

	1
1. INTRODUCCIÓN	5
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	7
1.2. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA.	7
1.3. EL PROBLEMA Y SU IMPORTANCIA.....	8
2. PROCEDIMIENTO METODOLÓGICO.....	11
2.1. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN	11
2.2. OBJETIVOS.....	13
2.2.1. <i>OBJETIVO GENERAL</i>	13
2.2.2. <i>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</i>	14
2.3. ALCANCES Y LIMITACIONES	14
2.3.1. <i>ALCANCES</i>	14
2.3.2. <i>LIMITACIONES</i>	15

CAPÍTULO PRIMERO

LA FAMILIA

1. LA FAMILIA	16
1.1. CONCEPTO	16
1.2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA	18
1.2.1. <i>La familia primitiva</i>	18
1.2.2. <i>La familia en Grecia y Roma antigua</i>	22
1.2.3. <i>La familia germánica</i>	24
1.2.4. <i>La familia medieval</i>	24
1.2.5. <i>La familia en el Renacimiento y la Ilustración</i>	25
1.2.6. <i>La Familia en el Código Napoleón, hasta finales del Siglo XVIII</i>	26
1.2.7. <i>La familia moderna</i>	27
1.3. LA FAMILIA COSTARRICENSE, ASPECTOS LEGALES Y CONSTITUCIONALES	28
2. LA FILIACIÓN.....	41
2.1. CONCEPTO	41

2.2. CLASES	43
2.2.1. <i>La Filiación Adoptiva</i>	44
2.2.1.1. <i>Concepto</i>	44
2.2.1.2. <i>Referencia histórica</i>	44
2.2.1.3. <i>La adopción en Costa Rica</i>	47
2.3. CONTENIDO DE LA RELACIÓN PATERNO-FILIAL.....	51
2.3.1. <i>Apellidos</i>	51
2.3.2. <i>Vela y alimentos</i>	53
2.3.3. <i>Relación personal</i>	54
2.3.4. <i>Derechos sucesorios</i>	54
2.3.5. <i>Otros</i>	56
3. LA PATERNIDAD.....	57
3.1. LA MATERNIDAD.....	59
3.2. LA PATERNIDAD EN SENTIDO PROPIO	61

CAPÍTULO SEGUNDO

LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD DEL HIJO MATRIMONIAL

1. LA FILIACIÓN MATRIMONIAL	64
1.1. CONCEPTO	64
1.2. REFERENCIA HISTÓRICA	64
1.3. MEDIOS DE DETERMINACIÓN.....	69
2. LA PRESUNCIÓN DE FILIACIÓN MATRIMONIAL	70
2.1. LA PRESUNCIÓN DE FILIACIÓN LEGÍTIMA	70
2.2. LA PRESUNCIÓN DE FILIACIÓN LEGITIMABLE	74
3. ACCIONES DE FILIACIÓN MATRIMONIAL	76
3.1. LA VINDICACIÓN	76
3.2. LA IMPUGNACIÓN.....	77

CAPÍTULO TERCERO

LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD DEL HIJO HABIDO FUERA DEL MATRIMONIO

1. LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.....	81
1.1. CONCEPTO	81
1.2. REFERENCIA HISTÓRICA	81
1.3. MEDIOS DE DETERMINACIÓN.....	88
2. EL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO.....	89
2.1. CONCEPTO	89
2.2. NATURALEZA JURÍDICA	91
2.3. CARACTERES DEL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO	92
2.4. REGULACIÓN EN EL CÓDIGO DE FAMILIA	95
3. EL RECONOCIMIENTO FORZOSO O JUDICIAL	98
3.1. LAS ACCIONES DE FILIACIÓN: LA INVESTIGACIÓN DE PATERNIDAD O DE MATERNIDAD	101
3.2. SUPUESTOS	102
3.2.1. Filiación manifestada por la posesión notoria de estado.....	102
3.2.2. Reclamación sin posesión notoria de estado.....	104
4. LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL.....	109
4.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS: <i>CREDITUR VIRGINI PREGNANTI</i>	109
4.2. EL ARTÍCULO 68 DEL CÓDIGO DE FAMILIA CUBANO	110
4.3. EL ARTÍCULO 92 DEL CÓDIGO DE FAMILIA COSTARRICENSE.....	113

CAPITULO CUATRO

EL PROCESO MONITORIO

1. ESTRUCTURA DEL PROCESO MONITORIO	119
1.1. CONCEPTO DE PROCESO CON INVERSIÓN DE LA INICIATIVA DEL CONTRADICTORIO	121
1.2. RESUMEN DE LA ESTRUCTURA	122

2. TIPOS DE PROCESOS MONITORIOS.....	124
2.1. EL MONITORIO PURO	125
2.2. EL MONITORIO DOCUMENTAL	127
3. EL PROCESO MONITORIO EN COSTA RICA	129
4. PROPUESTA PARA LA CREACIÓN DE UN PROCESO ESPECIAL DE ESTRUCTURA MONITORIA PARA LAS ACCIONES DE FILIACIÓN	141
CAPÍTULO QUINTO	
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	
1. CONCLUSIONES	152
2. RECOMENDACIONES	156
BIBLIOGRAFÍA.....	162

1. INTRODUCCIÓN

El acto de crianza paterna, es un elemento fundamental para el desarrollo de toda persona; hasta mediados de este siglo el hombre jugaba en la sociedad, un papel autoritario y de sostén económico.

Al dejar un hombre de lado su responsabilidad de velar por el bienestar de sus hijos e hijas, los está privando de su afecto, de su apoyo para satisfacer las necesidades materiales y espirituales. Por eso es necesario hacer valer la responsabilidad de sus progenitores, porque son muchas y muy duras las experiencias de aquellos y aquellas que crecieron sin conocer el amor y el apoyo de sus padres biológicos.

Ser padre es ofrecer amor, compañía, seguridad y educación a los hijos e hijas, es responder a la necesidad de contar con un ejemplo y un modelo masculino de quién aprender, es enseñar valores y contribuir a formar familias sólidas y estables que sustenten la sociedad.

La protección integral de la niñez y la adolescencia ha sido una preocupación constante del Estado costarricense y ha incluido esfuerzos legislativos, tanto en el nivel constitucional y legal, como en el marco supranacional regulado mediante Convenciones Internacionales. El hacer posible que toda persona menor de edad tenga una filiación establecida es parte de estas obligaciones morales asumidas por el Estado.

Vale destacar que uno de los sectores de población donde es más agudo el problema es en el de las madres adolescentes, ya que deben abandonar su proceso educativo y dedicarse a actividades donde no tienen ingresos propios o independencia económica.

La paternidad responsable es aquella que tienen los padres de cumplir con todos los goces y las responsabilidades en la crianza y educación de sus hijos e hijas. Ello trasciende el reconocimiento de su paternidad mediante la acción de la prueba de filiación o la garantía del sustento económico. Se trata de brindarles además todos los recursos materiales, el tiempo necesario para compartir, disfrutar, comunicarse; para que sus hijos e hijas tengan la oportunidad de desarrollarse física, mental, emocional y socialmente en condiciones óptimas de igualdad y de equidad.

El propósito de este trabajo de investigación es el de motivar al Estado a efecto de que se hagan las reformas necesarias mediante las cuales se establezca y se le imponga responsabilidad en igual medida y forma que a la madre, al hombre que proporcione un dato falso para evadir su responsabilidad, ya que existe la posibilidad dentro de la ley de que el hombre niegue la paternidad que se le atribuye, pero en caso de someterse a la prueba de marcadores genéticos y que se compruebe efectivamente esa paternidad, el hombre no tiene ninguna consecuencia legal por esto.

Igualmente se propone la inclusión dentro de la normativa legal de una nueva presunción, para los efectos de la paternidad del hijo

extramatrimonial no concebido dentro de los supuestos amparados por el artículo 92 del Código de Familia.

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La Ley de Paternidad Responsable, establece la reforma de los artículos 96 y 156 del Código de Familia, así mismo la creación del artículo 98 bis del Código de Familia, reforma también, los artículos 54 y 112 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil, adicionando el artículo 54 bis, así como han sido adicionados los incisos g) y h) al artículo 172 del Código de la Niñez y de la Adolescencia, impulsa a las instituciones públicas a promover la paternidad responsable, de acuerdo a sus competencias específicas y por último establece la derogación de los incisos 2) y 3) del artículo 420 del Código Procesal Civil. Las reformas hechas, aducen romper con el atraso del proceso civil y acelerar esos procesos, sobre todo porque están comprometidos los derechos fundamentales de las personas.

1.2. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA.

El fomento de la paternidad responsable, se sustenta en la premisa de que la atención, la protección y, en general, el proceso de crianza de todo niño o niña, son labores y responsabilidades compartidas entre el padre y la madre. En este sentido, la paternidad se constituye en una función social básica para garantizar la satisfacción de necesidades económicas y materiales del niño o la niña -alimento, vestido, educación, salud, entre otros-

, y la satisfacción de necesidades afectivas y emocionales -amor, ternura, comprensión, respeto, entre otros-, a fin de asegurar su desarrollo integral.

Los datos que ofrece el desenvolvimiento de la sociedad en los últimos años son la declinación de la familia patriarcal, el decaimiento de patrimonio familiar y el cambio de actitud hacía el hijo. En nuestro país, se evidencia, un aumento progresivo en el número de nacimientos fuera del matrimonio y que al momento de su inscripción no se registra el nombre de sus padres. En ese sentido se indica que, durante el primer semestre del 2000, nacieron 37.166 niños en el país, el 53,1 por ciento (19.741) se concibieron fuera de matrimonio, 11.746 de estos 19.741 niños no tienen padre declarado. De los 78.526 nacimientos reportados en 1999, un 51.5 por ciento corresponde a niñas y niños procreados fuera del matrimonio. De estos, se registran 23.845 nacimientos de padre no declarado, es decir, niñas y niños que sólo llevan los apellidos de la madre, de los cuales 16.041 nacimientos, corresponden a hijas e hijos de mujeres menores de 19 años, lo cual pone, evidencian la situación de desprotección de miles de niñas, niños y mujeres, frente a lo cual es necesario encontrar soluciones integrales y permanentes.

1.3. EL PROBLEMA Y SU IMPORTANCIA

En Costa Rica el problema de padres legalmente desconocidos y consecuentemente el abandono de responsabilidades paternas, es alarmante y son una muestra de lo que está sucediendo en la sociedad costarricense

sobre la violación de los derechos de los niños y niñas, lo que los ubica en una condición de vulnerabilidad muy riesgosa.

Algunas mujeres emprendían el difícil camino de un proceso de reconocimiento de paternidad. Ello conllevaba a un trámite excesivamente engorroso y burocrático, razón por la cual la mayoría de procesos son abandonados antes de su conclusión. Entre los principales obstáculos con los que deben lidiar las mujeres en nuestro país, se encuentran los siguientes:

Los padres no reconocen voluntariamente a sus hijos o hijas.

Las mujeres acuden a los Tribunales con el propósito de interponer la demanda para lograr establecer la paternidad del menor, y así, posteriormente obtener una pensión alimentaria, mientras debe asumir con los gastos económicos y materiales que exige el proceso. Por lo general, la duración estos procesos, casi siempre se prolonga más de lo previsto, y los gastos muchas veces se convierten en excesivos para quien los asume en espera para satisfacer otras necesidades.

El interés primordial en que se fundamenta este estudio, se basa en las acciones de filiación, que permiten a través de diferentes procesos especiales, la investigación y el reconocimiento de paternidad en la vía judicial, por cuanto ese reconocimiento involucra el cumplimiento de otros derechos de la infancia y la adolescencia que esencialmente pueden garantizar el desarrollo integral de la propia persona. Con lo que se trata de asegurar a todos el ámbito necesario para el desarrollo a plenitud.

Diferentes normativas contemplan el derecho de todo niño o niña, sin distinción alguna, de conocer a su padre y madre, saber quienes son, a mantener contacto con él o ella, a ser cuidados y alimentados por éstos. Son derechos humanos reconocidos por la comunidad internacional, en general y por nuestro país en particular. A su vez son derechos que desarrollan otros derechos, como el derecho a la identidad personal, a la vida familiar y las posibilidades de disfrutar del ámbito indispensable para su desarrollo integral.

La situación social que genera la irresponsabilidad paterna afecta el cumplimiento efectivo de los derechos humanos económicos y sociales de las mujeres, sus hijos e hijas.

El interés superior es la protección de la niñez. Toda acción u omisión en contra de este principio de orden constitucional y legal, que le garantiza a toda persona el derecho de conocer quienes son su padre y su madre, se visualiza como un acto discriminatorio, que viola los derechos fundamentales de esta población. La negativa por parte de los padres de reconocer a sus hijos e hijas y el incumplimiento de las obligaciones económicas, ubica a los niños y niñas en una situación de discriminación, que implica la pérdida de otros derechos (apellido, herencia, nombre).

En respuesta a estos derechos, la Ley de Paternidad Responsable, procura establecer la igualdad de condiciones de los hijos habidos tanto dentro como fuera del matrimonio, mediante un trámite accesible, para poder otorgar a aquellos menores de padre sin registrar, un apellido y algún aporte económico, tratando de evitar el hecho de que, por

nacer en cualquier circunstancia niños y niñas sean objeto de abandono y mitigar de esta forma el nacimiento de hijos naturales obligando a los padres a reconocerlos y de igual forma, deberá cubrir las necesidades de su hijo.

También parte del reconocimiento de la vulneración de los derechos de las mujeres al asumir solas la enorme carga que representa la responsabilidad de crianza de sus hijos e hijas y constituirse inequitativamente en su único soporte.

2. PROCEDIMIENTO METODOLÓGICO

2.1. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

La metodología permite al investigador organizar la investigación y controlar sus resultados, así como dar explicaciones sobre el conocimiento humano y la actividad planteada. Asimismo permite valorar el conocimiento con relación a los objetivos propuestos.

La metodología es la parte de la lógica que estudia y determina los sistemas de investigación y aplicación de conocimientos que les son propios. Es una de las formas por las que se adquiere el conocimiento científico.

En toda investigación se aplican métodos y técnicas en problemas concretos, en cuestiones que se encuentran implicadas en un estudio, con la finalidad de obtener información basta en la elaboración de un

documento que reúna las condiciones básicas en los métodos de investigación, a saber: descriptivo, explorativo y explicativo.

En la presente investigación se utilizará el método descriptivo, por tal motivo me interesaré por dar una definición de este método.

Los estudios descriptivos buscan especificar las propiedades importantes de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que sea sometido a análisis. La preocupación básica de este tipo de estudio es lograr una descripción o caracterización apropiada de diversos aspectos, dimensiones o componentes del fenómeno a investigar.

Otro concepto de investigación descriptiva es:

“...la técnica que computa y enumera los hechos y los individuos susceptibles de medirse, coordina y clasifica los datos obtenidos con el fin de determinar sus causas, consecuencias y tendencias.

Desde el punto de vista científico, describir es medir. Esto es, en un estudio descriptivo se selecciona una serie de cuestiones y se mide cada una de ellas independientemente, para así y valga la redundancia, describir lo que se investiga”¹.

La base y punto inicial de otros estudios que están dirigidos a determinar “como es” o “cómo está” la situación de las variables que deberán estudiarse en una población, la presencia y ausencia de algo, la frecuencia con

que ocurre un fenómeno y en quién, dónde y cuándo se está presentando determinado fenómeno. Se entiende que este tipo de investigación se centra en la búsqueda de información y el análisis e interpretación de la misma.

Como ya se señaló, para la elaboración de esta investigación, se utiliza el método de investigación descriptiva, toda vez que éste permite efectuar un análisis respecto la aplicación y la interpretación de la Ley de Paternidad Responsable, así como su impacto en la sociedad costarricense.

2.2. OBJETIVOS

2.2.1. OBJETIVO GENERAL

La posibilidad del reconocimiento paterno mediante un mecanismo jurídico que permita definir la filiación para todo hijo nacido fuera del matrimonio independientemente de cual haya sido la situación de sus progenitores al momento de su concepción. Este proceso daría inicio, desde la propia sede administrativa, sobre la base de una prueba pericial científica de incuestionable valor, y romper con esquemas legales heredados de una tradición patriarcal, aún prevalecientes en nuestra cultura occidental. Con estas reformas, el Estado costarricense hace cierto el derecho de los niños y las niñas a contar con una efectiva protección de sus derechos fundamentales y así mismo, desarrollar consideraciones de carácter sociológico, biológico y legal en cuanto a la paternidad, sin tener que enfrentar los inconvenientes y vicisitudes de los procesos tradicionales en el ámbito jurídico.

¹ Escolet, Miguel Angel. Estadística Psicoeducativa. Editorial Trillas. México, 1973.

2.2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Destacar las ventajas de un nuevo proceso que cuenta con mayor fluidez en cuanto a gestiones, para que sea más fácil el acceso a la justicia en los derechos de los niños y las niñas, y eliminar la incertidumbre de establecer un proceso de investigación de paternidad, que suponía obstáculos tanto económicos como de presión.
- Demostrar que tiene una naturaleza preventiva.
- Disminuir la natalidad en embarazos no deseados

2.3. ALCANCES Y LIMITACIONES

2.3.1. ALCANCES

Equiparar en derechos y oportunidades a todos los hijos de un mismo progenitor, nacidos dentro o fuera del matrimonio.

Esta equiparación se da, con mayor justificación en hijos extramatrimoniales, desapareciendo poco a poco la diferencia en el ámbito jurídico de hijos naturales y los ilegítimos no naturales, ya que los hijos nacidos dentro de matrimonio, cuentan con la certeza, en principio, de saber y conocer quienes son sus padres, haciendo más fácil una reclamación de una filiación matrimonial.

En caso de hijos extramatrimoniales debe existir legalmente constituía la posibilidad de libre investigación de paternidad o maternidad, y la no distinción entre los hijos extramatrimoniales por razón de situación de sus progenitores en tiempo de concepción, recibiendo esta condición de hijo extramatrimonial un tratamiento jurídico más racional y ordenado, para resolver de forma más ágil y viable la determinación de filiación.

2.3.2. LIMITACIONES

CAPÍTULO PRIMERO

LA FAMILIA

1. LA FAMILIA

1.1. Concepto

Definir el término no es sencillo, puesto que tiene muy diversas acepciones, según se refiera a contenidos históricos, sociales o jurídicos, además de diferir según los tiempos y los lugares. Comúnmente, se le asignan significados en dos sentidos: un **sentido amplio**, por el cual se define a aquel grupo de personas que por naturaleza o por derecho están sujetas a la potestad de uno, y otro **sentido estricto**, según el cual se le considera como la agrupación de personas cuya generación es común por descender de un mismo tronco o raíz; comprende a los padres y a los hijos².

En el *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales* de Manuel Ossorio³ encontramos las siguientes acepciones:

La definición de Belluscio, en un sentido amplio:

" Es el conjunto de parientes con los cuales existe algún vínculo jurídico, en el que cada individuo es el centro de alguno de ellos, diferente según la persona a quien se la refiera y que alcanza a los ascendientes y descendientes sin limitación de grado, a los colaterales por consanguinidad hasta el sexto grado y a los afines hasta el cuarto; y que, en un sentido más restringido, es el núcleo paterno-filial o agrupación formada por el padre, la

² JAIME MANS Y PUIGARNAU: *El Consentimiento Matrimonial*, Ed. Bosch, Barcelona, pág. 195, citado por SUÁREZ FRANCO, Roberto: *Derecho de Familia, Tomo 1*. Ed. Temis Librería, Bogotá, Colombia, 1984, pág. 3

³ OSSORIO, Manuel: *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Ed. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1974, pág. 313

madre, y los hijos que conviven con ellos o que se encuentran bajo su potestad. Sin que quepa desconocer un concepto intermedio, en el cual la familia es el grupo social integrado por las personas que viven en una casa bajo la autoridad del señor de ella. Esta última definición es la que corresponde a la familia romana y que fue aceptada por las Leyes de Partidas, en que el grupo familiar estaba integrado incluso por los sirvientes"

Díaz De Guijarro lo define como:

"La institución social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación"

Por su parte Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida⁴ definen la familia como:

"una comunidad que, creada por el matrimonio, está compuesta , al menos, por progenitores y procreados, y en la que pueden participar otras personas, conviventes o no, unidas, ya por lazos de sangre, ya por el vínculo de la sumisión a una misma autoridad"

El vínculo derivado de la relación familiar tiene gran importancia jurídica puesto que de ella nacen una serie de deberes y derechos, como los referidos al matrimonio, la patria potestad, los alimentos y las sucesiones, la tutela, la curatela y los contratos; también en el área penal el parentesco tiene grandes repercusiones en la configuración de ciertos tipos delictivos, porque

éstos se configuran precisamente por la existencia de tal vínculo, como en el aborto o el infanticidio, o porque su existencia constituye circunstancia modificativa de la responsabilidad, para agravarla, atenuarla o eximirla, como en los casos de homicidio, lesiones, violación, abusos deshonestos, infanticidio y encubrimiento.

1.2. Evolución Histórica

A continuación haremos una breve referencia a las características más resaltantes de la institución familiar, desde sus estadios primitivos hasta la actualidad. Debemos reconocer que, aunque en la bibliografía se le da amplia cobertura a las investigaciones clásicas de Federico Engels relativas a la relación entre la evolución familiar, la propiedad privada y el Estado, no las incluimos por pensar que son tesis superadas en la actualidad. Por el contrario, se incluyó una reseña relativamente amplia sobre el matriarcado, porque la realidad nos muestra a diario la vigencia de las relaciones matrilineales debidas a la ausencia de filiación paterna, objeto de nuestro estudio.

1.2.1. La familia primitiva

La familia es la más antigua e importante forma de agrupación de las personas; tan antigua como la humanidad misma.

⁴ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Derecho de Familia*. Ed. Librería Bosch. Barcelona. 1984, pág. 9

Primitivamente la razón de integración de los grupos era la religión y el culto a los antepasados, y no existían las razones naturales ni la generación, básicamente porque se desconocía toda relación natural que no fuera la existente entre la madre y su prole.

Los grupos familiares se agruparon en células más o menos numerosas, sometidos a la potestad del jefe de la tribu, que podía ser un varón o una mujer, según se tratara de organizaciones patriarcales o matriarcales.

En relación a las organizaciones matriarcales mencionaremos brevemente el trabajo de Bachofen, filólogo y jurista alemán, profesor de Derecho Romano en la Universidad de Basilea y consejero del tribunal de apelación, reseñado por Yadira Calvo⁵.

Este autor fue:

“... el descubridor de una religión matriarcal anterior a la patriarcal, basada en dos principios: uno materno, que valora los vínculos de la sangre y de la tierra, el principio de igualdad y el respeto a la vida; el amor, la unidad, la paz, la fraternidad universal, la libertad, el bienestar material y la dicha terrenal. El otro es un principio patriarcal, caracterizado por el respeto a la ley humana, la monogamia, la autoridad del padre en la familia y el dominio de los varones”

⁵ CALVO, Yadira: *De Diosas a dragones*. Ed. Universidad Estatal a Distancia, San José, Costa Rica, 1995, pág. 13

Aún cuando no pueda hablarse de evidencia científica contundente que pruebe la existencia del matriarcado, entendiendo como tal a la etapa

“cuando las mujeres tienen un poder *sobre* los hombres y no a su lado, cuando ese poder incluye la esfera pública y las relaciones con el exterior, y cuando las mujeres toman decisiones importantes no sólo dentro de su grupo de parentesco sino también en el de su comunidad”⁶

Aún así, debe mencionarse el hecho de que ha habido, y todavía hay, sociedades en las que las mujeres comparten el poder con los hombres en muchos aspectos de la vida; asimismo, que ha habido sociedades en las que el colectivo femenino tiene un considerable poder para influir o controlar el poder masculino. Existen también las historias de mujeres solas que tienen todos o casi todos los poderes de los hombres a quienes representan o a quienes suplen, como las reinas y la gobernantas.

Bachofen desarrolló una teoría basada en los principios maternalistas, basada en la aceptación de las diferencias biológicas entre los sexos, según un esquema que Gerda Lerner⁷ califica como evolucionista y darviniano, en el cual se describen varias etapas en la evolución de la sociedad, pasando desde la barbarie hasta el moderno patriarcado. En el punto que más interesa a nuestro trabajo, afirmó que las mujeres de las

⁶ LERNER, Gerda: *La creación del patriarcado*. Ed. Crítica, Barcelona, 1990, pág. 57

⁷ LERNER: op.cit, pág. 50

sociedades primitivas desarrollaron la cultura y que hubo un estadio matriarcal que sacó a la civilización de la barbarie.

