



# AUTORIDAD PARENTAL DE LA MADRE MENOR DE EDAD

Rama del Derecho: Derecho de Familia.	Descriptor: Autoridad Parental.
Palabras Claves: Autoridad Parental, Madre Menor de Edad, Patria Potestad, Guarda, Crianza y Educación, Autoridad Parental Compartida.	
Fuentes de Información: Normativa, Doctrina y Jurisprudencia.	Fecha: 09/09/2013.

## Contenido

RESUMEN.....	2
NORMATIVA.....	2
Autoridad Parental de la Madre Menor de Edad .....	2
DOCTRINA.....	3
Hijos Extramatrimoniales y Autoridad Parental.....	3
JURISPRUDENCIA.....	3
1. Constitucionalidad del Artículo 142 del Código de Familia (Actualmente 155) .....	3
2. Naturaleza de las Potestades Conferidas por el Ejercicio de la Autoridad Parental / Autoridad Parental de la Madre Menor de Edad .....	11
3. La Autoridad Parental de la Madre Menor de Edad.....	19
4. Autoridad Parental de la Madre Menor de Edad y la Forma del Reconocimiento del Hijo Extramatrimonial.....	22
5. La Autoridad Parental del Hijo Extramatrimonial .....	30
6. Exclusión de la Autoridad Parental en Caso del Hijo Extramatrimonial .....	35

## RESUMEN

El presente informe de investigación reúne información sobre el ejercicio de la Autoridad Parental por parte de la Madre Menor de Edad, para lo cual son aportados los extractos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales que prevén tal posibilidad.

En este sentido la normativa por medio del artículo 155 del Código de Familia prevé la posibilidad de que la madre de menor de edad ejerza de forma exclusiva la Autoridad Parental sobre sus Hijos Extramatrimoniales y además determina los casos en que tal potestad puede ser conjunta con el padre.

La doctrina realiza un análisis a propósito de una sentencia de la Sala Constitucional que va a determinar una nueva forma de concebir los supuestos de hecho del artículo 155 del Código de Familia (anteriormente 142).

Mientras que la jurisprudencia por medio de la resolución de casos particulares y la interpretación de la normativa aplicable determinan los casos en los cuales la potestad referida anteriormente corresponde únicamente a la madre del niño (a) y cuando debe ser otorgada de manera conjunta con el padre del (de la) menor.

## NORMATIVA

### **Autoridad Parental de la Madre Menor de Edad** [Código de Familia]<sup>i</sup>

Artículo 155. La madre, aún cuando fuere menor, 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.

*(Así reformado por el artículo 1º de la ley N° 5895 de 23 de marzo de 1976).*

*(Interpretado por resolución de la Sala Constitucional N° 1975-94 de las 15:39 horas del 26/04/1994, que fue adicionada por resolución de la misma Sala No.3277-00 de las 17:18 horas del 15 de abril de 2000. La interpretación se realizó en el siguiente sentido: "Se declara con lugar la*

*acción y en consecuencia se anula el párrafo segundo del artículo 142 del código de familia, excepto en los casos en que el reconocimiento del hijo extramatrimonial no haya sido de común acuerdo o con aceptación de la madre. Asimismo, se declara que el párrafo primero del citado artículo es constitucional siempre que se interprete en armonía con lo aquí resuelto para el párrafo segundo."*)

*(Así corrida su numeración por el artículo 2 de ley No.7538 del 22 de agosto de 1995, que lo traspasó del antiguo artículo 142 al 155).*

## DOCTRINA

### **Hijos Extramatrimoniales y Autoridad Parental**

[Miranda Fonseca, J.H y Segura Ruiz, R.E.]<sup>ii</sup>

[p. 292] Se ha resuelto que la patria potestad sobre los hijos matrimoniales la ejerce exclusivamente la madre, a pesar del reconocimiento voluntario por parte del padre. Con este razonamiento se vino fallando cada caso, hasta que la Sala Constitucional interpretó el actual [p.293] al 155, C. F. (anteriormente, art. 142), en el Voto N°1975-94. Sólo se le otorgaba el ejercicio mediante declaración judicial, sí resultaba conveniente para el menor. El párrafo primero del artículo citado se tomaba como un mandato legal, y el segundo como la excepción. Con la resolución de nuestro órgano constitucional, se interpretó que la regla es que el padre que haya conocido voluntariamente el hijo extramatrimonial, goza de los derechos y deberes de la patria potestad, y sólo en casos excepcionales, siempre tomando en cuenta el interés del menor, debería restringírsele el ejercicio. Por tanto, ahora la excepción es que la madre la ejerza en forma exclusiva.

## JURISPRUDENCIA

### **1. Constitucionalidad del Artículo 142 del Código de Familia (Actualmente 155)**

[Sala Constitucional]<sup>iii</sup>

Voto de mayoría:

I. Respecto de la coadyuvancia visible a folio 36 del expediente, se tiene que ésta fue presentada a este despacho el día veintinueve de julio de mil novecientos noventa y

dos, sea, transcurridos los quince días que indica el artículo 83 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, pues la primera publicación en el diario oficial fue el día veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y uno (vid. folio 32 del expediente). Así las cosas, la coadyuvancia presentada es improcedente por extemporánea, y deberá estarse la promovente a lo dispuesto por esta sentencia.

II. Para la correcta comprensión de los elementos fácticos que inciden en el problema constitucional planteado ante este Tribunal, es necesario resumir los aspectos más importantes. En el expediente numerado 1543-90 tramitado ante el Juzgado Segundo de Familia de San José, se discute en proceso sumario, el otorgamiento de la patria potestad y la autorización de visitas, solicitados por el señor José Eduardo Gutiérrez Rojas. La parte contraria es la señora Ana Victoria Vega Fernández, madre de la menor Andrea de los Angeles Gutiérrez Vega. La niña fue reconocida unilateralmente por el padre según escritura número ciento diecisiete mil veinte (ver certificación de folio 3 del sumario). El Juez Segundo de Familia de San José, mediante sentencia número 777-91 de las diez horas del día cuatro de julio de mil novecientos noventa y uno, declaró sin lugar todos los extremos solicitados, por considerar que no existía la relación paterno-afectiva necesaria entre el solicitante y su hija y, tomando en cuenta además, el atraso psicomotor sufrido por la menor, estado que podría verse afectado por las visitas de su padre. Esta problemática no ha sido resuelta aún en segunda instancia, por haberse planteado esta acción.

III. 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 aquélla 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." Pero aún sin centrar el análisis en la familia para hacerlo respecto del status del padre, la conclusión es idéntica, porque fluye natural el criterio de que si se adquiere esa condición implica tanto soportar los deberes que el ordenamiento dispone, como los derechos a ella inherentes. 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.-

IV. En cuanto a la legislación internacional reconocida por el país y aplicable al caso que nos ocupa, tenemos la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, aprobada mediante Ley de la República número 7184 del 18 de julio de 1990. En su articulado, el inciso primero del artículo 7, indica:

"ARTICULO 7.

1. 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..." Lo anterior, relacionado con el inciso primero del artículo 18 del mismo cuerpo legal, que expresa:

## "ARTICULO 18.

1. 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..." Esta norma nos remite a la argumentación utilizada para el artículo 53 de la Constitución Política, pues cuando leemos que debe garantizarse en la legislación interna que "ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y al desarrollo del niño", no puede ni debe entenderse -siquiera lejanamente- que está refiriéndose a una situación jurídica matrimonial, y, adicionalmente, no puede tampoco entenderse que una cosa es tener "obligaciones" (deberes) para con los hijos, y otra distinta y negada en principio por la ley, que a la vez se tengan "derechos" (poderes), pues en materia familiar son inescindibles -en principio, se repite- esos "poderes-deberes" o "deberes-poderes" que se derivan de la condición de padres. Existen simultáneamente y más bien, sólo por excepción, se desligan.

Y no puede obviarse, de toda suerte, que ya se vea como norma con carácter superior a la ley ordinaria, por virtud de lo estatuido en el artículo 7 de la Constitución, ya como norma del más alto rango, por virtud de como lo hace el artículo 48, que incluso parece acomodarse mejor a la naturaleza del instrumento internacional de Derechos Humanos, esa 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.-

V. Con fundamento en el marco teórico y normativo expresado y, atendiendo la problemática de la acción, tenemos que ésta se dirige a determinar, si el párrafo segundo del artículo 142 del Código de Familia, contiene roces con los numerales 33 y 53 de la Constitución, al negarse de principio la patria potestad a los padres (de hijos) extramatrimoniales, la cual se puede atribuir en forma compartida con la madre, en casos especiales. Delimitándose el presente estudio al supuesto citado, y no a otras situaciones disímiles como lo sería los efectos de una investigación de paternidad o una adopción, lo cual no está en discusión.

Así, pues, se hace necesaria la transcripción total de la norma: "ARTICULO 142: La madre aun cuando fuere menor, 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 negrita no es del texto).

El párrafo primero del artículo cuestionado, establece la clara intención del legislador de proteger los intereses de la madre en una relación extramarital, pues según la práctica común en nuestro país, sus hijos generalmente quedan bajo su exclusiva custodia. De allí, la necesidad de que sean las madres, quienes en los casos en que sus hijos no sean reconocidos, ejerzan primariamente la patria potestad, debido a que en un inicio al menos, se desconozca la identidad paterna.-

Por su parte, el párrafo segundo contempla la facultad de los tribunales comunes, ya sea a petición de parte o del Patronato Nacional de la Infancia, de otorgar la patria potestad también al padre. Como ya se indicó esa nota de "excepcionalidad" con que se permite el ejercicio de la patria potestad al padre extramatrimonial, es inconstitucional. Y no está de más agregar en esta línea de pensamiento, que si del interés del menor se trata, pues se debe utilizar la regla que establece el Código de Familia para otros casos, esto es, que a quien le corresponda, deberá accionar judicialmente para modificar la patria potestad. La misma legislación fundamental, va encaminada no sólo a proteger la unión familiar, no importando si media una forma legal o no, sino que, partiendo de la igualdad existente entre los padres, matrimoniales o no -artículo 53 de la Constitución Política-, lo procedente es determinar que en el párrafo analizado, la norma hace una distinción innecesaria entre el padre y la madre de hijos extramatrimoniales. Debe agregarse sobre este tema y como una matización que adelante se desarrolla, que no en todos los casos de hijos extramatrimoniales reconocidos, puede entenderse que el padre tenga los plenos derechos que de principio otorga la legislación familiar al padre matrimonial. Y, como se indicó supra, corresponderá más bien a la madre, si el interés del menor se viera amenazado o lesionado, accionar para que el Juez, a la luz de los hechos y la correspondiente prueba, como sanción, retire al padre los derechos de tal. Es obvio entonces, que se impone una inversión de los términos que en este momento consagra el párrafo segundo analizado. Porque de lo contrario, se seguirá en el círculo vicioso que consagra la norma, desde que otorga todos los derechos a la madre extramatrimonial, y cuando el padre trata de que el juez disponga el ejercicio conjunto, se dirá que no hay afecto del padre hacia el hijo, o que el inicio de la "nueva" relación podría causar daño psicológico al menor, etc. Este círculo vicioso se origina en que la norma parte de una regulación al revés de lo que naturalmente corresponde, ya que el padre, en todo caso, deberá gozar, jurídicamente, de los derechos de tal. Y solamente que no asuma su papel, o lo haga con daño para el menor hijo, entonces la madre puede accionar para que se dé una sentencia que varíe la situación.-

VI. Ahora bien: si se trata de un reconocimiento con el consentimiento de la madre, en acto único o en actos separados, obviamente que se aplicaría plenamente lo consignado en el considerando anterior. Pero, si ese reconocimiento del padre se hace en forma unilateral, dada la forma en que tales reconocimientos se inscriben en el Registro, valga decir, sin que siquiera se comunique a la madre de la presentación del

documento, no podríamos arribar a aquélla conclusión. En los casos de reconocimiento unilateral, dado que no hay una situación cierta -salvo por la aislada manifestación de quien se dice padre-, el párrafo segundo debe tenerse como legítimo, es decir como constitucionalmente válido. Y no nos referimos tampoco a otras situaciones, como la del padre a quien se declara tal contra su voluntad, sea, en proceso promovido por el hijo o su representante, en que hay una sanción de no goce de sus derechos de tal, ya que se trata de situaciones razonables y perfectamente compatibles desde el punto de vista constitucional.

