

12019 16/08/2006 I
Inconstitucionalidad
Fecha: 16/08/2006
Hora: 4:32 PM
Redacta: Solano Carrera

»**Voto: 12019-06**
»**Expediente: 05-012129-0007-CO**
»**Recurrente: Loría Beeche Alexandra**
»**Agraviado: Gómez Sarmiento Luis Arnoldo**
»**Recurrido: Artículo 156 del Código de Familia**

Exp: N° 05-012129-0007-CO

Res: N° 2006-012019

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las dieciséis horas con treinta y dos minutos del dieciséis de agosto del dos mil seis.-

Acción de inconstitucionalidad promovida por Alexandra Loría Beeche, mayor, casada, abogada, portadora de la cédula de identidad número 1-483-297, vecina de San José en su condición de apoderada especial judicial de Luis Arnoldo Gómez Sarmiento, mayor, divorciado, portador de la cédula de identidad número 1-714-516 vecino de Heredia contra el artículo 156 del Código de Familia.

Resultando:

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las quince horas treinta y siete minutos del veinte de setiembre del 2005, la accionante solicita que se declare la inconstitucionalidad del artículo 156 del Código de Familia. Alega que la familia, tal y como lo indica lo dispone la Constitución Política, es la célula vital y fundamento de la sociedad, por lo que debe ser protegida por el Estado. Asimismo y de conformidad con los artículos 53 y 54 de la Constitución Política, los padres y madres de familia tienen para con sus hijos habidos fuera del matrimonio, los mismos derechos y las mismas obligaciones que para con aquellos nacidos dentro del matrimonio. La patria potestad es el conjunto de situaciones jurídicas que incluye tanto obligaciones como derechos, que se derivan de la relación paterno-filial por la procreación. Su ejercicio es un derecho humano previsto en diversos instrumentos internacionales, a saber Convención Americana sobre Derechos Humanos, Ley N° 4532 (artículos 12, 17, 19), Ley N° 7907, Aprobación del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 13 y 16), Convención de los Derechos del Niño, Ley N° 7184 (especialmente los artículos 3 párrafo 2, 5, 9, 14, 18), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 18), Declaración Universal sobre Derechos Humanos (artículo 26), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10, párrafo 1° y artículo 13). La igualdad de derechos que en Costa Rica tienen los padres y madres de familia para con sus hijos fue reiterada en la sentencia N° 1994-1975 de la Sala Constitucional. El artículo 156 del Código de Familia excluye al padre del ejercicio de la patria potestad, no por que haya cometido falta alguna en contra de su hija (como lo disponen los artículos 158 y 159 del Código de Familia), sino por haber sido necesario iniciar un procedimiento judicial de filiación. Tal y como está redactado el artículo 156 impugnado, la supuesta falta grave que autoriza la exclusión del ejercicio de la patria potestad es no aceptar la palabra de uno de los progenitores del menor. Es decir, se sanciona el tener una duda razonable. La autoridad parental impone no solo derechos sino además deberes. Así, previo a la imposición de un deber, debe otorgársele a la persona el derecho constitucional al debido proceso de ley, audiencia y defensa. El derecho de defensa incluye el acceso irrestricto a las pruebas sin coacción de ningún tipo. De ahí que el artículo 156 es inconstitucional porque sanciona, con exclusión del ejercicio de la patria potestad, al padre que solicita una prueba de A.D.N. sea por procedimiento administrativo o por judicial, para verificar que la parte contraria -generalmente la madre-, esté diciendo la verdad. La Sala Constitucional ha dicho que el ejercicio del derecho de defensa debe ejercerse sin coacción alguna; de ahí que la norma impugnada es inconstitucional al sancionar con exclusión del ejercicio de la patria potestad al padre que solicita una prueba científica. Asimismo, este artículo resulta discriminatorio pues ordinariamente, para perder o suspender

el ejercicio de la patria potestad, las causales son ofensas graves o faltas, mientras que el artículo 156 sanciona el haber acudido a un procedimiento administrativo o judicial de filiación. La ley exige al hombre creer ciegamente en la palabra de la mujer que los señala como padre de su hijo o hija, bajo apercibimiento de que si duda y osa pedir una prueba científica para comprobar el hecho, se les sanciona excluyéndolos del ejercicio de la patria potestad. Se discrimina así a los padres de hijos extramatrimoniales, a quienes se excluye del ejercicio de un derecho humano, no obstante no haber cometido ninguna de las faltas gravísimas indicadas en la ley para la pérdida o suspensión de la autoridad parental, solo por dudar de la palabra de una persona.

Dadas las prácticas sexuales contemporáneas, es común que las personas tengan varios compañeros (as) sexuales al mismo tiempo; así las cosas, no se comete falta alguna al dudar del dicho de una persona en relación con un tema tan serio como la paternidad.