“En el estadio más remoto y oscuro de la existencia humana, (el amor entre madre e hijo) fue la única luz que brillaba en medio de la oscuridad moral... Porque cría a sus hijos, la mujer aprende antes que el hombre a desplegar sus atenciones amorosas a otra criatura más allá de los límites de su propio ser... En este estadio la mujer es la depositaria de toda la cultura, de toda la benevolencia, de toda la devoción, de todo interés por los vivos y de todo el dolor por los muertos”.⁸

Estudia este autor el desarrollo de la conducta conocida como cuidado materno, de la cual:

“procede toda buena obra en la vida, toda entrega, todo cuidado y todo duelo final” y es “la única verdadera y originaria unión fraterna, cuando apoyar, defender y vengar a la madre se instituye como la obligación más sagrada”

Reconoció que el principio de la civilización, de la devoción, del cuidado a los demás y del luto por los muertos tiene su raíz en la mujer, porque al cuidar del niño, aprende a extender su amor más allá de sí misma, a los demás seres humanos, y a dirigir todas sus aptitudes y su capacidad a preservar y dignificar la existencia.⁹

⁸ BACHOFEN, Johann Jacob: *Das Mutterrecht*, citado por LERNER: op. cit, pág. 50

⁹ BACHOFEN, Johan Jacob: *Der Mythos von orient und okzident*, citado por CALVO: op.cit, pág. 44

El matriarcado resulta de la admiración, el respeto, la envidia y el sentimiento de inferioridad que suscitaba la productividad natural de la mujer, especialmente cuando todavía no se comprendía muy bien el papel exacto del hombre en la procreación. Cuando sólo la maternidad era indiscutible, sólo a la mujer podía referirse el principio de consanguinidad y ella ejercía el mando en el grupo familiar.

El patriarcado, caracterizado por la monogamia, la autoridad del padre en la familia, el dominio de los hombres, el respeto a la ley humana, el predominio del pensamiento racional y la voluntad de modificación de los fenómenos naturales por la mano del hombre, supuestamente representó un progreso sobre el mundo matriarcal, que privilegiaba los vínculos de sangre, de la tierra, la igualdad, el amor, la paz y la felicidad, y aceptaba pasivamente los fenómenos naturales.

Desde la más oscura y lejana historia encontramos las huellas de las mujeres, promotoras de la vida y constructoras de lo humano y noble. El poder matriarcal no es político pero la conservación del linaje fluye por la línea materna.

1.2.2. La familia en Grecia y Roma antigua

La gens griega parece ser el origen del sistema patriarcal.

En Grecia antigua la familia estaba constituida por un grupo de personas cuya religión permitía invocar al mismo Dios y ofrecer comida fúnebre a sus antepasados comuneros.

En Roma se daban diversos significados al vocablo familia.

Suárez Franco¹⁰ cita los siguientes:

1) conjunto de personas unidas entre sí por vínculos de *agnación*. Nos referimos aquí al lazo que une a los parientes, el parentesco, y la sumisión a una misma autoridad;

2) célula formada por individuos colocados bajo la potestad del *pater familias*, o bajo su patria potestad o *manus*; recordemos que el *pater* tiene todos los poderes familiares, y todos ellos absolutos: *manus* sobre la mujer, *patria potestas* sobre los hijos, *potestas* sobre los esclavos, y *mancipium* sobre los ciudadanos romanos reducidos a condición servil;

3) los individuos que tenían su origen común por descender de un mismo tronco;

4) el mismo patrimonio de la persona;

5) los esclavos pertenecientes a una persona.

La familia se caracterizó en ambas culturas, griega y romana, por la cohesión entre sus integrantes, originada en el mismo culto a los antepasados, y por la autoridad ejercida por el padre o cabeza de familia, quien tenía un poder de corrección casi ilimitado, era el señor y soberano y no el padre de su familia. La familia se conservaba a través del varón y la mujer

¹⁰ SUÁREZ FRANCO, Roberto: *Derecho de Familia, Tomo 1*. Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1984, pp. 6-11

era considerada como el fin del linaje (*finis familiae*) porque no era jurídicamente idónea para perpetuar la descendencia.

La evolución familiar se dio en el sentido de la limitación al poder paterno, al suprimirse los atributos de sacerdote y magistrado; la adquisición de derechos por parte de los hijos, tales como los sucesorios; y el reconocimiento de algunas prerrogativas a la mujer, sometida a la *manus*.

Con el advenimiento del cristianismo, a partir del emperador Constantino, la familia romana tuvo un carácter más humano y la autoridad del padre evolucionó hacia un concepto de deber para con los hijos y la esposa.

1.2.3. La familia germánica

Los derechos germánicos primitivos también distinguen entre un círculo cuasi familiar muy extenso, la *Sippe*, y la familia propiamente dicha, la *Haus*; y también la pertenencia al grupo familiar viene determinada por la autoridad del *Hausherr* a que se está sometida, y no por el vínculo de sangre.

1.2.4. La familia medieval

La influencia de la doctrina cristiana prevaleció en el medioevo. Se consideró como base de la familia la indisolubilidad del matrimonio, la asociación y el respeto mutuo entre los cónyuges y la autoridad del esposo sobre la esposa y los hijos.

Un cambio importante ocurrió en 1598, cuando se promulgó el Edicto de Nantes, mediante el cual se prohibió a los protestantes la celebración

del matrimonio ante los ministros del culto, por lo que se vieron obligados a presentarse ante los oficiales laicos de la justicia civil para contraer nupcias; se produjo así la laicización de la institución matrimonial, hasta ese momento monopolio religioso.

La potestad del marido sobre la esposa (potestad marital) adquirió en la Edad Media un contenido tutelar, tanto en el campo patrimonial como personal; por su parte, el concepto de patria potestad evolucionó hacia formas de responsabilidad en beneficio de los hijos; deberes hacia los hijos sustituyeron el sentido de poder absoluto en cabeza del *pater familias* que había caracterizado este concepto en el derecho romano. Avanzado este período histórico, la patria potestad se extendió también a la madre, pero solamente en casos o bajo circunstancias especiales.

1.2.5. La familia en el Renacimiento y la Ilustración

Con el advenimiento del Renacimiento y el movimiento filosófico de la Ilustración se producen cambios radicales en la organización social; la composición del grupo familiar se concreta a los padres y los hijos, quienes deben ser independientes. La moral natural que promovieron influyó notablemente en el Código de Napoleón, cuya influencia fue predominante para la evolución de los países europeos y las legislaciones latinoamericanas, basadas en su herencia.

La familia conserva su estructura monogámica matrimonial, pero se impone el matrimonio civil y, como consecuencia, se establece el divorcio. A

partir de 1789 se tiende a la identificación paulatina de los derechos y obligaciones de los cónyuges, con la consiguiente desaparición de la potestad marital; la patria potestad llega a ser compartida y la autoridad paterna entendida como poder llega a desaparecer.

A pesar de esta evolución, muchas de las instituciones de origen romano mantienen su vigencia dentro de la estructura de las familias tradicionales. El padre continúa siendo el jefe del hogar y a él están supeditados tanto la esposa como los hijos, aunque a la patria potestad se le asigna un contenido legal más cercano a la tutela que al poder romano.

1.2.6. La Familia en el Código Napoleón, hasta finales del Siglo XVIII

Una de las consecuencias más importantes de la Revolución Francesa fue la promulgación del Código Civil o Código Napoleón, en 1804, que tuvo gran influencia dentro de nuestro sistema legal. En materia de Familia, se ratifica la disolución del matrimonio por medio del divorcio; se ratificó la autoridad marital casi absoluta, confirmando la incapacidad de la mujer para el manejo de sus bienes. Reiteraron las diferencias entre los hijos, según el origen de las relaciones sexuales de sus padres. Basados en el Derecho Canónico, ratificaron las obligaciones de fidelidad, protección y ayuda mutua que se debían los cónyuges, negándole a la mujer el derecho a la sucesión testamentaria. La patria potestad fue absoluta y terminaba al llegar a la mayoría de edad, o por emancipación, o por matrimonio.

En 1816 se suprimió el divorcio, regresando a los principios sostenidos por la Iglesia; posteriormente, en 1864, se restableció nuevamente este instituto legal.¹¹

1.2.7. La familia moderna

En el derecho más reciente las instituciones otorgan cada vez un mayor sentido de obligación a los esposos, especialmente en cuanto se refiere a los hijos; así, se define como delito el abandono, se regulan las obligaciones alimentarias, el salario y el patrimonio familiar. Las leyes son, en general, más permisivas en materias como el divorcio, la equiparación o aproximación entre la filiación matrimonial y extramatrimonial y, en algunos países, la despenalización del aborto.

Es de destacar el aumento cada vez más acentuado de matrimonios que se disuelven mediante el divorcio, al mismo tiempo que aumenta el número de parejas no casadas. El tipo de familia patriarcal parece ceder terreno ante la familia contractual, basada en la igualdad de sus miembros a la hora de establecer el vínculo en el momento de la boda.¹²

¹¹ GUITRON FUENTEVILLA, Julian: *Prospectiva del Derecho Familiar*. Octavo Congreso Mundial sobre Derecho Familiar, Caracas, Venezuela, 1994, pp. 13-14

¹² LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: op cit, pp. 24-29

1.3. La Familia Costarricense, aspectos legales y constitucionales

La materia de familia se rigió hasta la promulgación del Código respectivo, en 1973, por el Código Civil, Libro I, De las personas; dicho cuerpo de leyes, al igual que toda la tradición civilista latinoamericana, data del siglo pasado y está fundamentado en el Código Civil francés de 1808.

En el Prólogo de la obra Derecho de Familia Costarricense, de Gerardo Trejos¹³, Carlos José Gutiérrez reseña la historia del tema familiar en la legislación patria. Destaca el prologuista que en Costa Rica, además de la francesa, la influencia del proyecto de Código Civil español fue muy marcada, a pesar de que su promulgación fue posterior al nuestro. Se refiere también a algunas ampliaciones al Código; así, en 1865 se le incorporó la Ley Hipotecaria y en 1881 la de Sucesiones y en muchos otros aspectos se siguió el Cour de Droit Francais de Aubry y Rau.

“En materia de familia, si se toma en cuenta que se promulgaba a finales del siglo XIX y en un país latinoamericano, fue bastante avanzado”

Continúa Gutiérrez. La enumeración de avances incluye el reconocimiento de capacidad jurídica a la mujer casada, a quien se autorizó la libre administración de sus bienes, así como la institucionalización del divorcio.

Sin embargo,

“... fiel a los criterios individualistas y de privilegio masculino imperantes restringió las acciones de investigación de paternidad para los hijos adulterinos, sujetó el mantenimiento o pérdida de la patria potestad a la culpabilidad del cónyuge que hubiera dado origen a la acción de divorcio o separación de cuerpos, estableció causales diferenciales de divorcio para hombres y mujeres, colocó a los hijos naturales en situación de ciudadanos de segunda clase e impidió a las mujeres el ejercicio de la tutela.”

El texto original fue omiso en materia de adopciones, lo que fue subsanado mediante la promulgación de la Ley de Adopción en 1934; también se había actualizado cuando se creó el Patronato Nacional de la Infancia, en 1930, como órgano de intervención administrativa en las actividades familiares.

Hubo otras reformas o adiciones llevadas a cabo antes de la promulgación de la Constitución de 1949; Gutiérrez reseña dieciocho leyes diferentes que reformaron o adicionaron el derecho de familia antes de la promulgación del Código, dentro de las cuales se incluyen:

- 1- Reforma de la regulación sobre separación judicial (1910);
- 2- Regulación y cobro de alimentos (1916);
- 3- Código de la Infancia (1932);

¹³ TREJOS, Gerardo: *Derecho de Familia Costarricense*. Ed. Juricentro S.A.. San José, Costa Rica, 1982, pp. 19-38

4- inclusión de la tentativa del esposo para prostituir a su mujer, dentro de las causales de divorcio, así como las ofensas graves dentro de las causas de separación judicial (ambas en 1932);

5- Concesión a los hijos extramatrimoniales del derecho a llevar los dos apellidos de la madre y en caso de que ella tuviera sólo uno éste sería repetido (1931);

6- Otorgar nuevos derechos sucesorios a los hijos extramatrimoniales (1931);

7- Modificación de la Ley del Patronato Nacional de la Infancia en cuanto se refiere a la patria potestad y el derecho de corrección del hijo (1933);

8- Ley de Adopción (1934);

9- Autorización a la mujer para ser testigo instrumental (1938);

10- reforma del Código Civil para regular cambios en relación al reconocimiento del hijo extramatrimonial y la patria potestad (1947).

Con la promulgación de la nueva Constitución Política, en 1949,

“... se consagra a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad y acreedora de la protección especial del Estado y atribuye la misma protección a la madre, al niño y al enfermo desvalido (art. 51); declara que el matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges (art. 52); consagra el derecho de toda persona a saber

quiénes son sus padres y afirma que éstos tienen con sus hijos habidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él (art. 53); y prohíbe toda calificación personal sobre la naturaleza de la filiación (art. 54).”¹⁴

Después de promulgada la Constitución Política en 1949 los cambios más significativos producidos en materia de familia son los siguientes:

- 1- Reformas del Régimen de Afectación del Inmueble Familiar (1976 y 1990)
- 2- Ley de Promoción de la igualdad social de la Mujer (1990)
- 3- Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño (1990)
- 4- Regulación de la Unión de Hecho (1995)
- 5- Regulación de la Filiación por Adopción (1995)
- 6- Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia (1996)
- 7- Ley Contra la Violencia Doméstica (1996)
- 8- Ley de Pensiones Alimentarias (1997)
- 9- Código de la Niñez y la Adolescencia (1998)
- 10- Ley General de Protección a la madre adolescente (1998)

¹⁴ TREJOS: op. cit. pág. 51

El concepto constitucional de familia fue extensamente analizado por la propia SALA CONSTITUCIONAL, al emitir el voto N° 346-94 de las 15 horas 42 minutos del 18 de enero de 1994, redactando la Magistrada Ana Virginia Calzada Miranda. En el artículo *El Concepto Constitucional de familia y otras consideraciones*¹⁵ se resumen las afirmaciones contenidas en el voto:

a) Se reconoce la existencia en la realidad social costarricense de dos tipos de familia: la constituida sobre la base del matrimonio y la constituida de hecho;

b) En algunas oportunidades se denomina a la familia asentada sobre la base del matrimonio como familia "*legalmente constituida*" para diferenciarla de la que se ha consolidado de hecho.

c) Interpreta que en el concepto de familia del artículo 52 constitucional, lo fundamental es su elemento natural, autónomo de vínculos formales, por lo que su protección debe extenderse a diferentes tipos de convivencia humana que no impliquen necesariamente el matrimonio.

d) Que debe entenderse el concepto de familia en su sentido sustancial y no formal, "*superando el concepto tradicional de familia, manejado en los diferentes campos del derecho*".

e) Reconoce que sin duda el constituyente quiso darle al matrimonio un rango privilegiado y ello porque "***en razón de consideraciones***

¹⁵ MANAVELLA C., Carlos A.: *El Concepto Constitucional de familia y otras consideraciones* en *Iustitia* n° 88, San José, Costa Rica, 1994, pp. 4-8

socio-culturales", la protección de la familia ha estado encaminada a aquéllas que estuvieran ligadas por la institución del matrimonio, evidentemente **"como consecuencia del texto del artículo 52 constitucional, y los conceptos de los constituyentes sobre la institución del matrimonio"**.

f) Afirma que el hecho de que el artículo 52 le otorgue un rango privilegiado al matrimonio, al disponer que es la base esencial de la familia. **"no excluye que ésta pueda conformarse de manera distinta y conlleva, desde luego, que por el principio de igualdad, de ese vínculo de hecho devienen idénticos efectos jurídicos que en el matrimonio"**.

Continúa el autor analizando que

"... la Sala realiza una interpretación histórico-evolutiva de los textos constitucionales para que, tratando de que sea superada esa noción "tradicional" de familia, fundada sobre el vínculo matrimonial -y que la propia Sala califica como "legalmente constituida"-, se pueda extender la protección constitucional a los núcleos familiares constituidos de hecho".¹⁶

El tema ha sido objeto de múltiples estudios; si analizamos las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, se puede corroborar la intención del legislador de no excluir a las familias de hecho de la protección constitucional. La primera moción discutida en relación con la norma de comentario se redactó en los siguientes términos:

¹⁶ MANAVELLA: Loc. cit., pág. 7

"El matrimonio es la base legal de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges".

A esta moción se opuso el Diputado Ortíz diciendo que:

"...decir "legal" significa excluir a aquellas familias de hecho, que sin tener origen en el matrimonio, son sin embargo familias." Por esa oposición, se aprobó el artículo 52 en los términos actuales, eliminándose la frase "base legal" y sustituyéndose por la de "base esencial", lo cual significa que el hecho de que el legislador le haya dado protección constitucional al matrimonio, considerándolo la base esencial de la familia, no es excluyente de otros tipos de familia. El matrimonio es entonces, base esencial, pero no única de familia, a los ojos del legislador. Si además tomamos en consideración que el legislador quiso proteger a la "familia" -sin hacer distinciones-, en el artículo 51, no podemos interpretar que "familia" sea sólo la constituida por vínculo legal, sino por el contrario, que el término es comprensivo de otros núcleos familiares, aún cuando el legislador haya manifestado su preferencia por los constituidos por matrimonio"

Reproduciremos aquí párrafos completos del voto 1151-94 de las 15 horas 30 minutos del 01-03-94, emitido por la SALA CONSTITUCIONAL por considerar que se refieren a aspectos fundamentales para este trabajo, ya que, como veremos, la situación actual de la familia costarricense parece haber dejado atrás algunos de los criterios éticos e históricos recogidos por la legislación vigente. (Otros votos donde se trata con amplitud el tema son: 264-

91, 2776-92, 3495-92, 2984-93, 3483-93,346-94,1975-94,2630-94, 3693-94, 7515-94 y 6436-96)

“Ivo. Según lo expuesto, para el legislador constituyente, las llamadas "familias de hecho" y el matrimonio son simultáneamente dos fuentes morales y legales de familia (hay que tomar en cuenta que no existe impedimento legal para constituir una familia de hecho); ambos garantizan la estabilidad necesaria para una permanente vida familiar, porque se originan en una fuente común: el amor que vincula al hombre y la mujer, el deseo de compartir, de auxiliarse y apoyarse mutuamente y de tener descendencia. En nuestro país, según datos de la Oficina de Estadística y Censo de julio de mil novecientos noventa y tres, un dieciocho punto trece (18.13) por ciento de las parejas que conviven, lo hacen en unión libre, dándose la gran mayoría de esas uniones en el área rural, por razones culturales e históricas, que no es propio censurar ni desconocer a la luz de la libertad de culto, expresión y pensamiento que protege la Constitución Política. Esa realidad histórica y cultural que se mantiene con fuerza aún a pocos años del cambio de siglo, existió mucho antes de que el derecho y la religión crearan al matrimonio. Estudios sobre la materia reconocen que desde tiempos inmemoriales, el hombre y la mujer han llevado vida común para ayudarse a sobrellevar las cargas de la vida y perpetuar la especie por medio de la procreación. En el Derecho Romano por ejemplo, se reconoció y reguló el concubinato, coexistiendo con la coemptio, la

confarreatio y el usus- formas de celebrar las justae nuptiae. Con el advenimiento del Cristianismo, el concubinato también coexistió con el matrimonio religioso, como se comprueba con el Concilio de Toledo, celebrado en el año cuatrocientos (400) de nuestra era, hasta que fue prohibido en el Concilio de Trento de mil quinientos sesenta y tres (1563) que dispuso "la obligatoriedad de contraer matrimonio ante el cura párroco, en ceremonia pública..., como también dispuso que los concubinos que no se separasen a la tercera advertencia incurrirían en excomunión y si persistiesen en vivir juntos serían pasibles de herejía y adulterio".

" Vo. No obstante los calificativos que algunas religiones le han dado al concubinato, sigue siendo hoy en día una fuente de familia, y desconocer esta realidad social, sólo nos lleva a la desigualdad y desprotección de quienes componen ese núcleo, incluyendo a los hijos, quienes a la luz de la "Convención de Derechos del Niño" y de nuestra Constitución, merecen una protección por encima de prejuicios sociales o morales. La familia de hecho es una fuente de "familia", entendida esta como el conjunto de personas que vinculadas por la unión estable de un hombre y una mujer, viven bajo el mismo techo e integran una unidad social primaria. Sin embargo, debe quedar claro que no pueden equipararse a las uniones de hecho, los amoríos o las relaciones esporádicas o superficiales; las uniones de hecho, cumplen funciones familiares iguales a las del matrimonio, y se caracterizan al igual que éste, por estar dotados al menos de, estabilidad (en la misma medida en

que lo está el matrimonio), publicidad (no es oculta es pública y notoria), cohabitación (convivencia bajo el mismo techo, deseo de compartir una vida en común, de auxiliarse y socorrerse mutuamente) y singularidad (no es una relación plural en varios centros convivenciales).-

"Vlo. Nuestro sistema de vida está basado en principios que guardan la creencia de que todos los seres humanos nacemos libres, e iguales en dignidad y derechos, sin distinción de raza, sexo, color, idioma, religión u opinión política. La familia por otra parte, es indiscutiblemente el elemento natural y fundamental de la sociedad porque es en ella que se dan los elementos fundamentales para el desarrollo de las mejores cualidades del ser humano y donde se traspasan nuestras costumbres, tradiciones y enseñanzas de generación en generación. En consecuencia, la familia, compuesta por individuos libres e iguales en dignidad y derechos ante la ley, tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado independientemente de la causa que le haya dado origen; su naturaleza e importancia justifican su protección. Así lo reconoció esta Sala en sentencia número 2984-93, al extender el derecho de abstenerse de declarar contemplado en el artículo 36 de la Constitución, a la concubina, estimando que la protección de la cohesión familiar es tan importante en la familia de hecho como en la constituida legalmente."

Otras fuentes de análisis recogen el hecho de que el concepto de tradicional de familia se está ampliando y que Costa Rica no está ajena a esa

evolución. En el artículo Familias del Nuevo Milenio, publicado en el periódico La Nación,¹⁷ se hace referencia a las familias Sui Generis.

“En Costa Rica existen tres modelos de familias: el nuclear clásico -compuesta por el padre, la madre y los hijos-; la familia extendida -que era la común en la Costa Rica de antaño: la tía solterona que se queda viviendo con la familia, algún abuelito, un primo huérfano-; las familias incompletas: hombres o mujeres que viven con sus hijos -y las familias de la modernidad -son aquellas en las que personas divorciadas se vuelven a casar y aportan cada uno sus hijos-.”

(También se hace una mención tangencial dentro de la categoría de familias Sui Generis a las parejas homosexuales que establecen convivencia).

Para efectos de Estadísticas y Censos en Costa Rica, la familia está formada por un grupo de personas emparentadas, que viven juntas y tienen un presupuesto común. Por familia dentro del hogar se entiende a los miembros del hogar que están emparentados hasta un grado, determinado por sangre, adopción o matrimonio.

Otros conceptos relacionados provenientes de esta misma fuente explican que una familia no puede comprender más que un hogar; en cambio, un hogar puede estar compuesto de más de una familia, con una o más personas sin vínculo de parentesco, o estar formado íntegramente por

¹⁷ AGUILAR, Thais: *Familias del Nuevo Milenio*, en *La Nación*, 15-11-99, pág. 1 del Viva

personas sin tal vínculo. También se da como criterio para efectos del censo que “el aspecto principal a considerar es el núcleo familiar conyugal”.

Estos conceptos responden a la tesis de los sociólogos, brevemente mencionados más arriba, que distinguen entre una **familia nuclear**, compuesta de varón, mujer y su prole, y una **familia extensa**, dentro de la cual Estadísticas y Censos define al compuesto por:

1- un sólo núcleo familiar y otras personas emparentadas con él;

2- dos a más núcleos familiares emparentados entre sí, sin ninguna otra persona;

3- dos a más núcleos familiares emparentados entre sí, más otras personas emparentadas por lo menos con uno de los núcleos;

4- dos o más personas emparentadas entre sí, pero ninguna de la cuales forma un núcleo familiar;

Encontramos además, en esta misma fuente, una **familia u hogar compuesta**, que se define como el que consta de:

1- un sólo núcleo familiar más otras personas, algunas de las cuales están emparentada con el núcleo;

2- un sólo núcleo familiar más otras personas, ninguna de las cuales está emparentada con el núcleo;

3- dos o más núcleos familiares emparentados entre sí más otras personas, algunas de las cuales están emparentadas por lo menos con uno de los núcleos y otras no están emparentadas con ninguno de los núcleos;

4- dos o más núcleos familiares emparentados entre sí más otras personas, ninguna de las cuales está emparentada con ninguno de los núcleos;

5- dos o más núcleos familiares no emparentados entre sí, con o sin ninguna otra persona;

6- dos o más personas emparentadas entre sí, pero ninguna de las cuales forma un núcleo, más otras personas no emparentadas;

7- personas no emparentadas únicamente.

Vemos que la realidad de la sociedad actual nos impone formas familiares distintas a la nuclear, base de todas las protecciones legales existentes. El mismo artículo de prensa citado anteriormente señala que en Costa Rica, según el Informe del Estado de la Nación, desde 1992 las madres jefas de familia han aumentado en 20 por ciento. En total 52 por ciento de las familias costarricenses están integradas por una pareja y sus hijos e hijas, pero el 90 del 48 por ciento de las restantes son jefeadas por mujeres. Se añade, como corolario de esta nueva situación familiar, que se cree que los hijos de

familias incompletas tienen una mayor probabilidad de vivir en la pobreza y de delinquir.

