

VIII

Comentario de Jurisprudencia

UN COMENTARIO A PROPÓSITO DEL VOTO 12019-2006 DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Lic. Mauricio Chacón Jiménez*

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. DESARROLLO.
 - 2.1.- ANTECEDENTES EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.
 - 2.2.- OTRA REFORMA LEGAL.
 - 2.3.- VARIACIÓN QUE PUEDE PRESENTARSE.
 - 2.4.- VOTO NO. 12019-2006 DE LA SALA CONSTITUCIONAL. COMENTARIO.
3. CONCLUSIONES.

* Juez de Familia de Heredia. Integrante suplente del Tribunal de Familia. Profesor universitario de Derecho de Familia y de Derecho Procesal Civil.



1.- INTRODUCCIÓN

Mediante Voto 12019-2006, dictado a las 16:32 horas del 16 de agosto de 2006, la Sala Constitucional anuló el artículo 156 del Código de Familia, el cual había sido reformado mediante Ley No. 8101, Ley de Paternidad Responsable. El pronunciamiento ha tomado por sorpresa al foro familiar, quizás porque cuando la Ley de Paternidad Responsable era todavía un Proyecto, el Poder Legislativo había consultado a la Sala si dicha reforma contravenía nuestra Constitución Política u otros instrumentos de protección de los Derechos Humanos debidamente ratificados por Costa Rica, y el máximo Tribunal constitucional evacuó la consulta avalando la norma.

Al día en que se escribe este artículo no se han dado a conocer los fundamentos del fallo; sin embargo, al haberse vuelto a poner sobre el tapete el tema de la autoridad parental, es factible sugerir un replanteamiento de dicho instituto jurídico y cuestionarse si resulta conveniente que la patria potestad siga siendo apreciada como un todo (lo cual permite que judicialmente se decrete su pérdida, suspensión o no ejercicio), o si por el contrario, lo recomendable será más bien que las decisiones judiciales que deban adoptarse en torno a ella, lo sean con relación a cada elemento en particular que la componen.

2.- DESARROLLO.

2.1.- Antecedentes en la jurisprudencia constitucional.

El artículo 156 del Código de Familia fue reformado por la Ley 8101, Ley de Paternidad Responsable. El texto decía lo siguiente:

“Artículo 156. Exclusión para ejercer la patria potestad. No ejercerá la patria potestad el padre o la madre cuya negativa a reconocer a sus descendientes haya hecho necesaria la declaración administrativa o judicial de la filiación, salvo que, posteriormente, el Tribunal decida lo contrario, de acuerdo con la conveniencia de las hijas y los hijos.”

Cuando la Ley era todavía un Proyecto, se formuló una Consulta Legislativa Facultativa de Constitucionalidad

en la que, entre otros aspectos, se cuestionó la constitucionalidad de esta norma en particular¹. La Sala Constitucional evacuó la Consulta mediante voto número 2050-2001, emitido a las quince horas cincuenta y cuatro minutos del catorce de marzo de dos mil uno. En el Considerando VIII se pronunció sobre la alegada inconstitucionalidad del artículo 156, expresando lo siguiente:

“VIII.- Sobre la exclusión para ejercer la patria potestad. En primer término, para el análisis de este aspecto conviene remitirse a las consideraciones que ya fueron expuestas anteriormente en relación con el sentido y finalidad del procedimiento sumario que el proyecto pretende establecer, y que resultan igualmente aplicables tratándose de la reforma propuesta para el artículo 156 del Código de Familia. Debe insistirse en que los padres lo que tienen frente a sus hijos son básicamente obligaciones, y bajo esta perspectiva lo que pueden concebirse como derechos, son justamente la posibilidad de acreditar la paternidad del menor y otorgarle su apellido, a fin de ejercer las funciones que se esperan de un progenitor, que incluyen no sólo el apoyo económico, sino además la atención, cuidado y desarrollo de vínculos emocionales con los hijos. Ahora bien, la hipótesis en que la norma prevé la pérdida de la patria potestad es justamente el caso de quien, teniendo no sólo la obligación sino además toda la oportunidad para presentarse a reconocer y asumir el papel de padre, se ha negado voluntariamente a hacerlo, de manera que la inscripción se ha practicado de manera forzosa. En tanto la norma propuesta dispone que “No ejercerá la patria potestad el padre o la madre cuya negativa a reconocer a sus descendientes haya hecho necesaria la declaración administrativa o judicial de filiación” la Sala entiende que se trata del supuesto en que el presunto padre, debidamente notificado de la situación, se niega a apersonarse y manifestarse en sede administrativa, o bien al evacuar la audiencia conferida por el Registro Civil niega expresamente la paternidad que se le atribuye. Por lo anterior, ningún perjuicio se le está causando: el ordenamiento no le niega ni le impide ejercer de forma voluntaria un derecho que legítimamente le pueda corresponder; es el sujeto

