagistrada Eva Camacho se ha referido al tema de la siguiente forma: “Cuando el autor del hecho sea un menor inimputable la responsabilidad será directa por parte de los padres, tutores o guardadores, así como los acogedores que tengan el ejercicio de la guarda”⁴⁷

Es decir, que si la persona menor de edad no tiene los 12 años cumplidos, la responsabilidad será de tipo directa y no indirecta como lo sería en caso de una persona mayor de 12 años pero menor de 18 años y además la exmagistrada refiere

⁴⁷ Ver CAMACHO VARGAS, *op. cit.* p.62

que la responsabilidad no alcanza solo a los padres sino a la persona que ejerza la custodia de la persona menor de edad, sin indicar que esta deba de ser de pleno derecho, lo que lleva a la presunción de que es suficiente con que la responsabilidad parental se ejerza de hecho.

Es necesario aclarar que todas las personas que ostenten alguna de estas figuras solo serán obligadas a responder por los actos de sus pupilos de forma patrimonial, a no ser que se compruebe negligencia de su parte. La custodia de una persona menor de edad será entonces un elemento delimitador de la responsabilidad de las personas menores de edad, pero no un elemento para objetivar la responsabilidad y de igual forma deberá de tomarse el presupuesto de la representación.

Además, respecto de este aspecto cabe mencionar que se debe tener en consideración que en materia Penal Juvenil, la responsabilidad civil no se resuelve en la misma sede, como si ocurre en materia penal de adultos; es decir, el resarcimiento del daño deberá efectuarse en sede civil, cuando el causante de este mismo sea un menor de edad, de conformidad con el artículo 55 de la Ley de Justicia Penal Juvenil.⁴⁸

Así una persona que es mayor de 12 años, pero menor de 15 años, puede ser sentenciado en materia Penal Juvenil, pero para obtener un resarcimiento de tipo pecuniario por el daño causado, la persona afectada debe de dirigirse a la jurisdicción civil para la obtención de la reparación; el cual, es responsabilidad de

⁴⁸ Artículo 55.- Responsabilidad civil. La acción civil para el pago de daños y perjuicios ocasionados por los hechos atribuidos al menor de edad deberá promoverse ante el Juez competente, con base en las normas del proceso civil, independientemente de lo dispuesto en la resolución del Juez Penal Juvenil.

los padres tutores o encargados de la persona menor de edad. Como paradoja, la franja etaria de los doce a los quince años sí es tomada en cuenta para ciertos actos y compromisos procesales⁴⁹

El Código Civil, en su artículo 1047⁵⁰, indica que existe responsabilidad de los padres por los daños causados por su hijo o hija menor de quince años, pero no hace referencia alguna respecto de las personas adolescentes mayores de 15 años, y menores de 18 años, por lo que, en materia civil se cuenta también con dos franjas etarias la de las persona menores de edad, menores de 15 años quienes son considerados para otros extremos como incapaces y la de las personas mayores de 15 años quienes probablemente debido a la capacidad relativa que de previo se les ha sido otorgada, obtienen también una responsabilidad, que en principio pareciera absoluta y no relativa.

Como una excepción, la Ley de Justicia Penal Juvenil en su artículo 127, indica que es posible sancionar a una persona menor de edad por medio de la reparación del daño causado, pero únicamente mediante la prestación directa de trabajo por parte del sentenciado a favor de la víctima. Es claro que la finalidad de esta sanción radica únicamente en el resarcimiento del daño causado, haciendo que implique para él sentenciado o la sentenciada la aplicación de trabajo como una pena, pero a su vez también denota castigo e incapacidad, pues de no ser así, se habría también

⁴⁹ Ver CAMACHO VARGAS, *op. cit.* 56.

⁵⁰ Artículo 1047. 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

admitido el simple pago de lo dañado, algo que se presume los legisladores y las legisladoras no estimaron posible.

En este mismo sentido, podría asegurarse que la finalidad de la pena radica en procurar que el dinero provenga del peculio de la persona menor de edad, sin embargo, como se pudo comprobar a partir del análisis de la jurisprudencia y en específico tal y como lo expresa la persona juzgadora en la sentencia de las 9:15 horas del 12 de abril del 2000 del Tribunal Segundo Civil sección primera.

En algunas ocasiones y mientras no exista una normativa diferente o bien una interpretación diferente; serán terceros inocentes quienes correrán con el daño sin posibilidad de obtener un resarcimiento.

Delgado Calvo, indica que lo más justo sería que, si la persona menor de edad posee patrimonio propio este respondiera con su patrimonio⁵¹ pero en la legislación costarricense, no existe nada que impida que la persona menor de edad repita contra sus padres, incluso por el monto total de la deuda.⁵² Además de conformidad con los artículos 40 y 1047 del Código Civil, es posible dirigir la acción contra la persona menor de edad o bien contra sus padres, de manera indiferente.

Sin embargo, el vacío existente respecto de las personas adolescentes hace necesario que se analicen los elementos de la responsabilidad en su caso puntual,

⁵¹ DELGADO CALVO (Kattia), La responsabilidad de los Padres por los Daños Causados por sus Hijos Menores de Edad, San José, Tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2000, 285.

⁵² Este aspecto es también conocido como solidaridad impropia.

para determinar a ciencia cierta sí es aplicable el mismo criterio de responsabilidad que se utiliza en materia penal a la materia civil.

1. El daño en la responsabilidad de una persona menor de edad.

El daño es, a su vez, el presupuesto principal de la Responsabilidad Civil, “la imputación a un sujeto de un supuesto productor de daños”, la cual finalmente proviene de la reparación como una “exigencia elemental de justicia”.⁵³ Durante muchos años, el elemento del daño requería de la disminución en el patrimonio de la víctima para efectuarse, pero esta concepción ya ha sido superada.⁵⁴

El daño se divide en dos elementos: el elemento de hecho, que implica la lesión, el perjuicio o el menoscabo sufrido y el elemento jurídico, que recae sobre el derecho⁵⁵ que posee la víctima y que se presume sin menoscabo.

La lesión a un simple interés es suficiente para que se compute el daño, es decir, no es necesario que el daño consista en la pérdida de algún derecho. En una acepción más restringida, para la corriente que sigue la antijuricidad se entiende el daño como una lesión o disminución sufrida a un interés legalmente tutelado.⁵⁶

No existe, entonces, respecto de este presupuesto ninguna diferencia en la valoración del daño causado por una persona menor de edad y el daño causado por una persona mayor de edad, por lo que se maneja este presupuesto sin ninguna

⁵³ BEUERES (Alberto). Derecho de Daños. Buenos Aires, Ed. Hammurabi. 1ra edición, 2001, 127.

⁵⁴ Díez Schwerter, Jose Luis, El daño extracontractual, Jurisprudencial y Doctrina. Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997 p.18.

⁵⁵ Ver DELGADO CALVO, *op. cit.* 109.

⁵⁶ Ver DELGADO CALVO, *op. cit.* 109.

diferenciación en los casos en los que el causante del daño sea una persona menor de edad.

2. La comprobación del nexo de causalidad por actos de una persona menor de edad.

En lo que corresponde a la comprobación del nexo de causalidad, este implica la demostración de un nexo entre el actuar del sujeto y el daño, mediante una acción u omisión.

Una vez que se obtiene la comprobación que existe una relación entre el actuar de una persona menor de edad y que debido a esta actuación se causa un daño, se puede dar por cumplido a cabalidad este elemento; sin embargo y de conformidad con la jurisprudencia citada⁵⁷, es notorio que al momento de la etapa probatoria y del cumplimiento del resarcimiento, la claridad de la afirmación anterior parece no ser tan específica como en la teoría.

Por ejemplo, en la sentencia número 91 de las 9:30 minutos del 2 de marzo de 2001, dictada por el Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda de la Corte Suprema de Justicia uno de los argumentos de la parte recurrente radica en qué *“se condena a quien no tiene bienes”* y es justo dónde implica un problema para la víctima, quien no encuentra real resarcimiento cuando quien causa el daño es una persona menor de 18 años pero mayor de 15 años, pues como en esta sentencia, condena únicamente a la persona menor de edad quienes comúnmente no poseen patrimonio propio para responder, generando así que la víctima no encuentre

⁵⁷ Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia número 91 de las 9:30 minutos del 2 de marzo de 2001.

resarcimiento al daño causado, pese ha habido comprobación de todos los supuestos, incluyendo el nexo de causalidad.

También la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en sentencia número 918 de las 9:30 minutos del 8 de septiembre de 2016 acepta la Sala Primera la afirmación antes dicha al indicar que *“los menores son casi siempre insolventes”* así como que el artículo 1047 *“establece una responsabilidad objetiva (exclusiva) de los padres (tutores o guardadores) de los menores de 15 años en razón de los daños que estos causen”* ratificando de esa forma, la importancia de la comprobación del nexo de causalidad.

3. Particularidad del presupuesto de la culpa en los casos de responsabilidad de personas menores de edad.

Entenderemos que la culpa “consiste en un error de conducta, en aquello que no habría cometido una persona prudente y cuidadosa”⁵⁸ es decir; existiendo buena fe por parte del actor este comete una acción u omisión que genera un daño. El presupuesto de la culpa tiene implícito el deber de previsión de los resultados dañosos y cuestiona la capacidad de discernimiento de una persona.

En el caso de las personas menores de edad, ya en todo caso, sus capacidades físicas y mentales se encuentran cuestionadas, por lo que el elemento de la culpa va a tener un mayor peso.

Cabe indicar en este punto la diferencia entre capacidad de actuar y capacidad extracontractual. La primera se adquiere únicamente con la mayoría de edad,

⁵⁸ Ver BUERES, *op. cit.* p.321.

mientras que la capacidad extracontractual se adquiere al cumplir los 15 años⁵⁹ de conformidad con el 1047 del Código Civil y en razón del límite que el artículo mencionado coloca a la responsabilidad de quien tenga a su cargo a la persona menor de edad, se ha interpretado, como vimos anteriormente, que sí la persona pese a ser menor de edad es mayor de 15 años, responde de forma directa por sus propios actos.

Es la misma tesis, que hasta la fecha maneja la jurisprudencia nacional⁶⁰. Sin embargo, esta práctica jurídica ha sido criticada justamente por lo apelado en las sentencias nacionales, respecto de que, la persona menor de edad, en la mayoría de los casos, carece de patrimonio suficiente para resarcir los daños causados al tercero, por lo que eximir a tan temprana edad a los responsables de la persona menor de edad genera indefensión.

Podría entrarse en la discusión respecto de qué en la normativa costarricense las personas mayores de 15 años pueden ejercer su derecho al trabajo de forma libre por lo que sí podría esperarse que cuenten con algún tipo de patrimonio propio e incluso, la realización de ciertos trabajos para la persona perjudicada es una forma válida de pago, de conformidad el artículo 36 de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales Juveniles.

La solución podría estar en evaluar el grado de dependencia de la persona menor de edad, respecto de sus padres y en concordancia con el principio de autonomía

⁵⁹ PÉREZ VARGAS (Victor) *Responsabilidad Civil Extracontractual* . San José.INS.1984. 95-96.

⁶⁰ En este sentido ver la sentencia #158 de las 9:15 del 12 de abril de 2000 del Tribunal Segundo Civil, Sección Primera.

progresiva consagrado en la Convención de los Derechos del Niño, pero ahondar en este tema corresponderá a otra investigación.

En este mismo sentido, Víctor Pérez, hace referencia a que la implicación directa que tiene el hecho de responsabilidad a una persona mayor de 15 años es la del reconocimiento de su capacidad cognoscitiva y volitiva con referencia al marco de lo ilícito. Generando un ligamen entre la capacidad de entender y los supuestos de la responsabilidad subjetiva.⁶¹

El Código Civil no hace referencia a la imputabilidad o inimputabilidad de personas menores de edad, sino que son juzgadas según su capacidad; de conformidad con este criterio, existen personas menores de edad capaces de culpa y otras no capaces de culpa, algo que a su vez es fijado por los criterios de “querer” y “entender”.⁶²

Otro aspecto que debe ser considerado, es que la culpa es dividida por la doctrina de la responsabilidad en culpa por hecho propio, que se caracteriza por una autoría directa o indirecta en el hecho generador de la pérdida del objeto⁶³ y la culpa negligente, la cual es una infracción al esquema de conducta propuesto por el ordenamiento⁶⁴.

Existe una división doctrinaria respecto de quienes se decantan por la existencia de “culpa in vigilando” y la existencia de “culpa in educando”, sin embargo, esa es una

⁶¹ Véase *supra*, nota 18. p.48.

⁶² CAMACHO VARGAS (Eva), La Responsabilidad Civil Extracontractual de la persona menor de edad, padres, tutores y guardadores desde un enfoque familiar 2008, 54

⁶³ Ver BUERES, *op. cit.*, p.333.

⁶⁴ Ver BUERES, *op. cit.*, p.334.

discusión que actualmente se podría considerar superada, pues justamente se quiere con esta tesis demostrar que los padres o encargados, responden más allá de la culpa, por las obligaciones que les otorgan los atributos de la autoridad parental.

Sin embargo, mientras se conserve la normativa de la forma en como está, debemos afirmar que el padre y la madre, así como cualquier otra persona que obtenga un vínculo parental de este tipo y solo bajo el análisis del presupuesto específico de la culpa, permanece la culpa “in educando” para las figuras antes mencionadas.

Otras tesis como las de los autores V. Colin y Capitant.⁶⁵ y a Brenes Córdoba⁶⁶, a las cuales hace mención Víctor Pérez apuntan a que la responsabilidad del padre o encargado respecto del actuar y daño causado por una persona menor de edad, responden a las obligaciones de la responsabilidad en cuanto, a qué, en su mayoría las personas menores de edad carecen de bienes, por lo que la razón de responsabilidad está relacionada con la finalidad de la sanción, qué es reparadora.

Lo cierto es que el presupuesto de la culpa se encuentra contemplado en el artículo 1047 del Código Civil y es bajo el cual podría resultar responsable en concurrencia con una persona menor de edad sus padres, tutores o encargados, pero corresponderá analizarla más adelante.

⁶⁵ COLIN Y CAPITANT, Curso Elemental de Derecho Civil, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1960. T.3.Supra 16. p.777

⁶⁶ BRENES CÓRDOBA (Alberto), Tratado de las obligaciones y contratos, Imprenta Trejos Hermanos, San José, 1923. Supra 18, p.343.

La obligación de resarcir se separa de la existencia de un simple deber de no dañar; el deber de no causar un daño siempre existe y está dado con el afán de generar protección a los bienes y derechos de otras personas. La obligación de resarcir difiere de ser un deber, pues el mismo fue previamente transgredido; por lo que se independiza. El resarcimiento no nace con la transgresión, sino que nace con la generación del daño, por lo que son independientes.

Tanto Bueres⁶⁷ como Jaramillo⁶⁸ señalan, que existen casos en los que es necesario aplicar la llamada teoría de la prestación de la culpa, esta consiste en degradar la culpa según el grado de exigencia al deber de cuidado, rescatamos el uso de esta pues el tema a tratar permite ejemplificar de mejor manera la responsabilidad por acto ajeno, la cual retomaremos.

En este punto, lo que cabe rescatar es, que esta teoría señala que “todo aquel que comete una culpa debe responder por el daño que por ello se sigue a otro”⁶⁹; hecho que ha sido titulado por la doctrina como “prestar la culpa” y proviene de Roma, en donde se consideraba como culpa leve la inobservancia de los deberes que debían de ser guardados por el *pater familiae*.

El criterio de imputación para la determinación de existencia de responsabilidad en el caso de personas menores de edad es la culpa. Sin embargo, para algunos autores existe una obligación de reparar impuesta por criterios objetivos con independencia de la culpa⁷⁰, en este supuesto la culpa es remplazada por la noción

⁶⁷ Ver BUERES, *op. cit.*, p.341.

⁶⁸ Ver TAMAYO, *op. cit.*, p.194.

⁶⁹ Ver BUERES, *op. cit.* p. 341.

⁷⁰ Berrocal Lánzarot, Ana Isabel. La responsabilidad civil de los padres por los actos de sus hijos.

de riesgo, ocurre bajo el supuesto de la puesta en marcha de una actividad lícita pero riesgosa y dicha actividad se le puede imputar a un determinado agente.

Siguiendo este supuesto, una parte de la doctrina española⁷¹ ha indicado que el simple hecho de ser padre o madre, tutor, tutora, encargada o encargado de una persona menor de edad, llevaría a la obligación de responder por el daño que cause una persona menor de edad a su cargo y que, desde este criterio la causal de la responsabilidad de esta persona no recae en la culpa in educando, como se sostuvo por muchos años, sino por el simple riesgo que implica el tener esta posición de garante.

Al sujeto se le achaca responsabilidad por el hecho cometido por otra persona, para el posicionamiento anterior; el fundamento, radica en que “el responsable ha creado una fuente de posibles peligros, que, en caso de actualizarse produciendo daños, generan el deber de resarcirlos”⁷².

Es lo que se ha señalado en España al indicar que “los padres crean riesgo de que sus hijos dañen a terceros mientras que sean menores”⁷³ e igual sentido parece llevar la jurisprudencia más moderna en Costa Rica, en específico la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en sentencia número 918 de las 9:30 minutos del 8 de septiembre de 2016 cuando indica respecto del artículo 1047 del Código Civil

2009. p.18.

⁷¹ Idem.

⁷² CIJUL. *Centro de Información Jurídica en Línea* . 21 de mayo de 2016. www.cijulenlinea.ac.cr.

⁷³ Ver, BERROCAL LANZAROT, *op cit*, p.16.

que “establece una responsabilidad objetiva (exclusiva) de los padres (tutores o encargados) de los menores de 15 años en razón de los daños que causen.

Sin embargo, en las otras sentencias consultadas⁷⁴ y como lo indica Tamayo Jaramillo⁷⁵, se ha dejado que no es viable la aplicación de un criterio objetivo en razón de que la redacción del artículo 1047 del Código Civil, no permite tal interpretación y que, en todo caso, únicamente en los casos en los que la ley de forma expresa indique que es viable la aplicación de la responsabilidad objetiva, es que esta puede aplicarse.

El análisis de estas se ha efectuado únicamente en casos en los que la persona causante del daño sobrepasa los 15 años, no fue posible encontrar durante la consulta sentencias en las cuales se efectuara el mismo análisis respecto de la responsabilidad del padre y la madre de personas menores de 15 años.

C Solidaridad entre las personas responsables de los actos de una persona menor de edad.

Como cualquier otra deuda, el deber de resarcir puede ser solidario o mancomunado; en relación con lo que interesa en esta investigación se analizará la solidaridad, pues, este principio rige las obligaciones extracontractuales donde la responsabilidad de este tipo de obligaciones recae sobre quienes participan.

El resarcimiento implica, regresar al afectado en la misma condición que se vio perturbada con el hecho dañoso⁷⁶ y cuando esto no fuera materialmente posible al

⁷⁴ Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, número 91 de las 9:20 del 2 de marzo de 2001 y Tribunal Segundo Civil, Sección Primera número 158 de las 9:15 del 12 de abril de 2000.

⁷⁵ Ver, TAMAYO JARAMILLO, *op. cit.* p.197.

⁷⁶ Ver DELGADO CALVO, *op. cit.* p.135.

pago de un monto pecuniario que permita al dañado el seguir adelante con su pérdida; algo que en el caso de presentarse un daño considerable tendría pocas posibilidades ser cubierto en su totalidad por una persona menor de edad; mucho menos si se toma en consideración que el patrimonio de las personas menores de edad, comúnmente se confunde con el patrimonio familiar.

Estaríamos entonces frente a una obligación por acto ajeno. Esta responsabilidad de carácter reflejo, en la esfera de la extracontractualidad puede prescindir de que aquel que ejecuta la acción, se encuentre ligado a la persona sobre la cual pesa la responsabilidad, por medio de una relación o vínculo en el cual la persona menor de edad sea dependiente de la persona sobre la cual recae esa responsabilidad.

Es decir, basta con que el primero tenga algún grado de responsabilidad sobre el daño causado y que el nexo causal así lo demuestre, para que la responsabilidad recaiga sobre quién debe responder civilmente por el daño causado.

Por ejemplo, si un niño o niña causa un daño, la persona adulta que ejerce el cuidado en el momento es quien tiene responsabilidad civil frente al tercero que sufre el daño, sin necesidad de que la relación que exista entre la persona menor de edad y la persona adulta sea el padre, madre o tutor; pero el padre madre o tutor será también responsable frente al tercero por el mismo daño que causó el niño o niña.

Así sostiene Bueres que: “el deber de responder reflejo o indirecto de garantía por el actuar ajeno deja de ser tal y da paso, se transforma en una obligación de seguridad, que funciona con carácter secundario respecto de la prestación principal y cuya transgresión engendra una responsabilidad contractual y directa del deudor”

⁷⁷; lo anterior implica que se da una transformación de la responsabilidad indirecta a una responsabilidad directa con el simple hecho de la declaración de un tercero ajeno a la acción, pero que de alguna manera posee una relación con el agente, la cual genera culpa por parte del obligado civil al resarcimiento del daño que en principio era indirecto y extracontractual, pero se convierte para dicho obligado en directo y contractual, debido a la posición de garante que posee.

