

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD EN COSTA RICA

TESIS DE GRADO

OMAR ZUÑIGA SANCHEZ

1965

INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD EN COSTA RICA

INTRODUCCION:

El Derecho Civil, en cuanto a los bienes se refiere, sufre una evolución natural, que es reflejo de lo que existe en la filosofía de cada época. Esta Evolución es aún más lenta cuando de obligaciones y contratos se refiere. Pero en lo relativo a derecho de familia, con estar esta materia tan ligada al derecho público, el derecho civil tiene que estar en constante transformación, al igual que otras ramas del derecho como el penal o el laboral, para adaptarse a la transmutación de conceptos que cada época impone a la sociedad. Estos conceptos, estos valores concernientes al derecho de familia, sufren interpretaciones y estimativas diferentes, que van borrando prejuicios y estableciendo nuevas apreciaciones y ángulos de juicio, dando así, contenidos diferentes a las pautas sociales antes vigentes, produciéndose el fenómeno de mantener siempre vivos los problemas relativos a esta rama del derecho civil.

Dentro del derecho de familia, surge con un matiz más relevante, lo relativo a los hijos nacidos fuera de matrimonio, su igualdad en derechos a los nacidos en él, y la investigación de la paternidad extramatrimonial. Problemas estos, que saltan los límites del derecho, para proyectarse sobre la vida económica y social de los pueblos. Las legislaciones han tratado de resolverlos en forma más o menos liberal. La investigación de paternidad, que ha encontrado mayor resistencia, hoy, cuenta con una fuerte corriente, producto del sentimiento de equidad y de justicia que inspira al legislador moderno, tendiente a suavizar los rigorismos que le han cerrado el paso.

La paternidad cuyo problema actual, no es por cierto el escándalo social, sino la dificultad para determinarla, es objeto de un constante estudio de la

ciencia biológica, que busca incesantemente la piedra filosofal que venga a esclarecer este misterio de la naturaleza. Se tiene la esperanza de que si la biología hematológica que es la que ha profundizado más la materia, no llegará a alcanzar sus propósitos, habrá otra rama de la ciencia que llegue a descubrirlos.

Mientras tanto, será la prueba indirecta basada en indicios y presunciones, la que sirva de punto de apoyo en la determinación de la paternidad. La incertidumbre que se cierne sobre la relación paternofilial, cuando por lo menos no se cuenta con una presunción de certeza como la que procede del matrimonio, ha provocado un exceso de prudencia en el legislador, cuando de autorizar la investigación de paternidad se trata, no obstante que se reconoce la justicia de ese derecho.

Sobre este asunto, y deseando alcanzar una comprensión más clara de los principios que lo rigen, intentaremos un humilde trabajo.

1.- ANTECEDENTES HISTORICOS (1)

En todas las épocas de la humanidad, y como prueba evidente de la fuerza de las leyes naturales, inderogables por principios sociales que prohíben la unión libre de los sexos; en todos los pueblos, aún en los de costumbres más recogidas y sentimientos religiosos más depurados, se han producido en más o menos cantidad, nacimientos de seres humanos, sin que sus progenitores estuvieran unidos por los lazos legales del matrimonio.

Estos seres han sido tratados con criterios variables en el tiempo, y de un pueblo a otro.

En Roma no existió mayor desconsideración, - desde el florecimiento del derecho -, para con los hijos habidos fuera de las justae nuptiae. El concubinato, que fue tolerado después de la ley Julia de adulteriis, hizo posible atribuir por ministerio de la ley, la paternidad de los hijos nacidos de esa unión, al concubino. Luego, Justiniano les acordó alimentos y un relativo derecho hereditario (2). El Fuero Juzgo guardó silencio al respecto. El Fuero Real sí se ocupó de ellos llamándolos hijos de barragana; asimismo las Partidas que los calificó " hijos de ganancia (3) ".

La Iglesia, que con tanta fuerza dominó por siglos el pensamiento de la humanidad, vino a marcar una nueva y larga época en los destinos de estos seres.

(1) Nos hemos informado en este punto, especialmente en las obras de Planiol, Derecho Civil tomo II, y José Arias, Derecho de Familia, edición argentina de 1952.

(2) José Arias, Derecho de Familia, pág. 405

(3) José Arias, Derecho de Familia, pág. 406

La Iglesia, cuya doctrina preconizaba la igualdad de los hombres y cercenó las bases de otras instituciones como la esclavitud, por una razón muy especial, - la defensa del matrimonio, - luchó por la desigualdad de los hijos extramatrimoniales con relación a los de matrimonio. " La iglesia - dice Planiol - luchó con todas sus fuerzas para regenerar las costumbres y favorecer el matrimonio, y por lo mismo hizo que se estableciera que al bastardo se privara con relación a sus padres de todos los derechos que no fuera el de alimentos, Por supuesto que el hijo natural era indigno de las órdenes sagradas y de los beneficios estatuidos(4)

La tesis de la iglesia se puede resumir así: si la legislación no establece diferencias entre el hijo nacido en matrimonio y el nacido fuera de él, es de temer que esa institución se vea comprometida en la opinión pública. Toda medida tendiente a equiparar los efectos de las dos filiciaciones, es un paso hacia la corrupción y la unión libre. Mientras tanto, el legislador al proclamar la inferioridad legal de los hijos extramatrimoniales, sirve a la causa del matrimonio y tiende a restringir el número de esos hijos, Los padres por su parte, al considerar la suerte de sus descendientes, crean una opinión favorable hacia el matrimonio, que resulta de gran valor por cuanto todo el mundo es sensible a los prejuicios de la opinión pública. La inferioridad de condición, - decían los defensores de la tesis de la iglesia, - produce el buen efecto de incitar a los concubinos a regular su situación a fin de poder legitimar a sus hijos (5)

El derecho francés por su parte, no se escapó a la influencia de la iglesia, y colocó en plano inferior al hijo que no era de matrimonio; al mismo-

(4) Planiol, Derecho Civil pág. 566 tomo II

(5) Planiol, Derecho Civil pág. 568 tomo II.

tiempo, prohibió la investigación de paternidad.

La filosofía del siglo XVIII combatió la idea de la inferioridad social de esos individuos, afirmando lo inhumano que resulta hacer pensar sobre el hijo inocente, las graves consecuencias de la falta leve de sus padre.

Fue así como la situación cambió con las ideas individualistas de la Revolución, a raíz de las cuales vino una reforma que estableció la igualdad de los hijos, cualquiera que fuera su origen en la familia. Sin embargo, la misma ley limitó tanto la prueba de filiación, que sólo aceptó el reconocimiento voluntario.

La tercera época en la legislación francesa, la marca el Código de Napoleón, que señala una reacción contra el individualismo de la Revolución.

Napoleón consideraba que, " la sociedad debería desinteresarse de los hijos naturales " (citado por Planiol, o. cit. página 567). Bajo esta bandera, el Código Civil redujo los derechos de estos individuos, y aunque no se llegó al rigorismo antiguo, toda equiparación con los hijos de matrimonio desapareció. La investigación judicial de paternidad quedó absolutamente prohibida.

Hubo de pasar primero, un siglo y una gran labor de los filósofos en la transmutación de los conceptos que habían dado base a los principios del Código Civil, para que se variaran estos.

La influencia del Código Civil Francés en Europa y particularmente en la América Latina, es de todos conocida. En tratándose de la materia que nos ocupa, dicha influencia adquiere un lugar primordial. Sus disposiciones pasaron a las legislaciones americanas, casi intactas.

En nuestro medio, el Código Civil de 1841, recibió la influencia de la corriente francesa. Si a eso unimos la dureza de carácter de Carrillo y su impulsivo deseo de elevar las costumbres de la época, podemos justificar el por qué del desprecio con que dicho Código trata a los hijos extramatrimoniales. Veamos algunas de sus disposiciones: Establecía la diferencia entre hijos naturales y los incestuosos y adulterinos (arts. 166 y 169). El reconocimiento se hacía únicamente en escritura pública (art. 167), y expresamente prohibía reconocer a los hijos adulterinos e incestuosos. No abordó siquiera el problema de la investigación de paternidad ni maternidad; en ello fue completamente omiso. Establecía el derecho del hijo reconocido, a ser alimentado por el padre subsidiariamente, si la madre no tenía bienes o el hijo no se podía ganar sus alimentos, y sólo hasta los dieciocho años (art. 172). El mismo artículo establecía que " si la madre es pobre, tiene la obligación el padre de alimentarla desde que se consienta embarazada, hasta que cumpla el niño tres años: todo en proporción a la fortuna del padre....", disposición esta última de marcado espíritu de avanzada.

Vino luego el Código Civil de 1888, que no obstante ser relativamente reciente, sufre la influencia de la corriente francesa, pero acepta innovaciones. Establece la igualdad en derechos y obligaciones de todos los hijos con respecto a la madre (art. 111). Niega, al igual que el código anterior el reconocimiento voluntario para los hijos llamados adulterinos e incestuosos (art. 188). -

Se establece por primera vez en nuestra ley la investigación de maternidad y paternidad; la primera casi sin restricciones; la segunda, aunque en forma general la prohibía, establecía tres casos en que sí se permitía. Negando esas excepciones a los hijos adulterinos e incestuosos como los calificaba el código.

Esa legislación se mantuvo por muchos años, aceptando sólo algunas reformas en 1933 y en 1947 (que amplió los medios de reconocimiento), hasta el año 1949.

En este último año, se produjo una sustancial reforma que vino a modificar totalmente los principios existentes, constituyendo una verdadera revolución en esta materia. Nos referimos a la reforma constitucional del 49. Dicha Carta Política, estableció la igualdad de derechos de los hijos con respecto a sus padres, estuvieran estos unidos o no por el lazo del matrimonio; ya fueran estos entre sí parientes o no; porque dicha reforma abolió definitivamente la nefasta calificación de " naturales ", " bastardos " o cualquiera otra con que se les solía distinguir (art. 54). Estableció además, el derecho de todo individuo a promover la acción de investigación de maternidad y paternidad, aunque dejó el camino abierto a una limitación racional que hiciera la ley.

2.- EL ARTICULO 53 DE LA CONSTITUCION POLITICA.

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

No existió antes de la promulgación de la Constitución Política actual, ni en el capítulo de las Garantías Sociales incluidas en el año 1943, principio siquiera similar al anterior. Ya vimos cual era el espíritu que había informado el Código Civil del 88.

No fue sino en 1949, que el constituyente, con espíritu reformador y con un profundo sentido humano, se decidió a terminar con los prejuicios, - resabios- del derecho clásico,- y elevar al hijo extramatrimonial a un plano de igualdad en derechos con los nacidos dentro del matrimonio. Si los padres tienen las mismas - obligaciones con los hijos nacidos dentro del matrimonio o fuera de él, correlativamente estos tendrán los mismos derechos cualquiera que sean los supuestos familiares en que haya nacido.