2. LA FILIACIÓN

2.1. Concepto

El término filiación -del latín *filius*, hijo- sintetiza el conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia.¹⁸

Encontramos en la doctrina múltiples conceptos; entre ellos citaremos la siguiente recopilación incluida por Gómez Piedrahita¹⁹ de definiciones dadas por autores colombianos:

1- La filiación es un *estado jurídico* que la ley le asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que la liga con la otra.

2- Se denomina filiación al vínculo natural que existe entre dos personas, de las cuales una es el padre o la madre y la otra el hijo.

3- ... Es un vínculo que une al hijo con su padre o madre.

4- ...Es el lazo que une al hijo con su padre y su madre.

¹⁸ ZANNONI A., Eduardo: *Derecho de Familia. Tomo 2.* Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, 1978, pág. 313

¹⁹ GÓMEZ PIEDRAHITA, Hernán: *Derecho de Familia.* Ed. Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1992, pág. 179

5- La filiación se define también como el *vínculo principal y natural* de descendencia que existe entre padre, madre e hijos.

6- La filiación constituye un *estado civil*.

7- La filiación que es el *vínculo jurídico* que une a un hijo con su madre o con su padre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y un descendiente.

También recopila una serie de definiciones de autores prestigiosos internacionalmente. Así, cita a:

Josserand: La palabra filiación tiene dos acepciones, una más amplia y otra más precisa. Genéricamente, la filiación se refiere a todos los anillos de la cadena que liga a una persona con su antepasado, aún al más lejano; pero en la acepción más corriente, que es la nuestra, no se refiere más que a la relación de un hijo con sus progenitores inmediatos, con su padre y su madre; esta relación toma el nombre de filiación cuando se la considera desde el lado del hijo y el de paternidad o maternidad si uno se coloca en el punto de vista y en el lado de los padres.

Carbbonnier: La filiación es el vínculo jurídico existente entre el padre o la madre y el hijo.

Planiol-Ripert: Podemos definir la filiación diciendo que es el lazo de descendencia que existe entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre de la otra.

Aubry y Rau: El lazo de parentesco que existe entre el padre o la madre y el hijo, se denominan paternidad o maternidad, cuando se tiene en vista la persona del padre o de la madre y filiación cuando se la considera respecto a la persona del hijo.

López del Carril: Nosotros estimamos que siempre y fundamentalmente, la filiación es un hecho biológico.

Federico Puig Peña: Aquel estado jurídico que la ley le asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que la liga con otra.

Rojina Villegas: La relación de derecho que existe entre el progenitor y su hijo.

Finaliza el autor comentando que “aunque los fundamentos de las definiciones son diferentes, todos coinciden en afirmar que dicho *status* se origina por el hecho biológico del nacimiento”.²⁰

2.2. Clases

En nuestro Código de Familia están reguladas las siguientes clases de filiación:

- **Legítima**

- a. Legítima propiamente dicha

²⁰ GÓMEZ PIEDRAHITA: op.cit, pág. 181

b. Legítima por legitimación posterior

- **Extramatrimonial**

a. Reconocida

b. No reconocida

- **Adoptiva**

En esta parte del estudio nos referiremos únicamente a la filiación adoptiva, puesto que el estudio de cada una de las otras formas de filiación corresponde a los Títulos Segundo y Tercero de este trabajo.

2.2.1. La Filiación Adoptiva

2.2.1.1. Concepto

La adopción es un acto jurídico de Derecho de Familia que confiere a adoptante y adoptado *status* paterno y filial. El acto jurídico sustituye al hecho natural.²¹

2.2.1.2. Referencia histórica

Es ésta una institución que ha existido desde la antigüedad, pero fue en la sociedad romana donde se desarrolló plenamente y se le dio regulación legal.

²¹ LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA: op. cit, pág. 603

En sus comienzos tuvo un carácter eminentemente religioso, ya que la falta de herederos traía aparejada la pérdida del culto doméstico religioso, por lo cual se recurrió a la adopción para evitar las consecuencias deshonrosas que tal pérdida religiosa tenía. También hay quienes sostienen que la adopción sirvió para proveer de nuevos trabajadores y ayudantes del grupo familiar para aquellos que carecían de hijos. Cualquiera sea la explicación, las instituciones que permitían traer a la familia a un extraño, fueron muy practicadas en Roma, ya que había exigencias tanto de orden religioso, como social y político, para asegurar la continuidad de la familia y del culto privado.²²

Más tarde la adopción toma el sentido que posee en la actualidad, convirtiéndose en una imitación de la filiación natural, para lograr los hijos y herederos que no se tenían, dándoles el mismo sitio afectivo y patrimonial.

Con la adopción, dentro de la familia agnaticia antigua, se conseguía traspasar la autoridad de un *pater familia* a otro, en la adopción propiamente dicha, o convertir en hijo de familia a quien estaba libre de la patria potestad por ser *sui iuris*, pasando a ser *alieni iuris* dentro de una nueva parentela adoptiva, en la *adrogatio*.

En la adopción propiamente dicha, la transmisión de la autoridad paterna necesitaba de dos momentos: primero, hacer desaparecer los lazos

²² DI PIETRO, Alfredo y LAPIEZA ELLI, Ángel Enrique: *Manual de Derecho Romano*. Ed. Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1983, pp. 358-361

agnaticos del hijo o del nieto de su familia original y, después, crearlos en la familia del adoptante. Para tales fines se idearon complicados procedimientos de ventas y remancipaciones ficticias, que lograron simplificarse en tiempos de Justiniano, cuando se estableció que bastaba para la adopción que el padre natural hiciera una declaración ante el magistrado en presencia del adoptante y del adoptado, quien no debía oponerse; como la adopción era un acto solemne, de todo ello se redactaba un acta ante el juez.

Para que la adopción tuviese valor era necesario que el adoptante fuera capaz de realizar dicho acto jurídico, capacidad que tenían únicamente los *sui iuris*, ciudadanos romanos, siempre que la ley no los excluyera por causas especiales. No podían adoptar los tutores y curadores a los pupilos e incapaces sometidos a su guarda, mientras éstos fuesen menores de 25 años, con lo cual se quería evitar que la adopción disfrazara el deseo de no rendir cuentas de la tutela o curatela. Tampoco podían adoptar las mujeres, aunque si podían ser dadas en adopción en calidad de hijas o nietas.

En el derecho de la época de Justiniano se permitió a los padres adoptar a sus hijos naturales. Cuando la adopción comienza a imitar a la naturaleza *-adoptio natura imitatur-* no se permitió la adopción a aquellas personas que por razones físicas, o por alguna causa legal, se considerara que no podían engendrar, como es el caso de los castrados.

Además de la capacidad en el adoptante, se exigía también que tuviese por lo menos más de dieciocho años que el adoptado, si éste se adoptaba como hijo, y más de treinta y seis si se lo adoptaba como nieto.

A partir de la época imperial se exigió también el consentimiento del adoptado, cuando menos que no se opusiera; antes de este período este consentimiento era innecesario por el carácter absoluto que tenía la patria potestad. Cuando se adoptaba a alguien como nieto, asignándolo a uno de los hijos, se requería el consentimiento expreso de ese hijo; cuando el abuelo daba en adopción a su nieto, no era necesario el consentimiento del padre de ese nieto, ya que no ejercía sobre él la patria potestad.

El efecto inmediato de la adopción era hacer salir al hijo de su familia natural para entrar a formar parte de otra; el adoptado sufría *capitis diminutio* mínima, manteniéndose los vínculos de parentesco consanguíneo o cognaticio con la familia natural del adoptante.

2.2.1.3. La adopción en Costa Rica

Este instituto legal se regula por primera vez en nuestro país por el Código General de 1841; pero el Código Civil que entró en vigencia en 1888 omitió su regulación, por lo cual se hizo necesaria la promulgación de una ley, la N° 140 del 10 de agosto de 1934, reformada mediante ley N° 1563 del 19 de mayo de 1953 y por la ley N° 2522 del 17 de febrero de 1960. Cuando se promulgó el Código de Familia, mediante ley N° 5476 del 21 de diciembre de

1973 la anterior ley quedó derogada y se incorporó la adopción a esa nueva regulación.²³

Originalmente, nuestra legislación distinguió entre dos clases de adopción: la adopción *plena*, permitida únicamente a los cónyuges que vivan juntos y que procedan de consuno, y que permitía la adopción de menores de catorce años, o de más de esa edad cuando hubieren vivido con los adoptantes antes de cumplirla; y la adopción *simple*, permitida tanto a los cónyuges como a personas solteras, viudas o divorciadas, donde se permitía que el adoptando fuese mayor de edad.

La forma *plena* establecía un vínculo paterno-filial total y pleno entre el adoptante y el adoptado, ya que éste se desvinculaba de su familia consanguínea; mientras que en la adopción simple únicamente se originaba la relación paterno-filial entre adoptante y adoptado, conservando éste todos los derechos y obligaciones que le vinculan con sus parientes consanguíneos y afines.

A partir de la promulgación del Código de Familia es el propio cuerpo legal quien da la definición de adopción, así como toda la regulación y procedimientos, en el Capítulo VI del Título II, Filiación por adopción.

El artículo 100 nos la define:

“La adopción es una institución jurídica de integración y protección familiar, orden público e interés social.

²³ BRENES CÓRDOBA, Alberto: *Tratado de las personas*. Ed. Juricentro. San José, Costa Rica, pp. 125-129

Constituye un proceso jurídico y psicosocial, mediante el que el adoptado entra a formar parte de la familia de los adoptantes, para todos los efectos, en calidad de hijo o hija.”

En la nueva regulación del instituto se parte de la idea de que todo menor tiene el derecho natural de crecer con su familia, por lo cual las circunstancias que le permitan salir de ese núcleo se consideran especiales y están determinadas por el propio Código, como sería el caso del abandono del menor. Esta concepción introduce una modificación en el criterio socialmente difundido de que la adopción es un mecanismo para dar hijos a las parejas que no han podido tenerlos, por impedimentos de origen biológico en la mayoría de los casos.

Como resultado de la adopción se establecen los mismos vínculos jurídicos que unen a los padres con los hijos e hija consanguíneos, vínculo que se extiende a las familias consanguíneas de los adoptantes; el adoptado se desvincula, en forma total y absoluta, de su familia consanguínea, salvo los impedimentos matrimoniales por razón del parentesco regulados en el artículo 14 del Código y, finalmente, todo lo concerniente al término y suspensión de la patria potestad se rige para la adopción por las normas que al respecto tiene el mismo cuerpo legal. (artículo 102, Código de Familia)

Se modifican las formas de adopción, existiendo ahora las formas **individual**, cuando el adoptante es único, o conjunta, cuando se

decreta a solicitud de ambos cónyuges, quienes deben vivir juntos y proceder de consuno. (artículo 103, Código de Familia).

Otro aspecto que consideramos es importante resaltar, porque constituye una modificación en relación a la legislación anterior, es del carácter irrevocable de la adopción, establecido en el artículo 111, donde se establece que: “La adopción se constituye desde que queda firme la sentencia aprobatoria; es irrevocable, no puede terminar por acuerdo de las partes ni estar sujeta a condiciones”. Anteriormente la adopción simple si podía ser revocada judicialmente, tanto por rescisión unilateral como bilateral.

Hemos visto así, muy brevemente, el tema de la filiación adoptiva. No le dedicamos más tiempo por considerar que es bastante ajeno a la investigación planteada: aquí no hay paternidad presunta. Se es padre y madre adoptiva por decisión expresa, evidente y probada en un proceso que no es fácil ni rápido en la mayoría de los casos. Además, el hijo adoptivo, por ser un hijo deseado, goza de una situación de privilegio en relación a una gran parte de los hijos biológicos, abandonados o negados; creemos que podemos encontrar un índice para medir ésta afirmación en el dato encontrado en el Anuario Estadístico de Costa Rica 1988-1992²⁴, cuando al contabilizar el Total de menores atendidos en el Tribunal Tutelar de Menores de San José, reporta 5 casos de hijos adoptados, en un total de 828. (362 se refieren a hijos matrimoniales y 461 a hijos extramatrimoniales).

²⁴ MINISTERIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMERCIO, ÁREA DE ESTADÍSTICA Y CENSOS: *Anuario Estadístico de Costa Rica 1988-1992*. San José, Costa Rica, 1998, pág. 124

2.3. Contenido de la relación paterno-filial

Todas las formas de filiación enunciadas más arriba producen efectos, tanto de orden personal como patrimonial; la ley costarricense garantiza la igualdad de derechos y oportunidades de todos los hijos, cualquiera que sea su clase de filiación.

El contenido básico de la relación paterno filial incluye:

2.3.1. Apellidos

La filiación determina los apellidos, conforme a las reglas establecidas en el Título II, Derechos de la personalidad y nombre de las personas, Capítulo II, Del Nombre de la personas. Destacaremos los siguientes artículos:

"Art. 49: Toda persona tiene el derecho y la obligación de tener un nombre que la identifique, el cual estará formado por una o a lo sumo dos palabras usadas como nombre de pila, seguida del primer apellido del padre y del primer apellido de la madre, en ese orden.

Art. 51. Cuando se presente a una persona como hijo de padres desconocidos, el oficial del Registro le pondrá nombre y apellido, haciéndose constar esta circunstancia en el acta...

Art. 52. Cuando el hijo haya nacido fuera del matrimonio se le pondrán los apellidos de la madre. Si ésta tuviere uno solo, se repetirá para el hijo"

También en el Código de Familia encontramos disposiciones a este respecto. Así, en el Título II, Paternidad y Filiación, Capítulo VI, Filiación por adopción, los siguientes artículos:

"Art. 104. Apellidos del adoptado: El adoptado en forma individual repetirá los apellidos del adoptante. El adoptado en forma conjunta llevará, como primer apellido, el primero del adoptante y como segundo apellido, el primero de la adoptante.

En caso de que un cónyuge adopte al hijo o la hija de su consorte, el adoptado usará, como primer apellido, el primero del adoptante o padre consanguíneo y, como segundo apellido, el primero de la madre consanguínea o adoptiva.

Art. 105. Cambio de nombre del adoptado: En la misma resolución que autoriza la adopción, el Tribunal podrá autorizar, a solicitud de los interesados, el cambio del nombre del adoptado"

Encontramos aquí, en la definición legal del nombre, una manifestación de las tradiciones romanas, vistas más arriba, según la cual "La familia se conservaba a través del varón y la mujer era considerada como el fin del linaje (*finis familiae*) porque no era jurídicamente idónea para perpetuar la descendencia". También para nosotros, a pesar de que la única relación filial cierta es la materna, el apellido del hijo es en primer lugar el paterno y sólo ante la ausencia de éste, se usará el de la madre.

2.3.2. Vela y alimentos

La obligación de dar alimentos a los hijos es independiente del ejercicio de la patria potestad y está circunscrita a la minoridad del hijo, salvo que éste sea incapaz o esté realizando estudios. Esta regulación la encontramos, básicamente, en el Título IV, Capítulo único, del Código de Familia; citaremos expresamente los siguientes artículos:

"Art. 169: Alimentos. Quienes deben; Deben alimentos:...2) Los padres a sus hijos menores o incapaces y los hijos a sus padres.

Art. 170: Alimentos. Cónyuges pueden demandarlos aún cuando se encuentren separados: Los cónyuges podrán demandar alimentos para sí y para sus hijos comunes, aunque no se encuentren separados.

Tanto la madre como el padre podrán demandar alimentos para sus hijos extramatrimoniales en las circunstancias del párrafo anterior.

Art. 173. Alimentos. Casos en que no existe obligación de dar: No existirá obligación de proporcionar alimentos :...5) Cuando los alimentarios hayan alcanzado su mayoría, salvo que no hayan terminado los estudios para adquirir una profesión u oficio, mientras no sobrepasen los veinticinco años y obtengan buenos rendimientos con una carga académica razonable..."

Destacaremos la prohibición para ejercer la patria potestad del artículo 156 del Código de Familia:

“No ejercerá la patria potestad el padre o la madre cuya negativa a reconocer el hijo haya hecho necesaria la declaración judicial de filiación...”

Como hemos dicho, la obligación de alimentos es independiente del ejercicio de la patria potestad, así que el padre obligado judicialmente al reconocimiento del hijo la mantiene; no así otros derechos derivados de ella.

2.3.3. Relación personal

Dentro de los derechos regulados por la patria potestad encontramos el de los padres de relacionarse con sus hijos menores.

2.3.4. Derechos sucesorios

“La ley considera la relación paterno-filial como inicial de la línea recta descendente y ascendente, y atribuye derechos sucesorios”²⁵.

En la sucesión legítima encontramos esta regulación en el art. 572 del Código Civil:

“Son herederos legítimos:

1- Los hijos, los padres y el consorte o conviviente en unión de hecho, con las siguientes advertencias...c) En la sucesión de un hijo extramatrimonial, el padre sólo heredará cuando lo hubiere reconocido con su consentimiento, o con el de la madre y, a falta de ese consentimiento, si le hubiere suministrado alimentos

²⁵ LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: op.cit, pág. 612

durante dos años consecutivos al menos...

2- Los abuelos y demás ascendientes legítimos. La madre y la abuela por parte de madre, aunque sean naturales, se consideran legítimas, lo mismo que la abuela natural por parte de padre legítimo;

3- Los hermanos legítimos y los naturales por parte de madre;

4- Los hijos de los hermanos legítimos o naturales por parte de madre; y los hijos de la hermana legítima o natural por parte de madre;

5- Los hermanos legítimos de los padres legítimos del causante y los hermanos uterinos no legítimos de la madre o del padre legítimo..."

En la sucesión testamentaria, al regular la capacidad de disponer y recibir por testamento se dispone, en el art. 595 del mismo cuerpo legal:

"El testador podrá disponer libremente de sus bienes, con tal de que deje asegurados los alimentos de su hijo hasta la mayoría de edad si es menor, y por toda la vida si el hijo tiene una discapacidad que el impida valerse por sí mismo; además, deberá asegurar la manutención de sus padres y la de su consorte mientras la necesiten.

Si el testador omite cumplir con la obligación de proveer alimentos, el heredero solo recibirá de los bienes lo que sobre, después de dar al alimentario, previa estimación de peritos, una cantidad suficiente para asegurar sus alimentos."

2.3.5. Otros

La relación paterno-filial incluye una serie de poderes, deberes, facultades, derechos y obligaciones. Los principales derechos y obligaciones derivados de la posición personal existente entre cada uno de los miembros del grupo familiar los encontramos resumidos en el siguiente cuadro²⁶: Están todos ellos contenidos en el Título III del Código de Familia, donde se regula la Autoridad Paternal o Patria Potestad.

DERECHOS	OBLIGACIONES
DEL PADRE	
A convivir con sus hijos.	Cuidado personal y crianza.
A corregir, vigilar y sancionar moderadamente a los hijos.	Cuidado personal de la educación.
A dirigir la educación de los hijos.	A inculcarles una moral aconsejable.
A dirigir su formación moral e intelectual.	A colaborar en su crianza, sustentación y establecimiento, en proporción a sus capacidades económicas.
Si el hijo tuviere bienes, a cancelar con el producto de éstos gastos de crianza y educación.	
A exigir al hijo ayuda y socorro, cuando lo necesite.	Si es extramatrimonial el hijo, a ejercer la autoridad conjunta con la madre.
A exigir alimentos al hijo.	Cumplir con sus obligaciones económicas y morales.
A visitar a sus hijos, en caso de pérdida o suspensión del cuidado personal de ellos.	
DEL HIJO	

²⁶ GÓMEZ PIEDRAHITA: op. cit, pág. 213

A elegir estado y profesión.	Respeto y obediencia a los Padres.
A ser vigilado, corregido y sancionado moderadamente.	Cuidar a los padres en la ancianidad y en el estado de demencia.
A solicitar alimentos en caso de necesidad y en ausencia de los padres, para lo cual se presume su autorización.	Socorrerles cuando necesiten ayuda.

Además de las obligaciones de alimentos y derechos sucesorios y vistos, la filiación en primer grado también atribuye la defensa del ausente, la investigación de su persona, protección y administración de sus bienes y cumplimiento de sus obligaciones; legitimación activa para instar la incapacitación, llamamientos para cargos tutelares y, tal como quedó dicho, todo el contenido de la patria potestad.

3. LA PATERNIDAD

Desde el punto de vista jurídico el término paternidad define el vínculo biológico que existe entre los progenitores y sus hijos, e involucra a ambas relaciones: la paternidad y la maternidad. Nosotros vamos a estudiar separadamente cada concepto porque, como hemos venido sosteniendo, consideramos que este tratamiento ha degenerado en graves injusticias para las madres.

Queremos iniciar estas reflexiones volviendo la atención sobre el punto del elemento biológico que supuestamente define la paternidad, ya que no es el único fundamento de la relación paterno-filial. Hay elementos afectivos, espirituales, sociales, que tampoco son ajenos al reconocimiento

legal, como veremos cuando estudiemos el énfasis que se da en el ordenamiento jurídico a la posesión notoria de estado, principalmente en el caso de la filiación extramatrimonial.

“El hombre es un ser que posee facultades físicas y espirituales. La continuación física es ejercida en el hombre por el lazo de sangre que une el hijo a sus dos autores. La continuación espiritual es creada por la voluntad”.²⁷

Un acercamiento de origen sociológico que merece reseña es el citado por Rivero Hernández²⁸, que transcribiremos a continuación:

“... destácase modernamente, frente a quienes consideran sinónimos los conceptos “nacido de” e “hijo de”, la idea de que la personalidad del hijo no viene determinada tanto por el factor biológico hereditario como por el ambiente en que se desarrolla, el cual transmite al hijo, procreado o no por sus “padres”, los valores positivos o negativos que modelan su carácter y constituyen su personalidad, que es lo más valioso de ese hijo, desde el punto de vista social. A este respecto, distínguese entre “maternité” (o “paternité”), basada en la procreación, y “maternage” (y “paternage”), que se constituye a través de los cuidados materiales, afectivos, educativos y demás por medio de los cuales el niño llega a ser, deviene, “hijo” de determinada persona, procreadora o no.”

²⁷ PINIER: *Role de la volonté et des liens de sang dans la filiation*. Tesis mecanografiada. París, 1945. Pág. 290, citado por Rivero Hernández: *La presunción de Paternidad Legítima*. Ed. Tecnos, Madrid. 1971, pág. 29

²⁸ RIVERO HERNÁNDEZ: op.cit, pág. 29

3.1. La maternidad

Legalmente se define la maternidad como

“Relación parental que une a la madre con el hijo. La maternidad puede ser legítima, cuando el hijo es concebido en el matrimonio, o ilegítima, cuando es concebido extramatrimonialmente”²⁹.

Además, se incluye en el mismo texto el concepto de maternidad natural:

“Vínculo genérico entre mujer no casada al concebir y su hijo, engendrado por quien tampoco estaba casado entonces”

Por suposición legal benévola, el de igual carácter entre mujer no casada y su hijo, cuando no consta la cualidad del padre, posiblemente casado, lo que tornaría ilegítima o adulterina la filiación y la maternidad.

Alcalá Zamora completa esos conceptos expresando que la maternidad natural asume la totalidad de los derechos de la patria potestad y las demás facultades jurídicas y obligaciones cuando no existe reconocimiento -o ejercicio de hecho- por el padre natural”.

Aparece aquí enunciado, por boca de un reconocido jurista, un hecho al que ya hicimos referencia y es que la madre es legalmente responsable de la prole, mientras que el hombre es voluntariamente

responsable. Esta concepción, socialmente aceptada como muy lógica, se traduce en la imposición de pautas de conducta por las cuales la sociedad se asegura que las madres asuman la exigencia patriarcal de ser las únicas responsables de sus crías.

La madre debe ejecutar todas las funciones necesarias para sostener la vida de sus hijos, debe educarlos y hacer de ellos adultos positivos para la sociedad. La realidad nos muestra que la maternidad podemos dividirla en dos etapas: la gestación (maternidad primaria) y la crianza (maternidad secundaria)³⁰. En la primera etapa el trabajo es urgente y ciertamente materno; el niño depende de la relación biológica con su madre para sobrevivir. La segunda etapa, también responsabilidad atribuida culturalmente a las madres, incluye una serie de actividades que pueden perfectamente ser asumidas por otras personas, entre ellas, evidentemente, los padres.

Hay fuertes exigencias sociales: la mujer debe desear la maternidad, porque es en ella donde desarrolla su potencial femenino; consiguientemente, está obligada a amar profundamente al hijo porque un sentimiento contrario, la convertirá automáticamente en un monstruo o una perversa. En esta tarea, debe sacrificarse personalmente tanto como haga falta: abandonar la educación, los proyectos personales, asumir con resignación la pobreza, son algunos de los sacrificios que se le exigen como naturales e inherentes a su condición de mujer-madre. Los índices de miseria

²⁹ OSSORIO, Manuel: *Diccionario de Ciencias Jurídicas, políticas y Sociales*. Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1974, pp. 451-452

³⁰ ALIZADE, Alcira Mariam: *La Mujer Sola, Ensayo sobre la dama andante en Occidente*. Ed. Lumen Tercer Milenio, Buenos Aires, Argentina, 1998, pág. 167

están notablemente aumentados en la categoría de mujeres solas, porque ellas llevan sus hijos a cuestas. Alizade las denomina “cautivas sociales”.³¹

3.2. La paternidad en sentido propio

Ya hemos dicho en otra parte de este trabajo que la maternidad es un tema mucho más estudiado que la paternidad; ahora, cuando buscamos información para darle contenido a este punto de la investigación nos tropezamos con la dificultad de no contar con suficiente material doctrinario. Como un ejemplo de esto mencionaremos el hecho de que el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio, al cual hemos venido recurriendo para las definiciones legales, no cuenta con ninguna acepción del término “paternidad”.