Además de los elementos antes descritos, existen una serie de supuestos que deben de ser tomados en consideración en el momento de delimitar la responsabilidad de un sujeto, en cuanto lo que se refiere a la responsabilidad civil extracontractual indirecta, la doctrina señala de forma puntual los siguientes:

- La capacidad de actuar; este punto es fundamental importancia, cuanto refiere a nuestra investigación, el artículo 1047 del Código Civil indica:

“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.”

En este aspecto cabe destacar que se otorga capacidad plena para responder civilmente por sus actos a las personas menores de edad, pero mayores a los 15 años, mientras que, por las personas menores de 15 años, el padre y la madre tendrán la obligación de responder.

No indica si la obligación del padre y la madre es solidaria o no; podría entonces, de conformidad con la interpretación que se brinde a la norma, considerar al padre y a la madre como responsables en forma solidaria, esta

⁷⁷ Ver BUERES, *op. cit.* p.458.

última es la interpretación que a nuestro criterio es la más acertada, pues es posible repetir en contra de la madre o el padre de una persona mayor de quince años.

- El resarcimiento: es el componente de hecho del efecto jurídico.
- La obligación resarcitoria: es efecto jurídico que surge del hecho.

La aplicación de la solidaridad de los padres y otras figuras⁷⁸, como los tutores, guardadores, encargados, jefes de trabajo o los jefes de colegios o escuelas; no tiene un fundamento del todo claro, pero se ha justificado a partir de la falta de patrimonio suficiente para el resarcimiento del daño por parte de una persona menor de edad⁷⁹; también se ha señalado a la culpa *in vigilando* como la causa de tal fundamento y a la carencia de capacidad jurídica absoluta por parte de las personas menores de edad.

De conformidad con el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño, deberá de interpretarse en favor del mejor interés de la persona menor de edad.

Lo anterior, no implica que el derecho de la persona menor de edad debe de ser soportado por la víctima, por lo que lo ideal es que se encuentre una interpretación de todas las normas que resulte en la aplicabilidad conjunta de esta y en específico, en la responsabilidad de las personas adultas que poseen personas menores de edad bajo su cargo, cuidado y educación.

⁷⁸ En este sentido ver los artículos 1047 y 1048 del Código Civil.

⁷⁹ Sala Primera, número 918 de las 9:30 horas del 08 de septiembre de 2016. Y ver, PÉREV VARGAS, *op.cit.*, p.96.

Será necesario aplicar el juicio de razonabilidad, dónde en primer término se analiza la llamada “*razonabilidad técnica*” dónde se examina la norma en concreto y una vez establecido que esta es la norma más adecuada se determina la proporcionalidad entre el medio y el fin, aclarando que “*es necesario, además, verificar la índole y el tamaño de la limitación que por este medio debe soportar un derecho personal*” tal y como lo indica la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia número 732 de las 12:24 del 26 de enero de 2001.

II. Figuras de aplicación de la solidaridad.

Cuando se aplica la llamada teoría del riesgo creado; “es licito poner un riesgo en acción”⁸⁰ pero esta licitud, deja de tener relevancia en el momento en que el riesgo resulta en un acto dañoso o en la certeza de que así sería, la teoría del riesgo pretende dejar cubiertos aspectos posibles de transgresión de un bien jurídico tutelado. No se desencadena la ejecutoriedad de responsabilidad, sino hasta que se obtenga una certeza de daño.

El artículo 1047⁸¹ del Código Civil, concede la responsabilidad de responder por parte de los padres y otras figuras cuando la acción que genera el daño es causada por una persona menor de quince años; es decir, a partir de los quince años la persona menor de edad responde por si misma, en cuanto se refiere a los actos propios; pero si los actos son personalísimos⁸², lo anterior no se aplica.

⁸⁰ Ver BUERES, *op. cit* p.458.

⁸¹ Artículo 1047: 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.

⁸² Ver CAMACHO VARGAS, *op. cit* p. 57.

La exmagistrada Eva Camacho Vargas lleva razón⁸³, en cuanto a qué las personas menores de dieciocho años y mayores de quince años responderán por sí mismos; pero, se debe agregar que es aplicable solo en los casos en los que la persona menor de edad posea un patrimonio propio; es decir, que el patrimonio de quien causa un daño no puede estar confundido con el resto del patrimonio familiar, en vista de que este no entra a responder cuando la persona es mayor de 15 años, sino solo cuando es menor de esa edad.

Fuera del supuesto de independencia patrimonial, en amparo al principio del interés superior del niño, en la garantía legal del reparo a los daños causados y en que nada impide que la persona menor de edad pueda repetir contra sus padres y viceversa; una vez resarcido el daño, los padres podrán ser llamados a un proceso para responder por los daños causados por una persona menor de dieciocho años, pero mayor de quince, sin embargo, no encontramos en la búsqueda de sentencias ninguna que hasta ahora contenga u supuesto como el antes descrito.

Lo anterior sería posible si se contara con los siguientes presupuestos: que primero se demuestre la confusión entre el patrimonio propio y el patrimonio familiar, lo cual es común debido a que en todo caso las personas menores de edad no tienen disposición absoluta de sus bienes para su administración.

Sin embargo, es común para alguna parte de la población, que los y las adolescentes mayores de quince años colaboren de algún modo con el patrimonio

⁸³ Ver CAMACHO VARGAS, op. cit p. 57.

familiar; no necesariamente mediante un aporte pecuniario sino muchas veces con la realización de trabajos no remunerados.⁸⁴

Por otra parte, es claro que, en el supuesto de aplicar la responsabilidad exclusiva a una persona menor de edad, podría resultar en una lesión de sus derechos; pero además también podría transgredir el derecho de un tercero a la consecución de la reparación del daño de conformidad resolución del Tribunal Segundo Civil, Sección Primera número 158 de las 9:15 del 12 de abril de 2000⁸⁵. En la mayoría de los casos los y las adolescentes carecen de un patrimonio para responder y además están vetados del mercado laboral; lo que hará muy difícil que se consiga en el corto tiempo una forma; al menos pecuniaria de resarcir el daño.

Esto generaría que en la mayor parte de los casos el causante se declare insolvente y el daño nunca llegue a ser reparado, lesionando así el artículo 41 de la Constitución Política y alertado mediante sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, número 918 de las 9:30 del 08 de septiembre de 2016, ya aquí mencionada.

En un sistema objetivo bastaría determinar el sujeto que ejerce la guarda para determinar la figura que tendrá que compartir junto con el menor de edad, sin

⁸⁴ INEINA. 2012. «Identificación de personas menores de edad que laboran en espacios públicos abiertos en el distrito central del cantón de Heredia y las instalaciones del CENADA en el distrito de Ulloa.» Último acceso: 14 de Noviembre de 2018. p.6.
https://www.heredia.go.cr/sites/default/files/informe_final_trabajo_infantil_municipalidad.pdf.

⁸⁵ Tribunal Segundo Civil, Sección Primera número 158 de las 9:15 del 12 de abril de 2000.

necesidad de determinar la culpa del sujeto⁸⁶, en el caso de una familia donde ambos padres conviven con la persona menor de edad, podrá dirigirse contra la madre o el padre, quien de resultar obligado al pago podrá dirigirse en acción de repetición contra su cónyuge⁸⁷ e incluso, mediante capitulaciones matrimoniales es posible determinar quién se hará cargo de las deudas en las que puedan incurrir los hijos⁸⁸, es significativo aclarar que lo anterior será aplicable a bienes individuales y no gananciales.

En la normativa costarricense existe la denominada facultad de moderación, la cual podrá ser aplicada por el juzgador; esta facultad es discrecional y deberá de ser evaluada en cada caso. Corresponderá al juez de instancia valorar las circunstancias de cada caso y decidirse por su aplicación. Lo anterior no constituye un mandato para el juzgador, y esta facultad; justamente por su discrecionalidad no está sometida a ninguna regla respecto al mandato de su uso, tal y como indica la exmagistrada Eva Camacho Vargas⁸⁹ “el ejercicio de la facultad de moderar, como la misma palabra lo hace entender es libre y no está sometida a compeler al juez a utilizarla siempre”

La moderación puede proceder:

- Cuando el monto supere lo previsto para el grado de diligencia.

⁸⁶ Ver CAMACHO VARGAS, op. cit p.60.

⁸⁷ En este sentido ver el artículo 1296 del Código Civil.

⁸⁸ Ver DELGADO CALVO, op. cit. p.181

⁸⁹ CAMACHO VARGAS, p. 76

- Actos ilícitos realizados por “grandes menores” por los que tengan que responder los titulares de la patria potestad o los guardadores legales.

La exmagistrada Eva Camacho Vargas, refiriéndose a la Ley Penal Juvenil, pero en relación con otras leyes y normas, indica que esta ley en particular olvida regular los intereses de la víctima y desaparece la pieza de la Responsabilidad Civil, pero que, además; una persona menor de edad, pero mayor de doce años no es considerado en materia penal, con los mismos criterios que se aplican para la consideración en materia civil de una persona menor de edad, pero mayor de 15 años⁹⁰.

Es decir, la responsabilidad de las personas menores de edad se considera a partir del nivel de exigencia para “un buen muchacho de su edad” y la de “un buen padre y madre” en el caso de los demás⁹¹, ambos conceptos, son jurídicamente indeterminados y dejados a la subjetividad de la persona juzgadora, en el aspecto de los valores que pueda considerar siempre y cuando sean acordes a los límites normativos de conformidad con el artículo 10 del Código Civil.

Pero hay otro aspecto a considerar, y es que; la redacción del legislador al implementar el artículo 1047 del Código Civil, se hizo pensando en la familia nuclear tradicional; donde ambos padres responden por los daños causados por sus hijos o hijas, ambos padres poseen todos los atributos de la autoridad parental y los ejercen de formas iguales; al menos en principio y es por esto que es necesario hacer el análisis factico antes indicado de la razonabilidad y proporcionalidad, para que al momento de la aplicación de la norma deben también de ser considerados el

⁹⁰ Ver CAMACHO VARGAS, op. cit p.181.

⁹¹ Ibid.

contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social, tal y como lo indica el artículo 10 del Código Civil.

Mientras que, en el caso de las familias ensambladas, estos roles al no estar del todo definidos no son tan claros; por ejemplo, Delgado Calvo⁹² considera que el ordenamiento jurídico costarricense libera al padre de su responsabilidad en el caso de que este no habite en la misma casa que su hijo o hija. Según esta apreciación, en la práctica, el sistema jurídico costarricense encuentra en la ausencia del padre o la madre, una justificación para eximirle de la responsabilidad que podría tener por los actos de sus hijos o hijas.

Lo anterior, equivale a decir que el ordenamiento jurídico costarricense utiliza como criterio de imputación para la responsabilidad civil extracontractual la teoría de la culpa “in vigilando” en cuanto se refiere al requisito de habitar en la misma casa.

Por lo que será relevante entrar a considerar también el elemento de la custodia con el afán de analizar el criterio de habitación. En principio, la autoridad parental se ejerce de forma conjunta de conformidad con el artículo 151 del Código de Familia; pero en caso de las familias ensambladas, la custodia, estará solo a cargo del padre o de la madre. En concordancia con el artículo antes mencionado, el artículo 1047 del Código Civil, es bastante claro al indicar que “Los padres son responsables del daño causado por sus hijos menores de quince años **que habiten en su misma casa...**” lo que hace parecer que el padre o madre que no habite con la persona menor de edad estará exento de responsabilidad.

⁹² Ver DELGADO CALVO, *op. cit.* 286.

En la normativa española, por ejemplo, la figura de la solidaridad se encuentra contenida en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de Menores⁹³ y el carácter primordial de la intervención es de tipo educativa por lo que el elemento que se utiliza para la determinación de la responsabilidad de los padres es la guarda.

De conformidad con esta normativa los padres de una persona menor de edad que sea mayor de catorce años responden de forma solidaria en conjunto con la persona menor de edad; se hace la salvedad de que en caso de comprobar que no exista por parte del padre y la madre dolo o negligencia grave, la responsabilidad podrá ser moderada por la persona que juzgue.

1. Padres y Madres

Hasta ahora y de conformidad con la normativa consultada, podemos indicar que para que el padre o la madre de una persona menor de edad, tengan el deber de reparar un daño causado por su hijo o hija, es necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Que el hijo o hija sean personas menores de edad.
- Poseer los atributos de la responsabilidad parental.
- Tener la custodia de la persona menor de edad.
- Que la obligación no se extienda a otras figuras.

⁹³ *Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de Menores*. Madrid: Cortes Generales, 13 de enero. 2001.

La tesis que se utilizaba en el momento histórico en el cual entra en vigencia el código civil costarricense era, probablemente, la de la culpa “in vigilando” o la culpa “in educando”.

Víctor Pérez también señala que existe una división doctrinaria respecto de quienes se decantan por la existencia de “culpa in vigilando” y la existencia de “culpa in educando”⁹⁴ pero que existe también otra tesis apuntan a que la responsabilidad del padre o encargado respecto del actuar y daño causado por una persona menor de edad, responden a las obligaciones de la responsabilidad de los atributos de la responsabilidad parental.

En la actualidad la tesis de la culpa “in educando” ha quedado descartada desde argumento que, de ser así, el padre y la madre seguirían siendo igualmente responsables una vez que la persona alcance su mayoría de edad; por lo que la misma ha quedado prácticamente descartada⁹⁵.

Actualmente, se considera que el deber del padre y de la madre, de responder recae más bien en una obligación determinada por ley y justificada por los atributos de la autoridad parental, específicamente en cuanto se refiere a personas menores de 12 años de conformidad con la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia número 918 de las de las 9:30 del 08 de septiembre de 2016.

Sin embargo, en la actualidad sería un poco ingenuo sostener que existe un solo tipo de composición familiar y por ende un solo tipo de padres y madres, por lo que

⁹⁴ Véase *supra*, nota 18. p.51

⁹⁵ Ver BUERES, *op. cit.* p.560

entraremos a conocer de forma específica las responsabilidades, de conformidad con el tipo de padre y madre. Se hace la salvedad de que también se reconoce el monoparentezco, pero, al recaer la parentalidad en una sola persona, es evidente que no existe conflicto respecto de la responsabilidad.

a) *Padres y madres biológicos*

El artículo 1047 del Código Civil no hace referencia a distintos tipos de padre o madre, sino que solo menciona la palabra padre; pero la parentalidad tiene diversas fuentes, la más común hasta la fecha es la parentalidad biológica, su responsabilidad nace a partir de la filiación, que es sustentada en un vínculo de tipo consanguíneo.

De conformidad con el artículo 69 del Código de Familia, el matrimonio dará lugar a la presunción de la filiación, pero también lo serán los hijos o hijas habidas fuera del matrimonio, pero declarados como tales en el momento de la inscripción ante Registro Civil. Para esta investigación sin embargo, es importante tener presente el concepto de Filiación Social, que es la relación que existe entre el padre y madre con su hijo o hija y no está fundamentada en la consanguineidad sino que es creada por el contacto, afecto y amor⁹⁶ pero tiene la particularidad de que debe de ser aceptada y reconocida por ambas partes, es decir por el padre y la madre, pero también por el hijo o hija, tal y como se puede extraer del caso *Gelman vs Uruguay*.⁹⁷

⁹⁶ Alvarado Condega, Ruth Delia y Cabezas Chacón, Vivian María. 2012. Filiación Social: En Costa Rica constituye parte del bloque de Derechos Humanos fundamentales de la persona menor de edad el permanecer en su filiación social cuando se está cuestionando su filiación biológica. Seminario de Graduación para optar por el Título de Licenciadas en derecho. San Ramón, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. p.110.

⁹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de febrero de 2010. *Gelman c/ Estado de Uruguay*.

Caso en el cual se declara la responsabilidad de Uruguay en la desaparición de una mujer y una persona menor de edad y hace referencia específica al daño producido en la integridad de la persona a través de la violación de su derecho a la identidad, específicamente en el punto “C” de la resolución del caso antes mencionado conde la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refiere a “la sustracción y supresión de la identidad de la niña” mostrando el grave daño en la identidad que puede tener una persona cuando se le lesiona su derecho de identidad.

b) Padres y madres por adopción

Al igual que en la filiación por consanguineidad, el Código de Familia prevé la posibilidad de la adquisición de filiación por medio de la adopción, este tipo de filiación no se adquiere por consanguineidad sino por medio de un proceso jurídico, de conformidad con el artículo 102 del Código de Familia, la filiación por adopción tiene las mismas características de la filiación de tipo consanguíneo, excusando la forma de adquisición, pero para los demás efectos, los hijos o hijas que adquieran el status de filiación por medio de la adopción serán jurídicamente iguales a los hijos e hijas consanguíneos.

Sin embargo, la adopción en nuestro país; de conformidad con el mismo artículo antes citado, en su inciso “b”, tiene la característica de que la persona adoptada se desvincula de forma absoluta de su familia consanguínea, con excepción del caso en el cual la adopción sea del hijo o hija del cónyuge, en el cual si persistirá el vínculo con la familia de madre o padre consanguíneo y se creará el vínculo restante con la familia de su padre o madre por adopción.

Así, es posible apreciar que en caso de que no exista filiación por parte de hijo o hija del cónyuge, un padre o madre afín podrá, por medio de la figura de la adopción generar el reconocimiento del vínculo parental.

c) *Padres y madres afines*

Dicho lo anterior, se reduce la falta de reconocimiento del vínculo parental entre hijos e hijas afines, en relación con sus padres o madres afines, únicamente a las personas que posean una filiación. Sin embargo, cabe destacar que, en el caso de los padres y madres afines, al igual que respecto de otras figuras de parentela por afinidad, no es la filiación la que determina la existencia de una relación de tipo parental, sino el vínculo que se genera a partir de una serie de elementos, presentes en las relaciones por afinidad.

Veamos un ejemplo, los suegros y las suegras, son una relación de parentesco por afinidad con la diferencia de que sobre este si hay un reconocimiento, esta relación se adquiere a partir de la existencia de un matrimonio o unión de hecho; para que tenga capacidad de generar efectos jurídicos.

Al tratarse de relaciones interpersonales, los vínculos entre hijos e hijas afines, respecto de sus padres o madres afines, no siempre es el mismo, en algunas familias el padre o madre afín hace la sustitución casi absoluta de un padre o madre que se encuentra ausente, es decir, de hecho, asumen todas las obligaciones de un padre o una madre, no así los derechos. En otras familias, los padres o madres afines pueden tener un vínculo de parentalidad inclusive cuando hay participación del padre o madre no afín; una situación comparable a la del padrinazgo que se

asume en el bautizo, donde hay una relación similar al de la parentalidad, que genera un vínculo, deberes y obligaciones para las partes.

2. Tutores

Además, existe la posibilidad de que otras personas distintas al padre y la madre, puedan tener responsabilidad por los actos de alguna persona menor de edad, como lo es el caso de los tutores. El artículo 1047 del Código Civil le confiere al tutor la misma responsabilidad que a los padres, por lo que la responsabilidad civil recae de igual forma en los tutores que en los padres, los atributos de la autoridad parental son trasladados al tutor debido a la imposibilidad de sus padres en el ejercicio de estos. No obstante, es necesario para que exista responsabilidad por parte del tutor que exista una declaración judicial de la figura.

3. Guardadores

Otra figura contemplada por la normativa de familia y mencionada de forma explícita en el artículo 1047 del Código Civil, que podría tener responsabilidad por un acto de una persona menor de edad es el guardador. La figura del guardador se ha definido como “el encargado o guardador es alguien que ejerce funciones propias de sus padres en ausencia de estos”⁹⁸.

El argumento que otorga responsabilidad a los guardadores radica en una guarda de hecho por ejemplo en la legislación española⁹⁹, el guardador de hecho tiene

⁹⁸ Ver DELGADO CALVO, *op. cit.* p. 235.

⁹⁹ Ver BERROCAL LANZAROT, *op. cit.*, p.22

responsabilidad solidaria con el menor si se logra demostrar que existe por parte del guardador negligencia o culpa “in eligendo” en conjunción con falta de vigilancia.

Existe además en esta legislación una figura de guarda administrativa y el llamado acogimiento residencial o familiar.¹⁰⁰

En caso de que se analice la determinación de responsabilidad civil de una persona guardadora, la delegación de las funciones que tiene el guardador civil será determinante, así en el caso de esta figura, por su naturaleza, la guarda y sus funciones son las más determinantes.

En España, por ejemplo, la figura del guardador, rigen las mismas normas que se aplican al tutor; siempre y cuando sus actuaciones puedan equipararse a las de tutor. Para que exista responsabilidad por hecho ajeno, basta con que exista una relación de dependencia y la presencia del presupuesto de la culpa o negligencia.

Respecto de la figura de la guarda de hecho, el autor Pantaleón Prieto, sostiene que “de no darse las reglas que definen la responsabilidad por hecho ajeno, pero asumiendo de forma voluntaria y transitoria la guarda de un menor ante una actuación dañosa, podríamos encontrarnos ante una responsabilidad por culpa propia”¹⁰¹

Sin embargo, a diferencia de la legislación costarricense, la legislación española contempla dentro de la figura de la guarda, la guarda administrativa o la figura del

¹⁰⁰ Ver CAMACHO VARGAS, *op. cit.* p. 60

¹⁰¹ PANTALEÓN PRIETO, (Ángel Fernando). Responsabilidad civil extracontractual. Responsabilidades por los daños causados por menores no emancipados. Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. Madrid. Número 6, 1984, pp.1979-1990.

acogimiento residencial o familiar de la diferenciación, radica en la intención de regular relaciones humanas propias de la solidaridad; en este caso de una persona menor de edad.