Visto que el artículo 156 del Código de Familia establece una restricción al derecho de ejercer la patria potestad, es necesario analizar si tal restricción se adecua y puede interpretarse de acuerdo con los principios de supremacía de la Constitución Política, de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad que la Sala Constitucional ha desarrollado en su jurisprudencia. La prueba de A.D.N. solicitada, formada parte del derecho de defensa y es idónea para demostrar la relación paterno-filial en los términos previstos por el artículo 53 de la Constitución Política.

La norma resulta asimismo desproporcional en relación con los artículos 158 y 159 del Código de Familia que establecen las condiciones en que se da la terminación y suspensión de la patria potestad. Sin cometer falta alguna, y por ejercer su derecho de defensa, se le excluye del derecho a ejercer la patria potestad en relación con su hija menor.

2.- A efecto de fundamentar la legitimación que ostenta para promover esta acción de inconstitucionalidad, señala que proviene del párrafo primero del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional es tanto existe un juicio de Investigación de Paternidad que se tramita ante el Juzgado de Familia del Segundo Circuito Judicial de Goicoechea en el expediente N° 03-002278-0165-FA, el cual se encuentra actualmente recurrido ante la Sala Segunda de Casación (ver folio 93 del expediente judicial).

3.- La certificación literal del libelo en que se invoca la inconstitucionalidad consta a folio 36.

4.- Por resolución de las quince horas veinticinco minutos del veintisiete de octubre del dos mil cinco (visible a folio 65 del expediente), se le dio curso a la acción, confiriéndole audiencia a la Procuraduría General de la República.

5.- La Procuraduría General de la República rindió su informe visible a folios 73 a 82. No objeta la legitimación aducida. En relación con el fondo de lo alegado, señala que la norma no viola el artículo 33 constitucional pues la disposición excluye tanto a la madre como al padre que obliga a una declaración judicial o administrativa. En relación con el artículo 53 constitucional, señala que en la escala de valores que la Sala Constitucional ha denominado “el orden público familiar” existe una gradación axiológica en la que se privilegia la protección de la familia como un elemento natural de la sociedad, donde la protección del interés superior del menor constituye su cúspide. El Código de Familia, como un sistema armónico e integral, trata el instituto de la autoridad parental en forma sistemática, incluyendo las sanciones y las exclusiones. La razón es totalmente lógica, pues no merece ejercer la patria potestad quien niega o rechaza la paternidad o maternidad a un hijo o quien la usa para coaccionar, maltratar, agredir, denigrar o abandonar al menor o cónyuge o compañero inocente (artículos 158, 159 y 160 del Código de Familia). La exclusión contenida en el artículo 156 es necesaria y no es inconstitucional pues no colisiona con los principios y garantías constitucionales; sin embargo requiere una pequeña modificación en cuanto a la oportunidad procesal que se da al Tribunal para que decida “lo contrario” de acuerdo con la conveniencia de las hijas y los hijos; debe eliminarse el adverbio “posteriormente” o adicionarle “en el mismo acto”. Así se habilita al Tribunal para aplicar el poder regulador y el poder moderador que el confiere el Código de Familia para resolver situaciones como la del accionante.

6.- Los edictos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 81 de la Ley de la Jurisdicción

Constitucional fueron publicados en los números 215, 216 y 217 del Boletín Judicial, de los días 8, 9 y 10 de noviembre de 2005 (folio 72).

7.- Se prescinde de la vista señalada en los artículos 10 y 85 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, con base en la potestad que otorga a la Sala el numeral 9 *ibídem*, al estimar suficientemente fundada esta resolución en principios y normas evidentes, así como en la jurisprudencia de este Tribunal.

8.- Mediante escrito recibido en la Secretaría de la Sala Constitucional a las catorce horas treinta minutos del veintiocho de marzo del dos mil cinco, Luz Marina Solís Poveda, Mauren Solís Madrigal y Esteban Guzmán González, todos Jueces de Familia de Desamparados, solicitan a este Tribunal dar prioridad a la resolución de la acción de inconstitucional en trámite, pues la suspensión de la norma impugnada impide que se dicte resolución final en más de cuarenta investigaciones de paternidad sometidas a su conocimiento. Sin el emplazamiento de la filiación, los menores no pueden ser beneficiarios de alimentos, lo que afecta su desarrollo integral.

9.- En los procedimientos se ha cumplido las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado **Solano Carrera**; y,

Considerando:

I.- Sobre la admisibilidad.

De conformidad con el artículo 75 párrafo primero de la Ley de la Jurisdicción Constitucional la acción es admisible. El asunto previo lo constituye un juicio de Investigación de Paternidad que se tramita ante el Juzgado de Familia del Segundo Circuito Judicial de Goicoechea en el expediente N° 03-002278-0165-FA, el cual se encuentra actualmente recurrido ante la Sala Segunda de Casación, y en el que debe aplicarse la norma cuestionada.

