

Universidad de Costa Rica

Sede de Guanacaste

Facultad de Derecho

ANÁLISIS DE LA INDEMNIZACIÓN POR LOS DAÑOS Y
PERJUICIOS CAUSADOS AL MARIDO POR LA FALSA
ATRIBUCIÓN DE PATERNIDAD

Tesis para optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho

María Fernanda Rodríguez Díaz

A85356

Liberia

Junio 2023



23 de junio de 2023
FD-1477-2023

Dra. Marcela Moreno Buján
Decana.
Facultad de Derecho

Estimada señora:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de: **María Fernanda Rodríguez Díaz, carné A85356** denominado: "**Análisis de la indemnización por los daños y perjuicios causados al marido por la falsa atribución de paternidad**" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

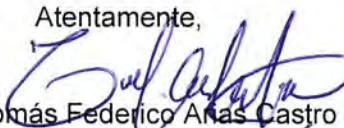
Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 35 de RTFG que indica: "**Los miembros del tribunal examinador recibirán para su evaluación una versión completa sin codificar del documento final de TFG, que señale claramente las secciones confidenciales de este. En la defensa pública se eliminará o clasificará la información definida como confidencial**".

Tribunal Examinador

Informante	MSc. Marilú Rodríguez Araya	FIRMA	FECHA
Presidente	MSc. José Daniel Baltodano Mayorga		
Secretario	Lic. Yehudin Sancho Elizondo		
Miembro	Licda. Iveth Orozco García		
Miembro	Licda. Marianela Aguirre Rodríguez		

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **30 de junio 2023**, a las 5:00 pm. en sede Liberia.

Atentamente,


MSc. Tomás Federico Anas Castro
Director
Área de Investigación



LCV
Cc: arch.

Recepción
Tel.: 2511-4032
recepcion.fd@ucr.ac.cr

Consultorios Jurídicos
Tel.: 2511-1521
accionsocial.fd@ucr.ac.cr

Casa de Justicia
Tel.: 2511-1558
administrativacasajusticia.fd@ucr.ac.cr



23 de junio de 2023
FD-1477-2023

Dra. Marcela Moreno Buján
Decana.
Facultad de Derecho

Estimada señora:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de: **María Fernanda Rodríguez Díaz, carné A85356** denominado: "**Análisis de la indemnización por los daños y perjuicios causados al marido por la falsa atribución de paternidad**" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

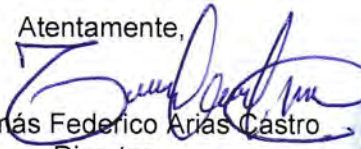
Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 35 de RTFG que indica: "**Los miembros del tribunal examinador recibirán para su evaluación una versión completa sin codificar del documento final de TFG, que señale claramente las secciones confidenciales de este. En la defensa pública se eliminará o clasificará la información definida como confidencial**".

Tribunal Examinador

Informante	MSc. Marilú Rodríguez Araya
Presidente	MSc. José Daniel Baltodano Mayorga
Secretario	Lic. Yehudin Sancho Elizondo
Miembro	Licda. Iveth Orozco García
Miembro	Licda. Marianela Aguirre Rodríguez

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **30 de junio 2023**, a las 5:0 pm. en sede Liberia.

Atentamente,


MSc. Tomás Federico Arias Castro
Director
Área de Investigación



LCV
Cc: arch.

22 de mayo del 2023

Msc.
Tomás Federico Arias Castro
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado Director:

Primero que todo reciba un cordial saludo. Por medio de la presente, me permito hacer de su conocimiento que en mi condición de Directora del Comité Asesor, he aprobado la tesis de la estudiante María Fernanda Rodríguez Díaz, carné A85356, titulada: **«ANÁLISIS DE LA INDEMNIZACIÓN POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS AL MARIDO POR LA FALSA ATRIBUCIÓN DE PATERNIDAD»**, para poder optar por el grado de Licenciatura en Derecho.

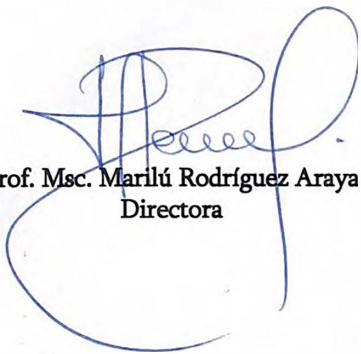
La resolución la he tomado por cuanto el trabajo de investigación no sólo cumple con los requisitos de forma y de fondo establecidos por el Área de Investigación de la Facultad de Derecho, sino, también, porque constituye un respetable esfuerzo de investigación sobre un tema muy controversial, como lo es el resarcimiento por daños ocasionados dentro de una relación de pareja, sobre todo cuando existen estudios que consideran que la institución del matrimonio debe verse como un contrato y un negocio jurídico. La cuestión de reparar económicamente un daño que surge como producto de relaciones de parentesco, no es tema baladí, si se toma en cuenta que intervienen elementos sensibles, que no son propios de la figura del negocio jurídico, tales como los sentimientos, las emociones que ellos generan, los traumas psicológicos, los que indudablemente trascienden lo meramente patrimonial. Por consiguiente, el abordaje de dicho tema aborda un reto importante para aquel o aquella jurista estudioso o estudiosa de tan singular dilema en el Derecho de Familia.

Por otra parte, el trabajo hace una labor de pesquisa muy importante sobre la evolución de dicho tópico en el derecho y la jurisprudencia comparada, lo que permite ampliar el horizonte

cognitivo profesional, así como la capacidad de análisis sobre una situación que demanda una razonable imaginación jurídica, en una etapa de la historia donde pululan por doquier los cuestionamientos y rupturas paradigmáticas que conmueven los cimientos de una sociedad, que en medio de la tormenta, trata de encontrar claridad para procurar conocer qué rumbo seguir.

En virtud de todo lo expuesto, considero que dar cuenta del debate jurídico sobre si debe indemnizarse o no el daño ocasionado a un varón a quien se le atribuyó falsamente la paternidad de un hijo o hija, hace de la presente investigación un material valioso de consulta.

Sin otro particular, con mis muestras de consideración,



Prof. Msc. Marilú Rodríguez Araya
Directora

26 de mayo de 2023

Dra. Marcela Moreno Buján
Decana
Facultad de Derecho

Señora Decana:

Reciba un cordial saludo. En calidad de lector del trabajo final de graduación modalidad tesis "Análisis de la indemnización por los daños y perjuicios causados al marido por la falsa atribución de paternidad", sustentado por la estudiante María Fernanda Rodríguez Díaz carnet A85356, me permito informar que este cumple con los requisitos de forma y fondo que exige la Universidad. Por tanto, otorgo mi aprobación para que sea defendido públicamente.

Atentamente,

JOSE DANIEL
BALDODANO
MAYORGA
(FIRMA)

Firmado digitalmente
por JOSE DANIEL
BALDODANO
MAYORGA (FIRMA)
Fecha: 2023.05.26
18:12:47 -06'00'

Mag. José Daniel Baltodano Mayorga

Lector

Nicoya, 25 de mayo del 2023.

Estimado señor:

Msc. Tomás federico arias castro.

Director del área de investigación


Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Quien suscribe, Iveth Orozco García, cédula de identidad 5-272-750 en mi condición de lectora del trabajo final de graduación de la estudiante MARÍA FERNANDA RODRÍGUEZ DÍAZ, carné universitario A85356, titulada **“ANÁLISIS DE LA INDEMNIZACIÓN POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS AL MARIDO POR LA FALSA ATRIBUCIÓN DE PATERNIDAD”**, hago de su conocimiento que la misma cumple con los requisitos de forma y fondo establecidos por la Universidad, por lo que doy por aprobada dicha investigación.

Sin otro particular, se suscribe, cordialmente,

IVETH OROZCO
GARCIA
(FIRMA)



Firmado digitalmente
por IVETH OROZCO
GARCIA (FIRMA)
Fecha: 2023.05.26
14:29:21 -06'00'

Licda. Iveth Orozco García.

Lectora de tesis

LICDA. ELVIA FERNÁNDEZ MORALES
FILÓLOGA UCR
SAN RAMÓN, ALAJUELA TEL. 8825- 3794
C.4841 COL. LIC. Y PROF; EMAIL elviafdz@gmail.com

CONSTANCIA DE REVISIÓN FILOLÓGICA

La suscrita, Licenciada en Filología Española ELVIA FERNÁNDEZ MORALES, hace constar que efectuó la revisión filológica del documento denominado, **ANÁLISIS DE LA INDEMNIZACIÓN POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS AL MARIDO POR LA FALSA ATRIBUCIÓN DE PATERNIDAD**. Este consiste en una TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO, de la UNIVERSIDAD DE COSTA RICA (UCR). La postulante es María Fernanda Rodríguez Díaz, carné A85356.

Al respecto, indica que luego de efectuadas las correcciones necesarias, dicho documento se encuentra listo para su presentación y disertación, pues se ajusta a las normas gramaticales y ortográficas establecidas por la Ortografía RAE (2010) y a la modalidad de discurso, correspondiente a su especialidad.

Dado en San Ramón, Alajuela, Costa Rica, el treinta de mayo de dos mil veintitrés, a solicitud de la persona interesada y para los efectos administrativos pertinentes.



A handwritten signature in black ink, appearing to read "Elvia Fernández Morales".

Licda. Elvia Fernández Morales

DEDICATORIA

A Dios por concederme la fortaleza para alcanzar esta meta.

A mi madre.

AGRADECIMIENTO

A mis abuelos, mi papá, mis hermanas y demás familiares por todo el apoyo en estos años.

A los profesores Marilú, Daniel e Iveth por toda la ayuda y disposición para terminar este trabajo de investigación.

A don Mauricio, don Douglas y don Naín por la anuencia y tiempo brindado en las entrevistas.

A José David, por ser mi mejor compañía.

A don Olivier, a José Olivier y a Sofi por la comprensión y colaboración brindada.

ÍNDICE

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
ÍNDICE	iv
RESUMEN.....	xi
1. ANTECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN.....	1
1.1. Antecedentes.....	1
1.2. Justificación.....	2
2. MARCO TEÓRICO	9
2.1. Fundamentos dogmáticos de la filiación matrimonial	9
2.1.1. El estado de familia.	9
2.1.1. a. <i>Antecedentes históricos.</i>	9
2.1.1. b. <i>“Estado de familia” como subdivisión del “estado de la persona”</i>	11
2.1.1. c. <i>Contenido del estado de familia (vínculos y grupos).</i>	12
2.1.1. d. <i>Efectos del estado de familia.</i>	13
2.1.1. e. <i>Fuentes del estado de familia.</i>	14
2.1.1. f. <i>Clases del estado de familia.</i>	15
2.1.2. Elementos del estado de familia.	16
2.1.2. a. <i>Título de estado.</i>	16
2.1.2. b. <i>Posesión de estado de familia.</i>	17
2.1.3. Estado aparente de familia.	19
2.1.4. Acciones de estado de familia.	20
2.1.4. a. <i>Concepto.</i>	20
2.1.4. b. <i>Clasificación.</i>	21
2.1.5. Filiación.	25
2.1.5. a. <i>Concepto.</i>	25
2.1.5. b. <i>Clases.</i>	25
2.1.5. c. <i>Determinación de la filiación.</i>	25
2.1.6. Filiación matrimonial y su determinación.	26

2.1.6. a.	<i>Fundamentos: presunción de paternidad.</i>	26
2.1.6. b.	<i>Actualidad: presunción de filiación respecto del cónyuge de la madre.</i>	27
2.1.6.	Supuestos considerados por la ley al aplicar la presunción de filiación.	28
2.1.7.	Acciones de filiación.	28
2.2.	Elementos de responsabilidad civil	29
2.2.1.	Responsabilidad civil como materia que estudia un particular tipo de vínculo obligacional.	29
2.2.2.	Funciones de la responsabilidad civil.	30
2.2.3.	Condiciones de la responsabilidad civil.	31
2.2.4.	Regímenes de responsabilidad civil.	31
3.	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	32
4.	HIPÓTESIS	34
5.	OBJETIVOS	34
5.1.	Objetivo general	34
5.2.	Objetivos específicos	34
6.	ESTADO DE LA CUESTIÓN	35
7.	PERTINENCIA SOCIAL Y ACADÉMICA	42
8.	METODOLOGÍA	43
8.1.	Enfoque	43
8.2.	VARIABLES	45
8.3.	Recolección de información	46
Capítulo 1.	Responsabilidad civil	48
1.1.	Antecedentes históricos de la figura de la responsabilidad civil.	48
1.2.	Concepto de Responsabilidad Civil	49
1.3.	Elementos generales para la configuración de la responsabilidad civil	50
1.3.1.	El factor de atribución.	51
1.3.1. a.	<i>Los factores subjetivos de atribución de responsabilidad civil.</i>	51
1.3.1. b.	<i>Los factores objetivos de atribución de responsabilidad civil.</i>	52
1.3.2.	El daño indemnizable.	52
1.3.2. a.	<i>Atributos del daño indemnizable.</i>	53
1.3.	La relación de causalidad	54
1.4.	Regímenes de responsabilidad civil.	54

1.4.1. Responsabilidad contractual y extracontractual.	54
1.4.1.a. <i>Responsabilidad extracontractual.</i>	55
1.4.1.b. Responsabilidad contractual.	56
1.4.2. Responsabilidad subjetiva y objetiva.	57
1.4.2.a <i>Responsabilidad subjetiva.</i>	57
1.4.2.b <i>Elementos objetivos.</i>	57
1.4.2.c <i>Elementos subjetivos.</i>	58
1.4.2.d <i>Responsabilidad objetiva.</i>	59
1.5. Las formas de la responsabilidad subjetiva	59
1.5.1. Responsabilidad directa e indirecta.....	59
1.5. Daños patrimoniales y daños extrapatrimoniales	60
1.6. Defensas contra la acción de responsabilidad civil	62
Capítulo 2. Fundamento y características de la filiación matrimonial en Costa Rica	64
2.1 De la filiación	64
2.1.1. Concepto de filiación.	64
2.2. Características de la filiación	65
2.3. Determinación de la filiación	66
2.4. Efectos de la filiación.....	67
2.5. Tipos de filiación.....	67
2.5.1. Filiación matrimonial.	68
2.5.2. Filiación extramatrimonial.	68
2.5.3. Filiación adoptiva.	69
2.6. Presunción de paternidad.....	69
2.6.1. Concepto de Presunción de Paternidad.....	69
2.6.2. Antecedentes históricos.....	71
2.6.3. Fundamentos de la presunción de paternidad.	73
2.6.4. Supuestos considerados por la ley al aplicar la presunción de filiación.....	74
2.6.5. Marco normativo en el ordenamiento jurídico costarricense.	74
2.6.6. Procesos para emplazar la filiación matrimonial.	77
2.6.6. a <i>Vindicación de estado.</i>	78
2.6.6. b <i>Legitimación.</i>	78
2.6.7. Procesos para desplazar la filiación matrimonial.	79

2.6.7. a	<i>Impugnación de paternidad</i>	79
2.6.7. b	<i>Declaratoria de extramatrimonialidad</i>	80
2.6.7. c	<i>Reconocimiento de hijo de mujer casada</i>	80
Capítulo 3	82
Tratamiento del tema en el derecho chileno, argentino y español	82
3.1.	La responsabilidad civil por incumplimiento de deberes matrimoniales en el derecho chileno vigente	82
3.1.1.	Debate sobre responsabilidad civil y matrimonio.	83
3.1.2.	Deber matrimonial de fidelidad.	84
3.1.3.	Realidad legislativa, jurisprudencial y doctrinaria.....	85
3.1.4.	Integración de las normas vigentes para defender la aplicabilidad de la responsabilidad civil en el ámbito matrimonial.	91
3.1.5.	Propuesta doctrinaria para solución a nivel judicial (elementos de la responsabilidad civil aplicados a la infidelidad conyugal).....	93
3.1.5. a.	<i>Conducta voluntaria</i>	93
3.1.5. b.	<i>Illicitud</i>	94
3.1.5. c.	<i>Imputabilidad</i>	94
3.1.5. d.	<i>Daño indemnizable</i>	95
3.1.5. e.	<i>Relación causal</i>	96
3.2.	Deberes maritales y responsabilidad civil en Argentina: del Código de Vélez Sarsfield al Código Civil y Comercial de la Nación.	96
3.2.1.	Realidad jurídica durante la vigencia del Código Civil de Argentina.	98
3.2.2.	Cambios introducidos por el Código Civil y Comercial de la Nación.	100
3.2.3.	Resultado de la experiencia argentina con relación a la responsabilidad civil.	102
3.3.	El engaño de paternidad en España.....	104
3.3.1.	Familia y Responsabilidad Civil en el nuevo derecho español.	104
3.3.2.	Infidelidad u ocultación de la paternidad como factor de atribución de responsabilidad.....	105
3.3.3.	Doctrina del Tribunal Supremo de España respecto al tema de la infidelidad con ocultación de la verdadera paternidad biológica del hijo.....	107
3.3.4.	Propuesta doctrinaria de solución judicial.	108
3.3.4. a.	<i>Conducta dañosa: ¿infidelidad, concepción u ocultación o engaño sobre la paternidad?</i>	109

3.3.4. b. <i>Dolo</i>	110
3.3.4. c. <i>Daños extrapatrimoniales y daños patrimoniales</i>	111
3.3.4. d. <i>Aspectos procesales de la acción</i>	112
Capítulo 4	113
Análisis de la jurisprudencia nacional del derecho de daños en materia de filiación	113
4.1. Posibilidad de aplicar fuentes supletorias del derecho (régimen de responsabilidad civil) en ausencia de norma especial aplicable ante el incumplimiento de deberes familiares	114
4.1.1. Responsabilidad civil con respecto a la obligación alimentaria al existir dolo o culpa del padre, previo a la declaratoria de paternidad	114
4.2. Posibilidad de atribuir responsabilidad civil por hechos distintos a las causales de divorcio establecidas por el artículo 48 bis del Código de Familia	117
4.3. Presupuestos de la acción de responsabilidad civil	119
4.4. Ejercicio indebido de la patria potestad es factor de atribución de responsabilidad civil (conducta dolosa y antijurídica)	120
4.5. Daños y su naturaleza en la relación matrimonial	120
4.5.1. Posibilidad de reparar daño moral en la relación matrimonial	120
4.5.2. Distinción entre daño moral y patrimonial en la relación matrimonial	123
4.6. Autonomía de la acción de daños y perjuicios	124
4.7. Complementariedad de las pretensiones en derecho de familia y posibilidad de acumularlas	125
4.8. Indemnización por daños y perjuicios causados al marido por falsa atribución de paternidad en criterio de los operadores del derecho de familia costarricense	127
4.8.1. Procedencia de la indemnización de daños y perjuicios	127
4.8.2. Responsabilidad civil por incumplimiento de deberes matrimoniales	129
4.8.3. Elementos de la ocultación de paternidad matrimonial	129
4.8.5. Causas eximentes	131
4.8.6. Vías procesales para el planteamiento del reclamo	132
Capítulo 5	133
Responsabilidad civil y derecho de familia: exclusión histórica, evolución y tratamiento doctrinario actual	133
5.1. Ajenidad de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia	133
5.1.1. Explicación histórica	133
5.1.1.a. <i>Regla de moralidad inherente a la familia</i>	135

5.1.1.b.	<i>Vigencia de los códigos decimonónicos.</i>	136
5.1.2.	Argumentos contra la responsabilidad civil en el derecho de familia.	136
5.2.	Consolidación del deber de no dañar en el ámbito íntimo de las relaciones de familia	138
5.3.	Evolución de la regulación jurídica de la familia en el derecho costarricense...	141
5.4.	Discusiones doctrinarias sobre la consolidación de la responsabilidad civil en el derecho de familia	142
5.4.1.	Naturaleza jurídica de los derechos subjetivos familiares.	142
5.4.1.a.	<i>Derechos patrimoniales y derechos no patrimoniales.</i>	142
5.4.1.b.	<i>Derechos subjetivos familiares.</i>	143
5.4.2.	Resarcibilidad de los derechos subjetivos familiares.	146
5.4.3.	Ejemplo del tratamiento doctrinario actual.	148
Capítulo 6		150
	Análisis de responsabilidad civil por estado filial aparente de derecho (surgido en la filiación matrimonial) cuando el cónyuge cree ser el padre por ocultación de la madre	150
6.1.	Introducción	150
6.2.	Factor de atribución: la ocultación o engaño de paternidad	150
6.2.1.	Conducta omisiva caracterizada por el conocimiento de la situación ocultada y la voluntad de no impedir la aplicación de la presunción de paternidad matrimonial.	151
6.3.	El daño indemnizable: descripción, atributos y naturaleza	154
6.3.1.	Identificación y descripción de los daños posibles.	154
6.3.1. a.	<i>Descripción de posibles daños extrapatrimoniales.</i>	154
6.3.1. b.	<i>Descripción de posibles daños patrimoniales.</i>	156
6.3.2. a.	<i>Certeza.</i>	157
6.3.2. b.	<i>Injusticia (antijuricidad).</i>	157
6.3.3.	Naturaleza jurídica del daño.	158
6.3.3. a.	<i>Daño emergente.</i>	159
6.3.3. b.	<i>Daño moral.</i>	159
6.3.3. b. i.	<i>Cuantificación del daño moral.</i>	160
6.3.3. c.	<i>Pérdida de oportunidad.</i>	160
6.4.	Relación de causalidad	163

6.6. Defensas contra el reclamo de responsabilidad civil	164
6.7. Análisis de la falsa atribución de paternidad en el derecho costarricense	164
6.7.1. La conducta imputable.....	165
6.7.2. a. Indemnizabilidad e injusticia del daño causado dentro de la relación matrimonial.	165
CONCLUSIONES	168
BIBLIOGRAFÍA.....	178
ANEXOS.....	186

RESUMEN

El presente trabajo de investigación trata sobre la responsabilidad de la esposa, quien teniendo pleno conocimiento o no de la verdad biológica de su hijo o hijos, atribuye falsamente la paternidad biológica a su esposo, por lo cual el hijo nace bajo la presunción de paternidad matrimonial, provocando serias lesiones emocionales y sentimentales en el padre no biológico y en el hijo que creía suyo. Pero, este no es el único perjuicio que se causa. Si se profundiza en el tema, es posible preguntarse si previo a ejercer los atributos de la paternidad, hubiese tenido conocimiento de no ser el progenitor, aun así lo habría ejercido o si, por el contrario, habría dado un paso atrás y rehecho su vida.

Por ello, se vuelve necesario la identificación de posibles causas eximentes de responsabilidad de la madre ante la falsa atribución de la paternidad, así como la responsabilidad que le compete al esposo, si conocía de la posibilidad de no ser realmente el padre del hijo o hijos de su esposa, y adquiere un comportamiento omisivo para determinar la veracidad de su paternidad. Además, el tema justifica realizar una valoración acerca de la posibilidad del reclamo por parte del padre no biológico del reintegro de las cuotas alimentarias pagadas a quien creía su hijo, en concepto de daño patrimonial.

Se hace necesario analizar la responsabilidad que le asiste al padre biológico, quien era consciente de la condición de casada de la mujer con la cual mantenía relaciones sexuales; por ello, es cómplice de la infidelidad y, por lo tanto, también conoce o puede conocer de su paternidad, no obstante, no actúa para determinar la verdadera condición biológica del menor y se aprovecha de otra persona en cuanto al deber del pago de la pensión alimentaria de su supuesto hijo. En este sentido, se valora la posibilidad de dirigirse también en contra el padre biológico con el fin de que ambos progenitores asuman la responsabilidad en la procreación y no consentir comportamientos abusivos.

Por otra parte, se pretende determinar cuáles supuestos de la responsabilidad civil deben estar presentes para que sea procedente la indemnización por el daño incurrido. En la bibliografía nacional, es poco el análisis de la doctrina y jurisprudencia al respecto, por lo tanto, al no existir medios legales para pretender una reparación a nivel de daño moral como consecuencia de la falsa atribución de la paternidad, tampoco existen precedentes judiciales manifiestos al respecto, por lo cual se da una situación de incertidumbre en cuanto

a si procede o no dicha pretensión, pues tanto jueces como litigantes desconocen de la posibilidad de solicitar y otorgar los daños, como consecuencia de la conducta de la madre.

Asimismo, es necesario un esfuerzo de análisis que determine los presupuestos requeridos para configurar una obligación de responsabilidad civil. Se espera que como resultado, se generen **elementos teóricos** útiles para calificar jurídicamente el supuesto fáctico descrito. Este esfuerzo analítico necesario para restablecer el equilibrio a una situación injusta y jurídicamente disvaliosa, es argumento de peso para justificar la conveniencia de realizar una investigación sobre el tema. De ser exitosa la tentativa que aquí se propone, se dotará de un material primario para discusiones posteriores sobre el tema. A la vez, eventualmente, podría servir como un insumo práctico para incoar judicialmente acciones de daños y perjuicios para esta clase de especies fácticas.

La hipótesis del presente trabajo corresponde a que en nuestro país existe una normativa, la cual posibilita al esposo y padre registral el resarcimiento de los daños y perjuicios por haber asumido una paternidad matrimonial que no le correspondía, en virtud de la aplicación del artículo 41 de la Constitución Política y 1045 del Código Civil, cumpliéndose en este caso, los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual al haber una conducta antijurídica de la madre, al omitir dar a conocer a su esposo la verdad biológica de sus hijos o, ante la duda, no llevar a cabo las acciones pertinentes para conocer la verdadera paternidad de sus hijos; además, resulta lógico suponer que una omisión de estas conlleva un serio daño emocional, en el proyecto de vida y hasta económico para su cónyuge y padre registral.

El objetivo general consiste en determinar la existencia del reclamo de los daños y perjuicios para los cónyuges y padres registrales de personas menores de edad por el ejercicio realizado de una paternidad matrimonial que no les correspondía.

El presente trabajo se realiza bajo un enfoque cualitativo, debido al análisis de la acción de daños y perjuicios por falsa atribución de paternidad, la posibilidad de que el derecho costarricense ampare esa pretensión y el análisis dogmático de sus alcances y limitaciones, como lo son las causas eximentes. En cuanto a la técnica para la recolección de la información, corresponde principalmente la revisión y lectura de fuentes documentales del sistema de bibliotecas de la Universidad de Costa Rica, repositorios de la Facultad de Derecho y de otras universidades públicas; entrevistas a expertos, así como el análisis del

material bibliográfico en libros, artículos de revista, normativa nacional e internacional, jurisprudencia y otros recursos de páginas confiables en internet relacionados con el tema de estudio.

De esta tesis se concluye que el factor de atribución es la ocultación o engaño mediante el cual se establece una paternidad respecto del marido, quien cree ser el padre biológico; dicha acción es reprochable y puede desencadenar padecimientos psicológicos o inclusive consecuencias físicas, resultado de una interrupción en el desenvolvimiento de un proceso evolutivo favorable, como la frustración del proyecto de vida del padre. También la privación posterior al descubrimiento, puede causar afectaciones directas al padre, como posibles daños patrimoniales, el más cuantioso puede ser la cantidad pagada por este para la manutención del hijo a lo largo de los años.

Ficha bibliográfica

Rodríguez Díaz, María Fernanda. "Análisis de la indemnización por los daños y perjuicios causados al marido por la falsa atribución de paternidad". Tesis de licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2023.

Director: M.Sc. Marilú Rodríguez Araya.

Palabras claves: responsabilidad, daños, presunción de paternidad, falsa atribución, filiación, matrimonial.

1. ANTECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN

1.1. Antecedentes

Por considerarse una rama *sui géneris* del derecho, cuyos deberes y derechos existen en el orden de lo extrapatrimonial, el derecho de familia ha sido ajeno a la aplicación del derecho de responsabilidad civil.

Muchos de los daños resarcibles entre familiares, se reconocen en jurisdicciones distintas a las que conocen de pretensiones propias del derecho de familia (como juzgados de familia, de violencia doméstica o de pensiones alimentarias) por ser violación a normas y principios de otras ramas del derecho; por ejemplo, delitos llevados a cabo entre parientes, los cuales por su naturaleza penal causan daños de naturaleza patrimonial.

No obstante, la violación a deberes sustantivos del derecho de familia, que confieren legitimación para accionar judicialmente en tribunales que conocen pretensiones propias de esta rama del derecho no originan análisis detallados acerca del tema del daño y de su resarcimiento. Por ejemplo, la infidelidad que permite al cónyuge inocente solicitar el divorcio, supuestos como la falta de reconocimiento de hijo extramatrimonial; o bien, la pretensión de la madre que exige reembolso por gastos de maternidad; ofrecen la oportunidad de referirse al tema, pero no ha sido sembrada allí la mentalidad del resarcimiento por daños y, con ello, se ha perdido la oportunidad de que el juez de familia resuelva esa clase de pretensiones.

Un ejemplo muy claro de esta mentalidad se puede ver en la resolución del Tribunal de Familia N° 01358 de las nueve horas del siete de setiembre de dos mil cinco, según el cual, el cobro de daños y perjuicios en materia de familia debe hacerse, si es que cabe,

cuando no lo reconozca expresamente una norma del derecho de familia (y se fundamente en el artículo 1045 del Código Civil), en la vía ordinaria.

A pesar de lo anterior, algunas reformas legislativas, como la del artículo 48 bis, por ley N° 7689 del 21 de agosto de 1997, posibilitó el reconocimiento de una obligación de responsabilidad civil por infracción a deberes del matrimonio, en algunas causales de divorcio. Este hecho significó, en muchos sentidos, un antecedente a la posibilidad de reconocer indemnizaciones extrapatrimoniales por infracciones a deberes propios del derecho de familia.

1.2. Justificación

La responsabilidad civil o Derecho de Daños tiene su origen en el derecho Romano, siendo tan antiguo, en los últimos cuarenta años ha venido adquiriendo gran importancia por parte de los juristas y de la sociedad, el cual pasó de ser clasificado académicamente como un subtema del Derecho de Obligaciones a ser uno de los temas más atractivos del Derecho Privado.

La responsabilidad civil pretende que se resarzan los daños, cometidos en contra de otras personas; en virtud del principio de buena fe que ha de regir en todas las actividades humanas.

En nuestro país, el artículo 41 constitucional contiene el fundamento para exigir la reparación de los daños y perjuicios, la cual ha concederse de la forma más expedita posible como consecuencia del derecho de tutela judicial efectiva.

El numeral 41 constitucional dice:

“Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad e intereses morales. Deberá hacerseles justicia pronta y cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.”

Además del fundamento constitucional, la responsabilidad civil encuentra fundamento legal en el artículo 1045 del Código Civil que dice: “Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios.”

En virtud del artículo constitucional citado, el reclamo del resarcimiento de los daños y perjuicios no es exclusiva del derecho civil, sino que es aplicable en todas las ramas del Derecho, tales como el penal, el contencioso administrativo, constitucional y en el derecho de familia no es improcedente su aplicación. Aun cuando, cabe resaltar, que las normas específicas del Derecho de Familia no contemplan la reparación de los daños producidos en el ámbito de las relaciones familiares (salvo en algunas de las causales del divorcio). Tradicionalmente, no se pensaba en el resarcimiento de los daños y perjuicios entre los integrantes del núcleo familiar, se pensaba que tal reclamo solo aplicaba a las relaciones civiles; no obstante, en el año 1997, con la introducción del artículo 48 bis al Código de Familia, inicia su aplicación en el Derecho de Familia.

Es el ámbito de las relaciones familiares, el propicio para el reclamo de los daños y perjuicios que se puedan originar, pues si bien, en principio, es en la familia donde hay mayor protección, tal hecho no ocurre siempre, tampoco ocurre en todos los hogares y es en esa esfera íntima, donde se puede estar más expuesto a ser dañado, porque ocurren

hechos en la privacidad del hogar y no suceden a la vista de las demás personas, por eso no pueden quedar impunes los daños causados por aquellas personas que tenían una mayor obligación de cuidar del otro y por el contrario provoca un daño cuya gravedad debe ser valorada precisamente por haberse dado dentro de la familia.

El presente trabajo de investigación se centra en determinar que le asiste responsabilidad a la esposa, pues teniendo pleno conocimiento o no de la verdad biológica de su hijo o hijos atribuye falsamente la paternidad biológica a su esposo, por lo cual el hijo nace bajo la presunción de paternidad matrimonial y ello provoca serias lesiones emocionales y sentimentales tanto en el padre no biológico como en el hijo que creía suyo. Pero este no es el único perjuicio causado. Si se profundiza en el tema, es posible preguntarse si previo a ejercer los atributos de la paternidad, hubiese tenido conocimiento de no ser el progenitor, aun así lo habría ejercido o si, por el contrario, habría dado un paso atrás y rehecho su vida.

Acerca de la relevancia para el análisis jurídico de una situación como la descrita en el párrafo anterior, afirma la jurista Esther Farnos Amorós:

La atribución de la paternidad a hombre distinto del progenitor biológico o “discrepancia parental” se asocia a una mujer casada que mantiene relaciones sexuales fuera del matrimonio. Si bien el niño que nace en estas circunstancias suele considerarse hijo del marido por el juego de la presunción de paternidad matrimonial, o en caso de pareja no casada, del compañero de la madre, por el

*reconocimiento de la filiación no matrimonial, en realidad es hijo biológico de otro hombre”.*¹

Por ello, se vuelve necesaria la identificación de posibles causas eximentes de responsabilidad de la madre ante la falsa atribución de la paternidad, así como la responsabilidad que le compete al esposo, si conocía de la posibilidad de que no fuera realmente el padre del hijo o hijos de su esposa y adquiere un comportamiento omisivo para determinar la veracidad de su paternidad.

Además, el tema justifica realizar una valoración acerca de la posibilidad del reclamo por parte del padre no biológico del reintegro de las cuotas alimentarias pagadas a quien creía su hijo, en concepto de daño patrimonial.

Asimismo, se hace necesario analizar la responsabilidad que le asiste al padre biológico, quien era consciente de la condición de casada de la mujer con la cual mantenía relaciones sexuales, por ello es cómplice de la infidelidad y, por lo tanto, también conoce o puede conocer de su paternidad y no actúa para determinar la verdadera condición biológica del menor, aprovechando que es otro quien asume el deber del pago de la pensión alimentaria de quien podría ser su hijo. Además, se valora la posibilidad de dirigirse también contra el padre biológico, con el fin de que ambos progenitores asuman la responsabilidad en la procreación y no consentir comportamientos abusivos.

Por otra parte, resulta imperativo determinar cuáles supuestos de la responsabilidad civil deben estar presentes para que sea procedente la indemnización por el daño incurrido.

¹ Esther Farnos Amorós. “Remedios jurídicos ante la falsa atribución de paternidad”, *Derecho privado y Constitución*, n. 25 (2011): 13.

Cabe valorar además, no solo el daño ocasionado al marido o exmarido, sino también al hijo, a quien se le lesiona el derecho constitucional de toda persona de conocer realmente quiénes son sus padres; con lo cual se provoca una seria frustración psicológica por la pérdida del vínculo afectivo creado con aquel que creía su padre, quien pierde no solo ese vínculo afectivo de padres e hijos, sino también la pérdida de su apellido y de la posibilidad de heredarle, pues muchos de estos esposos se dirigen a interponer una proceso de impugnación de paternidad para quitarles su apellido al hijo o hijos que creía suyo.

Este derecho está sustentado en el párrafo segundo del artículo 53 de nuestra Constitución Política, el cual señala:

Toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres, conforme a la ley.”

Como se mencionaba, en nuestro país la implementación de la responsabilidad civil en el ámbito de la familia no es novedoso, sin embargo, existiendo la posibilidad, las personas no la reclaman, ya sea por falta de interés o falta de conocimiento; ello será parte del objeto de estudio en el trabajo de investigación, determinar las causas del porqué tal reclamo no se está ejerciendo.