Los tratadistas se limitan a definir la paternidad como el vínculo biológico existente entre padres e hijos, cuando es visto desde el lado de los padres, y que se llama filiación cuando es visto desde el lado de los hijos; así que para efectos de los derechos y deberes contenidos en este concepto, nos remitimos a lo ya dicho sobre el contenido de la filiación.

Solamente quiero hacer una acotación adicional. Aparte de las exigencias propiamente biológicas que vimos para la maternidad, como son el embarazo, el parto y el amamantamiento, no existe ninguna actividad dentro de la relación parental que no pueda ser asumida también por el padre. La mujer pone el cuerpo para la gestación, pero el hombre debe acompañar a la

³¹ ALIZADE: op.cit, pág. 201

madre en todas las tareas de la crianza. Ésto, que parece de perogrullo, no está reflejado dentro de los conceptos jurídicos que recoge la doctrina.

Vimos, en el caso de la maternidad natural, cómo Alcalá Zamora presentó como una idea perfectamente lógica que la madre asumiera la totalidad de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad.

¿Para qué, entonces, molestarse en estudiar la paternidad, si “los hijos son de la madre”?

CAPÍTULO SEGUNDO

LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD DEL HIJO

MATRIMONIAL

1. LA FILIACIÓN MATRIMONIAL

1.1. Concepto

Cuando el nacimiento de un niño ocurre dentro de un matrimonio, de una pareja casada legalmente, estamos ante el supuesto de filiación matrimonial. Ésta es una concepción que tuvo mucha importancia en tiempos históricos, porque los hijos nacidos de esta relación matrimonial adquirirían derechos totalmente diferentes que los nacidos en relaciones extramatrimoniales, en los casos en que a éstos se les llegara a reconocer algún derecho.

1.2. Referencia Histórica

Normalmente cuando hacemos una referencia histórica debemos trasladarnos al derecho romano, porque las instituciones que allí se desarrollaron han marcado todos nuestros ordenamientos jurídicos. Para el siguiente resumen nos hemos apoyado en los textos de derecho romano de Di Pietro y Lapieza, Iglesias, y Petit.

Una de las formas de entrar a formar parte de una familia romana era el nacimiento (las otras son la adopción y el *convenio in manum*). Pero, a pesar de que nos parezca que es lógico que el nacimiento sea el modo normal de entrar en la familia, en Roma sólo se aplicó al procreado en *justae nuptiae* por individuo varón de la familia, sea *pater* o *filius*.

En el antiguo *ius civile* no existe un recurso jurídico para desconocer o hacer reconocer la legitimidad de los hijos; el *pater* tenía soberanía absoluta y no podía ser obligado a aceptar contra su voluntad el ingreso de alguien en su familia.

Sin embargo, se reconoce el vínculo de procreación cuando éste es legítimo, cuando tiene lugar dentro del matrimonio; los hijos así procreados son los hijos legítimos; están bajo la autoridad de su padre o del abuelo paterno, cuando el padre es *alieni iuris*. Forman parte de la familia civil del padre, a título de *agnados*, y toman también su nombre y condición social

En cambio, entre los hijos y la madre sólo existe un lazo de parentesco natural, de *cognación*, en el primer grado.

La filiación legítima en relación a la madre es un hecho fácil de establecer. Respecto del padre, la paternidad era incierta y se recurría al sistema de presunciones para determinarla: se presume que el marido de la madre sea el padre (*Pater is est quem justae nuptiae demonstrant*). Esta presunción de legitimidad no es impuesta de manera absoluta, y cesa cuando el hijo no ha sido concebido durante el matrimonio o si, por ausencia o enfermedad del marido, ha sido imposible toda cohabitación con la mujer durante el período de la concepción. Es una presunción *ius tantum*.

Para facilitar la solución de estas cuestiones el Derecho romano fijó los períodos de tiempo dentro de los cuales operaba la presunción; se fijó en trescientos días la duración más larga del embarazo, y la más corta en

ciento ochenta días; de suerte que el hijo será *iustus* si nace el día ciento ochenta y uno después del matrimonio, incluyendo el día del matrimonio, o trescientos y un día después, comprendiendo el día de la disolución de las *justae nuptiae*.

No obstante la presunción legal referida, el padre podía desconocer la paternidad de un hijo, aún cuando hubiese nacido dentro de los plazos consagrados por la ley, pero en ese caso la madre estaba autorizada para ejercer una acción prejudicial de reconocimiento, llamada *actio de partu agnoscendo* y los hijos la acción de *liberis agnoscendo*; por la primera, la madre, especialmente la divorciada, para asegurar el estado de un hijo aún no nacido, hacía conocer al marido (o al padre, o abuelo de éste, bajo cuya potestad estuviera) el hecho del embarazo, a fin de que se controlara el parto, bajo pena de dar por reconocida la paternidad. Por la segunda, el hijo podía exigir el reconocimiento de la paternidad, aunque el padre hubiese fallecido.

Estas acciones son claros antecedentes de las actuales acciones de estado; tenían por objeto imponer al padre la prestación de alimentos, pero no otorgaban los derechos inherentes a la paternidad en forma total y definitiva.

Debemos referirnos también a la legitimación: acto jurídico mediante el cual el padre natural hace entrar a su familia al hijo habido de un concubinato, equiparándolo de esa forma al hijo legítimo; es una manera de hacer legítimos a los hijos naturales.

La legitimación alcanzó gran auge en Roma en la época de los Emperadores cristianos, a partir de Constantino, quienes la favorecieron con el fin de propiciar que las familias se constituyeran legítimamente, confirmando así que la única unión lícita y honorable era la matrimonial.

Para la legitimación romana se exigió como requisito imprescindible que el hijo fuese fruto de un concubinato, quedando por lo tanto excluidos de esa posibilidad los hijos adulterinos, los hijos incestuosos y los *vulgo concepti*. Se requería además para la legitimación, que el hijo diera su consentimiento debido a las consecuencias tan importantes que ese acto traía consigo, entre las cuales destacaremos el tránsito de *sui iuris* a *alieni iuris* y la adquisición de derechos hereditarios. En el caso de que el hijo no estuviese en condiciones de dar su consentimiento, básicamente por razones de edad, la legitimación debía ratificarse una vez que estuviere en condiciones de decidir.

La legitimación se consideró como un acto trascendental y solemne y se le exigieron una serie de formalidades. La ley reconoció varios modos de legitimación: por subsiguiente matrimonio de los concubinos, por oblación u ofrecimiento a la curia y por rescripto imperial. Algunos autores agregan la legitimación por testamento, pero parece corresponder al rescripto imperial.

Veamos brevemente estas formas.

La legitimación por subsiguiente matrimonio de los padres que vivían o habían vivido en concubinato se permite a partir de Constantino. Se

exigían ciertas condiciones, como es que no debía existir ningún impedimento, permanente o temporal que hiciera imposible el matrimonio de los padres, desde el momento de la concepción del hijo. También se requería que el matrimonio fuese acompañado de un contrato nupcial, en el que debía establecerse una dote, y que tenía por finalidad probar documentalmente la existencia de la unión matrimonial. Esta clase de legitimación equiparaba al hijo legitimado con el nacido de justas nupcias y le permitía entrar a formar parte de la familia paterna, con los correspondientes derechos de agnación.

En el caso de la legitimación por oblación u ofrecimiento a la curia, el padre se hacía responsable de que su hijo aceptara las funciones de decurión, curión o curial, que equivalía a consejeros municipales, y estaban obligados a responder con su propia fortuna del resultado de las obras fiscales decretadas. Además, el padre debía separar de su patrimonio una cierta cantidad de inmuebles para garantizar la gestión de su hijo. Este modo de legitimar sólo era accesible a las personas pudientes ; el hijo legitimado se convertía en agnado de su padre, pero no entraba a formar parte de la familia civil de éste. Esta clase de legitimación era posible aún cuando el padre tuviese otros hijos legítimos.

La tercera forma de legitimación, el rescripto imperial, se debe al Emperador Justiniano y permitió legitimar y adquirir la patria potestad sobre hijos que eran fruto de uniones que no podían convertirse en matrimonio por la existencia de impedimentos legales entre los padres, con la condición de que el padre natural no tuviera hijos legítimos anteriores. Para obtener esta

legitimación el padre, o los propios hijos interesados, debían dirigirse al Emperador directamente, en el caso de los segundos, presentando el testamento donde constara la legitimación. Los efectos de esta legitimación eran completos, como en el caso de legitimación por subsiguiente matrimonio y, en consecuencia, los hijos entraban a la familia de su padre y gozaban de todos los derechos derivados de la agnación.

1.3. Medios de Determinación

En el primer punto de este capítulo vimos que la filiación matrimonial es la procedente de padre y madre casados entre sí; pero esta situación legal cobija varios supuestos: que el hijo haya sido presuntamente concebido dentro del matrimonio, después de celebrado y antes de disuelto o de separados los cónyuges, que haya sido concebido antes de celebrado y que haya sido concebido e, incluso, que haya nacido antes del matrimonio. La importancia práctica de estas diferencias está referida a los modos de determinación de la presunción que ampara la filiación matrimonial en cada uno de esos casos.

Cuando nos refiramos a hijos legítimos e hijos legitimables lo haremos estrictamente por razones de sistematización, sin darle a esos términos ningún matiz ético ni moralizante, respetando la prohibición constitucional de hacer calificaciones por razón del origen filial. Nos veremos obligados a utilizarlos porque es la que tradicionalmente aparece en la doctrina y porque en el Código de Familia la división viene dada por hijos

matrimoniales y extramatrimoniales, pero la posibilidad de legitimación engloba tanto a algunos hijos nacidos dentro del matrimonio, como a los nacidos fuera de él cuando hay subsiguiente matrimonio de los padres.

Hecha esta aclaración, pasemos al análisis de los sistemas de presunciones.

2. LA PRESUNCIÓN DE FILIACIÓN MATRIMONIAL

2.1. La presunción de filiación legítima

El Código de Familia regula en el primer párrafo de su artículo 69, la presunción de hijos de matrimonio:

“Se presumen habidos en el matrimonio los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde su celebración o desde la reunión de los cónyuges separados judicialmente y también los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges judicialmente decretada...”

Acabamos de enunciar el viejo precepto de *pater is est quem nuptiae demonstrant*, que engloba varios requisitos o presupuestos³²: el matrimonio de los progenitores, la maternidad de la esposa, la concepción o el nacimiento dentro del matrimonio y la paternidad del marido, siendo este último el más característico de la relación jurídica.

³² RIVERO HERNÁNDEZ: op.cit, pág. 57

La generalidad de los autores estudiados en la doctrina insisten en resaltar el misterio que rodea a la paternidad y la dificultad de su prueba; frente a la concepción clásica de *mater semper certa est*, aparece la incertidumbre de la paternidad, resuelta por el principio de *pater is est*, que acabamos de mencionar, y que engloba realmente dos presunciones: la legitimidad, determinada por la época de la concepción y la presunción de que el hijo, por haber sido concebido durante el matrimonio, se reputa engendrado por el marido de la madre, en quien consiguientemente cae la presunción de paternidad.

Se afirma que ésta es una presunción *iuris et de iure*, es decir, que no admite prueba en contrario. Veamos lo que realmente se presume: a partir del hecho biológico conocido del nacimiento se trata de determinar la época de la concepción, puesto que se sabe -desde los antiguos tiempos de Galeno e Hipócrates- que la gestación del ser humano no excede de cierto plazo, ni puede completarse sino después de transcurrido otro plazo también cierto, por lo cual la ley puede presumir que el momento de la concepción está ubicado dentro de una época establecida entre el mínimo y el máximo de dichos plazos. Como no es posible determinar el momento de la concepción, la presunción es válida para cualquiera de los 120 días comprendidos dentro de los plazos referidos; es lo que en doctrina se denomina *omni meliore momento*. Ésta determinación hecha de la época de la concepción biológica es lo que no admite prueba en contrario.³³

³³ ZANNONI: op.cit, pág. 317

El artículo 69, que estamos analizando, incluye en su segundo párrafo otra presunción de legitimidad:

“...Se presumen igualmente hijos del matrimonio los nacidos dentro de los ciento ochenta días después de su celebración, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Si el marido, antes de casarse, tuvo conocimiento del embarazo de su mujer;**
- b) Si estando presente consintió en que se tuviere como suyo al hijo en el acta de nacimiento inscrita en el Registro Civil; y**
- c) Si de cualquier modo lo admitió como tal”**

Estamos aquí frente a una situación en la que la regla *pater is est...* se extiende, en función de *favor legitimatis*, a los hijos concebidos por la mujer antes de la celebración del matrimonio y nacidos después aunque no hubiesen transcurrido los primeros ciento ochenta días desde dicha celebración. En este caso opera una suerte de legitimación, que en otras legislaciones se estudia como legitimación *ipso iure*, pero que solamente se produce si el marido manifiesta su aceptación, pudiendo negarse si no supo antes de casarse de la existencia del embarazo o si no reconoce expresamente al hijo como suyo en el acto de inscripción.

En este caso tenemos una presunción *iuris tantum*, que sigue estableciendo la paternidad del marido de la madre, pese a que en este caso la

regla *omni meliore momento* sitúe la concepción en un momento anterior al matrimonio, por lo cual se permite la negativa del marido a aceptarla y también que pueda destruirse mediante un proceso de impugnación. Se trata pues, de una de las situaciones en las que la ley no basa su presunción en la creencia de la existencia de un vínculo biológico real entre el padre y su hijo, sino más bien en la aceptación de que si el hombre admite al hijo como legítimo, o no lo desconoce, es porque tiene la íntima convicción de que ciertamente es suyo.

En ambos casos de presunciones contenidas en el artículo 69, se admite la prueba en contrario cuando está destinada a demostrar la imposibilidad del marido de cohabitación fecunda con su mujer en la época en que tuvo lugar la concepción del hijo, de acuerdo a la disposición contenida en el artículo 70 del mismo cuerpo legal. Se añade que:

“el adulterio de la mujer no autoriza por sí mismo al marido para desconocer al hijo; pero si prueba que lo hubo durante la época en que tuvo lugar la concepción del hijo, le será admitida prueba de cualquiera otros hechos conducentes a demostrar su no paternidad”.

La última situación que contempla la ley dentro de la filiación matrimonial es la del hijo que nace después de trescientos días de separación de hecho de los cónyuges, de la disolución del matrimonio, o de la declaración de ausencia del marido, y que no haya tenido posesión notoria de estado por parte del marido; está regulada por los artículos 71 y 75 del Código de Familia, donde se establece que se le tendrá por hijo habido fuera del matrimonio y se

da a la madre, el hijo o quien lo represente, la legitimación para solicitar en juicio la declaración de hijo matrimonial.

En este último caso estudiado, cuando el plazo es superior a los trescientos días, si el exceso del término es pequeño, cabrá sostener la cualidad matrimonial del hijo sobre la base de la prueba de una gestación prolongada, por lo cual se prevé en el artículo 75 que el hijo se considerará extramatrimonial, salvo prueba en contrario.

En el siguiente punto, haremos mención a los medios de prueba que el Código de Familia reconoce para los casos de filiación de los hijos de matrimonio. En primer lugar, tenemos como medio de prueba las actas de nacimiento, porque como hemos venido estudiando, si los padres están casados el hijo se presumirá producto de esa unión y, solamente en caso de que este medio probatorio sea incompleto o falso, se recurrirá a la posesión notoria de estado, o cualquier otro medio ordinario de prueba. (Artículos 79 y 80 del Código de Familia). (Véase NOTA en página 119 de este trabajo)

Comentario [VEAS1]:

2.2. La presunción de filiación legitimable

“La legitimación, por expresa previsión de la ley, es la conversión de un hijo ilegítimo en legítimo. Bien se advierte que esta institución parte del supuesto de una diferencia respecto a la condición de los hijos, es decir, la existencia de los que son legítimos o matrimoniales y los que son ilegítimos o extramatrimoniales. Como norma general, se puede decir que la legitimación se produce por el subsiguiente matrimonio de los

padres...”³⁴

Estamos ahora en el caso de los hijos procreados por los mismos padres antes del matrimonio, que con la celebración de éste se tendrán como hijos legítimos (artículo 81 del Código de Familia) desde el día de su concepción, presunción que también ampara a los descendientes de los hijos muertos al tiempo de la celebración del matrimonio (artículo 83 del Código de Familia).

Esta disposición difiere de la regulación que encontramos normalmente en la doctrina, ya que los ordenamientos de otros países retrotraen los efectos de la legitimación al momento de la celebración del matrimonio, y no al nacimiento como en nuestra legislación.

La norma citada continúa regulando que:

“...La manifestación correspondiente podrá hacerla el padre o los progenitores conjuntamente en testamento, en escritura pública, por medio de acta levantada ante el Patronato Nacional de la Infancia, por escrito dirigido al Registro Civil, o ante el funcionario que celebre la boda en la solicitud para contraer matrimonio o en el momento de la ceremonia.

A falta de la manifestación a que se refiere el párrafo anterior, la legitimación requerirá declaración del Tribunal.”

³⁴ OSSORIO: op.cit, pág. 420

Finalmente, cuando el matrimonio fuere declarado nulo, los hijos mantendrán su condición de matrimoniales. (artículo 82 Código de Familia).

3. ACCIONES DE FILIACIÓN MATRIMONIAL

3.1. La vindicación

En nuestro derecho un hijo que se considere matrimonial puede reivindicar su estado; tal derecho es imprescriptible, según disposición contenida en el artículo 76 del Código de Familia; donde además se dispone que “Por muerte de los hijos ese derecho pasa a los nietos y respecto a ellos también es imprescriptible”.

Esta garantía legal tiene especial importancia en materia de sucesiones, ya que si el hijo no ha reclamado derechos, podrán hacerlo los nietos o bisnietos, siempre que puedan establecer la relación genealógica, dentro de los plazos de prescripción legal. Esta situación la regula el artículo 77, que establece:

“Los herederos de los hijos o de los nietos en su caso, pueden continuar las acciones de vindicación pertinentes; y solamente podrán comenzarlas en caso de que el hijo o nieto falleciere antes de llegar a la mayoría, o si al entrar en ella estuviere incapacitado mentalmente y muriere en ese estado.

La acción de los herederos prescribe en cuatro años, contados desde la muerte del hijo o nieto”.

3.2. La impugnación

Las acciones de impugnación tienen por objeto contradecir y anular la determinación de una filiación matrimonial, porque no hay un vínculo biológico cierto detrás del vínculo jurídico establecido por cualquiera de las presunciones legales ya estudiadas. Dice la doctrina que únicamente cuando la matrimonialidad del hijo sea consecuencia necesaria de su determinación judicial, será inimpugnable por efecto de la cosa juzgada.³⁵

El artículo 72 del Código de Familia regula lo concerniente a la impugnación de paternidad de los hijos de matrimonio:

“La paternidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio sólo puede ser impugnada por el marido personalmente o por apoderado especialísimo y muerto o declarado ausente el marido, por sus herederos en los casos previstos en el artículo 74, excepto lo dicho en el artículo anterior.”

Se refiere ésto a la acción que tienen los herederos para desconocer al hijo, cuando el marido muere antes de vencer el término en que puede hacerlo. Se regula en el citado artículo 74 que:

“La acción de los herederos no será admitida después de dos meses contados a partir del día en que el hijo hubiere entrado en posesión de los bienes del presunto padre, o desde el día en que los herederos fueron

³⁵ LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: op. cit, pág. 636

perturbados en la posesión de la herencia por el presunto hijo”.

La excepción se refiere a los hijos nacidos después de trescientos días de separación de hecho de los cónyuges que, como ya vimos, no se presumen hijos matrimoniales.

Para completar la nómina de los legitimados para iniciar una acción de impugnación de paternidad de hijo matrimonial, el mismo artículo 72, en su segundo párrafo, prescribe:

“El curador, en los casos de incapacidad mental prolongada o incurable del marido, podrá ejercer la acción de impugnación, previo estudio médico legal en donde quede claramente establecido el estado mental del marido”

Se incluye en el tercer párrafo de este artículo 72 que venimos comentando que :

“La inseminación artificial de la mujer con semen del marido, o de un tercero con el consentimiento de ambos cónyuges, equivaldrá a la cohabitación para efectos de filiación y paternidad. Dicho tercero no adquiere ningún derecho ni obligación inherente a tales calidades”

Enfrentamos aquí, nuevamente, la realidad de que la filiación es una verdad jurídica, pero que no es imprescindible que se corresponda a la realidad biológica, porque además de los lazos de sangre, hay lazos afectivos poderosos que unen a los padres con sus hijos.

En relación al momento para plantear la impugnación regulada en el artículo 73, nos remitiremos a lo contenido en la Resolución del TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO CIVIL, SECCIÓN SEGUNDA, Nº 420 de las 9 horas 10 minutos del 02-09-91, que al analizar la caducidad de una acción resolvió:

“El precepto 73 del Código de Familia establece que la acción del marido para impugnar la paternidad podrá intentarse en cualquier tiempo, salvo que el hijo estuviera en posesión notoria de estado, en cuyo caso la acción deberá intentarse dentro del año siguiente a la fecha en que el marido tuvo conocimiento de los hechos que le sirven de fundamento para la impugnación.

Plazo que no corre contra el marido incapaz mental que careciera de curador, que evidentemente no es el caso que aquí se examina. En este caso, como quedó indicado, (el hijo) estaba en posesión notoria de estado de parte del actor.

Él se enteró de los hechos en que sustenta esta impugnación, el doce de agosto de mil novecientos ochenta y ocho. Esta demanda la planteó hasta el quince de junio de mil novecientos noventa (...) cuando ya había transcurrido de sobra el plazo anual establecido por la norma citada. No hay duda entonces que su pretensión caducó...”

CAPÍTULO TERCERO

LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD DEL HIJO HABIDO FUERA DEL MATRIMONIO

1. LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

1.1. Concepto

Filiación no matrimonial o extramatrimonial es la que tiene lugar por naturaleza y procede de padres que no están casados entre sí³⁶.

Históricamente, los efectos de este tipo de filiación fueron radicalmente diferentes de los originados en la filiación matrimonial o legítima, especialmente en cuanto se refiere a los derechos patrimoniales de los hijos, y en materia de sucesiones.

La evolución de rango Constitucional de equiparar los derechos y deberes de todas las categorías de hijos dejó sin efecto todas esas diferencias; sin embargo, en el Código de Familia se mantiene la separación entre hijos de matrimonio, filiación de los hijos adquirida por subsiguiente matrimonio de los padres e hijos habidos fuera del matrimonio, a los efectos de la regulación de las presunciones de legitimidad y de paternidad, ya que hay diferencias substanciales en la forma de probar la relación de paternidad.

1.2. Referencia Histórica

Cuando estudiamos la familia romana vimos que su base no era el parentesco natural ni los lazos afectivos existentes entre sus miembros, sino la autoridad del *pater familias* bajo la cual estaba sujeta un grupo. El vínculo de

³⁶ LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: op.cit, pág. 645

un hijo con su padre, en principio sólo se establecía en la familia agnaticia constituida a través del matrimonio (*pater is est quem iustae nuptiae demonstrant*); el hijo habido fuera del matrimonio puede legalmente ser ignorado por el *pater* ya que no hay en el derecho romano norma alguna referida a la negación o al reconocimiento de la paternidad; sin embargo, en la práctica social solía reconocerse formalmente al recién nacido colocándole a los pies del *pater*, quien lo recogía de tierra, *tollere liberum*. De no ser recogido, se le consideraba *vulgo conceptus* (hijo nacido del vulgo) o *spurii*, porque al nacer fuera del matrimonio se les consideró *non iusti*.

En el Derecho justiniano se llama *legitimi* a los hijos *iusti*, en tanto son *naturales* los habidos en concubinato y *spurii* los que nacen de uniones no estables.

El *vulgo conceptus* sólo adquiriría vínculo de cognación con su madre, pero no integraba la familia agnaticia de ésta; los hijos nacidos del vulgo no tenían padre ni parientes por parte de padre. El vínculo de cognación sólo se reputaba existente en relación a la madre, ya que la vinculación con el padre, que originaba la agnación, sólo procedía de una unión legítima.³⁷

Esta situación irá variando a medida que el derecho romano evoluciona y tiende a dar preponderancia al vínculo que crea la consanguinidad por sobre la clásica agnación. En las Novelas Justinianas, como vimos en párrafos anteriores, se atribuyó al hijo natural derecho

³⁷ IGLESIAS, Juan: *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado*. Ed. Ariel S.A., Barcelona, España, pág. 552

alimentario y una cuota en la sucesión del padre, salvo que se tratase de hijo nacido de uniones adulterinas o incestuosas. Debe señalarse, sin embargo, que no existía una auténtica relación paterno-filial derivada de la filiación natural, ya que la *patria potestas* sólo era atribuida por la legitimación del hijo natural.