Pero lo más interesante respecto del tema que compete es que en este tipo de guardas de la legislación española, se aplica en este caso una nueva concepción de los atributos de la responsabilidad parental que es vista como un poder-deber¹⁰².

En nuestro país y de conformidad con el artículo 1048 del Código Civil, es posible que la custodia de personas menores de edad se delegue a otras personas adultas diferentes de los padres, quienes podrían resultar responsables por los daños causados por las personas menores de edad, que se encuentren bajo su custodia en el momento de la consecución de los hechos.

Debido a lo anterior, se hace necesario que se analice la figura del padre y madre afín como guardadores de las personas menores de edad, a continuación; cabe indicar que la determinación de las consecuencias jurídicas de la participación de los padres o madres afines en la vida de las personas menores de edad se efectuará más adelante, en el capítulo que le corresponde.

a) *Los padres afines como guardadores.*

Partiendo de que la distribución de funciones en el ejercicio de la patria potestad es de cierta manera compartida entre los progenitores o tutores y terceras personas¹⁰³. Existe una parte de la doctrina que considera que al padre o madre afín es posible

¹⁰² Ver CAMACHO VARGAS, *op. cit.* p.60.

¹⁰³ Ver CAMACHO VARGAS, *op. cit.* p.60.

aplicársele la figura del guardador, de igual forma como se hace a los directores de colegio y a los patronos, por tener un vínculo específico con las personas.

Sin embargo, como se dijo anteriormente, la aplicación de la responsabilidad a estas figuras o a cualquier otra persona que ejerza los atributos de la guarda de una persona menor de edad en el momento de generar un daño, recae en una responsabilidad de tipo contractual; así los padres y madres también lo serán debido al contrato que media respecto de sus cónyuges y estos.

Al respecto, es conveniente considerar que, si bien es cierto, de conformidad con el artículo 34 del Código de Familia costarricense, una de las obligaciones contraídas en el matrimonio, indica que existe obligación por parte de ambos cónyuges para “proveer a la educación de sus hijos”¹⁰⁴, partiendo de aquí, el matrimonio como tal genera la obligación respecto de los hijos o hijas.

Por lo tanto, podría considerarse que la responsabilidad de un padre o madre afín proviene de este contrato, por lo que será en todo caso de tipo contractual. Sin embargo, es considerable aclarar entonces, que estatus de los hijos e hijas afines; se limita únicamente a la madre o padre biológico o bien, si son considerados hijos del matrimonio; en cuanto se refiere a una familia ensamblada, aspecto al que dedicaremos el siguiente capítulo.

¹⁰⁴ Código de Familia. Ley Número 5476 de 21 de diciembre de 1973.

Capítulo Segundo: la figura de la afinidad en el derecho de familia.

I. La conceptualización moderna de la familia

La familia ha sufrido a lo largo de la historia un sin número de transformaciones, todas provenientes de la complejidad de las relaciones sociales y la culturalización que posee el concepto. Desde el punto de vista legal, es vital que el concepto se adapte a la realidad vigente; para así dar paso a la protección de la familia como mandato constitucional¹⁰⁵ y de conformidad con los tratados internacionales.¹⁰⁶

Esta composición social está constituida por relaciones de filiación, relaciones conyugales y relaciones fraternas; si bien es cierto, la filiación es considerada el lazo principal para la conformación de la familia, la evolución de las relaciones sociales y fenómenos culturales han fortalecido otro tipo de vínculos, lo que ha permitido la ampliación del concepto.

La construcción de la familia, a partir de la baja Edad Media, permaneció durante siglos como un compuesto social dirigido por el patriarca, donde solamente por medio del matrimonio se visualizaba la composición de la familia y en todo caso, no

¹⁰⁵ Constitución Política de 7 noviembre de 1949. ARTÍCULO 51.- La familia como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección del Estado.

¹⁰⁶ Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 17) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23.1)

era concebida a modo completo, sino hasta que la procreación le otorgara por completo su significado.

Así, el rol del padre se caracterizaba por proveer a la familia del sustento económico y sobre este, recaía la representación de la familia; la madre restringía su ámbito de acción a la intimidad del hogar, donde sus roles principales comprenden: la procreación, la educación de los hijos y el mantenimiento de la vivienda. La autoridad sobre los hijos e hijas, en principio; es compartida por ambos padres.

En la composición anteriormente descrita, la familia cumplía varias funciones importantes; era una unidad de producción, transmitía y practicaba el culto religioso, y hasta constituía un centro de poder político. Una de sus funciones esenciales era la preservación y transmisión del patrimonio; pero sobre todo era una institución mediadora entre el individuo y el resto de la sociedad; la permanencia del núcleo garantizaba cualquier faltante que pudiera llegar a darse en las funciones antes expresadas.¹⁰⁷

Ante esta situación, la regulación jurídica respondía por medio de normas rígidas que hicieran mantener preceptos, como la indisolubilidad, la potestad conyugal y la discriminación de la filiación extramatrimonial. A partir del siglo XX no solo la concepción, sino la normativa, empezó con el reconocimiento de las nuevas formas de familia y el alejamiento de la concepción tradicional.

La evolución de la familia ha llegado a una composición en la cual el matrimonio ya no es fundamental para la definición del grupo social; hay una multiplicidad de tipos

¹⁰⁷ LORING GARCIA, (María Isabel). Sistemas de Parentesco y Estructuras Familiares en La Edad Media. Dialnet. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=595373>. Última Consulta 1 de junio de 2019. P.22.

de familia, que en principio son más nucleares, porque están centradas en la educación de los hijos y tienen una participación social más reducida; las transformaciones ocurridas en los ámbitos de funciones, roles y autoridad¹⁰⁸ permiten que la familia sea percibida de una forma no tan rígida y la repetición de patrones similares hacen que las distintas formas de familias sean la norma ante la minimización de las familias nucleares.

Lo cierto es que la familia es la respuesta a un fenómeno sociocultural complejo, el cual integra muchos aspectos de la vida de un ser humano. El derecho solo intenta una definición para poner límites a su protección. Y como es usual, tiende a estar relegado de los acontecimientos sociales, por lo que el reconocimiento de esta evolución apenas empieza a manifestarse en el mundo del derecho.

a) Las nuevas formas de familia

Existen posiciones que consideran que la familia ha desvirtuado su naturaleza, mientras que otros consideran que, por ser un grupo de composición social, no ha hecho más que adaptarse a la evolución de la humanidad y su desarrollo.

El vocablo familia es un término original de la sociología, referencia a un conjunto de personas unidas por filiación, matrimonio y parentesco artificial¹⁰⁹. Sin embargo, familia y estructuras familiares, no son siempre conceptos intercambiables.¹¹⁰

¹⁰⁸ Grosman, Cecilia y Martínez Alcorta, Irene. Familias Ensambladas. Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires. 2000.P.32

¹⁰⁹ Ver, LORING GARCIA, *op. cit.* p.16.

¹¹⁰ *Ibid.*

Las transformaciones sociales han generado que no sea posible que la familia sea considerada únicamente como una familia nuclear, por lo que se utiliza el término “familias” en plural, para hacer alusión a las diversas formas de familias.

Además, en nuestros días, el concepto de hogar como lugar habitacional de la familia, debe de ser separado de las diversas formas familiares, ya que el vocablo “familia” se refiere a un grupo de personas que están unidas por relaciones de parentesco; ya sean consanguíneas o afines, sin que la cohabitación entre ellas sea un requisito indispensable para la conformación o disolución de la familia.

Así, existen una diversidad de fenómenos en las nuevas formas familiares, que si bien es cierto no son propios de nuestra época, es hasta ahora que se aceptan y empieza a dar reconocimiento a estas nuevas formas. Por ejemplo, el establecimiento de relaciones materno/paterno filial sin una relación de pareja, los hogares recompuestos después de una separación, los llamados LAT¹¹¹, entre otros¹¹².

Las nuevas formas de familia no nacen en la época contemporánea, sino que han permanecido o evolucionado a lo largo del tiempo, pero su proliferación y el reconocimiento social y jurídico que se les ha otorgado a través de los años ha

¹¹¹ Son las denominadas “*Living Apart Together*” comprende a aquellas parejas conyugales que se consideran como tales e incluso forman una familia, pero que, por diversas razones, sus cónyuges no cohabitan en conjunto bajo un mismo techo.

¹¹² RIVAS RIVAS, (Ana María), Las nuevas formas de vivir en familia: el caso de las familias Reconstituidas. Cuaderno de Relaciones Laborales. Madrid. Vol XXVI. Universidad Complutense de Madrid. 27 de febrero 2008. pp.179-202.

hecho que los autores se refieran a ellas como “nuevas”, según Ruiz Becerril¹¹³ cuentan con las siguientes características que determinan que estamos ante una nueva forma de familia:

- Extensión cuantitativa; tiene una presencia numérica y proporcional a la de las sociedades actuales.
- Extensión social: implica su existencia en todos los sectores sociales.
- Diversidad de ciclos vitales; la desaparición de ciclos vitales fijos y la apertura de casi infinitas posibilidades de configuración de otros ciclos.
- Concepción viable: tienen formas factibles y permanentes para establecer una relación y, en definitiva, una familia.
- Publicidad: son notorias y públicas, traspasan el ámbito privado y el ocultamiento.
- Reconocimiento y legitimación: pretenden derechos y deberes iguales a las de la familia tradicional, aquí se centran sus demandas y sus garantías de un futuro igualitario.
- Origen: deben su formación a un deseo expreso de las personas que la conforman y no a meras circunstancias.

Las nuevas formas de familia se dividen en tres grandes grupos:

Las monoparentales, formadas por una sola figura paternal; las parejas de hecho, que tradicionalmente están conformadas por dos personas que tienen deseos de

¹¹³ RUIZ BECERRIL (Diego) Nuevas Formas Familiares, Revista Portularia, Universidad de Huelva,

Número 4, 2004. pp. 219-230.

conformar una familia pero que consideran que el matrimonio no es un requisito indispensable en el ámbito legal, solo están reconocidos sus derechos y obligaciones familiares si es que ambos cuentan con aptitud legal para contraer matrimonio¹¹⁴ y las familias ensambladas.

Además existen dos nuevos fenómenos emergentes, los llamados LAT, que son parejas que tienen una relación en la cual ponen en práctica algunos de las obligaciones y características de una familia, pero que no conviven bajo un mismo techo o, al menos, no lo hacen por un tiempo prolongado, y los “commuter marriage” estas son parejas que pueden o no haber contraído matrimonio y que desean convivir, pero existen razones diversas que se los impiden por lo que conviven solo en determinados momentos, a diferencia de los LAT, no mantienen dos hogares independientes sino que uno principal y otro ocasional¹¹⁵.

Finalmente, encontramos el grupo de las familias compuestas o ensambladas, donde existe al menos un grupo familiar anterior; existe una amplia gama de combinaciones posibles, lo que las hace un grupo complejo; es usual que los lazos de parentesco se amplíen y sean más diversos.

Esta característica, ha sido señalada como una debilidad, pero también representa una ventaja, pues permite una mejor disposición de recursos y soporte social.

¹¹⁴ Código de Familia, Ley Número 5476 de 21 de diciembre de 1973. ARTÍCULO 242

¹¹⁵ Ver RUIZ BECERRIL, *op. cit.*, pp. 221, 225-226.

Encarna Rocas¹¹⁶ ha estipulado los siguientes puntos para cumplir con la protección de las nuevas composiciones de familia:

- La clasificación de los grupos familiares y la aceptación de unos y rechazo de otros.
- La ordenación jurídica con base en las normas que deben regular la creación y disolución del grupo elegido, a la vez que la conducta de este, tanto entre sus miembros como en sus relaciones con el exterior y especialmente con los sistemas sociales.
- La determinación del modelo que debe aplicarse a la legislación: si la creación de las normas reguladoras debe dejarse exclusivamente a la autonomía de voluntad de las partes o si debe existir un control público y, si ello es así, cuándo, cómo y con qué criterios.
- La decisión sobre las minorías, ya se trate de establecer criterios de exclusión o de establecer criterios de selección.

Con esto, se pretende brindar a las nuevas formas de familia, no solo un reconocimiento, sino además un marco jurídico básico que determine en conjunto con el tiempo y lugar en el que se desarrollan la existencia de una nueva forma de familia.

La proliferación de las nuevas formas de familia se presume que, va en conjunto con otras transformaciones importantes en los diversos ámbitos de la convivencia humana, “la decadencia o extinción del modelo patriarcal de familia, ha ido a la par

¹¹⁶ ROCAS FRÍAS, Encarna. Familia y Cambio Social. Cuadernos Civitas. CIVITAS.

del deterioro del modelo construido en torno al estado de bienestar. El nuevo paradigma dominante viene determinado por los efectos sociales y culturales del modelo liberal económico, cuyos efectos disgregadores de la familia han sido evidentes”.¹¹⁷

Regidas por el principio de la autonomía de la voluntad individual y del paradigma igualitario, estos principios otorgan a la familia contemporánea una serie de elementos, definidos por Del Picó¹¹⁸ como:

- El hecho de que la familia contemporánea circunscribe los éxitos y desventuras de la familia al núcleo básico, sitio en donde se deben adoptar las decisiones vitales, procurar el equilibrio emocional de la pareja y afrontar las consecuencias.
- Las circunstancias históricas en las que se desenvuelve la familia contemporánea hacen que se rompa la cadena de solidaridad generacional, impidiendo la recurrencia natural a los parientes en caso de dificultad extrema y, en la eventualidad de un momento crítico de la vida conyugal, incide en la radicalidad de la decisión que soluciona el problema.
- Genera demandas de asistencia social (Estado) y comunitarias (familia extendida), que inciden directamente en la demanda de políticas públicas.

¹¹⁷ Del Picó Rubio, Jorge. Derecho Matrimonial Chileno. Revista chilena de derecho. Vol.38. número 2. Dialnet. 27 de enero.<http://dialnet.unirioja.es/>.2011. p.379-382

¹¹⁸ Ibid.

- Legitima la intervención institucional en las situaciones críticas, promueve el surgimiento de una normativa paliativa de los efectos sociales negativos y fomenta una verdadera explosión de derecho social.

Además de los puntos señalados supra, existe un fenómeno de alto impacto para la conformación de la familia, como lo es el ingreso de la mujer al sistema laboral. La concepción clásica de la familia ha quedado atrás, es cierto que aún prevalece la constitución clásica y jerárquica, convive con un concepto más amplio y complejo de lo que es la familia, que ha substituido el concepto anterior por uno más contractual, cuya tipología no es necesariamente matrimonial y es tendiente a una relación horizontal entre sus miembros¹¹⁹.

Con todos los cambios sufridos en la “familia tradicional” algunos expertos han indicado que se ha generado una crisis en la composición de la familia al indicar que “el modelo de familia matrimonial, vale decir, la unión matrimonial estable y duradera de un hombre y una mujer con el proyecto común de tener y educar a los hijos, idealizado como el único socialmente aceptable, ha sufrido un proceso de fuerte debilitamiento en los últimos años”.¹²⁰

Si bien es cierto se reconoce en el nivel internacional la existencia de nuevas y modernas formas de familia, en lo legal, la mayoría de los sistemas en el mundo no ha tenido éxito en la aplicación del concepto o bien no ha logrado integrar el concepto ni las diversas formas de familia.

¹¹⁹ Ver DEL PICO RUBIO, *Op. Cit.* p.380

¹²⁰ *Ibid.*

La dificultad recae en lo volátil de este concepto, actualmente se reconoce la familia como algo muy diverso a la forma típica, lo que genera que sea prácticamente imposible el contar con una definición única e inflexible.

Las fuentes de las nuevas formas de familia son:¹²¹

- Función diacrónica: Es la corresponsabilidad intergeneracional entre ascendientes y descendientes.
- Transmisión cultural: Comprende la educación en lengua, costumbres, creencias religiosas, formas de relación legitimadas socialmente y el trabajo.
- Socialización: Alude a la provisión de los conocimientos, habilidades, virtudes y relaciones que permiten a una persona la pertenencia a un grupo social más amplio.
- Control social: Transmite e irradia el compromiso de sus integrantes con la vigencia de normas justas, observancia de preceptos de interés colectivo y la adscripción a códigos morales.
- Función de afirmación de la persona: Otorga respeto, resguardo y promueve el valor de la persona.

Al cambiar el núcleo tradicional, algunas de las funciones de la familia se han visto minimizadas, lo que en algunos casos puede generar un vacío que debe ser llenado de otra forma.

¹²¹ Ver DEL PICO RUBIO, *Op. Cit.* p.380

Grosman indica que se ha optado por el reafirmar la co-parentalidad¹²² como un primer aspecto; en el cual la crianza y educación de los hijos ya no recae únicamente sobre la mujer, sino que amplía la participación de los varones, pero además atrae a otras figuras cercanas a los menores a formar parte activa de su crianza; primeramente se otorgó mayor participación a los abuelos y las abuelas, y en las últimas décadas se puede observar un mayor reconocimiento a la participación de los padres y madres afines.

b) Familias ensambladas

Las familias ensambladas han existido, a lo largo de la historia humana, por ejemplo, en el Imperio Romano eran llamadas “*noverca*”¹²³. Posteriormente con la tradición del derecho canónico y la influencia que la iglesia católica ejercía; este tipo de familias siguieron existiendo, pero la única razón de su composición era la viudez, por lo que había una sustitución absoluta de la persona fallecida en la familia, que aseguraba el mantenimiento de la composición de tipo nuclear.

“El modelo de familia matrimonial, entendido como la unión matrimonial estable y duradera de un hombre y una mujer con el proyecto común de tener y educar a los hijos, ha sufrido un proceso sostenido de debilitamiento en los últimos años, debiendo coexistir con expresiones de matriz ideológica, que tienden a mutar el carácter comunitario de la familia por uno eminentemente social y consensual.

¹²² Ver GROSMAN Y MARTINEZ ALCORTA, *Op. Cit.* p.65

¹²³ CURCHIN (Leonard A.) 2001. The Roman Family: Recent Interpretations. Ontario, University of Waterloo, 2001.

La familia ya ligada exclusivamente al matrimonio ni tampoco es actualmente el único modelo socialmente aceptable.”¹²⁴, lo que nos permite señalar que la familia ensamblada posee las siguientes características:

- Tiene una estructura compleja formada por una multiplicidad de vínculos.
- Existe ambigüedad en los roles de los miembros de la familia. No se tiene claro cuáles son las pertenencias, los lazos y la autoridad, tanto dentro de la familia como de parte de terceros. Por ejemplo, no se sabe cuál es el rol del padrastro o madrastra respecto de los hijos de la pareja.
- Conflictos familiares, tiene una mayor tendencia a este tipo de conflictos, provenientes justamente de la confusión de roles, provenientes de acuerdos explícitos e implícitos, es usualmente una fase, más que una característica propia, la cual se supera con el alcance de la interdependencia.
- Interdependencia, respecto de la seguridad social y la obligación alimentaria. Culmina en la etapa de la negociación y logra un consenso en el funcionamiento de la familia.
- Los padres afines y sus hijos por afinidad deberán habitar y compartir vida de familia con relativa estabilidad y reconocimiento.

Cabe indicar que, en las familias ensambladas, la pareja del padre o la madre no necesariamente ocupa el lugar del progenitor, sino que es común que ambas figuras coexistan en una posición semejante.

¹²⁴ Ver DEL PICÓ RUBIO, *op. cit.*, p.381

Los supuestos que han sido indicados para la conformación de una familia ensamblada no son excluyentes de nuevos modelos, pero cuando se hace referencia a “los tipos de familias ensambladas” se debe de entender los siguientes: El primer tipo es la llamada “lógica de la sustitución”, se refiere al supuesto en que el cónyuge del progenitor que detenta la custodia reside con los hijos del último, es decir, el padre o madre afín cohabita con el menor de edad, pero además ocupa el lugar del otro progenitor, quien usualmente se encuentra ausente.

Los padres y madres afines que se encuentran en esta situación son también llamados “reconstructores” y su composición está más dirigida a la emulación de una familia nuclear tradicional.

En los supuestos de sustitución, el padre o madre biológico deja de desempeñar sus funciones como tal y son asumidas de lleno por el padre o madre afín. También ocurre dentro de este modelo el pluriparentezco¹²⁵ y el pluriparentezco jerarquizado¹²⁶.

El segundo modelo es el de “la lógica de la continuidad”, en él existe de forma activa la presencia y convivencia de los menores de edad con los padres biológicos y de manera simultánea, también tienen convivencia con el nuevo cónyuge de quien

¹²⁵ Pluriparentezco es el reconocimiento de la posición de padre o madre tanto a los padres biológicos como a los padres afines.

¹²⁶ En este supuesto se da una jerarquización del reconocimiento, derechos y obligaciones de los padres afines por debajo de los padres biológicos, pero en ausencia de los últimos los primeros los sustituyen.

ostenta la guarda, crianza y educación, lo anterior genera la creación de un nuevo vínculo¹²⁷.

Este modelo es considerado mucho más innovador y moderno.

En este segundo modelo se puede dar la duplicación de funciones parentales, la negación de reconocimiento o la evitación; en el primer supuesto, cuando existe duplicidad en las funciones que se llevan a cabo, tanto los padres biológicos como los padres afines desempeñan los derechos y obligaciones propias de los padres; es decir, no existe discriminación entre padres biológicos y padres afines.