1 El Proyecto de Ley de Paternidad Responsable se tramitó bajo el expediente legislativo número 14.064. Los diputados Otto Guevara Guth, Rafael Arias Fallas, Luis Fishman, Guido Vargas, Oscar Campos, Juvén Cambrónero, Daniel Gallardo, Álvaro Torres, Carlos Villalobos, Jorge Luis Villanueva Badilla, Carlos Vargas Pagán y Ricardo Sancho Chavarría, fueron quienes plantearon la Consulta Legislativa Facultativa de Constitucionalidad.

quien por su propia voluntad no sólo ha renunciado a aquél, sino que ha defendido esa renuncia a tal punto que no ha quedado otra alternativa que hacer la declaración administrativa sin su consentimiento. De ahí que no cabe tratar como iguales a quienes no lo son, puesto que es sensiblemente distinta la posición del progenitor que voluntariamente reconoce al hijo y se apresta a cumplir con las funciones y obligaciones que naturalmente acompañan el desarrollo de ese vínculo, de aquel que ha negado la filiación y ha sostenido tal negativa hasta las últimas consecuencias. Bajo esas condiciones, no se aprecia como legítimo que luego de que la inscripción de la paternidad se ha realizado en contra de la voluntad del progenitor, éste pretenda que el ordenamiento le reconozca sin más el cúmulo de funciones que acompañan a la patria potestad según el Código de Familia, toda vez que ya ha existido una manifiesta renuncia de aquéllas. En ese caso, subsisten únicamente las obligaciones económicas que se le deben al menor, pues como ya se ha visto, este es un derecho fundamental del hijo que no puede verse afectado por la conducta negativa del progenitor. Queda en evidencia que la supuesta irracionalidad o desproporcionalidad que se le atribuye a la norma en la consulta, carece de sustento y en tal sentido la Sala rinde el pronunciamiento solicitado. No obstante, conviene aclarar que en el caso de que la persona al atender la audiencia no niegue abiertamente la paternidad, sino que solicite practicar la prueba de ADN únicamente para despejar una duda razonable - si es que estima que existe fundamento para ello- a fin de asumir de inmediato sus obligaciones, tal hipótesis no cabe tenerla como una negativa en relación con la consecuencia que para esa conducta establece la norma, pues tal cosa ciertamente podría tornarse gravosa, principalmente para los derechos del menor. En todo caso, la norma propuesta sanamente prevé que el Tribunal puede decidir concederle la patria potestad a quien no la tiene como consecuencia de la norma, si tal decisión es la más conveniente a los intereses y derechos de los menores, con lo que se resguarda una vez más el fin primordial de este régimen, es decir, los derechos de la niñez. En segundo término, no está de más hacer la observación de que la norma propuesta no introduce ninguna novedad en el ordenamiento, en razón de que el artículo 156 del Código de Familia ya prevé esta consecuencia para

los casos en que la declaración de filiación se hace judicialmente en virtud de un proceso de investigación de paternidad. En ese sentido, la reforma propuesta lo único que hace es compatibilizar el nuevo régimen de la declaración administrativa con la consecuencia jurídica de perder el ejercicio de la patria potestad. Ambos tipos de declaración de la filiación –sea la judicial o la administrativa- están inspiradas en el mismo fin, y por ello, la reforma lo único que tiende es a hacer congruente esta disposición legal con el nuevo régimen expedito que abre la posibilidad de declarar la filiación sin necesidad de tener que acudir a la vía judicial, y por ello no encuentra el Tribunal ningún vicio de inconstitucionalidad en la reforma propuesta. [...]” (El subrayado y la negrita con subrayado fueron suplidos por el autor del artículo. La negrita sola sí corresponde con el original.)

La interpretación que podría hacerse de este pronunciamiento del Tribunal Constitucional es que si el presunto padre lo único que solicita es que se realice una prueba científica para verificar si él es o no es efectivamente el progenitor de la criatura, esa circunstancia no debe asimilarse a una “negativa a reconocer a su descendencia”, y por consiguiente, que no resultaría aplicable la exclusión del ejercicio de la patria potestad que establecía el artículo 156 del Código de Familia.

Este pronunciamiento de la Sala Constitucional resultó absolutamente coherente con otro que había emitido con anterioridad: El Voto 1975-2004.