Además, en la bibliografía nacional, es poco el análisis de la doctrina y jurisprudencia al respecto, por esto, al no existir medios legales en la cual se pretenda, una reparación a nivel de daño moral como consecuencia de la falsa atribución de la paternidad, tampoco existen precedentes judiciales manifiestos al respecto; con lo cual se da una situación de

incertidumbre en cuanto a si procede o no dicha pretensión, pues tanto jueces como litigantes desconocen de la posibilidad de solicitar y otorgar los daños, como consecuencia de la conducta de la madre.

Lo anteriormente es, realmente, una **problemática jurídico - social** (cuya frecuencia sería también de interés para estudios de sociología jurídica), que deriva de una situación de la vida real y causa al padre una serie de perjuicios no razonables de soportar y, por el contrario, debieran ser resarcidos.

Es necesario un esfuerzo de análisis para sacar a la luz los presupuestos requeridos para que se configure una obligación de responsabilidad civil. Se espera, en fin, como resultado, generar **elementos teóricos** útiles para calificar jurídicamente el supuesto fáctico descrito.

Este esfuerzo analítico, necesario para restablecer el equilibrio a una situación injusta y jurídicamente disvaliosa, es argumento de peso para justificar la conveniencia de realizar una investigación sobre el tema.

De ser exitosa la tentativa propuesta, como mínimo, se dotará de un material primario para discusiones posteriores sobre el tema. A la vez, eventualmente, podría servir como un insumo práctico para incoar judicialmente acciones de daños y perjuicios para esta clase de especies fácticas.

El tema del resarcimiento en el derecho de familia es de reciente desarrollo porque ha topado con la tendencia general en la doctrina de *rechazar, o cuanto menos limitar, lo que se ha llamado la injerencia del Derecho patrimonial en el Derecho de familia y, en particular, (...) el margen de aplicación que se debe otorgar a los mecanismos resarcitorios*

*característicos de la responsabilidad extracontractual en el ámbito propio del matrimonio*², por eso se estima que la realización de trabajos con temáticas afines al presente posibilitará llenar, poco a poco, el vacío teórico sobre el tema.

² Roberto Pérez Gallego. «Nuevos daños» en el ámbito del Derecho de Familia. Los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica», *Revista de Derecho Civil*, vol. 2, n. 3 (2015): 142.

2. MARCO TEÓRICO

2.1. Fundamentos dogmáticos de la filiación matrimonial

El desarrollo de esta parte del marco teórico se basa en la obra de Augusto César Belluscio³, la de Gustavo Bossert y Eduardo Zannoni⁴, y los tomos I⁵ y IV⁶ de la obra del jurista peruano Enrique Varsi Rospigliosi.

2.1.1. El estado de familia.

2.1.1. a. Antecedentes históricos.

En el derecho romano, la condición en la cual se encontraba una persona respecto de determinada situación (*status personarum* o *status hominum*) afectaba “*decisivamente a la capacidad jurídica, en cuanto que no goza de ésta quien no tiene libertad (status libertatis) o la ciudadanía (status civitatis).*”⁷

Desde el punto de vista de la libertad (*status libertatis*), los individuos se clasificaban en libres y esclavos. Los habitantes libres del territorio romano se clasificaban según la ciudadanía (*status civitatis*) en ciudadano romano con ciudadanía plena (*civis optimo iure*) que “*es el que se halla facultado para participar en toda suerte de derechos: en los de razón pública y en los de razón privada*”⁸; extranjero o peregrino “*es el hombre libre que vive*

³ Augusto César Belluscio. *Manual de derecho de familia*. 1ª reimp. de la 7ª ed. (Buenos Aires: Astrea, 2004).

⁴ Gustavo Bossert y Eduardo Zannoni. *Manual de derecho de familia*. 7ª ed. (Buenos Aires: Astrea, 2016).

⁵ Enrique Varsi Rospigliosi. *Tratado de derecho de familia*. Tomo I. (Lima, Perú: Gaceta Jurídica, 2011).

⁶ Enrique Varsi Rospigliosi. *Tratado de derecho de familia*. Tomo IV. (Lima, Perú: Gaceta Jurídica, 2013).

⁷ Juan Iglesias. *Derecho romano: instituciones de derecho privado*. 7ª ed. (Barcelona: Ariel, 1982), 119.

⁸ Iglesias, 145.

*dentro del mundo romano, sin ser civis ni latinus*⁹; y *latinis* que eran titulares de más derechos que los peregrinos, pero menos que los ciudadanos.

Por último, el *status familiae* “es la situación en que se encuentra un hombre libre y ciudadano; es decir, participante de la *civitas libertas*, con relación a una determinada familia”¹⁰. La situación de la persona en la familia “puede influir sobre la capacidad jurídica, en el sentido de aumentarla o disminuirla”¹¹. Mientras “la plena capacidad se da en el *homo sui iuris*, esto es, en el individuo que carece de ascendientes legítimos varones, o bien en el que ha salido de la potestas bajo cuya dependencia se encontraba (*emancipatus*)”¹², llamado “*pater familias*”, el sometido al poder familiar “cualquiera que sea su edad y sexo, es *persona alieni iuris o alienae potestatis subiectus*”¹³. Estos últimos, aunque titulares de algunos derechos, no tenían plena capacidad como el *pater familias*.

La reunión de las calidades de ciudadano (*civis optimo iure*), libre y *pater familias* (*homo sui iuris*) otorga, en el derecho romano, “la plenitud de la capacidad jurídica”¹⁴.

Aunque con respecto a la actualidad, en el derecho romano el estado tenía más importancia y “se encontraba mejor precisado, pues de él dependía la existencia o inexistencia de la personalidad de los individuos frente al derecho”¹⁵, el concepto ha sobrevivido a los siglos y aún tiene vigencia e importancia, como se explicará a continuación.

⁹ Iglesias, 147.

¹⁰ Iglesias, 153.

¹¹ Iglesias, 153.

¹² Iglesias, 153.

¹³ Iglesias, 153.

¹⁴ Iglesias, 118.

¹⁵ Belluscio, *Manual de derecho de familia*, 35.

2.1.1.b. “Estado de familia” como subdivisión del “estado de la persona”

Como afirman Bossert y Zannoni *“la ubicación o emplazamiento que a un individuo corresponde dentro de un grupo social, le atribuye un estatus”*¹⁶, de ahí que el “estado” de una persona es *“el conjunto de cualidades que la ley tiene en cuenta para atribuirles efectos jurídicos, o bien la posición jurídica que ellas ocupan en la sociedad, dada por tal conjunto de cualidades”*¹⁷. Según se mire desde el derecho público o desde el derecho privado, el estado de la persona cambia.

Desde el punto de vista del derecho público, *“se trata del estado político, o posición que ocupa el individuo frente al Estado o comunidad políticamente organizada”*¹⁸.

En ese sentido, una persona puede ser costarricense (artículos 13 a 18 de la Constitución Política de Costa Rica) o extranjera (artículo 19 de la Constitución Política). La calidad de costarricense importa derechos y deberes políticos (ciudadanía) que no se reconocen a los extranjeros. El sufragio (artículos 93 a 98 de la Constitución Política) y el derecho a ocupar cargos públicos de elección popular son ejemplos de lo anterior. Fuera de este ámbito político, tal como establece el artículo 19 de la Constitución, los extranjeros *“tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen”*.

Desde el punto de vista del derecho privado, *“se trata del estado civil, que puede referirse a la persona considerada en sí misma o con relación a la familia”*¹⁹. Considerada en sí misma, los aspectos de la persona que constituyen su estado civil *“(estado individual*

¹⁶ Bossert y Zannoni, *Manual de derecho de familia*, 21.

¹⁷ Belluscio, *Manual de derecho de familia*, 35.

¹⁸ Belluscio, 35-36.

¹⁹ Belluscio, 36.

o estado personal) son la edad y la sanidad mental”²⁰. Una persona puede ser mayor o menor de edad, si ha o no cumplido dieciocho años (artículo 37 del Código Civil de Costa Rica), capaz o judicialmente declarado incapaz (artículo 41 del Código Civil).

El “estado de familia” es el estado de la persona considerada con relación con la familia y en este aspecto “se puede tener el estado de soltero, casado, viudo, separado o divorciado; y con relación a otra persona determinada, el de cónyuge, pariente o extraño.”²¹ Esas relaciones y estados dan contenido al parentesco y, dentro de él, “se distinguen los distintos tipos (por consanguinidad, por afinidad y por adopción; matrimonial o extramatrimonial) y casos (padre, hijo, hermano, tío, sobrino, suegro, yerno o nuera, etcétera)”.²² El estado de familia es, en resumen, “la posición que ocupa una persona en un grupo familiar a través del cual se generan los vínculos jurídicos familiares correspondientes entre esas personas”²³.

2.1.1. c. Contenido del estado de familia (vínculos y grupos).

Previamente se estableció que la ley considera determinados atributos o cualidades de la persona para reconocerle efectos jurídicos y para ubicarla en determinado lugar de la sociedad. A partir de sus cualidades, puede reconocerle la calidad de nacional o de extranjero y, con ello, los derechos correlativos a la respectiva condición; o bien, como mayor de edad y en uso de sus facultades mentales, definirla como persona capacitada para llevar a cabo actos de la vida civil. En ese sentido, como atributo de las personas, el estado de familia:

²⁰ Belluscio, 36.

²¹ Belluscio, 36.

²² Belluscio, *Manual de derecho de familia*, 36.

²³ Varsi Rospigliosi, *Tratado de derecho de familia*, 2011, I: 336.

Está dado por los vínculos jurídicos familiares que unen a una persona con otra u otras, o bien por la ausencia de tales vínculos (ausencia de vínculo conyugal, estado de soltero; ausencia de vínculo paterno-filial establecido, estado de hijo de padres desconocidos). Dichos vínculos jurídicos familiares son de dos órdenes: el vínculo conyugal, que une con la persona con quien se ha celebrado matrimonio; y el vínculo parental o parentesco, que une con las personas de las que se desciende (parentesco consanguíneo en línea recta), con las que descienden de un ascendiente común (parentesco consanguíneo en línea colateral), con las que se ha creado un parentesco legal que no coincide con la realidad biológica (parentesco adoptivo) o con los parientes del cónyuge (parentesco por afinidad). En los vínculos parentales consanguíneos queda comprendido el vínculo paterno-filial.²⁴

Profundizando más en el concepto, ha de tenerse en cuenta que, *“la familia está hecha de dos estructuras asociadas: los vínculos y los grupos”²⁵*. De los *“tres tipos de vínculos que pueden coexistir o existir separadamente: vínculos de sangre, vínculos de derecho y vínculos de afectividad”²⁶*, se derivan los diversos grupos que la integran, los cuales pueden ser *“grupo conyugal (marido y mujer), grupo parental (padres e hijos), grupos secundarios (otros parientes afines)”²⁷*.

2.1.1. d. Efectos del estado de familia.

Del estado de familia derivan derechos subjetivos familiares (con sus correspondientes deberes y obligaciones), *“pero también derechos subjetivos no*

²⁴ Belluscio, *Manual de derecho de familia*, 37.

²⁵ Varsi Rospigliosi, *Tratado de derecho de familia*, 2011, I: 333.

²⁶ Varsi Rospigliosi, *Tratado de derecho de familia*, 2011, I: 333.

²⁷ Varsi Rospigliosi, I: 333.

*propriadamente familiares*²⁸. Adicionalmente, “*produce consecuencias jurídicas en diversos campos del derecho, en especial dentro del derecho civil, el penal, el procesal*”²⁹. Sin ánimo de agotar el recuento de todas las consecuencias jurídicas que produce el estado de familia, a título de ejemplo se citarán algunas.

El estado de familia constituye el fundamento para la imposibilidad de matrimonio entre ascendientes o descendientes por consanguinidad o afinidad (inciso 2 del artículo 14 del Código de Familia), entre hermanos consanguíneos (inciso 3) y entre adoptante y adoptado (inciso 4). Es fuente de la obligación de alimentos de los cónyuges entre sí (inciso 1 del artículo 169 del Código de Familia), padres a hijos y viceversa (inciso 2) y otros casos de parentesco (inciso 3). Fundamenta la sucesión legítima (artículos 571 y 572 del Código Civil). En el derecho penal, el estado de familia puede actuar como agravante de ciertos delitos (por ejemplo el homicidio calificado en supuestos del inciso 1 del artículo 112 del Código Penal). En materia procesal y específicamente procesal penal, el estado de familia fundamenta la facultad de abstención (artículo 205 del Código Procesal Penal y artículo 36 de la Constitución Política).

2.1.1. e. Fuentes del estado de familia.

El estado de familia puede originarse en un hecho jurídico, en un acto jurídico o mediante resolución judicial. La concepción, el nacimiento o la muerte son hechos, en muchos sentidos, jurídicamente relevantes y, en particular, para el estado de familia de una persona. El acto jurídico es “*un hecho jurídico donde interviene la voluntad del hombre, como es el caso de la adopción, el reconocimiento o la unión estable. Es importante resaltar*

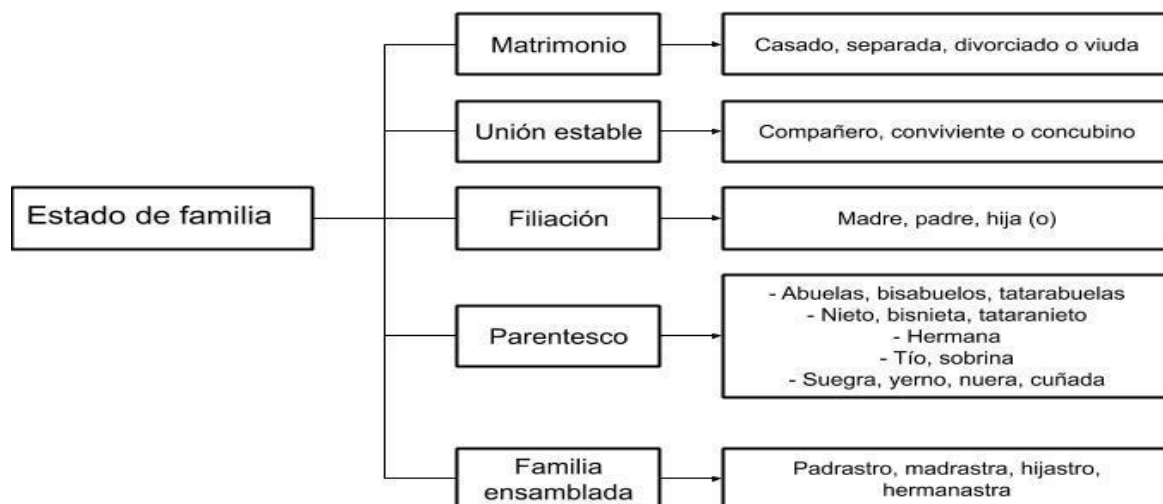
²⁸ Belluscio, *Manual de derecho de familia*, 37.

²⁹ Belluscio, 37.

que el hecho de que sean actos que se generen por la voluntad del individuo no quiere decir que no necesiten de una resolución judicial (adopción).”³⁰.

2.1.1. f. Clases del estado de familia.

Aunque cada legislación reconoce distintos estados de familia, con regulación y efectos distintos, en general, como distingue Enrique Varsi Raspigliosi³¹, pueden identificarse algunos estados de familia según dónde se originan:



Fuente: elaboración propia

³⁰ Varsi Raspigliosi, *Tratado de derecho de familia*, 2011, I: 341.

³¹ Varsi Raspigliosi, I: 341-342.

2.1.2. Elementos del estado de familia.

Dos son los “*elementos relevantes para la configuración de un estado de familia (...): el título y la posesión de estado*”³²

2.1.2. a. Título de estado.

En sentido formal, se entiende por título de estado “*el instrumento o conjunto de instrumentos públicos de los cuales emerge el estado de familia de una persona. En este caso, se utiliza el término (...) para identificar como título el documento -o documentos- que hace oponible erga omnes el estado de familia, y desde luego lo prueba*”³³. En Costa Rica, en sentido formal, el estado resultaría de los documentos públicos que den fe de los actos y asuntos inscritos en el Registro Civil (según su ley orgánica N° 3504). Allí se registran, valga añadir, mediante asientos debidamente numerados, nacimientos, matrimonios y defunciones; además de la anotación al margen del respectivo asiento de las legitimaciones, los reconocimientos, las adopciones, las emancipaciones, las investigaciones o impugnaciones de paternidad; los divorcios, las separaciones judiciales, las nulidades de matrimonio, opciones y cancelaciones de nacionalidad, las ausencias y presunciones de muerte, las interdicciones judiciales; los actos relativos a la adquisición o modificación de la nacionalidad y la defunción de la persona en el asiento de su nacimiento o de su naturalización (artículo 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y el Registro Civil).

En sentido material o sustancial, “*se utiliza para hacer referencia a la causa -causa o título- de un determinado emplazamiento*”³⁴. Por ejemplo, en la filiación la causa son

³² Varsi Rospigliosi, *Tratado de derecho de familia*, 2011, I: 354.

³³ Bossert y Zannoni, *Manual de derecho de familia*, 24.

³⁴ Bossert y Zannoni, *Manual de derecho de familia*, 24-25.

determinados presupuestos biológicos que permiten atribuir la relación entre padres e hijos. Así, un hijo no reconocido puede accionar para obtener el emplazamiento, si demuestra esos presupuestos biológicos, haciendo valer, con ello, la causa o título de un emplazamiento.

La relación entre estado de familia, en sentido formal y entendido sustancialmente como causa de un emplazamiento, así como las discordancias que puedan existir entre uno y otro en relación con una persona, puede resumirse a continuación:

Todo título de estado formalmente hábil para oponer el estado de familia presupone un título sustancialmente idóneo que es causa del emplazamiento. Pero si el título formal no se correspondiera con el presupuesto sustancial, puede ser destruido mediante acción judicial. Tal es el caso del reconocimiento de un hijo, que presupone que quien reconoce es el progenitor. Pero si mediante acción de impugnación de reconocimiento (...), se acreditase que quien reconoció no es el progenitor, caerá el emplazamiento obtenido por la constitución formal de un título de estado que no se correspondía con su causa material (título en sentido sustancial).³⁵

2.1.2. b. Posesión de estado de familia.

Cualquier persona que “se halla provista del título de su estado de familia tiene la propiedad de ese estado”³⁶. Mediante la propiedad del título (en sentido formal) el estado de familia se hace oponible *erga omnes* y, con ello, el ejercicio de los derechos y deberes

³⁵ Bossert y Zannoni, *Manual de derecho de familia*, 25.

³⁶ Belluscio, *Manual de derecho de familia*, 54.

que corresponden a ese estado. Sin embargo, esa propiedad podría no estar acompañada de su efectiva posesión o presentarse esta última sin el respaldo de la primera.

Si se diferencia entre propiedad y posesión de estado, puede darse uno de los siguientes casos: en primer lugar “*existir título de estado sin posesión, como en el caso de los esposos que viven separados de hecho o de los hijos que no están bajo la guarda de los padres*”³⁷; también podría “*suceder que una persona ejerza, en los hechos, tales derechos y deberes sin título*”³⁸; por ejemplo, el que se dice hijo de quienes lo tratan públicamente de ese modo y corresponden diciéndose sus progenitores, aunque no lo sean; o la pareja que públicamente se comporta como tal y convive, aunque no hayan contraído matrimonio. Para este caso “*se dice que hay posesión de estado, aun cuando no existe – obviamente- un estado de familia*”³⁹. En tercer lugar podría ejercer los derechos y deberes de un título falso o imperfecto.

De conformidad con lo anterior se puede definir a la posesión de estado como “*el goce de hecho de determinado estado de familia, con título o sin él*”⁴⁰. O, en otras palabras, “*hay posesión de estado cuando alguien ocupa una situación familiar (hijo, padre, cónyuge) y goza de hecho de las ventajas anexas, soportando igualmente los deberes inherentes a esa situación, independientemente del título.*”⁴¹

³⁷ Belluscio, 54.

³⁸ Bossert y Zannoni, *Manual de derecho de familia*, 26.

³⁹ Bossert y Zannoni, 26.

⁴⁰ Belluscio, *Manual de derecho de familia*, 54.

⁴¹ Varsi Rospigliosi, *Tratado de derecho de familia*, 2011, I: 356.

2.1.3 Estado aparente de familia.

El estado de familia puede ser aparente y se da cuando:

*(...) existe posesión de estado pero no hay título, o cuando éste existe pero es falso o está viciado; en el primer caso, hay estado aparente de hecho, y, en el segundo, estado aparente de derecho. El estado aparente de derecho produce todos los efectos del estado verdadero en tanto no se produzca el desplazamiento de estado por un acto idóneo para tal fin.*⁴²

Puede tenerse como ejemplo el caso de la filiación. El estado filial aparente de hecho está dado “*por la posesión de estado filial sin título*”⁴³. El estado filial aparente de derecho, en cambio, ocurre “*cuando el emplazamiento filial es falso o inexacto, porque se ha reconocido como hijo a quien en realidad no lo es, y cuando está viciado, porque el reconocimiento adolece de vicios que pueden dar lugar a su nulidad.*”⁴⁴. Este último, como se señaló antes, “*produce los efectos de la filiación mientras no se produzca el desplazamiento del estado.*”⁴⁵.

⁴² Belluscio, *Manual de derecho de familia*, 56.

⁴³ Belluscio, 56.

⁴⁴ Belluscio, 56.

⁴⁵ Belluscio, 56.

2.1.4 Acciones de estado de familia.

2.1.4. a. Concepto.

Cualquier persona que no se encuentre emplazada en el estado de familia que le corresponde “*tiene a su alcance la acción de estado destinada a declarar que existen los presupuestos de ese estado*”⁴⁶, pero la acción también podría “*estar destinada a extinguir el emplazamiento en un estado de familia*”⁴⁷.

Son estas las acciones de estado que Augusto César Belluscio ha definido como:

*(...) las que se dirigen a obtener pronunciamiento judicial sobre tal estado correspondiente a una persona. Tienen, pues, por finalidad lograr un título de estado de familia del cual se carece (comprobar el estado), aniquilar un título de estado falso o inválido (destruir el estado) o bien crear un estado de familia nuevo o modificar el estado de familia de que se goza. En otras palabras, son todas las acciones que tienden a proteger el estado de familia en forma positiva o negativa, reconociéndolo cuando existe pero es desconocido, excluyéndolo cuando no concuerda con la realidad, o creándolo o modificándolo cuando así cabe hacerlo.*⁴⁸

Únicamente queda anotar que no hay acciones de estado respecto del parentesco en general “*ya que éste se establece por una serie de vínculos de filiación o de filiación y matrimonio*”⁴⁹, de modo que las acciones sólo “*pueden versar sobre cada uno de los*

⁴⁶ Bossert y Zannoni, *Manual de derecho de familia*, 27.

⁴⁷ Bossert y Zannoni, 27.

⁴⁸ Belluscio, *Manual de derecho de familia*, 59.

⁴⁹ Belluscio, 60.

vínculos conyugal o paterno-filial que forman cada eslabón de la cadena que es el parentesco”⁵⁰.

2.1.4. b. Clasificación.

Se sigue acá la clasificación de Augusto César Belluscio⁵¹ que organiza las acciones de estado de la siguiente manera:



Fuente: Elaboración propia

A) Acciones constitutivas: “son las que tienden a obtener una sentencia que genere un estado de familia nuevo o extinga o modifique el existente, lo que nunca ocurre en las declarativas”⁵². Así, por ejemplo, la sentencia de adopción simple crea el estado de hijo y padre adoptivo (acción constitutiva propiamente dicha); la de divorcio crea un estado nuevo,

⁵⁰ Belluscio, 60.

⁵¹ Belluscio, 60-66.

⁵² Belluscio, *Manual de derecho de familia*, 61.

modificando el anterior de casado (acción modificativa); y la de revocación de la adopción extingue el estado de hijo y padre adoptivo sin crear otro nuevo (acción extintiva). Para Belluscio el efecto característico de la acción constitutiva frente a la declarativa es que carece de retroactividad:

La sentencia declarativa siempre produce efecto retroactivo al momento en que comenzó la situación jurídica que ella reconoce o desconoce; así, la sentencia que declara una filiación remonta sus efectos al momento de la concepción, la que la desconoce la extingue también con efecto retroactivo a ese momento, y la que anula un matrimonio o un reconocimiento de hijo lo hace con efecto al día del otorgamiento del acto anulado. La sentencia constitutiva, en cambio, como crea una situación jurídica nueva, no produce efectos sino desde que queda firme; por ejemplo, la sentencia de divorcio emplaza a los cónyuges en el estado de divorciados desde que pasa en autoridad de cosa juzgada.⁵³

B) Acciones declarativas: son “*las que tienden a obtener una sentencia que no crea, modifica ni extingue dicho estado sino que se limita a reconocer una situación jurídica anteriormente existente, es decir, a establecer el verdadero estado de una persona cuando no concuerda con el jurídicamente aparente*”⁵⁴. Su efecto característico es la “*retroactividad al momento en que quedó constituida la relación o situación jurídica a la cual se refiere*”⁵⁵. Esta clase de acciones comprende las de reclamación de estado y las de contestación o

⁵³ Belluscio, *Manual de derecho de familia*, 61.

⁵⁴ Belluscio, 62.

⁵⁵ Belluscio, 62.

impugnación. O sea que allí en donde se promueva una de ellas, se entenderá que se obtiene una sentencia declarativa.

C) Acciones de reclamación de estado y acciones de contestación o impugnación: se trata de *“las de reclamación de estado, que tienen por objeto que se reconozca el estado preexistente, y las de contestación o impugnación de estado, cuya finalidad es excluir el estado, o sea, privar del estado de familia de que goza aquel a quien no le corresponde”*⁵⁶. O sea que, mientras las primeras persiguen el efecto de obtener un título de estado de familia, las segundas en cambio la impugnación del que ya existe.

D) Acciones de emplazamiento y de desplazamiento: las primeras son las *“que tienen por objeto emplazar en un estado, es decir, colocar a una persona en un estado de familia determinado, de manera que la sentencia es el título del estado de familia”*⁵⁷; por el contrario, las acciones de desplazamiento son aquellas *“que en lugar de tratar de obtener un título de estado tienden a destruir el título existente”*⁵⁸. En relación con las demás clasificaciones, vale tener en cuenta lo siguiente:

*En las acciones declarativas, las de reclamación son de emplazamiento y las de contestación o impugnación son de desplazamiento. Las constitutivas son en general de emplazamiento, salvo la de revocación de la adopción simple, que es de desplazamiento. Por otra parte, las constitutivas de estado matrimonial emplazan en un estado, pero a la vez desplazan de otro (p.ej., la de divorcio emplaza en el estado de divorciado, desplazando del de casado).*⁵⁹

⁵⁶ Belluscio, 63.

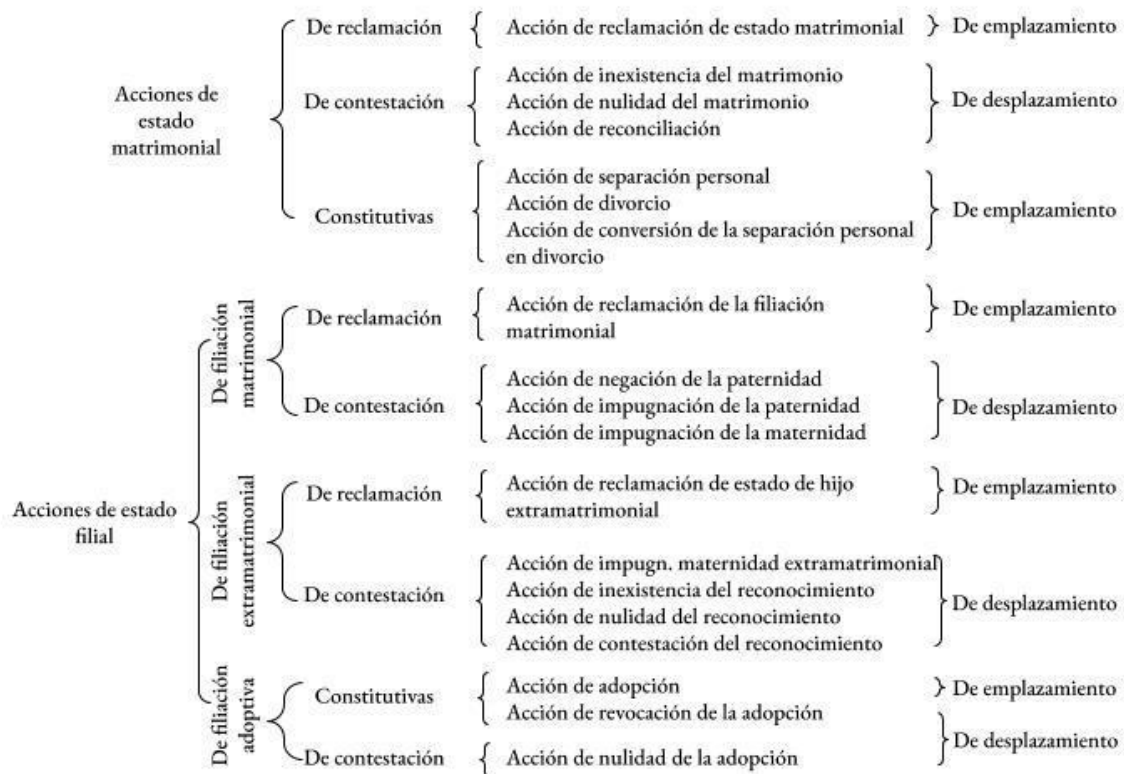
⁵⁷ Belluscio, 64.

⁵⁸ Belluscio, *Manual de derecho de familia*, 64.

⁵⁹ Belluscio, 66.

Para resumir la clasificación de Belluscio sirve el siguiente esquema:

Esquema de la clasificación de las acciones de estado de familia



Fuente: Belluscio, 65

2.1.5 Filiación.

2.1.5. a. Concepto.

Por filiación se entiende “*el vínculo jurídico, determinado por la procreación, entre los progenitores y sus hijos*”⁶⁰

2.1.5. b. Clases.

Si bien, como afirman Bossert y Zannoni la “*filiación es idéntica por naturaleza*”⁶¹, en la actualidad se distingue entre filiación matrimonial y extramatrimonial, “*no para discriminar entre unos y otros en cuanto a derechos reconocidos, sino porque existen diversas formas de establecer la paternidad en el caso de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales*”⁶².

2.1.5. c. Determinación de la filiación.

El tema central de la determinación de la filiación puede resumirse de la siguiente manera:

La filiación que tiene lugar por naturaleza presupone un vínculo o nexo biológico entre el hijo y sus padres. Cuando ese nexo biológico puede considerarse acreditado, la paternidad o la maternidad quedan jurídicamente determinadas. Mediante tal determinación, la ley atribuye la filiación a determinados progenitores. Tal atribución ha derivado, tradicionalmente, de la afirmación jurídica de una realidad biológica cierta (como la que muestra el

⁶⁰ Bossert y Zannoni, *Manual de derecho de familia*, 283.

⁶¹ Bossert y Zannoni, 283.

⁶² Bossert y Zannoni, 284.

*parto de la madre) o al menos presunta (como acaece con la presunción de paternidad del marido de la madre).*⁶³

Lo anterior puede llevarse a cabo por disposición legal cuando la ley, basada en ciertos presupuestos de hecho, la establece de manera voluntaria, “*cuando la determinación proviene de la eficacia que se atribuye al reconocimiento, expreso o tácito, del hijo*”⁶⁴; por la vía judicial cuando la determinación “*resulta de la sentencia que declara la paternidad o la maternidad no reconocida, con base en las pruebas relativas al nexo biológico producidas en un juicio de filiación*”⁶⁵.

2.1.6 Filiación matrimonial y su determinación.

2.1.6. a. Fundamentos: presunción de paternidad.

Históricamente, “*la determinación de la paternidad ha sido un hecho de permanente preocupación para el Derecho, tanto por los efectos que genera como por su probanza y fijación exacta*”⁶⁶. De allí que la imposibilidad de determinar con certeza la paternidad causó que “*la filiación se asiente en un juego de presunciones fundadas en probabilidades –en indicios, en supuestos, en bases– en razón de las cuales se llegue a una paternidad*”⁶⁷. La presunción “*pater est*” o “*presunción de legitimidad matrimonial*” afirma que el marido es padre de los hijos de su esposa. Varias teorías se han desarrollado con el propósito de fundamentarla, entre otras:

- Teoría de la accesión.- De muy antigua data se recogen datos en las Leyes de Manú y al parecer en otros libros de derecho antiguos. Se basa en la

⁶³ Bossert y Zannoni, 285.

⁶⁴ Bossert y Zannoni, 285.

⁶⁵ Bossert y Zannoni, *Manual de derecho de familia*, 285.

⁶⁶ Varsi Rospigliosi, *Tratado de derecho de familia*, 2013, IV: 129.

⁶⁷ Varsi Rospigliosi, IV: 129.

propiedad del marido sobre la esposa y, por lo tanto, del fruto de esta –el hijo– idea reiterada en la edad media por algunos canonistas. Esta teoría también fue llamada dominical, dado que el marido tenía el carácter de ser dueño de su mujer.

- Teoría de la vigilancia.- Dada la potestad legal del marido de vigilar a su mujer, los hijos de esta deben atribuírsele.

- Teoría de la presunción de fidelidad de la esposa.- Es una suerte de presunción de inocencia frente al delito de adulterio, pues se deberá reputar hijo del marido hasta que se pruebe el adulterio.

- Teoría de la cohabitación exclusiva.- Mantiene que la presunción descansa en el hecho positivo de la cohabitación exclusiva, propia de la relación conyugal. Algunos autores la unen a la presunción de fidelidad que deben guardarse los esposos.

- Teoría de la admisión anticipada.- Parte de considerar el matrimonio como acto voluntario por el que el marido admite anticipadamente en su familia los hijos que nazcan de su mujer.⁶⁸

2.1.6. b. Actualidad: presunción de filiación respecto del cónyuge de la madre.

Según Bossert y Zannoni, en la actualidad no es apropiado hablar de la “*presunción de paternidad del marido de la madre*”⁶⁹ porque se basa en el binomio padre y madre de las legislaciones precedentes al matrimonio homosexual, de allí que, en la actualidad, “*corresponde referirse a la presunción de filiación del cónyuge de la madre*”⁷⁰.

⁶⁸ Varsi Rospigliosi, *Tratado de derecho de familia*, 2013, IV: 135.

⁶⁹ Bossert y Zannoni, *Manual de derecho de familia*, 292.

⁷⁰ Bossert y Zannoni, 292.

Si permanecen incólumes las siguientes normas. En primer lugar, que esta determinación de la filiación no es voluntaria y, por tanto, *“no puede ser modificada por acuerdo de los individuos; sólo a través de sentencia judicial, de conformidad con régimen de negación e impugnación (...) puede ser destruida esta presunción”*⁷¹. Por la presunción no perderá relevancia ni siquiera cuando concurren actos fraudulentos de la madre (oculte su estado civil, no mencione el nombre del cónyuge) o el acto de reconocimiento de filiación de un tercero.

2.1.6. Supuestos considerados por la ley al aplicar la presunción de filiación.

Sin menoscabo de que cada legislación pueda considerar otros distintos, en general la presunción de filiación respecto del cónyuge de la madre tiene en cuenta y establece normas con respecto al término del embarazo⁷², a la separación de hecho⁷³, a los matrimonios sucesivos de la madre⁷⁴.