En el segundo supuesto, la negación; como su nombre lo dice, hay una percepción de carácter negativo sobre las funciones parentales a cargo de los padres o madres afines, independientemente de que estos últimos cohabiten o no con el menor de edad. Así su injerencia en alguna de las funciones parentales no es reconocida por los hijos o bien es desautorizada por los padres biológicos o alguno de ellos.

En el supuesto de la evitación, los padres afines no ejercen ningún tipo intencional de función parental sobre los hijos de sus cónyuges y todos padres afines pretenden el impedir la necesidad de dichas injerencias¹²⁸.

Los factores que generan una variación en alguno de los supuestos anteriores corresponden a variables tales como el grado de conflictividad durante la

¹²⁷ Al vínculo manifestado se le hace llamar "padrinazgo amistoso" y fluctúa sociológicamente entre una relación de parentesco y una relación de amistad.

¹²⁸ RIVAS RIVAS, (Ana María), Las nuevas formas de vivir en familia: el caso de las familias Reconstituidas. Cuaderno de Relaciones Laborales. Madrid. Vol XXVI. Universidad Complutense de Madrid. 27 de febrero 2008. pp.179-202.

separación, la edad de los menores, el estado civil de los padres afines, la existencia de hermanos afines, el tipo de custodia, la posición o estatus socioeconómico¹²⁹, entre otras.

Pese a su delimitación, las familias ensambladas, como una nueva forma de familia carecen de legitimación, en la mayoría de los sistemas normativos y, por ende, también de recursos para expresarse y hacerse reconocer. Su particularidad reside en que posibilitan la cohabitación de entre personas que carecen de lazos de parentesco por filiación. Propiamente en el caso de las personas menores de edad, dicha convivencia es ajena a su voluntad y los conflictos que de ello resulten carecen de gestión en el aspecto moral, por no estar presente el elemento del parentesco. Esto, parece justificar la necesidad de que la normativa deba de intervenir en diversas situaciones, pero la falta de reconocimiento al vínculo de parentalidad por afinidad hace que no sea posible.

En los países de tradiciones latinas, es más difícil la generación de una definición de familia ensamblada pues la interpretación del término de familia en general es más amplia, en los países de tradición sajona la familia ensamblada tiene una interpretación más estricta, pero además tiene un nombre se denomina como: “*stepfamily*”, la familia responde a un grupo doméstico, no se extiende a nadie fuera del grupo que cohabita en el hogar.

El concepto más amplio, producto de la tradición francesa la llamada “*famille recompose*” tiene una extensión mucho más amplia, además del núcleo incluye a

¹²⁹ Ibid.

otros subsistemas que entrelazados entre sí componen un gran grupo familiar e ignora el límite que ejerce la vivienda en la “*step family*”; por lo que comprende el hogar de cada padre y los parientes de cada uno de quienes componen ambos núcleos familiares¹³⁰.

II. Relaciones de parentesco por afinidad.

a) Los vínculos por afinidad.

La familia no es delimitada solo por la consanguineidad, el tiempo que se comparte o el hogar en el que se habita. Es delimitada por medio de las relaciones interpersonales; por eso, puede ocurrir en más de una forma de familia, es decir, la existencia de una forma de familia no es excluyente, es posible que una misma familia contenga uno o más tipos de familia, qué en su acepción más amplia “hace referencia a un grupo de personas unidas por filiación, matrimonio y parentesco artificial¹³¹.”

Antropológicamente, se indica que la familia es “una noción social”¹³²; por lo que la existencia de varias formas de familia también ha sido común a lo largo de la historia; por ejemplo, en el sistema Romano, se normativizaban varias posibilidades de generación de un vínculo, que hasta la fecha se preservan.

¹³⁰ GROSMAN (Cecilia) Y MARTINEZ ALCORTA (Irene). Familias Ensambladas. Buenos Aires, UBA. 2000. p.36.

¹³¹ Ver, LORING GARCÍA, *op.cit.* p.16 y 23.

¹³² Ibid.

Ya se ha mencionado anteriormente, las causas que generan el vínculo familiar; sin embargo, se retoman a continuación para la facilidad de la persona lectora:

- Por consanguineidad: Es el parentesco clásico, otorgado por la genética, en nuestra sociedad, gracias a los avances científicos en el campo de la genética, es prácticamente innegable este tipo de parentesco y así se expresa en el sistema legal. El parentesco consanguíneo sigue una línea vertical de ascendientes y descendientes; existe también un reconocimiento de modo colateral que tiene como punto de partida un ascendiente común.
- Por afinidad: Es el parentesco que surge entre personas en ocasión de la formalización de una relación conyugal estable, como el matrimonio o la unión de hecho, lo que genera una unión de cada uno de los cónyuges con la parentela consanguínea del otro cónyuge. Así en el parentesco por afinidad se sigue la misma línea del parentesco consanguíneo, de modo que aquellos parientes consanguíneos del cónyuge a su vez pasan a ser parientes por afinidad de su cónyuge y el equivalente que les otorgó la consanguineidad.
- Por adopción: Es el parentesco adquirido, sin necesidad de la unión conyugal entre una persona y otra, que serán ascendiente y descendiente. En este supuesto la persona adoptada entra a formar parte de la familia consanguínea del adoptante en su totalidad, para su reconocimiento es necesaria una sentencia de adopción, otorgada por un juzgado competente.

b) Parentesco por afinidad

De conformidad con el apartado anterior, en caso de que uno o ambos cónyuges posean hijos de una unión anterior, el parentesco queda configurado entre el cónyuge y los hijos del otro, de igual forma que ocurre con los padres del cónyuge; es decir, los suegros.

La parentalidad por afinidad proviene del derecho canónico, donde se prohibía el matrimonio no solo ante la existencia consanguínea, sino que se extendía la prohibición hasta el parentesco espiritual, es decir, no era permitido el contraer matrimonio con los padrinos o madrinas ni sus parientes próximos, es así como se hereda la normativa y se otorga en nuestro derecho reconocimiento a la afinidad. El Código de Familia en el artículo 14 indica la imposibilidad del matrimonio entre ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad.

Este artículo nos permite determinar que el parentesco por afinidad perdura más allá de la unión conyugal que da origen al mismo, cuando indica “***El impedimento no desaparece con la disolución del matrimonio que dio origen al parentesco por afinidad***”¹³³.

Esto es también sostenido por la doctrina, por lo que los vínculos por afinidad al igual que la consanguinidad son perpetuos no desaparecen; inclusive con la muerte del pariente. De este modo, es válido que se espere de los padres y las madres afines, un vínculo afectivo de carácter paterno o materno-filial.

¹³³ Véase *supra*. Código de Familia. Art. 14.

La convivencia ha sido determinada como un factor esencial para que el rol se afiance, sin embargo, no es determinante para la pertenencia del mismo; es decir, el convivir con el hijo o la hija afín, juega un papel importante para el desarrollo del rol de los padres y madres afines, pero el estatus no lo otorga la convivencia ni la cohabitación, sino la unión conyugal con uno de los padres biológicos del hijo o hija afín.

Así la doctrina española, con autores consultados como Tamayo Haya, Del Picó Rubio y Díaz Alabart¹³⁴ han determinado que, para dar reconocimiento a un vínculo por afinidad entre una persona menor de edad y su padre o madre afín, es necesario que se cumpla con los siguientes elementos:

- Convivencia con los hijos o hijas del cónyuge.
- Supervivencia del otro progenitor.

Implica la participación o incluso la delegación de uno o más atributos de la responsabilidad parental o custodia en favor de los también llamados padrastros o madrastras, así mismo es común que una familia ensamblada la alimentación y educación de la persona menor de edad corra a cargo de la sociedad de gananciales, cuando convivan en el hogar familiar.

Para la determinación de la existencia de una relación de parentalidad por afinidad, la doctrina ha señalado que posee un componente formal, material y subjetivo.

¹³⁴ DÍAZ ALABART (Silvia), El procedimiento de incapacitación y las intituiones de guarda. La protección jurídica de las personas con discapacidad. Estudio de la ley 41/2003, de protecció patrimonial de las personas con discapacidad, Madrid, Ed. Ibermutuamur. 2004.

Como componente formal se da la unión entre uno de los padres biológicos y una tercera persona, por matrimonio o unión de hecho.

En cuanto al componente formal, puede ser variable dependiendo de la cohabitación y convivencia que posea el menor de edad con la nueva familia, pero comprende los gastos de alimentación y educación por parte del menor de edad, provenientes del patrimonio familiar existente en la nueva unión de alguno de sus padres biológicos.

Finalmente, el componente subjetivo, lo compone el menor de edad, quien tiene una existencia previa a la nueva unión conyugal.

c) Participación de los padres y madres afines en la vida jurídica del menor. La afinidad otorga a los padres y madres afines no solo una categoría, que en la mayoría de los casos implica una convivencia cercana con la persona menor de edad, sino que además puede significar la representación de uno de los roles más importantes en la vida de un niño, niña y/o adolescente, debido a que la afinidad otorga un título equivalente al de la figura del padre o la madre, al menos en la jerarquía común de la toma de decisiones familiares.

La visualización de la parentalidad por afinidad resulta ser un poco confusa para muchos, debido a su falta de reconocimiento; pero contiene muchas similitudes con la adopción; su esencia subyace en que no es un vínculo consanguíneo, sino una ficción jurídica¹³⁵, solo que, en el caso de la afinidad, esa ficción jurídica no es

¹³⁵ Ver DELGADO CALVO, *op. cit.*, p.15

reconocida socialmente y su reconocimiento en el nivel legal a pesar de que existe parece ser comúnmente ignorado.

En Costa Rica, los padres y madres afines no poseen un reconocimiento jurídico esencial, la relación de parentesco por afinidad, aunque existe, no es reconocida de forma específica por una ley que proteja el vínculo como tal, sino que es solo considerada en la normativa para ciertos aspectos de la relación, que pueden resultar moralmente cuestionables.

Así estos terceros ajenos al menor de edad, en principio; día tras día adquieren y ejercen una serie de responsabilidades cotidianas respecto de sus hijos e hijas afines, sin certeza del alcance de sus obligaciones y esperando, además, no ser beneficiados con ningún derecho.

III.Las obligaciones de los padres y las madres por los actos de sus hijos.

a) Conceptos

1. De la patria potestad a la responsabilidad parental

Como se mencionó anteriormente, el concepto de patria potestad es arraigado a partir de la figura del “*pater*”, este tenía una serie de facultades sobre aquellos que componían la familia, pero de igual forma era el responsable del funcionamiento de esta.

La patria potestad en el Imperio Romano se “concebía como un derecho del padre, que llegaba a tener algunas manifestaciones contrarias a todo sentimiento natural de paternidad, como la posibilidad de venta, aún después de la muerte del hijo,

facultades que, sin duda alguna, estaban atenuadas por las costumbres y aún por exigencias legales y que fueron incluso desapareciendo”.¹³⁶

Hasta hace poco tiempo, se utilizaba el concepto de “patria potestad” el cual provenía de la tradición romana de la “*potestas*”, por su herencia el contenido de esta iba más dirigido a las potestades que poseen los padres sobre la vida de sus hijos, era un concepto mucho más estricto y tendiente a la injerencia de las potestades sobre las obligaciones de los padres. Este concepto tanto en el Derecho Romano como el germánico significó un dominio absoluto sobre los hijos, los cuales poseían básicamente los mismos derechos y estatus que los esclavos.

Por lo que, tradicionalmente el concepto de patria potestad, traía intrínseca la idea de que el hijo o hija pertenecía al padre, lo cual necesariamente generaba una diferencia en cuanto a la percepción de las personas menores de edad, no como seres humanos tendientes a poseer todos los derechos, sino que los reducía a un ser humano de segunda clase, más similar a un objeto, que poseía un dueño.

Si bien es cierto, con la institucionalización estatal se delimitó una edad hasta la cual llegaba la patria potestad; pero factores económicos y sociales generan que el ser humano sea la especie que permanece más largo tiempo con sus padres¹³⁷.

¹³⁶ LARA RIVERA (Jenilee) Y REYES SALINAS (Yahaira). La declaratoria de abandono de menores de edad. Instituto de Investigaciones Jurídicas. www.iiij.ucr.ac.cr. 2010. p.39.

¹³⁷ MUSSAK (Eugenio). Atención a los hijos. <http://eugeniomussak.com.br/atencion-a-los-hijos/>. 2010.

Con el desarrollo del principio de mejor interés de la persona menor de edad y una serie de normativa internacional como la Convención de los Derechos del Niño, la percepción de los niños, niñas y adolescentes ha cambiado, consiguientemente se ha pretendido la eliminación de prejuicios y elementos no convenientes para las nuevas interpretaciones. De igual forma, se han reivindicado los derechos de las personas menores de edad y se ha generado una mejor distribución de las obligaciones de los padres de familia, clarificando la posición de dueño por la posición de guía y, responsabilizando a las personas adultas de una forma más apegada a la realidad.

El nuevo concepto de atributos de la responsabilidad parental, a diferencia del viejo concepto no resalta la potestad del padre por sobre la vida de sus hijos e hijas, sino que, al contrario; le otorga reconocimiento a las responsabilidades de los padres respecto de las acciones que estos toman e involucran a sus hijos e hijas menores de edad.

Así, los atributos de la responsabilidad parental son “el conjunto de derechos, poderes y obligaciones que la ley concede a los padres para cuidar, regir y gobernar a sus hijos e hijas desde su concepción hasta su mayoría de edad...también para que administren sus bienes”¹³⁸ “es una institución, otorgada a los padres con la finalidad de lograr la culminación máxima del desarrollo...satisfaciendo un conglomerado de necesidades...de los menores...”¹³⁹

¹³⁸ MOLINA BLANCO (Leticia), *Apuntes Sobre la Normativa Familiar Costarricense*, San José, UNED, 1ra Ed, 1991, p.43

¹³⁹ Ver DELGADO CALVO, *op. cit.*, p.36

A pesar del cambio conceptual que se ha efectuado respecto de los atributos de responsabilidad parental, mucho de su contenido ha permanecido, pues el cambio en el término también responde a la evolución que ha venido teniendo su contenido a lo largo de la historia. Los atributos de la autoridad parental han sido señalados como el ligamen jurídico más importante entre padres, e hijos.¹⁴⁰

Propiamente en el caso costarricense, la norma no ha sido adecuada al nuevo concepto en su amplitud, los atributos de la responsabilidad parental están contenidos en el artículo 142 del Código de Familia, en el cual se indica que existe entre hijos y padres una relación de “respeto y consideración mutua” pero seguidamente indica que el caso de los hijos y las hijas menores de edad “deben obediencia a sus padres” es claro entonces que prevalece en la normativa costarricense un grado de sometimiento de la persona menor de edad a su padre y madre, más que una relación de deberes y obligaciones.

A pesar de lo anterior, consideramos que es responsabilidad de los y las personas juzgadoras al generar jurisprudencia que se adecuó a la interpretación moderna. En razón de que existen intenciones claras en generar un cambio en la legislación costarricense como lo es el proyecto de ley número 14 506 el cual permanece en corriente legislativa desde el 24 de setiembre de 2001 y tiene como principal pretensión un cambio de los artículos 143 y 144 del Código de Familia, en especial para adecuar el primero a una concepción más acorde con la doctrina de la protección integral.

¹⁴⁰ Ver DELGADO CALVO, *op. cit.*, p.10

A su vez en el proyecto de ley antes mencionado, logra determinar que existe una grave problemática respecto de las personas menores de edad en Costa Rica en razón de que una de las causas justificantes que se señala como razón para proponer el cambio radica en “la alta incidencia de menores en situación de abandono y víctimas de drogadicción”¹⁴¹.

Sin embargo, es indispensable que de previo a la aprobación de este y otros proyectos se aseguren las personas legisladoras de eliminar de toda normativa cualquier reminiscencia de la doctrina de la situación irregular la cual no se ha podido erradicar y niega la calidad de sujeto de derechos a las personas menores de edad.

Por otra parte, bajo expediente 19 455¹⁴² también en corriente legislativa, el proyecto que pretende un nuevo Código Procesal de familia no solo es mucho más ambicioso que el anterior, sino que además integra de una forma más acorde los principios consagrados en la Convención de los Derechos del Niño y pretende la sustitución de la doctrina de la situación irregular por medio de una serie de normativa mucho más moderna.

La dinamización de las distintas formas de composición familiar y el peso de temáticas arraigadas al derecho de familia, pero que tocan derechos fundamentales; en nuestro país. La adecuación de la normativa costarricense es tardía para las realidades de las familias, se busca desde el proyecto de Código

¹⁴¹ Expediente 14.506. Modificación de los artículos 143 y 144 del código de familia. Asamblea Legislativa de Costa Rica, 24 de septiembre de 2001.

¹⁴² Expediente 19455. Código Procesal de Familia. Asamblea Legislativa de Costa Rica. 25 de enero de 2015.

Procesal de Familia un avance que sea más acorde con la realidad familiar del siglo XXI.

Este proyecto pretende concentrarse en la tercera generación del sistema procesal de familia, con el claro objetivo de hacer efectivos los derechos humanos dentro de la funcionalidad de una de sus más complejas formas de organización; la familia.

De esta forma; sería posible finalmente generar un canal adecuado para implementación de sistemas de participación de las personas menores de edad. Lo que hace coherente la aplicación de normas y el proceso judicial que las debe de garantizar.

La base de la redacción se ha efectuado por medio de los principios de fácil acceso a la justicia, impulso procesal de oficio, celeridad procesal, buena fe, economía y equilibrio procesal. Específicamente, además hace énfasis en principios del derecho de familia que resultan altamente evolutivos, como los son la solución integral, el abordaje interdisciplinario, búsqueda de equidad y equilibrio familiar.

Uno de los énfasis a los que hace referencia la propuesta, es el acceso y participación en el proceso por parte de las personas en condición de vulnerabilidad, como, por ejemplo, las personas menores de edad.

Vale finalmente destacar del proyecto, el reconocimiento de la necesidad de acercar a los procesos de familia a sujetos terceros respecto del núcleo familiar tradicional. Otorgando razón a la contemplación de la ampliación de la familia con la finalidad de brindar soluciones más acordes con el funcionamiento de esta institución. Así como el cambio que sugiere en el actual Código de Familia, respecto de lenguaje

normativo inclusivo, específicamente en cuanto corresponde a los atributos de la responsabilidad parental.

2. La protección integral de la persona menor de edad dentro de la responsabilidad parental

Esta nueva concepción de los atributos de la responsabilidad parental es vista como un poder-deber. El abuso de la ejecución de estos es castigado, al igual que la negligencia al no ejercer dichos atributos, mediante la pérdida o suspensión de estos.

La imputabilidad civil del hijo no es presupuesto de responsabilidad paterna y es lo que ha sido sostenido por parte de la jurisprudencia costarricense¹⁴³. Los padres responden siempre y cuando sus hijos e hijas ante un acto objetivamente negligente de la persona menor de edad que produzca un daño y aparentemente existe sobre esto consenso.

La bifurcación viene cuando hay actos objetivamente diligentes, pero con igual responsabilidad dañosa, sostiene Berrocal Lánzarot¹⁴⁴ que los padres no deberán de responder de los actos objetivamente diligentes aun con resultado dañoso. Sin

¹⁴³ Tribunal Segundo Civil, Sección Primera número 158 de las 9:15 del 12 de abril de 2000.

¹⁴⁴ BERROCAL LÁNZAROT (Ana Isabel) La responsabilidad civil de los padres por los actos de sus hijos. <https://app.vlex.com/#vid/528111510/fromCheckout>. Universidad Complutense de Madrid. p.193-212. Última Consulta 15 de enero de 2019

embargo, los doctrinarios parecen discrepar respecto de la ubicación de la noción de la culpa como criterio de imputación de responsabilidad civil¹⁴⁵.

Con la finalidad de lograr determinar la responsabilidad de los padres por los actos de sus hijos e hijas es necesario descomponer el contenido de los atributos de la responsabilidad parental, por lo cual se iniciará con la descripción de estos, para proseguir a la identificación de los factores necesarios para indicar dicha responsabilidad.

IV. Características de los atributos de la autoridad parental.

a) Personalísima

Se refiere al carácter que poseen los atributos de la autoridad parental como una obligación personalísima, el Código de Familia, en su artículo 141, hace referencia a que el atributo de la autoridad parental pertenece a los padres por partes iguales, son estos los únicos obligados al cumplimiento de los mismos y sobre quienes recae en principio, la responsabilidad de los hijos menores de edad.

b) Irrenunciable

No existe posibilidad de renunciar a los atributos de la responsabilidad parental, es de carácter obligatorio. Sin embargo, si es posible que exista una suspensión o incluso la pérdida de esta, lo anterior, de conformidad con el artículo 141 del Código de Familia.

¹⁴⁵ BONILLA CORREA (Jesús Angel) La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor. Valencia, Ed. Tirant. 2009. p.65

De igual forma y debido a su característica de ser personalísima, la patria potestad es intransmisible, por lo cual el despojo voluntario no tiene validez alguna y en consecuencia tampoco lo será la venta, enajenación o similar, pues los atributos de la autoridad parental se encuentran fuera del comercio¹⁴⁶.

Es fundamental mencionar que esta característica es intrínseca a la categorización de orden público que ostentan los atributos de la responsabilidad parental, tampoco es posible el ejercicio de solo algunos de los derechos y de las obligaciones que los sustentan, de ser así el incumplimiento sería total.

c) Intransmisible

Se refiere a la permanencia de la responsabilidad de los padres, a pesar de que la guarda recaiga en un tercero distinto; es decir, es posible que los padres deleguen el cuidado o algunos aspectos propios de los atributos de la autoridad parental a un tercero, sin embargo, esto no los exime de la responsabilidad que tienen respecto de sus hijos.