II.- Objeto de la impugnación.

“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 filiación, salvo que, posteriormente, el Tribunal decida lo contrario, de acuerdo con la conveniencia de las hijas y los hijos.

()Reformado mediante Ley No. 8101 de 16 de abril del 2001. LG #81 de 27 de abril del 2001.”*

Antes de analizar el artículo cuestionado el Tribunal estima que es preciso advertir que si bien la norma está redactada en forma general y hace referencia tanto al padre como la madre, es evidente que por razones biológicas, el supuesto de cada uno plantea rasgos diferentes.

III.- Sobre la patria potestad.

De previo a entrar en el análisis de constitucionalidad de la norma impugnada, es oportuno recordar algunos conceptos de Derecho de Familia que tienen relación directa con este tema. La norma cuestionada está ubicada en el Capítulo 3, “Patria potestad de los hijos nacidos fuera del matrimonio”, el cual forma parte del Título III, que regula en general la autoridad parental o patria potestad.

El artículo 51 de la Constitución Política establece que la familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, deberá gozar de protección especial por parte del Estado. Si bien históricamente se concebía a la familia como aquél núcleo formado por un padre, una madre y sus hijos, todos viviendo bajo el mismo techo, la dinámica de la sociedad ha obligado a ampliar ese concepto de manera que hoy día el concepto de familia es más flexible y abierto. En ese

sentido, en la sentencia 1975-94 se indicó:

“La Sala debe partir de que la familia, tal y como lo indica el artículo 51 de la Constitución Política, es la célula-fundamento de la sociedad, merecedora de una debida protección por parte del Estado. Pero la familia debe ser vista de manera amplia y nunca restrictiva, ya que la concepción reciente de la misma incluye, tanto a la familia unida por un vínculo formal —el matrimonio (artículo 52 de la Constitución Política)—, como aquella en la cual la unión se establece por lazos afectivos no formales —uniones de hecho, regulares, estables, singulares, etc.- Ya esta Sala en la sentencia número 346-94 de las 15 horas con 42 minutos del 18 de enero del presente año, estableció, lo siguiente:

“...Encontramos en la norma constitucional dos elementos de suma importancia en la comprensión de la intención del legislador al promulgarla, cuales son el "elemento natural" y "fundamento de la sociedad", como componentes básicos de la formación de la familia. En la primera frase, entendemos que nuestro legislador quiso que en dicho concepto —familia— se observara que su sustento constituye un elemento "natural", autónomo de los vínculos formales. Por otro lado, y siguiendo esta misma línea de pensamiento, también debemos entender que al decirse que la familia es el "fundamento de la sociedad" no debemos presuponer la existencia de vínculos jurídicos.”

Frente a la realidad social que presenta variedad de tipos de familia, la realidad jurídica contempla dos: las constituidas legalmente, es decir, a partir de la unión legal de dos personas y, las constituidas de hecho, que son aquellas que no obstante no estar fundadas en un vínculo legal, cumplen ciertos requisitos fijados por ley y reciben por tanto, una determinada protección. Cada una de estas relaciones está sometida a un régimen jurídico diferente, pues si bien constitucionalmente el matrimonio tiene un rango privilegiado, ello no significa que otros tipos de convivencia estén desprotegidos.

Uno de los aspectos que es regulado de manera distinta según estemos ante una relación de hecho o de derecho, es el relativo a la patria potestad de los padres sobre los hijos que nacen en estas relaciones. Si bien todos los padres tienen hacia sus hijos los mismos deberes y derechos, la circunstancia de que éstos hayan nacido en un matrimonio, en una relación de hecho formal o producto de una relación casual hace que tales derechos y deberes surjan, al menos desde el punto de vista jurídico, en momentos diferentes o que, como en el caso concreto, no surjan del todo.

El Código de Familia establece dos categorías de sujetos en punto a la regulación de la patria potestad. En el Título II “Paternidad y Filiación”, Capítulo I, regula lo relativo a los “Hijos de matrimonio”. Si bien se presume que es hijo de matrimonio aquel que nace en uno (existen otras circunstancias que permiten presumir tal hecho), el legislador ha establecido determinados límites temporales (ciento ochenta días a partir de la celebración del matrimonio y trescientos días a partir de la disolución de aquél) con el objeto de determinar si la gestación se hizo o no dentro de éste. El hombre y la mujer que conforman esa unión, se presumen son el padre y la madre del hijo que nace producto de esa unión que ha sido previamente registrada.

En el capítulo IV del Código de Familia se regula la situación de “los hijos habidos fuera del matrimonio”, sin que para ello tenga relevancia que su nacimiento ocurra como consecuencia de una relación de hecho formal o de una relación casual.