VII. Lo anterior lleva a concluir, que no existiendo un motivo constitucional para hacer diferencia alguna, no puede ser atendible una discriminación legal en contra del texto constitucional -artículo 33 de la Constitución Política-, cuya aplicación ya ha sido estudiada por esta Sala y plasmada en su jurisprudencia, cuando entre otras cosas ha determinado: "... Adviértase que en la especie la desigualdad que hiere los intereses del recurrente no es una simple diferenciación "razonable y objetiva", sino un tratamiento evidentemente injustificado, infundado y desproporcionado, producto de condicionamientos sociales, culturales, económicos y políticos felizmente superados, tratamiento que actualmente resulta lesivo para la dignidad humana en lo particular, como derecho subjetivo positivo concreto a la igualdad, y para la unidad familiar como derecho social objetivo, desde el momento en que establece una restricción odiosa que atenta, por discriminación, contra el equilibrio jurídico y espiritual de la familia, también tutelado por la Constitución y por el ordenamiento internacional y por ello patrimonio subjetivo del ofendido.

La norma impugnada crea una especie de discriminación que afecta al núcleo familiar y por ende a la sociedad en su conjunto desde el momento en que un integrante de esa comunidad es tratado de manera diferente cercenando sus derechos igualitarios y colocándolo en situación social de desventaja, como haría frente a su esposa, sus hijos y demás familiares; con ello se resiente el sentido de justicia." (voto número 3435-92 de las 16:20 horas del 11 de noviembre de 1992).

Por lo que, si hemos partido de la concepción amplia de familia y la de igualdad de derechos y obligaciones, derivadas de una filiación, sin determinar formalismos para su existencia, en aplicación de la normativa fundamental, efectivamente, en el párrafo segundo del artículo 142 impugnado, en la hipótesis dicha, se crea sin fundamento constitucional un estado jurídico por el que el padre de hijo extramatrimonial no puede considerarse facultado a ejercer la patria potestad sobre sus hijos, discriminación odiosa e injustificada que amerita la declaratoria de inconstitucionalidad de dicho párrafo, por ser contrario al derecho a la igualdad en forma general por el numeral 33 y especial por el 53, ambos de la Constitución Política, y nunca como una condición a priori.-



VIII. Cabe destacar que, para ser acreedor de la igualdad mencionada, en todo caso, debe entenderse como necesario el previo reconocimiento de los hijos, a fin de determinar la relación paterno-filial-afectiva, requisito esencial de la patria potestad compartida, pues de lo contrario, es aplicable lo dispuesto por el párrafo primero del artículo 142, el cual queda incólume, con la interpretación conforme ya dicha.

En todo caso, de existir un conflicto en torno al ejercicio de la patria potestad, se aplicará lo dispuesto por el numeral 144 del Código de Familia, que a su vez remite al procedimiento establecido en los artículos 138 y 141 del mismo cuerpo normativo. Además, es claro que si no se cumple con los deberes inherentes a la patria potestad el padre podrá ver alterada su situación mediante lo que en términos generales el Código de Familia establece respecto de la suspensión o modificación de la patria potestad, establecidas en sus artículos 145 y 146, que precisamente prevén circunstancias que imponen una sanción al autor de ellas, lo cual debe aplicarse ya sea que se trate del padre o de la madre, respecto de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, pues no se concibe, según se explicó, hacer distinción en tratándose del último caso. Los procedimientos mencionados para la solución de conflictos en torno a la patria potestad, deberán ser resueltos por la autoridad judicial competente, mediante resolución debidamente fundada en la cual prive el interés de los menores, mesurando los resultados e interpretando las pruebas comunes y técnicas venidas a los autos (sana crítica), y aplicando el análisis de los elementos necesarios legalmente establecidos. Todo en cumplimiento de las disposiciones contenidas en el numeral 41 de la Constitución Política -justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.

IX. Por lo dicho, la parte dispositiva de esta sentencia no puede dictarse en términos absolutos. El párrafo impugnado es inconstitucional únicamente si, ligado al primero, impone una limitación en cuanto al ejercicio de la patria potestad, al padre de hijo extramatrimonial, dejando a casos excepcionales un ejercicio compartido, porque la jurisprudencia habida en esta materia lleva a que prácticamente solo se conceda tal ejercicio compartido a situaciones en que hay una vida en familia de los padres. Pero, por otra parte, el párrafo segundo no es inconstitucional para casos en donde el reconocimiento de extramatrimonial se ha operado sin el consentimiento de la madre, es decir, unilateralmente. Si en la normativa del Registro Civil hubiera un mecanismo por el que la madre del menor -o quien ejerza su representación- fuera notificada del reconocimiento operado, tal vez la situación se clarificaría más rápidamente. Pero en el estado actual de cosas, en tratándose de quien se afirma padre, por motivos prácticos no queda más que aceptar el párrafo segundo del artículo 142 del Código de Familia en su literalidad. De lo contrario, se obligaría a la madre o representante del reconocido a accionar para impugnar ese reconocimiento, lo que no parece razonable. Además, en los casos en que la madre no acceda a prestar su consentimiento, de modo injustificado, quien se dice padre tiene a su alcance la jurisdicción, a fin de

demostrar plenariamente su condición de tal. Esta sentencia, pues, independientemente de que se articule diferente en la parte dispositiva, dada la petitoria de la acción, debe establecer con toda claridad:

1) que el párrafo primero del artículo 142 del Código de Familia no es inconstitucional, en tanto que la patria potestad del hijo extramatrimonial le corresponde a la madre, cuando se desconozca -jurídicamente- quién es el padre;

2) que el párrafo segundo de la citada norma es inconstitucional, en cuanto de pleno derecho niega la patria potestad al padre de un hijo extramatrimonial, independientemente de las circunstancias, dejando el otorgamiento de ese derecho a una declaratoria del juez "en casos especiales a juicio suyo" y "atendiendo al interés de los menores".

Este artículo sería constitucional, en tanto se refiera a una situación de reconocimiento unilateral de hijo extramatrimonial, pues no obstante que el Registro Civil anote esa circunstancia en el asiento de nacimiento del menor, y surta ciertos efectos jurídicos, se trata únicamente de la manifestación del padre, sin el consentimiento de la madre o quien ejerza la representación del menor. Hay, en resumen, un condicionamiento y una íntima conexión entre el párrafo primero y segundo del artículo 142 del Código de Familia que no puede llevar sino a una declaratoria de principio y distinta para cada uno de ellos.

[Sala Constitucional]<sup>iv</sup>

Se adiciona la sentencia número 1975-94 de esta Sala, de las 15:39 horas del 26 de abril de 1994, a fin de que en la parte dispositiva, entre las palabras "extramatrimonial" y "haya", se intercale un "no", leyéndose en consecuencia la totalidad del Por Tanto, así:

**"Se declara con lugar la acción y en consecuencia se anula el párrafo segundo del artículo 142 del Código de Familia, excepto en los casos en que el reconocimiento del hijo extramatrimonial no haya sido de común acuerdo o con aceptación de la madre. Asimismo, se declara que el párrafo primero del citado artículo es constitucional siempre que se interprete en armonía con lo aquí resuelto para el párrafo segundo. Esta sentencia es declarativa y retroactiva a la fecha de entrada en vigencia de la norma cuestionada, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe. Comuníquese a los Poderes Legislativo y Ejecutivo, así como también al Patronato Nacional de la Infancia. Reséñese y publíquese. Se rechaza la aclaración solicitada.**

## 2. Naturaleza de las Potestades Conferidas por el Ejercicio de la Autoridad Parental / Autoridad Parental de la Madre Menor de Edad

[Tribunal de Familia]<sup>v</sup>

Voto de mayoría

I. La señora J. impugna la sentencia n.º 499-2010, de las 11:42 horas del pasado 3 de setiembre, mediante la cual el Juzgado de Familia del Primer Circuito Judicial de Alajuela declaró sin lugar su demanda incidental de modificación de guarda, crianza y educación. Aduce que nunca ha desamparado a sus nietas M., Me. y Mi. y que siempre ha estado a cargo de ellas y se ha ocupado de satisfacer sus necesidades materiales, emocionales y espirituales. Insiste en que fueron las niñas quienes no quisieron irse con la incidentada, su progenitora, cuando se presentó a recogerlas. Según su alegato, le preocupa que, si regresan con ella, sean maltratadas de nuevo y que no pueda hacer nada para evitarlo. En su criterio, el acercamiento entre madre e hijas debe ser paulatino (folios 103-104).-

II. Se avala la relación de aseveraciones fácticas que la jueza de primera instancia tuvo como acreditadas en el apartado segundo del fallo recurrido.-

III. Aún cuando técnicamente no corresponde a un *"hecho no probado"*, sí procede prohiar la conclusión plasmada en el considerando tercero, relacionada con la falta de legitimación de doña J. para plantear un incidente de modificación de guarda, crianza y educación de las niñas Mi, Me. y M., todas ellas H.A. Y, en concordancia con ello, debe enfatizarse que en su escrito de interposición de la alzada, ella no cuestionó la razón por la cual su demanda incidental fue desestimada; tan solo se limitó a discutir su procedencia por motivos sustanciales con desprecio de los aspectos formales involucrados.-

IV. La Sala Segunda ha señalado que *"(...) la legitimación en la causa (...), junto con el derecho y el interés actual, constituyen los tres presupuestos materiales de la pretensión. Por tal razón, la misma (sic), a diferencia de la legitimación ad procesum, no constituye propiamente un presupuesto de admisibilidad de la demanda, ni influye en la validez y eficacia del proceso en sí, pero sí constituye una condición necesaria para obtener una sentencia estimatoria. El numeral 104 del Código Procesal Civil reza: "Parte Legítima: Es aquella que alega tener una determinada relación jurídica con la pretensión procesal". Así, el actor (sic) es aquella persona que, al tenor de la ley, formula las pretensiones de la demanda, y el demandado (sic), quien se opone a esa pretensión; de ahí surge precisamente el fundamento de la relación sustancial que se da entre ambos con relación al objeto concreto del proceso y el interés de estos en la obtención de la sentencia de fondo. Al respecto, la doctrina explica: "La tutela jurisdiccional debe ser otorgada únicamente si obtenerla le corresponde a quien la solicita y, por supuesto, si procede otorgarla frente al concreto sujeto demandado: el*

*deudor, el vendedor. Que una sentencia otorgue la tutela pretendida depende también de una precisa legitimación activa y pasiva. Y la legitimación activa significa –utilizando una vieja distinción puramente lógica– que no basta que exista un derecho, sino que es necesario que, existiendo, le corresponda o se le pueda atribuir justamente a la persona que lo esgrime, o lo hace valer en el proceso. Igualmente, cuando se pretende una tutela jurisdiccional respecto de un determinado sujeto (y esta determinación pasiva sirve para identificar y distinguir la acción afirmada o la pretensión, porque no hay acciones o pretensiones sin sujeto titular y sin sujeto pasivo concretos), no importa solo que esté fundada la exigencia de la prestación que la concesión de la tutela comportaría (entregar un determinado bien o una cantidad de dinero, no hacer algo, etc.), sino que es necesario, además, que el demandado o demandados sean precisamente los sujetos a los que debe afectar aquella concesión, por ser los sujetos obligados o titulares del deber de realizar la prestación o, por mejor decir, su equivalente (...). Se ha dicho, con razón, que la legitimación enseña algo completamente elemental: que los derechos subjetivos no existen sin sujetos titulares ni sin sujetos pasivos y que, de ordinario, los derechos no se pueden hacer valer si no es por aquéllos y frente a estos” (DE LA OLIVA SANTOS (Andrés), DIEZ-PICAZO GIMENEZ (Ignacio) y otros, Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil, Civitas Ediciones, Madrid, 2001, p. 95) (sobre los temas desarrollados en este considerando pueden consultarse los votos de esta Sala N° 399-02 y 660-06).” (Voto n.º 2008-596, de las 8:45 horas del 25 de julio de 2008). Sin duda, ese criterio también es aplicable en cualquier proceso de familia.-*