También es posible la delegación de la representación de una persona menor de edad, con la finalidad de dar garantía al mejor interés de la persona menor de edad, la única forma en la que es posible el acabar con los atributos de la responsabilidad parental es por medio de una resolución judicial que así lo determine, por las causas puntuales que establece la ley y de conformidad con el artículo 58 del Código de Familia.

¹⁴⁶ Ver LARA RIVERA, *op cit.*, p.48.

d) Imprescriptible

Los atributos de la responsabilidad parental pueden ser suspendidos por las razones indicadas en el artículo 159 del Código de Familia. Es decir, los atributos no son perpetuos, sino que terminan o pueden ser suspendidos, pero no son prescriptible, en razón de que carece de los requisitos al no ser un derecho real ni personal, sino más bien una obligación adquirida por un vínculo familiar.

e) Correlacionalidad de derechos

Responde a una relación de derechos, en la cual se contiene una función social fiscalizada por el Estado y que, a diferencia de las tendencias que se han divulgado, corresponde a una obligación que es ejercida en principio por los padres pero que extiende su ámbito de protección al Estado y a la sociedad en general, como una obligación adquirida por la humanidad para otorgar protección y garantizar sus derechos fundamentales a los niños, niñas y adolescentes.

Por lo anterior, los atributos de la responsabilidad parental no son absolutos, sino que están limitados, a un control de una relación, que si bien es cierto genera obligaciones, genera también derechos; no solo para los hijos e hijas, sino además para el padre o la madre.

V.Contenido de los atributos de la autoridad parental

a) Atributos personales de custodia y crianza

Se refiere a la función general que ejercen los padres sobre sus hijos, un conjunto de deberes que conlleva la autoridad, es la obligación de velar por el aseguramiento del derecho de pertenencia y seguridad de las personas menores de edad.¹⁴⁷

¹⁴⁷ En este sentido ver el Artículo 140 y siguientes del Código de Familia.

En lo que respecta, entenderemos como guarda, “aquella potestad que atribuye el derecho de convivir de forma habitual con los hijos menores, bien de forma permanente, hasta que recaiga nuevo acuerdo o decisión judicial (atribución unilateral a un progenitor), bien de forma alterna en los periodos prefijados convencional o judicialmente (guarda compartida y alterna) y abarca todas las obligaciones que se originan en la vida diaria y ordinaria de las personas menores de edad: alimentación, vigilancia, y desde luego, la responsabilidad por hechos ilícitos provocados por los menores interviniendo culpa o negligencia”¹⁴⁸

Así mismo existen dos tendencias primordiales en la conceptualización de la guarda; la primera, responde a un concepto rígido, sostiene que el elemento esencial de esta implica un contacto directo, físico y continuo con el hijo. Y una noción más amplia; que involucra la educación y la formación integral de los hijos e hijas. Debemos además aclarar, que la guarda no es sinónimo de la cohabitación.

La doctrina española, ha considerado que la guarda es un elemento determinante, como instrumento de delimitación de la responsabilidad¹⁴⁹; además, es conveniente aclarar que existen en la práctica también dos tipos de guarda, la primera que surge de los atributos de la responsabilidad parental y una segunda guarda que se da de hecho, la cual implica la ejecución de los supuestos, sin la tenencia de los tributos de la autoridad parental.

¹⁴⁸ Ver BERROCAL LANZAROT, *op.cit.*, p.21

¹⁴⁹ Ver BERROCAL LANZAROT, *op, cit.*, p.30

La guarda ha sido considerada por la doctrina como el elemento delimitador del sujeto responsable, pero no como instrumento para objetivar la responsabilidad¹⁵⁰.

Cada vez se diluye más el concepto de guarda como el deber de vigilar o educar.

La tendencia de la responsabilidad derivada del delito y solidaria con el menor que es imputable, con posibilidad de exoneración¹⁵¹. Tiene como finalidad, brindar protección a su integridad tanto física como psicológica, para evitar que se le genere un daño a la persona menor de edad, pero de igual forma, a que la persona menor de edad genere un daño a un tercero.

Sin embargo, la problemática de las familias ensambladas y de los padres y madres afines en relación con la responsabilidad de las personas menores de edad radica justamente en el hecho de que “Cuando los progenitores no viven juntos o se separan, seguirán compartiendo todos los atributos de la autoridad parental, menos uno: la guarda”¹⁵².

Ante este panorama es significativo mencionar que a su vez, la guarda contiene las obligaciones de vigilancia y asistencia, pero ninguna de estas dos obligaciones se trasladan, sino solo el domicilio de la persona menor de edad. De igual forma acontece con otros atributos de la autoridad parental, por ejemplo, la garantía de los alimentos, estandarte del deber de asistencia; no será exclusivo del cónyuge que conviva con la persona menor de edad.

¹⁵⁰ Ver CAMACHO VARGAS, *op. cit.*, p.61

¹⁵¹ Ver CAMACHO VARGAS, *op. cit.*, p.61

¹⁵² CHACÓN JIMÉNEZ, (Mauricio). Equiparación de los progenitores en el ejercicio de la autoridad Parental. Revista de Derecho de Familia, número 3, 2008. p.81

En el nivel internacional parece existir un consenso general al indicar que los padres son responsables de los hijos bajo su guarda¹⁵³, así cuando la guarda es conjunta evidentemente ambos padres responden; sin embargo cuando la guarda de una persona menor de edad es de carácter individual, en principio, solo el padre o la madre a quien corresponde la guarda es llamado a responder; pero si no se parte del presupuesto de la culpa in educando, sino más bien de una interpretación flexible de la guarda, la separación de hecho entre padres e hijos no exime el padre no conviviente de la obligación de responder por los actos de sus hijos e hijas.

Ahora bien, de igual forma si utilizamos el vínculo y se sustituye por la culpa in educando el resultado respecto del padre y de la madre sería el mismo, pero además podría extenderse a todas aquellas personas que se demuestre que tengan un vínculo de carácter parental con la persona menor de edad.

b) Representación

La representación de las personas menores de edad, tanto judicial como extrajudicial, recae sobre el padre y la madre, ya que la persona menor de edad carece de capacidad legal suficiente para su propia representación. La representación de la persona menor de edad en la figura de alguno de sus padres no posee un límite de edad, es decir, los padres deberán ejercer la representación de la persona menor de edad hasta que esta cumpla la mayoría de edad.

A diferencia de la figura de la representación en otros supuestos, cuando corresponde a una persona menor de edad, no podrá ser voluntaria, pues, por

¹⁵³ En este sentido ver el artículo 1903 del Código Civil español.

mandato legal, esta recae sobre sus padres o en su defecto sobre el Estado. Se le confía por razones de orden público ¹⁵⁴ y es directa, es decir la responsabilidad de lo actuado recae sobre los padres¹⁵⁵ pero los efectos jurídicos recaen sobre el patrimonio del representado.¹⁵⁶

Los actos jurídicos de una persona menor de edad en principio carecen de validez, pero los actos de una persona menor de edad si pueden constituir derechos u obligaciones respecto de terceros.¹⁵⁷ La representación es un acto unilateral, quien la ostente tiene la facultad absoluta de decisión, sin embargo, es necesario que prevalezca sobre este derecho el principio del interés superior del niño.

La representación de la persona menor de edad, crea un lazo entre el representante, el representado y un tercero, así entre los padres y la persona menor de edad la relación recae sobre el contenido, mientras que entre el representante y un tercero van a surgir derechos y obligaciones¹⁵⁸, así por ejemplo en el supuesto de un daño la apersona a la cual se le causó y quien ejerza la representación del menor se construye un lazo común e inmediato.

Es posible que uno o ambos padres ejerzan la representación de la persona menor de edad, eso dependerá del supuesto en el que se encuentren. La persona menor de edad no tiene capacidad suficiente para representarse a sí misma, por lo cual va a requerir de una persona que le represente, en principio, la representación de las

¹⁵⁴ MESSINEO (Francesco), Manual de Derecho Civil y Comercial, Buenos Aires, Ed Jurídicas Europa-América, tomo II, 1954, pp.418-419

¹⁵⁵ Ver DELGADO CALVO, *op. cit.*, p.62.

¹⁵⁶ *Ibid.* p.63.

¹⁵⁷ *Ibid.* p.54

¹⁵⁸ Ver MESSINEO, *op. cit.*, p.420.

personas menores de edad recae sobre el padre y la madre, por lo que cualquiera de estas dos personas puede ejercer esa obligación.

Respecto de las personas menores de edad, siempre existe representación legal, es decir es posible que la persona menor de edad tenga la posibilidad de efectuar el acto en cuestión, pero carece de capacidad de actuar, relativa o absoluta, para efectuarlo; la idea es que el representante declare la voluntad de la persona menor de edad y la respete; siempre y cuando, sea acorde con sus mejores intereses.

c) Administración de bienes

El patrimonio de las personas menores de 15 años debe ser administrado por un adulto en vista de que no cuenta con capacidad de actuar suficiente para hacerse cargo de la administración de su propio patrimonio. En los supuestos en los que existe y hay reconocimiento de la existencia del patrimonio individual de la persona menor de edad.

El hecho de que la persona menor de edad no cuente con capacidad de actuar suficiente¹⁵⁹, no implica que no le sea posible el adquirir bienes, por considerarse que la adquisición es una facultad inherente a la humanidad.¹⁶⁰

La administración de los bienes de las personas menores de edad no otorga a quienes ostentan los atributos de la autoridad parental el derecho de disposición de los bienes, es decir no hay libre uso de los bienes del menor, por lo que se requiere de una autorización judicial. La administración de los bienes de las personas

¹⁵⁹ En este sentido ver los artículos 38 y siguientes del Código Civil.

¹⁶⁰ TREVIÑO GARCÍA, Ricardo. La persona y sus atributos. Universidad Autónoma de Nuevo León. Facultad de Derecho y Criminología. 2002. p.88.

menores de edad, que es ostentada, usualmente por el padre o la madre de familia, no tiene capacidad de ser delegada y tampoco puede ser renunciada.

En caso de que los bienes sean adquiridos con el trabajo de la persona menor de edad, este puede dar uso y administración libre¹⁶¹; cabe indicar que, de conformidad con la normativa costarricense, una persona menor de edad no puede trabajar legalmente hasta cumplir los 15 años, edad en la que el código civil señala que el menor ostentará responsabilidad civil¹⁶².

Es muy común que el patrimonio de los menores de edad no exista, o bien que se confunda con el patrimonio familiar, algo heredado del sistema de autoridad antiguo, pero en muchos casos todavía se mantiene, una reminiscencia del poder absoluto del “*pater*” y un claro abuso a los atributos de la autoridad parental, pues las personas menores de edad tienen la capacidad y el derecho de poseer un patrimonio diferenciado del patrimonio familiar.

Si bien es cierto, en forma de hecho, algunos padres o madres afines, ejercen alguna o todas las funciones de los atributos de la autoridad parental. Lo anterior, por ser propio de las relaciones familiares; pero, el artículo 154 del Código de Familia, carece de fundamento al indicar que, si alguno de los padres contrae

¹⁶¹ En este sentido ver el artículo 145 del CF.

¹⁶² La responsabilidad civil a la que se hace referencia es relativa, pues si bien es cierto, el artículo 1047 del Código Civil señala que los padres serán responsables por los daños causados solo por sus hijos menores quince años, como haré ver más adelante, por razones de la inviolabilidad a derechos de terceros y con base en el mejor interés del menor, la responsabilidad total de los padres se agotará con la mayoría de edad de sus hijos.

nuevas nupcias, será suspendido en la administración de los bienes de sus hijos e hijas menores de edad.

Por lo anterior, es claro que las personas legisladoras, en el momento de la aprobación del Código de Familia costarricense aplicaban una carga de tipo negativa en la figura del padre o madre afín, pero a su vez hacen de reconocimiento que las madres y los padres afines si interceden y generan efectos en la vida jurídica de las personas menores de edad.

Además, se podría presumir del apartado anterior que, en la actualidad, la mayoría de los bienes de las personas menores de edad requerirán del nombramiento de una persona administradora. Inclusive que, en algunos supuestos como el fideicomiso, la ostentará una tercera persona ajena a una relación parental.

Los componentes anteriores pueden ser ejercidos por personas distintas, es decir, es posible que la representación de un menor recaiga en una figura externa y podría ser delegada, por ejemplo, por medio de un poder, la guarda puede recaer sobre la madre del menor, mientras que el padre ejerce la administración de los bienes.

La relevancia de la constitución de la familia, respecto del contenido y efectos de la autoridad parental es, señalada por la jurisprudencia costarricense como irrelevante¹⁶³ respecto de la base de su constitución, indica que el vínculo paterno filial puede ser consanguíneo o jurídico¹⁶⁴, si bien es cierto se hace referencia a la

¹⁶³ Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, Sentencia número 97 de las 15 horas con 30 minutos del 9 de marzo de 1982.

¹⁶⁴ Ibid.

adopción en primera instancia, también es cierto que la parentalidad por afinidad proviene de un vínculo jurídico.

Capítulo Tercero: Responsabilidad civil extracontractual de los padres afines.

VI. Derecho comparado

Existen diversos ordenamientos jurídicos que otorgan de forma específica un tratamiento a las relaciones entre padres e hijos por afinidad, como Alemania, donde existe un proceso especializado para solicitar la participación de los padres afines¹⁶⁵ o Francia¹⁶⁶ e Italia¹⁶⁷ en los cuales no se posee ninguna norma específica, sino que se le otorga a los padres y madres afines la categoría de un guardador en Francia y tutor en Italia. Por ejemplo, el Código Civil de Francia, solo exige que el menor haya cometido un acto que fue la causa directa del daño para responsabilizar a los progenitores¹⁶⁸.

En Centroamérica el único ejemplo recae en la normativa salvadoreña¹⁶⁹, la cual no es específica, pero otorga de forma explícita a los padres la posibilidad de confiar los cuidados de un menor de edad a aquella persona que de su consideración sea

¹⁶⁵ En este sentido ver el artículo 1353 a II BGB)

¹⁶⁶ En este sentido ver los artículos 376 y 377 del Código Civil de Francia.

¹⁶⁷ En Italia la figura recibe el nombre de “*affidamento*” contenida en la ley del 4 de mayo de 1983, en la cual el hijo puede ser confiado a un pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o afinidad.

¹⁶⁸ En este sentido ver el artículo 1384 del Código Civil de Francia.

¹⁶⁹ En este sentido ver el artículo 216 del Código de Familia de El Salvador.

conveniente para llevarlos a cabo y aclara que no por ello están los mismos facultados a desatender ninguno de sus deberes como padres de familia.

Si bien es cierto, el reconocimiento de los padres afines es, todavía escaso; a modo de que el mismo sea expedito, podemos identificar con los ejemplos anteriores que existen tres corrientes principales.

La primera, otorga un reconocimiento claro y explícito a los padres afines, en este supuesto existe claramente una determinación de la figura y sus alcances, en el cual hay al menos una determinación de los derechos y obligaciones que poseen los padres afines; además se cuenta con procesos especializados para otorgar participación a estos.

Una segunda tendencia, es la de la equiparación del padre o madre afín a la figura del guardador, en este supuesto la participación de los mismos es más reducida; es posible la representación de los menores hasta cierto punto, pero en general no se distingue a la figura de cualquier otro guardador.

Finalmente, un supuesto en el cual se da por acuerdo de las partes involucradas.

Grossman y Martínez¹⁷⁰, han identificado las siguientes corrientes para generar un reconocimiento de los padres y madres afines en las legislaciones que todavía no los contemplan.

¹⁷⁰ GROSMAN (Cecilia) Y MARTINEZ ALCORTA (Irene) Familias Ensambladas. Buenos Aires,

UBA. 2000. p. 37

- El reconocimiento legal de la autoridad y función parental accesoria al progenitor; en este supuesto se da una asistencia por parte del cónyuge del progenitor en la ejecución de los atributos de la autoridad parental.
- El solo hecho de un nuevo matrimonio o unión de hecho trae consigo como consecuencia la “guarda”¹⁷¹; así el vínculo de manera automática genera en el padre afín una guarda legal, donde se poseen responsabilidades y obligaciones mínimas respecto de los menores, que no dista de la guarda en general; sin necesidad de un reconocimiento judicial.
- Reconocimiento mínimo de la guarda afín; como un tipo especializado de guarda similar a la guarda actualmente contenida el artículo 1048 de nuestro Código Civil¹⁷² en su primer párrafo, donde otorga responsabilidad a los “jefes de colegios o escuelas” y a los “amos” por los daños causados por las personas menores de 15 años. En este supuesto esta guarda se extingue por la ruptura del contrato que la creó.
- La creación de estatutos legales especializados; donde exista un marco jurídico claro respecto de las obligaciones y derechos de los padres afines, el alcance de estos y el reconocimiento judicial de la figura.
- La constitución de pleno derecho de un vínculo de filiación por afinidad.

Partiendo que el guardador es “la persona que de hecho tiene el gobierno y el cuidado material y moral del menor, cualquiera fuese la circunstancia que haya dado

¹⁷¹ Cabe que esta puede ser legal o de hecho, de conformidad con la situación que se presente.

¹⁷² En adelante CC

lugar a esta situación”¹⁷³, es claro que, en caso de los padres afines, se ejerce a lo menos una guarda de hecho, la acreditación o no de esta no necesariamente requerirá de un proceso especializado.

A. La equiparación de la figura de los padres y madres afines a la figura del guardador, el ejemplo de España.

Sabemos que tanto en España como en Costa Rica el Derecho ha heredado muchas de sus características del Derecho Romano y, de hecho, por ser un país que se independizó de España, todavía posee una normativa de herencia española y que tiene en común varios aspectos. Pero, además, en España, se ha logrado generar el reconocimiento de la figura de la madre o el padre afín pese a que existe un sistema de Derecho Civil y es por esto por lo que su estudio resulta fundamental para esta investigación.

Cabe entonces indicar que en España existen regulaciones respecto de las relaciones de paternidad por afinidad, por ejemplo, la ley de Aragón, que data del 16 de mayo de 1985 da reconocimiento expreso a la participación de los padrastros y madrastras en el ejercicio de los atributos de la responsabilidad parental, al indicar:

“Cuando el hijo de uno solo de los cónyuges conviva en la casa, el cónyuge del progenitor participará en el ejercicio de la autoridad familiar que corresponda a este, si así se lo pide. No obstante, el hijo podrá pedir a la junta de parientes o al Juez de primera instancia que se le exonere de la autoridad del cónyuge de su progenitor, concurriendo justa causa.”

¹⁷³ NUÑEZ (Ricardo) La culpabilidad en el Código Penal. Buenos Aires. Depalma. 1946. p.53

La doctrina que sigue esta normativa, indica que el cónyuge no progenitor no ejerce una autoridad propia, sino que participa de la de su cónyuge; la participación nuevamente se limita a los actos en el ámbito personal y excluye los relativos con la esfera patrimonial. Tampoco puede prestar asistencia al menor de edad que tenga más de 14 años, ni representarlo.¹⁷⁴

Otorga a los padres afines un reconocimiento en la vida de la persona menor de edad, dando la posibilidad a la persona menor de edad de solicitar que el padre o madre afín cese de la participación obtenida y un tribunal así lo determine.

En lo que a la doctrina corresponde, Grossman y Alcorta¹⁷⁵ hacen hincapié en la dificultad que genera el reconocimiento de los padres afines, la razón de lo anterior radica en que los padres afines, son un modo de “padre psicológico” por lo que la consideración que el menor tenga de estos responde a factores como educación, la interacción y el compañerismo. Lo anterior denota que, pese al reconocimiento y existencia de la figura, se permanece la subjetividad respecto de que el reconocimiento que se otorga no es claro, por lo que si bien es cierto se da el reconocimiento, podríamos decirle que este es relativo, no absoluto.

Sin embargo, cabe indicar la importancia en la participación de la persona menor de edad respecto del reconocimiento; debido a que es la misma persona menor de

¹⁷⁴ DUPLÁ MARÍN (María Teresa) La a utoridad familiar del padrastro o la madrastra en la Legislación Aragonesa: del apendice floral de. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. 2010. P. 66

¹⁷⁵ Ver GROSSMAN Y ALCORTA. *Opt. Cit.* 45

edad quien posee el derecho de solicitar a un tribunal el reconocimiento del vínculo de parental y el cese de este.

Podríamos concluir diciendo que, si bien lo anterior puede resultar de gran importancia y verídico, no otorga al derecho una solución para el reconocimiento del padre afín en la vida jurídica de la persona menor de edad, por lo que en otras latitudes se ha tomado como punto de partida principios propios del derecho para su justificación.

B. La figura del "Step Parent"

El caso de los países en el cual se practica la corriente del derecho denominada Common Law, parece que la existencia de un padre o una madre afín no genera el más mínimo de los conflictos y esto gracias a la institución del "Step Parent".

Por ejemplo, en Inglaterra, el fundamento del reconocimiento del padre afín radica en el interés superior del menor de edad y la protección de la familia, el sistema inglés cuenta con una categoría similar a la figura del guardador en nuestra legislación, donde se faculta a una persona a efectuar todo aquello que es razonable para salvaguardar la integridad del menor de edad.