Pero ahí no habría de terminar toda la innovación, pues poco se alcanza - con tener un derecho en abstracto, pues al hijo que ve la luz fuera del matrimo - nio de sus padres, no lo ampara una presunción de paternidad como la del artículo 100 del Código Civil; y el reconocimiento voluntario era poca garantía para esos - individuos.

Hubo de venir un segundo párrafo al citado artículo 53 constitucional, - que sirviera de complemento de aquel bello principio: el derecho a promover la - acción de investigación de paternidad, como medio necesario e indispensable en -

los casos tan frecuentes de negativa del padre a reconocer voluntariamente al hijo. Se enunció así: " Toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres, conforme a la ley ".

La Constitución entró en vigencia el ocho de noviembre de 1949. Posteriormente, con motivo de casos planteados ante los tribunales, hubo discusiones sobre si ese párrafo del citado artículo 53, establecía la investigación de paternidad en forma irrestricta y derogaba entonces totalmente el artículo 124 del Código Civil, y cualquiera otra disposición legal que pusiera límites a la libre investigación de paternidad.

La Corte Plena (7), y la Sala de Casación (8) resolvieron el punto, en el sentido de que la ley podía establecer limitaciones al principio general, pues la misma constitución dejaba al legislador la facultad de reglamentar ese principio.

El problema siguió latente entre los que pensaban en la libertad absoluta de investigación de paternidad, para volverse a plantear, y esta vez con mayor trascendencia, en el seno de la Asamblea Legislativa, con motivo de un proyecto de adaptación del Código Civil a los nuevos principios introducidos por la Constitución de 1949. Fue a raíz de una moción presentada por el diputado de entonces Licenciado don Carlos Guillermo Elizondo Cerdas, que abogaba por la supresión de restricciones a la investigación de paternidad, y los que creían que al decir la Constitución: "...conforme a la ley ", dejaba al legislador la reglamentación del principio, defendido entre otros por el Diputado Antonio Picado. Hubo otra tésis planteada por el Diputado Licenciado Ortíz Martín, de tendencia conservadora, en-

(7) Ver sesión celebrada el 29 de enero de 1951. Dijo entonces la Corte: "...aquel texto legal no estorba a nadie la investigación paterna sino que reglamenta tal derecho....El propio artículo 53 de la Constitución remite a la ley el desenvolvimiento del principio que enuncia...

(8) Ver sentencia de Casación de las 10.30 del 27 de julio de 1951.

el sentido de que debían conservarse las puertas cerradas a la investigación de paternidad de los hijos llamados adulterinos o incestuosos.

El problema fue arduamente discutido (9), triunfando la tesis que negaba la libertad absoluta y abogaba por las limitaciones de carácter legal, aún en contra del dictámen de la Junta Directiva del Colegio de Abogados, que por mayo - ría (10) consideró entre otras razones que " conforme a la ley " se refería a los medios o procedimientos legales para declarar la paternidad (11).

No vamos a exponer aquí los fundamentos aducidos por los defensores de - ambas tesis, sólo queremos insistir en que hubo opiniones muy respetables en pro y en contra de ambas. La Constitución había marcado una nueva época en la histo - ria de nuestra legislación sobre la materia, y sus principios habían sobrepasado - las ideas firmemente imperantes en nuestro medio. Ello provocó una reacción natu - ral hacia las formas clásicas, pero maniatada por la Constitución que había consa - grado la corriente liberalista.

El texto final del artículo 124 del código civil fue el siguiente: " La - investigación de paternidad es permitida: 1) Cuando exista escrito en que el padre declare expresamente su paternidad; 2) Cuando esté el hijo en posesión notoria de estado; y 3) Cuando en caso de estupro, violación, rapto o incesto, la época de - la concepción coincida con la del hecho punible en los términos del artículo 100; y cuando en el caso de unión de hecho pública, singular y estable por más de un - año de los padres, exista igual coincidencia ".

(9) Ver actas de la Asamblea Legislativa de abril de 1952.

(10) Votos de mayoría: Fernando Alfaro Iglesias, Froilán González Luján, Mario - Flores Páez, Rodrigo Méndez Soto, Manuel Antonio Lobo García y Hernán Echandi - Lahmann. MINORIA: Julio Rufz Solórzano, Moisés Guido Matamoros, Gonzalo Salazar - Herrera y Mariano Echeverría Morales.

(11) Revista del Colegio de Abogados No.65 de mayo de 1951, página 148.

3.- RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO Y FORZOSO. ARTICULO 124 DEL CODIGO CIVIL

La experiencia francesa demostró que a la luz de humanos principios de libertad de indagación de paternidad, muchas mujeres se amparaban para dar a su hijo, un padre, - el más acomodado, el más noble, - entre los que habían tenido acceso con ellas. Esto llevó al legislador a establecer obstáculos a la investigación de paternidad.

Nuestro legislador ha hecho eco de esa corriente, y ha sido conservador, extremando la prudencia al tratar el asunto de la paternidad extramatrimonial.

No hay duda que el asunto se presta, para que personas inescrupulosas acudan a los tribunales demandando una aparente justicia, pero que en la realidad los anima no más que la ambición hacia intereses pecuniarios, dando lugar al abominable chantaje que azotó a Francia en épocas pretéritas. De ahí que sea dable exigir a los jueces, extremar su celo en la apreciación de las pruebas y los hechos, a fin de determinar sin error, si la verdad que arrojan los autos es acorde con la verdad real, o es producto de testigos complacientes o equivocados involuntariamente como suele acontecer en esta clase de procesos. Es decir, si la paternidad que parece arrojar el expediente es en realidad la paternidad biológica, única a que se refiere la Constitución y la ley.

Nuestro país, no obstante ser sumamente católico y de un adelanto cultural del que nos preciamos, lejos de ser ajeno al problema de los hijos extramatrimoniales, presenta un número elevado. Y aunque en épocas pasadas fue tratado con desprecio, como un ser inferior, a partir de 1949 se equiparó en derechos al hijo de padres unidos por lazo matrimonial.

En favor de ellos, y a efecto de realizar el principio constitucional del

artículo 53, el Código Civil vigente, establece la institución del reconocimiento. Este, que en legislaciones pretéritas fue sólo una facultad del padre, y aún limitado en su forma y en cuanto a los beneficiarios, hoy reviste dos caracteres diferentes: voluntario o espontáneo y forzoso o judicial, y constituye un derecho en favor del hijo.

El primero se da cuando el padre (o la madre), espontáneamente, por un acto de libre voluntad reconoce al hijo como suyo. Dicho reconocimiento, no conoce límites de ninguna naturaleza a partir de la reforma del año 52 (13), salvo el proveniente de la libre voluntad del padre, o del hijo cuando fuere mayor. Para que surta todos sus efectos, debe constar en forma feaciente la voluntad de reconocer, de ahí que deben ser acatadas las formas establecidas expresamente por la ley. Esas formas las enumera el artículo 121 del Código Civil: " El reconocimiento se hará: en testamento, en escritura pública o por declaración jurada del padre ante el representante Legal del Patronato Nacional de la Infancia o de sus juntas Provinciales y cuatro testigos. La inscripción en el Registro Civil se hará con certificación del acta de reconocimiento que habrá de levantarse ". Don Alberto Brenes Córdoba (14) considera que el artículo 242 (15) del mismo cuerpo de leyes, consigna otra forma de reconocimiento, al decir que: " No se admitirá en el Registro declaración de paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, salvo cuando el padre o la madre personalmente o por apoderado bastante, hicieren esta declaración y la firmaren ".

El reconocimiento voluntario reviste el carácter de irrevocable e incontestable, por tratarse de una confesión solemne, y por disposición expresa del artículo 122 del C.C. (16). Incluso se afirma que el reconocimiento hecho en un

(13) Ley # 1443 de 21 de mayo de 1952, que derogó los arts. 125 y 126 del C.C.

(14) Tratado de las Personas, página....

(15) Art.242 No se admitirá en el Registro declaración de paternidad de los hijos

testamento, subsiste, es decir surte todos sus efectos legales, aunque luego sea revocado por el testador, (17). En nuestro medio, un testamento hecho sin las formalidades de ley, que luego fue declarado nulo, aunque no se planteó el caso de si daba base a una inscripción sin ir a la vía ordinaria, - sí dio base a una investigación de paternidad que fue declarada con lugar por el inciso primero del artículo 124, ya que en él se declaraba expresamente la paternidad del accionante (19).

La segunda forma de reconocimiento se da, cuando no habiendo el padre - optado por la forma voluntaria, es declarada su paternidad por el juez que suple su voluntad, en el correspondiente juicio ordinario de investigación de paternidad. Se le denomina en doctrina, reconocimiento forzoso, por oposición al voluntario; aunque me parece más correcta la denominación reconocimiento judicial, - pues indica la fuente de donde emana, a más de que no se trata de obligar al presunto padre a dar su consentimiento a reconocer, sino que el juez, con base en - la demostración en juicio de determinados supuestos, declara haber la relación - de paternidad y filiación entre el demandado y el demandante. En cuanto al nombre que se da a la acción judicial para obtener este reconocimiento, don Alberto Brenes Córdoba critica el usado por nuestro código diciendo que " el nombre de - investigación de paternidad usada por los códigos proveniente del francés recherche de paternité, no es adecuada al objeto que las legislaciones se proponen, -

nacidos fuera de matrimonio, salvo cuando el padre o la madre personalmente o por apoderado bastante, hicieren esta declaración y la firmaren.

(16) Art.122....; pero el reconocimiento no puede ser nunca contestado por quien lo hizo, ni por sus herederos.

(17) En este sentido Aubry y Rau, Baudry-Lacantinerie y Cheneauz, según Planios, Derecho Civil t. 2 pág.667. En sentido contrario, art. 741 C. Civil argentino, - Planios ob. cit. t. 2 pág. 667.

(19) Véase sentencia Sala I C. 10.00 de 25 marzo de 1960, y Casación de No. 66 - de 15:15 de 22 julio de 1960.

por cuanto no se trata de hacer indagaciones acerca de quien sea el progenitor de un individuo, sino de obtener una declaración judicial de paternidad contra determinada persona " (20). Respetando la opinión del ilustre maestro, creo que no resulta inadecuada, pues si bien no se trata de buscar cual sea el progenitor de un sujeto. sí se indaga sobre si el demandado es o no el padre del mismo. El término resulta menos inadecuado en aquellos países en que se admiten las pruebas biológicas en estos procesos, pues estos toman un matiz más indagatorio, al estilo penal.

La facultad de promover la acción de paternidad, ha venido a llenar una necesidad, pues los padres son generalmente renuentes a reconocer voluntariamente a sus hijos habidos fuera de nupcias. Sin embargo, a efecto de evitar acciones dirigidas con otros propósitos; y considerando que todos y cada uno de los casos que ante los tribunales se presentan, son causa, cualquiera que sea el resultado del juicio, de grandes trastornos familiares, la ley no ha dado libertad plena de investigación de paternidad, sino que por el contrario la ha reglamentado, la ha limitado a aquellos casos más patentes.