**V.** Como ya lo puntualizó este Tribunal en el voto n.º 654-10, de las 12 horas del 19 de mayo de 2010, la patria potestad o autoridad parental remite a las relaciones jurídicas del hijo o de la hija menor de dieciocho años con su padre y con su madre. Y, gracias al desarrollo de la doctrina de la protección integral, en la actualidad, más que ante un poder absoluto o un derecho, se está en presencia de una función social establecida en beneficio del primero o la primera, cuyo núcleo es la obligación de garantizarle el disfrute efectivo de sus derechos básicos. En el voto n.º 2001-2050, de las 15:54 horas del 14 de marzo de 2001, la Sala Constitucional estableció que *“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 (sic) y otorgarle su apellido, a fin de ejercer las funciones que se esperan de un progenitor, que incluyen no sólo (sic) el apoyo económico, sino además la atención, cuidado y desarrollo de vínculos emocionales con los hijos.”* Esta Cámara, en el voto n.º 2207-04, de las 9 horas del 14 de diciembre de 2004, reiterado en el n.º 59-08, de las 11:20 horas del 18 de enero de 2008, apuntó que *“Los Derechos de los Niños y Niñas se pueden resumir en cuatro categorías: Supervivencia, Crecimiento, Protección y Participación. Dentro de la Supervivencia se tiene el derecho a la vida, a la salud, y a la felicidad. En el Crecimiento el derecho a una*

*familia, a ser educado en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad, y solidaridad que le permita crecer como una persona única, distinta y especial. En la protección se ostenta el derecho a que se le respete la identidad e integridad, a ser protegido de todo abuso físico, sexual o mental, a no ser maltratado ni castigado. En lo de participación, el derecho a jugar a pensar, a expresarse.”* Sin duda, todos ellos suponen deberes correlativos del progenitor y de la progenitora, que hacen indispensable el reconocimiento legislativo de un conjunto de potestades instrumentales orientadas a posibilitar su efectivo disfrute por parte de sus titulares. Tales poderes-deberes conforman el contenido de la patria potestad o autoridad parental, que en doctrina se suele clasificar en tres grupos, a saber: el contenido personal, el patrimonial y el relacionado con la representación. El primero hace referencia a la guarda, la crianza y la educación del hijo o de la hija. La guarda o custodia se traduce en el poder y el correlativo deber de tenerle en su compañía (convivir), asistirle, cuidarle, corregirle y velar en forma constante por su integridad física y psíquica. La crianza supone proporcionarle los alimentos y los estímulos necesarios para su adecuado desarrollo, así como atender sus necesidades fundamentales. La educación implica el deber de formarle y prepararle para la vida social autónoma y no solo el de brindarle la oportunidad de adquirir conocimientos formales (artículos 143 y 144 del *Código de Familia* y voto de este Tribunal n.º 1236-02, de las 8:30 horas del 12 de setiembre de 2002). La potestad de administración de los bienes del hijo o de la hija menor de dieciocho años constituye el contenido patrimonial (artículos 145, 146 y 147 *ibídem*). Por último, a través de la representación, el padre y la madre actúan a nombre de sus vástagos, mientras no hayan adquirido plena capacidad de actuar y siempre que no tengan un interés opuesto al de ellos y ellas; caso en el cual ha de nombrárseles un curador especial (artículo 140 del *Código de Familia*). Eso mismo debe hacerse cuando se está en presencia de alguna discapacidad cognoscitiva, conforme lo dispone el artículo 162 *ibídem* (ver, entre otros, los votos de este Tribunal n.ºs 1473-03, de las 13:05 horas del 23 de octubre de 2003; 1681-08, de las 8:10 horas del 18 de setiembre; 589-08, de las 9:40 horas del 27 de marzo y 929-08, de las 11:20 horas del 14 de mayo, los tres de 2008).-

**VI.** De conformidad con lo previsto en los artículos 33, 52 y 53 de la *Constitución Política*; 16, inciso d), de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer*, aprobada por Ley N.º 6968 de 2 de octubre de 1984 y en los incisos 1º del 7 y del 18 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, aprobada por Ley N.º 7184 de 18 de julio de 1990 y con absoluta independencia del estado civil de cada uno (ver los votos de la Sala Constitucional n.ºs 1975-94, de las 15:37 horas del 26 de abril de 1994 y 2006-12019, de las 16:32 horas del 16 de agosto de 2006), por regla general, la patria potestad o autoridad parental ha de ser ejercida por ambos progenitores. En principio, entonces, las decisiones concernientes a los hijos y a las hijas menores de dieciocho años tendrían que ser adoptadas de mutuo acuerdo y

siempre teniendo presente su interés superior. Elocuente es, al respecto, el texto de la última norma citada, en virtud de la cual *"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. / Incumbirá a los padres o, en su caso, a los responsables legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño."*

En lo conducente y por su orden, los ordinales 151 y el 140 del *Código de Familia* disponen que: *"El padre y la madre ejercen, con iguales derechos y deberes, la autoridad parental sobre los hijos habidos (...)." "Compete a los padres regir a los hijos, protegerlos, administrar sus bienes y representarlos legalmente."* Por último, el 30 del *Código de la niñez y adolescencia* estipula lo siguiente: ***"Derecho a la vida familiar. Las personas menores de edad tendrán derecho a conocer a su padre y madre; asimismo, a crecer y desarrollarse a su lado y ser cuidadas por ellos. Tendrán derecho a permanecer en su hogar del cual no podrán ser expulsadas ni impedidas de regresar a él, salvo decisión judicial que así lo establezca."*** Ello es así fundamentalmente cuando esas personas conviven juntas o mantienen una excelente comunicación. En el supuesto contrario, los principales atributos de la autoridad parental o patria potestad; es decir, los de naturaleza personal —guarda, crianza y educación—, suelen ser ejercidos por aquel o por aquella con quien resida el hijo o la hija, sin que eso implique la imposibilidad del otro o de la otra de participar en las decisiones que sea necesario implementar, sobre todo cuando un órgano jurisdiccional lo haya dispuesto así (ver, en similar sentido, el voto de este Tribunal n.º 929-08, de las 11:20 horas del 14 de mayo de 2008) o la de ejercer su deber de vigilancia.-

**VII.** De las normas antes referidas y de lo resuelto por la Sala Constitucional en los votos n.ºs 1975-94 y 2006-12019, ya citados, se desprende que la titularidad de la patria potestad o autoridad parental es consecuencia directa e inmediata del acto de procreación y, por tanto, corresponde en forma exclusiva a quienes ostenten la condición de progenitores (conviene revisar el voto de la Sala Segunda n.º 2004-825, de las 10:35 horas del 29 de setiembre de 2004 y los de este órgano n.ºs 2014-04, de las 10:50 horas del 16 de noviembre; 2218-04, de las 10:50 horas del 14 de diciembre, ambos de 2004 y 324-05, de las 7:50 horas del 30 de marzo de 2005). Así lo ha entendido la instancia jurisdiccional responsable del control de constitucionalidad en varios de sus pronunciamientos. En el n.º 2006-16030, de las 9:33 horas del 3 de noviembre de 2006, destacó que *"(...) 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."*

*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...". Es claro que los poderes-deberes de la patria potestad derivan por la procreación como instituto natural." (Ver, en igual sentido, los votos n.ºs 1975-94 y 2006-12019, ya citados). Es más, eso explica que el párrafo primero del artículo 155 del Código de Familia disponga que "La madre, aún (sic) cuando fuere menor, ejercerá la patria potestad sobre los hijos habidos fuera de matrimonio y tendrá plena personería jurídica para esos efectos." (Ver, también, el voto de este Tribunal n.º 1561-05, de las 9 horas del 12 de octubre de 2005). Su ejercicio, en cambio, sí puede recaer en uno solo de los padres en determinadas circunstancias, aunque, en principio, compete a ambos por igual. En diversas oportunidades este Tribunal ha especificado que "Se distinguen como aspectos importantes a tomar en cuenta (...), la titularidad y el ejercicio. La titularidad es la condición de destinatario de aquéllos (sic) derechos y deberes que corresponden al sujeto que tiene autoridad parental sobre los hijos; es intransferible, irrenunciable e indivisible, los titulares conjuntos -casos de padre y madre con esa autoridad- no tienen "partes" de este derecho, de ahí su indivisibilidad. El ejercicio en cambio es la facultad de actuar concretamente en virtud de esos derechos, y a diferencia de la titularidad, éste (sic) si puede corresponder por separado a uno o al otro, o bien a ambos progenitores. El ejercicio se traduce en la ejecución de atributos derivados de la autoridad parental como la guarda, crianza y educación, entre otros."*

(Voto n.º 142-02, de las 9:30 horas del 6 de febrero de 2002, reiterado, entre otros, en los n.ºs 2041-04, de las 7:30 horas del 24 de noviembre de 2004; 1863-06, de las 9:55 horas del 22 de noviembre de 2006; 1598-07, de las 9:20 horas del 20 de noviembre de 2007 y 1353-09, de las 10:30 horas del 8 de setiembre de 2009). De todo ello se sigue que, por regla general, tanto su titularidad como el ejercicio de los atributos que conforman sus diversos contenidos son personalísimos, irrenunciables e innegociables o indisponibles. Reafirma esa conclusión lo previsto en los numerales 141 y 60, en relación con el 48, inciso 7), todos del Código de Familia, a cuyo tenor "**Los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad no pueden renunciarse. Tampoco pueden modificarse por acuerdo de partes, salvo lo dispuesto para la separación y divorcio por mutuo consentimiento, en cuanto se refiera a la guarda, crianza y educación de los hijos.**"

*"(...) Los esposos que la pidan [la separación o el divorcio por mutuo consentimiento] deben presentar al Tribunal un convenio en escritura pública sobre los siguientes puntos: / 1) A quién corresponde la guarda, crianza y educación de los hijos menores; (...)"* En otras palabras, las potestades propias de la patria potestad no se pierden por la sola voluntad de las partes, ni por su abandono en el ejercicio. Y si, en principio, sobre esos atributos cabe únicamente el pacto **entre** los progenitores con el exclusivo propósito de establecer cuál de los dos los ejercerá, parece claro que también son

intransferibles (ver, en igual sentido, el voto n.º 1556-10, de las 10:40 horas del 9 de noviembre de 2010). A ello debe agregarse que la guarda o custodia, la crianza y la educación —columna vertebral de la institución de comentario— presuponen el reconocimiento legal de que las personas guardadoras tienen autoridad sobre él o ella; es decir, que son titulares de la autoridad parental. En consecuencia, tanto una como las otras son, además, indelegables, sin detrimento, claro está, de los cambios ejecutados por alguna necesidad temporal del padre o de la madre o del hijo o de la hija, como sería, por ejemplo, el traslado a una residencia distinta para poder cursar sus estudios, lo cual no se traduce jurídicamente en una delegación de la autoridad parental. Abona lo indicado el que su extinción esté sometida a hechos jurídicos (muerte o mayoría de edad) o a actos judiciales con intervención de los órganos competentes. El ordinal 36 del *Código de la niñez y adolescencia* resume esto último en los siguientes términos: ***“Causales de separación definitiva. Las causas que dan lugar a la separación definitiva de una persona menor de edad de su familia son las previstas en el Código de Familia, como causales de pérdida o suspensión de la autoridad parental. La suspensión o terminación de los poderes y deberes que confiere la patria potestad sólo (sic) puede ser decretada por un juez (sic).”***-

**VIII.** En síntesis, ha de quedar claro que, como ya se indicó, en tanto titulares de la autoridad parental, solo el padre o la madre podrían reclamar la asignación de la guarda, crianza y educación de sus hijos e hijas menores de dieciocho años. En un asunto semejante (voto n.º 1712-05, de las 9:50 horas del 9 de noviembre de 2005), este Tribunal tuvo la oportunidad de apuntar que *“En conclusión: solo la madre o el padre pueden solicitar el atributo de la autoridad parental, cual es, la guarda, crianza y educación de los hijos, mas (sic) no la abuela de alguno (...), pues no tiene legitimación ni legal ni procesal para hacerlo, y esto es lo que solicita la gestionante en el hecho primero de su petitoria: “Se me otorgue la patria potestad, guarda, crianza y educación de los menores.” No esta (sic) legitimada ni para gestionar en esta vía abreviada se le otorgue la patria potestad de su (sic) nietos, ni mucho menos la guarda, crianza y educación.”* En fecha más reciente (voto n.º 115-08, de las 11:10 horas del 23 de enero de 2008), se reiteró en parte ese criterio: *“La discusión relativa a cuál de los progenitores corresponde la guarda, crianza y educación de un hijo o hija, es EXCLUSIVA de tales progenitores; es decir solamente ellos están legitimados, activa y pasivamente, para disputarse tales atributos de la autoridad parental, tal y como se desprende del numeral 151 del Código de Familia. En tal inteligencia no debió atenderse gestión alguna de los padres del actor, ni de ninguna otra persona, ya que cualquier tercero es ajeno a la litis planteada. (...) En apariencia se ha dado una confusión de conceptos, sea entre autoridad parental (el cual contiene los atributos de guarda, crianza y educación) y la figura del depósito, siendo que éste (sic) último implica la custodia o cuidado de la persona menor de edad, mas no el ejercicio de atributos de autoridad parental, lo que solamente podría estar en manos del padre o*