En estos casos la situación es diferente. Normalmente la determinación de la maternidad no presenta mayores problemas: el embarazo pone en evidencia la maternidad de la mujer y el parto permite conocer quien es la madre de un menor (**“mater semper certa est”**); salvo circunstancias excepcionales, ella generalmente reconocerá a su hijo como tal y sabrá con certeza quien es el padre. Sin embargo, el hombre no está en la misma situación. No hay signos materiales que indiquen su paternidad y, según las circunstancias, el dicho de la madre puede no ser prueba suficiente y existirán dudas válidas. La certidumbre de un hombre sobre su paternidad deriva de la naturaleza y calidad de la relación que sostuvo con la madre, del grado de conocimiento y confianza que se dio entre ambos. Si bien las estadísticas demuestran que la mayoría de los padres aceptan su paternidad sin necesidad de pruebas, hay una minoría que no lo hace. En el caso de la madre, por factores biológicos, las hipótesis son diferentes y más complejas, pero por eso mismo, el tema debe ser analizado con detenimiento.

Generalmente, en los casos de hijos habidos fuera del matrimonio, es la madre la que inscribe a su hijo, momento en el cual puede o no indicar quien es el padre. La Ley de Paternidad Responsable dispuso al reformar los artículos 54 y 112 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones que la madre podrá declarar e inscribir la paternidad y será apercibida "...de las responsabilidades civiles en que pueda incurrir por señalar como tal a quien, después de haberse sometido a las pruebas técnicas respectivas, no resulte ser el padre biológico; además, de las características de la certeza de la prueba de ADN y de la obligatoriedad de practicarse la prueba. Informada la madre y en ausencia de declaración del padre, ella podrá firmar el acta e indicar el nombre del presunto padre."

La circunstancia de que el legislador haya previsto la posibilidad de que se pueda atribuir falsamente una paternidad (lo que puede suceder en el caso del hombre, no así en el de la mujer) e hiciera recaer responsabilidad sobre quien así lo manifieste, hace ver no solo que tal posibilidad no constituye una situación excepcional, sino que es necesario que exista un procedimiento y una prueba científica a través de la cual se pueda dilucidar la paternidad o maternidad en casos de duda.

El procedimiento legal dispuesto a tal efecto señala que en estos casos -hijos fuera del matrimonio donde además existen dudas sobre la paternidad-, el presunto padre será citado y en caso de rechazar la paternidad, deberá someterse a una prueba de A.D.N. En sede jurisdiccional deberá seguirse el procedimiento para la acciones de filiación dispuesto en el artículo 98 bis del Código de Familia. Es precisamente ese hecho, la declaración administrativa o judicial de filiación, lo que el artículo 156 del Código de Familia toma como base para excluir al padre o a la madre del ejercicio de la patria potestad.

IV.- Sobre el interés superior del niño.

A partir de la sentencia 1994-1975 la Sala Constitucional dejó claro que los padres y madres de familia tienen sobre sus hijos menores y a partir de su reconocimiento como tales, iguales derechos y deberes. Claramente se indicó que la autoridad parental sobre los hijos es una sola, independientemente de que estos hayan nacido dentro o fuera del matrimonio.

A una conclusión idéntica debe llegarse en este caso. La Sala no comparte el criterio externado por la Procuraduría General de la República en cuanto a que la exclusión dispuesta por el artículo en cuestión "no colisiona con los principios y garantías constitucionales". Que el reconocimiento del padre o la madre haya sido producto de una declaratoria administrativa o judicial, no es motivo suficiente para excluirlos sin más del ejercicio de los derechos que derivan de la patria potestad. La única explicación al hecho de que la acción de acudir a un procedimiento de filiación conlleve como sanción la exclusión de la patria potestad, es que el legislador haya considerado que la negativa a reconocer inicialmente la paternidad o maternidad imputada obedece a un acto de mala fe que permite presumir a priori la falta de idoneidad de los padres para ejercer sus derechos como tales, a tal punto que resulta preferible desvincularlos del menor. Sin embargo, ello no necesariamente es cierto y, en última instancia, debería ser comprobado en un procedimiento dispuesto a tal efecto y contando las partes involucradas con las garantías procesales correspondientes.

El Tribunal estima que la situación debe ser analizada en forma inversa. El artículo 53 de la Constitución Política establece claramente que los padres tienen hacia los hijos nacidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones que hacia los nacidos dentro del matrimonio. En la sentencia 1994-1975 del 26 de abril de 1994, la Sala indicó además que, en atención al principio de igualdad, a igualdad de obligaciones debe corresponder igualdad de derechos.

La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada mediante Ley de la República número 7184 del 18 de julio de 1990, dispone en el inciso primero del artículo 7:

"ARTICULO 7.-

El niño será registrado inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde este a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres

y a ser cuidados por ellos..."