El artículo 155 del Código de Familia (con numeración actual, pues antes correspondía al 142) dispone:

“La madre, aún cuando fuere menor de edad, ejercerá la patria potestad sobre los hijos habidos fuera del matrimonio y tendrá plena personería jurídica para esos efectos.

El Tribunal puede, en casos especiales, a juicio suyo, a petición de parte o del Patronato Nacional de la Infancia, y atendiendo exclusivamente al interés de los menores, conferir la patria potestad al padre conjuntamente con la madre.”

La constitucionalidad del párrafo segundo fue cuestionada ante la Sala Constitucional, mediante acción número 1832-S-91. Dicha acción fue resuelta en voto 1975-94 -cuya parte dispositiva fue aclarada mediante el voto de trámite número 3277-00-, y la Sala

Constitucional concluyó que esa nota de especialidad (“casos especiales”) que contiene la norma, bien podría ser constitucional o inconstitucional, pues todo dependía de la forma en que la persona menor de edad había adquirido su filiación paterna. Así, la Sala indicó que cuando el reconocimiento había sido hecho por el padre de manera voluntaria, y si la madre había consentido en ese acto, entonces la norma resultaba inconstitucional y debía entenderse que en esos casos el padre compartía con la madre de pleno derecho el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos habidos fuera de matrimonio. Pero si el reconocimiento era unilateral (recuérdese que así podía hacerse en aquel momento, no era una cuestión de negativa de la madre a consentir en el reconocimiento), o bien, si la filiación la ostentaba la persona menor de edad por una cuestión de imposición judicial ante la negativa del padre a reconocerla, entonces la norma sí resultaba constitucional.

2.2- Otra reforma legal.

El 20 de octubre de 1995 entró a regir la Ley 7538, la cual reformó -entre otros- el artículo 84 del Código de Familia. La principal modificación que sufrió la norma es que ahora el reconocimiento sólo lo puede hacer el varón si ambos padres comparecen personalmente ante el Registro Civil, el Patronato Nacional de la Infancia o un Notario Público; o bien, si media consentimiento expreso de la madre. Es decir, dejó de ser posible el reconocimiento de paternidad por medio de un acto unilateral del padre. Si él desea reconocer al hijo pero la madre no desea consentir en dicho acto, entonces la filiación paterna debe declararse en sede judicial por medio de un proceso especial de filiación que se ha dado en llamar “afirmación de paternidad”. Esto significa que la decisión unilateral de la madre de no consentir en el reconocimiento no se traduce en una imposibilidad para que el niño llegue a detentar su filiación paterna, y tampoco que el padre no pueda llegar a ostentar de pleno derecho el ejercicio de la patria potestad.

2.3.- Variación que puede presentarse.

Es claro que el artículo 156 del Código de Familia lo que pretendía era imponer una sanción a la persona que se negara reconocer a sus descendientes -el hombre, casi exclusivamente-, considerando que por su actitud evasiva de responsabilidad no merecía ejercer la autoridad parental.

Lo interesante viene a ser que, en una aplicación estricta de ese numeral, si la madre del hijo o de la hija extramatrimonial es quien no facilita el reconocimiento

de paternidad manifestando su consentimiento de forma expresa en el trámite administrativo, podría interpretarse que ella deja de ejercer la patria potestad, pues hizo necesaria la declaración de la filiación en la sede judicial, y sólo podría ejercerla de nuevo si el Tribunal así lo decide.

Obsérvese que dicha norma señala: *“No ejercerá la patria potestad el padre o la madre cuya negativa a reconocer a sus descendientes haya hecho necesaria la declaración administrativa o judicial de la filiación, salvo que, posteriormente, el Tribunal decida lo contrario, de acuerdo con la conveniencia de las hijas y los hijos.”*

2.4.- Voto No. 12019-2006 de la Sala Constitucional. Comentario.

No tengo conocimiento de que, en algún caso, se haya aplicado la exclusión del ejercicio de la patria potestad -contenida en el artículo 156 del Código de Familia- a alguna madre por no haber consentido en el reconocimiento de su hijo o hija por parte del padre. La acción de inconstitucionalidad número 05-012129-007-CO -que es la que originó el voto 12019-2006- fue interpuesta por un hombre que afirmaba ser el padre de la criatura y entendía que ese numeral era contrario a los derechos constitucionales y supraconstitucionales tanto suyos como de la persona menor de edad.