*madre del niño o niña involucrados. En otras palabras, siguiendo este razonamiento, ningún progenitor podría ser depositario -en sentido estricto- de su hijo(a), ya que de por sí ejerce la autoridad parental; y a su vez ningún depositario puede ejercer la guarda, crianza y educación de un menor, sino simplemente el cuidado o custodia del mismo (sic), ya que no es progenitor de éste (sic).” Por último, en el voto n.º 1329-10, de las 8:15 horas del 27 de setiembre de 2010, puntualizamos que “En el caso concreto no se trata de que se le niegue a la señora (...) su derecho de accionar en procura de que se le confiera, eventualmente, la custodia de su nieta, el punto es que lo pretendido, dentro de un proceso abreviado de guarda, crianza y educación, solo puede ser objeto de discusión por parte de quienes ostentan la autoridad parental, sobre la persona menor de edad, que no son otros que sus progenitores. (Ver artículos 152 ibídem).”*

**IX.** Es cierto que, en el derecho positivo costarricense, los numerales 825 a 834 del *Código Procesal Civil*, que conforman el Capítulo I del Título II —*Disposiciones especiales*— de su Libro IV —*Actividad judicial no contenciosa y disposiciones comunes*—, regulan el depósito de personas y, como parte de esa figura, la de quienes no han alcanzado la mayoría y están sujetas a patria potestad o autoridad parental y que cualquiera podría recurrir a ese mecanismo jurídico para hacer realidad su protección cuando sus representantes legales; es decir, sus padres o sus tutores, no velen por él o ella como corresponde o le enfrentan a situaciones adversas. En efecto, por su medio, el ordenamiento jurídico habilita a la autoridad judicial competente para otorgar su tenencia, custodia y cuidado personal —en otras palabras, su depósito— a una persona o institución, con todas las consecuencias de rigor. Para ello es preciso que la persona interesada, ya sea directamente o a través de un representante legal con poder suficiente para actuar en su nombre (artículo 118 *ibídem*), solicite en forma concreta al Juzgado de primera instancia su nombramiento como depositaria judicial. En el trámite respectivo debe otorgársele audiencia tanto a los titulares de la patria potestad del niño o de la niña, como al Patronato Nacional de la Infancia. Además, es necesario ordenar y evacuar los elementos de convicción que se estimen pertinentes a efecto de poder determinar si el otorgamiento del depósito reclamado a la persona promotora resguarda o no el interés superior de la persona menor de dieciocho años. De acuerdo con el numeral 820 *ibídem*, “*El procedimiento se iniciará por escrito del interesado, en el que formulará la pretensión correspondiente y acompañará los documentos necesarios, con indicación de las normas legales aplicables. Los documentos se agregarán al expediente sin más trámite. Cuando fuere necesaria audiencia a alguna persona, se le conferirá por un plazo de tres días. / Se dará intervención al Patronato Nacional de la Infancia en los casos previstos en los artículos 119 y 120. La omisión de este trámite producirá la nulidad de lo actuado. / El juez (sic) podrá ordenar de oficio la práctica de cualquier prueba. Listo el expediente para resolver, el juez (sic) decidirá lo pedido en el plazo de diez días, sin que esté obligado a*

*externar criterio de legalidad estricta, para lo cual podrá escoger la resolución que considere más conveniente u oportuna. / El juez (sic) prevendrá la aceptación y el juramento de cualquier cargo dentro del plazo de tres días.” El 834 ibídem dispone que “Las pretensiones que puedan formularse por las partes (sic) o el depositario (sic), sobre constitución o variación del depósito, y cualesquiera otros incidentes a que éste (sic) pueda dar lugar, antes o después de haberse constituido definitivamente, se sustanciarán con un escrito por cada parte, y, oídas sus justificaciones en una comparecencia verbal, el juez (sic) resolverá lo que proceda.” Como se desprende de lo expuesto, se trata de un típico instituto de protección y, por eso, la lectura y aplicación de las disposiciones que lo regulan no debe ser restrictiva, de manera tal que se garantice el acceso a la tutela judicial efectiva que por su medio se pretende alcanzar (ver, en similar sentido, los votos de este Tribunal n.ºs 1331-03, de las 8:10 horas del 2 de octubre de 2003 y 1091-04, de las 8:10 horas del 30 de junio de 2004). De sus consecuencias se ocupan los ordinales 833 y 829 ibídem. El primero establece que “En el mismo auto en el que se decreta el depósito de una persona, el juez (sic) le señalará, para alimentos provisionales, la cantidad que prudencialmente crea necesaria, atendiendo el capital que le pertenezca, o el que posea el que ha de darlos. / Para la seguridad del pago de los alimentos, el juez (sic) acordará las medidas que estime necesarias y que podrán llegar hasta el embargo y el remate de bienes.” El segundo agrega que “Constituido el depósito, si se tratare de un menor (sic) sujeto a la patria potestad, se le nombrará un curador (sic), a quien, una vez aceptado el cargo, se le entregará certificación de las piezas necesarias, a fin de que pida en el proceso correspondiente lo que convenga en defensa de aquél (sic).”-*

**X.** Podría aducirse que, en virtud de los poderes de instrucción y ordenación de los que son titulares los órganos jurisdiccionales, el *a quo* ha debido encauzar la gestión planteada por la señora J. como en derecho corresponde. Sin embargo, como ella equivocó la vía y, fundamentalmente, colocó a ese Juzgado ante la imposibilidad de poder satisfacer su pretensión en los términos en que la formuló y como resulta evidente que, en el fondo, por su medio busca amparar su negativa a cumplir con un pronunciamiento jurisdiccional firme que, aun cuando no tiene la autoridad y eficacia de la cosa juzgada, no puede dejar de ejecutarse por su mera falta de voluntad, no resulta pertinente echar mano de aquellos. Hacerlo se traduciría, por un lado, en una exoneración de la responsabilidad que le incumbe a doña J. y a quienes la han asesorado por esos errores de tramitación y, por el otro, legitimaría el oportuno y reiterado incumplimiento de una decisión trascendental en una materia tan sensible. Como bien lo señala la *Declaración sobre los principios sociales y legales relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de crianza, en los planos nacional e internacional*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por resolución n.º 41/85 de 3 de diciembre de 1986, “*Como primera prioridad (sic), el niño (sic) ha de ser cuidado por*

*sus propios padres.” (Artículo 3). De igual modo, el numeral 32 del Código de la niñez y adolescencia dispone que “Cuando ninguno de los padres pueda encargarse del cuidado personal de sus hijos menores de edad, el Patronato Nacional de la Infancia deberá comunicar esta situación al juez (sic) e, inmediatamente, ordenará el depósito de los menores, según los procedimientos establecidos en el Código de Familia. / El padre y la madre deberán ser informados de modo claro y preciso sobre los alcances de su decisión, de acuerdo con el nivel de cultura y el contexto social al que pertenecen.” Y es claro que, en este caso, ya fue definido que la señora S. sí puede hacerse cargo del cuidado de sus hijas Mi, Me. y M., todas ellas H.A.*

**XI.** Como corolario de todo lo expuesto, existe una imposibilidad legal para otorgarle a una persona que no sea el padre o la madre uno o varios de los atributos de la autoridad parental o patria potestad. De ahí que el rechazo de lo pretendido por la señora J. por falta de legitimación y, consecuentemente, por falta de derecho, encuentre pleno respaldo en el ordenamiento jurídico vigente. Procede, en consecuencia, desestimar el recurso formulado y confirmar el pronunciamiento apelado

### **3. La Autoridad Parental de la Madre Menor de Edad**

[Tribunal de Familia]<sup>vi</sup>  
Voto de mayoría

**“III. EN RELACIÓN CON EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD:** En el Título Tercero, del Código de Familia, se regula lo relativo a la autoridad parental, figura jurídica cuyo nombre designa, de manera general, al conjunto de derechos y obligaciones del padre y de la madre respecto de sus hijos o hijas; razón por la cual, el artículo 140 del citado Código, establece que *“compete a los padres regir a los hijos, protegerlos, administrar sus bienes y representarlos legalmente...”* y, en el numeral 143 siguiente, se estipula que *“la autoridad parental confiere los derechos e impone los deberes de educar, guardar, vigilar y en forma moderada, corregir al hijo”*. Por eso, se ha indicado que *“la autoridad parental es en sí un **derecho-función**. Es un conjunto de derechos y deberes. Si la autoridad es, para los padres, fuente de prerrogativas (establece una jerarquía, una subordinación, un derecho de dirección, un derecho de dar órdenes), el poder se desdobra en obligaciones: está al servicio del menor. Los derechos deben ser ejercidos en interés del menor. El derecho de los padres está ordenado al **bien** del menor. Este conjunto de **derechos y deberes** ha sido recogido por la Convención sobre Derechos del Niño (artículos 3, 5, 9, 14, 18, 21)”*. (TREJOS SALAS, Gerardo. Derecho de Familia Costarricense, Tomo II, San José, primera edición, Editorial Juricentro, 1999, p. 270). Cabe destacar que la patria potestad también comprende el derecho-deber de administrar los bienes de los y las hijas menores de edad (artículo 145 ídem). Ahora bien, tratándose de hijos(as) **habidos dentro del matrimonio**, según lo dispone el

numeral 151 del Código de Familia, el padre y la madre ejercerán, con iguales derechos y deberes, la autoridad parental; mas la solución no es la misma cuando se trata de hijos(as) concebidos fuera del matrimonio. Para estos supuestos, el ordenamiento jurídico prevé dos supuestos concretos, regulados específicamente en los artículos 155 y 156 del Código de Familia. En el primero de los citados numerales, el legislador estableció que respecto de los hijos habidos fuera del matrimonio, la madre, aún cuando fuere menor de edad, ejercería respecto de sus hijos(as) la autoridad parental; estableciéndose, en el segundo párrafo que, en casos especiales, el juzgador podría, en atención al interés de la persona menor de edad, conferir también al padre el ejercicio conjunto de dicha autoridad. Ahora bien, dicha norma fue interpretada por la Sala Constitucional, en el sentido de que su contenido resultaba acorde con la Constitución Política, en el tanto en que se entendiera que el padre quedaba excluido del ejercicio de la patria potestad, únicamente cuando se tratara de un reconocimiento no realizado de común acuerdo; o bien, cuando no hubiere mediado aceptación de la madre. En tales supuestos, se estimó que la normativa legal no se contraponía al Derecho de la Constitución (ver voto número 1975, de las 15:39 horas del 26 de abril de 1994). Por otra parte, el referido artículo 156, que es al que al caso interesa, concretamente, establece: *“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”*. En este supuesto, se excluye del ejercicio de la autoridad parental al progenitor que niegue su paternidad y haga necesaria una declaración administrativa o judicial. Aunque no había sido analizada directamente en cuanto a su constitucionalidad, se desprendía que tal norma resultaba legítima, al haberse señalado, en el fallo de la Sala Constitucional N° 1975- 94 citado, lo siguiente: *“Y no nos referimos tampoco a otras situaciones, como la del padre a quien se declara tal contra su voluntad, sea en proceso promovido por el hijo o su representante, en que hay una sanción de no goce de sus derechos de tal, **ya que se trata de situaciones razonables y perfectamente compatibles desde el punto de vista constitucional**”* (Énfasis suplidos). En casos como el presente, en que el accionado no reconoció su paternidad respecto de la niña S. S; razón por la cual, por disposición legal, se le ha excluido del ejercicio de la patria potestad. En asuntos similares en que el accionado aceptó haber mantenido relaciones sexuales con la demandante y supo del nacimiento de la menor, se ha venido sosteniendo por parte de esta Sala *“Si alguna duda tenía respecto de su paternidad pudo tratar de despejarla, acudiendo a los medios pertinentes, por lo que no resulta válido que haya sido hasta en el proceso judicial en que admitiera la posibilidad de ser el padre del niño. En todo caso, debe señalarse que de conformidad con el supuesto previsto en la misma norma, el accionado está posibilitado para gestionar posteriormente la concesión de la autoridad parental. Debe indicarse, además, que en los autos no hay elementos probatorios que permitan concluir respecto de la conveniencia de que el demandado ejerza ese*