2.1.7. Acciones de filiación.

Según la clasificación, ya vista en el punto 3.1.4.b., las acciones de estado pueden ser de desplazamiento o de emplazamiento. De ese modo, en materia de filiación, las acciones *“pueden tener por objeto emplazar a una persona en el estado de hijo, del cual carece, o bien desplazarlo de tal estado si el emplazamiento no se corresponde con los presupuestos de la filiación que ostenta”*⁷⁵. De manera resumida puede decirse que:

(...) es acción de emplazamiento la de reclamación de la filiación (fuere ésta matrimonial o extramatrimonial). En cambio, son acciones de desplazamiento

⁷¹ Bossert y Zannoni, 292.

⁷² Bossert y Zannoni, 362.

⁷³ Bossert y Zannoni, 363.

⁷⁴ Bossert y Zannoni, 364.

⁷⁵ Bossert y Zannoni, *Manual de derecho de familia*, 296-297.

*la de desconocimiento o impugnación de la filiación matrimonial -ejercida por el o la cónyuge de la madre a fin de desvirtuar la presunción legal de la filiación (...)-, la de impugnación de la maternidad y la de impugnación del reconocimiento hecho por quien se dice el padre o la madre del hijo.*⁷⁶

2.2. Elementos de responsabilidad civil

Para el desarrollo de este aspecto del marco teórico, se tiene en cuenta el planteamiento del jurista Federico Torrealba Navas en su obra sobre la responsabilidad civil.⁷⁷

2.2.1. Responsabilidad civil como materia que estudia un particular tipo de vínculo obligacional.

“Responsabilidad civil” es la denominación general que agrupa las materias del derecho dedicadas al estudio de los *“diversos supuestos en los que un sujeto de derecho debe indemnizar o reparar los daños y perjuicios irrogados a otros”*⁷⁸

En términos generales, comprobado un daño indemnizable, la responsabilidad civil actúa creando una relación obligacional en la cual el acreedor (el damnificado) puede exigir al deudor (el responsable civil), el cumplimiento de una prestación que *“consiste en la reparación o indemnización del daño”*.⁷⁹

⁷⁶ Bossert y Zannoni, 297.

⁷⁷ Federico Torrealba Navas, *Responsabilidad civil*, (San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 2011).

⁷⁸ Torrealba Navas, 1.

⁷⁹ Torrealba Navas, *Responsabilidad civil*, 1.

2.2.2. Funciones de la responsabilidad civil.

La principal función de la responsabilidad civil es *“la reparación o la indemnización de daños y perjuicios. Se aspira a que, una vez satisfecha la indemnización, el damnificado quede en una situación, si no idéntica, al menos equivalente o análoga al status quo en el que se encontraría, de no haber acaecido el evento dañoso”*⁸⁰.

Aunque, como se dijo, la función prioritaria de la responsabilidad civil es la reparación o la indemnización de daños y perjuicios, ella cumple muchas otras funciones dentro del ordenamiento jurídico, tiene, por lo tanto, una *“vocación multifacética”*⁸¹.

Por ejemplo, la *“función de satisfacción sustitutiva”*⁸², que se cumple cuando hay afectaciones a bienes jurídicos no patrimoniales, entonces, como en tales casos no es posible *“establecer una ecuación aritmética entre el daño moral y la reparación, por la sencilla razón de que los bienes jurídicos extrapatrimoniales no son susceptibles de tasación conforme a parámetros de mercado”*⁸³, la satisfacción es sustitutiva y se reconoce al damnificado una compensación monetaria *“como signo de que su pérdida y su sufrimiento no son jurídicamente irrelevantes”*⁸⁴.

Otra función es la llamada de distribución de la carga pública, según la cual *“el damnificado, por la vía del reclamo indemnizatorio del daño emergente, puede trasladar parcialmente, a la colectividad beneficiaria de la actividad lícita, los efectos económicos nocivos de su sacrificio individual”*⁸⁵

⁸⁰ Torrealba Navas, 3-4.

⁸¹ Torrealba Navas, 3.

⁸² Torrealba Navas, 8.

⁸³ Torrealba Navas, 8.

⁸⁴ Torrealba Navas, 8.

⁸⁵ Torrealba Navas, 13.

Otra función es la llamada “*función punitiva o ejemplarizante*”⁸⁶ que concurre cuando “*la indemnización resulta cuantitativamente superior al daño efectivamente sufrido por el perjudicado (...) En tales casos, la determinación del quantum debitur no sólo busca la reparación del daño causado, sino que se pretende crear un cuadro de incentivos negativos de conducta*”⁸⁷.

2.2.3. Condiciones de la responsabilidad civil.

Para que nazca una obligación de responsabilidad civil son requeridas dos cosas: que tengan lugar “*tres condiciones generales: a) Un factor de atribución; b) un daño indemnizable; y c) un vínculo de causalidad entre el factor de atribución y el daño indemnizable*”⁸⁸ y las condiciones específicas que fueren requeridas por cada “*régimen particular de responsabilidad*”⁸⁹

2.2.4. Regímenes de responsabilidad civil.

En cuanto a los regímenes de responsabilidad civil, siguiendo lo desarrollado por Federico Torrealba⁹⁰, se les agrupa en los siguientes:

- Responsabilidad subjetiva y objetiva
- Responsabilidad contractual y extracontractual
- Responsabilidad directa e indirecta

⁸⁶ Torrealba Navas, *Responsabilidad civil*, 39.

⁸⁷ Torrealba Navas, 39.

⁸⁸ Torrealba Navas, 55.

⁸⁹ Torrealba Navas, 55.

⁹⁰ Torrealba Navas, 106.

3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La paternidad del hijo nacido dentro del matrimonio se atribuye al cónyuge de la madre, por causa de la presunción legal aplicable a esa situación (3.1.6.b). Es el tema de la filiación matrimonial, que se determina por disposición legal, mediante la cual al cónyuge se asigna la paternidad (3.1.2.a.). Acá interesa un particular caso de imperfección del estado filial; este se da cuando el cónyuge de la madre, cree equivocadamente ser el padre biológico, hace posesión de ese estado, configurando un estado filial aparente de derecho, que produce todos los efectos del estado verdadero en tanto no se produzca el desplazamiento de estado por un acto idóneo para tal fin (3.1.3).

Aunque no se puede decir que ese estado se sostiene únicamente porque el cónyuge de la madre cree ser el progenitor (podría darse el caso de que aún con conocimiento de no serlo, elija hacer posesión de dicho estado); al menos debería dársele la posibilidad de elegir si hacer posesión del estado filial plenamente informado de no ser el padre biológico (si es que ello no va en detrimento de los derechos del verdadero progenitor y del hijo mismo). Si el cónyuge no llega a poder llevar a cabo esa decisión informada es porque la madre omite manifestarle su certeza de que él no es el progenitor, o bien, sus dudas acerca de que él lo sea, En cualquier caso, pareciera ser que la madre no se comporta como es debido, de acuerdo con un patrón de conducta que le era exigible.

Además, puede que el cónyuge de la madre llegue a enterarse de no ser el padre y ello podría generarle una afectación emocional. Dependiendo del momento en que esto ocurra, también podría limitarse la posibilidad de elegir dar vuelta, emprender un nuevo proyecto familiar y rehacer su vida. Asimismo, podría considerarse, incluso, la inversión económica pues, creyendo ser el progenitor (o sea mediante un error), efectuó en su familia, lo cual pudo haber elegido no hacer, por no estar obligado.

Con el fin de analizar el resarcimiento de los daños y perjuicios en un caso dado, debería prestarse atención a circunstancias como la cantidad de hijos respecto de los cuales se ocultó la paternidad, al tiempo de convivencia entre estos y el actor; es decir, la duración del engaño y la conducta de la madre.

Las consideraciones anteriores, sin embargo, podrían topar contra la mentalidad tradicional de pensar que, al contraer matrimonio, de convivir en una unión de hecho, o por ser padres o hijos o hermanos, tales hechos nos conlleven el conformarnos con el atropello de derechos, los cuales pertenecen al ser humano por el solo hecho de ser personas. Sin embargo, no es posible callar ante tales daños. con tal de creer que se asegura la estabilidad familiar, cuando al permitir agresiones en el seno de la familia, tal estabilidad familiar dejó de existir.

Tal regla moral existente en las familias lleva a creer en la existencia de una inmunidad familiar y en que no hay motivo para responder de los daños ocasionados a otros miembros familiares, cuando no existe en realidad tal indemnidad familiar; si se observa, tratándose de delitos, tal vínculo familiar puede agravarlos. Estos casos forman parte de la realidad y por ello es importante saber cuál es la vía legal por tomar.

Expuesto lo anterior, la dirección de este proceso de investigación se plantea resolver como inquietud principal:

¿Puede el esposo ejercer el derecho de resarcimiento de los daños y perjuicios contra su esposa ocasionados por el hecho de ocultar la verdad biológica de su hijo (os) habiendo ejercido los atributos de la paternidad?

4. HIPÓTESIS

En Costa Rica existe la normativa que posibilita al esposo y padre registral el resarcimiento de los daños y perjuicios por haber asumido una paternidad matrimonial que no le correspondía, en virtud de la aplicación del artículo 41 de la Constitución Política y 1045 del Código Civil; en este caso, se cumplen los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual al haber una conducta antijurídica de la madre al omitir dar a conocer a su esposo la verdad biológica de sus hijos o, ante la duda, no llevar a cabo las acciones pertinentes para conocer la verdadera paternidad de sus hijos; además, resulta lógico suponer que una omisión de estas conlleva un serio daño emocional, en el proyecto de vida y hasta económico para su cónyuge y padre registral.

5. OBJETIVOS

5.1. Objetivo general

Determinar la existencia del reclamo de los daños y perjuicios para los cónyuges y padres registrales de personas menores de edad por el ejercicio realizado de una paternidad matrimonial que no les correspondía.

5.2. Objetivos específicos

1. Describir los antecedentes históricos y conceptos de la figura de la responsabilidad civil y sus elementos para su configuración.
2. Determinar el concepto y fundamento de la filiación matrimonial.
3. Verificar un estudio de derecho comparado relacionado con la posibilidad del resarcimiento en los casos de paternidad no correspondida.

4. Desarrollar un análisis de la jurisprudencia nacional en torno a la responsabilidad civil en materia filiatoria.
5. Analizar la evolución de la responsabilidad civil en el derecho de familia y las posibles razones de su exclusión.
6. Determinar la vinculación de los presupuestos de la Responsabilidad Civil ante la falsa atribución de la paternidad, las teorías positivas y negativas, e identificar si existen posibles causas eximentes.

6. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Oscar González Sepe presentó, en el año 2013, la tesis "Responsabilidad y daños por falta de reconocimiento de hijo extramatrimonial", para optar por el grado de Licenciatura en Derecho en la Universidad de Costa Rica. Analiza la conducta del padre que decide no reconocer a su hijo extramatrimonial al "*determinar los presupuestos de la responsabilidad civil, su aplicación en el Derecho de Familia y establecer si existe responsabilidad por el no reconocimiento de un hijo, y por ende reparación del daño, según distintos y variados elementos*"⁹¹. El objetivo general del trabajo consiste en "*demostrar que el padre, al no reconocer voluntariamente su hijo extramatrimonial, es responsable por el daño producido a este, tanto moral como material*"⁹². Para ello usa el "*método de investigación descriptivo, con el fin de realizar una descripción de conceptos básicos del Derecho de Familia y la Responsabilidad Civil*"⁹³. Al final del trabajo concluyó lo siguiente:

⁹¹ Óscar González Sepe, "Responsabilidad y daños por falta de reconocimiento de hijo extramatrimonial" (Tesis para optar por el grado de Licenciatura en derecho, Universidad de Costa Rica, 2013), vii.

⁹² González Sepe, vii.

⁹³ González Sepe, "Responsabilidad y daños por falta de reconocimiento de hijo extramatrimonial", vii.

- Aunque en el país ninguna norma expresamente se refiere al tema de daños producto de la falta de reconocimiento, tampoco es necesaria ninguna reforma legal para habilitar tal pretensión, porque *“en el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico, tanto la persona menor de edad como la madre cuentan con la legitimación para reclamar indemnización por la irresponsabilidad del padre”*⁹⁴
- Los daños al hijo extramatrimonial pueden ser pedidos conjuntamente con la investigación de paternidad, tratándose como una pretensión accesoria a la acción de filial, debiendo primero declararse efectivamente la paternidad a través de la investigación de paternidad para poder reclamar los daños correspondientes dentro del mismo proceso. La madre también puede incluir su pretensión dentro del mismo proceso especial de filiación.⁹⁵
- Cuando se vulnera en forma dolosa o culposa el derecho a la identidad de la persona menor de edad se configura un acto ilícito que, como tal, genera un derecho a la reparación de los perjuicios sufridos por las víctimas de la conducta omisiva del padre.⁹⁶
- El no reconocimiento de hijo extramatrimonial se trata de un caso de responsabilidad subjetiva, directa y extracontractual.⁹⁷

Al explorar supuestos propios del derecho de familia y su acercamiento con el tema de la responsabilidad civil, esta investigación aporta temática y metodológicamente aspectos de gran interés para el presente proyecto. Se insertan ambos, en el desarrollo de la responsabilidad civil en el derecho de familia.

⁹⁴ González Sepe, 178.

⁹⁵ González Sepe, 178.

⁹⁶ González Sepe, 179.

⁹⁷ González Sepe, 179.

Asimismo, la tesis titulada “La presunción legítima de paternidad y su complementariedad con los derechos fundamentales: necesidad de legislar en favor de las minorías”, elaborada por María José Valverde Villalón, para optar por el grado de Licenciatura en Derecho en la Universidad de Costa Rica, en el año 2013, “*desarrolla, de manera pormenorizada, el instituto de la presunción legítima de paternidad y su relación con los Derechos Fundamentales*”⁹⁸. Argumenta que “*al emplear de manera estandarizada la presunción legítima, se corre el riesgo de ocasionar discordancias entre la verdad biológica y la registral; de modo que se vulneran los Derechos Fundamentales. Ello es así pues no se examina el caso concreto, de modo que se emplea la norma por igual para todos; sin tomar en consideración que detrás de cada nacimiento hay realidades y contextos sociales y económicos muy diversos*”⁹⁹. La investigación mediante un enfoque cualitativo, cuyo fin fue “profundizar en el tema de la presunción de paternidad, determinar su origen, cual fue el fin del legislador, por la forma en como se ha tratado a nivel jurisprudencial así como la relación de esta presunción con los Derechos Fundamentales”. Al finalizar el trabajo concluyó lo siguiente:

- La presunción legítima tuvo su origen en la India, contemplada en las Leyes de Manú, “*estableció que el hijo pertenece a quien ejerce poder sobre la madre*”, a pesar de ser en la India donde se reguló por primera vez, fueron los romanos quienes dieron una importante evolución al instituto, pues según ellos, la presunción legítima “*pretendió proteger la estabilidad de la familia y el matrimonio.*”

⁹⁸ María José Valverde Villalón, “La presunción legítima de paternidad y su complementariedad con los derechos fundamentales: necesidad de legislar en favor de las minorías” (Tesis para optar por el grado de Licenciatura en derecho, Universidad de Costa Rica, 2013), xii.

⁹⁹ Valverde Villalón, xii.

- Concluyó que la presunción legítima de paternidad “*es relativa*”, ya que puede ser impugnada mediante la prueba de marcadores genéticos, logrando determinar la realidad biológica de las personas.
- Que existe “*un sector de la población que ve vulnerados sus Derechos Fundamentales; pues se consigna como padre a un hombre que no es su progenitor*”¹⁰⁰, por ello considera que” para *solucionar el problema aquí planteado, resulta necesario idear una excepción, la cual permita analizar el caso concreto y, con base en ello, determinar si procede o no la presunción de paternidad. Asimismo, se determinó que es conveniente implementar un trámite administrativo, el cual permita a las personas corregir sus vínculos paterno-filiales, de manera rápida y sencilla; sin necesidad de incurrir en gastos económicos.*”¹⁰¹.

Para el presente proyecto, la investigación descrita es valiosa principalmente por su marco teórico y el estudio doctrinal dedicado al tema de la filiación.

En el año 2016, Christian López Agüero y Jeffry Godínez Quesada presentaron la tesis para optar por el grado de licenciatura en derecho en la Universidad de Costa Rica “Indemnización civil al cónyuge inocente por daño moral en los procesos de divorcio por la causal de adulterio”. Su estudio lleva a cabo un análisis de la responsabilidad civil derivada en los procesos de divorcio por la causal de adulterio. Específicamente argumentan que en la legislación nacional de familia existe un vacío normativo sobre el tema, porque no se incluyó en el artículo 48 bis, al adulterio como una de las causales por las cuales se pueda solicitar, junto con la acción de divorcio o separación judicial, la correspondiente

¹⁰⁰ Valverde Villalón, xiii.

¹⁰¹ Valverde Villalón, xiii.

indemnización por daños y perjuicios, de modo que *“se estaría provocando en el cónyuge inocente una evidente violación a los principios constitucionales de justicia pronta y cumplida, tutela judicial efectiva y el principio de igualdad entre los cónyuges”*¹⁰².

El principal objetivo de la investigación es *“mostrar una perspectiva teórica y práctica en torno a la posibilidad de otorgar una indemnización por el daño moral al cónyuge inocente en los casos de divorcio por adulterio”*¹⁰³. El trabajo se desarrolló utilizando lo que llama metodología investigativa doctrinal descriptiva, basada en tener *“como base ciertos parámetros que ha desarrollado la doctrina nacional y extranjera en cuanto a los temas que se tocarán en el trabajo”*¹⁰⁴.

Entre otras cosas, concluyeron:

- Que los actos de infidelidad aducidos como causal de divorcio generan *“la existencia de importantes agravios morales en el cónyuge inocente, mismos que el derecho debe tutelar y reparar”*¹⁰⁵.
- Que aunque en *“las primeras actas legislativas se extrae una primera formulación del artículo 48 bis, en la cual si se incorporaba al adulterio como causal generadora de daños y perjuicios, inclusive se observa que existe fundamentación teórica que respalda esta decisión, sin embargo, en los actos finales de la redacción de este artículo, se elimina esta causal sin explicación alguna de parte de los diputados encargados en la creación de esta reforma”*¹⁰⁶.

¹⁰² Jeffry Godínez Quesada y Christian López Agüero, “Indemnización civil al cónyuge inocente por daño moral en los procesos de divorcio por causal de adulterio” (Tesis para optar por el grado de Licenciatura en derecho, Universidad de Costa Rica, 2016), xi.

¹⁰³ Godínez Quesada y López Agüero, xii.

¹⁰⁴ Godínez Quesada y López Agüero, xii.

¹⁰⁵ Godínez Quesada y López Agüero, 172.

¹⁰⁶ Godínez Quesada y López Agüero, 173.

- El estudio doctrinario nacional e internacional, además del análisis del derecho comparado, informa que *“la posición mayoritaria respecto del tema del daño moral en los procesos de divorcio está en la línea de establecer su estricto reconocimiento, independientemente de la causal por la cual el cónyuge inocente este solicitando su respectiva reparación, ya que, los estudiosos en la materia señalan que una vez comprobada la afectación a los intereses morales del cónyuge víctima, nace a la vida jurídica el deber de reparar ese daño, por parte de quien ocasionó la lesión al bien jurídico tutelado*¹⁰⁷.
- Que *“el reconocimiento de una indemnización al cónyuge inocente por concepto de daño moral ante la causal de adulterio en el proceso de familia, se fundamenta en los principios constitucionales de justicia pronta y cumplida, tutela judicial efectiva, igualdad entre cónyuges y reparación integral del daño; lo que fortalece y demuestra cómo lleva razón los casos en que la jurisprudencia emanada, en este sentido, encuentra su respaldo y fundamentación en el derecho constitucional y civil”*¹⁰⁸.

Esta investigación significa un aporte muy importante a la presente. La imputación de responsabilidad al cónyuge culpable de adulterio, reconoce la posibilidad de que, aun en la relación matrimonial, es posible la causación de daños y, por lo tanto, jurídicamente esa situación es relevante y digna de tutela. En el particular supuesto de hecho que examina la investigación propuesta por este proyecto, se supone un daño mayor, no solo por la infidelidad, sino porque además se concreta un embarazo y una acción dolosa de la madre, al ocultar la verdadera filiación del hijo.

¹⁰⁷ Godínez Quesada y López Agüero, “Indemnización civil al cónyuge inocente por daño moral en los procesos de divorcio por causal de adulterio”, 173.

¹⁰⁸ Godínez Quesada y López Agüero, 175.

Además, Mirna Espinoza Zamora presentó en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica el trabajo *“La naturaleza jurídica de los gastos de maternidad y embarazo a la luz de la responsabilidad civil extracontractual”* de 2016. El trabajo *“trata sobre el estudio del reembolso de los gastos a favor de la madre, específicamente de los Gastos por concepto de Embarazo y Maternidad”*¹⁰⁹. Argumenta que *“los Gastos de Maternidad y Embarazo son una obligación económica cuyo fin es la indemnización a la mujer embarazada por la carga de afrontar la responsabilidad de un embarazo de manera individual siendo la concepción de un hijo una responsabilidad compartida”*¹¹⁰. Recurrió a *“una metodología a partir un enfoque cualitativo, obteniendo la perspectiva de los participantes por medio de los instrumentos de investigación y es de tipo descriptiva, con el fin de realizar una delineación de los conceptos básicos que encierra la figura de los Gastos de Maternidad y Embarazo en consonancia con la Teoría de la Responsabilidad Civil”*¹¹¹.

El objetivo general de la investigación consistió en *“determinar si la naturaleza jurídica de los gastos de maternidad y embarazo representa una indemnización a favor de la madre”*¹¹².

Se concluyó, entre otras cosas, *“que la naturaleza jurídica de los Gastos de Embarazo y Maternidad, hoy día, no es indemnizar, sino en definitiva reembolsar, ya que no se examina la teoría y sus elementos para otorgar el reintegro a favor de la madre, no es analizado, ni el daño, ni la culpabilidad, ni el nexo causal, ni la antijuridicidad, ya que incluso estos pueden ser otorgados por el Tribunal de oficio ya que se consideran una*

¹⁰⁹ Mirna Espinoza Zamora, *“La naturaleza jurídica de los gastos de maternidad y embarazo a la luz de la responsabilidad civil extracontractual”* (Tesis para optar por el grado de Licenciatura en derecho, Universidad de Costa Rica, 2016), vii.

¹¹⁰ Espinoza Zamora, vii.

¹¹¹ Espinoza Zamora, vii-viii.

¹¹² Espinoza Zamora, viii.

consecuencia jurídica del resultado del proceso, se valora el cómputo de la prescripción a partir de la declaración de la paternidad, y en relación a la acreditación de la pretensión del reembolso no es indispensable aportar prueba, ya que son Gastos que se saben ciertos; es decir características que no son propias de un análisis legal para arribar a una indemnización sino que por el contrario reafirma su condición de reembolso en consonancia con la finalidad de la norma".¹¹³

Este trabajo es afín a la investigación de este proyecto en muchos aspectos. La temática (relación entre derecho de familia y responsabilidad civil) y el abordaje (la identificación de los elementos que conforman el nacimiento de una obligación de responsabilidad civil, dada una situación específica del derecho de familia. Por ello es valiosa y realiza aportes al presente proyecto.

7. PERTINENCIA SOCIAL Y ACADÉMICA

Pertinencia Académica: la motivación para la realización de este trabajo es la visibilización de una situación injusta y jurídicamente disvaliosa. Como respuesta a ella, se lleva a cabo un trabajo analítico de producción de elementos teóricos que sirvan, si no para resolver, al menos para iniciar la discusión acerca de la necesidad de restablecer el equilibrio a la situación identificada.

Una investigación de este tipo, en suma, procura fomentar un espíritu de análisis crítico pero humanista, para contribuir a sentar la responsabilidad correspondiente al daño que se pueda producir por una falsa atribución de paternidad.

¹¹³ Espinoza Zamora, viii.

Pertinencia Social: la investigación aspira a aportar conceptos y análisis útiles para que las personas en la situación de hecho identificada puedan ejercer sus derechos de mejor manera y obtener un resarcimiento para equilibrar la situación disvaliosa que pesa sobre ellos. Eventualmente esto podría contribuir a la mejora en la administración de la justicia de familia en Costa Rica.

8. METODOLOGÍA

8.1. Enfoque

El enfoque de esta investigación es cualitativo, entendiendo por tal aquel que:

“(...) consiste en conocer de cerca el objeto de estudio (un evento, una norma, la aplicación de un sistema jurídico, un fenómeno, una situación jurídica o una persona). El enfoque cualitativo nos habla de cualidades, de calidad particular de un determinado objeto de estudio. Desde este enfoque se realizan descripciones detalladas de una situación específica, de una persona determinada o un comportamiento definido. Se trata del análisis a profundidad de sólo un segmento de la realidad.”¹¹⁴

Este trabajo *“busca las cualidades de un fenómeno o persona en particular, no la acumulación general y estadística de los datos. Procura adentrarse en lo profundo del ser que se investiga.”¹¹⁵*

También, el presente trabajo se realiza bajo un enfoque cualitativo, debido al análisis de la acción de daños y perjuicios por falsa atribución de paternidad, la posibilidad de que

¹¹⁴ Jorge Olvera. *Metodología de la investigación jurídica: para la investigación y elaboración de tesis de licenciatura y posgrado*. (Toluca: Universidad Autónoma del Estado de México, 2015), 86.

¹¹⁵ Olvera, 87.

el derecho costarricense ampare esa pretensión y el análisis dogmático de sus alcances y limitaciones, como lo son las causas eximentes. Dicho análisis no efectúa mediciones numéricas ni análisis estadísticos, por el contrario: requiere información a través de revisión de documentos y entrevistas a expertos. Busca, a partir de la descripción de la evolución de la figura de la responsabilidad civil, la caracterización dogmática de la filiación matrimonial y del derecho comparado, determinar la posibilidad, las limitaciones y los efectos sociales de exigir la indemnización ante esa clase de situación.

El trabajo de investigación consiste en determinar la responsabilidad que le asiste a la esposa, pues teniendo pleno conocimiento o no de la verdad biológica de su hijo o hijos, atribuye falsamente la paternidad biológica a su esposo, por lo cual el hijo nace bajo la presunción de paternidad matrimonial.

Además, se pretende analizar las posibles causas eximentes de responsabilidad de la madre ante la falsa atribución de la paternidad y la responsabilidad del esposo si conocía de la posibilidad de que no fuera realmente el padre del hijo o hijos de su esposa.

En el presente trabajo, también se realizará una valoración de la posibilidad del reclamo por parte del padre no biológico, del reintegro de las cuotas alimentarias pagadas a quien creía su hijo, en concepto de daño patrimonial.

Igualmente, analizar la responsabilidad que le asiste al padre biológico que conocía del matrimonio de la mujer con quien mantenía relaciones sexuales, por ello es cómplice de la infidelidad, y, por lo tanto, también conoce o puede conocer de su paternidad y no actúa para determinar la verdadera condición biológica del menor.

Asimismo, determinar cuáles supuestos de la responsabilidad civil deben estar presentes para que sea procedente la indemnización por el daño incurrido.

8.2. Variables

Se pretende profundizar en el análisis de la relación entre varias instituciones del derecho de familia y del derecho privado, a saber:

- el estado filial aparente de derecho surgido en la filiación matrimonial cuando el cónyuge cree ser el propietario verdadero de ese título;
- la reprochabilidad de la conducta de la madre al ocultar la filiación verdadera o, al menos, no manifestar sus dudas acerca de ella;
- la eventual afectación en la esfera moral del cónyuge, en la posibilidad de hacer un nuevo proyecto de vida y en el cumplimiento de deberes patrimoniales a los que no estaba obligado, cuando se entera de no ser el progenitor;
- la posibilidad de que, dadas estas situaciones, nazca una obligación de responsabilidad civil de la cual el cónyuge sea el acreedor y la pueda exigir judicialmente.

De seguido, las variables son:

1. Estado filial aparente de derecho surgido en la filiación matrimonial, cuando el cónyuge cree ser el padre, por ocultación de la madre;
2. La posibilidad de que, al enterarse de no ser el progenitor, nazca una obligación de responsabilidad civil de la cual el cónyuge sea acreedor y la pueda exigir judicialmente.

Las categorías de análisis de estas variables serían:

1. Históricas:
 - a. Antecedentes históricos de la figura de la responsabilidad civil.
2. Doctrinales:
 - a. Regímenes de responsabilidad civil;
 - b. Elementos para la configuración de la responsabilidad civil;
 - c. Acciones de filiación matrimonial en Costa Rica.
 - d. Patrimonialidad en el derecho de familia
3. De derecho comparado:
 - a. Desarrollo del tema en el derecho extranjero (Chile, Argentina, España).
4. Argumentativas:
 - a. Vinculación entre los presupuestos de la Responsabilidad y estado filial aparente de derecho (surgido en la filiación matrimonial) cuando el cónyuge cree ser el padre por ocultación de la madre.

8.3. Recolección de información

En cuanto a la técnica para la recolección de la información, corresponde principalmente la revisión y lectura de fuentes documentales del sistema de bibliotecas de la Universidad de Costa Rica, repositorios de la Facultad de Derecho y de otras universidades públicas; así como el análisis del material bibliográfico en libros, artículos de revista, normativa nacional e internacional, jurisprudencia y otros recursos de páginas confiables en internet relacionados con el tema de estudio.

Por lo demás, en relación con la realidad nacional del tema, se obtiene información mediante la técnica de entrevista cualitativa, caracterizada por ser “*más íntima, flexible y*

*abierta*¹¹⁶, aunque seá estructurada, en cuanto a que se realiza “con base en una guía de preguntas específicas”¹¹⁷ a jueces y litigantes con amplia experiencia en el campo del derecho de familia con el fin de conocer su perspectiva sobre el tema en cuestión.

¹¹⁶ Roberto Hernández Sampieri y otros. *Metodología de la investigación*. 4ª ed. (México: McGraw-Hill, 2006), 597.

¹¹⁷ Hernández Sampieri, 597.

Capítulo 1. Responsabilidad civil

1.1. Antecedentes históricos de la figura de la responsabilidad civil

La responsabilidad civil ha estado en constante crecimiento desde el año 1804 hasta nuestros días. En el año 1804 se sancionó el Código Civil Francés, llamado también “Código de Napoleón”, el cual representó el cuerpo normativo de mayor trascendencia para la regulación del derecho civil en Occidente.¹¹⁸

Sin embargo, diez años antes, en el año 1794 surgieron las primeras reglas en materia de responsabilidad civil en sentido moderno, específicamente en el Código de Prusia, que incluía unas pocas reglas destinadas en su mayoría a supuestos como los daños causados por animales, los provocados por cosas inanimadas y algunos escasos casos de responsabilidad refleja y por el hecho propio. Se trataban de normas escuetas pero sensatas, estas expresaban que *“cuanto mayor es el deber de actuar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayores son las consecuencias que derivan de los actos.”*¹¹⁹

Durante siglos las cuestiones acerca de la responsabilidad parecían no tener trascendencia práctica, pues no se causaban daños o la víctima no exigía el cumplimiento de la obligación de repararlos. Debido a ello, en los Códigos Civiles del siglo XIX no se incluyeron muchas normas sobre la materia, como en el Código Civil chileno o el colombiano. Las dos revoluciones industriales y el sorprendente desarrollo de la técnica durante el siglo XX incrementaron crecientemente la importancia de la responsabilidad civil;

¹¹⁸ Marcelo López Mesa, *Derecho de Daños* (Buenos Aires, República Argentina: Euros Editores S.R.L, 2019), 7.

¹¹⁹ *Ibid.*, 8.

en los últimos años, se ha desarrollado exponencialmente, con multitud de aportes de diversos juristas y, sobre todo, de diversos pueblos.¹²⁰

1.2. Concepto de Responsabilidad Civil

El jurista argentino Marcelo López Mesa define la responsabilidad civil *“como el conjunto de deberes jurídicos que se imponen a quien ha causado injustamente un daño o una amenaza de daño, persiguiendo prevenirlo y evitarlo, y cuando ya ha acaecido este, para repararlo debidamente.”*¹²¹

En principio, como materia de estudio, se encuadra la responsabilidad civil dentro del Derecho Civil; sin embargo, a pesar de su atributo civilista, la responsabilidad civil es una materia que permea las distintas ramas del derecho, tanto público como privado, ya que en todas ellas surge la obligación de indemnizar los daños y perjuicios.¹²²

La responsabilidad civil tiene sustento jurídico en el artículo 41 de nuestra Constitución Política, el cual dice:

“Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación de las injurias o daños que hayan recibido de su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.”

La responsabilidad civil cumple distintas funciones, indudablemente, su función principal es la reparación o la indemnización de daños y perjuicios. Se pretende que, una vez satisfecha la indemnización, el damnificado quede en una situación lo más parecida

¹²⁰ Ibid., 8.

¹²¹ Marcelo López Mesa, *Derecho de Daños* (Buenos Aires, República Argentina: Euros Editores S.R.L, 2019), 7.

¹²² Federico Torrealba Navas, *Responsabilidad civil*, (San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 2011), 1-2.

posible a como se encontraba antes de ocurrir el hecho dañoso, procurando de esta forma cumplir con el principio de reparación integral del daño.¹²³

Ahora bien, el objetivo se cumple razonablemente tratándose de daños patrimoniales, pues estos son fácilmente cuantificables, a diferencia de los extrapatrimoniales, referido generalmente al daño moral, su función es distinta, pues se trata de aquellos que, por lo general, son irreparables, por ello, se pretende que el damnificado disponga de un aporte adicional como una forma de superar el daño moral padecido; además, de transmitir el mensaje de que el daño sufrido no es jurídicamente irrelevante.¹²⁴

1.3. Elementos generales para la configuración de la responsabilidad civil

Para el nacimiento de una obligación de responsabilidad civil se requiere la conjunción de:

- Tres condiciones generales: a) un factor de atribución; b) un daño indemnizable; y c) un vínculo de causalidad entre el factor de atribución y el daño indemnizable; y
- Las condiciones específicas que fueren requeridas, según el régimen particular de responsabilidad de que se trate.¹²⁵

Cabe destacar que, para el nacimiento a la vida jurídica de la obligación resarcitoria, no se requiere la declaratoria judicial. La obligación de responsabilidad civil nace a la vida

¹²³ Ibid., 4-5.

¹²⁴ Ibid., 4-5.

¹²⁵ Federico Torrealba Navas, *Responsabilidad civil*, (San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 2011), 55.

jurídica desde el momento en que se reúnen, en el mundo extrajudicial, las condiciones generales y específicas del caso.¹²⁶

1.3.1. El factor de atribución.

El factor de atribución es el sustrato moral de la obligación indemnizatoria.¹²⁷

Entre los principales factores de atribución se incluyen la culpa (en sus diversas modalidades); el incumplimiento injustificado de obligaciones; el riesgo creado en el desarrollo de una actividad económica lícita, pero peligrosa, o en la explotación de una cosa; la existencia de relaciones jurídicas de delegación, dependencia o subordinación con el sujeto que causa un daño; la existencia de vínculos jurídicos con la cosa dañina; etc.¹²⁸

1.3.1. a. Los factores subjetivos de atribución de responsabilidad civil.

Los factores subjetivos de responsabilidad se caracterizan por la formulación de un juicio de reproche al agente, con respecto a un patrón o modelo de conducta que le era exigible. La culpa se funda en la justicia conmutativa: responde a la necesidad de restablecer un equilibrio roto a consecuencia de la transgresión de un deber ser.¹²⁹

Junto al concepto general de culpa civil, como juicio de valor de signo negativo, puede estudiarse una serie de culpas especiales, como, por ejemplo: Las culpas *in eligendo* e *in vigilando*; el dolo; la culpa grave del servidor público; la culpa *in contraendo*; el abuso del derecho; la culpa del menor de edad; la culpa del incapaz; la falta del servicio público;

¹²⁶ Federico Torrealba Navas, *Responsabilidad civil*, (San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 2011), 55.