Estas disposiciones, que son reglamentación del párrafo segundo del artículo 53 constitucional, se encuentran en los artículos 124, 126 y 127 del Código Civil. El artículo 124 establece los casos en que es permitida la investigación de paternidad; el 126 los términos para interponer la acción; y el 127, los efectos de la declaración de paternidad.

Con la reforma al Código Civil, a efecto de adaptarlo a los nuevos principios constitucionales de 1949, hecha por ley número 1443 de 21 de mayo de 1952,

(20) Tratado de las Personas, página 219, edic. de 1925.

se amplió el inciso tercero del artículo 124 en el sentido de permitir la investigación en el caso de incesto y de unión de hecho pública, singular y estable por más de un año de los padres, cuando el hecho punible y la unión concubinaría coincidiera en los términos del artículo 100 del mismo código, con la época de la concepción, quedando ampliada la investigación a cuatro casos, que no obstante haberse eliminado la prohibición establecida antes de la reforma, siguen siendo los únicos que pueden dar base a una declaración judicial de paternidad.

El primero de los casos permitidos por el artículo 124, constituye una confesión expresa de paternidad que conste en un documento de cualquier naturaleza (inciso I). El segundo se trata más bien de un reconocimiento de hecho (inciso 2: posesión notoria de estado); y el tercer inciso en el que se distinguen dos situaciones: primero, la del hecho punible coincidente con la concepción, que constituye una presunción grave de paternidad; y la segunda, la unión de hecho de los padres pública, singular y estable por más de un año, coincidente con la época de la concepción, es otra presunción bastante grave de paternidad, que viene a sustituir por existir las mismas razones de hecho, a la presunción de paternidad establecida en el artículo 100 en favor del hijo nacido de matrimonio.

A continuación, pasaremos a analizar esos casos, en la forma más detallada que nuestras posibilidades y el espacio nos lo permitan.

El artículo 124 del Código Civil que regula esta materia, dice: " La investigación de paternidad es permitida: 1) Cuando exista escrito en que el padre declare expresamente su paternidad; 2)...3)...". Este primer supuesto consiste en un reconocimiento no solemne, informal, privado, por oposición al reconocimiento propiamente dicho, público, y hecho atendiendo a las formas solemnes del artículo 121 del Código Civil, a las cuales no referimos rápidamente en páginas anteriores, y que declaran el derecho y surten todos sus efectos legales que

nacen del reconocimiento, sin necesidad de trámite judicial.

Aquí lo que se exige es una confesión expresa de paternidad, hecha sin atender a fórmulas especiales, bastando solamente que conste en un documento que no sea ninguno de los señalados en el artículo 121 citado; pues resultaría innecesaria, redundante y falta de interés y objeto, la acción de investigación de paternidad establecida con base en una escritura pública o acta de reconocimiento levantada por el Representante Legal del Patronato Nacional de la Infancia, otorgadas por el padre con el objeto específico de reconocer al hijo extramatrimonial. Por lo demás, basta decir que si se diera campo a dicha acción, esta, al ser declarada con lugar, ocasionaría una antinomia al tenor del artículo 145 del Código Civil, que niega la patria potestad al padre cuya negativa a reconocer voluntariamente al hijo, ha hecho necesario recurrir a la declaración judicial para probar la relación de parentesco (21). El Código Civil Francés, después de la reforma de 1912, excluyó esta posibilidad cuando en su artículo 340 inciso tercero dice "...si existe escrito del padre en el que, sin los caracteres formales de un reconocimiento,..." (22).

Se trata pues de una confesión de paternidad que conste en un documento de cualquier naturaleza, con tal que el padre en forma expresa y no de otra manera, manifieste ser tal con respecto al hijo.

(21) Nuestros tribunales han negado la acción, cuando antes de la notificación de la demanda, el padre ha reconocido voluntariamente al hijo.

Véanse sentencias de Casación #55 de 15.45 de 20 de mayo de 1953 y de 15.15 de 6 de abril de 1954. Sentencia de la Sala I Civil 16.40 2 de julio de 1953.

(22) Según Luís Fernández Clérigo, derecho de Familia en la Legislación Comparada, página 239.

Dicha confesión o declaración no se toma en cuenta, no tiene valor legal, " en tanto, dice planiol (23), no recaiga sobre el hecho de la paternidad y no sobre las relaciones que hayan existido entre el pretendido padre y la madre del hijo ". Diferénciase solamente del reconocimiento solemne, en cuanto a la forma; ya que no llenando los requisitos formales requeridos para aquel acto, generalmente consta en documento privado no auténtico.

Exige en primer término la ley, que la manifestación de paternidad haya sido hecha por escrito. Así, por más testigos que vinieran a decir que el demandado les manifestó ser el padre del accionante, ello no sustituiría felizmente el requisito de escritura, pues en esta materia tan dada a abusos, la ley es exigente y desconfía de los testigos como prueba directa, siendo además la más falible de las pruebas. Resta decir, que en un régimen de investigación de paternidad limitada como el nuestro, la ley es taxativa y debe interpretarse en forma restrictiva.

Sin embargo, no precisando la ley la naturaleza del escrito, este puede ser un documento público o privado; pudiendo resultar este último de cartas, papeles domésticos o personales (24), siempre que haya sido escrito de puño y letra o se compruebe en forma indubitada que mandó escribirlo y lo firmó. Incluso han llegado a aceptar nuestros tribunales como fundamento de un investigación de paternidad, unas cartas escritas a máquina con el nombre del remitente (demandado) también a máquina, cuando después de haber sido negadas por él, se determinó por peritos que los razgos mecanográficos, defectos mecánicos, color de la cinta y errores ortográficos y uso común de ciertas palabras no corrientes, aparecían -

(23) Derecho Civil T. 2 página 707 párrafo 901

(24) Casación 10.45 bis 16 de octubre de 1957

tanto en las cartas en examen., como en muchos otros escritos indubitados del mismo sujeto (25). Creo sin embargo, demasiado peligrosa la amplitud de nuestros tribunales en el caso anterior, pues podría prestarse a fraudes, a más de que no puede tener la seriedad requerida para el caso, un escrito hecho a máquina y sin firma alguna; como no podría tenerla tampoco, una grabación magnetofónica u otro medio similar de reproducir palabras o sonidos.

El documento puede ser una carta u otro cualquiera, siendo de poca importancia el fin perseguido por el suscriptor, que nunca o casi nunca será el de reconocer al hijo y que ese documento llegue a servir de base a una acción como la que estudiamos. De ahí que nos parezca errada la opinión reciente del Juez Primero Civil de San José (26), que consideró que " no está demostrado que el causante declaró su paternidad por escrito, pues aún cuando en la certificación...extendida por la Tributación Directa, se hace constar que en las declaraciones de la renta correspondientes a los períodos...., el señor Torres Romero indicó como hijos suyos a los menores...., es lo cierto que esas declaraciones son simples documentos privados, que sólo pueden considerarse auténticos para fines fiscales, no así para hacerlos valer en un juicio donde se ventilan intereses de otra índole "(26).

Nos resta decir, que tratándose de documento privado, este ha de ser reconocido por la parte, o declarado por reconocido conforme a la ley, para que hagan fe de las declaraciones contenidas en él. Nuestra ley no lo exige expresamente, - como sí lo hace la española al decir " escrito indubitado del padre..." (27).

(25) Véase el caso Aguilar Paniagua c/ Van Der Laat Deckers publicado en página 807 segundo semestre del año 1957 de la Colección de Sentencias de Casación.

(26) Sentencia 13.00 31 de julio de 1962 página 1047 2 semestre 1962 Colección de sentencias.

(27) Código Civil artículo 135 inciso I. Fernández Clérigo o. cit.pág. 239

Pero si por la naturaleza de los hechos que en esta clase de asuntos se investigan, generalmente constan en documento privado, también pueden darse en documentos o instrumentos públicos. Así, una escritura pública en que un individuo, verbigracia, done una finca a otro, y expresamente manifiesten ser padre e hijo respectivamente, sería suficiente para llenar los requisitos de la disposición legal en estudio, sin que sea dable alegar que por el hecho de constar en instrumento público, valga como reconocimiento público o solemne, pues como afirma el profesor chileno Manuel Somarriva Undurraga (28), la intención de reconocer debe constar claramente. No siendo así, sólo daría base a una acción ordinaria de investigación de paternidad.

En relación con los testamentos, vimos que la doctrina más generalizada, considera que un reconocimiento hecho en uno de ellos, no puede ser luego revocado, pues "...los hechos que afectan a terceros, dice el profesor Barros Errázuriz (29), una vez confesados de un modo solemne, ya no pueden retractarse; son declaraciones que producen todo su efecto desde el momento en que se hacen...y las cláusulas del testamento que son esencialmente revocables son aquellas en que el testador dispone de sus bienes para después de su muerte, y se llaman disposiciones ". Otros siguen a Planiol que sostiene (30) que " eso llevaría a autorizar al hijo a hacer valer un testamento en vida del testador, olvidando que nada de lo que está escrito en un testamento, puede estimarse adquirido por persona alguna,-

(28) Derecho de Familia página 436, edición de 1946.

(29) Derecho Civil tomo IV, página 242.

(30) Derecho Civil tomo II, página 667.

...- y sería - como un poder dado a un tercero para que reconozca a un hijo sin que este se llegue a verificar ".

Nosotros, que no contamos con una disposición como la del artículo 333 - del Código Civil argentino, que expresamente autoriza al testador para que revo - que un reconocimiento hecho en un testamento anterior, si así lo desea (31), adop - taremos una posición ecléctica entre ambas tesis, pues consideramos que si bien un testamento en que se reconozca a un hijo, si luego es revocado por el testador, - deja de llenar los requisitos del artículo 121 de nuestro código civil, pues deja de ser testamento, y al no haber testamento no podría dar base a una inscripción - directa de dicho reconocimiento en el Registro Civil, sí conserva la calidad de - escrito bastante para dar base a una acción de investigación de paternidad por el inciso primero del artículo 124 del Código Civil. Creemos aún, que aunque el tes - tamento está destinado a surtir sus efectos después de la muerte del testador, no se viola esa disposición, si como documento cualquiera, se hace valer ante los - tribunales, por existir en él una " declaración expresa " de paternidad del testa - dor hacia el que lo hace valer.

Cosa similar sucede, en tratándose de la nulidad de un testamento en que se reconozca a un hijo. Siendo el testamento un acto esencialmente solemne, deben llenarse todos los requisitos y formalidades exigidas por la ley. La omisión de - uno de ellos, - como la falta de un testigo por ejemplo -, traé consigo irremedia - blemente la nulidad del testamento. Es regla básica en derecho, que lo que es nulo absolutamente, no tiene valor ni puede surtir ningún efecto. Por tal razón, el re - conocimiento de hijo extramatrimonial hecho en ese testamento no tendría validéz,

(31) Según José Arias Derecho de Familia, página 407.

pues además, éste es también un acto solemne. Sin embargo, ello no quiere decir - que la nulidad proveniente de la falta de un requisito de forma, pueda destruir - el documento en cuanto tal, a efecto de tenerlo como no escrito. Una nulidad des- truirá el testamento; pero no el documento en que se consigna. Este último sigue- surtiendo sus efectos probatorios, y si en el se llenan los otros requisitos del- inciso primero del artículo 124, en estudio, podrá servir de fundamento a una de- claración judicial de paternidad extramatrimonial (32).