Esta disposición se relaciona con el inciso primero del artículo 18 del mismo cuerpo legal, que expresa:

"ARTICULO 18.-

Los Estados partes pondrán el máximo de empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño..."

En criterio de este Tribunal, el ordenamiento jurídico, en atención al **interés superior del niño o niña** y en consideración a la importancia que tanto la figura paterna como materna tiene para aquél o aquella, debe promover el acercamiento entre el hijo o hija y su padre o madre. El desarrollo integral del menor requiere que tanto el padre como la madre, independientemente de su situación personal, apoyen de manera complementaria a los hijos, cada uno a partir de su rol particular. Incluso, en una hipótesis extrema pero posible, sí uno de los progenitores faltara, el niño siempre podrá encontrar apoyo en el otro. Sin embargo, una relación de esa naturaleza solo será posible si previamente madre/padre e hija/hijo han tenido oportunidad de construirla. Es tan trascendental la relación padres/hijos en la vida de cualquier persona que solo en el evento de que aquella represente riesgo o daño para el menor, el ordenamiento debe intervenir en resguardo de los derechos o integridad física del menor, sea a través de una modificación del régimen de guarda y crianza, o de la terminación de la patria potestad.

Ya la Sala ha señalado que en materia familiar los "poderes-deberes" o "deberes-poderes" que derivan de la condición de padres, existen simultáneamente y sólo por excepción se desligan. La Convención establece los derechos del niño, y como correlativos, los del padre y la madre, independientemente de si el niño nació en matrimonio o fuera de él, e independientemente de las circunstancias de su reconocimiento. Este cuerpo normativo debe ser observado, sea que se le considere como norma con carácter superior a la ley ordinaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la Constitución, o como norma del más alto rango, de conformidad con el artículo 48 constitucional.

En el caso en estudio, la redacción de la norma facilita el distanciamiento entre los padres y los hijos y provee una "justificación legal" a esa desvinculación. Impide construir una relación positiva entre ellos, pues excluye al progenitor de la vida de los hijos, sin fundamento alguno. Esa exclusión automática y de principio, no solo lesiona los derechos de los padres, sino también el derecho del menor a tener un padre o una madre en un sentido integral.

Así, el Tribunal estima que la situación debe plantearse de modo inverso. El padre o la madre de cualquier menor debe poder ejercer la patria potestad sobre este, salvo que previamente se demuestre que ello supone un peligro o daño para aquél, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 158 y 159 del Código de Familia.

V.- Violación al derecho a un debido proceso: la exclusión de la patria potestad como sanción.

Alega la accionante que se viola el debido proceso, pues la exclusión del padre del ejercicio de la patria potestad constituye una "sanción" automática producto de la declaración administrativa o judicial de la paternidad.

Desde siempre y en todas las culturas, han nacido hijos dentro y fuera del matrimonio. Esa distinción produjo en algún momento, diferencias en el tratamiento jurídico que se daba a los segundos, concretamente en punto a sus derechos. La razón de ello estriba en que el menor que nace en un matrimonio goza de una presunción de iure como hijo de matrimonio, lo que no sucede en el caso de los hijos nacidos fuera de este, donde normalmente existe certeza sobre quién es la madre, pero no necesariamente sobre quién es el padre. De ahí que el ordenamiento haya previsto un procedimiento dirigido a dilucidar la paternidad en caso de duda.

En las últimas décadas la dinámica de la sociedad ha cambiado; la cantidad de nacimientos de niños y niñas fuera del matrimonio demuestra una actitud y una conducta diferente de las personas en el área de las relaciones. Por ejemplo, según el VII Informe del Estado de la Nación correspondiente al año 2000, el 53% del total de nacimientos ocurridos ese año correspondió a hijos nacidos fuera del matrimonio, de los cuales el 59% no tuvo padre declarado. Es así como hoy día más que antes, o al menos de modo más abierto, muchas personas optan por tener una o varias parejas sexuales al mismo tiempo o de manera sucesiva, lo que eventualmente puede plantear dudas válidas sobre la paternidad.

En este caso, el punto medular es que la norma excluye del ejercicio de la patria potestad al padre o la madre “cuya negativa a reconocer a sus descendientes haya hecho necesaria la declaración administrativa o judicial de filiación...”. Evidentemente, la exclusión para ejercer la patria potestad del padre o la madre que haya hecho necesaria la intervención del Juez para que se comprobara su condición de tal, constituye una sanción pues le impide a ese progenitor ejercer los derechos derivados de la patria potestad.

La Sala ha tratado el tema de la “sanción” y el correspondiente procedimiento que normalmente debe precederla en varias sentencias. En la número 1268-95 señaló:

“Este último concepto de sanción involucra un castigo o pena, que se le impone a un sujeto determinado cuando éste, con su conducta, se ha colocado en la situación de hecho prevista por una determinada disposición, lo anterior con el fin de desestimular actos y conductas consideradas lesivas para la sociedad en su conjunto, siendo éste, y no otro, el motivo para la existencia de la figura de la sanción y de su imposición en los casos concretos.”