No tengo absoluta certeza, pero supongo que la preocupación del accionante se originó por el hecho de que en algunos pronunciamientos judiciales, los Tribunales decidieron que los padres no compartieran la patria potestad con las madres, pese a que lo único que ellos habían solicitado era que se practicara el examen científico para determinar la paternidad y pese a que la Sala Constitucional había expresado que esos casos no debían asimilarse a una “negativa a reconocer a sus descendientes”. Al día que se escribe este artículo, se desconoce la parte considerativa del pronunciamiento constitucional, pero sí es claro que la decisión ha sido anular el artículo 156 del Código de Familia.

Sin pretender constituirme en un Juez Constitucional y, obviamente sin que la Sala Constitucional requiera que su decisión sea “aprobada” por el foro familiar, considero un acierto absoluto la anulación de ese numeral. Pienso que el problema no es que esa norma en particular tuviera vigencia en nuestro ordenamiento jurídico, sino que se trata de un error histórico que ha sido reivindicado. La patria potestad tradicionalmente ha sido vista sólo en cuanto contempla derechos de los progenitores hacia sus hijos e hijas menores de edad,

pues sólo así se puede comprender que se acepte que judicialmente sea posible decretar su pérdida, suspensión o no ejercicio.

Reflexionando sobre este tópico, es necesario recordar que la patria potestad lo que impone, principalmente, son obligaciones y éstas no pueden ni deben ser suspendidas, perdidas o no ejercidas.

Como muy bien señala el autor nacional Diego Benavides Santos

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

- a) Contenido personal: abarca el poder deber de cuidar al menor, velar por su integridad física y psíquica (guarda), proporcionarle los alimentos y atender sus necesidades fundamentales para su adecuado desarrollo (crianza) y prepararlo para la vida (educación)
- b) Patrimonial: la autoridad parental comprende también la potestad de administración de los bienes del hijo menor de edad (arts. 140 y 145), lo que tiene excepciones y limitaciones. En algunos casos se requiere nombrar un administrador especial (arts. 145, 148, 150, 154, 157) o se tiene que rendir una caución (art. 149, 154, 157), y en algunos otros el propio menor puede administrar sus propios bienes (art. 145). Para enajenar o gravar o en general disponer de los bienes del menor, el padre requiere de una autorización judicial (art. 147). De su gestión debe rendir una cuenta general al hijo en su mayoría de edad, o a la persona que lo reemplace en la administración.
- c) Representación: dado que el menor en principio, no tiene capacidad de actuar, requiere ser representado, y la ley asigna normalmente esa representación a los padres. Si existe un opuesto interés debe nombrarse un curador especial al hijo (art. 140 in fine), lo que debe hacerse cuando existe incapacidad (art. 162). No obstante, en algunos casos existe capacidad limitada de los menores (arts. 86 y 108 inc a C. Niñez) [...]

La patria potestad es una potestad familiar (Cicu, Antonio: Derecho de Familia), irrenunciable (art. 141, por ende intransferible e imprescriptible), temporal (se ejerce normalmente hasta la mayoría de edad), relativa (no se trata de un derecho absoluto, sino un poder rector en beneficio de los menores del cual no se puede abusar).

Se denomina por nuestro Código también como “autoridad parental”, que es más acorde con el principio de igualdad de derechos y deberes (situaciones jurídicas en general) de los cónyuges y los padres (Al respecto: Trejos Salas, Gerardo: Derecho de Familia Costarricense, Juricentro, 1982, pág. 394; en otro sentido, Pérez Vargas, Víctor: El Contenido de la Patria Potestad, en Revista Judicial No. 30, pág. 128)²

En muchos casos, el temor que tienen las madres es que sus hijos e hijas se relacionen con sus padres, cuando consideran que tal relación puede resultar nociva para los niños y las niñas. Sin embargo, la patria potestad es mucho más que ese derecho de contacto. Es más, podría considerarse que el derecho de relacionarse no deviene del hecho de que se ostente la patria potestad, de ser así, sería jurídicamente imposible que los abuelos y las abuelas soliciten al órgano jurisdiccional la fijación de un régimen que les permita compartir con sus nietos y nietas.

El interés superior de la persona menor de edad es el que debe prevalecer en la toma de las decisiones de todo asunto que les involucre. Dentro de los principales derechos de los niños y las niñas están los de conocer a sus dos progenitores, de compartir regularmente con ellos y de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de ambos. Además, tanto en la Constitución Política como en otros Instrumentos de Protección de los Derechos Humanos se reconoce el principio de que los hijos nacidos fuera del matrimonio tienen los mismos derechos que los hijos nacidos dentro del mismo. (Artículos 53 de la Constitución Política; 7, 8 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 17.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José-; 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -Protocolo de San Salvador- 30 y 35 del Código de la Niñez y la Adolescencia; 3 del Código de Familia; y Principio VI de la Declaración de los Derechos del Niño)