Por último, debe tenerse muy presente, que la ley exige la existencia de - un documento que por sí sólo, e independiente de cualquier otra probanza haga - cierto el hecho de la paternidad investigada; no siendo de admitir un principio - de prueba por escrito, como sí lo admiten algunas legislaciones (33), que deba - ser completado con testigos u otras pruebas. Basta para ellos decir, que este úl- timo, no podría de ninguna manera llenar las exigencias de nuestra ley, pues de - acuerdo con la disposición en estudio, en el documento debe aparecer en forma ex- presa la declaración de paternidad, y ello no puede resultar de un principio de - prueba por escrito, por no ser éste más que " un acto escrito del demandado que - hace (no más) verosímil el hecho litigioso " (34). En consecuencia, de él sólo - podrá salir un indicio, pero nunca arrancarse una confesión expresa, indubitada - o inequívoca de paternidad.

(32) La Sala I Civil en sentencia de 10.00 de 25 de marzo de 1960, y la de Casa- ción # 66 de 15.15 de 22 de julio del mismo año, declararon con lugar, una acción de investigación de paternidad con base en un testamento hecho ante dos testigos- sin notario, en que el testador declaraba ser el padre del actor. Dicho testamen- to como es natural, había sido de declarado nulo anteriormente.

Lo dicho en el párrafo anterior, nos lleva a otro de los requisitos fundamentales exigidos por nuestra ley, y que podría dar lugar a discusiones, no obstante la claridad del precepto. La ley exige que la de declaración de paternidad, además de constar en un escrito, debe aparecer en forma expresa, necesariamente.- Otras legislaciones menos exigentes que la nuestra requieren la calidad de indubitada o inequívoca de tal declaración; dijimos menos exigentes, por cuanto estos - términos dan un margen mayor a la interpretación subjetiva, que el usado por nuestra ley.

Expreso quiere decir según el diccionario de la Real Academia Española, - "claro, patente, especificado "; y especificar quiere decir " declarar con individualidad una cosa ", según la misma fuente.

Así, la declaración escrita de paternidad, debe, irremediamente para que valga como prueba directa, participar de la característica de expresa; en el sentido de que conste en forma clara, patente y espedificada. Debe pues, recaer directamente sobre el hecho de la paternidad y no sobre las relaciones que hayan existido entre el pretendido padre y la madre del hijo. Así, una promesa pura y simplemente, que un individuo hiciera a una mujer de sufragar los gastos de manutención u otros cualesquiera del hijo de ella, por más que aparezca en forma escrita e indubitada, no puede llenar los requisitos de la disposición en estudio, por el motivo apuntado. Ello podría a lo más, significar un indicio de la paternidad investigada pero nunca una prueba directa de la misma, como lo exige nues-

(33) Artículo 280 inciso 3 del Código Civil Chileno, según Manuel Somarriba Undurraga, Derecho de Familia, página 452.

(34) Somarriba Undurraga o. cit. página 452.

tra legislación. Tampoco lo serían, como suele presentarse en estos juicios, escritos en que consten manifestaciones hechas por el demandado ante el Representante Legal del Patronato Nacional de la Infancia, tales como: " esperaré a que nazca para reconocerlo o no ", " no puedo reconocerlo ni desconocerlo aún, deberá nacer primero ", u otras similares que pueden ser confesión implícita o expresa de haber tenido el demandado relaciones sexuales con la madre, pero nunca una declaración o confesión expresa de paternidad.

La ley no exige fórmula especial, ni términos sacramentales, pero sí exige que de los términos del documento, se desprenda claramente la identidad del sujeto al que se refiere la declaración de paternidad, y que ésta relación de parentesco, no haya que deducirla del escrito, sino que sea manifiesta en él, que valga por sí misma, que sea una premisa y no una conclusión.

Nuestra ley es exigente en cuanto a la prueba directa, emanada de un escrito, pues al usar al igual que el código español (35), el término " expreso ", limita sumamente el campo de acción del juzgador. Otras legislaciones, como la misma francesa que se caracteriza por lo restrictiva en esta materia, o la chilena, usan el término " inequívoco " (escrito en que el padre confiese o declare inequívocamente la paternidad ") (36) (37), ampliando así el margen de discrecionalidad del juzgador, pues algo que para uno es inequívoco, para otro puede no serlo, Priva aquí un criterio más sugestivo en la interpretación de las declaraciones existentes en el documento, mientras que entre nosotros, la declaración de pa

(35) Artículo 135 Código Civil Español.

(36) Artículo 340 inciso 3 Código Civil Francés. Fernández Clerigo página 239.

(37) Artículo 280 inciso 3 Código Civil Chileno. Somarriba Undurraga página 452.

ternidad debe resultar, de una lectura fría, llana, objetiva del documento.

b) La posesión de estado. " La investigación de paternidad es permitida:

2) Cuando este el hijo en posesión notoria de estado;

Puede un padre no haber escrito nunca una carta u otro papel cualquiera-reconociendo a su hijo, puede no haber sentido cariño alguno por la madre de este; pero no es posible que se escape al influjo de las fuerzas de la naturaleza, que-provocan sentimientos de amor y protección de los padres hacía sus hijos. Sentimientos que se reflejan por hechos externos y que han dado base a las legislaciones para establecer la posesión de estado, como un supuesto seguro para dar pase-a la acción de investigación de paternidad.

La posesión de estado es el goce y el ejercicio, la manifestación en los hechos independiente de la existencia o inexistencia del título legal, de un estado civil (38). Al igual que en materia de cosas, en tratándose de un estado, la posesión vale en sí misma, independiente de si existe un derecho de propiedad sobre las primeras, o una relación de parentesco biológico, en el segundo. No quiere -ello decir que la posesión de estado coincida plenamente con la de cosas. Aquella tiene matices diferentes a esta, entre los que pueden citarse el no ser necesariamente continua, bastando que se haya tenido en un plazo más o menos corto de la vida. En otras legislaciones, además, no requiere la calidad de pública (40).

(38) José Arias página 417 o. cit.

(40) Legislación argentina según José Arias página 417.

Los glosadores y los canonistas descomponían la posesión de estado en tres elementos: nomen, tractus y fama: el primero consistía en participar el hijo del apellido del padre; el segundo significaba el trato acordado por este último hacia aquel; y el tercero expresaba el consenso general sobre la existencia del vínculo (41). Nuestro código civil ha recogido el concepto romano en su artículo 113, que define la posesión notoria de estado del hijo de matrimonio, muchas veces como lo veremos, aplicado por nuestros tribunales a la de hijo extramatrimonial.

La posesión notoria de estado de hijo extramatrimonial, ha dicho el hoy magistrado profesor don Ulises Odio Santos en muchos fallos como Juez Civil, "consiste en el reconocimiento de hecho que ante la sociedad hace el padre de su presunto hijo, poniendo de manifiesto públicamente el vínculo de paternidad, de tal acuerdo que por sus propios actos domine ese concepto entre sus amistades y conocidos " (42).

El reconocimiento de hecho se da, cuando no existiendo un reconocimiento de derecho, sea el solemne del artículo 121, el padre da a su presunto hijo trato de tal, en las vicisitudes de la vida, y el hijo disfruta de las ventajas de esa manera de actuar del primer sujeto.

Pero para que se configure la posesión de estado exigida por el inciso segundo en estudio, ese reconocimiento de hecho, ese trato de hijo y ese gozar de

(40) Legislación argentina según José Arias Página 417

(41) José Arias página 417

(42) Juez 2 Civil de San José 14.15 17 de enero de 1958 página 574 IIsem. Colección 9.00 30 setiembre 1959; 8.00 10 de marzo de 1957.

esa calidad, no basta con que se dé en las relaciones íntimas de la vida de esos sujetos, ese estado de cosas debe trascender al público, a conocidos y amigos, - pues la ley exige la condición de notoria, o sea pública. Al respecto ha dicho la Sala Primera Civil que " el reconocimiento tácito que en el fondo es la posesión-notoria de estado y que viene a sustituir el reconocimiento escrito, implica una-posesión no de cualquier índole, sino notoria, porque si no fuera así no se expli- caría la existencia del inciso primero que exige las condiciones de escrita y ex- presa " (43). Otras legislaciones, como la argentina, exigen la calidad de noto- ria sólo para la posesión de estado de hijo de matrimonio: así se entiende de las siguientes palabras: " los hechos que fundan la posesión de estado natural no re- quieren que sean públicos y notorios, como lo exige la ley respecto a la filiación legítima " (44). Y parece lógica la diferencia, ya que tratándose de un hecho como el matrimonio de los padres, se impone ser más exigente.

En cuanto al contenido de la posesión de estado, nuestra jurisprudencia- tanto de la Sala Primera Civil como de la Corte de Casación, es vacilante; unas - veces (45) aplica por analogía el concepto del artículo 113, que se refiere al - hijo de matrimonio, y otras es menos exigente. " Hemos admitido en otros fallos, - dijo la Sala de Casación, - que pauta que señala el artículo 113 del código - civil para determinar la posesión notoria de estado de un hijo habido en matrimo- nio es aplicable por analogía a la posesión notoria de estado que permite investi

(43) Sentencia de 15.35 de 29 de mayo de 1959.

(44) Cámara Civil 1 de la Plata 27 setiembre 1935 según J. Arias página 417.

(45) Entre otras véase: sentencias de Casación: 14.15 11 de enero de 1961; de - 15.00 de 3 de noviembre de 1961; Sala 1 Civil: 15.35 de 29 de mayo de 1959; 14.50 de 4 de mayo de 1957; en sentido opuesto, véanse sentencias de Casación de las - 10.10 de 4 de Setiembre de 1939; de 15.15 de 5 de octubre de 1955, y otras.

gar la paternidad al hijo habido fuera de matrimonio de acuerdo con el inciso dos del artículo 124, no quiere ello decir, que en el caso de los últimos ha de ser inflexible la observancia de aquel artículo " (46). Así, cuando han aplicado nuestros tribunales el artículo 113, han exigido que el padre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente o presentándolo con ese carácter a sus deudos y amigos; y en que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, lo hayan reputado por hijo de él. Otras veces han declarado existir la posesión de estado, de hechos aislados y producidos en un tiempo sumamente corto: "...le brindó un trato de verdadero padre ante sus amigos y familiares cuando estuvo a visitarla en nuestro país, por espacio de unas dos semanas ", dijo la Sala Primera Civil (47).