Otra institución romana fundamental para el estudio de los orígenes de la filiación extramatrimonial es el concubinato, que junto con el matrimonio fue la principal unión lícita en Roma; se distinguía así de las relaciones pasajeras, consideradas como ilícitas.

Con el nombre de concubinato se designa una unión estable de un hombre y una mujer sin intención o sin posibilidad de ser marido y mujer. Sin intención, por la falta de *affectio maritalis* y del *honor matrimonii* (trato matrimonial); sin posibilidad, por la falta de *connubium*.

En el período republicano, el concubinato fue una relación de hecho no prohibida ni reconocida por la ley, ni reprobada por la opinión pública.

Adquirió mayor desarrollo a continuación de las leyes *Julia de adulteriis* y *Julia et Papia Pappaea*. La primera penaba como *adulterium* -cuando alguno de la pareja era casado- o *stuprum* -cuando ambos eran solteros- a toda relación extramatrimonial y enumeraba a mujeres con las que se consideraba configurable el *stuprum*: esclavas, mujeres del espectáculo público, condenadas como adúlteras, prostitutas, nacidas de humilde origen y

libertas. Era posible, en este caso, una relación extraconyugal estable y no punible.

La segunda ley negaba *connubium* entre esas mujeres y los ciudadanos ingenuos o, por lo menos, los senadores y sus descendientes, es decir, les quitaba la posibilidad de contraer *iustae nuptiae*. Ambas leyes, pues, incitaban o favorecían el concubinato.

A partir de la mencionada *Ley Julia de Adulteriis* el concubinato recibió una especie de sanción legal; le fueron impuestas ciertas condiciones para precisar los límites por los cuales ya únicamente existía un comercio lícito. Por eso el concubinato sólo estaba permitido entre personas púberes, y no parientes en el grado prohibido para el matrimonio. No se puede tener más de una concubina, y únicamente no habiendo mujer legítima.

El consentimiento del jefe de familia no era exigido, escapándose el concubinato a las demás prohibiciones publicadas para las *iustae nuptiae*; por ejemplo, el gobernador que no pudiese casar con una mujer de su provincia, podía tomar una concubina.

En un principio, el concubinato no producía ninguno de los efectos civiles unidos a las *iustae nuptiae*. Por éso la mujer no era elevada a la condición social del marido, pues, aunque algún ciudadano hubiese tomado para concubina a una mujer de su mismo rango, lo cual era muy raro, no era nunca tratada como *uxor* en la casa y en la familia; de donde venía el nombre de *inaequale conjugium* aplicado a esta unión.

En cuanto a los hijos nacidos del concubinato, son cognados de la madre y de los parientes maternos, pero no están sometidos a la autoridad del padre, y nacen *sui iuris*. Por tanto, un ciudadano puede elegir dos clases de uniones, cuyas consecuencias son distintas. Si quiere desarrollar una familia civil, contrae las *justae nuptiae*, que le darán hijos bajo su autoridad; ahora, si quiere dejar fuera de su familia los hijos que le nacieran de la mujer a la cual se unió, entonces toma una concubina.

Cabe preguntarse si estos hijos, que no son agnados del padre pero tienen con él al menos un parentesco natural legalmente cierto, ¿se distinguen por esto de los *spurii* o *vulgo concepti*? En la época clásica, ningún texto pudo afirmarlo. Fue únicamente en el Bajo Imperio, y desde Constantino, cuando parece haber sido reconocido un lazo natural entre el padre y los hijos nacidos del concubinato, designándoles con la nueva apelación de *liberi naturales*. El padre puede legitimarlos y Justiniano terminó dando como efectos de esta filiación natural la obligación de alimentos y ciertos derechos de sucesión.

El concubinato adquirió relevancia jurídica por influencia del cristianismo: como ya mencionamos, se le atribuyeron efectos jurídicos y se establecieron requisitos, configurándolo como una unión similar, aunque inferior, al matrimonio: se le impuso la monogamia -es decir, que no se podía tener esposa y concubina, ni dos concubinas- se requirió pubertad y falta de impedimentos por parentela y afinidad.

Esta especie de matrimonio parece haber nacido de la desigualdad de las condiciones. Un ciudadano tomaba para concubina a una mujer poco honrada, indigna, por tanto, de hacerla su esposa; tal como una manumitida o una ingenua de baja extracción.

Al suprimir los impedimentos matrimoniales basados en razones sociales, el cristianismo quitó la principal causa de los concubinatos y con la legitimación favoreció la conversión de éstos en matrimonio.³⁸

Los emperadores cristianos buscaron la manera de hacer desaparecer el concubinato. Constantino creyó acertar ofreciendo a las personas viviendo entonces en concubinato, y teniendo hijos naturales, legitimarlos, siempre que transformasen su unión en *justae nuptiae*, siendo también acordado por Zenón este mismo favor sin ningún reparo. Anastasio fue todavía más lejos, pues decidió que, tanto en lo presente como en lo futuro, todos los que tuviesen hijos nacidos del concubinato podían legitimarlos contrayendo las *justae nuptiae*. Esta disposición fue conservada por Justiniano; es la legitimación por matrimonio subsiguiente.

Sin embargo, el concubinato subsistió, como institución legal y tolerada por la Iglesia. Fue prohibido en Oriente, la primera vez, por León VI el Filósofo, emperador de Oriente de 775 a 780³⁹.

Destacaremos el hecho de que los hijos nacidos de concubinato estaban en mejor situación legal que los hijos adulterinos o incestuosos, ya que

³⁸ DI PIETRO y LAPIEZA ELLI: op.cit, pp. 374-375

éstos nacían de uniones prohibidas por la ley, y que se distinguían a su vez de los *vulgo concepti*, ya estudiados, producto de uniones fugaces.

El derecho germánico también conoció una significativa evolución en esta materia. En el antiguo derecho, los hijos nacidos de concubinato con mujeres libres -*Kebsehen* o *Friedelehen*- eran legítimos si el padre los acogía, y consiguientemente eran admitidos a la *Sippe*. Esta admisión se cumplía en una ceremonia, nueve noches después del nacimiento, mediante imposición del nombre y aspersion del agua.

En cambio, los hijos nacidos de uniones sexuales puramente ocasionales con mujeres libres, sólo adquirirían parentesco con la madre e ingresaban a la *Sippe* de ésta; pero no adquirirían parentesco con el padre. Si la madre no era libre, el hijo tampoco lo era, aplicándole la regla de que “el hijo sigue a la mano de condición inferior”, y, en sentido jurídico, no se consideraba pariente de su madre. A medida que la evolución del derecho condenó las uniones extramatrimoniales se fueron equiparando como ilegítimos a todos los hijos no nacidos de una esposa legítima -*echte Ehefrau*- perdiendo derechos hereditarios respecto al padre, aunque no respecto a la madre, puesto que regía el principio de que ningún hijo es bastardo respecto a su madre.

De todos modos, y salvo el clásico acogimiento del padre, la tradición germánica no conoció la investigación de la paternidad.⁴⁰

³⁹ PETIT, Eugene: *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Ed. Porrúa S.A., México, 1990, pp. 110-112

⁴⁰ ZANNONI: *op.cit*, pp. 451-453

1.3. Medios de Determinación

La filiación del hijo extramatrimonial puede ser desconocida o determinada; pero, a diferencia de la filiación matrimonial, la determinación casi nunca procede directa o automáticamente de la ley; ni siquiera de un modo pleno, en cuanto a la maternidad; es necesario que se produzca un reconocimiento voluntario (acto negocial) o que medie una sentencia donde se establezca la filiación, a través de un reconocimiento forzoso (decisión jurisdiccional).

Encontramos como elemento común a casi todas las legislaciones que para establecer la filiación extramatrimonial deben distinguirse dos aspectos: a- la maternidad, y b- la paternidad. Al respecto, como ejemplo, citaremos el Código Civil para México D.F., que determina:

“La filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio resulta , con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad”

En el Código de Familia cubano, que veremos más adelante, la maternidad se presume del hecho del parto.

Nuestro Código de Familia no hace ninguna definición acerca de la filiación extramatrimonial, dedicándose de lleno al reconocimiento y a la declaración judicial de paternidad y de maternidad. Sin embargo, es claro que

la omisión no varía el concepto subyacente de que la maternidad viene dada por el solo hecho del nacimiento.

2. EL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO

2.1. Concepto

No existió históricamente la posibilidad -en el caso del hijo nacido fuera del matrimonio- de fundar una presunción de paternidad, como la que vimos se origina en el hecho cierto del matrimonio; es por ello que la ley ha tenido que depender de la declaración espontánea del padre para poder determinar la paternidad.

El reconocimiento de hijo extramatrimonial es la manifestación de voluntad hecha por persona capaz, de tenerse por madre o padre de otro, que se cree justamente es su hijo.⁴¹ LaCruz Berdejo y Sancho Rebullida⁴² complementan esta definición diciendo que :

“El reconocimiento *stricto sensu* puede definirse como el acto jurídico de Derecho de familia, en cuya virtud se declara o admite el hecho de la paternidad (o maternidad) y se asumen o admiten las consecuencias legales inherentes a la misma”

En el caso de la maternidad, dado que a la mujer se le reconoce la condición de madre por el sólo hecho del parto, prueba indubitable del nacimiento del hijo, éste se tiene por reconocido en este evento y solamente se

puede solicitar el reconocimiento o la declaración judicial de maternidad cuando no exista acta de nacimiento, o cuando en la existente no se mencione el nombre de la madre.

Vemos aquí que el ordenamiento presume la existencia de un nexo biológico entre la persona que expresamente reconoce a un hijo como suyo, sin exigirle otra prueba que la del hecho del nacimiento de esa persona, asumiendo que quien reconoce tiene la certeza de ser realmente el padre o la madre, pero sin importarle la comprobación de la verdad de tal afirmación.

Rivero Hernández⁴³ afirma:

“el reconocimiento del hijo natural no es más que una declaración o afirmación de una o varias cohabitaciones habidas con la madre. El que reconoce un hijo natural no puede decir más que eso (en realidad él no sabe, objetivamente, nada más): que él tuvo relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción, por lo que cree que es padre”

Dice Zannoni⁴⁴ que es esa presunción legal de que el reconocimiento se funda en un hecho biológico no probado lo que permite que el reconocimiento pueda ser impugnado o contestado.

⁴¹ GÓMEZ PIEDRAHITA: op. cit, pág. 234

⁴² LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: op.cit, pág. 648

⁴³ RIVERO HERNÁNDEZ: op. cit, pág. 268

⁴⁴ ZANNONI: op.cit, pág. 432

2.2. Naturaleza Jurídica

En la doctrina han surgido tesis variadas acerca de la naturaleza jurídica del reconocimiento; así, se ha dicho:

- Que es una confesión, o sea, un medio de prueba de la filiación extramatrimonial.
- Otra corriente doctrinaria sostiene que tiene una doble vía, porque es confesión -en cuanto es un medio de prueba de la filiación- pero además es admisión, por ser un acto unilateral de voluntad que, como tal, produce efectos *erga omnes*.
- Que es un acto de poder familiar, porque la ley le confiere la capacidad o poder de producir consecuencias jurídicas; en virtud del reconocimiento el padre o la madre pueden crear el vínculo de filiación.
- Es un simple acto lícito, no un negocio jurídico o un acto jurídico, puesto que no existe una voluntad determinada de crear derechos y obligaciones, los cuales aparecen porque se reconoció, independientemente de que aparezcan o no como queridos.
- Es un acto declarativo, porque se apoya en una verdad biológica.

- La mayoría de la doctrina sostiene que es un acto jurídico, porque es un acto voluntario lícito que produce efectos jurídicos, como son establecer relaciones paterno-filiales y obligaciones recíprocas entre las partes.

2.3. Caracteres del reconocimiento voluntario

Los diferentes autores en general coinciden en señalar los siguientes como los principales caracteres del reconocimiento:

Es unilateral, porque quien reconoce adquiere en forma unilateral obligaciones frente al reconocido. Sin embargo, Suárez Franco, citado por Gómez Piedrahita⁴⁵, a pesar de considerar este carácter unilateral, afirma que “se trata de un hecho bilateral, por cuanto surgen también obligaciones para el hijo”.

Es declarativo; es decir, que se adquiere la calidad de hijo retroactivamente a la fecha del nacimiento y no desde el momento en que se produjo el reconocimiento, porque no se está creando un nuevo estado civil, sino reconociendo efectos jurídicos al que se tenía desde el nacimiento.

Es irrevocable: así, el Código de Familia establece, en su artículo 87, que “El reconocimiento es irrevocable. No podrá ser contestado por los herederos de quien lo hizo”. Esto quiere decir que no puede libremente dejarse sin efectos por la sola voluntad de quien reconoce y después se arrepiente.

La revocación del acto testamentario o de la escritura pública que contengan un reconocimiento no implican la revocación del acto mismo. Así, en el Código de Familia, artículo 89, se establece:

“El reconocimiento que resulte de testamento no requerirá el asentimiento de la madre. Este reconocimiento no perderá su fuerza legal aunque el testamento sea revocado”

Es un acto personalísimo, en cuanto solamente el padre o la madre lo pueden hacer.

Es puro y simple; es decir, no admite modalidad, plazo o condición, por tratarse de asuntos relativos al estado civil de las personas, los cuales son de orden público.

Es voluntario, por cuanto nadie está obligado a reconocer contra su voluntad al hijo extramatrimonial, a menos que se declare judicialmente la filiación, previa demostración de la paternidad que no se desea reconocer.

Debe ser inequívoco; ésto es, debe ser tan claro que no admita ninguna interpretación diferente a la del reconocimiento.

Solemne, porque para su validez debe hacerse en las formas señaladas por la ley. En este sentido, el artículo 84 del Código de Familia establece que

⁴⁵ GÓMEZ PIEDRAHITA: op.cit, pág. 236

"... 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".

El reconocimiento puede hacerse por vía testamentaria y, en ese caso, deberá cumplir todas las solemnidades propias de ese acto, reguladas en los artículos 583 a 589 del Código Civil.

Cuando el reconocimiento se haga mediante juicio, deberán cumplirse los trámites previstos en el Código Procesal Civil para la vía Sumaria; en este sentido, mencionaremos el siguiente pronunciamiento judicial, emitido por el TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO CIVIL, SECCIÓN PRIMERA, Resolución N^o 61 de las 8 horas 20 minutos del 31-01-91:

"...no pudiendo reconocerse el hijo de mujer casada en un proceso abreviado de divorcio, ya que sólo se había admitido en los divorcios por mutuo acuerdo, cuando se tramitaba dicha petición en la vía incidental, ya que como se apuntó la gestión debe plantearse en la vía sumaria y no es posible tramitar un sumario dentro de un abreviado o un sumario dentro de un proceso no contencioso de divorcio".

2.4. Regulación en el Código de Familia

Iniciaremos refiriéndonos a la disposición contenida en el artículo 84 del Código de Familia en el sentido de que:

“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”.

Además de la imposibilidad emanada de esa disposición de reconocer a quien ya tiene paternidad registral determinada, el Código establece, en el artículo 90, que “No se admitirá ningún reconocimiento cuando el hijo tenga ya una filiación establecida por la posesión notoria de estado”.

Cuando se trate de un mayor de edad, se establece en el artículo 88 del citado cuerpo legal, que

“... no puede ser reconocido sin su consentimiento. Si hubiere habido falsedad o error en el mismo, podrá impugnarlo dentro de los dos años siguientes al conocimiento de esa circunstancia”.

Cuando se trate de reconocer como hijo extramatrimonial el concebido por mujer casada, debe atacarse la presunción de legitimidad que ampara a ese hijo mediante un proceso de impugnación que debe ser declarado con lugar. Esta situación se regula dentro del artículo 85 del Código de Familia, Reconocimiento mediante juicio, que debe tramitarse de acuerdo a lo previsto en el Código Procesal Civil para los procesos sumarios. En este tipo

de reconocimientos de hijo de mujer casada se contemplan dos hipótesis diferentes:

“En un proceso de impugnación de paternidad, podrá reconocerse a la hija o el hijo aún protegidos por la presunción de paternidad citada en el artículo 69 de este Código, o al hijo o hija cuya paternidad conste en el Registro Civil; pero este reconocimiento tendrá efecto solamente cuando la impugnación sea declarada con lugar...”

“... También podrán reconocerse la hija o el hijo concebidos cuando la madre esté ligada en matrimonio; sin embargo, para que tal reconocimiento surta los efectos legales consiguientes, es necesario que hayan sido concebidos durante la separación de los cónyuges; que el hijo no esté en posesión notoria de estado por parte del marido y que el reconocimiento haya sido autorizado por resolución judicial firme.”

Finalmente, la ley contempla la posibilidad de impugnar el reconocimiento; el artículo 86 regula que:

“El reconocimiento podrá ser impugnado por el reconocido o por quien tenga interés, cuando ha sido hecho mediante falsedad o error”.
Como ejemplo de la aplicación jurisprudencial de este precepto, citaremos la Resolución del TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO CIVIL, SECCIÓN

SEGUNDA, N° 694 de las 9 horas 10 minutos del 16-12-92, tal como la reseña Eva Camacho⁴⁶ :

“El precepto 87 del Código de Familia establece que el reconocimiento es irrevocable.

Sin embargo, es posible impugnarlo cuando ha mediado falsedad o error -artículo 86 ibídem- y también en el caso de que hubiere existido violencia, caso en el cual se atacaría con fundamento en los preceptos 835 y siguientes del Código Civil...”

Se establece para tales fines un plazo de caducidad: “... La acción del hijo no será admisible después de dos años contados desde la mayoría de edad, si antes tuvo noticias del reconocimiento y de la falsedad o error o desde que las tuvo si estos hechos fueron posteriores.

En el caso del tercero interesado, la acción deberá ser ejercida únicamente durante la minoridad del reconocido”.

Los medios para llevar adelante la impugnación de reconocimiento los estudiaremos a través de la Resolución de la SALA PRIMERA, N° 143 de las 16 horas 20 minutos del 27-11-81, que en lo que nos interesa, dice:

“Para impugnar un reconocimiento de paternidad hay dos medios o posibilidades, la acción de nulidad y la acción dirigida a impugnar el

⁴⁶ CAMACHO VARGAS, Eva: *Código de Familia con Jurisprudencia, Concordado y Legislación Conexa*. Ed. Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 1997, pág. 128

hecho de la paternidad y en la primera hay que distinguir entre la nulidad absoluta y la relativa; la nulidad absoluta tiene lugar cuando el reconocimiento ha recaído sobre un hijo que la ley impide reconocer, como sucede con el hijo cuya madre está ligada en matrimonio, sin que concurren los requisitos y sin observar el procedimiento que la ley tiene establecido al efecto para reconocer un hijo de mujer casada, o cuando el hijo tenga ya una filiación establecida por la posesión notoria de estado; la nulidad relativa se da en los casos de vicios del consentimiento, error, dolo, violencia; y la impugnación del hecho de la paternidad se da cuando -fuera de todo caso de nulidad- el reconocimiento no se ajusta a la verdad porque el autor del reconocimiento no es el padre del reconocido”.

3. EL RECONOCIMIENTO FORZOSO O JUDICIAL

Hasta aquí nos hemos referido a la reglamentación del reconocimiento efectuado voluntariamente por los padres, pero cuando éste no es espontáneo el hijo puede recurrir al reconocimiento forzoso, con la finalidad de establecer su filiación extramatrimonial, a través de un juicio de investigación de la paternidad o maternidad. En el Código de Familia encontramos reglamentada esta posibilidad en el artículo 91, donde se establece que “Es permitido al hijo y sus descendientes investigar la paternidad y la maternidad”.

El permiso para realizar esta investigación de paternidad alcanza al hijo por nacer (artículo 94 Código de Familia); además, también cubre a los hijos mayores. El artículo 95 regula que:

“La investigación de paternidad o maternidad, tratándose de hijos mayores, podrá intentarse en cualquier momento en vida del padre o madre o a más tardar dentro del año siguiente a su fallecimiento.

Si el padre o madre falleciere dentro de la minoridad del hijo, podrá intentarse la acción, aún después de su muerte, con tal de que se ejercite antes de que el hijo haya cumplido veinticinco años.

Sin embargo, en el caso de que el hijo encontrare un documento escrito o firmado por el padre o madre en el cual éste o ésta expresen su paternidad o maternidad, podrá establecer su acción dentro de los dos años siguientes a la aparición del documento, si esto ocurriere después de vencidos los términos indicados.

Lo dispuesto en este artículo ha de entenderse sin perjuicio de las reglas generales sobre prescripción de bienes”.

Vemos que el legislador se cuida de lograr un equilibrio entre el derecho de toda persona de saber quienes son sus padres y el respeto de las situaciones de hecho previamente establecidas y que ya dieron origen a derechos; se trata de no poner innecesariamente en riesgo la paz y la seguridad familiar y social. Por ello, los plazos de caducidad establecidos son cortos y las prescripciones operadas son respetadas.

En ese mismo sentido, veamos la disposición legal contenida en el artículo 99 del Código de Familia:

“No se admitirá la acción de investigación cuando el hijo tenga una filiación establecida por la posesión notoria de estado”, la cual encontramos analizada ampliamente en la Resolución del TRIBUNAL SUPERIOR DE FAMILIA Y TUTELAR DE MENORES, Nº 156 de las 9 horas 30 minutos del 27-10-94:

“Acertadamente el Juez a quo determina que teniendo la menor una filiación establecida, no puede en forma automática procederse a adentrarse en un juicio de investigación de paternidad.

Nuestra legislación determina que ante una filiación establecida, no procede un juicio de esta naturaleza, si de previo y a través de los mecanismos legales pertinentes la parte interesada o accionante, no ha desvirtuado esta filiación, lo que en la especie no se ha hecho”.

La importancia legal de la declaración de paternidad o de maternidad, que estudiaremos a continuación, viene definida en el artículo 97 del Código de Familia, que prescribe:

“Por el reconocimiento o declaración de paternidad o maternidad, el hijo entra jurídicamente a formar parte de las familias consanguíneas de sus progenitores, para todo efecto”.

Es claro que, además de las connotaciones sociales y afectivas que la última frase del artículo pueda implicar, lo resaltante es su connotación patrimonial.

3.1. Las acciones de filiación: La Investigación de paternidad o de maternidad

Vemos en esta situación, como antes en el reconocimiento, un interés por garantizar el vínculo jurídico existente, que no necesariamente se origina en la realidad de un vínculo biológico, puesto que éste no es más que uno de los lazos que unen a padres e hijos y no es necesariamente el más importante. Deben respetarse los sentimientos, la costumbres, la comunidad de vida establecida y la filiación que ya fue determinada por procedimientos legales que cumplieron con las condiciones de eficacia.

Se reconocen dentro de la doctrina varios supuestos dentro de esta reclamación de filiación extramatrimonial. Así, el primer punto es que la misma puede estar referida a determinar la condición de padre, y también la de madre. Se puede originar en una situación filial desconocida, pero también puede partir de la filiación previamente determinada y que no es aceptada por el actor de la investigación. La ley distingue también situaciones derivadas de la existencia, o no, de la posesión notoria de estado.

Estudiemos los diferentes supuestos.

3.2. Supuestos

3.2.1. Filiación manifestada por la posesión notoria de estado

Continuando la lectura del ordenamiento jurídico encontramos que en el artículo 92 se regula que:

“La calidad de padre o madre se puede establecer mediante la posesión notoria de estado por parte del presunto padre o madre...”

La definición de Posesión notoria de estado viene dada en el artículo siguiente (93), porque es tanta la importancia que se da a esta prueba que el propio legislador se ocupó de detallar en el texto legal las manifestaciones que se consideran como tales:

“La posesión notoria de estado de hijo extramatrimonial consiste en que sus presuntos padres lo hayan tratado como hijo, o dado sus apellidos, o proveído sus alimentos, o presentado como hijo a terceros y éstos y el vecindario de su residencia, en general, lo hayan reputado como hijo de aquéllos, circunstancias todas que serán apreciadas discrecionalmente por el Juez”.

Otra idea, desarrollada más bien jurisprudencialmente, es el denominado “reconocimiento de vientre”, que consiste en las manifestaciones externas del hombre, durante el período de embarazo, que permiten atribuirle como suyo el producto del vientre de la mujer embarazada. Ver en este

mismo sentido la Resolución N° 24 de la SALA SEGUNDA , de las 9 horas 10 minutos del 24 de enero de 1996.

Cuando estudiamos la posesión notoria de estado dentro de la filiación matrimonial vimos que era considerada de manera secundaria, casi marginal, ya que en ese supuesto la prueba fuerte e indubitable de la relación paterno-filial es la existencia del matrimonio; ahora, en la filiación extramatrimonial, esta prueba juega un papel preponderante y las conductas paternas en relación a la madre durante el embarazo, y al hijo después de su nacimiento, tienen el valor moral de una confesión pública e inequívoca de su aceptación del vínculo biológico y, por tanto, cuando se pruebe que la persona ha manifestado cariño y afecto como padre o madre de su hijo, haya asumido las cargas de su subsistencia y educación, se le considerará como verdadero padre o madre y la ley acreditará la existencia del lazo de sangre.