¹²⁷ Federico Torrealba Navas, *Responsabilidad civil*, 56.

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ Federico Torrealba Navas, *Responsabilidad civil*, 57.

la culpa del cónyuge culpable de divorcio; el incumplimiento de obligaciones de medios; la culpa de la víctima.¹³⁰

1.3.1. b. Los factores objetivos de atribución de responsabilidad civil.

En los factores objetivos se prescinde del juicio de culpa. En estos casos, la responsabilidad se fundamenta sobre otras estructuras axiológicas, como la justicia distributiva y la eficiencia económica. Entre los factores objetivos de responsabilidad sobresale el riesgo creado en la explotación de una actividad económica lícita pero peligrosa. Junto al riesgo creado, pueden identificarse otros factores objetivos de imputación de responsabilidad civil objetiva, como los siguientes: la garantía de la víctima, el incumplimiento de obligaciones de resultado, el incumplimiento de deberes y obligaciones de información y la igualdad ante la carga pública, entre otros.¹³¹

1.3.2. El daño indemnizable.

El daño es una situación fáctica desfavorable derivada de la acción u omisión de otro. Para ser indemnizable, la pérdida debe reunir ciertos atributos (certeza, injusticia, subsistencia), así como pertenecer a alguna de las categorías indemnizatorias acuñadas por la ley y por la jurisprudencia. Entre éstas, destacan:

- El daño emergente o decrecimiento patrimonial.
- El lucro cesante o las ganancias dejadas de percibir.

¹³⁰ Federico Torrealba Navas, *Responsabilidad civil*, 57.

¹³¹ Federico Torrealba Navas, *Responsabilidad civil*, 57-58.

- El daño moral, en sus diferentes manifestaciones, como el sufrimiento físico, el daño moral a los sentimientos que ligan a una persona con otra (daño moral de afección), etc.

Sin embargo, las categorías de daño indemnizable no se agotan en las antes indicadas, ya que se trata de un ámbito inestable y en constante evolución, apto para el derecho.¹³²

Como hecho jurídico el daño debe ser objeto de prueba, aunque algunas veces pueden operar presunciones, como por ejemplo: presunciones humanas *in re ipsa*, es decir, que se derivan de la naturaleza de las cosas, se infiere sin prueba directa la preocupación, la tristeza, porque se presume que, ante una lesión, se experimentaron todas ellas; y las presunciones legales, cuando por ejemplo, el legislador infiere, sin necesidad de pruebas, que el acreedor de una obligación dineraria sin pagar sufre daños y perjuicios por la no tenencia de su capital, los cuales se indemnizan por medio de intereses.¹³³

1.3.2. a. Atributos del daño indemnizable.

- a) Certeza: consiste en el atributo más importante. Al contrario, se considera no indemnizable el daño hipotético o conjetural. No se requiere un grado absoluto de certeza, sino un nivel razonable de esta.
- b) Injusticia: para ser indemnizable, el daño debe implicar la vulneración de un interés o un derecho digno de tutela por el ordenamiento.
- c) Subsistencia: para ser indemnizable, el daño debe ser subsistente; es decir, no puede haber sido objeto de una indemnización previa. El principio indemnizatorio se

¹³² Federico Torrealba Navas, *Responsabilidad civil*, 58-59.

¹³³ Federico Torrealba Navas, *Responsabilidad civil*, 60.

opone a que el damnificado se enriquezca sin causa mediante el cobro de indemnizaciones duplicadas, como es el caso en los seguros de daños, el asegurador ya se ha hecho cargo de la reparación de la cosa.¹³⁴

1.3. La relación de causalidad

La tercera condición general de la responsabilidad civil es el nexo causal. Para que el reclamo de responsabilidad civil pueda tener éxito, debe acreditarse la existencia de una relación de causa- efecto entre el factor de atribución y el daño indemnizable.

El autor costarricense Yuri López Casal la define como “*uno de los requisitos constitutivos de la responsabilidad civil extracontractual y hace referencia a la relación que debe darse entre la lesión del bien jurídico o el daño con la conducta activa u omisiva desplegada por el agente causante del daño*”¹³⁵.

1.4. Regímenes de responsabilidad civil

1.4.1. Responsabilidad contractual y extracontractual.

La responsabilidad civil contractual supone la preexistencia de un contrato válido entre las partes, es decir, una parte infringe daños a la otra como consecuencia del incumplimiento de una obligación o del ejercicio abusivo de un derecho. Por su parte, la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana se genera del incumplimiento de obligaciones no contractuales, es decir, nace como consecuencia de la lesión a deberes jurídicos de no dañar a otros¹³⁶.

¹³⁴ Federico Torrealba Navas, *Responsabilidad civil*, 61-62.

¹³⁵ Yuri López Casal, *La Responsabilidad Civil* (San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, 2014), 19.

¹³⁶ Federico Torrealba Navas, *Responsabilidad civil*, (San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 2011), 109.

Acerca de las diferencias entre la responsabilidad contractual y extracontractual, el jurista Víctor Pérez Vargas señala:

“La responsabilidad contractual tiene la finalidad de garantizar al sujeto el equivalente económico de una prestación, de una actividad de cooperación de otro sujeto; en cambio, la responsabilidad extracontractual tiende a la tutela de la esfera jurídica subjetiva frente a las injerencias de otros, es extracontractual la relación jurídica que se constituye cuando una persona viola la esfera jurídica de otra, sin que exista entre otros dos sujetos una relación jurídica anterior, o si, existiendo ésta nada tiene que ver con el comportamiento ilícito o la actividad productora del daño. Entra dentro de esta categoría, siempre que causen un daño, todas las violaciones al deber genérico de la diligencia en la vida social la impericia, la negligencia y la falta, lo mismo que las conductas dolosas”¹³⁷.

1.4.1.a. Responsabilidad extracontractual.

El régimen de la responsabilidad civil extracontractual encuentra su fundamento en los siguientes artículos del Código Civil:

Artículo 1045: Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios.

Artículo 1046: La obligación de reparar los daños y perjuicios ocasionados con un delito o cuasi delito, pesa solidariamente sobre todos los que aún participado en el delito o cuasi delito, sea como autores o cómplices y sobre sus herederos.

¹³⁷ Víctor Pérez Vargas, *Derecho Privado*, 5^o ed (San José, Costa Rica: Litografía e Imprenta LIL, S.A, 2016), 472.

Artículo 1047: Los padres son responsables del daño causado por sus hijos menores de quince años que habiten en su misma casa. En defecto de los padres, son responsables los tutores o encargados del menor.

Artículo 1048: Los jefes de escuelas o colegios son responsables de los daños causados por sus discípulos menores de quince años, mientras estén bajo su cuidado. También son responsables los amos por los daños que causen sus criados menores de quince años. Cesará la responsabilidad de las personas dichas si prueban que no habrían podido impedir el hecho de que se origina su responsabilidad, ni aún con el cuidado y vigilancia común u ordinaria. (...).

1.4.1.b. Responsabilidad contractual.

El régimen de la responsabilidad civil contractual se encuentra regulado en el artículo 692 del Código Civil, que indica:

Artículo 692.- En los contratos bilaterales va siempre implícita la condición resolutoria por falta de cumplimiento. En este caso la parte que ha cumplido puede exigir el cumplimiento del convenio o pedir se resuelva con daños y perjuicios.

Por su parte, en los artículos 701 al 704 del mismo cuerpo normativo establecen los elementos de prueba y las indemnizaciones correspondientes en caso de incumplimiento:

Artículo 701.- El dolo no se presume, y quien lo comete queda siempre obligado a indemnizar los daños y perjuicios que con él ocasione aunque se hubiera pactado lo contrario.

Artículo 702.- El deudor que falte al cumplimiento de su obligación sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable por el mismo hecho de los daños y

perjuicios que ocasione a su acreedor, a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito.

Artículo 703.- El deudor no está obligado al caso fortuito, sino cuando ha contribuido a él o ha aceptado expresamente esa responsabilidad.

Artículo 704.- En la indemnización de daños y perjuicios sólo se comprenderán los que, como consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, se hayan causado o deban necesariamente causarse.

1.4.2. Responsabilidad subjetiva y objetiva.

La responsabilidad civil extracontractual puede ser subjetiva por dolo o culpa (negligencia, imprudencia e impericia) y objetiva, por riesgo o actividad.

1.4.2.a Responsabilidad subjetiva.

En la Responsabilidad civil subjetiva la culpa es la fuente de imputación; se atribuye el deber de resarcir a quien, por dolo o culpa, siendo persona responsable de sus actos, causa un daño, para que se configure la responsabilidad subjetiva, se requiere la concurrencia de los siguientes elementos:

1.4.2.b Elementos objetivos.

Acción u omisión: se refiere a la conducta humana que desencadenó el daño resarcible. Se trata, en todo caso, de una acción u omisión ilícita o antijurídica.

Antijuricidad: la acción del agente debe resultar antijurídica, es decir, violatoria de las normas vigentes, y en general el deber de cuidado y diligencias que deben guardar los ciudadanos en su actividad. La antijuricidad es actuar en contra del ordenamiento jurídico,

salvo que se haga bajo una causa de justificación, estado de necesidad, legítima defensa o en el ejercicio de un derecho.

Daño: el daño resulta ser un requisito elemental para que se origine la obligación de reparación, pues si no existe daño no se producirá responsabilidad. El daño corresponde tanto al detrimento, pérdida o menoscabo que puedan afectar a una persona en sí mismo, como a los que puedan comprometer su patrimonio.

1.4.2.c Elementos subjetivos.

Culpa: la acción causante del daño debe ser atribuible al agente, como resultado de su dolo, falta, negligencia o imprudencia. En el caso de la negligencia consiste en una falta de cuidado debida a una omisión, es la forma pasiva de la culpa al no realizarse lo que estaba aconsejado para evitar el daño. En cualquier caso, se trata de la falta de diligencia o cuidado ordinario que puede exigirse a una persona medianamente prudente, según las circunstancias particulares concurrentes en cada caso. La imprudencia es la falta de cuidado debido a una acción arriesgada; en este caso, la culpa se origina de manera activa, pues se realiza un acto sin adoptar las precauciones necesarias. Por último, la impericia del agente consiste en la falta de cuidado debido a la ausencia de conocimientos, experiencia o habilidad en el ejercicio de una determinada actividad.

Relación de causalidad: se trata de una conducta dolosa o culposa, viene a constituir la relación entre la conducta humana y el resultado dañoso que genera la obligación de reparar. Es decir, es una relación de causa-efecto, dentro de la cual la causa primera es la conducta culposa o dolosa del agente, y el efecto es el daño provocado a las personas o a sus bienes.

1.4.2.d Responsabilidad objetiva.

La responsabilidad civil objetiva también denominada responsabilidad por riesgo, tiende a la indemnización de los daños causados por el uso de cosas que entrañan un riesgo o por las actividades que son necesarias y pueden causar daño, sin necesidad de que haya culpa o negligencia, de manera que en este tipo de responsabilidad es más relevante indemnizar a los perjudicados que buscar culpables de los daños ocasionados.

Se denomina también, responsabilidad sin culpa, prescinde de los conceptos de culpa, utilizados para la atribución de la responsabilidad subjetiva y, en su lugar, el criterio de atribución será el riesgo creado por quien, para alcanzar un beneficio, lleva a cabo una actividad peligrosa para los demás; en síntesis, se prescinde de la subjetividad del agente. Basta la producción de un resultado dañoso producto de la introducción a la sociedad de una actividad riesgosa, para que se configure la obligación de reparar.

Para que se configure este tipo de responsabilidad se requiere; el empleo de cosas que conlleven peligro o riesgo; un daño: sin este elemento no existiría la obligación de reparar; nexo causal entre el daño producido y el hecho o la actividad que es la fuente de riesgo o peligro.

1.5. Las formas de la responsabilidad subjetiva

1.5.1. Responsabilidad directa e indirecta.

En los casos responsabilidad directa se tiene la conducta propia de un sujeto, que obliga a este al resarcimiento. En los casos de responsabilidad indirecta, el sujeto que es el autor directo del acto ilícito y el sujeto al que se le atribuye responsabilidad no son el mismo. No se refiere a una excepción al principio de que el sujeto es el punto necesario de vinculación entre el hecho jurídico y sus consecuencias, pues la ley asigna esta

responsabilidad a un sujeto distinto del autor material, en razón de la relación existente entre ambos.

En la responsabilidad civil indirecta el sujeto responde por daños causados por otros sujetos, esta forma de responsabilidad encuentra fundamento en los artículos 1047 y 1048 del Código Civil, ya que atribuye responsabilidad de los padres del daño causado por sus hijos menores de quince años que habiten en su misma casa o de los tutores o encargados, y la responsabilidad de los jefes de colegios o escuelas por los daños causados por sus discípulos menores de quince años, mientras estén bajo su cuidado.

1.5. Daños patrimoniales y daños extrapatrimoniales

En el derecho moderno de la responsabilidad civil, los daños se clasifican en daños económicos o patrimoniales y daños morales o extrapatrimoniales. Esta clasificación no atañe al tipo de bien jurídico lesionado, sino al efecto que la lesión produce sobre la realidad de la víctima; por ejemplo, el ataque al honor de una persona puede provocar efectos nocivos tanto de tipo patrimonial (lucro cesante por pérdida de clientela o por pérdida de un empleo), como de tipo moral (vergüenza, desprestigio, etc.); correlativamente, un ataque a la propiedad puede producir, además de los daños patrimoniales, consecuencias nocivas de tipo moral, por ejemplo, el sufrimiento por la pérdida de una mascota).

La diferencia entre ambos tipos de daños radica en que, mientras los daños patrimoniales son susceptibles de resarcir mediante la asignación de una suma de dinero económicamente equivalente al daño causado- cuantificada objetivamente con arreglo a parámetros de mercado- los daños extrapatrimoniales son compensados mediante una prestación representativa del daño, más nunca equivalente.

Con el fin de determinar la prestación resarcitoria, especialmente en materia de daños económicos, resulta importante el auxilio de peritos. Sin embargo, tratándose de una cuestión de justicia, en última instancia la decisión compete a los jueces y árbitros. En materia de daños no patrimoniales, como indemnizaciones por daño moral, la determinación queda al buen juicio y la discrecionalidad de jueces y árbitros.

En ese sentido, la Sala Primera distingue entre derecho moral subjetivo y derecho moral objetivo y se manifiesta sobre la determinación de lo resarcible según el tipo de daño:

(...) El daño moral subjetivo se produce cuando se ha lesionado un derecho extrapatrimonial, sin repercutir en el patrimonio, suponiendo normalmente una perturbación injusta de las condiciones anímicas del individuo (disgusto, desánimo, desesperación, pérdida de satisfacción de vivir, etc., vg. el agravio contra el honor, la dignidad, la intimidad, el llamado daño a la vida en relación, aflicción por la muerte de un familiar o ser querido, etc.). El daño moral objetivo lesiona un derecho extrapatrimonial con repercusión en el patrimonio, es decir, genera consecuencias económicamente valiables (vg. el caso del profesional que por el hecho atribuido pierde su clientela en todo o en parte). (. . .). Esta distinción nació, originalmente, para determinar el ámbito del daño moral resarcible, pues en un principio la doctrina se mostró reacia a resarcir el daño moral puro, por su difícil cuantificación. Para la indemnización debe distinguirse entre los distintos tipos de daño moral. En el caso del objetivo, se debe hacer la demostración correspondiente como acontece con el daño patrimonial; pero en el supuesto del daño moral subjetivo al no poder estructurarse y demostrarse su cuantía de modo preciso, su fijación queda al prudente arbitrio del juez, teniendo en consideración las circunstancias del caso, los principios

generales del derecho y la equidad, no constituyendo la falta de prueba acerca de la magnitud del daño óbice para fijar su importe.¹³⁸

1.6. Defensas contra la acción de responsabilidad civil

El concepto de defensas, también llamadas excepciones o eximentes de responsabilidad; sugiere aquellos argumentos encaminados a desvirtuar alguna de las condiciones generales o específicas de la responsabilidad civil. Por ejemplo, si el factor de atribución es la culpa, el demandado podrá eximirse argumentando y demostrando que su conducta fue prudente y diligente. En el caso de que el factor de imputación sea objetivo, como desarrollar actividades lícitas pero peligrosas, no le bastaría al demandado defenderse argumentando la falta de culpa (aun demostrando que su actuar fue prudente, aun así debe indemnizar).¹³⁹

La expresión no significa que el demandado no tiene posibilidad alguna de exonerarse de responsabilidad, solo que su defensa se ha de concentrar en otras condiciones como el daño: su existencia, su magnitud, su carácter indemnizable y la causalidad: se puede alegar que no existe relación de causalidad entre el daño sufrido por el actor y la actividad del demandado; o una causa extraña, como la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa de la víctima.¹⁴⁰

Cuando median presunciones, no le basta al demandado con únicamente alegar que falta tal o cual condición, su defensa debe dirigirse a demostrar efectivamente la existencia de circunstancias que desvirtúan alguna(s) de las condiciones necesarias para

¹³⁸ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Ejecución de sentencia: Resolución 41-1993 del 18 de junio de 1993, 15:00 horas (expediente 93-000041-0004-CA).

¹³⁹ Federico Torrealba Navas, *Responsabilidad civil*, 105-106.

¹⁴⁰ *Ibid.*

la procedencia del reclamo; por ejemplo, las llamadas defensas de causa extraña (fuerza mayor, caso fortuito, culpa de la víctima, hecho de un tercero), son utilizadas para combatir el nexo causal entre la conducta del demandado o la persona por quien este responde y el daño cuya indemnización se exige.¹⁴¹

¹⁴¹ Federico Torrealba Navas, *Responsabilidad civil*, 105-106.

Capítulo 2. Fundamento y características de la filiación matrimonial en Costa Rica

2.1 De la filiación

2.1.1. Concepto de filiación.

La palabra filiación remonta sus orígenes a la acepción latina *filius, filii*, que quiere decir hijo. Corresponde al 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 su descendiente de primer grado, encuentra su fundamento en el hecho fisiológico de la procreación, salvo obviamente en la adoptiva que corresponde a una creación legal.¹⁴²

Por su parte, la Sala Constitucional la define como:

. . . La filiación no es más que el vínculo que une a los hijos con los padres, y viceversa. Sintetiza el conjunto de relaciones jurídicas determinadas por la paternidad y la maternidad. Parte, en algunos casos, de un presupuesto biológico fundamental, para su constitución, cual es la procreación. Sin embargo, la relación jurídica que determina la filiación puede constituirse sin atender a ese hecho biológico, por ejemplo, en el supuesto de la adopción. La filiación ha sido uno de los temas de Derecho de Familia que más modificaciones ha sufrido a lo largo del tiempo. Ese cambio constante en su regulación se ha debido no sólo a variaciones en los comportamientos sociales, sino también a avances tecnológicos y científicos que

¹⁴² Roberto Suárez Franco, *Derecho de Familia*, 2° ed. (Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis, S.A.), 3.

han venido a facilitar la prueba del vínculo biológico y -en algunos casos- a modificar aspectos determinantes de ese hecho natural. ¹⁴³

2.2. Características de la filiación

Se ha establecido que la filiación tiene al menos las siguientes características:

- Es un fenómeno jurídico que tiene como fundamento el hecho fisiológico de la procreación, salvo la filiación adoptiva, que es solo creación legal.
- Constituye un estado civil, es decir, una posición jurídica permanente e indeleble en el todo social.
- Es fuente de fenómenos jurídicos de la más alta importancia, como la nacionalidad, la sucesión hereditaria, el derecho de alimentos, el parentesco entre los mismos hijos, que se llama hermandad y otras muchas e importantes consecuencias.¹⁴⁴

Además, en la legislación costarricense la filiación es irrevocable, inalienable, tiene carácter declarativo, solemne y es unilateral.¹⁴⁵

¹⁴³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de inconstitucionalidad: voto 1894-1999 del 12 de marzo de 1999, 10:33 horas (Expediente 95-004850-0007-CO).

¹⁴⁴ Enrique Rossell Saavedra, *Manual de derecho de familia* (Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1992), 218. Citado por José Miguel Rodríguez Zamora. "La filiación y el derecho comparado", *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica*, n. 77 (1994): 66.

¹⁴⁵ José Miguel Rodríguez Zamora. "La filiación y el derecho comparado", *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica*, n. 77 (1994): 67.

2.3. Determinación de la filiación

El tema central de la determinación de la filiación puede resumirse de la siguiente manera:

“La filiación que tiene lugar por naturaleza presupone un vínculo o nexo biológico entre el hijo y sus padres. Cuando ese nexo biológico puede considerarse acreditado, la paternidad o la maternidad quedan jurídicamente determinadas. Mediante tal determinación, la ley atribuye la filiación a determinados progenitores. Tal atribución ha derivado, tradicionalmente, de la afirmación jurídica de una realidad biológica cierta (como la que muestra el parto de la madre) o al menos presunta (como acaece con la presunción de paternidad del marido de la madre)”.¹⁴⁶

Lo anterior, puede llevarse a cabo por disposición legal cuando la ley, basada en ciertos presupuestos de hecho, la establece; de manera voluntaria, “*cuando la determinación proviene de la eficacia que se atribuye al reconocimiento, expreso o tácito, del hijo*”¹⁴⁷; por la vía judicial cuando la determinación “*resulta de la sentencia que declara la paternidad o la maternidad no reconocida, con base en las pruebas relativas al nexo biológico producidas en un juicio de filiación*”¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Bossert y Zannoni, 285.

¹⁴⁷ Bossert y Zannoni, 285.

¹⁴⁸ Bossert y Zannoni, *Manual de derecho de familia*, 285.

2.4. Efectos de la filiación

Una de las consecuencias naturales en las relaciones de pareja es la procreación de hijos, de forma que la paternidad es relativa a la condición de padre o madre, y la filiación concierne a la calidad de hijo.¹⁴⁹ Al nacer un ser humano nacen también una serie de efectos jurídicos, tanto para el recién nacido como para sus padres, efectos que pueden ser de naturaleza personal o patrimonial. Entre ellas destacan:

- Los hijos tienen derecho de llevar los apellidos del padre y de la madre.
- Se origina una obligación de respeto y obediencia de los hijos hacia sus padres, y de asistencia, educación, administración de bienes, por parte de los padres.
- Se produce un derecho recíproco de alimentación.
- Se genera una relación parental entre los hijos y los consanguíneos, y a veces, con los afines de los padres.
- Se originan derechos sucesorios recíprocos entre ascendientes y descendientes.¹⁵⁰

2.5. Tipos de filiación

En Costa Rica, el artículo 53 de la Constitución Política garantiza el derecho que tiene toda persona a saber quiénes son sus padres; además, dicho cuerpo normativo prohíbe la discriminación entre los hijos y la calificación sobre la naturaleza de la filiación; sin embargo, por cuestiones de orden, la Ley clasifica las filiaciones en matrimoniales y extramatrimoniales, según hayan nacido dentro o fuera del matrimonio, suponen, además, la existencia de un vínculo afectivo, y la adoptiva.

¹⁴⁹ Diego Benavides Santos, comp.,. Código de Familia: concordado y comentado, con jurisprudencia constitucional y de casación (San José, Costa Rica: Editorial Juritexto S.A., 2017), 307.

¹⁵⁰ José Miguel Rodríguez Zamora. "La filiación y el derecho comparado", *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica*, n. 77 (1994): 69.

2.5.1. Filiación matrimonial.

Son hijos matrimoniales los concebidos y nacidos dentro del matrimonio, así como también los concebidos fuera, pero nacidos dentro del matrimonio (luego de 180 días de su celebración) y los concebidos dentro y nacidos fuera (dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio). En esta es muy importante la “*presunción pater is est*”; es decir, que se parte de que el hijo de la esposa es hijo del marido.¹⁵¹

2.5.2. Filiación extramatrimonial.

La filiación extramatrimonial es la que tiene lugar cuando la filiación se da fuera del matrimonio, o bien, cuando los padres no están casados entre sí. En estos casos el menor no nace amparado a una presunción, por lo cual para establecer su paternidad se recurre fundamentalmente a dos institutos: el reconocimiento, regulado en los artículos 84, 87, 88, 89 y 90 del Código de Familia; o el proceso judicial de investigación o declaración de paternidad, regulado en los artículos 91 al 99 del Código de Familia. A partir del 27 de abril del año 2001, tiene vigencia la Ley de Paternidad Responsable, mediante la cual surge una tercera posibilidad que es el trámite administrativo para establecer la filiación.¹⁵²

¹⁵¹ Diego Benavides Santos, Derecho Familiar (San José, Costa Rica: Juritexto, S.A, 2010), 265.

¹⁵² Benavides, 266.

2.5.3. Filiación adoptiva.

La filiación adoptiva es derecho puro y se encuentra regulada en el Código de Familia en los artículos del 100 al 139, y los numerales 51 y 52. Son adoptables las personas menores de edad declaradas judicialmente en abandono, las personas mayores de edad que convivieran seis años de su minoridad con el adoptante y, cuando los padres registrales les otorgan el consentimiento para la adopción de la persona menor de edad.¹⁵³

De la filiación por adopción, no puede existir duda alguna sobre la filiación, ya que al no existir elemento biológico, esta es de puro derecho, y, por tanto, no puede ser negada mediante un proceso de filiación. De presentarse un proceso de filiación que pretenda el desplazamiento, deberá ser rechazado de plano, pero siempre deberá conservar el derecho de la parte actora, para interponer recurso de apelación, con el fin de que resuelva el Tribunal de Familia¹⁵⁴.

2.6. Presunción de paternidad

2.6.1. Concepto de Presunción de Paternidad.

En la filiación matrimonial resulta muy importante la presunción “*pater est*” o “presunción de legitimidad matrimonial” afirma que el marido de la madre es el padre de los hijos que esta parió, siempre que nazcan dentro de los términos indicados por la ley, naciendo los hijos de padre cierto.

¹⁵³ Eimy Granados Aguilar y Gerardo Antonio Blanco Villalta, *La pretensión civil en el proceso de filiación* (San José, Costa Rica: Editorial Juritexto, S.A, 2016), 39.

¹⁵⁴ Granados y Blanco, 40.

Por su parte, según VARSÍ, la presunción de paternidad se basa en la convivencia matrimonial y no tanto en la fidelidad, siendo la primera su principal fundamento. Afirma, además, que la atribución de paternidad del marido, ocurre por imperio de ley, cuando se ha establecido el vínculo de hijo con la mujer casada, por lo que no depende de la voluntad de las partes. La presunción de paternidad matrimonial pretende la protección de la familia y por lo general está de acuerdo con la realidad biológica de la paternidad y maternidad basada en las relaciones sexuales o la cohabitación antes del matrimonio o de la responsabilidad asumida por el autor del embarazo prematrimonial.¹⁵⁵

Se trata de una norma de carácter imperativo, aplicado a la generalidad de los casos, sin embargo, se trata de una presunción *iuris tantum*, por lo que admite prueba en contrario reservada al marido de ocurrir las condiciones para contestar la paternidad; de manera que si ocurren se transforman en *iure et de iure*. Para conceder los efectos de la legitimidad, la ley establece un período en el cual debe haberse dado la concepción, por lo cual será admitida acción judicial para probar que el plazo fue menor, o respecto del hijo nacido después de la disolución de los cónyuges, probar que el nacimiento del hijo en período mayor, se originó por retraso del parto. La presunción *pater est* se basa en aquello que habitualmente acontece y es impuesta por razones sociales y culturales en beneficio de la estabilidad de la familia al no permitir la atribución de hijos adulterinos de la mujer casada, favoreciendo la armonía familiar.¹⁵⁶

¹⁵⁵ Varsi Rospigliosi, *Tratado de derecho de familia*, 2013, IV: 134.

¹⁵⁶ Varsi Rospigliosi, *Tratado de derecho de familia*, 2013, IV: 134.

2.6.2. Antecedentes históricos.

La organización de la familia legítima establecida en el matrimonio se dirige fundamentalmente a proveer certeza sobre la filiación respecto de la persona del padre. A diferencia de la procedencia de la maternidad, en la que hay evidencias físicas por el embarazo y el parto, determinar la paternidad resulta un hecho complejo, para cuya demostración, se recurre al sistema de las presunciones, lo cual le resta certeza.¹⁵⁷

Durante largo tiempo el ser humano primitivo no relacionó el acto sexual con el nacimiento e ignoraba el papel del padre en la fecundación, atribuyendo tal hecho a circunstancias como el espíritu de los antepasados, obra de los dioses o consecuencia de fenómenos astrológicos o atmosféricos. Ello provocó gran relevancia del matriarcado y la filiación materna, por haber sido la maternidad un hecho de más fácil comprobación. Sin embargo, conforme evolucionaba la sociedad hacia agrupaciones más desarrolladas, el hombre tomó conciencia de la importancia del papel de la paternidad en la configuración de la familia legítima.¹⁵⁸

Los primeros informes hoy conocidos sobre la fundamentación jurídica de la relación paterno-filial se encuentran en estatutos del Oriente, como el *Código de Lipit-Ishtar*, en el que se impone al padre la obligación de mantener a sus hijos y estos a su padre, y se alude a los hijos de la esposa y a los de la esclava; al igual que el anterior, el *Código de Hammurabi* distingue entre los hijos del esposo y los nacidos de otro hombre, pero sin que exista todavía norma alguna sobre una posible presunción de paternidad. Es en las Leyes

¹⁵⁷ Roberto Suárez Franco, *Derecho de Familia*, 2° ed. (Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis, S.A.), 16.

¹⁵⁸ Roberto Suárez Franco, *Derecho de Familia*, 2° ed. (Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis, S.A.), 16.

de Manú en las cuales probablemente se plasma la primera norma para establecer jurídicamente la paternidad; en efecto, se expresa que el hijo pertenece a quien ejerce poder sobre la madre.¹⁵⁹

En Grecia existía una legislación muy elemental sobre las cuestiones matrimoniales y de filiación, por lo tanto, la paternidad quedaba subordinada a la manifestación de la voluntad del padre, quien decidía si el nacido era o no hijo de la madre.¹⁶⁰

Por su parte, el derecho romano muestra un avance sobre presunción de la paternidad; se realizaba una ceremonia especial en la cual el marido jefe del grupo familiar aceptaba o rechazaba al recién nacido que le era presentado, hecho que determinaba su ingreso a la familia romana. Es el Derecho Romano que acuñó el famoso aforismo de que: "*Pater is est goud justae nupciae demonstrant*", es decir, "El padre es el que las justas nupcias demuestran", o también, el padre es el marido de la madre.¹⁶¹

Sin embargo, habiendo sido considerada una genuina expresión de la paternidad legítima, se duda sí representó en el derecho romano, una forma de atribución de la paternidad y se discute sobre el fundamento de la presunción; para algunos autores, la regla de la presunción de la paternidad tendría como fundamento la cohabitación entre

¹⁵⁹ Roberto Suárez Franco, *Derecho de Familia*, 2° ed. (Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis, S.A.), 16.

¹⁶⁰ Roberto Suárez Franco, *Derecho de Familia*, 2° ed. (Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis, S.A.), 17.

¹⁶¹ Ibid.

esposos, la fidelidad de la mujer, el nacimiento en tiempo hábil y el plazo legal de la gestación.¹⁶²

En el medioevo predominaron los principios del derecho canónico, el cual adoptó en su generalidad el principio romano *pater is est*, principio también adoptado por el derecho español, aunque es en el Código de Napoleón donde se encuentra probablemente de forma más concreta la presunción de *pater is est* tal como se concibe en la actualidad.¹⁶³

2.6.3. Fundamentos de la presunción de paternidad.

Algunas teorías se han desarrollado con el propósito de fundamentarla, entre ellas:

- Teoría de la accesión.- De muy antigua data se recogen datos en las Leyes de Manú y al parecer en otros libros de derecho antiguos. Se basa en la propiedad del marido sobre la esposa y, por lo tanto, del fruto de esta –el hijo– idea reiterada en la edad media por algunos canonistas. Esta teoría también fue llamada dominical, dado que el marido tenía el carácter de ser dueño de su mujer.
- Teoría de la vigilancia.- Dada la potestad legal del marido de vigilar a su mujer, los hijos de esta deben atribuírsele.
- Teoría de la presunción de fidelidad de la esposa.- Es una suerte de presunción de inocencia frente al delito de adulterio, pues se deberá reputar hijo del marido hasta que se pruebe el adulterio.

¹⁶² Roberto Suárez Franco, *Derecho de Familia*, 2° ed. (Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis, S.A.), 17.

¹⁶³ Roberto Suárez Franco, *Derecho de Familia*, 2° ed. (Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis, S.A.), 17.

- Teoría de la cohabitación exclusiva.- Mantiene que la presunción descansa en el hecho positivo de la cohabitación exclusiva, propia de la relación conyugal. Algunos autores la unen a la presunción de fidelidad que deben guardarse los esposos.

- Teoría de la admisión anticipada.- Parte de considerar el matrimonio como acto voluntario por el que el marido admite anticipadamente en su familia los hijos que nazcan de su mujer.¹⁶⁴

2.6.4. Supuestos considerados por la ley al aplicar la presunción de filiación.

Sin menoscabo de que cada legislación pueda considerar otros distintos supuestos, en general, la presunción de filiación respecto del cónyuge de la madre tiene en cuenta y establece normas con respecto al término del embarazo¹⁶⁵, a la separación de hecho¹⁶⁶, a los matrimonios sucesivos de la madre¹⁶⁷.

2.6.5. Marco normativo en el ordenamiento jurídico costarricense.

En su momento nuestro país perteneció al Reino de España, las leyes que existieron fueron las españolas y las denominadas Leyes de Indias que rigieron hasta el año 1842 en que se emitió el Código General, este se encargó de regular entre muchas cosas, lo referente al Derecho de Familia. Se trató de un derecho marcadamente patriarcal y de predominancia masculina y con múltiples discriminaciones, entre ellas las clasificaciones

¹⁶⁴ Varsi Rospigliosi, *Tratado de derecho de familia*, 2013, IV: 135.

¹⁶⁵ Bossert y Zannoni, 362.

¹⁶⁶ Bossert y Zannoni, 363.

¹⁶⁷ Bossert y Zannoni, 364.

de hijos en naturales, incestuosos y sacrílegos; es decir, aquellos hijos habidos fuera del matrimonio, o entre parientes o hijos de religiosos.¹⁶⁸

En el año 1888 se promulga el Código Civil, producto de la influencia liberal, ideología que en los países católicos se rechazó y limitó la influencia de las autoridades eclesiásticas. En dicho Código se estableció el divorcio y un sistema de participación mixto en la distribución de bienes del matrimonio. Se reconoció la plena capacidad jurídica de las mujeres y su igualdad; sin embargo, conservaba desigualdades como la solicitud de divorcio contra la mujer, que requería el adulterio y el esposo requería el concubinato escandaloso. Además, se limitó la investigación de paternidad. En 1949, se emite la Constitución Política que rige en la actualidad, que contiene principios como la igualdad del hombre y la mujer y el de igualdad de los hijos.¹⁶⁹

Con la entrada en vigencia del Código de Familia en el año 1973, según los parámetros propios de la época, se logró ajustar la normativa a los principios de igualdad de derechos de hombres y mujeres y de hijos habidos fuera del matrimonio con los habidos dentro de él. En relación con la filiación biológica, el Código de Familia en sus numerales 3 y 4 indica que existe un derecho de igualdad entre los hijos nacidos durante y fuera del matrimonio, y queda prohibida su discriminación.¹⁷⁰ El mismo resguardo del derecho a la igualdad está contenido en el artículo 54 de la Constitución Política y el numeral 30 del Código de Niñez y Adolescencia. Equivalentes derechos se consagran a nivel internacional

¹⁶⁸ Diego Benavides Santos. "Acercamiento al Derecho de Familia y al sistema judicial de familia de Costa Rica.", *Revista de la Sala segunda de la Corte Suprema de Justicia*, n. 4 (2007): 85.