Posteriormente, en una sentencia de 1998 señaló:

“I. POTESTAD IMPOSITIVA DEL ESTADO Y SANCIONES TRIBUTARIAS. El concepto de sanción es un concepto general del Derecho, ligado a la idea de mal o daño que se inflige a una persona dimanando de su yerro o culpa, por lo que jurídicamente será un mal o daño legal, esto es, previsto por la ley, y aplicado por la potestad que la ley confiere a determinados órganos o autoridades. Así, por sanción administrativa se entiende la medida adoptada por la Administración, consistente en la privación de un bien o de un derecho, como consecuencia de una conducta ilegal por parte del administrado (...).”

La exclusión de la patria potestad se ajusta a la definición de sanción elaborada por la Sala. Lo paradójico del asunto es que en este caso, el acto o conducta que se estima lesivo cuya práctica se quiere desestimular es uno establecido por el mismo ordenamiento para un fin totalmente legítimo: tener certeza sobre la paternidad atribuida.

En este sentido, la utilización de una prueba científica que el ordenamiento jurídico pone a disposición del interesado para poder comprobar la paternidad o maternidad acarrea para una de las partes involucradas la pérdida de derechos, lo que supone por tanto, una violación al debido proceso.

El examen de A.D.N. realizado por las autoridades correspondientes, es una prueba científica legítima que el mismo ordenamiento pone a disposición de los presuntos padres y a la cual estos tienen derecho. En el desarrollo de los principios del debido proceso, la Sala Constitucional ha señalado que cualquier procedimiento –administrativo o judicial– debe respetar el principio de amplitud de la prueba con el objeto de arribar a la verdad real. Esa prueba debe procurarse de manera legítima para que sea incorporada al proceso correspondiente y valorada debidamente al momento de dictar la resolución final. De ahí que resulte inconstitucional sancionar su utilización.

La exclusión del ejercicio de la patria potestad se convierte así en una sanción cuyo fundamento es la presunción (por parte del legislador) de que la necesidad de iniciar un procedimiento administrativo o judicial de filiación y utilizar la prueba científica que se ofrece, constituye una “conducta reprochable” de parte del padre o la madre que, sin más prueba adicional y sin haberlos escuchado, los hace no idóneos para desempeñarse como padres y

participar de la vida de su hijo o hija.

La norma en cuestión no prevé un momento procesal para que el padre o la madre expliquen las razones de su conducta, requisito mínimo que debe cumplirse de previo a la imposición de cualquier sanción. Dispone que el Tribunal posteriormente podrá decidir lo contrario (no excluir del ejercicio de la patria potestad) según la conveniencia de los hijos o hijas. A criterio de la Procuraduría General de la República, este es el único aspecto inconstitucional de la norma que podría solventarse si se elimina la palabra "posterior" y se agrega, vía interpretación, "en el mismo acto", lo cual a su juicio permitiría al Tribunal de Familia aplicar el poder regulador y modelador que le confiere el Código de Familia para resolver situaciones de esa naturaleza.

La Sala no comparte esa opinión. Aún en esa hipótesis, la exclusión en el ejercicio de los derechos de cualquiera de los padres conservaría el carácter de sanción impuesta sin haber dado oportunidad de defensa al padre o madre, sin fundamento objetivo y sin que se haya demostrado el daño, riesgo o peligro que la relación supone para el menor, todo lo cual hace que la inconstitucionalidad subsista.

Por otra parte, el hecho de que un hombre (cuya paternidad solo puede ser comprobada a través del examen de A.D.N.) y en casos excepcionales la mujer, sean partes en un procedimiento para comprobar su paternidad o maternidad, no dice nada sobre la clase de padre o madre que puede ser. Desde un punto de vista objetivo, esa conducta solo demuestra que la persona tiene duda sobre su paternidad o maternidad lo que hace necesario iniciar un procedimiento y utilizar un instrumento científico-legal puesto a disposición por el ordenamiento jurídico, para comprobar con certeza el hecho. Presumir de manera automática y como tesis de principio que ese acto constituye un acto de mala fe, es irrazonable.

VI.- Violación al principio de igualdad.

El principio de igualdad establecido en el artículo 33 constitucional y el interés superior del menor exige eliminar cualquier diferencia que pueda existir en el ejercicio de la patria potestad por parte de los padres. Así y en tesis de principio, ambos deben tener los mismos derechos y deberes que el ejercicio de la patria potestad supone.