Hemos creído que la posesión de estado de hijo extramatrimonial, se ve configurada por el hecho psicológico de la voluntad del presunto padre de tenerlo como hijo, y que, exigiéndose notoria, amigos y conocidos creen que realmente existe la relación paterno filial, sin que sea necesario que el presunto padre le haya dado asistencia económica y educativa, como lo exigen los señores Planiol y Ripert cuando dicen: " la posesión de estado de hijo natural incluye la manutención y educación pues no se puede conceptuar que lo haya visto como hijo suyo si sólo le ha dado una cosa, pudiendo haberle dado las dos " (48). Estos hechos pueden haberse sucedido por otros móviles, tales como la voluntad de hacer caridad o para obtener el cariño de la madre, siendo de un valor subsidiario como indicio -

(46) Sentencia de 14.15 11 de enero de 1959.

(47) Sentencia de 15.05 de 19 de junio de 1959.

para determinar si una posesión de estado corresponde o no a una relación paterno filial verdadera.

Todas esas exigencias son necesarias y explicables, a la luz de la interpretación que los tribunales han dado al artículo 124, considerando que en todo caso que exista escrito en que el padre declare expresamente la paternidad; o que el hijo esté en posesión notoria de estado, procede declarar la paternidad. Se ha exigido una posesión de estado constituida por una serie de hechos más que materiales, variados, directos, tangibles y continuados, para que probada esa, venga irremediabilmente la declaración judicial de paternidad. Nosotros, creyéndolo más correcto, no exigimos tanto para tener por probada la posesión de estado, pero ello sólo no basta para declarar la paternidad; pues posesión de estado no es paternidad, como tampoco posesión de un bien no es propiedad sobre el mismo. Y Como lo que se busca determinar es realmente el hecho de la procreación, no contando con una prueba directa. se parte de indicios que tiendan a acreditar la posible existencia del vínculo biológico, y la posesión de estado viene a ser uno de esos indicios. " Ya no versa el juicio, - dijo la jurisprudencia argentina hablando de la posesión de estado, - sobre el hecho del nacimiento, sino sobre el hecho psicológico de la voluntad del padre; pero debe probarse también la filiación, pues lo contrario importaría admitir la adopción " (49).

La prueba de las relaciones existentes entre el pretendido padre y la madre del sujeto cuya paternidad se investiga; así como de cualquier otro hecho

(48) Ob. Cit. página 715 tomo II.

(49) Cámara Civil Primera 21 junio de 1933 según José Arias, ob. cit. página 417.

que no provenga de la voluntad del mismo, de tener a aquel sujeto como hijo suyo, no pueden constituir prueba de posesión de estado, y así constituyen generalmente, indicios de la existencia real del vínculo discutido.

Por último, la interpretación que los tribunales han dado a la primera frase del artículo 124 citado, en la que los ha llevado a aplicar unas veces y otras no, el artículo 113 a la posesión de estado de hijo extramatrimonial, para evitar injusticias en contra de una u otra de las partes litigantes.

En relación con la posesión de estado suelen presentarse problemas que es necesario resolver. No se duda sobre si puede entablarse acción de investigación de paternidad en favor de un hijo antes de su nacimiento, a la luz del artículo 13 que consagra el principio de que el feto se reputa nacido para todo lo que le favorezca. Pero al tratar de obtenerla por la posesión notoria de estado, surge la interrogante: ¿ Se puede dar la posesión de estado en favor de un individuo aun sin nacer ? Nuestros tribunales al aplicar la posesión de estado del hijo de matrimonio del artículo 113 a la del hijo extramatrimonial, han tenido irremediablemente que inclinarse por la negativa. En este sentido ha sido constante la jurisprudencia de la Sala Primera Civil (50). Los Magistrados de Casación don Victor Elizondo y don Evelio Ramirez, han seguido el mismo criterio de la Sala, considerando que " en tratándose de la investigación de paternidad rige la regla específica del artículo 113 (sobre la del artículo 13) que para su aplicación requiere la existencia de la persona física que principia al nacer, ya que sólo así puede recibir

(50) Véanse sentencias de: 14.50 4 de mayo 1957; 10.45 6 marzo 1959; 10.35 23 de enero de 1959.

trato de hijo, proveerse a sus necesidades, educársele..."(51). Posteriormente, nuestra Corte de Casación dijo, contra el voto de los Magistrados don Fernando Baudrit y don Daniel Quirós, que " si bien el artículo 13 dice que el feto se reputa nacido...este precepto debe entenderse para efectos diferentes de la posesión notoria de estado que define nuestro legislador con toda claridad en el artículo 113.. .más para que las circunstancias se produzcan es indispensable que la persona de quien se trate esté ya nacida, desde luego que no sería posible recurrir a sutilezas ni a ficciones de derecho para tener por producidas semejantes condiciones en un ser cuya vida apenas se encuentra en gestación " (52).

Recientemente, la misma Corte de Casación, ha fallado constantemente, siguiendo la opinión de los Magistrados Baudrit y Quirós, que en su voto salvado citado, dijeron con la Suprema Corte de Buenos Aires (22 de setiembre de 1925), - que " la posesión de estado del hijo póstumo se confunde con la vida en común hecha con la madre, y todos los actos dirigidos a la misma se deben aplicar al hijo que lleva en su seno " (53).

Nosotros, ya expusimos nuestro punto de vista sobre la posesión de estado a que se refiere el inciso dos tantas veces citado, y consideramos que para que esta se configure, no es necesario que el padre haya dado alimentos y educación al hijo, bastando tan sólo el hecho psicológico de la voluntad del presunto padre de tenerlo como hijo, y que amigos y conocidos crean en la existencia de la

(51) Voto salvado en sentencia de Casación #101 15.15 5 octubre de 1955.

(52) Sentencia de 15.30 26 de octubre de 1956. En este mismo sentido Sala Primera Civil: 10.45 6 marzo 1959; 10.35 23 enero 1959; y 14.50 de 4 de mayo de 1957. Jurisprudencia argentina de Tucumán según José Arias página 414. Planiol y Ripert - tomo II página 727.

(53) En este sentido, Sala de Casación: 15:15 3 julio 1959; 15.15 5 de octubre de 1955; y 15.30 21 diciembre de 1955.

relación paternofilial. Con este concepto que nos inspira, no encontramos barrera alguna que nos vede a considerar que puede darse la posesión de estado en favor de un sujeto que existiendo, no ha nacido aún, Por lo demás, negarle el derecho a investigar la paternidad sería violar la regla del artículo 13 del código civil (54).

Otro de los puntos que pueden dar base a discusión, es si la posesión de estado debe subsistir al momento de incoarse la demanda, pues la forma verbal " este " usada por nuestra ley parece suponer actualidad, o sea que al establecer la demanda, todos los supuestos que conforman la posesión de estado deben existir (55).

Creemos que nuestro legislador no tuvo en mente consignar tal exigencia, siendo suficiente con que se haya producido en cualquier momento, que pueden ser sólo días, de la vida del hijo, pues dada la posesión, se adquiere el derecho a investigar la paternidad, y este sólo se pierde, por la prescripción del artículo 126 del Código Civil. En favor de esta tesis se pueden dar una serie de razones; en primer lugar, ello significaría reducir el plazo otorgado por el artículo 126-citado, para entablar la acción, pues no sería posible accionar después de la muerte del presunto padre. Además, tal interpretación haría nugatorio en inciso dos, pues no se concibe, que un sujeto demande a otro que lo está tratando como hijo suyo, y está gozando de las ventajas que de ello se derivan, para conseguir se declare tal relación; al menos en la práctica esto no sucede.

(54) En este sentido véanse sentencias de notas 52 y 53; Somarriva Undurraga página 437, José Arias página 418.

(55) voto salv. Mag. Monge Araya 8.20 27 octubre 1961 Sala 1 Civil.

c) Dos presunciones graves de paternidad. " La investigación de paternidad es permitida: 3) Cuando en caso de estupro, violación, rapto o incesto, la época de la concepción coincida con la del hecho punible en los términos del artículo 100; y cuando en el caso de unión de hecho pública, singular y estable por más de un año de los padres, exista igual coincidencia ".

Nos presenta este inciso, dos supuestos que dan base a la investigación de la paternidad, ambos constituyen presunciones graves de paternidad, que la ley sanciona, otorgando al hijo su verdadera condición jurídica, mediante la correspondiente declaración judicial. El primero lo constituye cualquiera de los hechos punibles determinados expresamente por la ley; siempre que tal hecho se hubiera realizado en la época de la concepción de la ofendida. La ley se refiere a hechos punibles bien definidos por la ley penal, que supones necesariamente, salvo el rapto, el acceso carnal, que es el hecho que fundamenta esta disposición. En cuanto al rapto, lo normal es que vaya acompañado de acceso carnal, y si ha habido embarazo de la mujer, lógico es suponer que se produjo. Lo dicho anteriormente no quiere decir, que la prueba de simples relaciones sexuales del demandado con la madre del niño o sujeto que investiga la paternidad, sea suficiente para obtener una declaración judicial de la misma. La ley se refiere no a cualquier acto carnal, sino a aquel constitutivo de violación, estupro, incesto o el obtenido mediante seducción dolosa. Entonces se dirá: ¿ No es acaso más grave la presunción de paternidad procedente de relaciones sexuales realizadas mediante una entrega voluntaria de la mujer por suponer reiteración; que un único coito arrancado con violencia ? No encontramos razón de peso que haya llevado al legislador a permitir la acción en un caso y no en otros en que se da el mismo hecho que para el caso interesa, sea el -

acto carnal. Lo único que podría decirse en su favor, es que en los casos de los delitos dichos, es de suponer que la mujer no ha tenido relaciones con otros sujetos al menos en la misma época; además de que el hecho consta en forma indubitado por tratarse de una sentencia penal que se ve precedida de un proceso judicial, - en donde el acusado ha gozado de amplias facultades de defensa.

Este último concepto nos lleva necesariamente a un problema que es digno de estudiarse aquí: ¿ El hecho punible de que habla el inciso tercero lo es el concepto del derecho penal, que debe probarse en aquella vía; o basta un acto carnal cualquiera aunque no constituya delito ?. Al respecto dijo en reciente fallo (56) nuestro máximo tribunal (votos salvados de los Magistrados Jorge Guardia y Evelio Ramírez): IV " Si del acceso carnal con una doncella resulta un embarazo, el hijo, concebido o nacido, tiene derecho de saber quien es su padre; la protección judicial será de recibo si se demuestra que la madre reténia aquella condición, quién fue el estuprador y que la concepción coincidió con la época del hecho punible (y no punido o penado) en los términos de ley. En efecto el inciso tercero aludido no se refiere a los casos de delitos de estupro, violación, rapto o incesto, ni menos subordina la acción civil de investigación de paternidad a la penal para la represión correspondiente. Entender lo contrario haciendo un distingo que la ley no hace equivaldría, en no pocos supuestos, a volver nugatorio el amplio derecho del hijo de saber quién es su padre...".