Encontramos que este tema de la posesión notoria de estado del hijo extramatrimonial es uno de los más analizados en la vía jurisprudencial. Para evitar redundancias innecesarias, seleccionamos la siguiente resolución de la SALA SEGUNDA, N° 27 de las 14 horas 30 minutos del 26-01-94, que nos parece resumir los aspectos sobresalientes del punto legal:

“El artículo 92 del Código de Familia dispone que : “La calidad de padre o de 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 aplicación de los numerales citados, la Sala reitera el criterio vertido desde la antigua Sala Casación, en el sentido de que:

“... la prueba que se traiga a un proceso de investigación de paternidad, debe ser de una calidad tal, que permita, sin lugar a dudas, tener por cierta la paternidad reclamada pues, de lo contrario, debe cerrarse las puertas a una acción de este tipo, dadas las graves consecuencias que acarrearía a una persona una falsa imputación de paternidad, en los aspectos de orden personal y patrimonial.

Igualmente ha quedado establecido, jurisprudencialmente, que en caso de enfrentamiento en los resultados de la prueba evacuada de ambas partes, el Juzgador debe hacer acopio de la mayor circunspección posible, en la valoración de los distintos elementos probatorios que tiendan a tener por acreditada la posesión notoria de estado, o bien, indicios que, con el carácter de graves, precisos y concordantes, permitan tener por demostrada la paternidad, resultando esencial una correcta aplicación de las reglas de la sana crítica”

(Ver el Voto de esta Sala N° 83, de las 9 horas 30 minutos del 5 de junio de 1991).

3.2.2. Reclamación sin posesión notoria de estado

En el final del primer párrafo del artículo 92, que hemos venido estudiando, se establece que:

“La calidad de padre o madre se puede establecer mediante ... cualquier otro medio de prueba”.

Jurisprudencialmente se ha determinado claramente que los mismos deben reunir la condición de graves, precisos y concordantes.

Conozcamos algunos argumentos judiciales, emitidos por la SALA SEGUNDA, Resolución N° 13 del 22-01-93:

“No siempre resulta fácil demostrar en un proceso de investigación de paternidad, la posesión notoria de estado prevista en sus diferentes manifestaciones en el numeral 93 del código de la materia.

Atendiendo a esa dificultad, el legislador en el artículo 92 del Código de Familia, da la posibilidad de establecer la calidad de padre o madre, por la posesión notoria de estado, pero también por cualquier otro medio de prueba, que debe ser analizado por el Juez, conforme con los principios de la sana crítica -artículo 330 del Código Procesal Civil-. Por ello el numeral 92 citado, ofrece al juzgador libertad para la apreciación de los elementos de prueba aportados por las partes en litigio -claro está-, sin apartarse de los lineamientos contemplados en el ordinal 330 del código de rito.

Es erróneo afirmar que solo cuando ha habido posesión notoria de estado, conforme al tenor del artículo 93 del Código de Familia, se puede declarar judicialmente la paternidad. Se puede demostrar con otros medios de prueba, como lo indica el artículo 92 del mismo cuerpo de leyes, por lo que los argumentos con los que encabeza el recurrente sus agravios no resultan de recibo.”

El concepto de presunciones graves, precisas y concordantes, también ha sido desarrollado por la jurisprudencia; en este sentido, veamos la Resolución del TRIBUNAL SUPERIOR DE FAMILIA Y TUTELAR DE MENORES, N° 488 de las 8 horas 30 minutos del 13-07-95:

“En nuestra legislación, conforme lo establece el artículo 92 del Código de Familia, la calidad de padre se puede establecer mediante la posesión notoria de estado del hijo por parte del presunto padre, o por cualquier otro medio de prueba, siendo igualmente permisible la prueba de los grupos sanguíneos y de marcadores genéticos, esta última con el objeto de probar la no paternidad y siempre que sea evacuada por el Organismo de Investigación Judicial de la Corte Suprema de Justicia (Artículo 98 ibídem). Corresponde al Juez la valoración de toda la prueba, en conjunto, aplicando las reglas de la sana crítica, como lo ordena el ordinal 330 del Código Procesal Civil.

Con la finalidad de dictar una sentencia estimatoria, esa prueba debe ser reveladora de toda una serie de presunciones, graves, precisas y concordantes, que permitan al juzgador llegar a la convicción de que efectivamente es investigado es el presunto padre biológico de la persona cuya paternidad se investiga, evitando así la atribución de una falsa paternidad que no corresponde.

Es grave la presunción cuando el grado de probabilidad lleva al ánimo del juez la certeza moral del hecho ignorado; precisa, cuando sólo se

pueden deducir determinadas consecuencias, y concordantes, cuando se refieren a un mismo objeto”.

Este pronunciamiento judicial introduce el elemento de la valoración de la prueba científica en los procesos de investigación e impugnación de paternidad. Al mencionar dicha valoración no queremos dejar de manifestar nuestro criterio, ya que una de las conclusiones a las que debe arribar este trabajo de investigación se basa, precisamente, en la crítica de este precepto legal. (Véase NOTA en la página 119 de este trabajo)

El artículo 98 del Código de Familia regula:

“En todo proceso de investigación o impugnación de paternidad o maternidad, es admisible la prueba científica con el objeto de verificar la existencia o inexistencia de la relación de parentesco. Esta prueba podrá ser evacuada por el Organismo de Investigación Judicial de la Corte Suprema de Justicia o por laboratorios debidamente acreditados y reconocidos por la Corte Suprema de Justicia, previo dictamen del Organismo de Investigación Judicial de que el peritaje es concluyente, razonablemente, en uno u otro sentido. En todo caso, la probanza será valorada de acuerdo con la conclusión científica y el resto del material probatorio. Cuando sin un fundamento razonable, una parte se niegue a someterse a la práctica de la prueba dispuesta por el Tribunal, su proceder podrá ser considerado malicioso. Además, esta circunstancia podrá ser tenida como indicio de veracidad de lo que se pretende demostrar con dicha prueba”.

Jurisprudencialmente se ha repetido en innumerables ocasiones que de esta disposición se infiere que la prueba de los grupos sanguíneos y otros marcadores genéticos, siempre que sea aplicada cumpliendo todas las prescripciones contenidas en el citado artículo 98, es plena prueba para la demostración de la no paternidad del menor, pero no para afirmarla.

Creo que la ley no puede ignorar el avance científico, permaneciendo fosilizada en la defensa de criterios totalmente superados. El sistema de presunciones de paternidad tuvo una razón histórica, porque era realmente imposible determinar con certeza el vínculo biológico entre el hijo y su progenitor; entonces, dada esa realidad histórica, era plenamente justificado que los fallos judiciales en esta materia se basaran en prueba testimonial y documental destinada a establecer la posesión notoria de estado.

Hoy en día la confiabilidad del peritaje biológico ha sido reconocido en algunas parcelas de la vida jurídica. Así, por ejemplo, si es necesario identificar el cuerpo de un desconocido que aparece en el fondo de un barranco en el Zurquí, el resultado obtenido a través del peritazgo biológico mediante marcadores genéticos es incuestionable. A nadie se le ocurrirá alegar que deba tramitarse una declaratoria de ausencia de esa persona ya identificada. La prueba afirma quién es la persona. Pero si el mismo resultado se requiriese para una investigación de paternidad, el resultado de la prueba sólo será plenamente válido si se limita a afirmar quien no puede ser el padre.

Hemos venido sosteniendo que la paternidad implica, además de lazos biológicos, lazos afectivos y que éstos suelen ser más importantes, ya

que la persona que asume emocionalmente a un hijo como suyo realmente está dispuesto a responder por él y a brindarle el apoyo económico, social y sentimental que necesita para su pleno desarrollo como persona humana. Esta es una realidad que no deseamos ensombrecer con ningún género de crítica. Pero cuando el padre o la madre se niegan a aceptar el vínculo biológico, debe el ordenamiento garantizar que la investigación conduzca a determinar la verdad real; por éso en este punto sí consideramos errado seguir recurriendo a bases probatorias testimoniales o documentales que, a fin de cuentas, son siempre pruebas aportadas por la parte interesada, destinadas a inducir al juzgador a un fallo acorde con sus intereses.

Con todo el respeto, no creo que se pueda considerar más valioso el criterio subjetivo que logre alcanzar el Juez, que la certeza objetiva que aporta una probanza pericial biológica, cien por ciento segura, cuando se realiza cumpliendo con todos los requisitos.

4. LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

4.1. Antecedentes históricos: *creditur virgini pregnanti*

El único antecedente histórico de una presunción de paternidad de hijo extramatrimonial que encontramos mencionado en la doctrina lo tiene

Zannoni⁴⁷ y se refiere al principio conocido como *creditur virgini pregnantí*, o sea: “sea creída la virgen que manifieste el nombre del varón que la dejó en tal estado” y, como consecuencia, con sólo esta indicación de la mujer embarazada se imputaban al varón los gastos del parto.

El tratadista encuentra el origen de tal práctica en una ordenanza francesa que en 1579 otorgó a los hijos naturales derecho a alimentos, y la enseñanza de un oficio tratándose de varones o una pequeña dote si eran mujeres, autorizándose simultáneamente la investigación de paternidad y la maternidad.

Dice que con el tiempo se presenciaron abusos graves, “pues las mujeres se encontraron con la posibilidad de elegir como padre de su hijo al de más medios económicos de entre cuantos la habían frecuentado”. He aquí por qué, producida la Revolución francesa, si bien la conocida ley del 12 de brumario del año II equiparó a los hijos naturales con los legítimos, prohibió la investigación de paternidad. Y he aquí también por qué el art. 340 del *Code de* 1804 prohibió toda reclamación judicial de la paternidad, salvo el caso de rapto de la madre.

4.2. El Artículo 68 del Código de Familia cubano

La legislación cubana en materia de familia regula la filiación, o el reconocimiento de la paternidad o de la maternidad, no sólo en los casos de

⁴⁷ ZANNONI: op.cit, pag. 454

hijos habidos de un matrimonio, sino también en los casos de los habidos fuera del matrimonio.

Se establece que se presumirá que son hijos de las personas unidas en matrimonio:

i- Los nacidos durante la vida matrimonial

ii- Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la fecha de la extinción del vínculo matrimonial, si la madre no hubiere contraído nuevas nupcias

También la ley cubana establece que se presumirá la paternidad

iii- cuando pueda inferirse de la declaración del padre formulada en documento indubitado

iv- cuando hubieren sido notorias las relaciones maritales con la madre durante el período en que pudo tener lugar la concepción

v- cuando la condición de hijo se haya hecho ostensible por actos del propio padre o de su familia

En los demás casos, dice la ley, la maternidad quedará probada por el hecho del parto y de la identidad del hijo.

El deber de reconocimiento es una obligación que tiene carácter moral, natural y legal y cuando no se cumple de manera voluntaria se procede al reconocimiento forzoso. El primero ocurre cuando el padre o la madre,

conjunta o separadamente, hacen constar en el Registro Civil o en documento público que han tenido un hijo, dentro del matrimonio formalizado o producto de una unión matrimonial no formalizada, que puede o no estar reconocida judicialmente.

Art. 67: La inscripción del nacimiento del hijo y su reconocimiento por los padres, no unidos mediante vínculo matrimonial, deberá hacerse por ambos, conjunta o separadamente.

Pero, además, la ley autoriza a la madre a consignar el nombre del padre en los casos de nacimientos de hijos habidos entre personas no unidas en matrimonio, para asegurar el reconocimiento y la filiación del hijo, al hacer la solicitud de inscripción , cuando ella hace sola tal solicitud. Esta es la disposición contenida en el artículo 68, que transcribimos a continuación:

“En el caso del artículo anterior, cuando la solicitud de inscripción del nacimiento, se hiciere únicamente por la madre y ésta consignare el nombre del padre, se citará a este personalmente para que comparezca ante el encargado del Registro del Estado Civil, apercibido de que si en el término de treinta días no concurre a aceptar o negar la paternidad, se formalizará la inscripción en los términos del apercibimiento, y una vez efectuada dicha inscripción, la impugnación solo podrá hacerse mediante el proceso que corresponda dentro del término de un año.

Negada la paternidad, se procederá a practicar la inscripción sin consignar el nombre del padre, sin perjuicio del derecho de la madre a reclamar la filiación en la forma que corresponda”.⁴⁸

Evidentemente, el estado de filiación inscrito puede ser impugnado por el padre, garantizando así el cauce legal para que el padre no conforme con el reconocimiento pueda evitar que se legalice una situación oscura, que le perjudica.

4.3. El Artículo 92 del Código de Familia costarricense

Cuando estudiamos el tema de la familia costarricense documentamos la realidad social de la existencia de dos tipos de familias; una constituida sobre la base del matrimonio y la otra constituida de hecho; según datos de la Oficina de Estadística y Censo de julio de mil novecientos noventa y tres, un 18.13 por ciento de las parejas que conviven, lo hacen en unión libre, dándose la gran mayoría de esas uniones en el área rural. Si bien es innegable que el legislador ha manifestado su preferencia por los primeros, también ha sido su preocupación dar respuesta, dentro del ordenamiento a las necesidades de protección social, moral y patrimonial de las segundas.

El reconocimiento del concubinato como fuente de familia significa la superación legal de una serie de prejuicios sociales que se

⁴⁸ *CÓDIGO DE FAMILIA CUBANO*. Ed. Orbe, La Habana, Cuba, pp. 34-35

prestaron en el pasado para sostener graves injusticias, derivadas del trato desigual y la desprotección de quienes formaban estos núcleos.

La Sala Constitucional ha definido:

“La familia de hecho (como) el conjunto de personas que vinculadas por la unión estable de un hombre y una mujer, viven bajo el mismo techo e integran una unidad social primaria. Sin embargo, debe quedar claro que no pueden equipararse a las uniones de hecho, los amoríos o las relaciones esporádicas o superficiales; las uniones de hecho, cumplen funciones familiares iguales a las del matrimonio, y se caracterizan al igual que éste, por estar dotados al menos de, estabilidad (en la misma medida en que lo está el matrimonio), publicidad (no es oculta es pública y notoria), cohabitación (convivencia bajo el mismo techo, deseo de compartir una vida en común, de auxiliarse y socorrerse mutuamente) y singularidad (no es una relación plural en varios centros convivenciales).”

Pero va más allá el jurista y defiende que “por el principio de igualdad, de ese vínculo de hecho devienen idénticos efectos jurídicos que en el matrimonio”.

En el proceso legislativo el proyecto de ley mediante el cual se adicionó el Código de Familia, a fin de regular la unión de hecho, fue enviado dos veces a consulta a la Sala Constitucional; una de las razones de la insistencia era, precisamente, la modificación propuesta del artículo 92 del Código de Familia. Consideraban los señores diputados consultantes que esa

adición sería inconstitucional por cuanto la presunción de paternidad sin manifestación expresa del padre abriría una fuente de conflictos irrazonable y solamente se justifica en una situación matrimonial (expediente principal, folio 7).

Al respecto, el pronunciamiento de la SALA CONSTITUCIONAL en el Voto N° 7515-94 de las 15 horas 27 minutos del 21-12-94, estableció que no había ningún viso de inconstitucionalidad en la reforma, argumentando:

“La cláusula de igualdad, unida a la prohibición de "toda calificación personal sobre la naturaleza de la filiación" (artículo 54 de la Constitución) dan lugar, como regla general, a la igualdad de trato de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, de forma que serían las excepciones o limitaciones a ese principio las que deberían justificarse para ser conformes a la Constitución Política. En otros términos, lo que está en juego es el derecho fundamental de los hijos no matrimoniales a no sufrir discriminación. La presunción del legislador que examinamos no resuelve un conflicto entre la vida matrimonial y la relación de hecho, sino entre hijos nacidos dentro e hijos nacidos fuera del matrimonio, cuestión resuelta en pro de la igualdad por el artículo 54 constitucional combinado con el 33 . Por último, no es argumento de derecho constitucional sostener que de la unión de hecho no podrían derivarse presunciones legales, como si en esta materia el legislador no pudiera establecer presunciones, por lo demás razonables: la convivencia , que habrá de probarse, da lugar a que el legislador presuma iuris tantum la paternidad del hombre que hubiera convivido con la mujer durante el período

de concepción, presunción coherente, por lo demás, con la protección constitucional del niño (artículo 51 de la Constitución Política).”

Así resuelta la consulta, se dio aprobación a la Ley N° 7532, que en lo que más nos interesa, establece:

Art. 242 (del Código de Familia): Unión de hecho. Efectos patrimoniales:

“La unión de hecho pública, notoria, única y estable, por más de tres años, entre un hombre y una mujer que posean aptitud legal para contraer matrimonio, surtirá todos los efectos patrimoniales propios del matrimonio formalizado legalmente, al finalizar por cualquier causa.”

Así mismo, el artículo 92, segundo párrafo, del mismo cuerpo legal:

Paternidad y maternidad. Calidad: “...Se presume la paternidad del hombre que, durante el período de la concepción, haya convivido, en unión de hecho, de conformidad con lo indicado en el Título VII de este Código”.

La presunción así establecida es del tipo de la estudiada para los hijos matrimoniales; en este caso la base de la presunción *Pater is est...* no es el acta matrimonial, sino el reconocimiento de la unión de hecho que cumple con todos los requisitos legales. Hecho tal reconocimiento, se presumirá que

todos los hijos nacidos de esa relación fueron engendrados por el marido de la madre y, lógicamente, sobre él recaerá la presunción de paternidad.

CAPITULO CUATRO
EL PROCESO MONITORIO

1. ESTRUCTURA DEL PROCESO MONITORIO

Para el desarrollo de este instituto, situado en el punto de confluencia entre los procesos de cognición y de ejecución, seguiremos fielmente el estudio de Piero Calamandrei⁴⁹. Este autor considera que debe partirse del análisis de las relaciones entre cognición y ejecución para poder comprender el procedimiento de inyucción.

El acceso al derecho del ciudadano de obtener la ejecución forzada en su favor (acción ejecutiva) no es posible si no se cuenta anteriormente con una declaración de certeza de aquella concreta voluntad de ley que quiere ejecutar; el principio legal sobre el cual se sustenta esta exigencia es el de *nulla executio sine titulo* y su consecuencia inmediata es que quien aspire a una acción ejecutiva debe ante todo procurarse el título ejecutivo, objetivo al cual están dirigidos muchos de los procesos de cognición.

Tenemos además el hecho de que no siempre la obligación de prestación que impone la sentencia de condena obtenida mediante el proceso de cognición se cumple voluntariamente por parte del obligado; en todos aquellos casos en que esto ocurre, la fase de cognición asegura al vencedor solamente un medio para pasar a una fase procesal ulterior, en la que se sustituya a la ejecución voluntaria por la ejecución forzada. La cognición tiene solamente oficio preparatorio e instrumental, en cuanto la misma sirve para construir un título ejecutivo; pero el fin último es la ejecución.

De acuerdo a lo expuesto, resulta fácil comprender que la fase de cognición representa un medio indispensable para la construcción del título ejecutivo. Cuando sea posible construirse tal título prescindiendo de la fase de cognición o reduciéndola al mínimo podremos pensar en un proceso de ejecución al cual no le preceda cognición alguna y que, además, no viole el principio arriba enunciado.

El ordenamiento jurídico ofrece la posibilidad de reducir u omitir la fase de cognición, y dar así inicio a un proceso ejecutivo, de modo autónomo, sin pasar por una fase precedente de cognición. La manifestación más típica es aquella en que la ley atribuye la eficacia de título ejecutivo a declaraciones de certeza de carácter no jurisdiccional, como es por ejemplo el acto contractual realizado ante notario público.

Pero hay, además, los casos en los que el ordenamiento jurídico, considerando que para el acreedor la cognición es sólo un instrumento que tiene por finalidad la ejecución, trata de facilitar la obtención del fin haciendo menos complicado el instrumento. Es así como surgen en las legislaciones formas especiales de procesos de cognición con estructuras particulares destinadas a dar vida con celeridad a un título ejecutivo; también éstos son verdaderos procesos de cognición, pero considerada ésta en su función mediata de preparadora de un título ejecutivo, en lugar de su función inmediata de declaración de certeza.

⁴⁹ CALAMANDREI, Piero: *El Procedimiento Monitorio*. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1946, pp. 19-26

Entre las diversas formas de procesos especiales de cognición destinados a la rápida creación de un título ejecutivo, destacaremos aquéllos en los que la abreviación de la cognición consiste en el desplazamiento de la iniciativa del contradictorio del actor al demandado, es decir: mientras el proceso de cognición ordinario se inicia, según el principio del contradictorio, con la citación del demandado, de manera que el juez no emite su pronunciamiento sino después de haber oído (o haber declarado contumaz en forma regular) también al adversario de aquél que propone la demanda, en estas formas especiales de procesos de cognición, el actor, mediante petición, acude directamente al juez, el cual emite sin previo contradictorio una orden de pago dirigida al demandado, señalándole al mismo tiempo un término dentro del cual éste puede, si le interesa, provocar el contradictorio mediante oposición; con la consecuencia de que, a falta de oposición formulada en tiempo, la orden de pago adquiere, con el transcurso del término, eficacia de título ejecutivo.

1.1. Concepto de Proceso con inversión de la iniciativa del contradictorio

1.2. Resumen de la estructura

En el capítulo destinado al estudio de los Procedimientos Especiales, José Chiovenda⁵⁰ resume la estructura del proceso monitorio; resumen que seguiremos en este acápite, pero que continuaremos ampliando en los puntos subsiguientes de este título.

“La relación procesal se divide en dos fases: la primera se desarrolla *inoída parte*; la segunda (no necesaria) en contradictorio.

La primera fase de la relación procesal se inicia con la presentación de la demanda.... presentada ésta (como el presunto deudor no es parte aún en la relación), no puede hablarse de pleito pendiente respecto del deudor ni de terceros; por ésto el acreedor puede siempre renunciar a la vía elegida y pasar, hasta la notificación de la resolución, al proceso ordinario, sin consentimiento del deudor...

La resolución puede rechazar la demanda, por defecto de los presupuestos procesales o de las condiciones de la acción especial. Esta resolución no está sujeta a impugnación...Por otra parte, esta resolución, precisamente porque se produce sin contradictorio, no causa estado ni aún para el acreedor; éste puede retirar la demanda o pasar a la vía ordinaria.

La resolución que estima la demanda tiene forma y contenido muy simples; es una orden escrita donde se ordena pagar en término de tantos días.

“Pero esta orden no es absoluta; viene *condicionada* al defecto de oposición, y por tanto, pondrá al deudor en la alternativa de oponerse, reclamando el contradictorio, o de dejar que la orden devenga definitiva.”

La resolución se notifica en la forma normal establecida.

Mediante la notificación, el deudor es parte en el proceso monitorio, y se verifican todos los efectos de la litispendencia. La relación procesal entra en una fase de incertidumbre, que puede durar cuanto dure el término concedido en la orden de pago, y que puede resolverse de dos maneras opuestas: con la resolución del proceso, si no hay oposición, o con su conversión en proceso ordinario, en caso de oposición.

A falta de oposición dentro del término, la resolución deviene ejecutiva. Podrán formularse oposiciones a la ejecución, pero sólo dentro de los límites en que se admite la oposición contra la ejecución de sentencia.

Si el deudor hace oposición dentro del término, se abre la *segunda fase de la relación procesal*. La oposición se propone mediante recurso, que se notificará al acreedor con citación para comparecer ante el presidente, el cual, si no puede conciliar a las partes, recoge sus instancias y oposiciones y las remite al Colegio...

La oposición, aunque propuesta con acto de citación, no tiene carácter judicial; es simplemente la declaración del presunto deudor de querer

⁵⁰ CHIOVENDA, José: *Principios de Derecho Procesal Civil*. Ed. Reus, Madrid, 1922, pp. 793-814

el contradictorio y el conocimiento ordinario, lo que hace faltar la condición bajo la cual se había producido la resolución notificada...

Desde este momento, la relación procesal se desarrolla como de ordinario...

2. TIPOS DE PROCESOS MONITORIOS

Las primeras legislaciones positivas que incluyeron el proceso monitorio o injunzionale dentro de sus formas procesales son: Mahnverfahren alemán y austríaco, Mandatsverfahren austríaco, Rechtsbot de algunos cantones de la Suiza Oriental, Mandatum de solvendo cum cláusula justificativa del proceso común. Chiovenda⁵¹ explica que:

“Para determinados créditos aunque no resulten de documentos, introdujose en nuestro derecho medioeval la costumbre de no citar en juicio al deudor sino de obtener directamente del juez la orden de la prestación y notificar ésta al deudor: la orden era acompañada y *justificada* por la cláusula de que si el deudor quisiese hacer valer excepciones pudiese formular oposición dentro de un cierto término (cláusula justificativa). La oposición privaba de todo efecto a este mandatum o preceptum de solvendo (*praeceptum executivum sine causae cognitione*) e iniciaba el juicio ordinario.