¹⁶⁹ Diego Benavides Santos. "Acercamiento al Derecho de Familia y al sistema judicial de familia de Costa Rica.", *Revista de la Sala segunda de la Corte Suprema de Justicia*, n. 4 (2007): 85.

¹⁷⁰ Diego Benavides Santos. "Acercamiento al Derecho de Familia y al sistema judicial de familia de Costa Rica.", *Revista de la Sala segunda de la Corte Suprema de Justicia*, n. 4 (2007): 85.

en la Convención de Derechos de los Niños en el artículo 7 inciso 1), la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 17 inciso 5) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 10 inciso 3).

La presunción de paternidad legítima pasa de tener carácter absoluto y en su lugar se consigna una presunción relativa; es decir, una presunción *iuris tantum*. En el numeral 69 del Código de Familia expone el concepto de la presunción legal, “*presunción parter is est*”; esto significa que la persona que nazca dentro del matrimonio, después de los ciento ochenta días de celebrado y, trescientos días después de la finalización del vínculo, será considerado hijo e hija del marido. El mismo reza:

Artículo 69.- 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.

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.

Por su parte el artículo 70 refiere a los casos en que el marido puede desvirtuar la presunción de paternidad, al tratarse de una presunción *iuris tantum* o relativa, cede ante las pruebas en procesos de impugnación de paternidad, de declaratoria de extramatrimonialidad y en el reconocimiento de hijo de mujer casada.¹⁷¹ Deberá el marido

¹⁷¹ Diego Benavides Santos, Código de Familia: Concordado y comentado, con jurisprudencia constitucional y de casación (San José, Costa Rica: Juritexto, 2017), 31

probar haberle sido imposible la cohabitación fecunda con su mujer en la época en que tuvo lugar la concepción del hijo. Además, señala 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”*.

En nuestro país, el padre registral (marido), el padre biológico, la madre y el hijo tienen derecho a desplazar la filiación paterna matrimonial, y ese derecho lo pueden ejercer en cualquier tiempo, con la única excepción de que el hijo haya estado bajo posesión notoria de estado por parte del marido y esto porque el sistema también brinda protección jurídica a la paternidad social; en esos casos, para que la impugnación pueda ser acogida, la demanda se debió presentar dentro del año siguiente al día en que el reconocedor se enteró de la posibilidad de no ser el padre biológico. Esto es así porque en Costa Rica el énfasis se pone en el derecho que tiene toda persona a acceder a su verdadera filiación, constituyéndose en el núcleo del derecho fundamental que tiene toda persona a conocer su origen, a ostentar legalmente esa condición y, derivado de lo anterior, a crecer y a desarrollarse al lado de sus verdaderos padres y sus respectivas familias extensas.¹⁷²

2.6.6. Procesos para emplazar la filiación matrimonial.

Los procesos de emplazamiento, son aquellos en los que se otorga a las personas una filiación paterna que antes no tenían, ya que estos anteriormente solo poseían la filiación materna. Para dichos procesos existen distintas vías judiciales, las cuales serán

¹⁷² Diego Benavides Santos. “Acercamiento al Derecho de Familia y al sistema judicial de familia de Costa Rica.”, *Revista de la Sala segunda de la Corte Suprema de Justicia*, n. 4 (2007): 85.

aplicables según el caso, y dependiendo de la pretensión que se busque. Entre estos existen los siguientes:

2.6.6. a *Vindicación de estado.*

El reclamo de este tipo de filiación la ejercen los hijos, se trata de una acción no muy corriente en nuestro país, debido a la existencia de un buen y único registro de matrimonio y nacimientos. Se encuentra regulado en los artículos 76 y 77 del Código de familia.¹⁷³

Nace en nuestro derecho por los principios constitucionales de igualdad de los hijos, y de prohibición de calificar la filiación. Podrán encontrarse en este supuesto casos de matrimonio celebrados en el extranjero y no inscritos, los supuestos de los incisos 1 y 3 del artículo 69, o el caso de la reunión no comunicada de los padres separados judicialmente, o bien el subsiguiente matrimonio de los padres sin que se realice la manifestación respectiva.¹⁷⁴

El derecho de vindicación es imprescriptible para los hijos y los nietos, no así para los herederos quienes podrán intervenir para continuar la demanda iniciada por el hijo o por el nieto, salvo que estos fallecieren antes de la mayoría o estuviere mentalmente incapacitado, caso en el cual pueden iniciar la demanda a lo sumo en cuatro años.¹⁷⁵

2.6.6. b *Legitimación.*

Esta acción la solicitan los padres para que un hijo sea tenido como de matrimonio. Encuentra su fundamento en el párrafo final del artículo 81 del Código de Familia. Ocurre

¹⁷³ Diego Benavides Santos, Código de Familia: Concordado y comentado, con jurisprudencia constitucional y de casación (San José, Costa rica: Juritexto, 2017), 330-331.

¹⁷⁴ Diego Benavides Santos, Código de Familia: Concordado y comentado, con jurisprudencia constitucional y de casación (San José, Costa rica: Juritexto, 2017), 330.

¹⁷⁵ Diego Benavides Santos, Código de Familia: Concordado y comentado, con jurisprudencia constitucional y de casación (San José, Costa rica: Juritexto, 2017), 331.

cuando un hijo nace fuera del matrimonio y posteriormente, sus padres contraen nupcias. La manifestación correspondiente podrá hacerla el padre o ambos progenitores en testamento, en escritura pública, por medio de acta levantada ante el Patronato Nacional de la Infancia, por escrito dirigido al Registro Civil, ante el funcionario que celebre la boda en la solicitud para contraer matrimonio o en momento de la ceremonia. Si no se da la manifestación de los padres, la legitimación requerirá declaración del Tribunal.¹⁷⁶

2.6.7. Procesos para desplazar la filiación matrimonial.

Por su parte, los procesos de desplazamiento, son aquellos en donde se pretende quitar, desplazar o remover una filiación paterna que actualmente tiene, ya sea para poner otra o no. Entre estos existen los siguientes:

2.6.7. a *Impugnación de paternidad.*

De conformidad con los artículos 70, 72, 73 y 74 del Código de Familia, esta acción la puede interponer el esposo, un curador en caso de una incapacidad prolongada o incurable del marido; un apoderado especialísimo de aquel, los herederos cuando falleció o fue declarado ausente el esposo. La acción de los herederos no será admitida después de dos meses contados a partir del día en que el hijo no biológico hubiere entrado en posesión de los bienes del presunto padre.

El esposo podrá interponer este proceso en cualquier tiempo cuando no exista posesión notoria de estado. En caso de existir posesión notoria de estado, el plazo de caducidad será de un año a partir del momento en que el marido tuvo conocimiento de los hechos que supuestamente originan la impugnación. Debe entenderse la posesión notoria

¹⁷⁶ Diego Benavides Santos, Código de Familia: Concordado y comentado, con jurisprudencia constitucional y de casación (San José, Costa Rica: Juritexto, 2017), 330-333.

de estado como el trato, nombre y fama que un padre le da a una hija o hijo, así como lo indica el artículo 80 del Código de Familia.¹⁷⁷

2.6.7. b *Declaratoria de extramatrimonialidad*

De conformidad con el artículo 71 del Código de Familia, este proceso solo lo podrán interponer el hijo o hija y la madre. El objetivo de este proceso es obvio, declarar que la esposa ha tenido un hijo o una hija con un padre biológico distinto a su marido. Se trata de una acción que relativiza la presunción “*pater is est*”, aun cuando haya conformidad del esposo, deben demostrarse los más de trescientos días de separación de hecho de los cónyuges y que no haya posesión notoria de estado por parte del marido.¹⁷⁸

2.6.7. c *Reconocimiento de hijo de mujer casada.*

De conformidad con el artículo 85 del Código de Familia, el padre biológico es el legitimado para interponer este proceso judicial; sin embargo, requiere del asentimiento de ambos padres registrales para que el proceso no sea contencioso, porque de lo contrario, será conocido como tal, pero si el hijo que se va a reconocer es mayor de edad, únicamente será necesario el consentimiento de este. Cabe mencionar que, también, pueden ser reconocidos los hijos por nacer o muertos, de conformidad con el artículo 84 del Código de Familia. Comúnmente es una actividad judicial no contenciosa, pero puede tramitarse incidentalmente de un proceso de impugnación de paternidad o en un proceso contencioso si en la actividad judicial no contenciosa surgiera oposición.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Diego Benavides Santos, Código de Familia: Concordado y comentado, con jurisprudencia constitucional y de casación (San José, Costa Rica: Juritexto, 2017), 328-329.

¹⁷⁸ Diego Benavides Santos, Código de Familia: Concordado y comentado, con jurisprudencia constitucional y de casación (San José, Costa Rica: Juritexto, 2017), 310-311.

¹⁷⁹ Diego Benavides Santos, Derecho Familiar (San José, Costa Rica: Juritexto, S.A, 2010), 290.

Se deben tener como requisitos para este proceso de reconocimiento de hijo de mujer casada los siguientes:

- Que la persona menor de edad fuera concebida durante la separación de los esposos.
- Que esta persona menor de edad no se encuentre en posesión notoria de estado del marido.

Capítulo 3

Tratamiento del tema en el derecho chileno, argentino y español

A través del análisis de la doctrina y jurisprudencia de otros países, se trata de encontrar elementos útiles que aporten a los objetivos de este trabajo. Los tres sistemas jurídicos estudiados representan diferentes situaciones en la discusión del tema. Mientras el derecho chileno se enfoca en la naturaleza jurídica de los deberes maritales y la admisibilidad de la indemnización por daños en el derecho de familia; el derecho argentino ha ido dejando esa cuestión al restar importancia al papel que los deberes maritales juegan en la atribución de responsabilidad, aunque sigue buscando la antijuridicidad de determinados hechos dañosos sobre la base de otros intereses protegidos distintos del mero cumplimiento de un deber matrimonial. El derecho español, por su parte, pareciera estar logrando la tarea que actualmente lleva a cabo el derecho argentino y existen teorías que conceptualizan específicamente el engaño por falsa atribución de paternidad desde el punto de vista de la responsabilidad civil.

3.1. La responsabilidad civil por incumplimiento de deberes matrimoniales en el derecho chileno vigente

La discusión sobre el resarcimiento por falsa atribución de paternidad dentro del matrimonio supone haber discutido y aclarado que este vínculo no genera *per se* un estatuto de inmunidad entre los cónyuges, por virtud del cual no resulte procedente cualquier reclamación por responsabilidad civil. El debate en el derecho chileno sigue apuntando a este aspecto específico (y aun en general a la procedencia de aplicar reglas de

responsabilidad civil en el ámbito familiar¹⁸⁰); asimismo, no ha planteado lo que del estudio del derecho comparado, parecieran ser las siguientes etapas: identificación y análisis de supuestos (como el de falsa atribución de paternidad) en la cual concurriría responsabilidad civil en las relaciones familiares.

3.1.1. Debate sobre responsabilidad civil y matrimonio.

De acuerdo con el jurista Hernán Corral Talciani¹⁸¹, en el foro chileno del derecho de familia, la discusión sobre la responsabilidad civil por daños en el matrimonio ha llegado a un consenso: hasta quienes se muestran contrarios a considerar aplicable la responsabilidad civil al incumplimiento de deberes conyugales, reconocen que el vínculo matrimonial no debe eximir de responder civilmente, cuando se está frente a daños que se indemnizarían aunque no hubiera matrimonio entre autor y damnificado (por ejemplo, si se trata de muerte, lesiones o maltrato físico y psíquico, contagio de enfermedades de transmisión sexual o daños a derechos fundamentales como la honra, la imagen o la intimidad). Puesto que tampoco hay discusión en cuanto a la procedencia de la responsabilidad civil entre cónyuges en el ámbito patrimonial (el Código Civil chileno expresamente reconoce la procedencia de indemnización en estos casos, según los artículos 1768, 1771 y 2483¹⁸²); por ello, la discusión subsiste acerca de la procedencia o

¹⁸⁰ Priscilla Ann Stanford Valencia y Benjamín Ignacio Torres Gálvez, “Adulterio y responsabilidad civil” (Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, 2016), 50.

¹⁸¹ Hernán Corral Talciani. “Daños por infracción del deber matrimonial de fidelidad. Una cuestión nuclear en el debate sobre la responsabilidad civil”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 23, n. 2 (2017): 122.

¹⁸² **Art. 1768.** Aquel de los cónyuges o sus herederos que dolosamente hubiere ocultado o distraído alguna cosa de la sociedad, perderá su porción en la misma cosa y se verá obligado a restituirla doblada. **Art. 1771.** Las pérdidas o deterioros ocurridos en dichas especies o cuerpos ciertos deberá sufrirlos el dueño, salvo que se deban a dolo o culpa grave del otro cónyuge, en cuyo caso deberá éste resarcirlos. (...) Por el aumento que provenga de causas naturales e independientes de la industria humana, nada se deberá a la sociedad. **Art. 2483.** La preferencia del número 3.º, en el caso de haber sociedad conyugal, y la de los números 4.º, 5.º y 6.º, se entienden constituidas a favor de los bienes raíces o derechos reales en ellos, que la mujer hubiere aportado al matrimonio, o de los bienes raíces o de derechos reales en ellos, que pertenezcan a los respectivos hijos bajo patria

no de la responsabilidad civil entre cónyuges por tratarse del ámbito extrapatrimonial y en las que la ilicitud no proviene de un delito o cuasidelito penal o del principio de no dañar a otro (*neminem laedere*), sino de la infracción del vínculo matrimonial que los une.¹⁸³ El debate se plantea, en resumen, en relación con la pregunta de si puede atribuirse responsabilidad civil al incumplimiento de deberes conyugales.

3.1.2 Deber matrimonial de fidelidad.

Quizás el único de los deberes conyugales que puede violarse exclusivamente mediante conductas no constitutivas de otro tipo de ilícitos es el deber marital de guardar fe o de fidelidad (que en Chile lo establecen los artículos 131 y 132 del Código Civil¹⁸⁴), porque este deber es jurídicamente relevante solo si las dos personas están vinculadas por matrimonio. En su ausencia, no puede haber incumplimiento (al menos no a nivel jurídico, aunque sí a nivel moral) y, por tanto, aunque una de ellas sufra por las relaciones sentimentales que su pareja entable con un tercero, no habrá hecho ilícito justificable para una demanda indemnizatoria. Si existe matrimonio, aparece el hecho ilícito: se incumple el

potestad, y personas en tutela o curaduría y hayan entrado en poder del marido, padre, madre, tutor o curador; y a favor de todos los bienes en que se justifique el derecho de las mismas personas por inventarios solemnes, testamentos, actos de partición, sentencias de adjudicación, escrituras públicas de capitulaciones matrimoniales, de donación, venta, permuta, u otros de igual autenticidad. (...) Se extiende asimismo la preferencia de cuarta clase a los derechos y acciones de la mujer contra el marido, o de los hijos bajo patria potestad y personas en tutela o curaduría, contra sus padres, tutores o curadores por culpa o dolo en la administración de los respectivos bienes, probándose los cargos de cualquier modo fehaciente. "Código Civil de la República de Chile", Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, consultado el 15 de enero de 2022, <http://bcn.cl/2f8ub>

¹⁸³ Hernán Corral Talciani. "Daños por infracción del deber matrimonial de fidelidad. Una cuestión nuclear en el debate sobre la responsabilidad civil", *Revista Ius et Praxis*, vol. 23, n. 2 (2017): 122.

¹⁸⁴ **Art. 131.** Los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. Asimismo, se deben respeto y protección recíprocos. **Art. 132.** El adulterio constituye una grave infracción al deber de fidelidad que impone el matrimonio y da origen a las sanciones que la ley prevé. Comete adulterio la persona casada que yace con otra que no sea su cónyuge. "Código Civil de la República de Chile", Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, consultado el 15 de enero de 2022, <http://bcn.cl/2f8ub>

deber marital y surge la posibilidad de obtener reparación del daño causado por la vía civil.¹⁸⁵

3.1.3. Realidad legislativa, jurisprudencial y doctrinaria.

Si bien la fidelidad no se limita a la prohibición de mantener relaciones sexuales con terceros y en Chile los Tribunales Superiores de Justicia se han alejado de esa doctrina tradicional al reconocer que ese deber “*no sólo se estrecha en los angostos límites de la fidelidad sexual, sino que se proyecta en todos los ámbitos de la vida*” (Sentencia del 4 de julio de 2008 de la Corte de Apelaciones de Santiago)¹⁸⁶, independientemente de la posición adoptada, resulta indiscutible que el adulterio constituye una grave infracción al deber de fidelidad matrimonial.

A pesar de lo anterior, en la legislación chilena expresamente no se impone una indemnización al adulterio que repare posibles daños causados al cónyuge inocente, de alguna manera se sanciona con las siguientes consecuencias: **1)** en primer lugar, con el divorcio (de acuerdo con el artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil), **2)** con el derecho del cónyuge inocente para revocar donaciones hechas al cónyuge culpable (artículo 172 del Código Civil), **3)** mediante la denegación de la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal (artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil), **4)** el derecho de demandar la declaración de separación judicial con base en el adulterio (artículo 26 de la Ley de Matrimonio Civil), **5)** la pérdida del cónyuge adúltero del

¹⁸⁵ Hernán Corral Talciani. “Daños por infracción del deber matrimonial de fidelidad. Una cuestión nuclear en el debate sobre la responsabilidad civil”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 23, n. 2 (2017): 123.

¹⁸⁶ Javier Barrientos Grandón. *Código Civil. Concordancias, Historia de la Ley, Jurisprudencia, Notas Explicativas, Índice Temático*. (Santiago: Legal Publishing Chile, 2012). p. 234. Citado Priscilla Ann Stanford Valencia y Benjamín Ignacio Torres Gálvez, “Adulterio y responsabilidad civil” (Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, 2016), n. 24.

derecho de suceder al cónyuge inocente (artículo 35 de la Ley de Matrimonio Civil y 994 del Código Civil), **6)** la separación judicial de bienes según el artículo 155 del Código Civil.¹⁸⁷

Si ni siquiera para la más grave infracción a la relación matrimonial se establecen sanciones indemnizatorias, resulta claro que tampoco existe previsión alguna que expresamente relacione la responsabilidad civil con el derecho de familia¹⁸⁸. Es decir, ante el incumplimiento de deberes inherentes a las relaciones establecidas por normas propias del derecho de familia (aquellas relaciones que se entienden distintivas de esta rama del derecho: matrimonio, filiación, etc.), en tesis de principio las normas ahí vigentes no confieren abiertamente acción para que aquella persona que considere lesionados sus derechos subjetivos familiares exija la reparación a través de la responsabilidad civil.

Ante este panorama, al menos desde el año 1963¹⁸⁹ algunos autores urgen a los tribunales sobre la conveniencia de resolver a favor de la complementariedad entre los deberes del matrimonio y las reglas de la responsabilidad civil, proponiéndoles que para ello llenen jurisprudencialmente ese vacío. A pesar de esto, la escasa jurisprudencia de la

¹⁸⁷ Stanford Valencia y Torres Gálvez: 26-28.

¹⁸⁸ Aunque “ni en las normas pertinentes de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, ni en las normas relativas al matrimonio, existe disposición genérica alguna que derogue o restrinja la común aplicación de las normas sobre responsabilidad civil respecto de los daños que puedan ocasionarse los miembros de una familia en general”. Cristián Lepín Molina. *Responsabilidad Civil y Familia*. (Santiago, Legal Publishing Chile, 2014), p. iv. Citado por Priscilla Ann Stanford Valencia y Benjamín Ignacio Torres Gálvez, “Adulterio y responsabilidad civil” (Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, 2016), 32.

¹⁸⁹ Corral Talciani afirma que, ya en 1963, al analizar el deber de fidelidad el autor Somarriba Undurraga reporta que la jurisprudencia francesa concedía también al cónyuge inocente el derecho a reclamar una indemnización de perjuicios del cónyuge culpable, y al respecto comentó: “Nuestros tribunales no se han pronunciado sobre el particular, pero bien podrían adoptar igual temperamento, dada la amplitud de la responsabilidad extracontractual y la aceptación unánime que recibe la procedencia de la indemnización del daño moral”. Manuel Somarriba Undurraga. *Derecho de Familia*. (Santiago, Editorial Nascimento, 1963), 135. Citado por Hernán Corral Talciani. “Daños por infracción del deber matrimonial de fidelidad. Una cuestión nuclear en el debate sobre la responsabilidad civil”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 23, n. 2 (2017): nota al pie n° 16.

que se dispone es todavía vacilante en las de Cortes de Apelación y sin pronunciamiento claro de la Corte Suprema¹⁹⁰ y, por el contrario, existe una incerteza jurídica que urge remediar, lo cual en opinión de los estudiosos, solo se hará si el legislador conduce la discusión dictando una norma expresa, o bien, los tribunales superiores de justicia dicten jurisprudencia más uniforme, que exige a la vez, esfuerzos de juristas y litigantes para apoyar el sustento jurídico de las decisiones judiciales.¹⁹¹

A continuación se reseñan los fallos más relevantes en las Cortes de Apelación chilenas, referidos al tema de la posible aplicación de normas responsabilidad civil dentro del matrimonio:

- 1) La sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 25 de octubre de 2007, es la primera dictada en Chile que se pronuncia respecto a la procedencia de las normas de responsabilidad civil en el ámbito matrimonial. El tribunal se limitó a resolver a quien correspondía la competencia de las acciones indemnizatorias ejercidas entre cónyuges, sobre lo cual resolvió que sí se puede demandar el daño moral derivado del incumplimiento de los deberes matrimoniales, sin perjuicio de lo que se resuelva en definitiva y que le competía a los Juzgados de Familia su conocimiento.¹⁹² Ese mismo año, en cambio, mediante sentencia de 29 de octubre, la Corte de Apelaciones de Rancagua, resolviendo una demanda reconventional de divorcio por culpa e indemnización de perjuicios, expresó que a esa fecha todavía no era

¹⁹⁰ Corral Talciani: 127.

¹⁹¹ Stanford Valencia y Torres Gálvez, "Adulterio y responsabilidad civil": 56.

¹⁹² David Vargas Aravena. "Responsabilidad civil en el ámbito matrimonial según la jurisprudencia chilena", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 3 (agosto, 2014): 157-158.

posible sostener la reparación en esta materia, pero que nada imposibilitaba que a futuro esa integración se produjera.¹⁹³

Inicialmente, la jurisprudencia fue titubeante y contradictoria al resolver sobre el tema; primero, el Tribunal manifiesta la procedencia de la indemnización del daño, sin embargo, se declara incompetente para conocer sobre la acción indemnizatoria.

- 2) Por su parte, en sentencia de 10 noviembre de 2009, la Corte de Apelaciones de Santiago conoció de un recurso de apelación y se pronunció acerca de una acción de indemnización de perjuicios patrimoniales y morales interpuesta por el marido en contra de su mujer y un tercero, fundado en la responsabilidad civil extracontractual de éstos por causa del ilícito civil de adulterio, el que además provocó una confusión de paternidad, ya que el demandante reconoció y tuvo por hija suya, a una menor que resultó ser ajena. El fallo confirmó la sentencia de primer grado, fundado en una regla de especialidad que regiría al Derecho de familia, permitiendo aplicar sólo las sanciones o efectos expresamente previstos por el legislador, como por el carácter ético de las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia. Entre otras, manifestó las siguientes razones: los derechos de familia no pueden cumplirse forzosamente, para su incumplimiento hay otras sanciones establecidas por la ley en cada caso particular; los diferentes ordenamientos jurídicos han tratado de mantener los conflictos matrimoniales dentro de cierto grado de discreción, por lo cual, los legisladores, anticipándose al conflicto, han precisado las consecuencias de

¹⁹³ Vargas Aravena: 157.

la infracción. Dicho de otra manera, por su especialidad el derecho de familia contempla sus propias sanciones, no siendo aplicable en consecuencia, las normas generales sobre responsabilidad civil y por ende no corresponde solicitar ni menos aún conceder la reparación del daño moral; que las relaciones de familia tiene un fuerte componente ético que sobrepasa el ámbito estrictamente jurídico. Finalmente concluyen que el hecho que el adulterio siempre haya tenido una sanción especial, establecida por el legislador en consideración a la naturaleza de la institución del matrimonio no permite considerarlo fuente de responsabilidad extracontractual, pues las normas que regulan tales materias se refieren a la reparación de daños derivados de obligaciones de carácter patrimonial.¹⁹⁴

En este caso, la jurisprudencia fue tajante en excluir el derecho de familia del ámbito de la responsabilidad civil, argumentando la naturaleza diferenciada de las relaciones de familia, que impide al juez ir más allá de las propias sanciones que esta rama del derecho establezca.

- 3) La Corte de Apelaciones de Talca abordó el problema de la responsabilidad civil en el seno familiar, específicamente en el ámbito matrimonial, manifestándose partidaria de la posibilidad de indemnizar los daños y perjuicios que se produzcan por incumplimiento de los deberes matrimoniales. Mediante sentencia de fecha 30 de agosto de 2012 zanjó un caso en el que la cónyuge presentó demanda de indemnización de perjuicios por daños materiales y morales en contra de su marido, fundada en la

¹⁹⁴ David Vargas Aravena. "Responsabilidad civil en el ámbito matrimonial según la chilena": 158-160. jurisprudencia

responsabilidad civil extracontractual por haberla contagiado del virus del papiloma humano (HPV), producto de su infidelidad, lo cual la llevó a someterse a una histerectomía total a los cuarenta y tres años de edad. Al respecto, la Corte se manifestó contraria al argumento de la especialidad defendido anteriormente por la Corte de Apelaciones de Santiago en la sentencia de 10 de noviembre de 2009, señalando que no puede invocarse el argumento de la especificidad y carácter completo de las normas del Derecho de familia, para sostener que la infracción de los deberes conyugales hallan su propia y exclusiva sanción en las medidas típicas en ellas previstas, como son la separación y el divorcio, ya que la naturaleza, función y límites de estas medidas, hacen evidente que éstas no son incompatibles con la tutela de los derechos constitucionalmente garantizados, no pudiéndose excluir que un solo hecho pueda dar lugar a la separación o divorcio, y al mismo tiempo, pueda ser generador de responsabilidad aquiliana, si concurren los requisitos para ello. Además, en contra de lo dicho por la Corte de Santiago, argumentó que, no obstante, los deberes conyugales son incoercibles, son auténticos deberes jurídicos exigibles legalmente. En consonancia con lo anterior, la Corte se manifestó partidaria de aplicar el estatuto de responsabilidad civil siempre que por incumplimiento de un deber conyugal se cause un daño al otro cónyuge, al decir en su considerando octavo, que “seguimos a la doctrina comparada que sobre el particular se inclina mayoritariamente por la posibilidad de indemnizar los daños y perjuicios que se produzcan por el incumplimiento de los deberes matrimoniales. No se vislumbra ninguna buena razón para impedir, a priori, una posible indemnización por el incumplimiento de los

deberes matrimoniales”. A pesar de su posición afín a la posibilidad de indemnizar daños y perjuicios producidos por incumplimiento de los deberes conyugales, en este caso rechazaron la acción reparatoria porque consideraron que no se acreditó la relación de causalidad entre el hecho ilícito imputado y el daño alegado.¹⁹⁵

Nuevamente, el Tribunal se enfrentó a lo resuelto previamente y encontró injusto e incompatible con la tutela de derechos constitucionales como la salud o la reparación patrimonial, que quedarían desprotegidos al argumentar la especialidad y particularidad del derecho de familia para sustraerlo del ámbito del derecho de la responsabilidad civil.

3.1.4. Integración de las normas vigentes para defender la aplicabilidad de la responsabilidad civil en el ámbito matrimonial.

Según el derecho chileno vigente, es posible aplicar el estatuto de responsabilidad civil en el ámbito familiar, de acuerdo con la armonización de normas que se explicará en los párrafos siguientes.

A falta de norma expresa en contrario, *a priori* no puede negarse la posibilidad de demandar los perjuicios ocasionados con motivo del adulterio, como infracción al deber de fidelidad.¹⁹⁶ El artículo 132 del Código Civil chileno dispone que el adulterio constituye una grave infracción al deber de fidelidad matrimonial y da origen a las sanciones que la ley prevé. El objetivo de este numeral es la despenalización del adulterio, sacándolo del ámbito del derecho público para trasladarlo al derecho privado, estableciendo que las relaciones, obligaciones, derechos y sanciones aplicables a los cónyuges corresponden al derecho

¹⁹⁵ Vargas Aravena. “Responsabilidad civil en el ámbito matrimonial según la jurisprudencia chilena”: 161-162.

¹⁹⁶ Stanford Valencia y Torres Gálvez, “Adulterio y responsabilidad civil”: 72.

civil. En definitiva, el artículo tiene por objeto mantener en la legislación la exigencia de fidelidad y la definición del adulterio y facilitar todas las sanciones civiles.¹⁹⁷

La pregunta de si procede en derecho atribuir al cónyuge adúltero sanciones distintas de las especificadas en el número 3.1.3 de este capítulo, debe contestarse afirmativamente. De acuerdo con el elemento gramatical, el artículo 132 no establece esa determinación, pero sí la necesidad de que las sanciones que se vayan a aplicar se encuentren previstas en la ley. En Chile, el derecho privado defiende la reparación del daño causado a terceros como regla general, por lo cual a falta de pronunciamiento en contrario del legislador, se concluye que sanciones no expresamente contempladas para el adulterio, pero aplicables como regla general en derecho privado, como la indemnización por daños, resultan plenamente aplicables. Además, esta norma tiene una orientación garantista, por lo cual concede un margen de apertura a la aplicación de cualquiera de las sanciones que la legislación haya dispuesto, con el fin de resguardar los derechos e intereses del cónyuge inocente. Asimismo, la creación del artículo 132 evidencia que el legislador quería fortalecer las sanciones civiles respecto del adulterio como contrapartida de su despenalización.¹⁹⁸

Si bien la normativa no regula específicamente, de forma concreta, la indemnización por responsabilidad civil, tampoco la prohíbe ni excluye, pues se pueden armonizar normas, esto al parecer queda en manos de los administradores de justicia, el decidir si aceptan o no dicha indemnización. La cuestión es que se trata de un tema sensible en una sociedad donde la familia es un elemento básico de esta y las demandas de índole económica por indemnización, podrían dar lugar a una avalancha de demandas por otros motivos, como el

¹⁹⁷ Stanford Valencia y Torres Gálvez, "Adulterio y responsabilidad civil": 75.

¹⁹⁸ Stanford Valencia y Torres Gálvez: 75.

adulterio, de forma tal que se procure cobrar el daño moral por el dolor infringido por el adulterio del cónyuge culpable.

3.1.5. Propuesta doctrinaria para solución a nivel judicial (elementos de la responsabilidad civil aplicados a la infidelidad conyugal).

Ya que la normativa chilena es omisa, los fallos de las cortes de apelaciones son inconsistentes y, en definitiva, la controversia no ha sido resuelta por la Corte Suprema. Para examinar el estado de la cuestión planteado en este trabajo, comparando el derecho chileno, se tienen en cuenta propuestas de solución elaboradas por autores¹⁹⁹ y dirigidas a las autoridades jurisdiccionales, con el criterio de que deberían resolver de esa manera.

A continuación se analizan los elementos de dicha propuesta.²⁰⁰

3.1.5. a. Conducta voluntaria.

La conducta que configure una infracción al deber de fidelidad matrimonial debe ser positiva, pues no parece concebible la infidelidad por una omisión. Además, la conducta que puede generar responsabilidad civil por incumplimiento del deber de fidelidad, para concretarse, necesita la colaboración de una tercera persona hacia quien se dirigen las acciones sentimentales o de connotación sexual que se deben exclusivamente al otro cónyuge.²⁰¹

¹⁹⁹ Principalmente la desarrollada por el jurista chileno Hernán Corral Talciani (2017).

²⁰⁰ En cuanto a si se trata de propuesta de responsabilidad contractual o extracontractual, la diferencia no tiene relevancia práctica en estas materias. En Chile también se admite el daño moral en la responsabilidad contractual cuando el contrato protege intereses no patrimoniales (caso del matrimonio y sus deberes si se les entiende como contractuales) y no se identifican diferencias relevantes en cuanto a la ilicitud y nexos causal. Hernán Corral Talciani. "Daños por infracción del deber matrimonial de fidelidad. Una cuestión nuclear en el debate sobre la responsabilidad civil", *Revista Ius et Praxis*, vol. 23, n. 2 (2017): 130-131.

²⁰¹ Corral Talciani. "Daños por infracción del deber matrimonial de fidelidad. Una cuestión nuclear en el debate sobre la responsabilidad civil": 131.

3.1.5. b. *Ilícitud.*

La antijuridicidad o ilicitud se configura por el incumplimiento del deber conyugal de guardarse fe. Desde la antigüedad, la violación de la fidelidad conyugal recibe el nombre de adulterio. El Código Civil chileno en el artículo 132 establece que “*Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el varón casado que yace con mujer que no sea su cónyuge*”, y lo dimensiona como “*una grave infracción al deber de fidelidad que impone el matrimonio*”, pero con esto también implica que el adulterio es solo una de más posibles infracciones al deber de fidelidad, pudiendo haber otras de igual o menor gravedad. Pero es más, pues la comunidad de vida matrimonial no solo es física sino también emocional y sentimental, la fidelidad no puede referirse únicamente al elemento sexual y excluye no solo las relaciones sexuales con terceras personas, sino todos los actos propios de una relación amorosa o romántica, aunque no se llegue a la consumación por coito u otros comportamientos sexuales (como las “infidelidades virtuales” empleando las tecnologías informáticas e Internet). Para ser tal (y no una violación a los otros deberes conyugales), la infidelidad debe ser sexual o al menos sentimental.²⁰²

3.1.5. c. *Imputabilidad.*

Tratándose del adulterio o de otras infracciones al deber de fidelidad, no es posible su comisión por culpa o negligencia. La transgresión de este deber conyugal exige plena intención y, por lo tanto, se trata de comisión dolosa. El artículo 44 del Código Civil chileno define el dolo como la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro, y la palabra “injuria” está tomada en el sentido de algo injusto o contrario a Derecho. Por ello actúa dolosamente aquel que tiene conciencia de estar obrando ilícitamente y con

²⁰² Corral Talciani. “Daños por infracción del deber matrimonial de fidelidad. Una cuestión nuclear en el debate sobre la responsabilidad civil”: 132-133.

conciencia del daño que su actuación causará a otra persona, aunque lo haga directamente para obtener una gratificación propia. Por eso quien adultera o es infiel a sus promesas matrimoniales, sabe que con ello, comete una injusticia contra su pareja. Que quiera o no dañarla no es relevante para los efectos de responsabilidad civil provocada por una actuación dolosa.²⁰³

3.1.5. d. Daño indemnizable.

La sola transgresión del deber de fidelidad no es suficiente para hacer surgir el derecho de la persona a ser indemnizada. Si bien la vulneración de un derecho o el incumplimiento de un deber es una conducta antijurídica, ello no implica necesariamente que tal comportamiento ilícito haya causado perjuicios indemnizables. Igualmente, el daño debe tener cierta magnitud superior a la simple molestia o el disgusto.²⁰⁴ Por ello, basta con comprobar que se ha sufrido daño moral, en el sentido de menoscabo de un bien no patrimonial, lo cual irroga una lesión a un interés moral por una persona obligada a respetarlo. En todo caso, debe tratarse de un dolor profundo, serio y duradero que merezca ser compensado por una indemnización pecuniaria, entendiendo que no cabe presumirlo de la sola infracción del deber de fidelidad y que el cónyuge demandante debe probarlo.²⁰⁵

Pero tampoco se debe llegar al extremo de sostener que solo puede indemnizarse el adulterio, cuando produce daños como el dolor y la lesión a la dignidad o la integridad psíquica del cónyuge afectado. Por ejemplo, si por adulterio la mujer engendra un hijo con un tercero, pero engaña al marido y por años le hace creer que es su hijo, en estos casos, procederá la indemnización civil, aunque no parece reparar daños producidos por el

²⁰³ Corral Talciani: 134-135.