No vamos a discutir la justicia con que la mayoría de los Magistrados de Casación enfocaron el problema. El fallo se adapto plenamente a los principios que deben informar la materia, pues lo que se debe buscar es, que la paternidad investigada, corresponda a una paternidad real, a una paternidad biológica.

(56) Sentencia de Casación # 70 de 16.30 de 10 junio de 1953.

Pero si interpretamos nuestra ley en forma objetiva, debemos concluir - que el inciso tercero al referirse a la violación, estupro, etc., nos remite necesariamente a los delitos que con esos nombres define el código penal; y no puede haber hecho punible, no puede haber violación o estupro si el hecho no reúne los elementos que ese cuerpo de ley exige. La ley no se refiere al simple acceso carnal, sino a uno muy especial, al constitutivo de delito, pues bien hubiera dicho el legislador: cuando en el caso de acceso carnal, la época de la concepción coincida...etc. Una redacción como esta, hubiera evitado además, otra discusión como la que se suscita al determinar si es suficiente con que la época de la concepción, coincida con la fecha de cualquiera de los coitos realizados, o si la coincidencia debe ser con el primero, sea con el constitutivo de delito.

Parece lógico y razonable considerar que no debe hacerse ningún distingo, pues lo que interesa determinar es si de uno de estos coitos se produjo la concepción; sin que sea de importancia de cual de ellos. Nuestro tribunal de Casación, - inspirándose en el fallo de 1953 citado en líneas anteriores, consideró en sentencia reciente (# 114 de 14.00 16 de noviembre de 1955), entre otras cosas, que - " bien está que para el efecto represivo la fecha del estupro juegue papel decisivo, principalmente en lo que se relaciona con la prescripción de la acción penal; pero no resulta legítimo que se hable de esa fecha, y no de la respectiva época, - como reza la disposición legal de comentario,..". La misma sentencia hizo un distingo entre los términos fecha y época, considerando que este último término quiere decir " cualquier espacio de tiempo ".

Nosotros, a la luz de nuestra interpretación que dimos a la frase " hecho

punible ", debemos concluir, que mientras el citado inciso tercero se mantenga con esa redacción, la coincidencia debe ser entre la fecha del coito constitutivo de de lito y la época de la concepción, interpretando esta última, no como cualquier espacio de tiempo más o menos largo, sino el espacio constituido por los primeros - ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento (57).

El otro de los supuestos que establece el inciso tercero citado, y último de los que permiten al hijo indagar su paternidad extramatrimonial, es el que se refiere al concubinato de los padres. Es de reciente aparición en nuestra ley; ya que antes de la reforma de 1952, no existió, debido quizás al infundado temor de llegar por ese medio, a favorecer las relaciones concubinarias y poner en peligro la institución del matrimonio.

Nos atrevemos a decir que es el caso más justo y el menos dado a error, - pues supone la existencia de una unión de los padres, adornada de ciertos matices que la perfilan como un matrimonio de hecho de dos seres que han formado un hogar en donde sólo falta legalizar ese acuerdo de voluntades; pero por lo demás viven - muchas veces mejor que los propios matrimonios, especialmente en los campos en - donde ocurren con frecuencia.

La reforma a la ley francesa de 1912, lo estableció, enunciándolo como - el " concubinato notorio; que al decir de Planiol (58) trajo una enorme discusión que dividió la jurisprudencia, sobre si constituía concubinato como prueba de la-

(57) En este sentido Sala 1 Civil 10.35 de 24 junio de 1955.

(58) Ob. cit. página 709 párrafo 903 tomo 2.

paternidad, siempre que existiera relaciones entre un hombre y una mujer, o si - debía limitarse el sentido del término al hogar irregular pero que viven como un matrimonio regular. La casación de ese país hizo prevalecer la concepción amplia del concubinato declarado que es indispensable la comunidad de habitación.

Nuestro legislador al crear la disposición correspondiente, para evitar equívocos y en consideración talvez a que el término concubinato tiene en derecho un significado especial, optó por una fórmula más precisa, al decir " unión de hecho pública singular y estable por más de un año ". De esta manera el legislador definió la clase de relaciones concubinas que deben existir para que den lugar a la investigación de paternidad.

" Unión de hecho " significaba no unas simples relaciones concubinarias - más o menos continuadas, es algo más que eso, supone la formación de un hogar, un vivir bajo el mismo techo, un aparente matrimonio. Supone un hogar formado por - ambos, en donde la mujer es el ama de casa, y su compañero el jefe de la misma. - Pero esto no requiere necesariamente, que el amante tenga ahí su domicilio pues - este puede ser casado y mantener otro hogar con su esposa en otro lugar donde tie - ne su principal establecimiento, sin que la unión de hecho se lesione. Por demás - esta decir, que unas relaciones de noviazgo de las cuales resulta embarazada la - novia, no pueden constituir la unión de hecho a que la ley se refiere.

Pero no basta para llenar las exigencias de la ley, la simple unión de - hecho. Esta requiere ciertas características de publicidad, fidelidad de la mujer,

y estabilidad. El elemento publicidad lo constituye el reconocimiento que los vecinos tengan de esas relaciones, ya lo sea en su verdadera condición o en la creencia de que se trata de un matrimonio. " Para poder utilizar la unión de hecho, dice Planiol, como prueba de la filiación debe ser pública, es decir, que las relaciones no deben haber quedado en secreto, es preciso que el vecindario haya tenido conocimiento de tales relaciones. Debe ser notorio y del conocimiento general ...Un matrimonio declarado nulo, de por sí, realiza la condición de pública de la unión " (59).

La condición de singular, la constituye el hecho de que la mujer le haya guardado fidelidad a su compañero, en el sentido de que no se dude sobre su buen comportamiento. De no ser así, la presunción de paternidad se debilita tanto, que no podría dar base a la declaración de paternidad. La fidelidad no requiere ser exigida al amante, por cuanto en nada se lesiona la presunción dicha, por el hecho de que éste sea casado y tenga bien formado el hogar con su esposa, o que mantenga otros concubinatos. De ahí que sea errada la opinión de la Sala Primera Civil, que contra el voto del Magistrado Juan Jacobo Luis, interpretó que el calificativo sin singular se refiere a que la relación de hecho ha de ser única, en el sentido de que el hombre no esté casado (60). Al respecto dijo nuestro máximo tribunal, casando el fallo dicho de la Sala: "...en el párrafo final referido es el hecho de una relación concubinaria de los padres, que hace muy fuerte la presunción de paternidad. Y si sobre esa certeza es que la referida disposición legal abre el campo a la investigación, la singularidad de la relación de hecho, es, que siendo pública y estable, la mujer en todo el lapso de un año no ha tenido relaciones carnales con otro varón..." (61).

Por último, exige el inciso tercero que la unión de hecho sea estable, - que haya continuidad en las relaciones. Si éstas son pasajeras o espaciadas no - constituyen el motivo que establece la ley, por no ser graves las presunciones de paternidad que de ellas se deriven.

Con todas esas condiciones, la unión de hecho, debe perdurar por más de un año; y coincidir en el tiempo, con la época de la concepción que dió motivo al nacimiento del hijo cuya paternidad se investiga. Sin que sea necesario, en nuestro concepto, que haya permanecido por todo el tiempo de la concepción legal, si no se prueba que antes de terminar éste, la mujer llevó una vida ligera, y tuvo - relaciones con otro hombre.

La prueba de cualquiera de los cuatro supuestos que constituyen el ar -- tículo 124, hace presumir la existencia de la paternidad. Sin embargo esta presun -- ción no es absoluta. La ley no dice que procede la declaración cuando se dé uno - de estos supuestos, sino que es permitido investigarla. Así, probado que fuera - cualquiera de esos extremos, si consta fehacientemente que el demandado no es el verdadero padre, porque le fue imposible físicamente tener acceso carnal en los - primeros 120 días de los 300 que precedieron al nacimiento del sujeto que investi -- ga su paternidad, no sería dable declarar el vínculo, pues ello sería aceptar la - adopción. Tampoco es de recibo una acción de esta naturaleza, aunque se pruebe - uno de los extremos dichos, si el actor es hijo de matrimonio por presunción le -- gal del artículo 100, mientras una acción de impugnación de esa paternidad matri -- monial no haya sido ejecutoria (Casación # 54 de 14.30 de 20 de mayo de 1959; Sa -- la l C. 16.00 de 26 de enero de 1954). No obstante lo dicho, la Corte de Casa -- ción ha modificado la jurisprudencia, en el sentido de que la regla del artículo-

100 no es una barrera que vede en todo caso el examen de la paternidad (véase - cas. No.227 de 10.15 de 22 de mayo de 1964).

Para terminar este estudio sobre el citado artículo 124, queremos manifestar que en el estado actual de las ideas, no hay razón de peso para que la ley venga a - establecer determinados supuestos, únicos que pueden dar base a una investigación de paternidad. Pareciera que hubo temor de dejar en manos de los jueces, la libre apreciación de la verdad. Si es de temer aún abusos o chantajes, ello se puede - evitar permitiendo al demandado toda clase de pruebas para demostrar sus excepciones; incluso la biológica de los grupos sanguíneos, cuyo valor como prueba excluyente de paternidad ya no se pone en duda; ordenando prueba para mejor proveer; - actuando los jueces con severidad en la apreciación de las pruebas, para no declararla si se asoma el nefasto chantaje. Tengamos fe en nuestros jueces y deroguemos los tres incisos del artículo 124 del Código Civil.

(59) Ob. cit. página 712 párrafo 906 tomo 2.

(60) Sala Primera Civil 10.45 de 16 octubre de 1956.

(61) Casación 16.00 30 de mayo de 1957.

4.- EJERCICIO DE LA ACCION. LIMITACIONES EN EL TIEMPO.

La acción para reclamar la paternidad y los derechos derivados de la declaración de la misma, corresponden al hijo. Sin embargo, una gran parte de las legislaciones la atribuyen también a la madre durante la menor edad de aquél (62). El artículo 340 del código francés declara que " la acción solo corresponde al hijo"; pero agrega que " durante la minoría del hijo la madre solamente, aunque a su vez ella sea menor de edad, está capacitada para intentar la acción " (63), Nuestro código no expresa concretamente a quien corresponde. Pero la constitución Política confiere ese derecho al hijo, cuando dice: " Toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres,..." (art. 53). Pero si éste es menor o inhábil, la facultad le corresponde a su representante; en el primer caso a la madre en ejercicio de la patria potestad, o a su tutor si ella no lo ha reconocido o ha sido privada de ese derecho; en el segundo caso a su curador.

Puede presentarse el caso de que la madre sea menor no emancipada, que a su vez está en patria potestad o tutela. Nuestra ley no resuelve el caso concretamente como lo hace la francesa; pero la solución más aceptable en este caso es, nombrarle un representante especial; esto, a la luz del artículo 151 del código civil que establece una regla amplia sobre la materia.