En el supuesto anterior no es requerida la cohabitación de la persona menor de edad con el padre o madre afín en cuestión, pero además si esta existe, posee el padre o madre afín la posibilidad de acudir ante los tribunales de justicia y solicitar que se le otorgue en conjunto con su cónyuge (el padre o madre de la persona menor de edad) los atributos de la responsabilidad parental; cabe mencionar que

en ninguno de los casos son afectados los atributos de la responsabilidad parental del padre no poseedor de la guarda, crianza y educación del menor de edad¹⁷⁶.

Sin embargo, es requisito indispensable que el menor de edad forme parte de lo que se considera una “familia conyugal”; es decir, la posibilidad anterior es exclusiva del cónyuge de alguno de los padres del menor de edad que hayan tenido convivencia con el menor como tales¹⁷⁷.

Por lo que, para la ejecución de la ley anteriormente mencionada, fue necesaria la redefinición de la “familia”, pues se considera como tal, “a toda persona que convive con él y tiene a su respecto responsabilidad parental”¹⁷⁸.

Cabe además mencionar que el derecho anglosajón considera que, el asumir de hecho obligaciones propias de los atributos de la autoridad parental, otorga la posibilidad de ser considerado como tal¹⁷⁹, por lo que el considerar al padre o madre afín como partícipe de los atributos de la responsabilidad de las personas menores de edad, no representa para este tipo de derecho ninguna complejidad, siempre y cuando ello responda al mejor interés de la persona menor de edad. Se le excluye, únicamente de la posibilidad de consentir aquellas decisiones que requieran ser

¹⁷⁶ GROSMAN (Cecilia) Y MARTINEZ ALCORTA (Irene) Familias Ensambladas. Buenos Aires, UBA. 2000. p.180.

¹⁷⁷ TAMAYO HAYA (Silvia) El Estatuto Jurídico de los Padrastrros. Madrid, Reus, 2009. p.36.

¹⁷⁸ MASSON (Judith) A Step In Both Directions. The Impact Of The Children Act 1989 On Stepfamilies. University of Bath, Brian Dimmock, 1992.

¹⁷⁹ Ver TAMAYO HAYA, *op. cit.*, p.38

tomadas en conjunto con las demás personas con las que comparte los atributos de la responsabilidad parental.

Otro ejemplo similar es el sistema en Suiza, en el cual como fundamento para otorgar participación en la vida jurídica de un menor de edad por parte de los padres afines, se utilizó el deber de asistencia mutua de los cónyuges, con lo cual los padres afines ingresan a la categoría llamada “*parents nourriciers*”¹⁸⁰ esta categoría es también similar a la del guardador; otorga a los padres afines la posibilidad representar al progenitor en su ausencia y el derecho a ser consultados antes de la toma de alguna decisión que pueda interferir en el ámbito de la persona menor de edad.

VII. Consecuencias del reconocimiento del padre afín en el derecho de familia.

Puntualmente, en el caso costarricense, no existe ningún reconocimiento a los padres afines, del todo parece ser ignorada esta relación. Sin embargo, los fundamentos legales que han llevado a su regulación en otras latitudes están también presentes en nuestro ordenamiento.

Por ejemplo, el artículo 51 de nuestra Constitución Política garantiza la protección a la familia y a las personas menores de edad garantizando de esta forma el principio al mejor interés de la persona menor de edad; además de que también reconoce a la familia como elemento natural y fundamento de la sociedad.

¹⁸⁰ GROSMAN (Cecilia) Y MARTINEZ ALCORTA (Irene) Familias Ensambladas. Buenos Aires,

UBA. 2000. p. 181

En el artículo 11 del Código de Familia, se reconoce que al formar una familia es obligación de los cónyuges la cooperación y el mutuo auxilio, por lo que, la participación del cónyuge de la madre o padre de una persona menor de edad, necesariamente tocará aspectos de la vida en común dentro del núcleo familiar, por lo que continuar ignorando por parte del derecho aspectos de hecho y de convivencia, probablemente generen lesión de derechos, no solo para las personas miembros de la familia sino como hemos podido observar también por parte de terceros.

De igual forma, en el artículo 1047, denota que existe especial responsabilidad por sobre las personas menores de edad que habitan en la misma casa que sus progenitores, por lo que necesariamente podemos afirmar que existe entre las personas menores de edad y las personas con las que comparten un domicilio, alguna importancia mayor a la común de alguna otra persona menor de edad que tiene un domicilio diverso. Y que, dicha responsabilidad puede ser trasladada a otras personas adultas en una posición especial de garante.

Es de notar que el fundamento legal existente permite al menos determinar que el padre o madre aún tiene participación en la vida del menor de edad, si bien es cierto no existe un reconocimiento expreso, al menos de hecho es claro que la figura de los padres afines posee una participación en la vida jurídica del menor de edad y cuenta con una figura legal que procura un marco legal mínimo.

Sin embargo, existen aún lagunas importantes en lo referente a la responsabilidad civil extracontractual, es claro que mientras la persona menor de edad se encuentre

bajo el cuidado y la vigilancia del padre o madre afín, este deberá de responder por los daños causados pero en la mayoría de los casos, los ámbitos de injerencia en la vida social de las personas menores de edad por parte de los padres afines es mucho más compleja y existiendo la normativa antes expresada, sus obligaciones podrían exceder de la figura tradicional de guarda.

VIII. Alcances del reconocimiento de la parentalidad por afinidad

A. El vínculo

El concepto del vínculo es un tanto lejano en el Derecho, debido a que vínculo es en principio un concepto que proviene de la psiquiatría, pero más explícitamente del psicoanálisis.¹⁸¹ Sin embargo, sí es utilizado en la normativa costarricense, así, por ejemplo, el código de familia lo menciona en 3 ocasiones, en las cuales solo en una hace referencia al vínculo de tipo matrimonial, no obstante, reconoce al menos, que es posible la existencia de un vínculo entre personas que no son parientes consanguíneas y por medio de un contrato esa condición es otorgada.

La relación de parentesco es otro importante concepto, esta está mencionada en el Código de Familia 5 veces, pero puntualmente en el artículo 14 inciso segundo haciendo referencia a las relaciones parentales por afinidad. Para la definición del parentesco es utilizado el instituto de la filiación¹⁸², la cual cabe aclarar que no tiene

¹⁸¹ PICHON RIVIERE (Enrique) Teoría del Vínculo. Buenos Aires, Nueva Visión. 1999. P.2

¹⁸² Ver ALVARADO CONDEGA, *op. cit.* p.19.

un solo tipo, sino que la doctrina ha reconocido la existencia de filiación de tipo biológica, legal y social.¹⁸³

La Sala Segunda en sentencia número 977 del 30 de junio de 2010 la ha definido como “el conjunto de relaciones jurídicas, determinadas por la paternidad y la maternidad, que vinculan a los progenitores con los hijos”.¹⁸⁴

El concepto de vínculo, además, está ligado desde su origen a los conceptos de rol y de estructura, es indispensable tener en cuenta que, como se ha mencionado en capítulos anteriores, una de las características de las familias ensambladas es la confusión de los roles existentes y en sí la familia es una de las más relevantes estructuras de la sociedad.

Y el mejor ejemplo de lo anterior se abstrae del concepto de vínculo planteado por Pichón Riviere¹⁸⁵ en cuanto a que “el vínculo configura una estructura dinámica en continuo movimiento que funciona accionada por motivaciones psicológicas, resultando de ello una determinada conducta que tiende a repetirse tanto en la relación interna como en la relación externa con el objeto”¹⁸⁶.

El mismo autor, quien es además el máximo exponente de la llamada Teoría del vínculo aclara que el vínculo tiene la particularidad de ser establecido por la totalidad de la persona, haciendo imposible que una persona solo pueda vincularse parcialmente, es decir, el vínculo o existe o simplemente no lo hace. Sin embargo,

¹⁸³ ALVARADO CONDEGA Y CABEZAS CHACÓ, *op. cit.* p.19

¹⁸⁴ Sala Segunda, número 977 del 30 de junio de 2010

¹⁸⁵ PICHON RIVIERE (Enrique) Teoría del Vínculo. Buenos Aires, Nueva Visión. 1999. p.13.

¹⁸⁶ *Ibid.* p.14.

el vínculo, aunque es interno está condicionado a aspectos externos, así, aunque si proviene de la voluntad del sujeto la formación de un vínculo determinado, este va a responder en su forma a condicionamientos externos a la relación creada.

Este concepto, además es determinante para las relaciones interpersonales¹⁸⁷; es un concepto instrumental en la psicología social, la relación de un vínculo entre personas está ligado a una historia de vínculos determinados en tiempo y espacio¹⁸⁸.

Desde el origen del concepto, la investigación del término se efectúa desde tres dimensiones: la del individuo, la del grupo y la de la sociedad¹⁸⁹; es aún más importante tener en cuenta que el vínculo entre dos personas nunca será exclusivo de estas, sino que un vínculo de dos personas se establece siempre por medio de otros vínculos históricamente condicionados en el sujeto y a su vez con pautas de conducta acumuladas en otros vínculos y roles desempeñados por los sujetos¹⁹⁰.

La creación de un vínculo depende estrechamente de los vínculos primitivos que la persona tiene con los sujetos primarios, es decir con los sujetos de su primera época de vida y de la disposición de la persona, que es la fijación la cual se crea durante el desarrollo de la persona, pues los primeros vínculos creados van a condicionar el punto de fijabilidad durante el desarrollo personal¹⁹¹.

¹⁸⁷ PICHON RIVIERE (Enrique) Teoría del Vínculo. Buenos Aires, Nueva Visión. 1999. p.22.

¹⁸⁸ Ibid. p.47

¹⁸⁹ Ibid. p.22

¹⁹⁰ Ibid. p.49

¹⁹¹ Ibid. p.51

Pero, además de la disposición, el contexto social en el cual el vínculo es conformado y reforzado tiene una máxima importancia¹⁹² pues a su vez los vínculos creados por una persona en relación con otras personas conforman grupos sociales, como la familia; es aquí donde interviene el rol, un concepto estrechamente relacionado al vínculo¹⁹³.

Los roles, aunque tienen una definición social predeterminada, pueden ser o no ser asumidos por una persona, tanto de forma voluntaria como de forma involuntaria, pues es posible que el ambiente o las demás personas adjudiquen un rol determinado a otra persona y esta lo asuma sin siquiera tener conocimiento de que le fue adjudicado de tal forma¹⁹⁴.

El carácter de la estructura en la que se crea el vínculo influye entonces de forma determinante en la creación de este y en el rol de las personas respecto del vínculo creado y de conformidad con la estructura, en el caso concreto el rol sería el de padre o madre y la estructura es la familia, pero es importante indicar que el un solo rol puede ser desarrollado por medio de uno o más vínculos.

De igual forma Pichon Rivere, hace mención de la Teoría de los roles e indica que: “La teoría de los roles se basa en la Teoría de las relaciones objeto y las relaciones objeto son estructuras en las cuales están incluidos un sujeto y un objeto estableciendo una relación particular entre ellos”.¹⁹⁵

¹⁹² PICHON RIVIERE (Enrique) Teoría del Vínculo. Buenos Aires, Nueva Visión. 1999. p.72

¹⁹³ Ibid. p.73

¹⁹⁴ Ibid. p.75

¹⁹⁵ Ibid. p.113

A este conjunto, “a esta estructura especial lo llamamos vínculo”¹⁹⁶, el autor hace la aclaración de que cuando un rol es asumido por una persona, esta persona no solo asume su rol como tal, sino que de forma recíproca asume los roles de las otras personas en relación con el rol que fue asumido por ella.¹⁹⁷ Así, por ejemplo, cuando una persona asume el rol materno, de forma automática su mente procesa el vínculo con la otra persona y lo asume como hijo o hija. Además, debe de considerarse que, el vínculo, los roles y la estructura, se ejecutan de tal forma que en la estructura cada persona vinculada a esta tiene un rol determinado.¹⁹⁸

El vínculo puede o no ser de tipo familiar, el vínculo familiar, “es aquella unión, enlace, atadura, ligamen que existe entre familiares, ya sea este ligamen o atadura producto de lazos consanguíneos o los que nacen por afinidad”¹⁹⁹, pero para que un vínculo de tipo familiar sea además reconocido como tal deberá de cumplir según el mismo Mora Benavides²⁰⁰ con los requisitos de estabilidad, cercanía, apoyo, mutuo auxilio y trato amoroso.

Villalobos Pérez, citada por Alvarado Condega²⁰¹, indica que el concepto de identidad desde la psicología “no se crea por la sangre en las venas sino por el contexto social” al igual que se ha afirmado en la discusión de la identidad de género, per se, la identidad es un concepto nacido desde un ámbito psíquico y otro social, donde la consanguineidad puede existir, pero no es un requisito indispensable. La vinculación afectiva y social del ser humano, que es desarrollada

¹⁹⁶ Ibid. p.113.

¹⁹⁷ PICHON RIVIERE (Enrique) Teoría del Vínculo. Buenos Aires, Nueva Visión. 1999. p.114.

¹⁹⁸ Ibid. p.115.

¹⁹⁹ Ver MORA BENAVIDES, *op. cit.* p.97

²⁰⁰ Ibid. p. 98

²⁰¹ Ver, ALVARADO CONDEGA Y CABEZAS CHACÓN. *op. cit.* p.44

en el grupo de la familia, es lo que crea la identidad de la persona. Las mismas autoras aclaran que el vínculo crea relaciones familiares, afectividad y el surgimiento de la obligación de apoyo patrimonial, lo que permite afirmar que la creación de un vínculo trae consigo el ejercicio de obligaciones.

1. El vínculo por afinidad

Como se ha indicado anteriormente, existe normativa en Costa Rica que hace alusión al vínculo por afinidad e inclusive, le otorga igual tratamiento a este respecto del vínculo por consanguineidad. Por ejemplo, el artículo 36 de la Constitución Política señala que el derecho de abstención a declarar en materia penal lo será para los parientes *“hasta el tercer grado inclusive de consanguineidad o afinidad...”*; del anterior artículo cabe hacer notar que no solo se otorga un tratamiento igualitario al vínculo por afinidad, sino que además de parentesco, el cual es además un requisito indispensable para este supuesto.

El autor Alfonso De Cossio,²⁰² indica que el parentesco es “un vínculo existente entre dos personas, derivado de su situación dentro de una determinada familia, y determinado bien por la naturaleza, bien por la ley. En tal sentido se habla de un parentesco por consanguineidad, por afinidad o por adopción”.²⁰³

Cabe aclarar que el parentesco por afinidad, al igual que el parentesco por adopción, surge a razón de una condición legal como el matrimonio o la unión de

²⁰² DE COSSIO (Alfonso). Instituciones de Derecho Civil. Madrid, Alizanza. 1975. p. 69.

²⁰³ Ibid. p. 720

hecho²⁰⁴, entre el cónyuge y las personas que son parientes del otro cónyuge de forma recíproca.

Otro concepto significativo para definir los vínculos en general y, por ende, que puede ser trasladado para la justificación del reconocimiento de los vínculos por afinidad, es el de la llamada filiación social, tema que fue abarcado por Ruth Delia Alvarado Condega y Vivian María Cabezas Chacón.²⁰⁵

La filiación de tipo social “es la que se configura entre las personas gracias a un vínculo de carácter afectivo, donde una parte se considera padre o madre y la otra parte se considera hijo o hija, pero no por la consanguineidad o los supuestos que establece la ley”²⁰⁶.

Como elementos las autoras señalan: La posesión notoria de estado, el derecho a conocer a los padres biológicos, el derecho a la identidad, el interés superior del niño y los efectos jurídicos de la filiación, pero en el mismo texto sostienen que “la filiación son relaciones, es un vínculo social, cultural y afectivo”²⁰⁷. Cabe aclarar que el concepto de filiación social no es reconocido, desarrollado ni considerado como concepto jurídico en muchas legislaciones, por lo que carece del peso suficiente

²⁰⁴ Deberán de tenerse en cuenta las particularidades propias de la Figura de la Unión de Hecho, aplicando lo que se conoce como un vínculo por afinidad de hecho; en este sentido ver MORA BENAVIDES, *op. cit.* p. 71.

²⁰⁵ ALVARADO CONDEGA (Ruth Delia) Y CABEZAS CHACÓN (Vivian María) Filiación Social: En Costa Rica constituye parte del bloque de Derechos Humanos fundamentales de la persona menor de edad el permanecer en su filiación social cuando se está cuestionando su filiación biológica. San Ramón, Tesis para optar por el grado de licenciadas en derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2012. P.19.

²⁰⁶ ALVARADO CONDEGA Y CABEZAS CHACÓN, *op. cit.* p. 19.

²⁰⁷ *Ibid.* p.40

para poder optar por la fijación de una filiación de este tipo como figura jurídica en lo que se refiere a padres y madres afines²⁰⁸.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en sentencia número 1894 de las 10 horas con 33 minutos del 12 de marzo de 1999²⁰⁹, indica que la relación entre padre e hijo no responde únicamente a un vínculo de carácter consanguíneo “sino que constituye un hecho afectivo y humano” y en igual sentido la Sala Segunda reconoce en su voto 628, de las 9 horas con 25 minutos del 6 de agosto de 2004, que “...*existen muchas situaciones de la vida real en las cuales, las personas se relacionan asumiendo comportamientos propios a los de la paternidad, sin que esta (sic) corresponda exactamente a un nexo biológico...*”²¹⁰ por lo cual ambas sentencias hacen referencia al reconocimiento por parte de los tribunales de que tanto el parentesco requiere no solo de un vínculo por consanguineidad sino que además está compuesto de un vínculo social y otro psicológico, por lo que la misma Sala Segunda también indica “*Se ha hablado entonces de casos en que existe una paternidad social, en contraposición a la paternidad biológica, la cual, igualmente es tutelada, en razón del interés de la persona menor de edad (sic)...Por eso, en algunos casos en que existe una paternidad socialmente constituida, la paternidad biológica cede frente a la paternidad social*”.²¹¹

²⁰⁸ Ibid. p.100

²⁰⁹ Sala Constitucional, número 1894 del 12 de marzo de 1999.

²¹⁰ Sala Segunda, número 628 del 6 de agosto de 2004.

²¹¹ Ibid.

Nótese, sin embargo; que la posición de la Sala Segunda hasta ese momento resulta ser excluyente, al mencionar “*cede ante...*” mientras lo que en esta investigación se sostiene es la posibilidad de que tanto la filiación social como la filiación biológica pudieran ser diferentes más no así excluyentes y que por el contrario, en los casos en los que así sea, se otorgue reconocimiento al vínculo por afinidad creado de una filiación que no necesariamente es biológica y que incluso podría solo ser relativamente social, pero que al fin y al cabo, es determinante para la vida familiar de una persona y específicamente de una persona menor de edad.

No obstante, hay que rescatar que el reconocimiento del llamado elemento afectivo²¹² sustenta no solo el reconocimiento del vínculo por afinidad, sino que, además, otorga la posibilidad del análisis del vínculo en los procesos judiciales de familia para la determinación del parentesco.

En cuanto se refiere a la posición notoria de estado, es un elemento que podría estar presente o no en el vínculo por afinidad, de conformidad con el concepto al respecto que se maneje, para esta investigación, el de Zannoni resulta ser uno de los más completos, pues indica que es “*ese cúmulo de actitudes y conductas recíprocas entre quien dispensa a alguien el trato de hijo y recibe de este el trato de padre o madre, en modo público, ostensible e inequívoco*”²¹³ por lo que habría que establecer si a nivel de análisis del vínculo por afinidad es un elemento que tenga que considerarse como existente para que sea posible el alcance de las responsabilidades que por los actos de un hijo o hija afín pudiera tener su padre o

²¹² Ver ALVARADO CONDEGA Y CABEZAS CHACÓN, *op. cit.* p.29

²¹³ ZANNONI (Eduardo). Derecho Civil: Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea. 1989. p.330.

madre afín, en este sentido de igual forma, deberá de cumplirse para la filiación social lo indicado por el artículo 80 del Código de Familia, no así en el parentesco por afinidad, el cual no deberá de cumplirse taxativamente los requisitos indicados como el otorgamiento de los apellidos, la presentación como hijo o hija a terceros, sino más bien como que una o varias de las conductas ahí estipuladas, sustenten la demostración de un vínculo de parentesco.

El hecho de determinar que, en un vínculo por afinidad existe también filiación social podría acarrear consecuencias pecuniarias para las partes; de conformidad con el artículo 78 del Código de Familia, al indicar que la filiación, puede acarrear consecuencias sobre los derechos pecuniarios. Para que esta posibilidad ocurra, sería necesaria la declaración de esa filiación social ante un tribunal, pero sustentaría con mayor fundamento la responsabilidad pecuniaria que un padre o madre afín pudiera tener para con un tercero respecto de un daño causado a este por su hijo o hija afín.

Cabe tener en cuenta, además que la filiación hace nacer el parentesco por consanguineidad pero también el parentesco por afinidad; en este sentido podemos citar a la autora Andrea Hubert Volio cuando señala en uno de sus comentarios al artículo 97 del Código de Familia que el hijo o hija, donde indica pasa a ser parte de las familias consanguíneas de cada uno de sus progenitores y en una forma amplia²¹⁴, es decir, no solo entrara a formar parte de la familia consanguínea de sus progenitores sino además de los parientes afines de sus progenitores.