El conocimiento faltaba o más bien era incompleto en cuanto que en el instante en que se daba la orden, el juez no sabía si el deudor tenía

⁵¹ CHIOVENDA: op.cit, pp. 244-258

excepciones que oponer y sólo conocía muy superficialmente de los hechos constitutivos de la acción.”

De aquí derivan las diversas formas del proceso monitorio de los derechos modernos, cuyas variantes no solamente limitan su campo de aplicabilidad, sino que además contemplan la posibilidad de que los hechos que se presentan al juez resulten de la sola afirmación del actor o sea necesaria la prueba escrita; sin embargo, las diferentes formas tienen en común que “la relación procesal se divide en dos fases: la primera se desarrolla *inoída parte*; la segunda (no necesaria), en contradictorio.”⁵²

Tenemos entonces que el procedimiento con inversión de la iniciativa del contradictorio puede tener dos formas básicas: el procedimiento monitorio puro y el documental, que reseñaremos a continuación, que sin embargo tienen dos puntos fundamentales en común: que la orden de la prestación se produce sin oír a la parte (*inaudita parte*), y sin conocimiento; tiende, sobre todo, a preparar la ejecución.

2.1. El monitorio puro

Con algunas variantes en cuanto a procedimiento, formalidades y límites de aplicación, lo han desarrollado las legislaciones austríaca y alemana (*Mahnverfahren*). Los caracteres comunes, fundamentales, en ambas legislaciones son:

⁵² CHIOVENDA: op.cit, pág. 808

1. Que en virtud de la simple petición, escrita u oral, del acreedor, el juez competente libra, sin oír al deudor, una orden incondicional de pago, dirigida al deudor, con la advertencia de que el mismo puede hacer oposición dentro de un término a contar de la notificación (14 días en la legislación austríaca y una semana en la alemana).

Si el deudor no hace oposición dentro de ese término, la orden de pago adquiere fuerza de título ejecutivo, contra el cual no está admitido otro remedio que la restitución *in integrum*, cuando el deudor pruebe no haber podido hacer oposición dentro del término a causa de un suceso imprevisto o inevitable.

2. Si el deudor hace oposición dentro del término (y basta a tal fin que declare al juez, oralmente o por escrito, que hace oposición a la orden de pago, sin necesidad de aducir los motivos de ello), la orden de pago pierde toda su fuerza.

La proposición de la oposición, que hace caer la orden de pago emanada sin contradictorio, no basta por sí sola para abrir el juicio en contradictorio; a tal objeto, es necesaria una nueva petición del acreedor, presentada en las formas ordinarias, cuando el acreedor no la haya acumulado, a prevención, con la petición de orden de pago.

“...El juicio en contradictorio que puede eventualmente desarrollarse en mérito de tal oposición, no se dirige a decidir si la orden de

pago debe ser revocada o mantenida, sino a decidir *ex novo* sobre la originaria acción de condena, como si la orden de pago no hubiera sido nunca emitida”.⁵³

2.2. El monitorio documental

El proceso monitorio documental (Mandatsverfahren) en la legislación austríaca se utiliza para los créditos de dinero o de otras cosas fungibles, cuando la demanda se basa sobre actos públicos o sobre documentos privados autenticados. El acreedor que quiere valerse de esta forma de procedimiento debe, en el mismo escrito inicial que sirve para incoar el proceso ordinario, pedir que se libere contra el deudor un mandato de pago de conformidad con la demanda: el juez, si considera que los hechos constitutivos de la acción resultan probados por los documentos producidos, libra, sin oír a la otra parte, el mandato de pago pedido dirigido al deudor, el cual, dentro de los catorce días a contar de la notificación del mandato, puede hacer valer sus excepciones ante el mismo tribunal que lo ha librado. Si el deudor no hace valer oportunamente sus excepciones, el mandato, con el transcurso del término adquiere eficacia de título ejecutivo; si el acreedor se opone dentro del término, su oposición da lugar, sin ulterior instancia del actor, al debate en contradictorio después del cual el tribunal decide mediante sentencia si el mandato de pago debe ser confirmado, convirtiéndose así en título ejecutivo, o si, por el contrario, debe ser declarado ineficaz.

⁵³ CALAMANDREI: op. cit, pag. 33

Don Olman Arguedas⁵⁴ analiza que es muy clara la diferencia entre el proceso monitorio puro y el documental.

En el primero, en virtud de la simple petición del acreedor escrita u oral, el juez competente, sin oír al demandado, libra orden de pago en su contra, con la advertencia de que puede hacer oposición dentro del plazo que la ley respectiva establezca.

En el segundo, que es la forma prevista en nuestro Código Procesal Civil, es necesario acompañar a la demanda un documento que no sea título ejecutivo, el cual puede ser público o privado. A fin de igualar el tratamiento de las partes, el demandado, si hiciere oposición tiene que neutralizar el documento aportado por el actor con otro documento aportado por él. De lo contrario, ésto es, cuando la oposición no tenga ofrecimiento de prueba o la ofrecida fuere impertinente, entonces la oposición resulta inadmisibile.

Si el demandado no hiciere oposición, se dictará sentencia estimatoria. Por el contrario, si la oposición se hace con base en prueba documental pertinente, entonces el juez ordenará a las partes debatir sus pretensiones en proceso ordinario o abreviado, según corresponda. En este supuesto el proceso monitorio terminará con un auto-sentencia sin pronunciamiento sobre el fondo.

⁵⁴ ARGUEDAS SALAZAR, Olman: *Comentarios al Código Procesal Civil*. Ed. Juritexto, San José, Costa Rica, 1995, pp. 165-169

Desde luego que, como el proceso monitorio no produce la cosa juzgada material, es posible en trámite e incluso con sentencia firme, revisar en vía ordinaria o abreviada, según corresponda, lo resuelto en el monitorio.

3. EL PROCESO MONITORIO EN COSTA RICA

La promulgación de un nuevo Código Procesal Civil, en 1989, constituyó la culminación de un proceso exhaustivo de revisión y modificación, en el cual se actualizaron tanto los aspectos de forma como de fondo: se eliminaron las instituciones obsoletas, se incluyeron nuevas figuras procesales, se dotó de una estructura idónea al nuevo código y se eliminaron los trámites innecesarios, todo ello para responder a las necesidades reales de la práctica jurídica de nuestros días. Así, incluso, se tomaron en cuenta los adelantos científicos para ponerlos al servicio del proceso.

Los principios del derecho procesal, bases del ideal de justicia pronta y cumplida, que encuentran su fuente en el artículo 41 de la Constitución Política, debían garantizarse; se esforzó entonces el legislador por asegurar la realización de los principios de celeridad, economía y humanismo para, con la combinación de los tres, en un proceso civil de duración razonable, obtener una justicia rápida, económica y humana.⁵⁵

Precisamente, una de las nuevas formas procesales incluidas, a las cuales nos referimos en párrafos anteriores, es el proceso monitorio, a cuyo análisis dedicamos estas páginas.

⁵⁵ ARGUEDAS SALAZAR: op. cit, pp. 14-23

En uno de los primeros estudios publicados sobre este tema en Costa Rica, Gerardo Trejos⁵⁶ explicó que:

“Se trata de un proceso para la formación del título ejecutivo que no se tiene, y cuyo punto de partida es la prevención de pago durante el plazo indicado. A efecto de que el pago sirva para descargar de su obligación al deudor, debe depositar un cincuenta por ciento de la suma reclamada, para garantizar el pago de los intereses y las costas. Es necesario en todo caso el documento, público o privado”.

“La conformidad del demandado, aunque sea tácita, implica la aceptación de la obligación o, a contrario sensu, reconocimiento del derecho de crédito constante en el documento. Entonces la prevención del juez y el silencio o aceptación del demandado, forman el título ejecutivo.”

Si bien encontramos en la doctrina patria algunos estudios sobre el tema, destacaremos la labor efectuada por los jueces en sus resoluciones; así, por ejemplo, en la Resolución del TRIBUNAL SUPERIOR PRIMERO CIVIL, N° 1024 de las 9 horas del 09-08-91, se dice:

"El actual Código Procesal Civil está inspirado en la doble división en: proceso de conocimiento y proceso de ejecución.

En muchos casos el proceso de conocimiento (a cuyo grupo pertenece el ordinario, por ejemplo) se dirige a la conquista de un título ejecutivo.

⁵⁶ TREJOS, Gerardo: *Código Procesal Civil. Texto, antecedentes, explicaciones, concordancias*. Ed.

Esto último aparece bien definido en el artículo 630 concretamente en los incisos, 1, 4 y 5. Esto es: el justiciable pide al juez la sentencia la cual será susceptible de ulterior ejecución forzada; con la sentencia se procurará el título ejecutivo, sin el cual no le sería posible obtener contra la voluntad del obligado la realización práctica del derecho declarado.

No obstante, está previsto un tipo de proceso breve que tiene como finalidad la creación de un título ejecutivo, y por cuya razón constituye un proceso especial, que es precisamente el proceso monitorio.

La brevedad del conocimiento consiste, en este proceso especial en lo siguiente:

"en que, mientras el proceso de cognición ordinario se inicia, según el principio del contradictorio (artículo 38 del Código de Procedimientos Civiles), con la citación del demandado, de manera que el juez no emite su pronunciamiento sino después de haber oído (o haber declarado contumaz en forma regular) también al adversario de aquel que propone la demanda, en estas formas especiales de procesos de cognición, el actor mediante petición, acude directamente al Juez, el cual emite sin previo contradictorio una orden de pago dirigida al demandado, señalándole al mismo tiempo un término dentro del cual éste puede, si le interesa, provocar el contradictorio mediante oposición; con la consecuencia de que, a falta de oposición formulada en tiempo, la orden de pago adquiere, con el transcurso del término, eficacia de título ejecutivo".

Para analizar los aspectos de forma seguiremos a Parajeles Vindas,⁵⁷ quien señala que el escrito de demanda de un proceso monitorio debe cumplir con las formalidades de una demanda ejecutiva simple. Para cada requisito en particular utilizaremos los criterios emitidos por los Tribunales. (Además de las sentencias mencionadas en pie de página, se pueden ver las resoluciones del TRIBUNAL SUPERIOR PRIMERO CIVIL, N° 552, 657, 1024, 1422, 1459, 1655 y 1753 y 1896).

El documento debe reunir las siguientes características:

1. Original:

"Los documentos aportados [en este proceso monitorio] son copias y les falta la firma del representante de la demandada; siendo necesario para cursar la demanda planteada que se aporten los documentos originales debidamente firmados por el deudor que no tengan fuerza ejecutiva.

No se está prejuzgando pues es deber del juzgador analizar los requisitos formales de los documentos en que se funda la acción para cursarla, saneando así los procedimientos en cumplimiento del principio de economía procesal." (TRIBUNAL SUPERIOR PRIMERO CIVIL, Resolución N° 1900 de las 13 horas 50 minutos del 23-12-91)

"En su artículo 502, el Código Procesal Civil regula el proceso monitorio documentado.

⁵⁷ PARAJELES VINDAS, Gerardo: *Curso de Derecho Procesal Civil con Jurisprudencia*. Ed. Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 1997, pp. 270-273.

Exige que el acreedor tenga en su poder un documento sin fuerza ejecutiva, en el que conste la obligación de pagar una determinada suma de dinero líquida y exigible.

Este Tribunal ha reiterado que esos documentos deben ser los originales y no simples copias, aun cuando hayan sido entregados a la deudora para el trámite de pago.

Como antecedentes puede consultarse las resoluciones números 552 de las 10,25 horas del 17 de mayo y 657 de las 13:55 horas del 3 de junio, ambas de 1991 [...] En síntesis, no solo son simples copias al carbón y no los originales que se exigen, sino que no están firmados por la demandada como deudora.

En esas condiciones, ni siquiera se debió cursar la demanda, por lo que no queda otra alternativa que revocar la resolución apelada para en su lugar denegarla sin especial condena en costas." (TRIBUNAL SUPERIOR PRIMERO CIVIL, Resolución N° 1422 de las 8 horas 10 minutos del 09-10-91)

"En resoluciones anteriores, el Tribunal se ha pronunciado respecto a los requisitos uno y tres.

En el voto número 657-E de las 13:55 horas del 13 de junio de 1991, se dice que el "documento" debe ser "original" y no simples copias: "V. La actora, con su demanda, aporta como documentos fundamento de su pretensión, varias fotocopias de una nota dirigida por ella misma a la Contraloría General de la República, fotostática de un memorándum, y copias

fotostáticas de comprobantes de recibido de mercadería o propaganda de facturas, éstas últimas sin constar firma alguna.

No sólo no se presentaron los documentos originales, aunque se dieron razones de ello, sino que no aparece tampoco firma alguna de la deudora en las facturas, razones suficientes para denegar esta demanda. Se hacía necesario entonces, el documento original, firmado por la deudora o su personero con poder suficiente.." Esta exigencia se reitera en el voto 1422-F de las 8:10 horas del 9 de octubre de 1991, donde además se insiste en la firma del obligado para que se pueda acreditar la obligación.

En la resolución número 1459-L de las 9:20 horas del 11 de octubre de 1991, en ese mismo sentido se dijo:"...La ausencia de firma es una circunstancia que impide hacer la prevención de pago, porque al no estar firmados no tienen carácter representativo como lo ordena el artículo 368 del Código Procesal Civil, y por eso no son documentos sino papeles, y en consecuencia, al no ser documentos, no es posible dar aplicación al artículo 502 del Código Procesal Civil, puesto que, se repite, no se tiene a mano el documento que esta norma legal exige para ello...". Por último, en los votos números 552-F de las 10:25 horas del 15 de mayo de 1991 y 596-F de las 8:35 horas del 24 de mayo de 1991, se analiza la exigencia de que la obligación dineraria debe ser líquida y exigible. (TRIBUNAL SUPERIOR PRIMERO CIVIL, Resolución N° 1753 de las 9 horas 25 minutos del 27-11-91)

2. Firmado por el deudor: Como un requisito lógico y necesario, cabe agregar, que el documento esté firmado por quien se indica como deudor,

esto está presumido en la normativa." (TRIBUNAL SUPERIOR PRIMERO CIVIL, Resolución N° 1410 de las 8 horas 30 minutos del 04-10-91)

"La ausencia de firma es una circunstancia que impide hacer la prevención de pago, porque al no estar firmadas no tienen carácter representativo como lo ordena el artículo 368 del Código Procesal Civil, y por eso no son documentos sino papeles, y en consecuencia, al no ser documentos, no es posible dar aplicación al artículo 502 del Código Procesal Civil, puesto que, se repite, no se tiene a mano el documento que esta norma legal exige para ello..." (TRIBUNAL SUPERIOR PRIMERO CIVIL, Resolución N° 1459 de las 9 horas 20 minutos del 11-10-91)

3. Sin fuerza ejecutiva: esta exigencia la encontramos analizada en la Resolución del TRIBUNAL SUPERIOR PRIMERO CIVIL, N° 1298 de las 8 horas 5 minutos del 03-09-92:

"...Para llegar a una conclusión, es necesario partir de la intención que los sujetos tuvieron al momento de crear la relación obligatoria.

Si el acreedor desde un inició, con el deseo de respaldar su patrimonio, tuvo en mente un documento que por naturaleza tiene fuerza ejecutiva y así se lo propuso al deudor quien acepta firmar el título [pagaré], la falta de timbres fiscales en el documento no hace perder esa ejecutividad y por ende en esas condiciones el documento no puede sustentar una demanda monitoria.

En otras palabras, el documento para esta clase de procesos es aquél que no tenga vocación ejecutiva conforme a la ley, pues también ha reiterado este Tribunal que la condición de título ejecutivo sólo la concede la norma legal y su creación no puede suceder por paridad de razón ni al arbitrio de las partes ni de los juzgadores. De esta manera, se trata de un simple documento donde debe constar una obligación de dinero líquida y exigible.

No puede ser de otra forma porque la idea del legislador fue facilitar el cobro de obligaciones sin fuerza ejecutiva, ya que en esa situación con el Código de Procedimientos Civiles derogado los acreedores debían acudir al proceso declarativo, lo que no se justifica si el documento contiene sin lugar a dudas una obligación líquida y exigible pero sin la fuerza de comentario.

Por el contrario, si el documento por disposición expresa de ley es ejecutivo, debe ser en la vía sumaria donde debe el acreedor ejecutar el cobro, más no acudir al proceso monitorio como alternativa para evitar, como en el caso que nos ocupa, el pago de la carga fiscal por el documento y que de permitirse los Tribunales estarían facilitando una defraudación al fisco”.

4. Que sea una obligación dineraria, líquida y exigible: este es uno de los aspectos del proceso que ha provocado mayor número de pronunciamientos por parte de los tribunales; citaremos la resolución N° 596 de las 8 horas 35 minutos del 24-05-91, del TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, porque en ella se resumen claramente los criterios aplicados:

“De conformidad con el artículo 502 del Código Procesal Civil, se requiere de dos requisitos que deberá contener el documento que se aporte como fundamento de crédito: que conste la obligación de pagar una suma líquida y exigible.

Es líquida: cuando es determinada la medida de la prestación, sea, cuando se determine en modo exacto el monto.

Y es exigible: cuando su pago no está diferido por término ni suspendido por condiciones, ni sujeto a otras limitaciones; la exigibilidad se refiere entonces al tiempo en que el acreedor puede pedir el pago, es decir, que esté en mora”.

5. El documento debe valerse por sí mismo: Como ocurre con el título ejecutivo, el documento donde conste la obligación no puede ser complementado con otro. En la misma Resolución 596 citada anteriormente encontramos que

“No es permitido que la cantidad pueda liquidarse con los datos del propio documento, mucho menos que deban utilizarse otros documentos anexos o complementarios a aquel en que conste la obligación”.

Si el documento reúne todos estos requisitos se puede hacer la prevención o requerimiento de pago al demandado por el plazo de diez días. No se trata de un emplazamiento para contestar la demanda, sino de una prevención de pago. Esa es la razón por la cual en este tipo de asuntos no caben las excepciones perentorias o de fondo, salvo la prescripción. Desde

luego las excepciones procesales son oponibles, como la de competencia y falta de capacidad o defectuosa representación de alguna de las partes.

La prevención de pago debe cubrir lo reclamado en la demanda más un cincuenta por ciento para intereses y costas, lo que no equivale a embargo. Como no hay título ejecutivo, no procede decretar embargo en la resolución inicial, salvo que se solicite como un embargo preventivo.

La resolución inicial, necesariamente, debe ser notificada personalmente o en la casa de habitación del demandado. La prevención, además, debe ser notificada dentro del mes siguiente de dictada, pues de lo contrario se tiene por ineficaz sin necesidad de resolución alguna, sin que sea posible reiterar el monitorio. La medida tiene similitud con la deserción, y por esa razón cuando se deniega la ineficacia lo resuelto carece de recurso de apelación. En caso que se declare la ineficacia, la solución es la misma porque no es necesario pronunciamiento alguno, sin que se pueda recurrir lo que no se debió dictar.

De acuerdo con la estructura de este proceso hay dos tipos de oposición dentro del plazo de la prevención:

a. Oposición inadmisiblesentencia estimatoria: así como al actor se le exige documento idóneo, por tratarse de un monitorio documental, el demandado también debe aportar documento idóneo para combatirlo. Don Olman Arguedas explica que

"A fin de igualar el tratamiento de las partes, el demandado, si hiciere oposición tiene que neutralizar el documento aportado por el actor con otro documento aportado por él."⁵⁸

De no ser así se procede a dictar sentencia estimatoria o con lugar. Lo mismo ocurre si el demandado manifiesta su conformidad o no se opusiere dentro del plazo del requerimiento.

En este tipo de fallo no cabe el análisis de excepciones perentorias, pues además de la falta de traslado sólo cabe la oposición documental pertinente. El demandado puede acudir al proceso ordinario o abreviado, pero no suspende la ejecución de la sentencia estimatoria.

b. Oposición admisible- Auto remisorio: en caso de que el demandado aporte documento idóneo, ya que por ser un monitorio documental nuestro Código Procesal Civil ha previsto que la oposición del demandado debe hacerse con base en prueba documental pertinente para que el juez pueda proceder en la forma que dispone el párrafo 1° del artículo 505, es decir, con omisión de pronunciamiento en cuanto al fondo, para ordenar que el debate se haga en vía ordinaria o abreviada, según sea el caso, mediante el dictado de un auto remisorio a la vía ordinaria o abreviada.

Se concluye de lo expuesto que en los procesos monitorios no es posible una sentencia desestimatoria. A este respecto, citaremos las siguientes

⁵⁸ ARGUEDAS SALAZAR: op.cit, pág. 168

resoluciones dictadas por nuestros tribunales: TRIBUNAL SUPERIOR PRIMERO CIVIL, Resolución N° 1344 de las 8 horas 45 minutos del 11-09-92:

" ...De la relación de los artículos 502 y siguientes del Código Procesal Civil se concluye sin dificultad que en el proceso monitorio no es dable dictar sentencia desestimatoria, debido a que el contradictorio se invierte, por cuya razón, lo propio en este caso es dictar el auto remisorio al proceso ordinario o abreviado, según corresponda [...]."

Asimismo. la Resolución del TRIBUNAL SUPERIOR PRIMERO CIVIL, N°: 982 de las 8 horas 45 minutos del 18-08-93: "El Tribunal ha reiterado, de acuerdo con el trámite previsto para el proceso monitorio, que el Código Procesal Civil no contempla la posibilidad de una sentencia desestimatoria en este tipo de asuntos. De reunir el documento los requisitos del artículo 502 del citado cuerpo de leyes, la conformidad del demandado, la falta de oposición o bien cuando ésta es inadmisibles, lo que procede es una sentencia estimatoria (numerales 503 y 504 ibídem). La segunda y última alternativa prevista, ocurre cuando la oposición del accionado es admisible mediante prueba documental, en cuyo caso conforme el artículo 505 ibídem lo correcto es dictar un auto remisorio a la vía ordinaria o abreviada.

Esa es la razón legal por la cual no proceden las excepciones perentorias, salvo la prescripción, en el monitorio."

Finalmente, destacaremos la opinión crítica de Don Olman Arguedas⁵⁹ en relación al proceso monitorio, tal como se estructuró en Costa Rica:

“En el proceso monitorio el juez emite sin previo contradictorio una orden de pago dirigida al demandado, y le señala, al mismo tiempo, un plazo dentro del cual pueda, si le interesa, provocar el contradictorio mediante oposición.

Si, por el contrario, hay falta de oposición del demandado, la orden de pago se convierte en título ejecutivo. **Esta conversión caracteriza al proceso monitorio en toda su pureza. Lamentablemente, en el Código Procesal Civil no ocurre esa conversión, como hubiera sido lo correcto, sino que en presencia de la no oposición del demandado el juez dictará sentencia estimatoria ...** “ (La negrilla es nuestra)

4. PROPUESTA PARA LA CREACIÓN DE UN PROCESO ESPECIAL DE ESTRUCTURA MONITORIA PARA LAS ACCIONES DE FILIACIÓN

Estudiamos con detenimiento el proceso monitorio porque su estructura básica, consistente en invertir, haciéndola pasar del actor al demandado, la iniciativa del contradictorio, nos parece que ofrece una vía expedita para la solución de los problemas derivados de la filiación, sean éstos investigaciones o impugnaciones de paternidad o maternidad.

⁵⁹ ARGUEDAS SALAZAR: op. cit, pp. 165-169

Encontramos en los estudios doctrinales que:

“Teóricamente hablando, nada impediría *a priori* adaptar a cualquier especie de acciones, esta forma de procedimiento, en el que la iniciativa del contradictorio se desplaza del actor al demandado; del mismo modo que se puede tener en nuestro proceso ordinario una sentencia de declaración de mera certeza o una sentencia constitutiva pronunciada en contumacia del demandado, así no sería ni lógica ni jurídicamente absurdo pensar que también las acciones de mera certeza y las acciones constitutivas pudieran ser hechas valer mediante este procedimiento especial y satisfechas mediante decreto del juez, pronunciado *inaudita altera parte* y destinado a adquirir eficacia similar a la de una verdadera sentencia, en el caso de que el demandado no se valiese de su facultad de provocar el contradictorio”.⁶⁰

Cuando se introdujo este proceso dentro del ordenamiento costarricense se argumentó, con mucha fuerza, que se trataba de una forma procesal que permitía una gran economía, librando a los tribunales de la carga innecesaria de trabajo provocada por todas aquellas causas en las que el demandado no tiene razones serias que oponer y se limita a usar todos los medios dilatorios para entorpecer, permaneciendo en contumacia o respondiéndolo y contradiciendo sin base cierta.

Todas estas argumentaciones han sido probadas dentro del ámbito de la aplicación del proceso monitorio, tal como está regulado en Costa Rica. Por eso es que proponemos ir un paso más adelante y utilizar las

ventajas que ya ha demostrado tener en cuanto a economía y celeridad del proceso. Tal como dice Calamandrei en la cita del párrafo trasanterior, “...no sería ni lógico ni jurídicamente absurdo...” pensar en otras aplicaciones.