Otro problema que puede presentarse, es, si muerto el hijo, pueden sus herederos intentar dicha acción. José Arias se inclina por la afirmativa, después de citar dos fallos contradictorios de los tribunales de su país: " Debe entenderse - ha dicho la Cámara Federal de la Capital - que el hijo ha renunciado a la ac

(62) Fernández Clérigo, ob. cit. página 243

(63) Planiol ob. cit. página 722 tomo 2.

ción por filiación natural, si no la ha intentado en vida, pues tal es la teoría de los autores franceses - véase Planiol t. 2 página 778 " y agrega un fallo de la Cámara Civil Primera de 1932 " según el cual, fallecido el hijo natural que ha tenido posesión de estado, sus hermanos naturales pueden iniciar la acción de reconocimiento. Agrega: " Nos inclinamos por la última doctrina: los parientes del hijo natural cuando reclaman la filiación de éste no ejercen exclusivamente un derecho ajeno; actúan, también, para justificar un vínculo que además les es propio " (64).

Por regla general, las acciones de estado no tienen prescripción (artículo 108 código civil); pero en tratándose de la de investigación de paternidad, esta ha sido enmarcada en plazos más o menos breves, a fin de liquidar pronto una situación de incertidumbre y amenaza de que puede ser objeto un individuo; así como para hacer más seguras las pruebas que se aportan en estos juicios que siendo generalmente la testimonial, un espacio de tiempo prolongado la hace más falible.

El artículo 126 señala estos términos, que varían según ciertas circunstancias: primero: mientras el padre esté en vida, la acción no tiene límites en el tiempo, es decir, puede establecerse en cualquier momento. Segundo: Si el padre muere después de la mayoría del hijo, la acción prescribe a los dos años contados desde el día del fallecimiento. Tercero: En el caso de que el padre fallezca siendo aún menor el hijo, la acción caduca al cumplir el hijo veinticinco años. Cuarto: A pesar de los plazos anteriores, si con posterioridad a ellos, el hijo encuentra un documento cuya existencia desconocía, en que el padre declare -

(64) José Arias ob. cit. página 414.

expresamente su paternidad, en el concepto del artículo 124 inciso primero, revive la acción por dos años más, contados a partir de la emancipación o mayoría, - si fuere menor, o de la aparición del mismo documento si fuere mayor el hijo.

Es digno de observar, que en el caso de que muera el padre siendo hijo - menor aún, la ley se aparta inexplicablemente de la regla de dos años que usa en los otros supuestos, señalando la edad de veinticinco años del hijo como límite - máximo.

Para terminar, pudiera interpretarse que al decir la ley " en vida de los padre ", " si los padres fallecieran ", y no " en vida del padre ", " si el padre falleciera, la existencia o no de la madre, sea determinante a efecto de caducar la acción de paternidad. Al respecto, ha dicho acertadamente el Juez Segundo Civil profesor Ulises Odio Santos: " La muerte de la madre no es circunstancia impedien te para que los hijos mayores puedan obtener la declaración judicial de su estado. Su redacción en plural... obedece a que dicha regla comprende a su vez la investigación de maternidad, pero no a que deban estar vivos ambos progenitores porque - no habría motivo para una exigencia de tal naturaleza..." (65).

(65) Sentencia de 9.00 de 30 de setiembre de 1959.

5.- LAS PRUEBAS DE LA PATERNIDAD.

El problema de la inseguridad de las pruebas de la paternidad, ha sido una de las barreras puestas a la libre investigación de la misma. La dificultad está en que se busca probar en hecho de la procreación, y éste se produce en el más profundo misterio, sin que se conozcan hasta el momento huellas, que pongan de manifiesto en forma científica infalible aquel suceso.

Ante esta situación, la ley ha tenido que tasar ciertos supuestos, de los cuales se derive la presunción de la existencia del vínculo paternofilial investigado. Para la comprobación de estas circunstancias, toda clase de pruebas es admisible: pericial, documental, indiciaria, etc.

Debido a la clase de hechos que se tratan de probar, es generalmente común, la prueba testimonial, especialmente para demostrar la posesión de estado, que es la que en la mayoría de los casos se alega en estos juicios de paternidad. Pero debe tener el juzgador especial cuidado en la apreciación de las deposiciones de testigos, pues estos muchas veces son influidos por sentimientos de afecto hacia la parte, o por la inclinación natural hacia el mismo hecho de la paternidad. Pero no solamente esos factores influyen la deposición del testigo, el tiempo, que nubla la memoria del hombre, en estos juicios de paternidad adquiere especial importancia. Suele muy a menudo presentarse el caso de que se trata de probar hechos acaecidos muchos años atrás, y la falibilidad de la memoria puede variar sustancialmente las declaraciones del testigo.

Ocurre con frecuencia en esta clase de procesos, los llamados testimonios de oídas, que deben poner alerta al juzgador. Eduardo J. Couture, dice sobre este asunto: " una cosa es el testimonio de cosas que el testigo ha oído personalmente y otra distinta lo que se ha dado en llamar " testimonio de oídas " o " de común-renombre ". La doctrina, ya ha aclarado bien la diferencia de esos dos conceptos. El primero se refiere a una audición directa que, aun sometida a todas las deficiencias posibles, revela, sin embargo, el contacto inmediato del testigo con el suceso. El segundo, por el contrario, es normalmente simple evocación indirecta; el testigo refiere lo que se dice, lo que se habla, la murmuración o el decir corriente, sin poder precisar quienes lo dicen y que valor tienen el dicho en los labios de quien habla. Las relativas seguridades que puedan existir para el primero desaparecen para el segundo. La murmuración es solo una consecuencia cuyo origen desconoce el testigo. En materia de posesión notoria de estado civil que es donde este testimonio aparece con más frecuencia, el origen del conocimiento es una incógnita. En algunos casos la posesión notoria ha sido una voz que ha hecho correr la madre en perjuicio de un hombre determinado. Y en no pocos casos la murmuración se ha ido formando por el mismo hijo y acaso hasta con ocasión del mismo litigio " (66).

Ha sido objeto de discusión en Costa Rica, la admisibilidad de la prueba de los grupos sanguíneos como excluyente de la paternidad. En algunos países europeos y los Estados Unidos (67), se admite constantemente, y en latinoamérica, los tribunales argentinos no le ponen obstáculos (68).

(66) Eduardo J. Couture Estudios de Derecho Procesal Civil página 210.

(67) G. Cabanellas, Diccionario de Derecho Usual, voz: Investigación de Paternidad.

(68) José Arias ob. cit. página 416.

Sobre este asunto, el profesor Fernández Clérigo escribe: " Si las pruebas no son todavía lo satisfactorias que fuesen de desear, la ciencia trabaja incesantemente para obtenerlas y perfeccionarlas. Especialmente en las llamadas de sangre.... han realizado grandes progresos y han permitido ya establecer la solución-negativa de la paternidad con seguridad que se considera absoluta, no siendo difícil que se llegue a lograr la afirmativa, con igual certeza y en plazo más o menos largo " (69).

Sobre la certeza de esta prueba pericial tan útil al demandado para ponerse a salvo de falsas imputaciones, nuestro sabio doctor Clodomiro Picado Twight escribe: " Comencemos por citar algunos casos en que puede fácilmente excluirse al presunto padre; sea el caso de un hijo del grupo AB, y cuya madre es también del grupo AB, entonces es imposible que el padre pertenezca al grupo 0, porque el hijo no podría haber heredado de la madre, sino uno de los dos aglutinógenos que lleva, sea A o sea B, por consecuencia, el otro tiene que provenir forzosamente del padre que lo lleve, y no de un hombre del grupo 0 carente de ellos. (cita otros ejemplos y agrega) Así,...se presentan muchos casos en que es imposible achacar la paternidad a individuos de cierta constitución hematológica " (70).

A pesar de ello, nuestros tribunales han venido negándose a admitirla, - unas veces alegando que no está comprobada plenamente su certeza, otras considerando que admitirla sería poner en manos del hematólogo, el fallo del asunto, a pesar de que aceptan constantemente dictámenes periciales medico-forenses, sin que se afirme que son estos los que fallan los asuntos.

(69) Fernández Clérigo, ob. cit. página 238.

(70) Clodomiro Picado, Biología Hematológica, página 291 y ss.

Hoy, ya existe una fuerte tendencia en favor de esta prueba, y espera - que muy pronto nuestros jueces no se negarían a admitirla, Ya en 1959, el Magis - trado de la Sala de Casación don Víctor Elizondo, en un voto salvado dijo: " nuestro código civil promulgado en época en que la ciencia biológica no había conse - guido los avances de hoy eb día, siguiendo la tradición clásica, somete la prueba de es paternidad o a presunciones (art. 100) o a circunstancias que puedan reve - larla, como la de haber declaración expresa del padre reconociendo la paternidad,La comprobación en la forma indicada no puede demostrar de un modo absoluto la paternidad biológica; sólo la prueba en forma relativa: Es verdad que la cien - cia todavía no ha logrado demostrar de un modo absoluto la paternidad que un indi - viduo tiene en otro, y que los medios tenidos por el código civil con ese objeto - tienen que mantenerse todavía y quien sabe por cuanto tiempo; pero la ciencia sí - ha logrado que se pueda probar en una forma inequívoca que un individuo no es el - padre de otro.....como en el caso de autos, el demandado ha pedido un examen de su sangre para que mediante una investigación de grupos sanguíneos, pueda estable - cerse, como él lo pretende, que no es el padre del hijo que se le atribuye en es - te juicio, y esa prueba tan importante para su defensa le ha sido denegada por los jueces de instancia, el infrascrito Magistrado considera que al respecto se le ha - dejado indefenso en el juicio y por esa razón acoge el recurso por la forma. En materia de investigación de paternidad, por la trascendencia que tiene, en la familia y en lo social, a los padres demandados debe concederseles amplitud de defensa " - (voto salvado en casación de 14.45 de 19 de junio de 1959).

6.- EFFECTOS DE LA DECLARACION JUDICIAL.

El reconocimiento, ya sea voluntario o forzoso, produce una serie de consecuencias jurídicas de enorme trascendencia. Los derechos en favor del hijo derivados de la declaración de paternidad, varían en las legislaciones y en las épocas. El profesor chileno Manuel Somarriva dice al respecto: " en cuanto a la mayor o menor amplitud de los derechos que le corresponden al hijo natural, los autores Co - lin y Capitant sientan una ley histórica, confirmada a través de todas las épocas - de las legislaciones según la cual a menor liberalidad para establecer la filiación natural se le reconocen mayores derechos al hijo y que por el contrario mientras - más liberal y menos exigente es para otorgar la calidad de hijo natural son menores los derechos que a este respecto le confieren " y agrega el mismo autor: " esta - norma recibe una excepción en nuestra ley: hemos que Bello ideó la calidad de hijo natural como emanada exclusivamente de la voluntad espontánea y libre del padre. - Siendo tan estricto para conferir la calidad, debió ser generoso en los derechos - que otorga...pero desgraciadamente no fue así: nuestro legislador se mostró mesqui - no en esta clase de hijos " (71).