*derecho-deber, en aras de tutelar el interés superior del niño; razón por la cual no resulta procedente acoger su recurso” (Votos números 102, dictada a las 10:00 horas del 5 de marzo de este año 2003 y 407-03 de las 10:10 horas del 8 de agosto del 2003 entre otros).*

#### **IV. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 156 DEL CÓDIGO DE**

**FAMILIA:** El co-demandado en este proceso señor Gómez Sarmiento, presentó acción de inconstitucionalidad contra el artículo 156 del Código de Familia. El punto fue analizado recientemente por la Sala Constitucional en el Voto N°12019-06 de las 16:32 horas del 16 de agosto del 2006 y resolvió: *“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”.* Al haberse anulado la norma ha perdido su vigencia. No hay fundamento legal para declarar que se le excluya para ejercer la patria potestad conjuntamente con la madre, pues la norma aplicable es la general, (artículo 151 del Código de Familia). Cabe destacar -como ya se dijo- en el voto 1975, de las 15:39 horas del 26 de abril de 1994, la Sala Constitucional interpretó el artículo 142 hoy 155 del Código de Familia, estableciendo *“Se declara con lugar la acción y en consecuencia se anula el párrafo segundo del artículo 142 del Código de Familia, excepto en los casos en que el reconocimiento del hijo matrimonial haya sido de común acuerdo o con aceptación de la madre. Asimismo se declara que el párrafo primero del citado artículo es constitucional siempre que se interprete en armonía con lo aquí resuelto para el párrafo segundo”.* Nótese que las dos normas que regulaban el ejercicio de la patria potestad de los hijos o hijas habidos fuera del matrimonio han sido objeto de variación mediante resoluciones de la Sala Constitucional. Estableciéndose como principio general la no distinción en el ejercicio de la patria potestad del padre de los hijos(as) habidos fuera del matrimonio. Consecuentemente debe acogerse el agravio y se anula la sentencia recurrida en

cuanto declaró que la madre será la única persona que ostentará la autoridad parental sobre la niña S. S; debiendo declararse que la patria potestad será ejercida por ambos progenitores.”

#### **4. Autoridad Parental de la Madre Menor de Edad y la Forma del Reconocimiento del Hijo Extramatrimonial**

[Tribunal de Familia]<sup>vii</sup>

Voto de mayoría

"II. El Juzgado de Familia de Pérez Zeledón declaró sin lugar la demanda de impugnación de reconocimiento y de investigación de paternidad establecida por la señora Felipa Floribeth González González en contra de Dennis Armando Navarro Arias y Marco Vinicio Delgado Guzmán, respectivamente, y acogió las excepciones de falta de derecho, falta de legitimación y sine actione agit que interpuso el demandado Delgado Guzmán. El fundamento principal para denegar la impugnación del reconocimiento lo constituye el hecho de que la niña J.S.N.G. fue reconocida como hija por parte del señor Dennis Armando Navarro Arias sin que mediara error o falsedad en tal acto. El órgano jurisdiccional de primera instancia también tomó en consideración que desde el momento en que la niña fue reconocida, el señor Navarro Arias ejerció actos propios de la posesión notoria de estado. Al no acogerse la pretensión tendiente a la remoción de la filiación paterna, resultaba improcedente acoger la pretensión mediante la cual se intentaba asignar una nueva filiación a la niña. (Cfr: folios 125 a 128) La señora González González se muestra inconforme con lo resuelto y afirma que la sentencia fue dictada “con absoluto desprecio” de lo que establece el ordenamiento jurídico costarricense y sin proteger el interés de la persona menor de edad. Como principal argumento de la impugnación, señala que toda persona tiene derecho de saber quién es su padre biológico, invocando para tales efectos la Constitución Política, la Convención sobre los Derechos del Niño y el Código de la Niñez y la Adolescencia. **La recurrente no lleva razón en el reclamo.** III. En el párrafo segundo del artículo 53 de la Constitución Política se indica lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a saber quienes son sus padres, conforme a la ley”, lo cual significa que el derecho de las personas de saber quiénes son sus progenitores encuentra un límite, pues ha de serlo “conforme a la ley”, y además no necesariamente el “derecho de saber” implica un “derecho de ostentar legalmente la filiación biológica”. Resulta conveniente también tener presente que en el artículo siguiente, el numeral 54, se prohíbe toda calificación sobre la naturaleza de la filiación; disposición constitucional que se encuentra reiterada textualmente en el artículo 3 del Código de Familia. En la Convención de Derechos del Niño se reconoce el derecho de los niños y de las niñas “de preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin ingerencias ilícitas.” (Artículo 8.1) No habla la Convención

de que los niños tengan un derecho absoluto de ser identificados y de llevar los apellidos de sus progenitores biológicos; aunque sí disponga que “en la medida de lo posible”, tienen derecho de conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos. Esta disposición también la contiene el numeral trigésimo del Código de la Niñez y la Adolescencia. Cabe preguntarse entonces por qué es que se prohíbe hacer todo tipo de calificación con relación a la filiación, por qué no se dispone el derecho de toda persona de “llevar los apellidos” de sus progenitores biológicos; por qué es que se habla que el derecho a saber quienes son sus padres ha de ser “de conformidad con la ley.” La respuesta es una y, en realidad, sencilla: Porque jurídicamente no solamente existe la filiación biológica. Como bien apunta el tratadista Antonio de Ibarrola, "la filiación, en tanto hecho biológico (natural), existe, por igual, en todos los seres humanos. En cambio, la filiación como calificación jurídica, presupone la certeza de la paternidad o de la maternidad para que pueda ser susceptible de producir efectos legales."

(De Ibarrola, Antonio. Derecho de Familia. Editorial Porrúa, S.A., México, 1984, p.380)

Por este motivo, paternidad o maternidad biológica no necesariamente equivale a filiación paterna o materna. Baste indicar, a manera de ejemplo, que las personas que son adoptadas no podrían luego ver removida su filiación con la simple invocación de que tienen derecho de ostentar la filiación biológica. **IV.** Conviene analizar entonces la forma en que se puede determinar o asignar la filiación paterna y también la forma en que ésta puede ser removida. Es necesario señalar que la maternidad también podría ser investigada o removida, pero para los efectos de que lo que aquí se discute, ha de partirse del hecho irrefutable que la niña J.S.N.G. es hija biológica de la señora Floribeth González González. Es importante indicar también que esas formas o procedimientos han variado considerablemente a partir de las reformas introducidas en la Ley 7538, vigente desde el 20 de octubre de 1995, la cual reformó todo el tema de la filiación por adopción, pero también introdujo cambios notables para el reconocimiento de hijos extramatrimoniales, y la Ley 8101, mejor conocida como “Ley de Paternidad Responsable”, la cual entró a regir el día 27 de abril de 2001, mediante la cual se reformaron normas contenidas en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil y se adicionó el artículo 98 bis al Código de Familia, el cual establece un nuevo proceso, especial, para conocer de los asuntos de filiación. La Ley 7689, vigente desde el ocho de setiembre de 1997, también introdujo reformas muy importantes a los artículos 8 y 98 del Código de Familia. El artículo 8 ahora dispone que en esta materia los jueces interpretarán las probanzas sin sujeción a las reglas positivas de la prueba común, atendiendo todas las circunstancias y los elementos de convicción que los autos suministren; pero, en todo caso, deberán hacerse constar las razones de la valoración. El artículo 98 permite ahora que la paternidad pueda determinarse con la prueba científica de comparación de marcadores genéticos basados en el ácido desoxirribonucleico, pues antes ésta sólo permitía excluirla, ya que los marcadores que

se analizaban eran de naturaleza proteica, tipos de sangre A, B, O Rh + ó -. **IV Bis.** Existen ocho formas mediante las cuales es posible adquirir u ostentar la filiación paterna biológica. Para poder comprenderlas, es necesario conocer la diferencia que existe entre un hijo nacido dentro de matrimonio y un hijo extramatrimonial. Esas formas son: a) Por ser hijo nacido dentro de matrimonio. Son hijos de matrimonio los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados a partir de la celebración del matrimonio o de la reunión de los cónyuges (cuando ha habido separación judicial) y antes de trescientos días de la disolución por viudez, nulidad o divorcio, o de que se decrete la separación judicial. También se consideran como matrimoniales los niños que nacen dentro de los primeros ciento ochenta días de matrimonio si el marido, antes de casarse, tuvo conocimiento del embarazo de su mujer; si estando presente consintió en que se tuviera como suyo al hijo en el acta de nacimiento inscrita en el Registro Civil; y, si de cualquier modo lo admitió como tal. Hijo extramatrimonial es el que nace antes del matrimonio, dentro de los primeros ciento ochenta días del matrimonio -si no se presenta alguna de las circunstancias recién indicadas- o después de los trescientos días después de la separación judicial o de la disolución del vínculo matrimonial. Si el hijo es matrimonial, el Registro Civil de oficio impone al menor la filiación paterna, pues se presume que el esposo de la madre es su padre. b) Por reconocimiento del padre, con consentimiento de la madre. Si el niño es extramatrimonial, el padre puede reconocerlo como hijo suyo. Como bien indica el autor Roberto Suárez Franco: "El reconocimiento, como acto que encierra una confesión de la paternidad, o de la maternidad, o por el cual se establece una filiación, es la manifestación de la voluntad encaminada a considerar al reconocido como hijo y de ocupar, respecto de él, la posición jurídica de padre natural. El reconocimiento de la paternidad es un acto voluntario de quien lo hace, sea cual fuere el modo empleado dentro de los que la ley establece al efecto; es además un acto solemne, cuya forma externa garantiza su propia autenticidad." (SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Filiación. Régimen de los incapaces. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá, Colombia. 2ª Edición. 1992. p. 55) En el año de mil novecientos noventa y uno se presentó una acción de inconstitucionalidad en contra del párrafo segundo del artículo 155 del Código de Familia. (En aquél momento era el número 142) Dicho artículo dispone que la madre, aún cuando fuere menor, ejercerá la patria potestad sobre los hijos habidos fuera de matrimonio y tendrá plena personería jurídica para esos efectos. En el párrafo segundo, la norma indica que "El Tribunal puede, en casos especiales, a juicio suyo, a petición de parte o del Patronato Nacional de la Infancia y atendiendo exclusivamente al interés de los menores, conferir la patria potestad al padre conjuntamente con la madre." La Sala Constitucional resolvió la acción tres años después, en voto 1975-94, indicando que ese párrafo segundo era constitucional para ciertos casos pero inconstitucional para otros. Todo depende de la forma en que el menor haya adquirido la filiación paterna. Así, si el menor fue reconocido por su padre con el consentimiento expreso de la madre, la norma es inconstitucional y por ello el



padre ejerce, de pleno derecho, la patria potestad sobre el menor. Pero si la filiación la ostenta por haber sido reconocido el niño sin el consentimiento de la madre, o como resultado de un proceso de investigación de paternidad ante su negativa de reconocerlo voluntariamente, el artículo sí es constitucional. Esta jurisprudencia motivó en gran medida la reforma que se introdujo al artículo 84 del Código de Familia mediante Ley 7538. Este artículo dispone que los hijos habidos fuera de matrimonio, cuya paternidad no conste en el Registro Civil, los hijos por nacer y los hijos muertos, pueden ser reconocidos por sus padres. El reconocimiento se realiza ante el Registro Civil, el Patronato Nacional de la Infancia o un Notario Público, y ahora es requisito que ambos progenitores comparezcan personalmente o que la madre haya consentido expresamente en el reconocimiento. Antes de esta reforma, el consentimiento de la madre para que el padre reconociera al niño era optativo, voluntario. Es muy importante indicar aquí, con relación a los reconocimientos, que lo que la ley permite es que el padre reconozca a sus hijos, y cuando dice "el padre" debe entenderse que es el varón que ha engendrado al niño. Si un tercero es quien reconoce al niño a sabiendas que él no lo engendró, la conducta podría considerarse delictiva, como también podría serlo -por complicidad- la conducta de la madre que consiente en el reconocimiento. El inciso b) del artículo 182 del Código Penal establece que "será reprimido con prisión de tres a ocho años, quien haga insertar, en un acta de nacimiento, hechos falsos que alteren los datos civiles o la filiación de una persona recién nacida."