²⁰⁴ Corral Talciani: 135.

²⁰⁵ Corral Talciani. "Daños por infracción del deber matrimonial de fidelidad. Una cuestión nuclear en el debate sobre la responsabilidad civil": 136-137.

adulterio, tanto como por la ocultación de la verdadera paternidad.²⁰⁶ En contra de quien sostenga que en estos casos el daño provocado por infidelidad, de alguna forma, es subsumido en el daño originado por la atribución dolosa de paternidad, por ello no cabría separarlo como partida indemnizatoria autónoma. Corral Talciani considera que el daño causado por el incumplimiento del deber de fidelidad no tiene por qué ser subsumido en el de atribución de falsa paternidad. Lo correspondiente es que se reparen todos los perjuicios causados: los de infidelidad, si los hubo, y además los de atribución maliciosa de una paternidad falsa; pues bien podría haber adulterio, pero sin que la mujer procediera a ocultar la verdadera filiación del hijo.²⁰⁷

3.1.5. e. Relación causal.

Debe acreditarse que el daño moral experimentado tiene como causa directa el adulterio o la infidelidad del cónyuge, pues la existencia de un nexo causal entre el hecho ilícito y el daño de la víctima es un elemento de la responsabilidad civil.²⁰⁸

3.2. Deberes maritales y responsabilidad civil en Argentina: del Código de Vélez Sarsfield al Código Civil y Comercial de la Nación.

El derecho de familia chileno ha compartido con el derecho argentino una evolución histórica semejante en materia de regulación legal del matrimonio. Sin embargo, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación argentina²⁰⁹ marcó diferencias entre ambos regímenes jurídicos. Efectivamente, el derecho de familia argentino actual optó de forma expresa, por suprimir de contenido jurídico el deber de fidelidad de los cónyuges y por

²⁰⁶ Corral Talciani: 135-136.

²⁰⁷ Corral Talciani: nota al pie n° 43.

²⁰⁸ Hernán Corral Talciani. "Daños por infracción del deber matrimonial de fidelidad. Una cuestión nuclear en el debate sobre la responsabilidad civil": 137.

²⁰⁹ Ley 26.994 sancionada el 1 de octubre de 2014, promulgada el 7 de octubre de 2014, publicada en el *Boletín Oficial* el 10 de octubre de 2014 y que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015.

eliminar el divorcio por falta imputable al otro, resolviendo así la cuestión sobre la procedencia de la indemnización de perjuicios, en caso de infracción de dicho deber. En el derecho chileno, en cambio, la tradicional discusión acerca de la calificación del deber de fidelidad (meramente moral o jurídico) no ha sido resuelta y continúa el debate doctrinal sobre las consecuencias patrimoniales que debieran asignársele al incumplimiento de los deberes personales provenientes del matrimonio, más allá de la procedencia del divorcio por culpa.²¹⁰

La pregunta por la procedencia de indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento de deberes maritales adquiere relevancia en aquel ordenamiento que carece de una norma y expresamente la admita o la excluya, en el cual los tribunales de justicia no han podido integrar las normas vigentes para resolver la discusión mediante jurisprudencia uniforme. Por eso es de gran interés apreciar el impacto que ha tenido en Argentina la reforma dicha antes en esta materia, cómo ha incidido en la dilucidación del problema y cómo, a pesar de la reforma legal y de las intenciones al realizarla, subsiste la posibilidad de extender el ámbito de aplicación de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones personales entre los cónyuges por la vía de identificar otros intereses legítimos vulnerados.²¹¹

²¹⁰ Turner Saelzer, “Infidelidad, culpa, divorcio e indemnización de perjuicios en el derecho matrimonial argentino y chileno”: 106-107.

²¹¹ Turner Saelzer, “Infidelidad, culpa, divorcio e indemnización de perjuicios en el derecho matrimonial argentino y chileno”: 107.

3.2.1. Realidad jurídica durante la vigencia del Código Civil de Argentina.

No es sino hasta el 1 de agosto de 2015, con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, el Código de Vélez Sarsfield²¹² que se reguló, entre muchas otras materias, el deber de fidelidad entre cónyuges y las consecuencias de su incumplimiento. Dicho Código dedicaba un capítulo dentro de la institución del matrimonio a detallar los derechos y deberes entre los cónyuges. Se enumeraban los deberes de fidelidad, asistencia, alimentos y el de convivencia. Dichos deberes formaban parte del orden público familiar por encontrarse en normas de carácter imperativo, indisponibles para los cónyuges. Infringir el deber de fidelidad era tanto causal de separación personal como de divorcio por falta imputable al otro cónyuge. Pero, además de estas sanciones para el cónyuge infractor, el adulterio también estaba tipificado como delito.²¹³

Por incumplimiento de deberes matrimoniales no existía norma expresa que reconociera el derecho a la indemnización civil a favor del cónyuge inocente. Esta omisión puede entenderse como la voluntad de no admitirlo o, como una ratificación del principio general consagrado en el artículo 1109²¹⁴ (según el cual toda persona que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio). Dicha omisión de norma especial sobre la procedencia o improcedencia de la indemnización de perjuicios frente al incumplimiento del deber matrimonial de guardarse

²¹² Código Civil de la República Argentina, aprobado por el Congreso Argentino en 1869, entró en vigencia el 1 de enero de 1871.

²¹³ Turner Saelzer: 108.

²¹⁴ Ricardo Dutto. *Daños ocasionados en las relaciones de familia*. (Buenos Aires, Hammurabi, 2006), 86. Citado por Susan Turner Saelzer, "Infidelidad, culpa, divorcio e indemnización de perjuicios en el derecho matrimonial argentino y chileno", *Revista de Derecho Privado*, n. 35 (2018): nota al pie n° 12.

fe dio lugar a una interesante discusión tanto en la doctrina como en la jurisprudencia argentina.²¹⁵

La doctrina se dividió entre quienes consideraban procedente la responsabilidad civil frente al incumplimiento de los deberes matrimoniales y aquellos que no. Mayoritariamente, se aceptaba la indemnización de perjuicios por el daño moral provocado por la causal de divorcio culpable e incluso por el divorcio en sí mismo. Otros, en cambio, se mostraban contrarios a la procedencia del resarcimiento civil por el incumplimiento de los deberes personales. Existían además tesis intermedias, las cuales aceptaban la indemnización de perjuicios en el caso de que el daño derive de los hechos constituidos en la causal de divorcio por culpa de una expansión y gravedad que por sí, al margen de la separación conyugal y de su disolución, entrañen un verdadero daño moral agregado a la persona del cónyuge.²¹⁶

Si bien en Argentina desde 1942 se conocen demandas indemnizatorias por incumplimiento del deber de fidelidad (a la que siguieron únicamente tres más: 1943, 1957 y 1970)²¹⁷, la verdad es que la evolución en los fallos no fue consistente ni para acogerlas o rechazarlas. En ese sentido, por ejemplo, durante la década de 1980, algunos fallos admitían la indemnización en favor del cónyuge inocente, mientras que otros denegaban tal derecho²¹⁸, lo cual generaba tanta incerteza que en el año de 1994 el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelación en lo Civil aprobó con carácter obligatorio para los tribunales de ese país el principio de la procedencia de la reparación civil en el divorcio por culpa²¹⁹;

²¹⁵ Turner Saelzer, "Infidelidad, culpa, divorcio e indemnización de perjuicios en el derecho matrimonial argentino y chileno": 109-110.

²¹⁶ Turner Saelzer: 110.

²¹⁷ Turner Saelzer: 110.

²¹⁸ Turner Saelzer: 111.

²¹⁹ Turner Saelzer: 111.

sin embargo, el plenario no logró unificar la jurisprudencia posterior porque dejó algunos aspectos esenciales sin definir.²²⁰ A pesar de todo lo anterior, puede decirse que la jurisprudencia mayoritaria anterior a la vigencia del Código Civil y Comercial se mostraba a favor de la procedencia de la reparación civil.²²¹

3.2.2. Cambios introducidos por el Código Civil y Comercial de la Nación.

A diferencia del Código de Vélez Sarsfield (según el cual los deberes de fidelidad, asistencia, alimentos y convivencia formaban parte del orden público familiar y eran verdaderos deberes jurídicos); el Código Civil y Comercial de la Nación separa los deberes matrimoniales que constituyen una verdadera obligación jurídica (entre los que incluye los deberes de asistencia y de alimentos), de aquellos que tienen un contenido exclusivamente moral (entre los que identifica los de cooperación, cohabitación y fidelidad); estos, si bien forman parte del proyecto de vida en común acordado por los cónyuges y tienen alto valor, no pueden exigirse forzosamente y su incumplimiento no genera consecuencias jurídicas. En otras palabras, la violación de alguno de los deberes morales no es antijurídica y por lo tanto, no resulta procedente indemnización de perjuicios en contra del infractor.²²² Dicha diferenciación aduce como fundamento, entre otras cosas, la idea de que responde a un cambio de principios. La nueva norma afirma alejarse del concepto de matrimonio influenciado por convicciones religiosas y en su lugar acoge un modelo secular en el cual fomenta la libertad de intimidad, de conciencia y religiosa, en este la eliminación del deber jurídico de fidelidad devuelve a los cónyuges el poder de decisión sobre las relaciones internas del matrimonio, impidiendo intromisiones arbitrarias del derecho en la convivencia

²²⁰ Turner Saelzer: 112.

²²¹ Turner Saelzer, "Infidelidad, culpa, divorcio e indemnización de perjuicios en el derecho matrimonial argentino y chileno": 112.

²²² Turner Saelzer: 114-115.

de las parejas. Serán ellas quienes definan la fidelidad, según el proyecto de vida conjunto que hayan asumido.²²³

Además de lo anterior, el Código Civil y Comercial adoptó eliminar las causales de divorcio por culpa, con fundamento en que los divorcios contenciosos generan consecuencias dañosas a los cónyuges y a sus familias, por ello se enfoca en los efectos y no en las causas del divorcio y pretende resolver la crisis matrimonial de la manera más pacífica posible.²²⁴

Del estudio del derecho comparado, se debe tener claridad que deben distinguirse dos ámbitos en los cuales un cónyuge podría sufrir un daño causado por el otro: el producido en tanto persona, independientemente de la existencia del matrimonio y aquel que soporta en cuanto cónyuge, porque hubo una infracción de un deber propio del matrimonio. En el primero resulta irrelevante que el autor del daño sea cónyuge de la víctima, en el segundo el hecho constituye un presupuesto para la ocurrencia del daño. Una lesión física causada por un cónyuge a otro es un hecho antijurídico que causa daño, y el cónyuge victimario debe resarcir los perjuicios sufridos por el cónyuge víctima, porque el matrimonio no anula ni disminuye los derechos fundamentales de que es titular cada cónyuge; es decir, el matrimonio no es causal de justificación ni ampara un derecho a dañar. En cambio, el daño sufrido por una persona en su condición de cónyuge, se produce por el incumplimiento de un deber surgido del vínculo matrimonial, de allí que víctima y victimario necesariamente deban ser cónyuges.²²⁵

²²³ Turner Saelzer, "Infidelidad, culpa, divorcio e indemnización de perjuicios en el derecho matrimonial argentino y chileno": 117.

²²⁴ Turner Saelzer, "Infidelidad, culpa, divorcio e indemnización de perjuicios en el derecho matrimonial argentino y chileno": 115-116.

²²⁵ Turner Saelzer: 116-117.

De lo dicho resulta evidente que los cambios introducidos por el Código Civil y de Comercio, al modificar la naturaleza jurídica de los deberes matrimoniales y eliminar el divorcio por culpa, tienen como efecto que la infidelidad de cualquiera de los cónyuges queda limitada a su esfera privada, por constituir meramente una infracción a un deber moral emanado del matrimonio²²⁶, de manera que podrán perdonarlo o no, pero en ningún caso, cabrá una indemnización de los perjuicios sufridos. La única solución frente al incumplimiento del deber moral es solicitar el divorcio, independientemente de los motivos.²²⁷

3.2.3. Resultado de la experiencia argentina con relación a la responsabilidad civil.

La experiencia argentina muestra que una vía para afirmar la improcedencia de la responsabilidad civil consiste en la reconfiguración de los deberes personales del matrimonio y del sistema de divorcio. Se trata de una fórmula doble: por un lado, se extrae del ámbito jurídico el deber de fidelidad matrimonial, designándolo como deber moral y, por otro, se elimina la culpa en el divorcio. Esta reforma legal en dos frentes (deberes personales de los cónyuges son meramente morales y divorcio incausado o inexistencia del divorcio por culpa) refuerza la tesis de la improcedencia, pues deja al cónyuge que sufrió la infidelidad, sin un título legal que declare de manera inequívoca la culpa del infractor, dicho título antes era la sentencia que acogía el divorcio por culpa. Esto significa que debe

²²⁶ La jurista Aída Kemelmajer de Carlucci hace ver que su opinión contraria a la procedencia de daños por infidelidad conyugal se fundamenta, no en la eliminación del divorcio causado, sino en que el nuevo artículo 431 del Código Civil y Comercial califica como “moral” al deber de fidelidad matrimonial. Aída Kemelmajer de Carlucci. “La eliminación del divorcio contencioso en el proyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina y su incidencia en el Derecho de Daños”, en: Cristián Lepin y David Vargas (editores). *Responsabilidad Civil y familia*. (Santiago, Thomson Reuters, 2015), pp. 194-221. Citado por Hernán Corral Talciani. “Daños por infracción del deber matrimonial de fidelidad. Una cuestión nuclear en el debate sobre la responsabilidad civil”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 23, n. 2 (2017): nota al pie n° 22.

²²⁷ Turner Saelzer, “Infidelidad, culpa, divorcio e indemnización de perjuicios en el derecho matrimonial argentino y chileno”: 117.

probarse el elemento subjetivo de la responsabilidad civil y también la antijuridicidad del hecho sobre la base de un interés protegido distinto del mero cumplimiento de un deber matrimonial; es decir, de un interés independiente de la existencia del matrimonio.²²⁸

Y efectivamente, desde la entrada en vigencia de las reformas aludidas, se realizan esfuerzos dogmáticos para conceptualizar intereses distintos al incumplimiento de deberes conyugales que puedan aducirse a favor de una obligación indemnizatoria. Un ejemplo interesante de ese esfuerzo, es la denominada tutela al “proyecto de vida” y de los daños que puedan causar a este aspecto de la identidad del ser humano, el cual resulta particularmente viable en los supuestos de falsa atribución de paternidad matrimonial.²²⁹ Toda esta búsqueda de razones jurídicas evidencia que contra la declarada improcedencia de la responsabilidad civil por daños sufridos como consecuencia de incumplimiento de deberes conyugales en Argentina, subsiste el interés de indemnizar daños causados por uno de los cónyuges y que este hecho debería abonarse a la afirmación de que, con independencia de la denominación dada o los criterios de imputación empleados, se trata de intereses merecedores de tutela jurídica.

²²⁸ Turner Saelzer: 125.

²²⁹ Aldana Belén Prost. “¿Procede la indemnización por daño al proyecto de vida en los supuestos de falsa atribución de paternidad?” (Trabajo presentado en las Jornadas sobre el Nuevo Código Civil y Comercial preparatorias de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 5-6 de diciembre de 2014).

3.3. El engaño de paternidad en España

3.3.1. Familia y Responsabilidad Civil en el nuevo derecho español.

En contra de la regulación civil decimonónica del Derecho de familia, que consideraba a las instituciones familiares exentas del ámbito de aplicación de la responsabilidad civil ordinaria, en el Derecho español cada vez son más constantes las opiniones que defienden una mayor presencia del Derecho de daños en el ámbito propio del Derecho de familia.²³⁰

Muestra de esta tendencia es la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España que, salvo algún pronunciamiento aislado, empieza a admitir la aplicación de las normas del derecho de daños en el ámbito familiar, a partir de la sentencia de 30 de junio de 2009²³¹ que específicamente formuló remedio a aquellos casos en los cuales un progenitor obstaculiza el derecho del otro a relacionarse con sus hijos y, además, lo hace según el régimen general de la responsabilidad por culpa del artículo 1902 del Código Civil, admitiendo, asimismo, la función punitiva de la indemnización por daño moral, aludiendo al principio de sanción del progenitor incumplidor.²³²

²³⁰ Roberto Pérez Gallego. ««Nuevos daños» en el ámbito del Derecho de Familia. Los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica.», *Revista de Derecho Civil*, vol. 2, n. 3 (2015): 142.

²³¹ Mediante la cual se estimó la obligación de indemnizar el daño moral ocasionado al padre por trasladarse la madre junto con el hijo al extranjero, privándole no solo del ejercicio de la guarda y custodia sino también de tener cualquier tipo de relación con él. Raquel Martín Sanz, «La incidencia del derecho de daños en el derecho de familia» (Trabajo Final para optar al Grado en Derecho, Valladolid, Universidad de Valladolid, 2018), nota al pie n° 49.

²³² Pérez Gallego. ««Nuevos daños» en el ámbito del Derecho de Familia. Los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica: 143.

3.3.2. Infidelidad u ocultación de la paternidad como factor de atribución de responsabilidad.

Salvo excepciones, históricamente la doctrina española mayoritaria ha entendido que los deberes conyugales no constituyen obligaciones jurídicas *stricto sensu*, sino que representan simples deberes ético-morales, cuyo cumplimiento está sujeto a la conciencia de los cónyuges, siendo esencialmente incoercibles, pues no se puede exigir su cumplimiento forzoso.²³³

En la actualidad la opinión está dividida: hay quienes sostienen que los deberes conyugales son verdaderos deberes jurídicos y aducen el mero hecho de su incorporación a la norma y también que la propia Ley 15/2005 de 8 de julio introduce deberes nuevos en el artículo 68 del Código Civil.²³⁴ Otros, en cambio, entienden de una manera diferente las implicaciones de la entrada en vigor de esa norma y afirman que al suprimir las sanciones jurídicas derivadas del incumplimiento de estos deberes (divorcio causado) establecidos por el Código Civil hasta la aprobación de la Ley 15/2005; su naturaleza jurídica queda bastante difuminada porque el legislador, cuando modifica el Código Civil y suprime las causas para solicitar la separación o el divorcio, no establece una forma de resarcimiento del daño moral que la infidelidad haya podido causar al cónyuge fiel y cumplidor de su deber; por eso, la vulneración del deber de fidelidad, aunque puede llevar un reproche social, no implica consecuencias jurídicas derivadas de su violación, en consecuencia, la infidelidad en sí misma no da lugar al resarcimiento por daño moral.²³⁵

²³³ Pérez Gallego: 143.

²³⁴ Pérez Gallego: 143-144.

²³⁵ Juan Manuel Murillas Escudero. "La responsabilidad civil extracontractual por daños morales en la relación conyugal.", *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, n. 13 (2015): 112.

En general, puede decirse que de la exclusividad sexual, aspecto propio del deber conyugal de fidelidad²³⁶, el derecho solo deduce la presunción de paternidad matrimonial (esa es su función actual²³⁷), pero la infidelidad no se sanciona como ilícito civil y casi únicamente puede constituirse en posible causa de desheredación, de pérdida del derecho de alimentos o de revocación de las donaciones efectuadas por razón del matrimonio.²³⁸

Pero, si bien el incumplimiento del deber de fidelidad puede no considerarse una causa suficiente de peso para reclamar indemnización por los posibles daños psicológicos o emocionales que pueda sufrir uno de los cónyuges²³⁹; la situación cambia cuando a la infidelidad se le añade la concepción de un hijo no perteneciente al matrimonio sino a la relación que la madre mantuvo con un tercero durante el matrimonio.²⁴⁰ En estos casos, encontrando acuerdo en cuanto a los requisitos que deban concurrir (entre otros; acción u omisión culpable de la madre, existencia de daño moral, relación causal), se derivarían unas consecuencias jurídicas, pero no por incumplimiento de la obligación de guardarse fidelidad

²³⁶ La obligación recíproca de guardarse fidelidad debe ser entendida en su concreto contexto socio-cultural, por eso la infidelidad ha sido objeto de múltiples interpretaciones según las épocas. En las sociedades contemporáneas, sin embargo, el deber de fidelidad ha evolucionado hacia una concepción más amplia, que abarca tanto el ámbito espiritual o afectivo como el físico o sexual; el contenido de los deberes conyugales se enmarca normativamente dentro de la cláusula general de la igualdad recíproca de los cónyuges y de la actuación en interés de la familia, formando parte de la misma la fidelidad, la confianza y lealtad recíproca y el no descuidar la dedicación física y espiritual del otro cónyuge. Tiene que ver, por lo tanto, con la confianza recíproca, la lealtad y el respeto a la dignidad de la persona del otro cónyuge, así como también con el deber de respeto mutuo. Roberto Pérez Gallego. “«Nuevos daños» en el ámbito del Derecho de Familia. Los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica.”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 2, n. 3 (2015): 144.

²³⁷ Tal vez la principal razón por la que aún se enuncia el deber de fidelidad sea su necesidad para justificar la presunción legal de paternidad matrimonial, pues ésta solo puede derivar lógicamente de la previa existencia de aquél. Verónica Nevado Catalán. “Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad.”, *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, n. 4 (2018): 11.

²³⁸ Pérez Gallego. “«Nuevos daños» en el ámbito del Derecho de Familia. Los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica: 144.

²³⁹ Raquel Martín Sanz, “La incidencia del derecho de daños en el derecho de familia” (Trabajo Final para optar al Grado en Derecho, Valladolid, Universidad de Valladolid, 2018), 21.

²⁴⁰ Martín Sanz, “La incidencia del derecho de daños en el derecho de familia”, 22.

por parte de los cónyuges, sino por un hecho distinto: el ocultamiento de la verdadera paternidad biológica del hijo.²⁴¹

3.3.3. Doctrina del Tribunal Supremo de España respecto al tema de la infidelidad con ocultación de la verdadera paternidad biológica del hijo.

Respecto al tema de la infidelidad con ocultación de la verdadera paternidad biológica del hijo, han sido cuatro las sentencias del Tribunal Supremo que han tratado la materia: sentencias 22-07-1999 (RJ 5721); 30-07-1999 (RJ 5726); 14-07-2010 (RJ 5152) y 18-06-2012 (RJ 6849). La doctrina emanada en estas sentencias sobre reclamación de daños morales por ocultación de la verdadera paternidad biológica, no ha aportado una doctrina clara y coherente, aunque todas rechazan la pretensión sobre la reparación económica del daño moral al cónyuge, cuando ha mediado ocultación de la verdadera paternidad.²⁴²

En relación con las preguntas que al respecto son relevantes²⁴³, la jurisprudencia posterior a la entrada en vigor de la Ley 15/2005 contiene respuestas diversas y no es posible establecer con carácter general, un patrón de identificación del daño, aun estando todas ellas de acuerdo en la existencia de un daño moral reparable; no obstante, hay una diferente fundamentación: la ocultación negligente y, hasta en algún caso, dolosa, de la paternidad, la concepción de los hijos de manera negligente, o bien la negligencia por falta

²⁴¹ Murillas Escudero. “La responsabilidad civil extracontractual por daños morales en la relación conyugal.”: 114.

²⁴² Murillas Escudero: 114-115.

²⁴³ Por ejemplo: “¿cuáles son los daños resarcibles si los incumplimientos de los deberes conyugales ya no son causa de separación o divorcio? ¿Se debe aplicar el derecho de daños en las relaciones familiares como sanción de una conducta? ¿Es la infidelidad una manifestación del derecho a la libertad personal y el libre desarrollo de la personalidad? ¿Cómo compaginar el reproche ético de la infidelidad y el consiguiente resarcimiento del daño con la inexistencia de culpa? ¿Dónde reside el ilícito civil en la infidelidad, en sí misma, o en sus consecuencias procreadoras?” Roberto Pérez Gallego. “«Nuevos daños» en el ámbito del Derecho de Familia. Los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica.”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 2, n. 3 (2015): 154.

de diligencia debida a la hora de no haberse hecho las pruebas de paternidad de forma inmediata e, incluso, el enriquecimiento injusto o la propia concepción irresponsable de hijos extramatrimoniales al desconocer la eficacia relativa de los métodos anticonceptivos usados.²⁴⁴

En todo caso, aunque los tribunales mantienen la inmunidad de los cónyuges en el incumplimiento de los deberes conyugales y por tanto la infidelidad por sí sola no otorga un derecho de indemnización por el daño moral, cuando la esposa haya mantenido relaciones sexuales con un tercero sin consentimiento/conocimiento del marido y haya concebido uno o más hijos extramatrimoniales, ocultándole la verdadera paternidad biológica, concurriendo dolo o culpa grave, podrá ejercitar éste la acción del art. 1.902 por el daño moral causado. No puede haber inmunidad en el seno de las relaciones conyugales, cuando se reclamen daños morales derivados de la ocultación de la verdadera paternidad.²⁴⁵

3.3.4. Propuesta doctrinaria de solución judicial.

De manera similar a lo desarrollado en la parte 3.1.6., referido a una propuesta surgida en la doctrina chilena, se reporta acá el análisis de los elementos que posibilitarían aplicar la responsabilidad civil como instrumento para reparar los daños morales y patrimoniales derivados específicamente de la atribución indebida de paternidad en el derecho español.

²⁴⁴ Pérez Gallego. “«Nuevos daños» en el ámbito del Derecho de Familia. Los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica.”: 155.

²⁴⁵ Murillas Escudero. “La responsabilidad civil extracontractual por daños morales en la relación conyugal.”: 123.

3.3.4. a. Conducta dañosa: ¿infidelidad, concepción u ocultación o engaño sobre la paternidad?

Si bien ni el carácter libre ni el causal del divorcio incide en el análisis de la resarcibilidad del daño moral derivado de una infidelidad, porque ni antes ni después de aprobarse la Ley 15/2005 esta era indemnizable. Sin embargo, el hecho de que no lo sea, no debería impedir estimar una reclamación por los daños derivados del engaño de paternidad.²⁴⁶

La concepción, por otra parte, aunque derive de la infracción del deber de fidelidad, tampoco es una conducta que genere el deber de indemnizar. La decisión sobre si se tienen hijos y con quién está dentro de la libertad procreativa de cada individuo y no permite a un tercero obtener una indemnización por daños.²⁴⁷

Por lo tanto, la conducta de la cual se derivan daños indemnizables es la ocultación de la verdadera paternidad (no la infidelidad ni la concepción), porque este engaño supone imponer la filiación a una persona que no es el progenitor, sin permitirle decidir de forma libre e informada si la asume (hay que dimensionar el impacto que la paternidad tiene en la vida de una persona, pues de ella legalmente derivan obligaciones y también puede llegar a condicionar decisiones vitales). Además, resultan previsibles los graves trastornos producidos en quien creía ser el progenitor de sus hijos, tanto el descubrimiento de la verdad biológica, como la posible pérdida de la filiación legal y de la relación paterno-filial.²⁴⁸

²⁴⁶ Verónica Nevado Catalán. “Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad.”, *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, n. 4 (2018): 12.

²⁴⁷ Nevado Catalán: 13.

²⁴⁸ Nevado Catalán: 14.

3.3.4. b. Dolo.

Ya que ningún precepto establece especialidades relativas al criterio de imputación subjetiva entre familiares y como no fue sino hasta hace poco más de veinte años cuando comenzaron a interponerse reclamaciones por atribuciones indebidas de paternidad, tampoco los tribunales han tenido ocasión de pronunciarse al respecto.²⁴⁹ Sin embargo, la tendencia ha sido exigir la concurrencia de dolo. Si bien el Tribunal Supremo de España no ha constituido jurisprudencia al respecto, desde que en la citada sentencia 22-07-1999 (RJ 5721) desestimó la pretensión porque no se apreció dolo en la conducta de la demandada²⁵⁰, las Audiencias Provinciales han interpretado ese fallo en el sentido de que una situación es indemnizable cuando, junto con los demás presupuestos, concurre conducta dolosa de la demandada.²⁵¹

El dolo exigido no se vincula con la intención específica de causar un daño, sino con la existencia de una ocultación o engaño respecto de la filiación biológica del menor, lo cual supone además que la madre tiene un conocimiento pleno y total certidumbre de la falta de paternidad del marido y no meramente dudas sobre ella.²⁵²

Más allá de estas pequeñas precisiones, en general el casuismo y los fallos contradictorios fortalecen la necesidad de un nuevo pronunciamiento del Tribunal Supremo que rectifique el criterio adoptado en 1999.²⁵³

²⁴⁹ Nevado Catalán: 14-15.

²⁵⁰ Nevado Catalán. "Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad.": 16.

²⁵¹ Nevado Catalán: 16.

²⁵² Nevado Catalán: 17.

²⁵³ Nevado Catalán: 19.

3.3.4. c. Daños extrapatrimoniales y daños patrimoniales.

La atribución indebida de paternidad supone una importante injerencia en la autonomía personal que puede vincularse con la infracción de la libertad individual.²⁵⁴ En la atribución indebida de paternidad el daño no es el establecimiento de una paternidad no correspondiente a la verdad biológica, pues esa circunstancia puede ser libremente asumida, y en ocasiones lo es, por el padre no biológico. Donde reside el daño es en la injerencia en la libertad individual, esta supone impedir la decisión a quien legítimamente le correspondía y ello con independencia de que la decisión hubiese podido ser la de asumir legalmente la paternidad y los deberes derivados de esta.²⁵⁵

Esta injerencia puede ocasionar daños de carácter patrimonial y extrapatrimonial. Entre los daños patrimoniales, destacan las reclamaciones por lo pagado en concepto de alimentos, pero también se ha demandado el reembolso de los gastos derivados del ejercicio de visitas, por el coste de la prueba de paternidad, de las terapias psicológicas y hasta el coste de la eliminación de un tatuaje con el nombre del hijo. Entre los daños no patrimoniales cuya compensación se ha reclamado, se encuentran los daños morales por el descubrimiento de la falta de vínculo biológico, por pérdida de la relación paterno-filial, por pérdida del vínculo legal de filiación, por daño al honor, la fama y la reputación e incluso por la esterilización irreversible del demandante.²⁵⁶

²⁵⁴ Nevado Catalán: 20-21.

²⁵⁵ Nevado Catalán. "Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad.": 21.

²⁵⁶ Nevado Catalán: 21.

3.3.4. d. Aspectos procesales de la acción.

En cuanto a la legitimación pasiva, es posible que la demanda de responsabilidad no se dirija exclusivamente contra la madre, sino también contra el padre biológico, quien podría responder si se acredita que conocía su paternidad y permitió que la asumiese por error quien creía ser el padre biológico.²⁵⁷

En cuanto a la legitimación activa, además de quien equivocadamente creía ser el padre biológico, al menos teóricamente debe tenerse en cuenta la posibilidad de indemnizar por los daños sufridos por el hijo; esta acción podría plantearse en nombre del menor o por el propio hijo mayor de edad.²⁵⁸

²⁵⁷ Nevado Catalán: 30.

²⁵⁸ Nevado Catalán: 33.

Capítulo 4

Análisis de la jurisprudencia nacional del derecho de daños en materia de filiación

Como lo describe el artículo 9 del Código Civil, la jurisprudencia tiene la función de informar el ordenamiento jurídico, complementándolo con reglas que reiteradamente los tribunales superiores extraigan por interpretación e integración de los diferentes cuerpos normativos. Ello supone una función creadora del juez, quien no aplica simplemente normas a casos, sino que es capaz de dar solución a los conflictos opuestos a su conocimiento, llenando las posibles lagunas existentes en el sistema, siempre dentro del marco de los principios integradores de una determinada rama del derecho.

Mediante la revisión de resoluciones del Tribunal de Familia y la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en el presente capítulo se compilan diferentes criterios desarrollados por dichos tribunales en la resolución de casos, relevantes para el análisis de la posibilidad de indemnizar daños causados al marido por la falsa atribución de paternidad. Dicha compilación revela un patrón evolutivo, mediante el cual se han desarrollado normas que complementan a las previamente desarrolladas.

A partir de que no ha sido formulado ni resuelto un caso en el cual exactamente se conozca y decida acción de daños por falsa atribución de paternidad, se estudian aspectos relevantes en relación con el problema, los cuales sí han sido resueltos por los tribunales nacionales. En consecuencia, se examina en primer lugar, la posibilidad de aplicar el régimen de responsabilidad civil dentro del derecho de familia. Además, es relevante investigar si es procedente atribuir responsabilidad por hechos diferentes a los delimitados por el artículo 48 bis y, si es procedente, en qué condiciones se daría.

Posteriormente, se identifican los presupuestos definidos por la jurisprudencia para que concurra responsabilidad civil. Se examinan algunos factores de atribución, relacionados con el ejercicio materno de la patria potestad y la naturaleza de los daños posibles dentro de la relación matrimonial. Por último, se estudia el grado de autonomía de la acción de daños y perjuicios en derecho de familia y la acumulación de las pretensiones de divorcio y de impugnación de paternidad.

4.1. Posibilidad de aplicar fuentes supletorias del derecho (régimen de responsabilidad civil) en ausencia de norma especial aplicable ante el incumplimiento de deberes familiares

Mediante el estudio de dos votos del Tribunal de Familia que desarrollan el tema, se comprobará que la jurisprudencia nacional ha sido abierta a la aplicación sistemática del ordenamiento jurídico, recurriendo a fuentes supletorias en ausencia de normativa específica, para dar solución a controversias. Puede afirmarse que, frente al incumplimiento de deberes familiares, es posible analizar si ha existido un incumplimiento doloso o culposo al principio de no causar daño a los demás, de conformidad con las reglas del artículo 1045 y siguientes del Código Civil.

4.1.1. Responsabilidad civil con respecto a la obligación alimentaria al existir dolo o culpa del padre, previo a la declaratoria de paternidad.

En el voto n° 1712-03 de las ocho horas cuarenta minutos del veinticuatro de noviembre del año dos mil tres, el Tribunal de Familia constata que en una acción mediante la cual se solicita declarar la obligación del padre a pagar los alimentos que dejó de percibir su hijo por espacio de quince años (desde que nació hasta que se declaró la paternidad), la madre no estaba invocando ni el artículo 96 ni el 172 del Código de Familia, sino solicitando la aplicación de otras normas (incluso los principios generales del derecho).

El Tribunal delimitó que, para demandas como esta, la interrogante es si existe fundamento jurídico diferente a los artículos 96 y 172 del Código de Familia, entendiendo el ordenamiento en su totalidad y en una forma sistemática. Al responder esa pregunta, la labor del juez no es desentrañar el sentido gramatical de una norma, sino el de aplicar sistemáticamente todo el ordenamiento jurídico. Además, establece varios criterios axiológicos: en primer lugar, que la obligación de un padre no nace únicamente cuando el parentesco con el hijo es declarado; como segundo punto que la responsabilidad en cuanto al hijo es únicamente de la madre, hasta que se declare quién es el padre, para concluir que, en general, la irresponsabilidad del padre en el desarrollo de su hijo no puede pasar inadvertida para nuestro ordenamiento.

Al final, concluye que si bien existen normas a aplicar en una forma sencilla en procesos específicos sobre un tema (como los artículos 96 y 172), ello no puede agotar el tema de la responsabilidad en el cumplimiento de los deberes de familia y esa responsabilidad familiar debe responder a los mismos principios de la responsabilidad civil. De allí se considera que el artículo 1045 del Código Civil da la base para buscar una responsabilidad en un caso como este. Lo anterior quiere decir que la diferencia con normas con parámetros fijos, como el artículo 96 o 172 del Código de Familia, es que en ellas resulta indiferente el elemento subjetivo, motivo por el cual, para trascender los parámetros fijos de los artículos 96 y 172 del Código de Familia, se debe responder a una responsabilidad de tipo subjetivo, al mediar dolo o negligencia.