En la sentencia 1994-1975 se señaló que:

"En otras palabras, la patria potestad debe entenderse como los poderes-deberes de madre y padre, mediante la cual se ejerce el gobierno sobre los hijos que se desglosa en guarda, crianza y educación del hijo, administración de sus bienes, así como responder civilmente por él —artículo 127 del Código de Familia—, esto último debido a que los hijos menores de edad carecen de conformidad con el derecho, de capacidad de goce y disfrute directos, así como por su inmadurez psicológica y física. Cuando hablamos de hijos extra matrimoniales no necesariamente estaremos en presencia de una familia, aun en sentido sociológico, y más bien pueden darse infinidad de situaciones fácticas que lo impidan. En esta materia, todo derecho comporta un deber, de modo que, por ejemplo, cuando el artículo 53 de la Constitución Política, en su párrafo primero dispone:

"Los padres tienen con sus hijos habidos fuera de matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él..."

no puede en opinión de esta Sala, entenderse como implícito en ese texto, otro que dice:

"Los padres tienen con su hijos habidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones -no los mismos derechos- que con los nacidos en él..."

Una lectura de este tipo desnaturalizaría el instituto de la patria potestad, estableciendo una escisión apriorística de sus contenidos y un contrasentido jurídico. ¿Cómo tener las mismas obligaciones (o deberes) y no derechos (o potestades), sólo por el hecho de tratarse de un hijo extramatrimonial?. El artículo 130 del Código de Familia, en lo conducente, dice:

"La autoridad parental confiere los derechos e impone los deberes de educar, guardar, vigilar y

en forma moderada, corregir al hijo...".

Al menos respecto de la materia que se analiza en esta acción, la Sala no puede aceptar como constitucional que la transcrita disposición sólo -y automáticamente- rija para la situación de la paternidad constante matrimonio, reservando una solución diferente y diríase mal diferenciada, cuando se trate del "padre extramatrimonial", para utilizar una terminología que se corresponda con la constitucional. No, al menos, como principio, porque como lo indica la Procuraduría General de la República, los poderes-deberes de la patria potestad derivan por la procreación como instituto natural.-"

En este sentido, es preciso tener presente que la legislación prevé diversas hipótesis y un procedimiento especial para la terminación o suspensión de la patria potestad, en caso de que el padre o la madre incumplan los deberes u obligaciones a que están llamados (capítulo IV, título III del Código de Familia).

VII.- Sobre la violación a los principios de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad.

La Sala Constitucional ha aceptado como parámetros de constitucionalidad los principios de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad. La doctrina alemana hizo un aporte importante al tema de la "razonabilidad" al lograr identificar, de una manera muy clara, sus componentes: **legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto**, ideas que desarrolla afirmando que ya han sido reconocidas por nuestra jurisprudencia constitucional:

*"... **La legitimidad** se refiere a que el objetivo pretendido con el acto o disposición impugnado no debe estar, al menos, legalmente prohibido; **la idoneidad** indica que la medida estatal cuestionada deber ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido; **la necesidad** significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, debe la autoridad competente elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona; y **la proporcionalidad en sentido estricto** dispone que aparte del requisito de que la norma sea apta y necesaria, lo ordenado por ella no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido, o sea, no le sea "exigible" al individuo ... (Sentencia de esta Sala número 03933-98, de las nueve horas cincuenta y nueve minutos del doce de junio de mil novecientos noventa y ocho).*

En la sentencia número 08858-98, de las dieciséis horas con treinta y tres minutos del quince de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, se indicaron las pautas para el análisis del principio de razonabilidad, tanto de los actos administrativos como de las normas de carácter general:

*Así, un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: es **necesario, idóneo y proporcional**. La **necesidad** de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad -o de un determinado grupo- mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable, y por ende constitucionalmente válida. La **idoneidad**, por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción a ser adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. La inidoneidad de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos que en mejor manera solucionen la necesidad existente, pudiendo algunos de ellos cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión. Por su parte, la **proporcionalidad** nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad. De los dos últimos elementos, podría decirse que el primero se basa en un juicio cualitativo, en cuanto que el segundo parte de una comparación cuantitativa de los dos objetos analizados."*

A partir de lo expuesto, el Tribunal concluye que la norma impugnada lesiona estos principios. En primer término, la disposición no es legítima. La Constitución Política establece claramente que los padres tienen hacia sus hijos -tanto los nacidos dentro como fuera del matrimonio-,

iguales obligaciones; la Sala ha interpretado que también tendrán los mismos derechos, en tanto la autoridad parental supone un conjunto de poderes-deberes que no se puede fragmentar. La norma tampoco es idónea. Si en el tema de la niñez el Estado se ha comprometido a proteger y procurar el desarrollo integral de los niños -para lo cual es fundamental la presencia activa del padre y de la madre- la disposición impugnada no favorece tal desarrollo, pues sin que exista un motivo objetivo y comprobado a través del procedimiento correspondiente, se impide el desarrollo del vínculo afectivo entre el padre/madre e hijo/hija. Asimismo, la norma no es necesaria. La negativa inicial de un padre -o una madre en supuestos calificados-, en reconocer su paternidad, no es motivo suficiente para invalidar el derecho del niño a la relación paterno-filial y los derechos que de esa relación se derivan. En el eventual caso de que se compruebe un ejercicio inadecuado de la patria potestad (en los supuestos establecidos en los artículos 158 y 159 del Código de Familia) existen procedimientos específicos para la suspensión o terminación de aquella.