²¹⁴ HUBERT VOLIO (Andrea) Código de Familia de Costa Rica, anotado, concordado y con legislación conexas. San José, Investigaciones Jurídicas. 2002. p.67

Los autores Diez Picaso y Guillón²¹⁵ indican igualmente que la filiación no es estrictamente de tipo consanguíneo, y van más allá al hacer la diferencia entre la figura del padre y la figura del progenitor, aclarando que, a diferencia de la figura del progenitor, la de padre contiene una carga socio cultural que no tiene la segunda.

Incluso en el voto número 628 de las 9 y 25 horas del 6 de agosto de 2004, de la Sala Segunda indica que “...en algunos casos en que existe una paternidad socialmente constituida, la paternidad biológica cede frente a la paternidad social”²¹⁶ y por su parte el Tribunal de Familia en la sentencia número 904, de las 9 horas y 10 minutos del 1 de julio de 2002 considera que “conviene más a un menor tener un padre registral que no sea biológico, para que asuma las responsabilidades que ello conlleva, que no tener ninguno”²¹⁷

2. El tutor o guardador

La distribución de funciones en el ejercicio de los atributos de la autoridad parental es de cierta manera se reparte entre los progenitores o tutores y terceras personas. Por lo que no únicamente los progenitores están obligados a responder en la eventualidad de un daño causado por una persona menor de edad, sino que además si esa persona menor de edad está bajo el cuidado de una tercera persona

²¹⁵ DIEZ PICASSO Y GUILLÓN (Antonio). Instituciones del Derecho Civil. Madrid, Tecnos. 1998. p.62

²¹⁶ Sala Segunda, número 628 del 6 de agosto de 2004.

²¹⁷ Tribunal de Familia, número 904 del 1 de julio de 2002.

en el momento de los hechos, esta tercera persona será obligada a responder, por el daño causado.

Sin embargo, respecto del padre o la madre afín, el supuesto se traslada al momento en el cual la persona menor de edad no se encuentra bajo su cuidado, de igual forma de que los progenitores responden por este.

La autora Eva Camacho Vargas, señala que la delegación que se haga de las funciones de los atributos de la autoridad parental puede resultar determinantes para la Responsabilidad Civil, cuando se trata de guardadores legales²¹⁸.

La figura del guardador legal, requiere de una declaratoria judicial y es así como el padre o la madre afín tendrían la responsabilidad; no proveniente del parentesco por afinidad sino de la legalidad y no son considerados como tales por la normativa costarricense, a pesar de que en algunos casos tienen a su cargo la guarda de hecho.

Teniendo esto en cuenta, se podría, al igual que se hace con la figura de la unión de hecho; equiparar de alguna forma la guarda de hecho a la guarda legal, por medio de la adhesión de un artículo al Código de Familia y de esta forma, en los casos en los que se compruebe que las obligaciones ejercidas por parte del padre o madre afín son equiparables a las de un guardador legal, todas las responsabilidades y derechos de la figura de la guarda legal le sean trasladados.

La misma autora manifiesta que la intervención de padres y tutores que mantienen esas responsabilidades y tienen participación en todas las decisiones importantes

²¹⁸ Ver CAMACHO VARGAS, *op. cit.* p. 62

de ejercicio ordinario y extraordinario de los atributos de la responsabilidad parental, en el supuesto de que exista un tercero participante en la guarda del menor, muestra de ello es el mantenimiento del régimen de visitas²¹⁹.

IX. Contenido del reconocimiento de la parentalidad por afinidad

A. Ejecución relativa de atributos de la autoridad parental

Es necesario, para poder determinar el nivel de responsabilidad de los padres y madres afines respecto de los actos de sus hijos e hijas afines, efectuar el análisis respecto de las características de los atributos de la autoridad parental para a su vez validar la existencia de una ejecución de dichos atributos de una forma relativa y no absoluta.

En este sentido los mismos artículos 1047 y 1048 del Código Civil, hacen referencia a la responsabilidad de las personas adultas respecto de las personas menores de edad, de conformidad con las figuras en las que una persona adulta participa en la vida de una persona menor de edad.

Veamos, el artículo 1047 del Código Civil, hace referencia específicamente a que serán responsables los padres por los actos que generen un daño y provengan de una acción de los hijos e hijas menores de 15 años, por ende la responsabilidad por los daños causados por un hijo o hija mayor de 15 años pero menor de 18 años, en relación con los artículos 38 y 39 de ese mismo código no existe obligación para las personas menores de esa edad, por lo que en caso de personas menores de 15 años la responsabilidad de los padres será absoluta, solo en este supuesto.

²¹⁹ Ver CAMACHO VARGAS. *op. cit.* p.62

Un segundo requisito que indica el artículo; para que exista responsabilidad por parte de los padres es que la persona menor de edad causante del daño “habe” en la misma casa que sus padres, esto implica entonces, que será responsable por el daño causado por una persona menor de 15 años, el padre o madre que ostente la guarda crianza, en cuanto al presupuesto de la cohabitación pues el hecho de que la persona menor de edad habite en el mismo espacio es un requisito. Esto en principio liberaría al padre o madre que no habite con la persona menor de quince años; como ya se mencionó anteriormente, deberá de interpretarse únicamente respecto de la persona que funja como encargado pues respecto del padre o madre será suficiente con la responsabilidad que la ley les otorga.

Y, finalmente, el legislador prevé la responsabilidad por los daños causados por una persona menor de 15 años en defecto de que el padre y la madre se encuentren ausentes, para lo cual determina que los responsables serán “*los tutores o encargados*” ante lo cual, los primeros que se mencionan requieren de una declaratoria de legalidad y se presumen de derecho, no así el término “*encargado*” el cual es lo suficientemente amplio como para incluir a aquellas personas adultas que ejerzan una guarda de hecho y a lo que interesa a esta investigación, específicamente a la figura del padre o madre afín.

Como se mencionó anteriormente, la guarda es atributo de la autoridad parental y pese a ser intrasmisible, por contener de diversos presupuestos, en el caso de la guarda si es posible que recaiga sobre un tercero, como lo sería de hecho un padre o madre afín que desenvuelva obligaciones propias que el padre o la madre ausente no efectúa; por lo que es determinante y sería otro requisito, el de que el padre o

madre afín ejerza, aunque sea de hecho y no de derecho, el atributo del ejercicio de la guarda proveniente de la que ostenta el padre o madre respecto de la persona menor de edad.

Lo que, además, no lleva a la confirmación de que, para la configuración de responsabilidad por parte de un padre o una madre afín, como lo es el vínculo parental comprobable entre el hijo o la hija afín y su padre o madre afín. Lo que implicaría que por una cuestión de hecho la figura por afinidad ejerce atributos de la autoridad parental que, si bien legalmente corresponde a sus padres, por el mismo cumplimiento de sus obligaciones como cónyuge, indicadas en el artículo 34 del Código de Familia y por así haberse constituido por medio de un vínculo de parentalidad, le pueden ser obligados.

Es necesario entonces efectuar el análisis de la figura conocida como *“la guarda de hecho”*; esta figura obedece a supuestos en los que el ejercicio de las facultades parentales no es desempeñada por el padre y la madre, sino por terceras personas²²⁰.

En este sentido, la autora Lescano Feria indica que la razón de la guarda de hecho no es más que otra que las situaciones de la vida diaria, a la cual cataloga como una figura de gran incidencia social desde la época Romana y además frecuente, por lo que asegura que no puede pasar desapercibida por la legislación²²¹, aunque al menos en el caso de los padres y las madres por afinidad parece que lo ha hecho a través del tiempo o al menos ha permanecido en un status no determinado en la

²²⁰ LESCANO FERIA (Patricia Anahí) La Guarda de Hecho. Oviedo, Universidad de Oviedo. 2012. p.12

²²¹ Ibid. p.12

legislación costarricense, la cual ni siquiera hace referencia de forma explícita al término sino que lo sustituye por la palabra “*encargado*”.

Además, la autora es clara al aceptar que en la práctica el ejercicio de la guarda de hecho conlleva a situaciones “*a posteriori*” que resultan dificultosas de resolver por medio del derecho²²² por ser fruto de la doctrina y no de la legislación.

La legislación costarricense como ya se dijo, utiliza un término poco explícito, que carece de conceptualización tanto en el Código Civil, el Código de Familia y el Código de la niñez y la adolescencia, por lo que entonces debemos primero demostrar que la palabra encargado hace referencia a la guarda de hecho, pues la norma no establece que se debe de entender por encargado, ni hace mención a la guarda de hecho.

Se entiende por guardador de hecho a “*aquella persona que, careciendo de potestad legal sobre un menor o una persona incapacitada o susceptible de serlo, ejerciera respecto de ellos, algunas de las funciones propias de las instituciones tutelares o se hubiera encargado de su custodia y protección o de la administración de su patrimonio y gestión de sus intereses*”²²³. La figura de la guarda de hecho es considerada por una parte de la doctrina como una institución jurídica, solo que, de

²²² LESCANO FERIA (Patricia Anahí) La Guarda de Hecho. Oviedo, Universidad de Oviedo. 2012. p.13.

²²³ DÍAZ ALABART (Silvia) El procedimiento de incapacitación y las instituciones de guarda. La Protección jurídica de las personas con discapacidad. Estudio de la ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. Madrid, Ibermutuamur. 2004. p. 70

tipo informal, pero es querida y jurídicamente relevante, asumida de hecho en sentido de no contar con las formalidades legales²²⁴.

Mientras que otra parte no la considera como tal, sino que es más bien señalada como una situación no querida por la ley pero que por su práctica resulta conveniente atribuirle consecuencias de tipo legal²²⁵. Pero independientemente de la posición se rescatan dos elementos esenciales, primero la asunción de deberes de protección y custodia por una persona sin un título legal que la habilite como tal y segundo, la inexistencia de un deber legal de sumir tales deberes²²⁶. Teniendo esto en cuenta, se puede definir como la posición que de forma voluntaria ejerce una persona en plena capacidad sobre el cuidado y vigilancia de diversos aspectos de una persona considerada como incapaz o bien de una persona menor de edad, sin que medie una declaratoria judicial, pero que podría acarrear para ambas, responsabilidades de índole jurídico.

También se señala, para la configuración de la guarda como tal, tres características:

- Es una situación fáctica, porque la persona que desempeña la guarda carece de la calidad de padre, madre, tutor, curador o guardador legal, que desarrolla una función sobre el interés de la persona guardada “generando

²²⁴ ROGEL VIDE (Carlos) *Comentarios al artículo 303 del Código Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia. 1991. p. 863.

²²⁵ IZQUIERDO TOLSADA (Mariano) *La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho*. Madrid, ICAI, 1984. p.152

²²⁶ Ver LESCANO FERIA, *op. cit.* p.17

consecuencias jurídicas a las que la normativa le ha brindado una normativa”.²²⁷

- Es sobrevenida, esta se refiere a situaciones que son existentes en el presente, que han tenido un desarrollo de forma previa y que devienen de situaciones legales diversas; como lo sería el matrimonio en el caso de los padres y madres afines, pero que en muchos casos el guardador de hecho carece de reconocer la situación en la que se encuentra, por estar ligada a una situación previa.
- Es transitoria, es aquí donde la figura de padre o madre afín podría desmarcarse de la guarda de hecho si es que se otorga una interpretación de tipo estricta, debido a que existe una persona que de previo ha sido destinada de forma legal para asumir las responsabilidades de los atributos de la autoridad parental, por lo que, en esta interpretación no sería posible equiparar al padre o madre afín a un guardador de hecho. Sin embargo, en una interpretación, de tipo amplia, donde la transitoriedad se entienda como el cumplimiento de la mayoría de edad sea lo que termine con la transitoriedad.

Debido a lo anterior, se considera que es necesario desmarcar la figura del padre o madre afín, respecto de otras figuras que también intervienen en la crianza de las personas menores de edad. Para que se configure en el caso de un padre o madre afín la responsabilidad por acto cometido por un hijo o hija afín, será necesario como elemento esencial; la comprobación del vínculo de parentalidad. La razón radica en

²²⁷ Ver LESCANO FERIA, op. cit. p.18

que se ha considerado que la transitoriedad es una característica que; de no existir, podría generar inseguridad jurídica y por consiguiente otorgaría vínculo en forma distinta; de esta forma, se eliminan las dudas respecto de hay una guarda de hecho por parte de los padres o madres afines, por el contrario, es una figura que además la trasciende.

La palabra que utiliza la normativa costarricense al referirse a encargado, no existe, en la doctrina costarricense, en la normativa, ni se encontró en las sentencias consultadas, un concepto específico, lo más cercano es la palabra “encargo” definida por Manuel Osorio en su diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales²²⁸ como “*encomienda de cuidar de algo o alguien*”. Por otra parte, la Real Academia de la lengua española define como encargado a la persona que ha recibido un encargo y como encargar, “*poner al cuidado de alguien*”, “*imponer una obligación*”²²⁹, por lo que siendo el concepto de encargado no solo no tiene una definición determinada, sino que además no cuenta con el requisito de la temporalidad, el padre o madre aún podría perfectamente ser encuadrado en dicho concepto.

²²⁸ OSORIO (Manuel) Diccionario de Ciencias Jurídicas y Políticas. Guatemala, Datascan. 2010.

p.367

²²⁹ RAE. *Diccionario de la Lengua Española*. <http://dle.rae.es/?id=F0p6rb4>. Última Consulta 05 de noviembre 2018

B. Características de la relación por afinidad

Entonces, para lograr la determinación de un supuesto de responsabilidad de un padre o madre afín por un daño causado por un hijo o hija afín será necesario contar con las siguientes características:

- Que la persona menor de edad que cause el daño sea hijo o hija afín proveniente de un matrimonio o una unión de hecho posterior a los tres años de convivencia equiparable con el matrimonio, donde ocurran las características descritas en el artículo 34 del código de familia.
- Que el hijo o hija afín sea menor de 15 años, para que la responsabilidad se configure como absoluta. Si la persona es menor de 18 pero mayor de 15 años podría existir un supuesto de responsabilidad solidaria, que deberá analizarse en el caso en concreto.
- La persona menor de edad deberá habitar en el mismo hogar que su padre o madre afín.
- La comprobación de la existencia de un vínculo parental entre la persona menor de edad y su padre o madre afín, donde además se ostente el ejercicio del atributo de la guarda, el cual podrá ser incluso de hecho y de forma temporal.

X. Justificación del reconocimiento de la parentalidad por afinidad.

A. Amplitud de los derechos de las personas menores de edad.

El argumento primordial, además es la garantía no solo del sustento del daño para la persona que lo sufre sino también para la persona menor de edad, quienes a partir de la entrada en vigencia en 1989, de la Convención de los Derechos del Niño, otorga a las personas menores de edad una amplitud en el cumplimiento de las garantías de sus derechos fundamentales y es con esta base que la comprobación de un vínculo de parentalidad es primordial para el sustento de esta y otras obligaciones por parte de todas las personas adultas que participan en la vida de una persona menor de edad pero sobre todo de aquellas que por una u otra razón fungen como una figura parental.

En Costa Rica, los principios de la convención han sido rescatados y expresados por medio del Código de la Niñez y la Adolescencia, por lo que para supuestos de responsabilizar a los padres y madres afines también es de suma importancia tener en consideración otros aspectos de la vida de la persona menor de edad en afán de garantizar sus derechos.

Por ejemplo, será necesario para un caso de este tipo la aplicación del artículo 6 del Código de la niñez y la adolescencia en el sentido de la percepción sociocultural que se tenga en ámbito en el cual se desenvuelve la persona menor de edad de los vínculos por afinidad entre padres, madres, hijos e hijas afines, para lograr identificar la importancia y profundidad existente en este vínculo y los alcances que puede tener.

En concordancia con el artículo 7 del Código de Niñez y Adolescencia, para de igual forma lograr la determinación de la participación del padre o madre afín en el desarrollo integral de la persona menor de edad, en concordancia con el artículo 29, también del mismo código, donde en la misma línea a la cual se refiere el artículo 1047 del Código Civil, utiliza la palabra “encargado” lo que desmarca el requisito de una declaratoria de legalidad de una figura determinada y permite que de hecho una persona adulta sea responsable de una persona menor de edad.

En este artículo la diferencia recae en que es lo suficientemente amplio para abarcar el “desarrollo físico, intelectual, moral, espiritual y social” lo que implica que aquella persona adulta que se vincule a una persona menor de edad como para ser considerado “encargado” de la persona menor de edad posee obligaciones para con la persona menor de edad a su cargo.

El principio de aplicación preferente, contenido en el artículo 9 del Código de la niñez y la adolescencia, también puede ser aplicado si se interpreta que el hecho de otorgar responsabilidad al padre o madre afín por los daños que causa su hijo o hija afín otorga tanto seguridad jurídica al menor como al tercero que recibe el daño, dado que en la mayoría de los casos las personas menores de edad carecen de patrimonio propio para dar respuesta a un resarcimiento o bien su patrimonio se encuentra confundido con el patrimonio de la familia, por lo que otorgar responsabilidades a una persona que demuestra un comportamiento de hecho como un padre o madre de familia debe comprender también las responsabilidades que eso conlleve.

Finalmente, de conformidad con el artículo 112 del Código de la niñez y la adolescencia, la interpretación de todas las normas que sean aplicables a una persona menor de edad deberá de contemplar el principio de interés superior del niño, el cual se desarrolla por su importancia seguidamente.

C. Mejor interés de las personas menores de edad.

Entra entonces en cuestión el principio de interés superior del niño, como una fuente de ejecución de un balance para la determinación del vínculo entre una persona menor de edad y otra que ejerce, ya sea alguno o todas las funciones de un padre o una madre.

En este sentido Alvarado Condega y Cabezas Chacón, indican que el principio antes mencionado deberá de tenerse como la primera consideración cuando se tomen decisiones que afecten de alguna u otra forma a un niño, niña o adolescente²³⁰ de igual forma se refiere Cillero Bruñol, quien además agrega que específicamente solo un derecho puede además ser “interés superior”²³¹ pero admite que el interés superior puede estar claramente en contra del interés colectivo, debido a que los derechos de los niños y las niñas deben de ser ponderados de un modo prioritario al de la generalidad.²³²

De forma puntual el Código de la niñez y la adolescencia, en su artículo 5 amplía el interés superior a cualquier norma privada, la cual deberá de considerar la condición

²³⁰ Ver, ALVARADO CONDEGA Y CABEZAS CHACÓN op. cit. p. 69

²³¹ CILLERO BRUÑOL (Miguel) El Interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. Justicia y Derechos del Niño. Santiago, Andros Impresores. 2007. p.134

²³² Ver, ALVARADO CONDEGA Y CABEZAS CHACÓN op. cit. p. 106

de sujeto de derecho y responsabilidades, la edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales, también las condiciones socioeconómicas y la correspondencia entre el interés general y el individual.

También desde el principio de interés superior del niño en el caso de *Fornerón e hija vs Argentina*, el fundamento de la Corte indica que la creación de lazos da como resultado una relación de tipo paterno-social²³³ con su familia adoptiva pese a que la adopción se otorga de forma irregular y que el único vínculo que le unía a su padre biológico era la consanguineidad por lo que pese a que se reconoce que el principio de interés superior de la niña fue violentado, también reconoció que después de transcurrido tanto tiempo sin vinculación de ningún tipo entre el padre biológico y su hija, es necesario un proceso que permita el establecimiento del vínculo parental.

De esta forma, puede interpretarse que, en relación con el derecho a la identidad, un vínculo de carácter parental puede construirse de forma efectiva con una persona que biológicamente no tenga parentesco con la persona menor de edad, pero que, además, la garantía de los derechos relacionados con el parentesco en un vínculo de tipo no consanguíneo podría resultar de mejor interés para la persona menor de edad.

²³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Forneron vs Argentina*, número 242, 2012.

Conclusiones

A partir del análisis documental efectuado y de acuerdo con diversas conclusiones que surgen de una serie de ejercicios enfocados a determinar cuál es de la participación jurídica de los padres y madres afines y en la responsabilidad civil extracontractual por los actos de sus hijos o hijas afines.

De esta manera fue posible delimitar que la responsabilidad de las personas menores de edad se encuentra definida por una serie de aspectos propios de este grupo poblacional, de los cuales es necesario generar un análisis integral y acorde con el panorama de derechos actuales de una persona menor de edad.

El aval para la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en nuestro país es otorgado por la Convención de los Derechos del Niño. Este cuerpo normativo internacional contiene una serie de divisiones etarias, que también son replicadas por la normativa costarricense.

Así, encontramos 3 grupos diferenciados de entre las mismas personas menores de edad:

Un primer grupo comprende a los niños y niñas desde que nacen y hasta los 12 años, mientras ostenten estas edades las personas menores de edad serán penalmente inimputables y civilmente, por la responsabilidad de los daños que causen, responderán sus padres.

A un segundo grupo pertenecen los adolescentes entre los 12 y los 15 años de edad, quienes son imputables en materia penal, pero no son responsables civilmente por los daños que causen, por lo que; también en este rango sus padres son los que responderán. El tercer grupo comprende a la persona adolescente de entre 15 y hasta los 18 años, quienes serán absolutamente responsables por los daños que causen tanto en instancia civil como en la instancia penal.

Además, el Código Civil, contempla otras dos figuras que son la del tutor y la del guardador. En cuanto a la figura, del tutor, tendrá la misma responsabilidad de los padres siempre y cuando la tutela sea declarada por la instancia judicial correspondiente. Es decir, pese a que una persona ejerza las funciones de un tutor no podrá reclamársele responsabilidad alguna por los actos de una persona menor de edad bajo su tutela, sino a partir de la declaratoria judicial que así lo declare.