Este artículo fue reformado también por la Ley 7538, misma que reformó la regulación de la filiación por adopción y el artículo 84 ya citado. La motivación para sancionar esta conducta como delito es precisamente porque el reconocimiento de un niño por un varón que no es su padre ha sido utilizado como un mecanismo para evadir los trámites de adopción. Es un delito doloso y debe recordarse que el dolo está en el tipo, es decir, la conducta es delictiva con el solo conocimiento de que el niño que se reconoce no es hijo biológico. La conducta está atenuada para los casos en que el reconocimiento se hace "con el fin de amparar al menor", pero sigue siendo delito. Pese a esta circunstancia, existen casos como el presente, en donde el hombre reconoce como hijos suyos a personas que no lo son, y ahora, por la reforma que recién se comentó, que las madres consientan en esos reconocimientos. c) Como consecuencia de un proceso administrativo. La Ley de Paternidad Responsable reformó el artículo 54 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y el Registro Civil. La reforma es muy interesante. Esta consiste en que ahora la madre, al momento de firmar el acta de declaración de nacimiento, puede indicar quién es el padre de la criatura. Por supuesto, ambos progenitores pueden hacer esa declaración de nacimiento y en tal caso el niño tendrá los apellidos de los dos; pero si el padre no está o no quiere firmar en ese momento, la madre puede decir quién es. Al varón a quien la madre ha señalado como padre del niño se le notificará esa manifestación. Si él lo

desea, puede reconocer al niño mediante el trámite indicado anteriormente, esto es, con consentimiento de la madre. Si no dice nada, la paternidad se inscribe, es decir, se inscribe al niño como hijo de ese señor. Pero si niega ser el padre del niño o manifiesta duda, se les concederá una cita para que se realice la prueba de ADN. Si el padre no asiste a la cita y la madre y el niño sí lo hacen, sucede lo mismo que antes se indicó: Se inscribe al niño como hijo suyo. En cualquiera de estos dos casos, la paternidad declarada administrativamente podrá ser objetada en sede judicial, mediante un proceso que se denomina precisamente "Impugnación de paternidad declarada administrativamente."

Si todos acuden a la cita y el resultado es positivo, la paternidad también se inscribe. d) Investigación de Paternidad en sede judicial. Si la madre indica que no desea acogerse a este procedimiento administrativo, el niño será inscrito únicamente como hijo suyo. Esto no significa que ella renuncie, en nombre de su hijo, a que éste ostente la filiación paterna que le corresponde. Si no se acogió a ese trámite administrativo, luego podrá presentar, en representación de su hijo, una demanda de investigación de paternidad en sede judicial. e) Afirmación o Declaración de Paternidad en sede judicial. Ese mismo derecho de acudir a la sede judicial lo tiene el padre biológico. Antes era suficiente con que él reconociera al niño, pero como ahora se requiere el consentimiento de la madre, el reconocimiento no se puede hacer unilateralmente. En este caso el varón es quien presenta la demanda para que se declare que él es el padre del niño. Para diferenciarlo del proceso de "Investigación de Paternidad" ese procedimiento ha recibido el nombre de "Declaración de Paternidad" o de "Afirmación de Paternidad". f) Reconocimiento de Hijo de Mujer Casada. Debe recordarse que cuando el hijo es habido dentro de matrimonio el Registro Civil lo inscribe oficiosamente como hijo del esposo de la madre. Pero, ¿qué sucede si el niño no es hijo del esposo de su madre y su padre biológico desea acreditar su paternidad? Aquí nuestro ordenamiento ofrece varias soluciones: Si el niño es hijo de otro hombre, este otro varón puede presentar unas diligencias no contenciosas llamadas "Reconocimiento de Hijo de Mujer Casada". En estas diligencias se concede audiencia a quienes figuran como padres registrales y, después de rendida la prueba pertinente y si no hay oposición, se puede autorizar al padre biológico para que reconozca al niño como hijo suyo."

g) Proceso Abreviado de Reconocimiento de Hijo de Mujer Casada. Si el padre biológico presenta unas diligencias de reconocimiento de Hijo de Mujer Casada y existe oposición, pero ésta no se funda en el hecho de que el menor está bajo posesión notoria de estado por parte de su padre registral (el marido de la madre), el interesado puede presentar un proceso abreviado de reconocimiento de hijo de mujer casada. (Sobre el particular, puede consultarse el voto 382-03 de la Sala Segunda, dictado a las diez horas veinte minutos del treinta de julio de ese año) Eso sí, si el niño estuviera bajo posesión notoria de estado y eso consta desde el principio, la demanda podría ser rechazada de plano, o en el peor de los casos, sería rechazada en sentencia, pues el

artículo 90 del Código de Familia dispone que “no se admitirá ningún reconocimiento cuando el hijo tenga ya una filiación establecida por la posesión notoria de estado”. h) Reconocimiento por parte del padre biológico dentro del proceso de Impugnación de Paternidad o de Declaratoria de Extramatrimonialidad. Dentro de poco se verá la forma en se puede remover la filiación de un hijo nacido dentro de matrimonio. Esos procesos se llaman “Impugnación de Paternidad” y “Declaratoria de Hijo Nacido Fuera de Matrimonio”, o más sencillamente, “Declaratoria de Extramatrimonialidad”. En estos procesos el padre biológico puede apersonarse y reconocer al niño. Este reconocimiento prosperará, evidentemente, si se acoge la demanda presentada para remover la filiación paterna matrimonial. **IV Ter.** La filiación paterna también puede ser removida. A diferencia de las formas que existen para obtenerla, para removerla es indispensable que exista un proceso judicial. La filiación es intransigible, por ello debe haber pronunciamiento de un órgano jurisdiccional y es necesario señalar que para remover la filiación también debe distinguirse si la filiación paterna es matrimonial o extramatrimonial. En el caso matrimonial, la filiación puede removerse, además del reconocimiento de hijo de mujer casada, por medio de los procesos de impugnación de paternidad y de declaratoria de extramatrimonialidad. En el caso extramatrimonial, la filiación puede removerse mediante los procesos de impugnación de reconocimiento -por error o falsedad- o de impugnación de paternidad declarada en sede administrativa. a) Impugnación de Paternidad. Si el padre registral, pero no biológico, de un hijo nacido dentro de matrimonio, es decir, el esposo de la madre del niño, desea que se remueva la filiación paterna, debe presentar una demanda de impugnación de paternidad. Él estará legitimado para hacerlo personalmente; si lo hace por medio de apoderado, el poder que se requiere es especialísimo. Si estuviera incapacitado mentalmente y la incapacidad fuera prolongada o incurable, la demanda la puede presentar el curador. Si ya hubiera fallecido, la demanda puede ser presentada por los herederos. b) Declaratoria de Hijo Habido Fuera de Matrimonio. Si quien desea que la filiación paterna se remueva es la madre o el hijo, el proceso se denomina “Declaración de Hijo Habido Fuera de Matrimonio”, o más sencillamente “Declaratoria de Extramatrimonialidad”. En este caso y en el anterior, el requisito para que la demanda se acoja es que el hijo no hubiera estado bajo posesión notoria de estado. Lo que se pretende en estos procesos es simplemente desvirtuar la presunción mediante la cual la filiación paterna fue impuesta al menor. c) Impugnación de Reconocimiento por Falsedad. Ahora bien, cuando el hijo es extramatrimonial pero sí ostenta filiación paterna por reconocimiento, el proceso para remover esa filiación se denomina “Impugnación de Reconocimiento”. En este proceso no se pretende desvirtuar una presunción, pues ésta presunción ni siquiera existe. La impugnación puede fundamentarse en dos aspectos: En la falsedad del reconocimiento o en el error que existió a la hora de hacer el reconocimiento. La falsedad consiste sencillamente en la falta de correspondencia que existe entre la verdad biológica y la registral. Pero, como el reconocimiento es irrevocable (artículo 87 del Código de Familia), la persona

que reconoció no puede invocar la falsedad. Él sabe que el menor no es su hijo y aún así lo reconoció. Por paridad de razón, si la madre consintió a sabiendas de que la persona que lo reconoció no es el padre del niño, ella tampoco puede invocar la falsedad. En criterio de este Tribunal, no es posible interpretar que la madre que consintió en que un hombre que no era el padre del niño lo reconociera como su hijo, pueda luego representar a su hijo en un proceso de impugnación de reconocimiento por falsedad, pues si así fuera y en aplicación del principio de igualdad, tampoco podría negarse al padre que reconoció al niño a sabiendas que no es su hijo, que presente la demanda con el argumento que no lo hace en su condición personal, sino en representación del menor. Debe recordarse que en voto 1975-94, la Sala Constitucional indicó que si el reconocimiento es voluntario y la madre consiente, el padre ejerce de pleno derecho la patria potestad sobre su hijo. De admitirse esta posibilidad, se estaría desconociendo la irrevocabilidad del reconocimiento. La impugnación de reconocimiento cuando se invoca la falsedad puede ser presentada entonces por el propio reconocido cuando adquiera la mayoría de edad. Si el reconocido fuera menor de edad, podría ser representado por el Patronato Nacional de la Infancia, de acuerdo a lo dispuesto por el inciso L) del artículo 4 de su Ley Orgánica, o bien por un curador procesal, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 260 del Código Procesal Civil, pues en estos casos es evidente el conflicto de intereses que habría entre el menor y el padre que lo reconoció y la madre que consintió en ese reconocimiento. También podría ser presentada la demanda por parte de un tercero interesado, como podría ser el padre biológico de la criatura. d) Impugnación de Reconocimiento por Error. El otro motivo por el que se puede impugnar el reconocimiento es cuando se invoca el error. El error no es decir “Me equivoqué, cometí un error al reconocer un hijo que no es mío.” El error es un vicio de voluntad. Un sujeto que cree válidamente que el niño es su hijo y por ello reconoce, pero luego se entera que él podría no ser el padre. e) Impugnación de Paternidad Declarada Administrativamente. Cuando la paternidad se asigna como producto de la incomparecencia del presunto padre en el proceso administrativo, él puede presentar un proceso judicial para removerla. **V.** En este proceso, debe destacarse dos aspectos: 1. La señora Felipa Floribeth González González otorgó su consentimiento para que el señor Denis Armando Navarro Arias reconociera como hija suya a la niña J.S.N.G; y, 2. Desde que fue reconocida, el señor Navarro Arias se ha comportado como un verdadero padre con J.S. El primer aspecto es relevante porque tal como se indicó en el Considerando precedente, doña Felipa Floribeth no puede impugnar ahora un reconocimiento cuando ella estuvo de acuerdo en que se realizara, a sabiendas de que don Denis Armando no era el progenitor biológico de la chica. El segundo aspecto es todavía más importante: Don Denis Armando se ha comportado como un verdadero progenitor, ha tratado a J.S. como su hija y la ha identificado como tal, configurándose así la posesión notoria de estado. La posesión notoria de estado no es un concepto biológico, es un concepto jurídico que se encuentra debidamente tutelado en nuestra

legislación. Obsérvese, por ejemplo, que una declaratoria de extramatrimonialidad no se puede acoger si el hijo ha estado en posesión notoria de estado (Artículo 71 del Código de Familia); o bien, que una impugnación de paternidad resulta caduca si, habiendo estado el hijo bajo posesión notoria de estado, la demanda se presenta después del año siguiente a que el padre registral se entera que no es el padre biológico. (Artículo 73) El Título II del Código de Familia dedica varias normas a la definición y a la protección de la filiación adquirida mediante posesión notoria de estado. En el artículo 92 se establece que la calidad de padre o madre se puede establecer mediante la posesión notoria de estado del hijo por parte del presunto padre o madre, o por cualquier otro medio de prueba; en los numerales 80 y 93 se define a la posesión notoria de estado y en los artículos 90 y 99 se protege la filiación adquirida por esta vía al señalar de forma contundente que “no se admitirá ningún reconocimiento cuando el hijo tenga ya una filiación establecida por la posesión notoria de estado” y que “no se admitirá la acción de investigación cuando el hijo tenga una filiación establecida por la posesión notoria de estado.”