Los artículos 7 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño establecen claramente que éstos tienen derecho a relacionarse con sus padres, salvo que dicha relación sea contraria a lo que se ha denominado “el interés superior del niño”. En tal caso, y de previo a cualquier decisión, la Convención dispone que deberá seguirse un procedimiento de conformidad con la normativa interna y con participación de todas las partes; ello está obviado por la norma en cuestión. Finalmente, la norma no es proporcional: se sanciona al padre o la madre porque se utilice un medio científico probatorio puesto a disposición por el mismo ordenamiento jurídico excluyéndolo del ejercicio de la patria potestad, equiparando tal hecho con cuestiones tan graves como la negativa de los padres a dar alimentos a sus hijos, dedicarlos a la mendicidad, permitir que deambulen en las calles, y demás hipótesis establecidas en los artículos 158 y 159 del Código de Familia.

VIII.- Conclusión. La norma es inconstitucional por lesionar el derecho de defensa, el principio de igualdad, los principios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad, así como los derechos del niño a conocer y relacionarse con sus padres y los de estos, a ejercer los derechos derivados de la patria potestad en relación con su hijo. La circunstancia de que un padre o una madre hayan sido demandados para demostrar una determinada filiación, no es motivo suficiente para excluirlos “in limine” del ejercicio de la patria potestad por las razones ya expuestas. El desarrollo integral del menor requiere la presencia de ambos progenitores y el ordenamiento debe apoyar ese esfuerzo. De ahí que la suspensión o terminación de la patria potestad debe disponerse de conformidad con lo establecido en los artículos 158 y 159 del Código de Familia, siguiendo el procedimiento correspondiente. Los Magistrados Calzada y Cruz salvan el voto y declaran sin lugar la acción.

Por tanto:

Se declara CON LUGAR la acción. En consecuencia, se anula el artículo 156 del Código de Familia. Esta sentencia tiene efectos declarativos y retroactivos a la fecha de vigencia de la norma anulada, sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe. Reséñese este pronunciamiento en el Diario Oficial La Gaceta y publíquese íntegramente en el Boletín Judicial. Notifíquese.

Luis Fernando Solano C.

Presidente

Luis Paulino Mora M. Ana Virginia Calzada M.

Gilbert Armijo S. Ernesto Jinesta L.

Fernando Cruz C. Horacio González Q.

Igarrop

Los Magistrados Calzada y Cruz salvan el voto y declaran sin lugar la acción con fundamento en las siguientes consideraciones:

En criterio de los suscritos la norma impugnada no resulta desproporcionada, ni lesiona los derechos fundamentales alegados. Para efectos de mayor comprensión se cita la norma en cuestión:

“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 filiación, salvo que, posteriormente, el Tribunal decida lo contrario, de acuerdo con la conveniencia de las hijas y los hijos.”

Consideramos razonable que la norma sujete el ejercicio de la patria potestad de una persona - que se vio obligado a reconocer a su hijo-, a la valoración posterior de un Tribunal para que éste se manifieste sobre la conveniencia de dicho ejercicio frente al menor. Recordemos los atributos que implica la patria potestad: guarda, crianza, educación, representación y administración de bienes del menor. Ciertamente los derechos del padre a practicarse la prueba de ADN constituye parte del ejercicio del debido proceso, en razón del régimen de responsabilidad que implica la paternidad, sin embargo, la norma en cuestión lo que tutela en este caso es al menor, pues en principio resulta difícil pensar en otorgar todos los atributos que implica la patria potestad en forma directa al progenitor que por una u otra razón no ha tenido relación con el menor, o peor aún, con quien no ha establecido un lazo afectivo o de responsabilidad hacia él o ella. Esa precaución, es precisamente la que se debe tener en atención al interés superior del menor y por ello resulta razonable que la posibilidad de ejercer la patria potestad sea previamente declarada por un Tribunal, una vez que valore las condiciones por las cuales esa persona no asumió la paternidad desde un inicio y su vínculo respecto al menor. Nótese que no se le está negando el derecho a ese padre de familia, sino que se está sujetando el ejercicio del mismo a una condición, en virtud de que la situación por la cual asumió la paternidad así lo amerita. A diversas situaciones, no se les puede dar igualdad de trato. Así las cosas y por las razones expuestas es que consideramos que la norma impugnada no resulta inconstitucional.

Ana Virginia Calzada M. Fernando Cruz C.