Por consiguiente, la única forma de la equiparación entre un padre o madre por afinidad y un tutor, es que el padre o madre afín sea a su vez tutor declarado en instancia judicial de la persona menor de edad y bajo este supuesto, responderá en calidad de tutor, no en calidad de padre o madre por afinidad.

Sin embargo, es importante señalar que el proyecto de Código Procesal de Familia pretende otorgar el reconocimiento a la persona que ha generado de previo un vínculo de tutela con una persona menor de edad por lo que y que podría llegar a ser el padre o madre afín y esto implicaría al menos una puerta para su reconocimiento.

Por otra parte, en cuanto a la figura del guardador, la ley omite la conceptualización de la figura y tampoco es clara en cuanto a que se refiere a guarda de hecho o de derecho, lo que nos lleva a interpretar que comprende ambas posibilidades. Durante el análisis efectuado, se logró comprobar que la figura del padre o madre afín en la actualidad se asemeja a la figura del guardador en todos sus factores a excepción de la temporalidad.

Sin embargo, en cuanto a las características propias de la figura del guardador legal; la forma en la cual se delegan los atributos de la autoridad parental son determinantes para la Responsabilidad Civil. Ocurrirá lo mismo que se dijo respecto de la figura anterior; es decir, que deberá ser declarado guardador en vía judicial, al requerir de un proceso especial de protección, y la responsabilidad deviene de esta declaración y no de la parentalidad que ejerza sobre la persona menor de edad.

En cuanto a la guarda de hecho, esta podrá determinarse en el momento judicial oportuno, por lo que se propone que; de la misma forma en la que se otorga reconocimiento por parte del derecho de familia costarricense a la figura de la unión de hecho, se proceda al otorgamiento de la guarda legal al padre o madre afín que por medio de un vínculo parental probado ejerza sobre la persona menor de edad obligaciones propias de la autoridad parental, sean estas delegadas por alguno de sus padres o suplidas de forma voluntaria por la incapacidad o ausencia de alguno de los progenitores.

Para que un padre o madre afín se configure como tal forma; en que pueda ser declarado como guardador legal deberá además de los requisitos generales, comprobarse que la guarda de la persona menor de edad recae sobre el padre o

madre afín. Por consiguiente, deberá de demostrarse la existencia de un vínculo recíproco entre el hijo o hija y su padre o madre afín.

Y como tercer elemento esencial, la interpretación amplia del requisito de la temporalidad, que permite que el plazo temporal sea considerado como todo aquel comprendido entre la edad de la persona menor de edad y los 18 años.

La obligatoriedad del cumplimiento de la responsabilidad que tendría el padre o madre afín se justifica, en el ejercicio de hecho de los atributos de la autoridad parental y en el cumplimiento de las obligaciones de conformidad con el artículo 34 del Código de Familia.

Se recomienda que en tanto ocurre el reconocimiento del padre o madre afín por parte del Derecho se agregue a la legislación costarricense un concepto de padre o madre afín, acorde con los derechos de las personas menores de edad y en garantía del principio del mejor interés del niño un concepto elaborado de la figura de guardador de hecho, que permita aclarar el alcance y los límites en el momento de efectuar el análisis jurídico.

O bien en su defecto, que se determine explícitamente el reconocimiento de los padres y madres afines en la normativa costarricense, lo que implicaría efectuar la creación de una nueva figura jurídica; como se hace en el “common law”.

En este trabajo se ha demostrado que pese a que la legislación costarricense hace reconocimiento a la existencia del padre o madre afín; como está expuesto, en el artículo 14 del Código de Familia, donde no solo hace alusión a la figura sino que además aclara que la duración del vínculo por afinidad que se adquiere por la unión

de los cónyuges se extiende respecto de sus hijos o hijas afines pese a que se extinga la unión de los cónyuges que le dio vida, es indispensable aclarar que existe una solución jurídica específica que garantice los derechos de ninguna parte, incluyendo a las terceras personas ajenas a la relación.

En otras palabras, el vínculo por afinidad pese a nacer de un vínculo conyugal no se extingue con la extinción del vínculo conyugal, sino que es interdependiente y puede existir más allá de este, si es que las personas que lo construyeron lo hacen perdurar, pero no hay una fórmula jurídica que legitime esa continuidad.

Debido de lo anterior y conforme con composición del fenómeno psicosocial que integra a una familia resulta necesario afirmar que existe una participación por parte de los padres o madres afines en la vida jurídica de las personas menores de edad en las familias recompuestas. Es necesario recalcar que no está específicamente respaldada por el Derecho; que en razón de las obligaciones conyugales que otorga la ley, así como de la delegación de los atributos de la autoridad parental; resulta innegable que existe participación del padre o madre afín en varios ámbitos de la vida de una persona menor de edad.

De forma específica, en cuanto a la responsabilidad civil extracontractual, no existe ningún impedimento de tipo legal que impida la persona que sufrió el daño, integrar al padre o madre afín al proceso o bien que, recurra contra bienes gananciales. Aunque no existe ningún ejemplo fáctico en el país, por lo que, no fue posible comprobar que un padre o madre afín vaya a ser llamado a responder por el daño que cause su hijo o hija afín.

Finalmente, se puede excluir la responsabilidad de los padres y madres afines en lo que corresponde a las personas menores de edad, pero mayores de 15 años, debido a que una persona mayor de 15 años será responsable de sus actos. Por garantía, tanto de la persona menor de edad como del tercero que fuera afectado por los actos de una persona mayor de 15 años, se recomienda la pronta aprobación del proyecto Código Procesal de Familia, que garantiza el derecho de la persona menor de edad y mayor de 15 años a individualizar su patrimonio.

Los parámetros fundamentales que conllevan a la responsabilidad del padre y la madre y por consiguiente que podrían ser aplicables a los padres y madres afines; además de los elementos comunes de la responsabilidad; son delimitados por el ejercicio de los atributos de la responsabilidad parental. Estos atributos, ya sea por ejercicio de hecho o bien de derecho, siempre y cuando se intervenga en la vida jurídica de la persona menor de edad y sea parte del curso de la familia, es innegable que generarán un efecto.

Cualquier influencia significativa en la educación y convivencia de una persona menor de edad tiene la capacidad de moldear y ejercer un importante impacto sobre la persona menor de edad, por lo que, ya sea bajo el argumento de la culpa o bien por mandato legal las personas que estén en ejercicio de los atributos de la autoridad parental deberán de responsabilizarse frente a terceros por los actos que cometan las personas menores de 15 años.

Nada impide, que un padre o madre afín sean llamados al proceso para que deban de responder por el daño causado por un hijo o hija afín. Es necesario tener en cuenta que el hecho de dar garantía de los daños que causen las personas menores

de edad es una obligación de seguridad y proviene del ejercicio de un poder, en específico, de aquel que los padres tienen sobre sus hijos e hijas.

El otro parámetro es el del vínculo; en este caso y correlacionado con el primero, pero dirigido a las figuras como el padre y la madre afín, donde la comprobación del vínculo deberá de servir como elemento indispensable para la comprobación de la influencia significativa en la vida de la persona menor de edad.

Además, cabe mencionar que, por las características propias de las composiciones familiares en la actualidad, se recomienda incluir una figura más acorde con la realidad y que no ostente las lagunas que podrían girar en torno a la palabra “guardador”; o en su defecto, que se incluya dentro de la legislación una conceptualización de este término. Entretanto y en concordancia con el principio del mejor interés del niño, debería de aplicarse en el momento de análisis, la interpretación más amplia posible.

En la actualidad es innegable que el concepto de familia trasciende a la concepción de la familia nuclear y que, debe de adoptarse la interpretación con mayor alcance de derechos, donde la composición de este fenómeno social obedece a diversas formas de familia y que deberá entenderse que la protección del Estado garantizada en el artículo 52 de nuestra Constitución Política abarca a todos los tipos de familia.

Por lo tanto, la existencia de los padres y madres afines, así como en general de las familias de tipo ensamblada debería de ser contemplada a partir de una legislación que garantice el Derecho a la no discriminación en el momento de su aplicación y que a la vez sea conforme con los derechos consagrados por medio de la Convención de los Derechos del Niño.

La familia es un grupo de personas unidos por lazos que pueden ser consanguíneos pero también pueden ser legales, en el caso del padre y de la madre afín la unión legal se efectúa en primera instancia una vez que por medio del matrimonio, se ingresa a ser parte de una familia pero para la comprobación de que se ejecutan los atributos de la autoridad parental de tal forma que podría ser el padre o madre afín sujeto de responsabilidad por los actos de sus hijos o hijas afines, va a requerir de la comprobación de un vínculo que así lo demuestre y que sea además recíproco. Debido a lo anterior es que se recomienda que se analice el vínculo como un factor determinante de la responsabilidad por los hechos de una persona menor de edad, inclusive cuando no exista consanguineidad ni contractilidad; que son los casos que contempla la ley costarricense.

Las principales características de un vínculo o relación entre un padre o madre afín que pueda equipararse a la figura de un padre o una madre son: la convivencia de los hijos e hijas del cónyuge; sin que esto signifique la cohabitación, sino el hecho de que las personas menores de edad convivan con su padre o madre afín por el simple giro de ser parte de la vida en familia.

La participación del padre o madre afín en el ejercicio de los atributos de la autoridad parental; en cuanto se refiera al ejercicio de hecho o bien de derecho de los atributos que en principio corresponden a su cónyuge de una forma constante y notoria. Y finalmente la reciprocidad en el reconocimiento del lazo por parte de la persona menor de edad, es decir; que el vínculo sea tanto del padre o la madre afín como del hijo o hija afín para con esta figura.

Para generar un clima más comprensible para todas las partes involucradas es que se recomienda que, de forma explícita y con base en el derecho comparado se

genere una figura del padre o madre por afinidad y de forma manifiesta contemple los deberes, derechos y límites dentro de la legislación costarricense; sin necesidad de acudir a la interpretación de una figura no determinada como lo es la palabra “guardador.”

En tanto que ocurra lo anterior, se propone que se equipare la relación de los padres y madres afines a la relación de cualquier otro padre o madre, ya que, se ha logrado comprobar que la filiación consanguínea no es la única forma en la cual se forja una relación de parentalidad.

Podría seguirse el ejemplo de la legislación aragonesa que indica que cuando el hijo o hija habite la casa en conjunto con su padre o madre afín este último tendrá participación en el ejercicio de los atributos de la autoridad parental, pero el hijo o hija podrá pedir la terminación de esa participación ante un juez.

Este ejemplo no solo demuestra que es posible contar con la participación de las figuras de los padres y madres por afinidad, sino que además el hecho de contemplar dentro del ordenamiento de forma explícita a los padres y madres afines; genera no solo la garantía de los derechos de las personas menores de edad sino que además también es una herramienta de seguridad jurídica para los padres y madres que participan de la vida de los hijos e hijas de sus cónyuges e incluso para terceras personas que puedan verse afectadas por los actos cometidos por una persona menor de 15 años.

El reconocimiento de las relaciones por afinidad e incluso la continuidad del vínculo de forma posterior a la disolución del acto que inicia la relación entre parientes afines, se ha demostrado que ya es reconocida en el artículo 14 del Código de

Familia, así como en otros de la legislación, por lo que no brindar un espacio al reconocimiento de la participación de los padres y madres afines lo que es ignorar las condiciones actuales de las familias y sus distintas composiciones.

La razón podría deberse al hecho de hacer prevalecer la afinidad consanguínea como la primordial; cuando lo cierto es que existen otras posibilidades para la adquisición de esta relación por afinidad y siendo que, en otros países se ha desarrollado el reconocimiento sin mayor problemática para el Derecho, no existe razón para negarlo en Costa Rica.

Por lo cual, ante tal panorama, necesariamente concluimos que el hecho de que la participación de los padres y las madres afines no se encuentre reconocido por parte del derecho no implica que de hecho no ejecuten todos o algunos de los atributos de la autoridad parental, sino solamente implica la continuidad de un panorama de inseguridad jurídica para la familia y la comunidad en la cual esta familia se desenvuelve.

Bibliografía

LIBROS

BONILLA CORREA (Jesús Angel) La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor. Valencia, Ed. Tirant. 2009.

BUERES (Alberto J.) Derecho de Daños. Buenos Aires. Ed. Hammurabi. 2001

CILLERO BRUÑOL (Miguel) El Interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. Justicia y Derechos del Niño. Santiago, Andros Impresores. 2007.

CURCHIN (Leonard A.) The Roman Family: Recent Interpretations. Ontario, University of Waterloo, 2001.

DE COSSIO (Alfonso) Instituciones de Derecho Civil. Madrid, Alianza. 1975.

DÍAZ ALABART (Silvia) El procedimiento de incapacitación y las instituciones de guarda. La protección jurídica de las personas con discapacidad. Estudio de la ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. Madrid, Ibermutuamur. 2004.

DIEZ PICASSO Y GUILLÓN (Antonio). Instituciones del Derecho Civil. Madrid, Tecnos. 1998

GROSMAN (Cecilia) Y MARTINEZ ALCORTA (Irene) Familias Ensambladas. Buenos Aires, UBA. 2000.

HUBERT VOLIO (Andrea) Código de Familia de Costa Rica, anotado, concordado y con legislación conexas. San José: Investigaciones Jurídicas. 2002.

IZQUIERDO TOLSADA (Mariano) *La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho.* Madrid, ICAI.1984.

LESCANO FERIA (Patricia Anahí) La Guarda de Hecho. Oviedo, Universidad de Oviedo. 2012.

MASSON (Judith) A Step In Both Directions. The Impact Of The Children Act 1989 On Stepfamilies. University of Bath, Brian Dimmock, 1992.

MESSINEO (Francesco), Manual de Derecho Civil y Comercial, Buenos Aires, Ed Jurídicas Europa-América, tomo II, 1954.

MOLINA BLANCO (Leticia), Apuntes Sobre la Normativa Familiar Costarricense, San José, UNED, 1ra Ed, 1991.

MORA BENAVIDES (Luis Adolfo), Derecho de abstención como protección al vínculo familiar. San Pedro, UCR. 2003.

NUÑEZ (Ricardo) La culpabilidad en el Código Penal. Buenos Aires, Depalma, 1946.

OSORIO (Manuel) Diccionario de Ciencias Jurídicas y Políticas. Guatemala, Datascan. 2010

PANTALEÓN PRIETO, (Ángel Fernando). Responsabilidad civil extracontractual. Responsabilidades por los daños causados por menores no emancipados. Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. Madrid. Número 6, 1984, pp.1979-1990.

PEIRANO FACIO (Jorge), Responsabilidad Extracontractual, Bogotá, Temis, 3ra edición, 1974.

PÉREZ VARGAS (Victor), Responsabilidad Civil Extracontractual. San José, Ed. INS. 1984.

PICHON RIVIERE (Enrique) Teoría del Vínculo. Buenos Aires, Nueva Visión. 1999.

RIVERO SÁNCHEZ (Juan Marco) Responsabilidad Civil, Tomo II, San José, Jurídica Dike, 2001.

ROGEL VIDE (Carlos) Comentarios al artículo 303 del Código Civil. Madrid, Ministerio de Justicia. 1991.

TAMAYO HAYA (Silvia) El Estatuto Jurídico de los Padrastros. Madrid, Reus 2009.

TAMAYO JARAMILLO (Javier) Tratado de Responsabilidad Civil, Bogotá, LEGIS, 2007

TORREALBA NAVAS (Federico) Responsabilidad Civil, San José, Juricentro, 2011.

TREVIÑO GARCÍA (Ricardo) La persona y sus atributos. Universidad Autónoma de Nuevo León. Facultad de Derecho y Criminología. 2002

ZANNONI (Eduardo). Derecho Civil: Derecho de Familia. Buenos Aires, Astrea. 1989.

REVISTAS

CAMACHO VARGAS, (Eva). La Responsabilidad Civil Extracontractual de la persona menor de edad, padres, tutores y guardadores desde un enfoque familiar. Revista de Derecho de Familia de Costa Rica. número 3, 2008. pp.53-66.

CHACÓN JIMÉNEZ, (Mauricio). Equiparación de los progenitores en el ejercicio de la autoridad Parental. Revista de Derecho de Familia. número 3, 2008. pp.79-84

DUPLÁ MARÍN (María Teresa) La a utoridad familiar del padraastro o la madrastra en la legislacion aragonesa: del apendice floral de 1925 al artículo 72 de la ley 13/2006 de Derecho de la Persona. RevistaCrítica de Derecho Inmobiliario. Aragón, Vol. LXXXVI, número 717, 2010. P. 61-91

RIVAS RIVAS, (Ana María). Las nuevas formas de vivir en familia: el caso de las familiasReconstituidas. Cuaderno de Relaciones Laborales. Madrid. Vol XXVI. Universidad Complutense de Madrid. 27 de febrero 2008. pp.179-202.

RUIZ BECERRIL (Diego) Nuevas Formas Familiares, Portularia, Huelva , número 4, Universidad de Huelva, 2004. pp. 219-230.

TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN

ALVARADO CONDEGA (Ruth Delia) Y CABEZAS CHACÓN (Vivian María) Filiacion Social: En Costa Rica constituye parte del bloque de Derechos Humanos fundamentales de la persona menor de edad el permanecer en su filiación social cuando se está suestionando su filiación biológica. San Ramón, Tesis para optar por el grado de licenciadas en derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2012.

BADILLA MARÍN (Luis Alonso) RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES POR DAÑO PROCREACIONAL. San José, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2015.

DELGADO CALVO (Kattia), La responsabilidad de los Padres por los Daños Causados por sus Hijos Menores de Edad, San José, Tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2000.

LORING GARCÍA (María Isabel), Sistemas de Parentesco y Estructuras Familiares en la Edad Media, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2000, ponencia, del 31 de julio al 04 de agosto pp.1-26

WEB

BERROCAL LÁNZAROT (Ana Isabel) La responsabilidad civil de los padres por los actos de sus hijos. <https://app.vlex.com/#vid/528111510/fromCheckout>. Universidad Complutense de Madrid. p.193-212. Última Consulta, 15 de enero de 2019

CIJUL, Centro de Información Jurídica en Línea. Universidad de Costa Rica. www.cijulenlinea.ucr.ac.cr. Última Consulta, 29 de noviembre de 2013.

DEL PICÓ RUBIO, (Jorge). Derecho Matrimonial Chileno. [Revista chilena de derecho](#). Vol.38. número 2. Dialnet. 27 de enero.<http://dialnet.unirioja.es/>.2011. p.379-382

GROSSMAN (Cecilia) Y MENDEZ (Romina). Seminario de Actualización sobre Familias Ensambladas. Buenos Aires. 2010. <https://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitasvirtual/article/view/939/1116>

LARA RIVERA (Jenilee) Y REYES SALINAS (Yahaira). La declaratoria de abandono de menores de edad. Instituto de Investigaciones Jurídicas. www.iiij.ucr.ac.cr. 2010.

LORING GARCIA, (María Isabel). Sistemas de Parentesco y Estructuras Familiares en La Edad Media. Dialnet. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=595373>. Ultima Consulta 1 de junio de 2019.

MUSSAK (Eugenio). Atención a los hijos. <http://eugeniomussak.com.br/atencion-a-los-hijos/>. 2010.

RAE. Diccionario de la Lengua Española. <http://dle.rae.es/?id=F0p6rb4>. Ultima Consulta 05 de enero de 2018.

TRATADOS Y CONVENCIONES INTERNACIONALES

Convención Americana de Derechos Humanos

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

CÓDIGOS

Código Civil. Ley Número 63 del 28 de septiembre de 1887.

Código de Familia. Ley Número 5476 de 21 de diciembre de 1973.

Código de la Niñez y la Adolescencia. Ley Número 7789 de 26 de febrero de 1998.

LEYES

Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de Menores. Madrid: Cortes Generales, 13 de enero. 2001.

PROYECTOS DE LEY

Expediente 19 455. Código Procesal de Familia. Asamblea Legislativa de Costa Rica, 20 de enero de 2015.

Expediente 14 506. Modificación de los artículos 143 y 144 del código de familia. Asamblea Legislativa de Costa Rica, 24 de septiembre de 2001.

Proyecto de Ley Modificando el Código Civil acerca de las Normas Protectoras de los Hijos en las Familias Ensambladas, Senado de Argentina, Buenos Aires, 5 de marzo de 2003.

CASOS Y SENTENCIAS JUDICIALES

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Forneron vs Argentina, número 242, 27 de abril de 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Gelman vs Uruguay. número 22, 21 de enero de 2010.
- Sala Primera, número 92. 2011.
- Sala Segunda, número 977 del 30 de junio de 2010.
- Sala Constitucional, número 1894 del 12 de marzo de 1999.
- Sala Constitucional, número 732 de las 12:24 del 26 de enero de 2001.
- Sala Segunda, número 628 del 6 de agosto de 2004.
- Sala Primera, número 918 de las 9:30 del 08 de septiembre de 2016.
- Sala Primera, sentencia número 354 de las 10:00 horas del 14 de diciembre de 1990.
- Sala Primera, sentencia número 103 de las 02:50 horas del 28 de junio de 1991.
- Tribunal de Familia, número 904 del 1 de julio de 2002.
- Tribunal Segundo Civil, Sección Primera número 158 de las 9:15 del 12 de abril de 2000.
- Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, número 91 de las 9:20 del 2 de marzo de 2001.