Conforme con lo anterior, como las situaciones normales o lícitas respecto al establecimiento de la paternidad están contenidas en los numerales 96 y 172 del Código de Familia, para considerar una responsabilidad mayor se debe analizar si ha existido dolo o culpa por parte del padre de previo a la declaratoria de paternidad: si ha existido una

infracción dolosa o culposa al principio de no causar daño a los demás, en este caso al niño y a la madre.

Por ello, acorde con todo lo anterior, ciertamente, de manera implícita existe en el ordenamiento jurídico un deber general de no dañar a los demás. Razón por la cual, en el caso de la paternidad y del cumplimiento responsable de los deberes de familia no puede entenderse que únicamente ante la declaratoria judicial de paternidad, nace la responsabilidad hacia el hijo. Si un hombre sabe que es padre e incluso actúa como tal aunque sea esporádicamente, ha de cuestionarse su dolo o culpa ante su inercia ante el desarrollo material y psicoafectivo del hijo y el recargo de responsabilidad sobre la madre. Si del caso concreto surge ese dolo o culpa, los cánones fijos de los artículos 96 y 172 del Código de Familia han de ser rebasados, para establecer la responsabilidad concreta ante la omisión al deber de cumplimiento responsable de los deberes familiares. Ello al tenor de la cláusula general del ordenamiento, como el artículo 1045 del Código Civil, el cual regula la responsabilidad civil subjetiva, que ya en el ámbito del derecho de familia se traduce en “responsabilidad civil-familiar”.

Así, siguiendo la línea de la teoría de la responsabilidad subjetiva, corresponde al actor demostrar el dolo o la culpa, porque solo si a un supuesto padre se le ha comunicado que lo es, y llega a esa convicción, internaliza tal situación y se muestra como tal, acercándose al concepto de posesión notoria de estado (artículo 93 del Código de Familia). Pero, si no cumple con sus deberes plenamente, ha de establecerse la existencia de un actuar al menos culposo de su parte y ha de analizarse su responsabilidad subjetiva. En el caso por resolver, lo planteado únicamente es la parte material de la manutención del niño y ello es lo que ha de considerarse.

En un caso similar, resuelto mediante voto n° 1710-03 de las ocho horas del veinticuatro de noviembre del año dos mil tres, el Tribunal de Familia también consideró que la actora tampoco invocaba los numerales 96 o 172, pues esta plantea que el demandado no veló por el hijo de ambos desde su nacimiento y hasta tanto se interpuso la demanda de alimentos. Ante el rechazo de la pretensión por parte del Juzgado de Familia, el cual precisamente adujo los dos artículos de marras, el Tribunal considera revocable dicha resolución argumentando que hay muchos casos para los cuales no existe una norma legal concreta y aun así obtienen una decisión favorable del ordenamiento jurídico, porque ante la ausencia de la normativa, el juez está posibilitado de utilizar otros mecanismos para dar soluciones a controversias, verbigracia, el uso de la analogía, la jurisprudencia o los principios generales del derecho. Así entonces, como en el caso del voto 1712-03, la pregunta que debe hacerse el Tribunal es si existe fundamento jurídico para esta demanda, entendiendo el ordenamiento en su totalidad y en una forma sistemática.

4.2. Posibilidad de atribuir responsabilidad civil por hechos distintos a las causales de divorcio establecidas por el artículo 48 bis del Código de Familia

El tema de la posibilidad de atribuir responsabilidad por daños y perjuicios ante diferentes causales establecidas por el artículo 48 bis del Código de Familia es tratado por el Tribunal de Familia en el voto 2201-04 de las ocho horas del catorce de diciembre de dos mil cuatro.²⁵⁹

²⁵⁹ Aunque ya en 1999, Ricardo González Mora concluye en su trabajo "Daños y perjuicios en el proceso de divorcio y de la separación judicial -Antología-" (Escuela Judicial, 1999) que si bien "desde un punto de vista doctrinal, es indudable la procedencia de la indemnización por daños y perjuicios derivados de las relaciones familiares. Desde un punto de vista normativo, la posibilidad de exigir reparación de daños y perjuicios parece quedar reducida a los casos expresamente mencionados en el artículo 48 bis del Código de Familia. Para extender la aplicación del principio indemnizatorio a los demás supuestos de divorcio y separación judicial, debe recurrirse a una interpretación integral y expansiva de las normas del Código Civil relativas a la responsabilidad civil extracontractual. En términos generales, la indemnización debe abarcar

Para un caso en el cual entre otros extremos se pedía indemnización por daños y perjuicios, invocando el artículo 48 bis, y aduciendo la causal de sevicia; se rechazó la acción, pues la causal de sevicia no sirvió de base para decretar la disolución del matrimonio, sino la separación de hecho, la cual, en todo caso, no presupone dentro de este sistema una culpabilidad y una sanción sino un remedio.

En relación con este cuadro fáctico, lo más interesante es el análisis jurídico porque, con vista en lo dispuesto por el mencionado artículo 48 bis²⁶⁰, el tribunal identifica que si en el Derecho de Familia se plantea una demanda por daños y perjuicios, se presentan algunos problemas de aplicación que la jurisprudencia deberá resolver. En primer lugar, si es posible la condenatoria en daños y perjuicios, cuando los hechos configuran causales diferentes a las tres esbozados en el artículo 48 bis del Código de Familia (sevicia, atentado y corrupción); en segundo término, si existen posibilidades residuales diferentes a esas tres causales con base en los principios del artículo 41 de la Constitución Política y 1045 del Código Civil; por último, si hay responsabilidad derivada de hechos que no dan lugar al divorcio y si por ellos se puede otorgar indemnización y si es así en qué casos procede.

Al respecto, el Tribunal es del criterio que la enumeración del artículo 48 bis es taxativa y por tanto no es de recibo analizar por separado un hecho como generador de responsabilidad al amparo de ese artículo, si el mismo no dio pie al divorcio. Sin embargo,

tanto daños morales como materiales, y no cabe su compensación, ni entender que se encuentran cancelados con el pago de la obligación alimentaria que pueda subsistir a favor del cónyuge inocente. Además, la reparación normalmente será en términos dinerarios y eventualmente podrá cobrarse también a terceros que participaron en la causal que origina el reclamo." (pp. 90 y 91). Dicha cita es referida en múltiples votos, tales como el 13-2014 de las quince horas y quince minutos del ocho de enero de dos mil catorce.

²⁶⁰ En el sentido de que de disolverse el vínculo matrimonial con base en las causales de sevicia, atentado y corrupción, el cónyuge inocente podrá pedir, conjuntamente con la acción de separación o de divorcio, daños y perjuicios de conformidad con el artículo 1045 del Código Civil (referido a la responsabilidad civil subjetiva).

a pesar de lo anterior, sí considera procedente atribuir responsabilidad con fundamento en hechos diferentes a los delimitados por el artículo 48 bis aunque para ingresar en el análisis de la posibilidad de aplicar los principios generales del artículo 41 de la Constitución Política y del artículo 1045 del Código Civil por hechos específicos diferentes a la causal que sirve de base para decretar el divorcio, la pretensión ha de ser muy específica y claramente diferenciada de la causal. Las condiciones en las cuales concurre dicha especificidad y clara diferenciación son clarificadas, como se verá en la sección siguiente, en voto posterior.

4.3. Presupuestos de la acción de responsabilidad civil

Existiendo la posibilidad de imputar responsabilidad civil dentro de las relaciones de familia, según votos estudiados en el apartado anterior, afianzándose en la larga tradición de la jurisprudencia nacional, en resolución n° 1792 de las 7:30 horas del 8 de noviembre de 2006, el Tribunal de Familia define los dos presupuestos que deben ser acreditados para el éxito de una acción de responsabilidad civil. El primero de ellos es la existencia de la infracción de una determinada norma procesal o de fondo por la ejecución de una conducta dolosa, culposa, imprudente o negligente, atribuible a la parte demandada. El segundo, que el demandante haya sufrido, real y efectivamente, daños y perjuicios, como consecuencia directa de aquella conducta ilegítima (existencia del daño o perjuicio y nexo de causalidad).

4.4. Ejercicio indebido de la patria potestad es factor de atribución de responsabilidad civil (conducta dolosa y antijurídica)

Mediante voto n° 45-94 de las diez horas con diez minutos del tres de marzo de mil novecientos noventa y cuatro, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia resolvió que quien ejerza la patria potestad responde por los daños causados, si la ejerce indebidamente. En el caso conocido, una madre incurre en conductas dañosas al ejercer inadecuadamente la patria potestad de su hijo menor, cobrando una pensión alimenticia a una persona que no era realmente el padre (y ella lo sabía) aunque lo indicara el Registro Civil, por lo cual debe responder al tenor de lo dispuesto por el artículo 1045 del Código Civil.

4.5. Daños y su naturaleza en la relación matrimonial

4.5.1. Posibilidad de reparar daño moral en la relación matrimonial.

Queda constatado en las secciones 4.1.1. y 4.4., que el daño indemnizable puede ser patrimonial. Sin embargo, el daño moral también es indemnizable, si se especifica adecuadamente la pretensión, aun por hechos distintos a los taxativamente enumerados por el artículo 48 bis del Código de Familia, como también se analiza en sección 4.2.

Desde el año dos mil quince, con la doctrina del voto 642-2015 de la Sala Segunda, rige la regla jurisprudencial de que el vínculo matrimonial no exime la reparación de daño moral, aun cuando la conducta antijurídica no se encuentre dentro de las causales establecidas por el artículo 48 bis. En esa ocasión, el Tribunal de Casación conoció un caso en el cual la actora promovió acción para declarar disuelto el vínculo matrimonial por la causal de adulterio y ordenar el pago de daño moral, entre otras. El Juzgado de Familia resolvió en 2014, declarar parcialmente con lugar la demanda, disolviendo el vínculo

matrimonial por la causal de adulterio, pero rechazando el extremo de daño moral y el de perjuicios. La actora apeló y el Tribunal de Familia confirmó la sentencia recurrida.

Al respecto la Sala consideró como no de recibo la interpretación de que, por no estar enumerada por el artículo 48 bis del Código de Familia, la pretensión de daños basada en el adulterio debe rechazarse. Si bien es cierto dicha norma prevé la posibilidad de que el cónyuge inocente demande indemnización por daños y perjuicios, cuando la disolución del vínculo matrimonial se basa en alguna de las causales de sevicia, atentado y corrupción, de conformidad con la responsabilidad subjetiva del artículo 1045 del Código Civil, cualquier interpretación de dicha norma debe relacionarse con lo dispuesto por el artículo 41 de la Constitución Política, en cuanto a que toda persona ha de encontrar reparación para los daños recibidos en su persona, propiedad o intereses morales. Así las cosas, en aplicación de esta disposición, no puede entenderse el artículo 48 bis en el sentido de proscripción de la posibilidad de obtener una indemnización en el supuesto de constatarse la existencia de daños y perjuicios causados a uno de los cónyuges con motivo del adulterio cometido por su pareja. Lo contrario implicaría un quebranto al principio constitucional citado, porque negaría la posibilidad de la reparación garantizada constitucionalmente. De ahí que deba optarse por una interpretación armónica con el artículo 41 constitucional, la cual tutele los derechos de la persona que ha sufrido el daño.

En el caso en concreto se solicitó disolución del vínculo matrimonial con vista en la causal de adulterio, la cual fue acogida por ser comprobado. El numeral 34 del Código de Familia, al detallar las obligaciones y responsabilidades de los cónyuges, dispone que ellos están obligados a respetarse, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente, lo cual determina la antijuricidad de la conducta probada (que constituye el primero de los presupuestos de la acción de responsabilidad civil, como se identificó en la sección 4.3.).

Ello, sumado al sufrimiento causado a la actora por dicha conducta (segundo presupuesto), determina que procede acoger la pretensión, con el fin de tutelar el derecho fundamental a la reparación de la actora, formulando una interpretación conforme de las normas del Código de Familia. Así lo consideró la Sala Segunda y declaró parcialmente con lugar el recurso, anuló la sentencia impugnada y revocó la de primera instancia, en cuanto denegó la pretensión de daño moral.

Recientemente mediante resolución 752 de las once horas y cincuenta y cuatro minutos del tres de agosto de dos mil dieciséis, el Tribunal de Familia efectuó un análisis relacionado con un caso en el cual se discutía la indemnización por el daño moral sufrido por la esposa, por la afectación emocional como producto de las acciones de infidelidad de su marido que conllevaron a su vez la salida del hogar conyugal, junto con el hijo en una forma humillante, cuando el esposo, una vez que se vio descubierto en su falta al deber de fidelidad, echó a su esposa de la casa y le dijo " que no la quería ver más ahí, que debía irse para que ingresara su nueva pareja" y la señora debió salir en horas de la noche con su hijo pequeño a otro lugar.

Al respecto analiza que, si bien es cierto el artículo 48 bis del Código de Familia regula lo relativo a la procedencia del pago de daños y perjuicios dentro del divorcio, no contempla la causal de adulterio, no hay duda de que en este caso concreto la afectación se produjo. La accionante fundamentó su pretensión en el artículo 1045 del Código Civil, el cual contempla la indemnización de los daños ocasionados a otro por su dolo, falta, negligencia o imprudencia; por ello, la pretensión fue estimada, pues el adulterio quedó demostrado en los autos y también la forma grosera y humillante en la cual debió salir de su casa el día en que confrontó a su marido con respecto a lo sucedido. Ese daño indemnizable es el constituido por el sufrimiento, afectación emocional ocasionado a la

señora, por el accionar de su marido, derivado de las acciones de adulterio comprobadas en los autos, estos hechos en definitiva, ocasionaron la separación y el divorcio de las partes, pues hay un nexo causal entre el hecho generador o hecho originario del divorcio y del daño o afectación.

Igualmente, en el voto 36-2016 dictada a las diez horas con cuarenta y cuatro minutos del veintisiete de enero, el Tribunal de Familia consideró que aunque el artículo 48 bis del Código de Familia se refiere a otras causales, pretender reparación por motivos distintos a esos puede y debe encontrar fundamento en el artículo 1045 del Código Civil. También, en voto 442-2018 de las diez horas y veinticuatro minutos del cuatro de abril de dos mil dieciocho, el Tribunal de Familia resolvió recurso; en este se reclamaba la falta de otorgamiento de la pretensión de la demandante, mediante la cual solicitaba pago por reparación de daño moral, ante el adulterio de su cónyuge, por cuanto le produjo lesión a sus sentimientos, y ante ello, el *a quo* consideró que por no estar incluida en artículo 48 bis del Código de Familia, el adulterio como causal no da lugar a reparación por daños y perjuicios de conformidad con el artículo 1045 del Código Civil.

4.5.2. Distinción entre daño moral y patrimonial en la relación matrimonial.

Al respecto, la sentencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia 413-2003 de las once horas con veinte minutos del ocho de agosto de aquel año, conceptualiza el daño moral como aquel que se produce cuando se lesionan los sentimientos de una persona; este daño de afección se da cuando se lesionan sentimientos como el amor, la dignidad y el honor de uno de los cónyuges y se traducen en pena, tristeza, mortificación, disgusto o inseguridad personal. Estas conductas reiteradas o no, pueden ser motivo de separación o de divorcio y pueden producir daños de orden moral; ya sea porque lesionen derechos subjetivos matrimoniales de orden extra patrimonial (como las infidelidades) o del

patrimonial (como los actos fraudulentos de uno de los cónyuges en perjuicio de los derechos del otro en el caso de los bienes gananciales).

4.6. Autonomía de la acción de daños y perjuicios

También queda manifiesta la autonomía de la acción de daños y perjuicios en cuanto procede conceder daño moral, aunque la causal de divorcio invocada y que les dio origen esté caduca. Parte de la doctrina ha considerado que dichos daños son reparables cuando los hechos causantes constituyen ilícitos o trascienden el concepto de culpa; es decir, cuando ha mediado una acción voluntaria o deliberada en el agente causante. Esto significa la posibilidad de indemnizar por la sola causación del daño, aunque la causal presentada para solicitar el divorcio sea objetiva o se presente conjuntamente con ella, aunque la causal sanción no prospere. En la legislación costarricense, para el caso de la acción de daños y perjuicios, aplican los criterios del artículo 1045 del Código Civil al igual que la prescripción decenal del artículo 868 del mismo cuerpo legal.

En consecuencia, la demanda de daños y perjuicios es independiente, a pesar de que se conoce conjuntamente con la pretensión de divorcio, pues el daño se desprende de los propios hechos y no depende de una prueba para su indemnización, tiene su fundamento jurídico en el numeral 1045 del Código Civil. Ahora bien, ubicándose en el Código de Familia, pues este es un daño ocasionado dentro de las relaciones familiares, el numeral 49 dispone: "*La acción de divorcio solo puede establecerse por el cónyuge inocente, dentro de un año contado desde que tuvo conocimiento de los hechos que lo motiven...*", como puede verse, ese plazo de caducidad es para interponer la acción de divorcio, pero no contempla nada dicha norma sobre la caducidad de la acción por daños y perjuicios. En consecuencia, no debe distinguirse donde la ley no lo hace, por ello debe

entenderse que la acción de daños y perjuicios, o acción por daño moral, como debe denominarse en la materia familiar, cuando se cobran estos emolumentos en los procesos familiares, por los daños derivados de las relaciones de familia, no están sujetos a un plazo de caducidad, sino de prescripción y la acción prescribe en un plazo de diez años, conforme a la norma genérica del artículo 868 del Código Civil, el cual regula: " *Todo derecho y su correspondiente acción prescribe en diez años. Esta regla admite excepciones...*". Esa es la doctrina del fallo 1110-2014 del Tribunal de Familia de las dieciséis horas y cuarenta y nueve minutos del once de diciembre de dos mil catorce.

4.7. Complementariedad de las pretensiones en derecho de familia y posibilidad de acumularlas

Se ha considerado que en el derecho de familia nacional, aunque las pretensiones no tengan una tramitación común, concurriendo conexidad entre ellos, se pueden tratar de forma acumulada sin incurrir en indefensión de ningún tipo a las partes. Dada la naturaleza del derecho de familia, el orden procesal se caracteriza por la flexibilidad suficiente para lograr los objetivos propios de esa rama jurídica. De ese modo razonó el Tribunal de Familia, en voto 93-2005 de las ocho horas cincuenta minutos del primero de febrero de dos mil cinco, para ordenar acumular las pretensiones de divorcio por causal de adulterio y de impugnación de paternidad. En un sentido similar, en voto 1519-2007, el mismo órgano judicial decidió que si bien se está en presencia de dos pretensiones concretas que tienen una tramitación diferente: el proceso de divorcio por causal de adulterio (abreviado) y la impugnación de paternidad (proceso especial de filiación), nada obsta para que este último pueda ser conocido en forma acumulada o como pretensión adicional en el proceso abreviado de divorcio.

Ahora bien, rectificando lo anterior, el Tribunal de Familia detalló que al establecerse la pretensión se determina el juez competente y la vía procesal para esa pretensión. Por eso, aunque es posible tramitar una filiación dentro de un proceso de divorcio, sobre todo cuando la pretensión de filiación tiene relación directa con la causal que se invoca, por ejemplo, adulterio, esa pretensión de filiación no se tramitaría bajo las reglas del proceso especial, sino bajo las reglas del proceso más amplio, el cual en este caso, sería o el abreviado o el ordinario. Además, es razonable y posible que la actora indique los motivos de los daños y perjuicios pretendidos y la estimación específica de los mismos, además de estimar la demanda. Así, la pretensión de impugnación de paternidad puede tener relación con la causal de divorcio por adulterio, pero bajo ninguna circunstancia puede la pretensión de divorcio subsumirse dentro de la de filiación y seguir el trámite procesal de esta última. Deben seguirse las reglas del proceso más amplio, sea abreviado u ordinario (Voto 839-2016).

Las pretensiones de divorcio e impugnación de paternidad pueden analizarse del modo siguiente: en un proceso de divorcio las partes son los cónyuges, el objeto es la disolución del vínculo matrimonial y la causa es la conducta constitutiva de la causal; en el de impugnación de paternidad, las partes son: el padre registral y el hijo o la hija (que si son menores actúan representados por la madre), el objeto es el desplazamiento de la filiación paterna matrimonial y la causa la inexistencia de vínculo biológico entre ellos. Como se ve, a pesar de que en ambos procesos sujeto y objeto son diferentes, puede existir una causa común, la cual permite concluir que en las pretensiones existe conexidad. Por ejemplo, si la causa aducida para pedir el divorcio es infidelidad, la cual generó el nacimiento de un hijo o hija, esa causa sería común a la pretensión de divorcio por violación al deber de fidelidad y de impugnación de paternidad. Es entonces que existen pretensiones de divorcio e

impugnación de paternidad no acumulables, lo cual sucede cuando no existe conexidad (Tribunal de Familia, voto 883-2016).-

4.8. Indemnización por daños y perjuicios causados al marido por falsa atribución de paternidad en criterio de los operadores del derecho de familia costarricense

En el planteamiento de este trabajo se había definido la realización de entrevistas a expertos acerca de los temas más relevantes. Mediante la plataforma Zoom se consultó a tres expertos del derecho de familia, quienes hablan desde puntos de vista diferentes. El día viernes 5 de mayo de 2023, se entrevistó al señor Mauricio Chacón Jiménez, Juez del Tribunal de Familia. El lunes 15 de mayo, se consultó al señor Douglas Román Díaz, experimentado abogado litigante con treinta años de ejercer el derecho de familia. Por último, ese mismo día, se conversó con el M.Sc. Naín Isaac Monge Segura, quien actualmente es Juez del Juzgado Contravencional y de Pensiones Alimentarias de San Sebastián, pero que durante varios años fue juez de familia en Heredia. En este apartado se lleva a cabo un balance de lo obtenido mediante la realización de dichas entrevistas.

4.8.1. Procedencia de la indemnización de daños y perjuicios.

Si bien del anterior recuento queda clara la procedencia de reclamos por responsabilidad civil en la materia de familia, conviene traer a colación el criterio de expertos en la materia, quienes manifiestan acuerdo sobre el tema. Al respecto, el Juez del Tribunal de Familia, Mauricio Chacón Jiménez, manifestó en entrevista que toda persona tiene derecho a ver reparados los daños que se le ocasionen en el seno de sus vínculos familiares, este derecho es constitucional, según el artículo 41. Además, como consecuencia del principio constitucional de distribución de funciones, debe ser en la propia jurisdicción de familia donde se deba hacer la reclamación de daños y perjuicios, siempre

y cuando la causa del daño o el perjuicio sea propia de la materia familiar. Así corresponde por disposiciones supra legales y también legales, de competencia.²⁶¹

En ese sentido, específicamente en relación con la posibilidad de aplicar mediante interpretación los institutos de la responsabilidad civil en el derecho de familia, el juez del Juzgado Contravencional y de Pensiones Alimentarias de San Sebastián, Naín Isaac Monge Segura, indicó que el tema de la indemnización no tiene que estar regulado necesariamente, porque su procedencia en materia de familia viene de aplicar principios generales del derecho como la equidad, la buena fe o la igualdad, los cuales justifican la determinación, cuantificación y reparación de daños ocasionados en el ejercicio arbitrario y abusivo de relaciones familiares de poder. Habitualmente, en la jurisdicción familiar aplica el artículo 1045 del Código Civil, el cual establece lo concerniente a la responsabilidad civil extracontractual para efectos de poder cobrar estos daños indemnizatorios.²⁶² De la misma manera, el experimentado litigante, Douglas Román Díaz, considera que, no solo por una cuestión de justicia y equidad, sino porque en ausencia de regulación expresa en el Código de Familia, aplica el artículo 1045 del Código Civil, lo cual permite la acción indemnizatoria en esta materia y jurisdicción.²⁶³

²⁶¹ Mauricio Chacón Jiménez, Entrevista sobre indemnización por daños y perjuicios causados al marido por falsa atribución de paternidad, Zoom, el 5 de mayo de 2023.

²⁶² Naín Isaac Monge Segura, Entrevista sobre indemnización por daños y perjuicios causados al marido por falsa atribución de paternidad, Zoom, el 15 de mayo de 2023.

²⁶³ Douglas Román Díaz, Entrevista sobre indemnización por daños y perjuicios causados al marido por falsa atribución de paternidad, Zoom, el 15 de mayo de 2023.

4.8.2. Responsabilidad civil por incumplimiento de deberes matrimoniales.

En cuanto al incumplimiento intencional de deberes matrimoniales, el cual a su vez genere daños y perjuicios, es tema cuyo conocimiento corresponde al juez de familia, en opinión del entrevistado Chacón Jiménez.²⁶⁴ El litigante, Román Díaz, aunque opina de manera similar al juez Chacón, va más allá e identifica algunas dificultades al respecto. Dada la amplitud del tema, habría que hacer una depuración, pues si bien hay incumplimiento de deberes maritales que incluso podrían generar delitos, hay otros, como el mutuo auxilio o la vida en común que podrían no generarlos. En consecuencia, dependiendo de las circunstancias del caso concreto, podría afirmarse que sí procede la responsabilidad civil.²⁶⁵ De manera similar opina el juez Monge Segura. Los deberes matrimoniales son muchos y su naturaleza jurídica es diferente. Sin embargo, cualquier conducta que produzca una afectación susceptible de cuantificación, en las relaciones familiares debe haber la posibilidad de establecer los daños por ese actuar doloso, sin lugar a dudas.²⁶⁶

4.8.3. Elementos de la ocultación de paternidad matrimonial.

Los entrevistados coinciden en cuanto a la conducta de la madre, pues teniendo conocimiento de que su cónyuge no es el verdadero padre de su hija o hijo, omite comunicarle dicha información, este es un presupuesto para la atribución de responsabilidad civil, pero necesariamente requiere otros elementos.

²⁶⁴ Chacón Jiménez, Entrevista sobre indemnización por daños y perjuicios causados al marido por falsa atribución de paternidad.

²⁶⁵ Román Díaz, Entrevista sobre indemnización por daños y perjuicios causados al marido por falsa atribución de paternidad, Zoom, el 15 de mayo de 2023.

²⁶⁶ Monge Segura, Entrevista sobre indemnización por daños y perjuicios causados al marido por falsa atribución de paternidad, Zoom, el 15 de mayo de 2023.

Por ejemplo, el juez Chacón Jiménez, considera que la madre, por el solo hecho de no decir nada, no produce perjuicio a su marido. Sí se trata de un presupuesto requerido, por ejemplo, que dicha ocultación cause una situación en la cual se comiencen a crear afectos y luego se descubra la verdad. De otro modo, por ese solo hecho, no se le puede atribuir responsabilidad.²⁶⁷

Don Douglas Román, por su parte, describe los presupuestos del caso en estudio y afirma que si el esposo fue efectivamente engañado y existió dolo o mala intención al momento en el cual nace la persona menor de edad y él siempre estuvo en error o asumía la paternidad de ese niño, efectivamente la mamá biológica del niño mantuvo al esposo en error; por lo tanto, debe pagarle daños y perjuicios, si él los cobrara. Además, el artículo 86 del Código de Familia establece que el reconocimiento puede ser impugnado, cuando medie falsedad o error. Los hijos habidos durante el matrimonio no son reconocidos, pues nacen bajo la presunción de paternidad, entonces por analogía se puede interpretar ese artículo 86 y determinar que si un papá fue inducido a error o falsedad en la filiación de un hijo habido durante el matrimonio, tiene todo el derecho de pedir la indemnización de los daños y perjuicios. En consecuencia, la reparación se debe ordenar cuando ha habido falsedad o error en el reconocimiento o en mantener a un hijo de matrimonio como tal, no siendo hijo del esposo. Sin embargo, dicha posibilidad debe cerrarse si transcurrido un año, a partir del momento en el cual el padre registral se da cuenta de que no es el padre biológico, sigue ejerciendo la posesión notoria de estado. En ese caso no debería pedir daños y perjuicios, por aplicación del artículo 73 del Código de Familia.²⁶⁸

²⁶⁷ Mauricio Chacón Jiménez, Entrevista sobre indemnización por daños y perjuicios causados al marido por falsa atribución de paternidad, Zoom, el 5 de mayo de 2023.

²⁶⁸ Román Díaz, Entrevista sobre indemnización por daños y perjuicios causados al marido por falsa atribución de paternidad, Zoom, el 15 de mayo de 2023.

4.8.4. Daño indemnizable.

En cuanto al daño indemnizable, es necesario demostrar una relación de causa y efecto, lo cual puede ocurrir en el evento de que la madre sepa que el marido no es el papá de la criatura, pero se lo oculta intencionalmente y al cabo de los años, él descubre el hecho. Si ha habido una relación afectiva, conformada por la posesión notoria de estado, la ley faculta al padre para que dentro del año siguiente presente la demanda de impugnación de paternidad. Si llega a demostrar dicha causalidad, también sería posible que el reclamo por daños y perjuicios le sea concedido.²⁶⁹ La naturaleza de ese daño es múltiple: se trata de un daño moral, social, familiar y también económico por cuanto ha pagado en la manutención del niño o de la niña.²⁷⁰

4.8.5. Causas eximentes.

El licenciado Román Díaz identifica al menos una causa eximente, la cual tiene lugar cuando la mamá del niño logre determinar que no le comunicó al esposo por miedo a la reacción, a su integridad física o personal, a su vida, si se trata de una persona tan violenta, pues si se lo decía, podría estar ella atentando contra su integridad.²⁷¹

²⁶⁹ Chacón Jiménez, Entrevista sobre indemnización por daños y perjuicios causados al marido por falsa atribución de paternidad, Zoom, el 5 de mayo de 2023.

²⁷⁰ Román Díaz.

²⁷¹ Román Díaz, Entrevista sobre indemnización por daños y perjuicios causados al marido por falsa atribución de paternidad, Zoom, el 15 de mayo de 2023.

4.8.6. Vías procesales para el planteamiento del reclamo.

El Juez Monge Segura aclara el panorama procesal del caso en estudio. Si un niño nace dentro del matrimonio, está bajo la presunción de paternidad. Esto implica que la madre debe hacer el proceso especial de filiación para desplazarla y emplazar la filiación biológica correspondiente. Si ella no hace nada, el padre puede interponer un proceso para impugnar esa paternidad. Por ello, el reclamo puede solicitarse como una pretensión derivada del proceso de filiación, sin necesidad de acudir a un ordinario en la vía familiar.²⁷² Esta información es respaldada por lo dicho por el juez Chacón Jiménez quien afirma que la pretensión se puede plantear accesoriamente en el mismo proceso de filiación, pero también en un proceso independiente.²⁷³

En cuanto al plazo, sería el ordinario porque no hay uno más corto en el Código Civil, según afirma el juez del Tribunal de Familia, don Mauricio Chacón.²⁷⁴ Para el litigante, Román Díaz, se aplica la prescripción decenal, que son los diez años aplicados para los trámites de gastos de embarazo y maternidad del artículo 98 del Código de Familia.²⁷⁵ De la misma manera, el juez Naín Monge afirma la aplicabilidad de la prescripción decenal del artículo 868 del Código Civil, salvo existencia de un plazo de prescripción especial.²⁷⁶

²⁷² Monge Segura, Entrevista sobre indemnización por daños y perjuicios causados al marido por falsa atribución de paternidad, Zoom, el 15 de mayo de 2023.

²⁷³ Chacón Jiménez, Entrevista sobre indemnización por daños y perjuicios causados al marido por falsa atribución de paternidad, Zoom, el 5 de mayo de 2023.

²⁷⁴ Chacón Jiménez.

²⁷⁵ Román Díaz, Entrevista sobre indemnización por daños y perjuicios causados al marido por falsa atribución de paternidad, Zoom, el 15 de mayo de 2023.

²⁷⁶ Monge Segura, Entrevista sobre indemnización por daños y perjuicios causados al marido por falsa atribución de paternidad, Zoom, el 15 de mayo de 2023.

Capítulo 5

Responsabilidad civil y derecho de familia: exclusión histórica, evolución y tratamiento doctrinario actual

5.1. Ajenidad de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia

5.1.1. Explicación histórica.

En países como España la proliferación reciente de demandas en el ámbito de daños entre familiares²⁷⁷ ha supuesto la apertura de un nuevo campo de estudio el cual enlaza al régimen de responsabilidad civil y el Derecho de Familia, ello da fe de que tradicionalmente la responsabilidad civil ha sido ajena a dicha rama del derecho.²⁷⁸

Esa ajenidad, sin embargo, incita a preguntarse las razones que históricamente han motivado la no proliferación de reclamaciones por daños entre familiares, por cuanto a pesar la no existencia de obstáculos legales que expresamente lo impidan, hasta hace poco tiempo no se presentaban demandas de esa naturaleza. Por lo tanto, dicha carencia no se debe a razones estrictamente jurídicas, sino a motivos sociales y morales.²⁷⁹ En esa línea, el jurista argentino, Ricardo Dutto, afirma que la admisión o rechazo de la reparación de los

²⁷⁷ Las primeras demandas de responsabilidad civil por los daños ocasionados entre familiares comenzaron a interponerse a finales del siglo XX. Hasta entonces, solo cuando los daños derivaban de una conducta constitutiva de delito se reclamaba la reparación en el propio proceso penal, o bien se reservaba la acción civil para un proceso posterior. La ausencia de reclamaciones de responsabilidad civil pura se explicaba tanto por el modelo de familia nuclear y jerárquico, en el que primaba la protección de la unidad familiar sobre el individuo, como por las características del Derecho de daños. Verónica Nevado Catalán. “Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad.”, *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, n. 4 (2018): 5.

²⁷⁸ Emilio Jesús Sánchez Pintado, “La responsabilidad civil en el ámbito del derecho de familia” (Trabajo para optar por el Grado en Derecho, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2018), 6.

²⁷⁹ Sánchez Pintado, “La responsabilidad civil en el ámbito del derecho de familia”, 6.

daños vinculados a las relaciones familiares encuentra su explicación en razones de índole sociológica e ideológica.²⁸⁰

Al respecto, Silvina Maggio y Marina Perazo²⁸¹ han realizado un recuento histórico, en este, primeramente se refieren a las sociedades agrícolas en las cuales prevaleció la idea de una familia autosuficiente asentada en la autoridad. En ella, los daños que el esposo causa a su esposa o el padre a los hijos, son el efecto de la autoridad marital o paterna. Ahí tiene vigencia la noción de identidad, según la cual los miembros de la familia son una extensión del padre; de esa manera no podría responder por los daños causados a su esposa, porque existe identidad jurídica entre ellos y no hay responsabilidad civil por los daños causados a sí mismo. Dicha identidad explica que el trabajo de los hijos no sea remunerado, sin importar el modo o tiempo en el cual se preste. Durante la época de la autoridad del “*Pater*”, el Estado tenía poca influencia, la mujer no tenía iguales derechos que el hombre y la patria potestad se componía únicamente de derechos, pero no comprendía deberes; es decir, en la familia patriarcal el principio básico de organización interna era jerárquico.²⁸²

Con el paso del tiempo y la interacción de las diversas fuerzas que modifican las instituciones sociales, la familia cambia y esta situación incide en su regulación jurídica. En este punto, interesa extraer de la coyuntura histórica descrita, los elementos cuya existencia ha impedido o limitado el acercamiento entre estas dos áreas del derecho.

²⁸⁰ Ricardo J. Dutto, *Daños ocasionados en las relaciones de familia*. (Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi, 2006), 53.

²⁸¹ Maggio, Silvina y Perazo, Marina. “Responsabilidad civil por falta de reconocimiento del hijo”. En Cúneo, Darío y Hernández, Clayde, directores. *Filiación biológica*. (Rosario: Editorial Librería Juris, 2005), 231-266.