Desde la perspectiva de los adultos, también existe un compromiso de los Estados de poner el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que, cualquiera que sea su estado civil, ambos

² BENAVIDES SANTOS, Diego. Código de Familia. Editorial Juritexto, 2006. San José, Costa Rica. 3ª Edición. pp 373 a 375

progenitores tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. (Cfr: Artículos 5 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, XXX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 16.d de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer)

También existe un interés de las mujeres que no puede ni debe ser ignorado. En el preámbulo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, se señala que los Estados Partes recordaron que “la discriminación contra la mujer viola los principios de igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad” y tuvieron presente “el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la función tanto del padre como de la madre en la familia y en la educación de los hijos, y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación, sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto.”

En el numeral 16.d -citado en el párrafo trasanterior- la Convención establece que:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: [...]

d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial. [...]

Esto nos lleva a la conclusión de que si la madre ejerce en exclusiva la patria potestad sobre sus hijos e hijas menores de edad, en realidad ello implica una violación a su derecho a que esa responsabilidad sea compartida. Ese derecho es irrenunciable, por tratarse de un Derecho Humano.

En el silogismo donde la premisa mayor es que la patria potestad es un conjunto de derechos y obligaciones que tienen los padres y las madres sobre sus hijos e hijas menores de edad, y donde la premisa menor es que se puede excluir, suspender o decretar la pérdida de la patria potestad, la conclusión a que se arriba es que los derechos y los deberes inherentes a la autoridad parental pueden ser no ejercidos, suspendidos o perdidos. En otras palabras, al progenitor irresponsable se le estaría eximiendo de sus obligaciones y eso, sin duda alguna, es un contrasentido.

Si los hijos e hijas nacidos fuera de matrimonio tienen el derecho constitucional y supraconstitucional de ser tratados igual que los hijos habidos en el matrimonio, la concepción correcta es que ambos progenitores tienen el deber de ejercer la patria potestad. En el caso concreto, si el ejercicio de alguna o varias de las atribuciones que la patria potestad confiere a los progenitores resulta contrario al interés superior de la persona menor de edad, entonces considero que el deber del órgano jurisdiccional será indicar expresamente cuáles de esas atribuciones no serán ejercidas por alguno de los progenitores y no disponer, eufemísticamente, que la patria potestad la detendrá la madre. Flaco favor se hace a las madres y a las personas menores de edad cuando se recarga sobre las espaldas de las mujeres la exclusividad en el ejercicio de la autoridad parental.

Hoy día resulta muy fácil que un progenitor irresponsable se escude en el hecho de que como legalmente no ostenta la patria potestad, no se le pueden exigir las obligaciones inherentes a la paternidad. Es claro que algunas de ellas sí se le exigen, por ejemplo, el suministro de una pensión alimentaria; pero muchas de ellas no, como vienen a ser el deber de participar en la educación de sus hijos e hijas o de velar por su salud. Si entendemos que los dos progenitores tienen el deber de ejercer patria potestad, podremos entonces comenzar a visualizar sanciones ante el incumplimiento injustificado de esa responsabilidad. Al cambiar el paradigma, podrá producirse una repercusión en la sede penal, pues comenzará a denunciarse conductas constitutivas del delito de Incumplimiento o Abuso de la Patria Potestad, previsto y sancionado por el artículo 188 del Código Penal, y quizás, hasta comenzaremos a conocer demandas como las que ya se tramitan en Brasil, donde los hijos han reclamado indemnizaciones económicas en contra de los padres que no ejercieron correctamente su rol.

3.- CONCLUSIONES.

A manera de conclusiones, podrían señalarse las siguientes:

El niño tiene derecho a conocer a sus dos progenitores y de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de ambos, sin que sea trascendente jurídicamente si se trata de un hijo matrimonial o de un hijo extramatrimonial.

Hombres y mujeres tienen los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos.

La patria potestad no es un bloque compacto cuya pérdida, suspensión o no ejercicio pueda decretarse en la sede judicial. Es un conjunto de derechos y de obligaciones inherentes a la paternidad y a la maternidad. Sin embargo, en protección del interés superior de la persona menor de edad, algunos de esos derechos o atribuciones del progenitor pueden ser perdidos, suspendidos o no ejercidos.

Los progenitores no solo pueden ver perdidos, suspendidos o no ejercidos algunos de los derechos o atribuciones que les concede la patria potestad, sino que también pueden ser sancionados penal y civilmente. El hijo o la hija pueden reclamar al padre o a la madre una indemnización económica por no haber cumplido con las responsabilidades que les resultaban inherentes.