En este sentido, hacemos eco de la afirmación del Lic. Diego Benavides⁶¹, en su artículo “Los procesos Familiares en Costa Rica”, cuando sostiene que:

“Una innovación en materia de procedimientos de familia se impone en nuestro país, no para mal copiar normas de países que jurídica o democráticamente han estado detrás del nuestro o que tienen otras circunstancias, sino para que con imaginación y sentido práctico y técnico se logren directrices procesales que tomen en cuenta los problemas cotidianos que envuelven a las familias costarricenses... Deben equilibrarse el principio de defensa y de justicia pronta y cumplida con el protector, el de interés superior del menor y otras directrices constitucionales y de derecho internacional, al igual que debe ponderarse el ritmo de la vida moderno...”

Cuando el legislador ha decidido la aplicación de los procesos abreviado, sumario e, incluso, la creación de procesos especiales para la materia de Familia, lo ha hecho buscando formas idóneas para atender una problemática social: el proceso de familia es un “proceso social”, a diferencia de otras ramas civiles donde el problema normalmente es patrimonial. Sin embargo, la realidad ha demostrado que no siempre se logra el objetivo

⁶⁰ CALAMANDREI: op.cit, pp. 27-28

⁶¹ BENAVIDES S., Diego: “Los procesos familiares en Costa Rica” en *Iustitia*, San José, Costa Rica, N° 126-127, pp. 4-5

buscado; por más breves que sean los trámites, las estadísticas demuestran que un proceso de familia no dura en la actualidad menos de dos años en el tráfico judicial

Nuestra propuesta, entonces, se mueve en el sentido de buscar solución a los problemas derivados de las investigaciones e impugnaciones de paternidad o de maternidad en el menor tiempo posible, pero garantizando siempre el debido proceso.

En esta innovación estaríamos utilizando el esquema monitorio básico, en el sentido de que la persona legitimada para accionar la investigación o la impugnación de la paternidad o de la maternidad, acudiría ante el Juez y haría la declaración correspondiente de quién es, o quién no es, el padre o madre del hijo, cuya existencia y filiación, si es que la tuviere establecida, se probará por los medios previstos en el Código de Familia.

El paso inmediato siguiente sería la citación del señalado para que reconozca el vínculo con el hijo o, caso contrario, inicie el contradictorio, por las vías ya definidas en el cuerpo legal. Pero antes de dar este paso, debemos recordar que, por ser el nuestro un monitorio documental, la oposición del demandado debe hacerse con documento idóneo; dado su reconocido valor probatorio para negar el vínculo biológico cuando éste es inexistente, proponemos que se defina legalmente que dicho documento idóneo, en el caso que nos ocupa, sea la prueba científica, realizada de acuerdo a los requerimientos del artículo 98 del Código de Familia.

Si la prueba aportada demuestra que efectivamente el vínculo biológico no existe no sería necesario ningún otro trámite, ya que legalmente se le ha reconocido el valor de plena prueba. Estaríamos ante un supuesto en el que se produjo cosa juzgada material, a menos que se pudiera comprobar penalmente que la prueba utilizada es falsa.

Ésta es una de las modificaciones más importantes propuestas, en relación con el sistema ya que, como vimos en su momento, el proceso monitorio no produce cosa juzgada material. En nuestro caso, basados en el valor de plena prueba del peritazgo científico para negar la paternidad, que ya han reconocido la ley y la jurisprudencia, sí obtendríamos el referido efecto procesal.

En el caso de que la prueba demuestre que la persona señalada sí es el padre biológico, tendríamos que apoyarnos en la hipótesis de que el avance actual de los peritazgos científicos permite utilizar sus resultados también para afirmar la paternidad y la maternidad, con la misma consecuencia procesal de cosa juzgada material. (Véase NOTA en la página 119 de este trabajo).

La tercera posibilidad que analizaremos es la del demandado que no se presenta nunca ante el Juez, que no afirma ni niega el señalamiento que sobre su persona ha recaído. Es la hipótesis de contumacia, que en materia procesal civil tiene consecuencias concretas.

Nos apoyaremos ahora en los argumentos expuestos por la SALA CONSTITUCIONAL, en el Voto N° 348-94 de las 15 horas 48 minutos del 18-01-94, en el caso de una investigación de paternidad:

“...el derecho en ocasiones otorga consecuencias a ciertas circunstancias, ya que es la única forma de que se pueda obtener certeza. Así, por ejemplo y sólo para situarnos en el Código Procesal Civil, vemos que éste dispone que hay un asentimiento a las pretensiones del demandante, y se declarará con lugar la demanda, cuando un arraigado debidamente prevenido, se ausente sin dejar representante (artículo 270). O cuando dispone que el demandado que no contestare debidamente la demanda, será declarado rebelde y se tendrán por contestados afirmativamente los hechos (artículo 310). Otro tanto, cuando dispone que la parte que llamada a declarar no compareciere, se rehusare a declarar o lo hiciere con evasivas, puede ser tenida por confesa (artículo 336), situación regulada idénticamente para el caso de la confesión (artículo 345). Como se observa, la ley en estos casos no obliga a una persona a actuar como se prescribe (nombrando representante, declarando, contestando la demanda, etc.), sino que de modo ficto otorga consecuencias positivas a una abstención del demandado o declarante, y esto debe entenderse como normal para el desarrollo de un proceso judicial, pues sería fácil para una parte por ejemplo, con abstenerse de contestar o referirse a la demanda, enervar el avance y resultado satisfactorio proceso mismo.”

En materia de familia, salvo los casos en que la propia ley ha establecido procesos especiales, la regulación procesal se rige por las

disposiciones del Código Procesal Civil. Hemos visto, en palabras de los propios Magistrados de la Sala Constitucional cómo se trata la negativa del demandado a responder al requerimiento de justicia formulado por el actor. Sin embargo, esto que es normal en materia civil no se aplica en familia.

Un análisis de las razones que sustentan esta negativa lo encontramos en el artículo ya mencionado de Benavides⁶², quien afirma lo siguiente:

“... En la materia (sobre todo si se trata de procesos que impliquen el vínculo matrimonial o la filiación), si hay allanamiento de la demanda, contestación afirmativa de los hechos o rebeldía, se ha considerado que debe recibirse siempre la prueba por el interés público que hay de por medio, por lo que las excepciones del 304 y 316 CPC son de aplicación pues se trata de derechos de dudosa disponibilidad y en que la concordancia puede cubrir un fraude procesal, además se ha señalado que la confesión no es admisible como única prueba y opera la norma de excepción del 1316 del Código Procesal Civil.”

Sin embargo, encontramos que estas afirmaciones no son generalizables a todas las hipótesis de filiación; en este sentido, hemos venido documentando a lo largo del trabajo, que la ley no siempre se ocupa de buscar la verdad real del vínculo biológico, lo cual es patente en los casos de reconocimiento, ya que no se intenta ninguna prueba adicional además de la declaración (confesión) del padre de que el hijo reconocido es su verdadero

hijo. El punto parece ser que la manifestación debe ser de la voluntad del hombre en aceptar la paternidad, pero puede protegerse su voluntad negativa, lo cual nos parece absolutamente injustificable.

Consideramos que debe salvaguardarse, por encima de cualquier otra consideración, el interés del hijo y que su derecho a conocer su filiación es el bien jurídico que debe ser protegido. Usaremos nuevamente las palabras de la propia Sala Constitucional, contenidas en el Voto N° 348-94 de las 15 horas 48 minutos del 18-01-94, para apoyar esta idea:

“... En la materia que trata esta acción y que pertenece al Derecho de Familia, rigen principios muy importantes, como el del interés del menor que hoy está contenido en la Convención de los Derechos del Niño, debidamente aprobado por nuestro país por Ley No.7184 de 18 de julio de 1990 y por ende incorporada al ordenamiento al más alto nivel normativo por disposición del artículo 48 de la Constitución Política. Puestas así las cosas, hay diversos intereses en juego: el del menor a saber quién es su padre; el del supuesto padre, a obtener una declaratoria negativa en un proceso justo, y el de la administración de justicia, de llegar a una declaración que recoja lo más cerca posible, la verdad real. Esos intereses hay que conjugarlos, pues todos tienen asidero constitucional.”

“...Y concluimos: ante la negativa de someterse a la prueba de los marcadores genéticos, será el juez quien valore el indicio de veracidad de esa prueba rehusada, a la par de otras pruebas, utilizando las reglas de la

⁶² BENAVIDES: loc.cit, pág. 8

sana crítica. Esa consecuencia **no atenta contra los derechos de la persona demandada en la investigación de paternidad si, como en el proceso judicial de base en esta acción, ha sido una decisión libre y voluntaria la de no someterse a la prueba, desaprovechando la oportunidad que tenía _también otorgada por la ley_ de demostrar la no paternidad en caso de que la prueba hubiere generado un dictamen pericial negativo. La decisión de no someterse a la prueba, no podría resultar en perjuicio de los derechos también fundamentales del que desea saber quién es su padre.** La ley, en opinión de la Sala, equilibra los derechos de las partes, otorgándole a la negativa dicha, no un valor decisivo, sino dejando ese valor a criterios que objetivamente debe plasmar el juez en la sentencia correspondiente, controlable por los mecanismos intra procesales.-" (la negrilla es nuestra).

Concluiremos este punto del análisis afirmando que, habiéndosele dado al supuesto padre la posibilidad de utilizar un medio probatorio que permite demostrar con total certeza la negativa de paternidad que él no desea, su decisión de no aprovechar la oportunidad demuestra que sabe que no podrá sostener tal negativa si se somete a la probanza.

La última consideración a hacer es la relativa a la carga de la prueba, que estaríamos trasladando al demandado y que, en este caso particular, tiene consecuencias pecuniarias importantes. En este sentido creo que es indispensable valorar el costo que tiene para el sistema judicial sostener durante más de dos años cada uno de los procesos judiciales de

impugnación o investigación de paternidad o maternidad, cuando podría perfectamente asumir el costo de un sólo peritazgo que resolviera el punto de litigio en un plazo mínimo. Ésto sin entrar a ponderar el costo social que significa el problema de la falta de paternidad en una cuarta parte de los niños nacidos cada año en Costa Rica.

CAPÍTULO QUINTO

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. CONCLUSIONES

PATER IS EST... QUEM SANGUIS DEMONSTRANT

Hemos venido estudiando los sistemas de filiación, matrimonial y extramatrimonial, existentes en nuestro país; podemos concluir que nuestra legislación, como reflejo de una realidad casi universalmente aceptada, mantiene la idea de que la paternidad es un hecho biológico que solamente puede presumirse, a partir, por ejemplo, de las relaciones sexuales de los presuntos padres en el período legal de la concepción del hijo. En nuestra legislación la paternidad no es un hecho cierto, sino presunto.

Podríamos suponer que la ley ha estado interesada en comprobar la verdadera unión, el lazo de sangre, que une a los padres con los hijos; sin embargo, como ya vimos, por ejemplo, al estudiar el reconocimiento, tal suposición no es del todo cierta. El ordenamiento jurídico recurrirá a la búsqueda de la realidad biológica subyacente en una filiación, tanto paterna como materna, matrimonial o extramatrimonial, cuando sea la única posibilidad, dentro de la situación particular de que se trate, de romper la relación legal establecida, sobre la base de una relación biológica supuesta entre el padre y el hijo; me refiero a los casos de impugnación de la maternidad o de la paternidad. Ahora bien, si lo que se necesita es definir la filiación ignorada, la búsqueda de la realidad biológica no será tan determinante como la búsqueda de los lazos afectivos.

Cuando sea necesario recurrir a un proceso de impugnación, la ley deberá garantizar que el lazo de sangre sobre el cual debe descansar la filiación no existe realmente; que no es cierta la relación biológica entre el padre, la madre y el hijo que ella dio a luz. Creo poder ver en esta afirmación una base para la disposición vigente de aceptar el valor de “plena prueba” de la prueba científica para demostrar la no paternidad. Cuando el padre no está de acuerdo con la relación filial que se le atribuye, si se demuestra que el lazo biológico no existe, no hay paternidad.

Esto es así porque en la evolución del instituto jurídico de la filiación se fueron reconociendo, a lo largo del tiempo, dos categorías de supuestos sobre los cuales se construyó el sistema actual: aquéllos que descansan sobre la aludida realidad de un nexo biológico, y otras, basadas en relaciones de tipo afectivo existentes entre el padre y su hijo, en la posesión notoria de estado. La filiación es una verdad jurídica, pero no es necesario que ésta se corresponda con la verdad real de la procreación.

Esto no es una conclusión apresurada. Cuando la ley acepta, por ejemplo, la filiación adoptiva, está reconociendo que el lazo de sangre no es necesario dentro de la relación paterno-filial; asimismo, cuando se aceptan reconocimientos de hijos ajenos, como ya vimos en su momento.

Hasta aquí el sistema existente me parece casi correcto. El legislador ha cuidado el bien superior, que en este caso es que haya paz familiar y que todos los niños tengan padres que les den su nombre, que los traten con afecto y que les garanticen honra y reconocimiento social.

Bueno, casi todos los niños. La Constitución garantiza que no haremos calificación de los hijos por su origen, pero hay una realidad aplastante: Seguimos teniendo *vulgo concepti*. Como ya citamos en la Introducción de este trabajo, el 25% del total de los niños nacidos en Costa Rica, son de padre desconocido.

Podemos intentar justificar que en tiempos pasados las legislaciones se vieran obligadas a sostener un sistema de presunciones que dejaba sin protección a esta gran cantidad de niños, pero no lo justificamos hoy en día, cuando los recursos puestos al alcance del Derecho, gracias al avance de la ciencia, permiten definir la realidad biológica escondida tras una paternidad evadida, en lugar de cohonestar la impunidad e irresponsabilidad del padre evasor.

El ordenamiento jurídico no debe permanecer indiferente ni ajeno frente a esta situación. Si el hombre no ha asumido voluntariamente la responsabilidad filial, que se puede presumir en cualquiera de las situaciones que estudiamos, debe entonces la ley obligarlo a comprobar que el hijo que él niega, o que pretende ignorar, efectivamente no es suyo. Para esto, deberá buscarse la verdad de la generación del hijo, el contenido real del vínculo biológico, que dé sustento al vínculo jurídico que se desea establecer.

Al iniciar este trabajo se planteó la hipótesis de que **“EL RÉGIMEN DE PRESUNCIONES DE PATERNIDAD ESTABLECIDO EN NUESTRO CÓDIGO DE FAMILIA ES INCOMPLETO. Al no contemplar la**

presunción de paternidad del hijo extramatrimonial permite que un alto porcentaje de menores carezcan de filiación paterna”

Consideramos que esta afirmación ha quedado plenamente demostrada a lo largo de la investigación. Vimos que a cada uno de los tipos de filiación existentes corresponde una presunción legal. Resumámoslas:

1. Filiación Legítima

- Legítima propiamente dicha, artículos 69 y 71, Código de Familia.
- Legítima por legitimación posterior (Subsiguiente matrimonio de los padres), artículo 81, del Código de Familia.

2. Extramatrimonial

- Reconocida, artículo 84, Código de Familia
- Presunta por unión de hecho, artículo 92, Código de Familia
- No reconocida.

3. Adoptiva

Podemos concluir claramente que el régimen de presunciones sí es incompleto, puesto que la filiación paterna del hijo extramatrimonial solamente se establece en los supuestos de unión de hecho o reconocimiento, cobijado el primer caso por una presunción legal y el segundo por un acto

voluntario, que también implica una presunción por parte del padre de que el hijo reconocido es suyo.

2. RECOMENDACIONES

Comprobado, como ha sido, el punto de la insuficiencia del sistema legal de presunciones para garantizar a cada niño nacido en Costa Rica el derecho de conocer con certeza su filiación, **SE PROPONE LA MODIFICACIÓN LEGAL CORRESPONDIENTE EN CUANTO A:**

1. LA PRESUNCIÓN DE FILIACIÓN PATERNA DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL

Proponemos la inclusión dentro del cuerpo legal de una nueva presunción, para los efectos de la paternidad del hijo extramatrimonial no concebido dentro de los supuestos amparados por el artículo 92 del Código de Familia.

Se ha evidenciado a lo largo de toda la investigación que el sistema se construyó cuidando en primer lugar el interés del hombre, en el sentido de tomar todas las previsiones posibles para evitar que se le atribuya una paternidad que no desea; sólo en segunda instancia se defiende el interés del hijo, que según la ley tiene garantizado el derecho de saber quiénes son sus padres.

Cuando no ha habido una relación estable, creo que la más indicada para saber quién es el padre de su hijo es la mujer. El hombre puede

dudar que efectivamente él sea el padre, puede suponer que la mujer ha sostenido pluralidad de relaciones; esta hipótesis la contempló la doctrina bajo la *exceptio plurium concubentium*, pero su duda no demuestra que él no sea el padre, porque también él tuvo acceso carnal con la mujer.

Creo que la propuesta debe ir en este sentido: establezcamos una presunción basada en la afirmación de la madre acerca de la identidad del padre de su hijo. Ya la ley nos proporciona un mecanismo para negar, con valor pleno, la paternidad. Me refiero, lógicamente, a la prueba científica, cuya aplicación regula el artículo 98 y que ha sido reiterado por la vía jurisprudencial, sirve para negar la paternidad. Así que, si el señalado como supuesto padre no está de acuerdo en aceptar la relación filial, dispone del medio idóneo para negarlo con total certeza.

2. LA CREACIÓN DE UN PROCESO DE ESTRUCTURA MONITORIA PARA LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA FILIACIÓN, SEAN INVESTIGACIONES O IMPUGNACIONES.

Este segundo aspecto de la investigación ya fue ampliamente desarrollado en el Capítulo IV del Título Cuarto.

A estas alturas solamente nos queda reiterar nuestra duda de la presunta lógica que permite al ordenamiento jurídico seguir amparando la irresponsabilidad de aquel hombre que se niega a asumir su responsabilidad paterna; presunciones legales que nos mantienen jugando el juego de que la paternidad es un hecho oscuro, cuya prueba afirmativa no es posible por

tratarse de un hecho biológico imposible de determinar y continuar presumiendo la paternidad exclusivamente sobre la base de la voluntad manifiesta del padre, tal como lo solicitaban los señores diputados cuando requirieron por segunda vez el dictamen de la Sala Cuarta sobre la modificación del artículo 92 del Código de Familia, "...por cuanto la presunción de paternidad sin manifestación expresa del padre abriría una fuente de conflictos irrazonable y solamente se justifica en una situación matrimonial..."

Proponemos la legislación relativa a una nueva presunción de paternidad, cuya certeza se puede establecer mediante el uso de las pruebas científicas que demuestran indubitadamente el vínculo biológico. El nuevo principio no estará basado, como en la vieja tradición romana recogida en la máxima *PATER IS EST QUEM NUPTIAE DEMONSTRANT*, en la existencia del matrimonio o, como ya ha reconocido nuestro ordenamiento, en la existencia de una relación de hecho. El nuevo principio, complementario de aquél, será: ***PATER IS EST QUEM SANGUIS DEMONSTRANT***, es decir, se es padre cuando la sangre lo demuestra.

**PROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL TÍTULO SEGUNDO
DEL CÓDIGO DE FAMILIA**

"ARTÍCULO 85 bis:

HIJO EXTRAMATRIMONIAL. PRESUNCIÓN:

Se presume que el hijo habido fuera del matrimonio y no cubierto por las disposiciones contenidas en los artículos 84, 85 y 92 de este código, es hijo de la madre que hace la presentación ante el registro civil y del padre cuyo nombre ella consigne en ese acto, quien deberá ser apercibido por la autoridad administrativa correspondiente de que debe concurrir en el plazo de diez días a aceptar la paternidad, y que en caso de oposición deberá presentarse ante el juez de familia, en ese mismo plazo, a negar la paternidad señalada, de acuerdo al procedimiento regulado en el artículo 91 bis.

ARTÍCULO 91 bis:

ACCIONES DE FILIACIÓN. PROCESO ESPECIAL:

En los procesos de investigación de paternidad o de maternidad, las personas legitimadas activamente podrán presentarse ante el juez de familia, a quien solicitarán hacer la prevención al supuesto padre o madre biológica de que en el plazo de diez días deben concurrir a aceptar o negar la paternidad o la maternidad; previo la prueba del nacimiento de la persona a quien se refiera esta acción.

El juez hará la prevención al demandado con la advertencia de que en ese plazo puede oponerse y que, de no hacerlo, se formalizará el reconocimiento judicial de la filiación.

A los fines de este trámite se considera que la prueba pertinente para desvirtuar la paternidad o la maternidad demandada es la prueba científica, evacuada de acuerdo a las exigencias del artículo 98.

Cuando el padre o la madre demandados no puedan ser encontrados para notificarles el apercibimiento aludido en el párrafo primero, o si se ignora su paradero, se le notificará de acuerdo a las regulaciones contenidas en los artículos 4 y 7 de la ley de notificaciones, citaciones y otras comunicaciones judiciales.

Si el demandado manifestare su conformidad o no se opusiere, o si se opusiere sin ofrecer la prueba pertinente, el juez dictará sentencia estimatoria y ordenará la formalización de la inscripción del nacimiento.

En caso de existir oposición fundada en la prueba pertinente el juez omitirá resolver sobre el fondo y remitirá a las partes a la vía procesal correspondiente.

En los procesos de impugnación donde se demuestre la no paternidad biológica mediante la aplicación de la prueba regulada en el artículo 98, el juez procederá a dictar sentencia estimatoria sin más trámite y ordenará la inscripción sin consignar el nombre del padre.

Contra la sentencia dictada en este proceso cabe el recurso de apelación y el de casación.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR, Thais: **Familias del nuevo milenio**, en La Nación, 15-11-99

ALIZADE, Alcira Mariam: **La mujer sola**. Ensayo sobre la dama andante de Occidente. Ed. Lumen Tercer Milenio, Buenos Aires, Argentina, 1998.

ARGUEDAS SALAZAR, Olman: **Comentarios al Código Procesal Civil**. Ed. Juritexto, San José, Costa Rica, 1995.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía: **Derecho de Familia y Sucesiones**. Ed. Harla, México.

BRENES CÓRDOBA, Alberto: **Tratado de las Personas**. Ed. Juricentro, San José, Costa Rica, 1984.

CALAMANDREI, Piero: **El Procedimiento Monitorio**. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1946.

CALVO, Yadira: **De diosas a dragones**. Ed. Universidad Estatal a Distancia, San José, Costa Rica, 1995

CAMACHO GRANADOS, Rosalía: **La maternidad como institución del patriarcado: representaciones y manifestaciones en obreras del sector textil**. Tesis de Grado, mecanografiada, San José, Costa Rica, 1997.

CAMACHO VARGAS, Eva: **Código de familia con jurisprudencia, concordado y legislación conexas**. Ed. Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 1997.

CÓDIGO DE FAMILIA CUBANO. Ed. Orbe, La Habana, Cuba,

CHIOVENDA, José: **Principios de Derecho Procesal Civil**. Ed. Reus, Madrid, España, 1922.

DI PIETRO, Alfredo y LAPIEZA ELLI, Ángel Enrique: **Manual de Derecho Romano**. Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1983.

GÓMEZ PIEDRAHITA, Hernán: **Derecho de Familia**. Ed. Temis S.A. Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1992.

GUITRON FUENTEVILLA, Julián: **Prospectivas del derecho familiar**. Octavo Congreso Mundial sobre Derecho Familiar, ponencia mecanografiada, Caracas, Venezuela, 1994

IGLESIAS, Juan: Derecho Romano, **Instituciones de Derecho Privado**. Ed. Ariel S.A., Barcelona, España.

LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. **Derecho de Familia**. Ed. Librería Bosch, Barcelona, España, 1984.

LERNER, Gerda: **La creación del patriarcado**. Ed. Crítica, Barcelona, España, 1990.

MANAVELLA C., Carlos A. **El concepto constitucional de familia y otras consideraciones.** En Iustitia No. 88, San José, Costa Rica, 1994.

MINISTERIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMERCIO, ÁREA DE ESTADÍSTICA Y CENSOS: **Anuario Estadístico de Costa Rica 1988-1992.** San José, Costa Rica, 1998.

OSSORIO, Manuel: **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.** Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1974.

PARAJELES VINDAS, Gerardo: **Curso de Derecho Procesal Civil.** Ed. Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 1997.

PETIT, Eugéne: **Tratado Elemental de Derecho Romano.** Ed. Porrúa S.A., México, 1990.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: **La Presunción de Paternidad Legítima.** Ed. Tecnos, Madrid, España, 1971.

SUÁREZ FRANCO, Roberto: **Derecho de Familia,** Tomo 1. Ed. Temis Librería, Bogotá, Colombia, 1984.

TREJOS, Gerardo: **Código Procesal Civil, Texto, antecedentes, explicaciones y concordancias.** Ed. Juricentro, San José, Costa Rica, 1990.

TREJOS, Gerardo: **Derecho de Familia Costarricense.** Ed. Juricentro S.A., San José, Costa Rica, 1982

ZANNONI, Eduardo: **Derecho de Familia**, Tomo 2. Ed. Astrea de Alfredo Y
Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1978.