**VI.** En la sentencia recurrida, el señor Juez de primera instancia otorgó especial importancia a la posesión notoria de estado indicando que “[...] las manifestaciones de Paula González hermana de la actora y principalmente de la misma J.S, claramente dejan ver que desde que la jovencita J. fue reconocida por el codemandado DENIS NAVARRO, este ha asumido con responsabilidad y cariño su paternidad, ejerciendo plenamente y aún en la actualidad los atributos de nombre, trato y fama que conlleva la Posesión Notoria de Estado; incluso conforma una familia con J, dos hermanos más y la misma actora. Añadiendo la persona menor de edad involucrada que DENNIS es la persona a quien identifica y trata como su padre, siendo este Proceso de Filiación una iniciativa de su madre para lograr una pensión alimentaria a su favor y a cargo de MARCO VINICIO, toda vez que ella se encuentra estudiando en el Colegio.” Las apreciaciones del Juzgador son correctas, responden tanto al material probatorio evacuado y además encuentran respaldo en las normas sustantivas que desarrollan la temática de la filiación. Incluso puede señalarse que, a tenor de lo establecido por el artículo 8.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, J.S. tiene derecho de preservar la identidad que ha ostentado desde que fue reconocida por el señor Navarro Arias, incluyendo su nombre “J.S.N.G.” y las relaciones familiares que ha desarrollado no solo con don Dennis, sino también con toda su familia paterna.”

## 5. La Autoridad Parental del Hijo Extramatrimonial

[Tribunal de Familia]<sup>viii</sup>

Voto de mayoría

"VI. El tema de la *patria potestad del hijo extramatrimonial* vale la pena profundizarlo puesto que ha tenido una evolutiva en la última década del siglo pasado y en los años que llevamos del presente. *Cinco variables* normativas han de ser expuestas en cuanto a la patria potestad del hijo habido fuera del matrimonio y de las mismas sacaremos cinco previsas y *dos corolarios* del tema. La primera variable normativa es el punto de partida, a saber el artículo 155 del Código de Familia, antes 142. Así de sencillo era el punto en 1994. La segunda variable normativa, es el voto 1975-94 de la Sala Constitucional. Aquí inicia el viraje. El tercer factor normativo que ha de plantearse es la reforma que se hiciera en 1995 al reconocimiento de personas, introduciendo en el acto de voluntad del varón, el requisito del asentimiento de la madre de la persona a reconocer. El cuarto punto a tomar en cuenta, es la reforma que hiciera la Ley de Paternidad Responsable al artículo 156 del Código de Familia. Aquí debe quedar claro que la redacción es casi la misma, introduciendo solamente la incidencia del trámite administrativo, detalle que tiene su interés en la materia. La quinta variable es el voto 2001-2050 de la Sala Constitucional, que da una lectura, previa a la aprobación de la Ley de Paternidad Responsable, en cuanto al numeral 156 del Código de Familia. Desarrollemos esas cinco variables e infiramos las cinco premisas del tema y sus dos corolarios: *A. ARTICULO 155 DEL CODIGO DE FAMILIA*: El artículo 155 del Código de Familia, que antes de la reforma integral en el capítulo de adopción y abandono de personas que sufriera el Código de Familia era el número 142, es el punto de partida de esta exposición. Del mismo extraemos la primera premisa del tema, según consignamos luego de la respectiva cita del artículo que nos interesa: "ARTICULO 155.- La madre, aún cuando fuere menor, 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." *PRIMERA PREMISA DEL TEMA*: Madre aunque sea menor ejerce patria potestad de hijo habido fuera del matrimonio. *B. Voto 1975-94 Sala Constitucional*: El voto 1975-94 de la Sala Constitucional dictado a las quince horas con treinta y nueve minutos del veintiséis de abril de mil novecientos noventa y cuatro, cuya parte dispositiva fue adicionada por voto 3277-00 dictado a las diecisiete horas dieciocho minutos del quince de abril del 2000, es el que plantea una primera variable, que resulta fundamental en la actualidad. Seleccionamos el "considerando IX" para su exposición pues resulta más claro que la parte dispositiva que fue objeto de adición: "...Por lo dicho, la parte dispositiva de esta sentencia no puede dictarse en términos absolutos. El párrafo impugnado es inconstitucional

únicamente si, ligado al primero, impone una limitación en cuarto al ejercicio de la patria potestad, al padre de hijo extramatrimonial, dejando a casos excepcionales un ejercicio compartido, porque la jurisprudencia habida en esta materia lleva a que prácticamente solo se conceda tal ejercicio compartido a situaciones en que hay una vida en familia de los padres. Pero, por otra parte, el párrafo segundo no es inconstitucional para casos en donde el reconocimiento de extramatrimonial se ha operado sin el consentimiento de la madre, es decir, unilateralmente. Si en la normativa del Registro Civil hubiera un mecanismo por el que la madre del menor –o quien ejerza su representación- fuera notificada del reconocimiento operado, tal vez la situación se clarificaría más rápidamente. Pero en el estado actual de cosas, en tratándose de quien se afirma padre, por motivos prácticos no queda más que aceptar el párrafo segundo del artículo 142 del Código de Familia en su literalidad. De lo contrario, se obligaría a la madre o representante del reconocido a accionar para impugnar ese reconocimiento lo que parece razonable. Además, en los casos en que la madre no acceda a prestar su consentimiento, de modo injustificado, quien se dice padre tiene a su alcance la jurisdicción, a fin de demostrar plenariamente su condición de tal. Esta sentencia, pues independientemente de que se articule diferente en la parte dispositiva, dada la petitoria de la acción, debe establecer con toda claridad: 1.- que el párrafo primero del artículo 142 (ahora 155) del Código de Familia no es inconstitucional, en tanto que la patria potestad del hijo extramatrimonial le corresponde a la madre, cuando se desconozca –jurídicamente- quién es el padre; 2.- que el párrafo segundo de la citada norma es inconstitucional, en cuanto de pleno derecho niega la patria potestad al padre de un hijo extramatrimonial, independientemente de las circunstancias, dejando el otorgamiento de ese derecho a una declaratoria del juez “en casos especiales a juicio suyo” y “atendiendo al interés superior de los menores”. Este artículo sería inconstitucional, en tanto se refiera a una situación de reconocimiento unilateral de hijo extramatrimonial, pues no obstante que el Registro Civil anote esa circunstancia en el asiento de nacimiento del menor, y surta ciertos efectos jurídicos, se trata únicamente de la manifestación del padre, sin el consentimiento de la madre o quien ejerza la representación del menor. Hay, en resumen, un condicionamiento y una íntima conexión entre el párrafo primero y segundo del artículo 142 del Código de Familia que no puede llevar sino a una declaratoria de principio y distinta para cada uno de ellos...” De esta variable debemos tener como cierto, y como base de este tópico lo siguiente: *SEGUNDA PREMISA DEL TEMA*: Si padre reconoce a persona menor de edad con el consentimiento de la madre, de pleno derecho, ejerce la patria potestad. *C. Reforma a Artículo 84 Código de Familia*: Coincidiendo con el voto anteriormente expuesto, la Asamblea Legislativa, modifica el artículo 84 del Código de Familia, introduciendo como requisito de los reconocimientos, que la persona que quiere hacer un reconocimiento debe contar con el asentimiento de la madre de la persona a reconocer. La reforma se dio por Ley 7538 del 22 de agosto de 1995. El texto reformado y vigente es el siguiente: “ARTICULO 84.-

Reconocimiento mediante trámite regular. Podrán ser reconocidos por sus padres todos los hijos habidos fuera del matrimonio, cuya paternidad no conste en el Registro Civil; igualmente, los hijos por nacer y los hijos muertos. El reconocimiento deberá efectuarse ante el Registro Civil, el Patronato Nacional de la Infancia o un notario público siempre que ambos padres comparezcan personalmente o haya mediado consentimiento expreso de la madre. El notario público deberá remitir el acta respectiva al Registro Civil dentro de los ocho días hábiles siguientes.” De esta variable en nuestro ordenamiento, hemos de tener por cierto, y como fundamento actual del asunto, lo siguiente: *TERCERA PREMISA DEL TEMA*: Todos los hijos extramatrimoniales reconocidos por sus padres, a partir de la vigencia de esta reforma de 1995, están sujetos a la patria potestad de dicho padre, puesto que por ley deben contar con el asentimiento de la madre. *D. Reforma a Artículo 156 del Código de Familia*: El artículo 156 del Código de Familia fue reformado por la Ley de Paternidad Responsable, manteniendo sus postulados básicos, pero agregando el supuesto de la negativa en el trámite administrativo ante el Registro Civil: "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."

De este artículo con su variación debemos tener por cierto, lo que de seguido se expone: *CUARTA PREMISA DEL TEMA*: Padre que niega su paternidad y hace necesario trámite administrativo o judicial de filiación, no ejerce la patria potestad.. *E. Voto 2001-2050 Sala Constitucional*: El Voto 2001-02050 de la Sala Constitucional dictado a la quince horas con cincuenta y cuatro minutos del catorce de marzo del dos mil uno, ante consulta legislativa facultativa de constitucionalidad formulada por los diputados Otto Guevara Guth, Rafael Arias Fallas, Luis Fishman, Guido Vargas, Oscar Campos, Juvén Cambroner, Daniel Gallardo, Alvaro Torres, Carlos Villalobos, Jorge Luis Villanueva Badilla, Carlos Vargas Pagán y Ricardo Sancho Chavarría, respecto del proyecto de "Ley de Paternidad Responsable", que se tramitó bajo el expediente legislativo número 14.064, consideró 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 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...” De este desarrollo tendríamos como posibles fundamentos de la cuestión que tratamos, los siguientes: *QUINTA PREMISA DEL TEMA*: la Sala entiende que la negativa 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. Son los casos en que no queda otra alternativa que hacer la declaratoria administrativamente (desde luego incluye el supuesto de que no asiste a prueba de ADN). Ahora bien como corolarios de lo dicho, a contrario sensu, podríamos derivar también que: *COROLARIO UNO*: En caso de que reconocimiento se haya hecho unilateralmente, es decir, sin consentimiento de la madre, padre no ejerce patria potestad. *COROLARIO DOS*: En el caso en que el padre haya reconocido unilateralmente al hijo, o en el caso de que no ejerza la patria potestad porque medió negativa, puede pedir al tribunal en la vía correspondiente que lo autorice a ejercer patria potestad de conformidad con reservas de artículos 155 y 156.-

En nuestro caso, como ya habíamos dicho, es correcta la decisión si se analiza lo que se observa en el proceso, es decir, se desprende una actitud negativa del accionado. A folio 14 el apoderado del accionado contesta la demanda en términos muy imprecisos, haciendo alusión a la no constancia de algunos de los hechos y pide la prueba de ADN. Pide la prueba de ADN, y ya sabemos lo que ocurrió en las dos convocatorias que se hicieron al efecto, en una hubo una confusión que según el informe el demandado aprovechó para irse pese a que se le dijo que regresara, y en la segunda, sencillamente no asistió, de lo que se desprende una actitud de poca colaboración con la búsqueda de la verdad real y de poco compromiso ante la posibilidad de que la persona menor de edad sea su hijo. Esa actitud no puede conllevar el otorgamiento del ejercicio de la patria potestad. Por ello la decisión debe confirmarse."

## 6. Exclusión de la Autoridad Parental en Caso del Hijo Extramatrimonial

[Tribunal de Familia]<sup>ix</sup>

Voto de mayoría

"II. La resolución recurrida, es la sentencia que dispone que el señor Álvaro Antonio Monge Porras es el padre de las personas menores de edad K.T. y K.G. ambas T.D, y que éste NO ejercerá sobre las mismas la Patria Potestad, la que corresponderá en forma exclusiva a la actora, por lo que el accionado plantea recurso de apelación, siendo que los motivos de disconformidad son que desde que se enteró del presente proceso y antes de que se le notificara se presentó a estrados a ponerse a disposición de la autoridad Judicial a fin de que el asunto fuera lo más rápido posible. Que notificado del asunto dio contestación a la misma aceptando los hechos que la actora indicaba, pero explicando el porqué no tenían sus apellidos. Que se presentó a la Medicatura en dos ocasiones, porque a la primera la actora no fue. Que en ningún momento ha evadido la responsabilidad como padre y siempre ha estado pendiente del cuidado y alimentación de sus hijas. Que desde que sus hijas nacieron él intentó darles su apellido, y la actora se había negado, incluso nunca se opuso al proceso, que su deseo era que las niñas llevaran su apellido como debe de ser. Que su disconformidad consiste en que no es posible que siendo él el más interesado en que el proceso se llevara, porque él no podía hacer nada sin el consentimiento de la actora, ahora se le niega el derecho de ejercer la Patria Potestad sobre sus hijas. Que la historia la ha manejado la actora a su antojo, primero no permitiéndole darle el apellido a sus hijas voluntariamente, cosa que intentó desde que nacieron, y va a poder hacerlo hasta que ella se le antoje haciéndolo por la vía que ella quiso, logrando un propósito que siempre buscó, lo cual era que perdiera la patria potestad. Solicitó se le permitiese ejercer la Patria Potestad sobre sus hijas K.T. y K.G, con las cuales tiene desde que nacieron una relación de padre e hijas y que en lo sucesivo llevarán sus apellidos.