Entre nosotros podemos sentar otra excepción, pero en sentido contrario, - a partir de la vigencia de la Constitución de 1949. El constituyente de ese año, - no sólo prohibió los calificativos de la filiación, sino que colocó al hijo nacido fuera de matrimonio en plano de igualdad con el nacido dentro del mismo, y derogó la prohibición de indagar la paternidad que establecía el Código Civil del 88.

Actualmente la declaración judicial de paternidad, produce un estatus -

(71) Manuel Somarriva Undurraga ob. cit. página 442.

jurídico con respecto al padre y a la familia de éste, que no se diferencia en derechos al del hijo nacido en matrimonio de sus padres. Así, tiene derechos a llevar el apellido de su padre, a ser alimentado por él, y a sucederle ab-intestado (art. 127 CC.), en igualdad de condiciones al nacido dentro del matrimonio, Pero no sólo estas son las consecuencias que se derivan de la declaración de paternidad, sino que incluye a todas aquellas otras que se desprenden del parentesco consanguíneo. Entre estas podemos citar: incapacidades en el matrimonio (art.55 - Código Civil); presunción de simulación en los actos o contratos celebrados por el insolvente con parientes cercanos (art. 904); levanta ciertas incapacidades para recibir por testamento (art. 592 Código Civil).

En algunas otras legislaciones como la soviética, panameña y mejicana, no sólo produce consecuencias en favor del hijo sino que a la vez se deducen de la declaración de paternidad, especialísimos derechos en favor de la madre, respecto a reintegro de gastos de parto, indemnización por pérdida de ingresos de trabajo y reparación moral en determinados casos que la justicia reclama y las modernas leyes comienzan a otorgar con un espíritu amplio y equitativo (72).

En relación a los efectos de la sentencia dada en materia de investigación de paternidad, con respecto a terceros, surge uno de los problemas más discutidos y difíciles de solucionar. Se trata del problema de saber cuales son los alcances de la cosa juzgada en materia de estado civil de las personas.

Es principio de derecho procesal; que la sentencia pasada en autoridad -

(72) Fernández Clérigo ob. cit. página 246.

de cosa juzgada surte efectos únicamente entre las partes litigantes. Este principio que se enuncia como el alcance relativo de la cosa juzgada, y que lo acoge nuestro código Civil en artículo 724, no se discute su aplicación en cuanto a derechos patrimoniales se refiere. Pero en cuanto al estado civil de las personas, las opiniones contradictorias en la doctrina y la jurisprudencia, surgen frecuentemente.

No se ignora la serie de dificultades que traería darle un alcance relativo a una sentencia que declara, por ejemplo que un sujeto A, es hijo de otro B, pues no sería atinado que esta relación paternofilial declarada, se estuviera sometiendo a nuevas discusiones, cada vez que A, hiciera uso contra terceros de su filiación. No sería tampoco concebible, que ese individuo A, venga luego a establecer acción contra C, para que se declarara que es hijo de este último.

La jurisprudencia francesa, que había aceptado la tesis de la autoridad absoluta; en 1925 varió sustancialmente: " la incertidumbre y vaguedad de la jurisprudencia, dice Bonecase (73), puede considerarse por la sentencia Gervais (cas. 23 abril de 1925) en la que se consagró el principio de la autoridad relativa. - Según esta sentencia: " el artículo 1351 que limita la autoridad de la cosa juzgada a las partes, y a los que éstas representan, rige también las sentencias relativas a la investigación de la paternidad natural, puesto que dicho artículo no es incompatible con la naturaleza de estas sentencias, ya que ningún texto las incluye de su aplicación en esta materia " (74).

(73) Citado por Rojina Villegas, Derecho Civil Mexicano t. 1 página 456.

(74) Elartéc 1351 del Código Francés, corresponde al 724 del nuestro.

Con el firme propósito de solucionar este problema, se han intentado varios razonamientos jurídicos.

A propósito de las sentencias declarativas de estado civil que es sobre las que existe la duda, D'Argentré creó la teoría del contradictor legítimo, que al decir de Rojina Villegas (75) influyó la jurisprudencia hasta 1925. Consideró, que dentro de las personas interesadas en discutir un estado civil, siempre hay una como parte principal afectada, no obstante que la ley puede conceder la acción a otras. Ese sujeto más directamente afectado, es el contradictor legítimo, el interesado verdadero en ejercer la excepción correspondiente, el presunto padre en los juicios de investigación de paternidad. Pues bien, según el autor, cuando es éste el que interviene en el juicio, la sentencia de estado civil tiene validez general, porque justamente se ha discutido el estado con el sujeto más interesado, con el más caracterizado para aportar prueba (76).

Rojina Villegas distingue entre sentencias constitutivas y declarativas de estado; considerando que en las primeras, los alcances de la sentencia son absolutos; y en las segundas su alcance es solamente relativo entre las partes. Sin embargo afirma que, entre las declarativas hay algunas en que la ley otorga la acción sólo a determinado sujeto. En este caso dice, la sentencia declarativa de estado, tiene validez universal, es oponible erga omnes, pues ya nadie podrá intentar esa misma acción (77).

(75) Derecho Civil mejicano t.1 página 451.

(76) Rojina Villegas, ob. cit. t.1 páginas 453 y 454.

(77) Rojina Villegas, ob. cit. t.1 página 453.

7.- PALABRAS FINALES.

Hemos hecho un breve estudio histórico, para poner de manifiesto, aunque a grandes razgos, cuales han sido las ideas imperantes en las épocas sobre el problema de los hijos extramatrimoniales, para poder luego comprender mejor, cual fue la trascendencia que significó la reforma a nuestra ley, por el constituyente de 1949.

Hemos tratado luego de fijar en forma objetiva, los alcances del artículo 124 del Código Civil, que es la médula de nuestro estudio, para que en comparación con la jurisprudencia resiente de nuestros tribunales, se observe los problemas que crea. En efecto, muchas veces se ha encontrado el juzgador con casos de evidente justicia, pero que sin embargo, no enmarcan en ninguno de los supuestos que establece el citado artículo 124; teniendo que recurrir el juez, a una serie de razonamientos filosóficos sobre interpretación de las leyes, y hasta a forzar su alcance, para dar pase a la acción, y evitar una verdadera injusticia no prevista por la ley. Otras veces son probados en juicio los supuestos que la ley ha fijado como determinantes de la paternidad, pero salta a la vista la certeza de aquel sujeto no es hijo del demandado; entonces los jueces para hacer verdadera justicia han tenido que entrenar sus exigencias sobre la comprobación de los supuestos tasados por la ley,

Esto nos ha hecho reflexionar sobre la necesidad de la existencia en la ley de esos supuestos.

Se ha alegado que es necesario enumerar taxativamente determinadas circunstancias que hagan presumir la paternidad, para evitar acciones infundadas, así como para poner a salvo a los hombres de imputaciones falsas y evitar escán-

dalos sociales. En cuanto al primer argumento, su simple enunciación denota desconfianza en el proceso judicial y en la capacidad de los jueces para distinguir la verdad. Cabe agregar, es que acaso sólo em materia de paternidad se establecen acciones temerarias? Es que acaso no se persigue a individuos por delitos que luego se sabe no se han cometido?. Los jueces se encuentran constantemente con acciones mal intencionadas, sin que ello sea motivo de temor, pues actualmente los litigantes gozan de amplias facultades de defensa, y los jueces de libertad plena en la apreciación de las pruebas.

En cuanto al escándalo social, no creo que hoy haya quien se atreva a alegarlo para negar a aquellos hijos abandonados, el derecho a reclamar/^{de} quien los engendró sin la menor conciencia de la responsabilidad de padre, el derecho a vivir y dejar de ser una carga para la sociedad.

Ante estas reflexiones, no podemos más que mirar con desprecio, la añeja reglamentación que establece el artículo 124, y abogar por su derogación definitiva de nuestra ley, y alejar así toda clase de obstáculo que impida la discusión judicial amplia de la paternidad.

En cuanto a las acciones temerarias, el litigante contrario gozará de toda clase de defensas; se le permitirán toda clase de pruebas; tendrá a su favor el " milagro " de poder probar sin duda alguna, un hecho negativo, pues podrá hacer uso de la prueba biológica de los grupos sanguíneos para demostrar su no paternidad. Se permitirá que la acción no sólo sea contestada por el presunto padre y sus herederos, sino por cualquiera que tenga interés en el asunto, Entonces, tendrá el juez más amplitud en el establecimiento de la verdad, y no tendrá que -

recurrir a construcciones filosóficas de interpretación de las normas, ni forzar éstas, para hacer verdadera justicia.

Antes de termiñar esta tesis, quiero dejar constancia de mi más sincero agradecimiento a los señores profesores que se han tomado la tarea poco amena de revisar este trabajo.

Me alejo con nostalgia de las aulas de la Escuela de Derecho, llevándome gratos recuerdos y sabias enseñanzas de los señores profesores , que serán mi inspiración para salir avante en los momentos difíciles de mi vida. Dios le pagará, queridos profesores.

BIBLIOGRAFIA

Arias, José
" Derecho de Familia "
Edición argentina
1952

Barros Errázuriz, Alfredo
" Derecho Civil " T. 4

Brenes Córdoba, Alberto
" Tratado de las Personas "
Costa Rica
1925

Código Civil de Costa Rica

Código General de 1841

Colección de leyes, decretos, etc. de Costa Rica

Colección de sentencias de la Corte de Casación de Costa Rica

Constitución Política de Costa Rica 1871 y 1949

Couture, Eduardo J.
" Estudios de Derecho Procesal Civil "
Pruebas en materia civil (tomo II)
Ediar, Soc Anón, Editores
Buenos Aires
1949

Fernández Clerigo, Luís
" Derecho de Familia en la legislación comparada "
Editorial UTEHA
Mexico
1947

Picado Twight, Clodomiro y Trejos Wuillis A.
Biología Hematológica
Imprenta Nacional
Costa Rica
1942

Planiol, Marcelo y Jorge Ripert
" Tratado práctico de Derecho Civil Francés "
Traducción del Dr. Mario Díaz Cruz
Tomo 2 " La Familia "
Editor : Juan Buxó
La Habana
1928

Rojina Villegas, Rafael
" Derecho Civil Mejicano "
Antigua Librería Robredo
Mexico
1949

Somarriva Undurraga, Manuel
" Derecho de Familia "
Editorial Nascimento
Santiago de Chile
1946

INDICE

	Pág.
Introducción.....	1
CAPITULO I	
Antecedentes históricos.....	3
CAPITULO II	
Artículo 53 de la Constitución Política.....	7
CAPITULO III	
Reconocimiento voluntario y forzoso. Art 124 del Código Civil.....	11
CAPITULO IV	
Ejercicio de la acción. Limitaciones en el tiempo.....	40
CAPITULO V	
Las pruebas de la paternidad.....	43
CAPITULO VI	
Efectos de la declaración judicial de paternidad.....	47
CAPITULO VII	
Palabras finales.....	51
Bibliografía.....	54