III. Sobre ese agravio es de resaltar, que esta imposición deviene precisamente en lo preceptuado por el numeral 156 del Código de Familia. En el Título III del Código de Familia, se regula lo tocante a la autoridad parental o patria potestad, figura jurídica que designa el conjunto de derechos y obligaciones del padre y de la madre respecto de sus hijos o hijas. En este sentido, el artículo 140 del citado Código, establece que: Autoridad parental y patria potestad. Compete a los padres regir a los hijos, protegerlos, administrar sus bienes y representarlos legalmente...", y en el numeral 143 siguiente se estipula que: " Autoridad Parental y representación. Derechos y deberes: La autoridad parental confiere los derechos e impone los deberes de educar, guardar, vigilar y, en forma moderada, corregir al hijo. Así mismo faculta para pedir al tribunal que autorice la adopción de medidas necesarias para coadyuvar a la

orientación del menor, las cuales pueden incluir su internamiento en un establecimiento adecuado, por un tiempo prudencial. Igual disposición se aplicará a los menores de edad en estado de abandono, o riesgo social o que no estén sujetos a la patria potestad, en cuyo caso la solicitud podrá hacerla el Patronato Nacional de la Infancia. El internamiento se prolongará hasta tanto el tribunal no decida lo contrario, previa realización de los estudios periciales que se requieran para esos efectos, los cuales deberán ser rendidos en un plazo contado a partir del internamiento " **(así reformado por la Ley No. 8409, publicada en la Gaceta No. 91 del 11 de mayo del 2004)**. Por eso, se ha indicado que la autoridad parental es en sí un derecho-función. Es un conjunto de derechos y deberes. Si la autoridad es, para los padres, fuente de prerrogativas (establece una jerarquía, una subordinación, un derecho de dirección, un derecho de dar órdenes), el poder se desdobra en obligaciones: está al servicio del menor. Los derechos deben ser ejercidos en interés del menor. El derecho de los padres está ordenado al bien el menor, como conjunto de derechos y deberes que connota el ordenamiento Internacional, sea la Convención sobre los Derechos del Niño, y la normativa nacional, sea el Código de la Niñez y la Adolescencia.

**IV.** En relación a los hijos habidos dentro del matrimonio, según lo dispone el numeral 151 del Código en rito, el padre y la madre ejercerán, con iguales derechos y deberes la autoridad parental, sin embargo la solución es distinta cuando se trata de hijos concebidos fuera del matrimonio, que para el reconocimiento fue necesario un proceso de investigación de Paternidad. En este supuesto, el artículo 155 ibidem, preceptúa que: " Patria Potestad. Hijos menores habidos fuera del matrimonio. La madre, aún cuando fuere menor ejercerá la patria potestad sobre los hijos habidos fuera de matrimonio y tendrá plena personería jurídica para esos efectos. (párrafo primero), y el párrafo segundo fue declarado inconstitucional mediante Voto No. 1975-95. La interpretación que dio el más alto tribunal constitucional a dicha norma (comprendiendo que ese numeral 142, que se anota, es el que ahora corresponde al 155 del Código de Familia), y que originó la inconstitucionalidad de ese párrafo segundo, fue entre otras que: " **...V Con fundamento en el marco teórico y normativo expresado y atendiendo la problemática de la acción, tenemos que ésta se dirige a determinar, si el párrafo segundo del artículo 142 del Código de Familia, contiene roces con los numerales 33 y 53 de la Constitución, al negarse de principio la patria potestad a los padres (de hijos) extramatrimoniales, la cual se puede atribuir en forma compartida con la madre, en casos especiales. Delimitándose el presente estudio al supuesto citado, y no a otras situaciones disímiles como lo sería los efectos de una investigación de paternidad o una adopción, lo cual no está en discusión. Así, pues, se hace necesaria la transcripción total de la norma: " ARTICULO 142: La madre aún cuando fuere menor, ejercerá la patria potestad sobre los hijos habidos fuera de 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 negrita no es del texto). El párrafo primero del artículo cuestionado, establece la clara intención del legislador de proteger los intereses de la madre en una relación extramatrimonial, pues según la práctica común en nuestro país, sus hijos generalmente quedan bajo su exclusiva custodia. De allí, la necesidad de que sean las madres, quienes en los casos en que sus hijos no sean reconocidos, ejerzan primariamente la patria potestad, debido a que en un inicio al menos se desconozca la identidad paterna. Por su parte, el párrafo segundo contempla la facultad de los tribunales comunes, ya sea a petición de parte o del Patronato Nacional de la Infancia, de otorgar la patria potestad también al padre. Como ya se indicó esa nota de "excepcionalidad" con que se permite el ejercicio de la patria potestad al padre extramatrimonial, es inconstitucional. Y no está de más agregar en esta línea de pensamiento, que si del interés del menor se trata, pues de debe utilizar la regla que establece del Código de Familia para otros casos, esto es, que a quien le corresponda, deberá accionar judicialmente para modificar la patria potestad. La misma legislación fundamental, va encaminada no sólo a proteger la unión familiar, no importando si media una forma legal o no, sin que partiendo de la igualdad existente entre los padres, matrimoniales o no - artículo 53 de la Constitución Política, lo procedente es determinar que en el párrafo analizado, la norma hace una distinción innecesaria entre el padre y la madre de hijos extramatrimoniales. Debe agregarse sobre este tema y como una matización que adelante se desarrolla, que no en todos los casos de hijos extramatrimoniales reconocidos, puede entenderse que el padre tenga los plenos derechos que de principio otorga la legislación familiar al padre matrimonial. Y, como se indicó supra, corresponderá más bien a la madre, si el interés del menor se viera amenazado o lesionado, accionar para que el Juez, a la luz de los hechos y la correspondiente prueba, como sanción, retire al padre los derechos de tal. Es obvio entonces, que se impone una inversión de los términos que en este momento consagra el párrafo segundo analizado. Porque de lo contrario, se seguirá en el círculo vicioso que consagra la norma, desde que otorga todos los derechos a la madre extramatrimonial, y cuando el padre trata de que el juez disponga el ejercicio conjunto, se dirá que no hay afecto del padre hacia el hijo, o que el inicio de la "nueva" relación podría causar daño psicológico al menor, etc. Este círculo vicioso se origina en que la norma parte de una regulación al revés de lo que naturalmente corresponde, ya que el padre, en todo caso, deberá gozar, jurídicamente, de los derechos de tal. Y solamente que no asuma su papel, o lo haga con daño para el menor hijo, entonces la madre puede accionar para que se dé una sentencia que varíe la situación. VI.-Ahora bien: si se trata de un reconocimiento con el consentimiento de la madre, en acto único o en actos separados, obviamente que se aplicaría plenamente lo consignado en el considerando anterior. Pero, si ese reconocimiento del padre se hace en forma unilateral, dada la forma en que tales

reconocimientos se inscriben en el Registro, valga decir, sin que siquiera se comunique a la madre de la presentación del documento, no podríamos arribar a aquella conclusión. En los casos de reconocimiento unilateral, dado que no hay situación cierta -salvo por la aislada manifestación de quien se dice padre-, el párrafo segundo debe tenerse como legítimo, es decir como constitucionalmente válido. Y no nos referimos tampoco a otras situaciones, como la del padre o quien se declara tal contra su voluntad, sea en proceso promovido por el hijo o su representante, en que hay una sanción de no goce de sus derechos de tal, ya que se trata de situaciones razonables y perfectamente compatibles desde el punto de vista constitucional..."

. El artículo 156 del Código de Familia connota que: " **No ejercerá la patria potestad el padre o la madre cuya negativa a reconocer el hijo haya hecho necesaria la declaración judicial de filiación, salvo que, posteriormente, el Tribunal decida lo contrario de acuerdo con la conveniencia de los hijos.** " Armonizado con lo anterior tenemos que Sala Constitucional en su Voto **No. 2001-2050**, que es la Consulta Legislativa facultativa de Constitucionalidad formulada por los diputados Otto Guevara y otros, respecto del proyecto de " Ley de Paternidad Responsable " se pronunciara en lo que interesa y en lo conducente, en el considerando

**VIII. Sobre la exclusión para ejercer la patria potestad "....: el ordenamiento no le niega ni le impide ejercer de forma voluntaria un derecho que legítimamente le puede corresponder, es el sujeto 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 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 a 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...."**

**V.** Ahora bien, la guarda, crianza y educación son atributos esenciales de la patria potestad, sin los cuales resultaría casi vacía. Los poderes-deberes de cuidar al menor I.J., de tenerlo en su compañía (guarda), proporcionarle los alimentos y los estímulos físicos para su adecuado desarrollo (crianza), y prepararlo para su vida (educación), son inherentes a los dos progenitores, **en un estadio normal, regular (reconocer como**

**suyo a un hijo, sin que sea necesario una declaratoria forzosa, sea con un veredicto judicial).** Si en el caso en estudio, la paternidad respecto a las menores K. T.y K.G. fue impuesta forzosamente producto de este litigio, por disposición legal, queda excluido del ejercicio de la patria potestad, aunque no en forma definitiva. Es evidente entonces que la paternidad logró establecerse no por iniciativa del demandado sino por la gestión establecida por la madre de las personas menores de edad. Por ello con arreglo a lo que viene dicho, con base a la citas de Jurisprudencia anotada de la Sala Constitucional, el Voto No. 2004-825 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, de las diez horas treinta y cinco minutos del veintinueve de septiembre del dos mil cuatro, que se puede consultar al respecto, se confirma la sentencia apelada en el extremo combatido."

**ADVERTENCIA:** El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

---

<sup>i</sup> ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 5476 del veintiuno de diciembre de mil novecientos setenta y tres. **Código de Familia**. Vigente desde: 05/08/1974. Versión de la norma 24 de 24 del 26/10/2012. Publicada en: Gaceta N° 24 del 05/02/1974. Alcance 20. y en Colección de leyes y decretos año: 1973. Semestre 2. Tomo 4. Página 1816.

<sup>ii</sup> MIRANDA FONSECA; J.H. y SEGURA RUIZ; R.E. (1998). **Implicación de las Nuevas Regulaciones en Materia de Autoridad Parental**. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, Facultad de Derecho. San Pedro de Montes de Oca, San José, Costa Rica. Pp 292-293.

---

<sup>iii</sup> SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1975 de las quince horas con treinta y nueve minutos del veintiséis de abril de mil novecientos noventa y cuatro. Expediente: 91-001832-0007-CO.

<sup>iv</sup> SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 3277 de las diecisiete horas con dieciocho minutos del quince de abril del dos mil. Expediente: 91-001832-0007-CO.

<sup>v</sup> TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia 1620 de las nueve horas con diez minutos del veinticuatro de noviembre de dos mil diez. Expediente: 06-001531-0292-FA.

<sup>vi</sup> TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia 517 de las once horas con veinticinco minutos de ocho de agosto de dos mil siete. Expediente: 03-002278-0165-FA.

<sup>vii</sup> TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia 1870 de las ocho horas con veinte minutos del seis de diciembre de dos mil cinco. Expediente: 04-400242-0196-FA.

<sup>viii</sup> TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia 420 de las diez horas con cuarenta minutos del catorce de abril de dos mil cinco. Expediente: 04-400207-0687-FA.

<sup>ix</sup> TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia 2218 de las diez horas con cincuenta minutos del catorce de diciembre de dos mil cuatro. Expediente: 03-400350-0421-FA.