²⁸² Maggio y Perazo. “Responsabilidad civil por falta de reconocimiento del hijo”, 233.

5.1.1.a. Regla de moralidad inherente a la familia.

Existe lo llamado “regla” o “norma de moralidad”, cuya naturaleza no es jurídica sino social, ética y moral y tiene por efecto dotar tácitamente a la persona de una cierta inmunidad que le libraría de responder civilmente por ser integrante de una familia. Dicha exención encontraría fundamento en la apreciación de que, por la naturaleza propia de la familia y los vínculos de solidaridad y gratuidad derivados de ella, emerge también, a modo de contrapeso para equilibrar la balanza entre derechos y obligaciones, la regla según la cual el perjudicado por un daño causado por un miembro de su familia tiene un cierto deber de tolerarlo y aceptarlo.²⁸³

Según esta línea de pensamiento, el perjudicado por un daño causado por otro miembro de la familia tiene un deber de tolerancia e indulgencia y de no perturbar con litigios la paz familiar, porque preservar los fines e intereses de la familia es un objetivo social tan importante como proteger los derechos individuales.²⁸⁴ Dicho argumento afirma en el fondo que no concurre el presupuesto de la antijuricidad, porque no es reparable el daño justificado y, en este caso, correspondería considerarlo socialmente tolerable en razón del interés general, específicamente en el área de las relaciones de familia, en tanto y en cuanto la admisión de una acción reparatoria puede poner en peligro los intereses generales, con respecto a la persistencia y la estabilidad de la institución familiar, de la solidaridad entre sus miembros y de la piedad familiar.²⁸⁵

La regla de moralidad, en conclusión, antes que una norma jurídica es ética y, en gran medida, también puede considerarse como la explicación psicológica y sociológica

²⁸³ Emilio Jesús Sánchez Pintado, “La responsabilidad civil en el ámbito del derecho de familia” (Trabajo para optar por el Grado en Derecho, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 201), 6-7.

²⁸⁴ Sánchez Pintado, “La responsabilidad civil en el ámbito del derecho de familia”, 7.

²⁸⁵ Dutto, Ricardo, *Daños ocasionados en las relaciones de familia*, 35-36.

que se ha dado al hecho de la inexistencia de reclamaciones por daños entre familiares²⁸⁶ y esto es consecuencia de la concepción tradicional de familia vigente hasta el siglo pasado.

5.1.1.b. Vigencia de los códigos decimonónicos.

Claramente la regla de moralidad también impregna la realidad del ordenamiento jurídico hasta tal punto que los Códigos civiles del siglo XIX no contienen regulaciones generales para las acciones de daños entre familiares, ni siquiera una prohibición expresa de las mismas, lo cual probablemente se deba a que, en el momento de su redacción, esta norma moral se encontraba en plena vigencia, haciendo de las acciones de daños suscitadas entre familiares, situaciones absolutamente inconcebibles las cuales no requerían siquiera una mención expresa en la ley.²⁸⁷

Por ello, los autores señalan que como consecuencia de la regulación civil decimonónica del Derecho de familia (la cual, por la propia caracterización social de la familia de la época, consideraba a las instituciones familiares exentas del ámbito de aplicación de la responsabilidad civil), la tendencia general en la doctrina fue la de rechazar, o cuanto menos limitar, la injerencia del Derecho patrimonial en el Derecho de familia.²⁸⁸

5.1.2. Argumentos contra la responsabilidad civil en el derecho de familia.

Además de los motivos históricos anotados que explican la inexistencia de reclamaciones por daños entre familiares, doctrinariamente existen argumentos a favor de la incompatibilidad entre derecho de familia y responsabilidad civil. Al respecto, Corral Talciani ha identificado cuatro tipos de argumentos jurídicos.

²⁸⁶ Sánchez Pintado, 8.

²⁸⁷ Sánchez Pintado, "La responsabilidad civil en el ámbito del derecho de familia", 7.

²⁸⁸ Roberto Pérez Gallego. "«Nuevos daños» en el ámbito del Derecho de Familia. Los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica.", *Revista de Derecho Civil*, vol. 2, n. 3 (2015): 142.

En primer lugar, se ha afirmado que instituciones típicamente familiares como el matrimonio tienen sus propias sanciones al incumplimiento de sus deberes, ello denota que el legislador no ha querido que el cónyuge ofendido pueda pedir indemnización de perjuicios en contra del otro. Además, la naturaleza de los deberes vinculantes de los familiares es esencialmente ética, de esta manera su transgresión no genera todas las consecuencias probables, si se tratara de genuinos deberes jurídicos. En tercer lugar, al no haber cabida de cumplimiento forzado de dichos deberes, tampoco procede indemnización por su incumplimiento. Por último, al otorgar indemnización de perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales, se desnaturalizaría su carácter personalísimo y se daría lugar a una especie de monetarización de dichos deberes.²⁸⁹

La jurista española, Ana María Rodríguez Guitián, también compila los argumentos alegados para justificar la exclusión del derecho de daños en el ámbito familiar: la regla de moralidad que impide a los miembros de una familia demandarse entre sí; el modelo de familia patriarcal de los Códigos del siglo XIX; los obstáculos del mismo Código (como el corto plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil); el carácter ético o moral de los deberes familiares; el peligro de proliferación de demandas triviales y el aumento de la conflictividad en el seno de la familia; el hecho de que la indemnización de los daños familiares no cumpla las funciones propias de la responsabilidad civil y la aplicación exclusiva de las normas del derecho de la familia para la resolución de los daños entre los miembros de la misma.²⁹⁰

²⁸⁹ Hernán Corral Talciani. “Daños por infracción del deber matrimonial de fidelidad. Una cuestión nuclear en el debate sobre la responsabilidad civil”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 23, n. 2 (2017): 123-124.

²⁹⁰ Rodríguez Guitián, Ana María, *Responsabilidad civil en el derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*. (Cizur Mernor: Civitas-Thomson-Reuters, 2009) citada por Roberto Pérez Gallego. “«Nuevos daños» en el ámbito del Derecho de Familia. Los daños

Además de estos argumentos jurídicos, se arguyen otros motivos de carácter práctico, como los siguientes: no es conveniente ventilar judicialmente detalles relativos a la vida familiar, porque afectaría a sus miembros y a la estabilidad de la familia; se incrementaría la litigiosidad por rupturas conyugales, saturando aún más los tribunales de familia y, en general, ello constituiría un desincentivo para contraer nupcias, porque los candidatos a matrimonio deberían pensarlo considerablemente.²⁹¹

5.2. Consolidación del deber de no dañar en el ámbito íntimo de las relaciones de familia

La concepción tradicional de familia (caracterizada por ser autoritaria, jerarquizada y cerrada), la cual imponía limitaciones a sus miembros en sus derechos reduciéndolos a una actitud de silencio u ocultamiento acerca de los daños injustos allí causados, consagrando con esto la inmunidad de actos injustos y resolviendo la crisis interna familiar según reglas propias; se ha transformado gracias al desarrollo industrial, tecnológico y urbanístico de la sociedad y ha dado lugar a la pequeña familia, abierta a la sociedad, basada en las relaciones conyugales igualitarias y coordinadas paritariamente con sus demás miembros; de esta manera, un miembro ya no puede ser privado de tutela por el solo hecho de que el daño provenga de otro familiar, y ya se le reconoce el derecho a ser plenamente reparado.²⁹²

También el individualismo es el responsable de dicha consolidación, porque durante los últimos dos siglos, ha moldeado la transformación económica y social de Occidente, lo cual ha afectado la autoridad patriarcal sobre los hijos y ha demostrado que la familia

morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica.”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 2, n. 3 (2015): nota al pie n° 1.

²⁹¹ Corral Talciani. “Daños por infracción del deber matrimonial de fidelidad. Una cuestión nuclear en el debate sobre la responsabilidad civil”: 124.

²⁹² Dutto, Ricardo, *Daños ocasionados en las relaciones de familia*, 30.

centrada en la autoridad patriarcal se encuentra en decadencia, el principio de autoridad ha sido reemplazado por el de igualdad y los derechos de la patria potestad han sido sustituidos por deberes y potestades de la llamada autoridad parental. Sin embargo, el terreno donde fertilice la idea de acción de daños y perjuicios entre personas pertenecientes al mismo grupo familiar solo estará preparado cuando tenga lugar la desacralización y relajación de los lazos familiares, lo cual no se consolida, sino hasta que concluye el proceso de individualización de los miembros de la familia, mediante el cual se acentúa la autonomía de los integrantes, privilegiando la personalidad por sobre el grupo organizado en torno a la autoridad del *pater*.²⁹³

Esa revalorización de la persona humana y sus prerrogativas, exige protección de los derechos fundamentales de la persona, no solo frente al poder público, sino frente a los demás individuos y en todos los ámbitos, la vida cotidiana y la familia.²⁹⁴ El integrante de la familia, antes que pariente es una persona, un sujeto del ordenamiento quien no sufre limitaciones en sus prerrogativas fundamentales por el hecho de enfrentarse a otros miembros de la familia. El estado de familia no tiene por qué modificar radicalmente el sistema de responsabilidad.²⁹⁵

La responsabilidad civil no puede ser afectado por el estado de familia (por el contrario, puede resultar un factor agravante para el responsable), porque no existen prerrogativas familiares que permitan a un miembro del grupo familiar causar daño y eximirse de responsabilidad en virtud de ese vínculo.²⁹⁶

²⁹³ Maggio y Perazo. "Responsabilidad civil por falta de reconocimiento del hijo", 234.

²⁹⁴ Dutto, Ricardo, *Daños ocasionados en las relaciones de familia*. (Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2006), 33.

²⁹⁵ Dutto, *Daños ocasionados en las relaciones de familia*, 55.

²⁹⁶ Maggio y Perazo. "Responsabilidad civil por falta de reconocimiento del hijo", 234.

Varias circunstancias han permitido la consolidación de la responsabilidad por daños: el reconocimiento del daño moral como indemnizable; el abandono de un sistema de tipicidad del acto ilícito, por causa del cual, el acto debía estar expresamente prohibido por la norma; en general, el cambio de enfoque del autor del daño a interesarse por la víctima del perjuicio que busca reparar el mal sufrido.²⁹⁷

Sin embargo, la apertura y aceptación doctrinaria y judicial aún no es absoluta, pues la relación entre el derecho de daños y el derecho de familia sigue siendo un tema conflictivo.²⁹⁸ Además, si bien el antiguo criterio dogmático de la jurisprudencia mediante el cual expresaba rechazo de la responsabilidad intrafamiliar ha ido girando para responder positivamente frente a menoscabos dignos de ser tutelados, ello no implica omitir la advertencia por la generalización indiscriminada de la responsabilidad civil, procurando evitar tanto el exceso de las reclamaciones como la injusta denegatoria.²⁹⁹

²⁹⁷ Dutto, Ricardo, *Daños ocasionados en las relaciones de familia*. (Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2006), 31-32.

²⁹⁸ Dutto, *Daños ocasionados en las relaciones de familia*, 33-34.

²⁹⁹ Dutto, 34.

5.3. Evolución de la regulación jurídica de la familia en el derecho costarricense

No es sino hasta el año 1842, en que se emitió el Código General, las leyes existentes en territorio costarricense fueron las españolas y las denominadas Leyes de Indias. Durante ese tiempo, pero inclusive con la emisión del código dicho, el derecho de familia era de orden patriarcal y de prevalencia masculina, con muchas discriminaciones, entre ellas, a los denominados hijos habidos fuera del matrimonio (naturales), entre parientes (incestuosos) o de religiosos (sacrílegos). Como fruto de la influencia liberal (que en los países católicos se manifestó, limitando y rechazando la influencia de las autoridades eclesiásticas); en 1888 se emitió el Código Civil. Ahí se estableció el divorcio y un sistema de participación en la distribución de bienes del matrimonio. Ese régimen que tenía como presupuesto la plena capacidad jurídica de las mujeres y su igualdad, denota la temprana vocación de la cultura jurídica costarricense por la materia del Derecho de Familia.³⁰⁰

Con el tiempo se crearon leyes especiales importantes para el derecho de familia, como la Ley de Pensiones Alimenticias de 1916 o la ley de Adopción de 1934, pero es clave que en 1949 se emitió la Constitución Política, no solo porque tenía sabios principios como el de igualdad de hombre y mujer y de los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, sino también porque introdujo reformas en el Código Civil con el objetivo de que estuviera acorde con lo dispuesto por la nueva Constitución, las cuales, si bien no se consideraron suficientes, incentivaron para que en los años sesenta se conformara una comisión para

³⁰⁰ Diego Benavides Santos. "Acercamiento al Derecho de Familia y al sistema judicial de familia de Costa Rica.", *Revista de la Sala segunda de la Corte Suprema de Justicia*, n. 4 (2007): 85.

revisar la normativa familiar, cuyo trabajo concluyó en 1973 con el Código de Familia. Esta ley logró ajustar la normativa del tema a los principios de la Constitución Política.³⁰¹

Además de lo anterior, desde mediados de la década de 1990, la jurisprudencia nacional en el derecho de familia ha acercado a dicha rama del derecho la gran área de la responsabilidad civil, principalmente tomando como norte lo dispuesto por la norma 41 constitucional. A partir de entonces, la evolución ha sido positiva en su vocación de dejar sin cobertura ni un solo caso en el cual se compruebe la existencia de un daño resarcible causado dentro de una relación familiar.

5.4. Discusiones doctrinarias sobre la consolidación de la responsabilidad civil en el derecho de familia

5.4.1. Naturaleza jurídica de los derechos subjetivos familiares.

Se expone la discusión acerca de la naturaleza jurídica de los derechos subjetivos familiares y cómo de su relación con los vínculos familiares y con el estado en el cual se posiciona cada individuo dentro de la familia, derivan deberes profundos, cuya patrimonialidad es controvertida. Esta naturaleza explica la dificultad de dar contenido económico a los derechos propios de la materia de familia y, junto a los elementos estudiados en los apartados anteriores, la ajenidad y distanciamiento entre derecho de familia y responsabilidad civil.

5.4.1.a. *Derechos patrimoniales y derechos no patrimoniales.*

La doctrina civil tradicionalmente ha distinguido entre “derechos patrimoniales” y “derechos no patrimoniales”, definiendo a los primeros como aquellos susceptibles de apreciación en dinero y no patrimoniales los que no pueden serlo. Según dicho postulado,

³⁰¹ Benavides Santos. “Acercamiento al Derecho de Familia y al sistema judicial de familia de Costa Rica.”: 86.

por cuanto la persona tiene un conjunto de derechos los cuales no siempre tienen carácter pecuniario, no todo lo que esta soporta o tiene constituye derechos de carácter patrimonial.³⁰²

5.4.1.b. Derechos subjetivos familiares.

Para el autor, Enrique Varsi Rospigliosi, se trata de facultades, poderes, atributos, prerrogativas que permiten la interacción entre quienes comparten relaciones familiares, protegiendo intereses colectivos e individuales con el fin de consagrar la familia como un núcleo social, a través del cual la persona logra su desarrollo y la realización de su proyecto de vida.³⁰³

Por su parte, Augusto César Belluscio, considera que los derechos subjetivos familiares están estrechamente relacionados con el concepto de “estado de familia”³⁰⁴, por lo cual es necesario remitirse en primer lugar a este para entender aquel.

En primer lugar, el jurista argentino define al estado de familia como uno de los atributos de la personalidad de las personas físicas y está dado por los vínculos jurídicos familiares que unen a una persona con otra u otras, o bien por la ausencia de tales vínculos.³⁰⁵ Estos vínculos jurídicos familiares son básicamente de dos tipos: o bien el conyugal (que une con la persona con quien se ha celebrado matrimonio) o bien el vínculo parental o parentesco, el cual une con las personas de las que se descende (parentesco consanguíneo en línea recta), con las que descienden de un ascendiente común

³⁰² Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil*. 41° ed. Tomo II. (México D.F.: Editorial Porrúa, 2008), 20.

³⁰³ Varsi Rospigliosi, Enrique, *Tratado de derecho de familia*. Tomo I. (Lima: Gaceta Jurídica, 2013), 153.

³⁰⁴ Belluscio, Augusto César, *Manual de derecho de familia*. 1ª reimp. de la 7ª ed., Tomo 1 (Buenos Aires: Astrea, 2004), 33.

³⁰⁵ Por ejemplo, el vínculo conyugal establece el estado de casado y su ausencia el estado de soltería.

(parentesco consanguíneo en línea colateral), con las que se ha creado un parentesco legal que no coincide con la realidad biológica (parentesco adoptivo) o con los parientes del cónyuge (parentesco por afinidad). En los vínculos parentales consanguíneos queda comprendido el vínculo paterno-filial.³⁰⁶

Por su parte, Gustavo Bossert y Eduardo Zannoni consideran que es en virtud del vínculo jurídico familiar (la relación existente entre dos individuos, derivada de la unión matrimonial, de la filiación o del parentesco) además, existen de manera interdependiente y habitualmente recíproca determinados derechos subjetivos los cuales pueden considerarse como derechos subjetivos familiares. Por ello pueden definirse como las facultades otorgadas a las personas, como medio de protección de intereses legítimos determinados por las relaciones jurídicas familiares. Estos derechos pueden servir a la satisfacción de intereses propios del titular (por ejemplo, el derecho a reclamar alimentos, a deducir la acción de divorcio, del marido a impugnar la paternidad de los hijos dados a luz por su esposa durante el matrimonio), o también facultades otorgadas para la protección de intereses ajenos (como sucede con el ejercicio de la autoridad o responsabilidad parental); en estos casos, el ejercicio de estos derechos subjetivos no es una mera facultad, sino además un deber jurídico y por eso suele llamárseles derechos-deberes.³⁰⁷

La conceptualización desarrollada tiene en común la identificación de situaciones jurídicas (facultades y potestades) surgidas de las relaciones familiares y tienen como fin la protección de intereses propios pero también ajenos, todos ellos son intereses legítimos derivados de las relaciones familiares y del estado que ocupa cada uno de sus miembros.

³⁰⁶ Belluscio, *Manual de derecho de familia*, tomo 1, 37

³⁰⁷ Bossert, Gustavo y Zannoni, Eduardo, *Manual de derecho de familia*. 7° ed. (Buenos Aires: Astrea, 2016), 8-9.

Los derechos subjetivos familiares pueden tener carácter patrimonial o extrapatrimonial. Aunque sean patrimoniales; en todo caso, serían consecuencia de otros derechos y deberes más profundos y de carácter extrapatrimonial. Por ello, los derechos subjetivos familiares patrimoniales son susceptibles de valorarse en dinero, directa o indirectamente y tienen por contenido una utilidad económica (o, en otras palabras, pueden valuarse en dinero). Los derechos subjetivos familiares no patrimoniales, no contienen una inmediata utilidad económica ni son valuables en dinero, porque tienen su raíz en un dominio que no es el dinero. Sin embargo, no es exacto señalar que los derechos extrapatrimoniales carecen de valor pecuniario, por cuanto lo adquieren al lesionarse y es necesario determinar la indemnización al daño. Esto sucede únicamente pues estos derechos no tienen, como los patrimoniales, un valor original apreciable en dinero.³⁰⁸

Es así como uno de los primeros pasos en la identificación de la antijuricidad de aquella conducta que pueda constituir factor de atribución de responsabilidad civil es identificar los derechos subjetivos familiares, los cuales existen de manera interdependiente y recíproca en virtud del vínculo jurídico familiar que liga a dos individuos y deriva de la unión matrimonial o de la filiación: ¿cuáles derechos subjetivos familiares (y sus correlativos deberes) entran en juego en la relación matrimonial (y con relación al estado de familia de cada uno de los cónyuges) y cuáles tienen que ver con el vínculo paterno-filial?

³⁰⁸ Varsi Rospigliosi, Enrique, *Tratado de derecho de familia*. Tomo I. (Lima: Gaceta Jurídica, 2011), 158.

5.4.2. Resarcibilidad de los derechos subjetivos familiares.

Como se ha insistido a lo largo del capítulo, la evolución del concepto de familia y del lugar que en ella ocupan las personas, ha acercado la responsabilidad civil al derecho de familia. En foros jurídicos como el chileno, español o argentino, principalmente durante los últimos 15 años³⁰⁹, con niveles y enfoques diferentes de discusión, se han tratado temas como la naturaleza jurídica de los derechos subjetivos familiares y sus correlativos deberes, porque de esa discusión teórica depende a nivel doctrinario, la admisibilidad de la indemnización por daños en el derecho de familia.

Si bien en la actualidad no es posible negar que la infracción de esos deberes y su resarcibilidad constituye título adecuado y suficiente para reclamar los daños vinculados a tal infracción sin que eso implique privarles de toda eficacia jurídica³¹⁰, hay quienes lo han hecho. Pero, como se comprobó en el capítulo tercero, incluso en aquellos lugares en los cuales se ha negado (al menos parcialmente) la resarcibilidad de los derechos subjetivos familiares y resta importancia jurídica a los deberes subyacentes, subsiste la necesidad de buscar la antijuridicidad de determinados hechos dañosos sobre la base de otros intereses protegidos distintos del mero cumplimiento de esos deberes.

Cualquiera que sea el argumento, lo característico de la doctrina aludida es el empeño en analizar supuestos, que sin estar sancionados por otras ramas del derecho, merecen el reproche social y de ellos se derivaría una responsabilidad civil por el daño causado al cónyuge o al hijo. Se explora un terreno conformado por casos muy diferentes

³⁰⁹ Incluso los autores Miquel Martin-Casals y Jordi Ribot, haciendo un recuento de los trabajos doctrinales y académicos que tocan el tema, se preguntan si se trata de un tema de moda, al introducir su artículo "Daños en derecho de familia: un paso adelante, dos atrás", *Anuario de derecho civil*, vol. 64, n. 2 (2011): 505-509.

³¹⁰ Miquel Martin-Casals y Jordi Ribot. "Daños en derecho de familia: un paso adelante, dos atrás", *Anuario de derecho civil*, vol. 64, n. 2 (2011): 507.

entre sí, pero cuyo objetivo común es la superación de una supuesta inmunidad o privilegio beneficioso para el ofensor por ser miembro de una familia y ello limitaría la posibilidad de que el damnificado consiga reparación por los daños sufridos. En resumen, bajo la fórmula general de la indemnizabilidad de los daños causados en el seno de las relaciones familiares conyugales o parentales, se destaca la necesidad de conferir a las reglas de responsabilidad civil un papel mucho más importante del tradicionalmente reconocido en este ámbito.³¹¹

Resulta evidente que la dificultad está en el saber dónde se propone trazar la línea entre lo indemnizable y lo no indemnizable y qué fundamento justifica el resarcimiento. Parece que al justificar el recurso a las reglas de la responsabilidad civil en el ámbito familiar, resulta necesaria la tarea de identificar y sistematizar los diferentes grupos de casos, distinguiendo aquellas situaciones en las cuales esas reglas pueden jugar un papel diferente de aquellas donde aplicarlas está fuera de lugar.³¹²

En cualquier caso, aunque los derechos y deberes que conforman el derecho de familia son en su mayor parte de carácter extrapatrimonial, poseen un rango superior a los meramente patrimoniales, en cuanto integran la personalidad moral de los sujetos. Esta característica confiere importancia a la teoría del daño moral, pues la vulneración de estos derechos-deberes origina agravios morales susceptibles de reparación.³¹³

En ese sentido, aunque los sentimientos que el daño provoca sean difíciles demostrar y aunque ellos no tengan precio, no significa que no sean susceptibles de apreciación pecuniaria. Claramente, la apreciación pecuniaria no se hace con fines de

³¹¹ Miquel Martin-Casals y Jordi Ribot. "Daños en derecho de familia: un paso adelante, dos atrás", *Anuario de derecho civil*, vol. 64, n. 2 (2011): 507.

³¹² Martin-Casals y Ribot. "Daños en derecho de familia: un paso adelante, dos atrás": 508-509.

³¹³ Dutto, *Daños ocasionados en las relaciones de familia*, 55.

compensación propiamente dicha; es decir, para reemplazar mediante equivalente en dinero un bien o un valor patrimonial dañado. La apreciación pecuniaria cumple más bien un rol satisfactorio, en el sentido de la reparación del mal causado, aunque no se puedan borrar los efectos del hecho dañoso, cuando se acuerda al ofendido el medio de procurarse satisfacciones equivalentes a las que le fueron afectadas.³¹⁴

5.4.3. Ejemplo del tratamiento doctrinario actual.

Un buen ejemplo de la posición doctrinaria actual, favorable a la aplicación de la responsabilidad civil en el derecho de familia, es la argumentación a la posición tradicional, porque en gran medida, comprende las discusiones doctrinarias expuestas como relevantes actualmente: la naturaleza jurídica de los derechos subjetivos familiares y los deberes que ellos acarrearán, su resarcibilidad, etc. Por esta razón, se describieron los argumentos aducidos contra la aplicación de la responsabilidad en el derecho de familia; en este punto se resumirán aquellos mediante los cuales se les ha dado respuesta.

La doctrina actual tiende a afirmar que aunque las infracciones a los deberes propios de las relaciones de familia puedan tener sus propias sanciones, esto no excluye la concurrencia de la responsabilidad civil, en tanto esta no es una sanción sino un instrumento idóneo para permitir al perjudicado obtener la reparación del daño causado ilícitamente. En ese sentido, argumenta Hernán Corral Talciani quien, aunque se refiere específicamente al deber de fidelidad³¹⁵, su argumento puede ser extendido para otra clase de situaciones y deberes, como por ejemplo los de la autoridad parental.

³¹⁴ Zannoni, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*. (sin datos editoriales), 305, citado por Dutto, Ricardo, *Daños ocasionados en las relaciones de familia*. (Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2006): 56-57.

³¹⁵ Hernán Corral Talciani. "Daños por infracción del deber matrimonial de fidelidad. Una cuestión nuclear en el debate sobre la responsabilidad civil", *Revista Ius et Praxis*, vol. 23, n. 2 (2017): 123-125.

De la misma manera, debe decirse que los deberes (por ejemplo, el de fidelidad matrimonial) no son éticos, sino jurídicos. Esa naturaleza especifica los distintos vínculos de familia y confiere acción, según se vulnere algún derecho subjetivo a la persona por razón de su estado de familia.³¹⁶

En este sentido, el que un deber no pueda exigirse mediante cumplimiento forzado no implica que su infracción no puede ser indemnizada. Existen muchas obligaciones que sin poder cumplirse de modo coactivo, no se discute la posibilidad de indemnizar los perjuicios causados por su incumplimiento.³¹⁷

Por integrar la personalidad moral del individuo, los derechos subjetivos familiares pueden indemnizarse por concurrir daño moral. Modalidad del daño aceptada con unanimidad desde hace casi un siglo.³¹⁸

³¹⁶ Hernán Corral Talciani. “Daños por infracción del deber matrimonial de fidelidad. Una cuestión nuclear en el debate sobre la responsabilidad civil”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 23, n. 2 (2017): 123-125.

³¹⁷ Corral Talciani: 123-126.

³¹⁸ Corral Talciani: 123-126.

Capítulo 6

Análisis de responsabilidad civil por estado filial aparente de derecho (surgido en la filiación matrimonial) cuando el cónyuge cree ser el padre por ocultación de la madre

6.1. Introducción

En primer lugar se realiza un análisis dogmático de la responsabilidad civil por estado filial aparente de derecho (surgido en la filiación matrimonial) cuando el cónyuge cree ser el padre por ocultación de la madre. Posteriormente, se analiza el supuesto, según el derecho vigente en nuestro país.

6.2. Factor de atribución: la ocultación o engaño de paternidad

Específicamente el factor al cual se le atribuye responsabilidad en el caso de estudio no es la infidelidad, su ocultación ni la concepción derivada de ella (pues la decisión sobre procrear, y con quién, integra la libertad de cada individuo y no posibilita que un tercero obtenga indemnización, aduciendo daños causados por esa decisión); sino la ocultación o engaño, mediante el cual logra establecerse una filiación respecto de quién cree ser el padre biológico.³¹⁹ Dicha conducta puede descomponerse en los elementos que serán analizados a continuación.

³¹⁹ Verónica Nevado Catalán. “Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad.”, *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, n. 4 (2018): 15.

6.2.1. Conducta omisiva caracterizada por el conocimiento de la situación ocultada y la voluntad de no impedir la aplicación de la presunción de paternidad matrimonial.

En la raíz de la responsabilidad extracontractual se encuentra necesariamente una conducta humana. Aunque por regla general, la conducta del individuo es contemplada como un hecho o comportamiento positivo (acción), ciertamente al lado de las acciones o comportamientos positivos están las omisiones; estas se definen como comportamientos de carácter negativo, consistentes en no hacer alguna cosa o no llevar a cabo una determinada conducta debida.³²⁰

Teniendo en cuenta lo anterior, la conducta a la cual puede atribuirse responsabilidad por falsa atribución de paternidad es una de tipo omisivo: se atribuye responsabilidad a la madre por haber ocultado la verdadera filiación del hijo o hija y haber permitido que operara la presunción de paternidad, cuando pudo haberlo impedido haciendo saber la verdad, de la cual tenía perfecto conocimiento o, al menos, algún grado de duda. Esta omisión, en consecuencia, tiene por efecto imponer la filiación a una persona que no es el progenitor, sin permitirle decidir de forma libre e informada si asume la paternidad, por un lado y, por el otro, evitar que la hija o hijo desconozca la realidad de su filiación biológica, significa que ambos son los posibles damnificados de la omisión imputable.

En general, la culpa es el fundamento moral de la responsabilidad civil, el cual consiste en un juicio de valor de signo negativo sobre la conducta de un sujeto a quien se reprocha no haberse comportado de cierto modo y haber generado, como consecuencia de su falta, un efecto nocivo para otra persona. La culpa abarca conductas reprochables, que

³²⁰ Díez-Picazo, Luis, *Derecho de daños*. (Madrid: Civitas, 1999), 287.

van desde la conducta dolosa, hasta el simple comportamiento imprudente o negligente³²¹³²²; sin embargo, la característica común a estas conductas culpables es la vulneración de un marco deóntico (deber ser) exigible al sujeto; por ello, para construir el juicio de culpa, es preciso establecer un modelo de comportamiento exigible para contrastar la conducta efectivamente desplegada contra el modelo que debía haber seguido.³²³

Si bien, en términos generales, el marco deóntico de todo individuo se integra por el deber genérico de no dañar a otros, cada análisis particular de culpa inicia preguntándose cómo se habría comportado, en determinadas circunstancias, una persona normalmente razonable, diligente y prudente. La respuesta puede nutrirse de fuentes normativas de diferente origen: convencionales, legales, morales, científico-técnicas, etc. Las directivas de conducta pueden proceder de lugares diferentes porque gran parte de las actividades cotidianas de un sujeto, se encuentran gobernadas por alguna disposición legal o reglamentaria.³²⁴ Cada rol social, en consecuencia, está condicionado por una serie de reglas de conducta, en cuyo debido cumplimiento puede ampararse toda persona para librarse de responder por cualquier daño que pudiere haberse causado.

³²¹ Torrealba, Federico, *Responsabilidad civil*, 196.

³²² De conformidad con el principio de no graduación (irrelevancia de la gravedad de la culpa), en el derecho civil, la noción de culpa refiere indistintamente a las ideas de dolo, falta, negligencia o imprudencia (artículo 1045 del Código Civil), por lo que, sin importar la gravedad ni su neta distinción, basta cualquier falta para el nacimiento de la obligación de responsabilidad civil, en tanto el comportamiento culpable esté en vinculación causal con el daño cuya indemnización se pretende. Torrealba, Federico, *Responsabilidad civil*. (San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 2011), 203.

³²³ Torrealba, Federico, *Responsabilidad civil*, 197.

³²⁴ Torrealba, Federico, *Responsabilidad civil*, 197-198.

Adicionalmente, la conducta debe caracterizarse por la posibilidad de discernimiento (conocimiento) de parte de la persona actuante y que se desarrolle de manera voluntaria, es decir de manera intencionada y libre (voluntad).³²⁵

Dicho todo lo anterior, la conducta omisiva de la madre, necesariamente, presupone el conocimiento (según al grado de certeza) de la verdadera filiación de la hija o hijo. El patrón o modelo de conducta exigible a la madre es el siguiente: en caso de anteceder una infidelidad y la madre tenga absoluta certeza de que su esposo no es el padre de su hija o hijo, debe hacerle saber la verdad; en caso de duda acerca de la misma situación, debe tomar las previsiones necesarias con el fin de obtener certeza al respecto, comunicando al cónyuge en todo momento de dicha situación o bien realizando las pruebas científicas correspondientes e informándole si el resultado es negativo, pues sería injusto que pudiendo disipar esa incertidumbre, no lo hiciese y de ello derivare un perjuicio al padre y a la hija o hijo. Adicionalmente, además de la madre, el padre verdadero podría derivar responsabilidad, dependiendo del grado de certeza en relación con su parentesco con el hijo falsamente atribuido al cónyuge.

Como sea el caso, no parece poder trazarse relación causal entre el daño sufrido por el marido ante el descubrimiento de que la hija o hijo atribuidos por presunción de paternidad no son suyos y cualquier conducta de la madre caracterizada por la ausencia de conocimiento de que ello era así (piénsese en el caso de que la hija o hijo haya sido concebido por una violación, en la cual se indujo a la inconsciencia a la madre con algún

³²⁵ Hernández, Clayde. "Resarcimiento de daños y perjuicios por falsa atribución de paternidad matrimonial". En Cúneo, Darío y Hernández, Clayde, directores. *Filiación biológica*. (Rosario: Editorial Librería Juris, 2005), 318-319.

tipo de sustancia); es indispensable que la madre tenga conocimiento de la situación y la voluntad de no haber impedido aplicar la presunción de paternidad.

6.3. El daño indemnizable: descripción, atributos y naturaleza

6.3.1. Identificación y descripción de los daños posibles.

Todo hecho nocivo implica una modificación desfavorable en la realidad actual o potencial del damnificado, por ello, el evento dañoso origina o bien una modificación desfavorable de un estado de cosas preexistente, o una interrupción en el desenvolvimiento de un proceso evolutivo favorable.³²⁶ Identificar y describir adecuadamente los daños posibles, como consecuencia de la falsa atribución de paternidad, es el segundo paso en la imputación de responsabilidad civil.

6.3.1. a. Descripción de posibles daños extrapatrimoniales.

Los eventuales daños extrapatrimoniales que concurrirían ante la falsa atribución de paternidad pueden clasificarse en dos categorías: aquellos que se padecen por la imposición de la paternidad y los que pueden sufrirse por la posterior privación de la relación con el hijo.³²⁷

El daño por la privación de la decisión sobre la filiación (imposición de la paternidad) supone el descubrimiento de la ausencia de vínculo biológico con el hijo, lo cual puede desencadenar una serie de padecimientos psíquicos y psicológicos e incluso

³²⁶ Torrealba, Federico, *Responsabilidad civil*. (San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 2011), 60.

³²⁷ Verónica Nevado Catalán. "Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad.", *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, n. 4 (2018): 21.

consecuencias físicas (por ejemplo, agravación de enfermedades que previamente se padecían).³²⁸

Los anteriores daños son directos; es decir, significan una modificación desfavorable de un estado de cosas preexistente (el padecimiento no existía antes de que se conociera la verdad de la filiación). Pero también pueden ocurrir daños extrapatrimoniales indirectos, consecuencia de una interrupción en el desenvolvimiento de un proceso evolutivo favorable. En estos casos, la apreciación del daño requiere una labor intelectual más sofisticada de proyección del curso probable de los acontecimientos a falta del hecho dañoso.³²⁹ El más claro ejemplo de dichos daños es la frustración del proyecto de vida del padre, como consecuencia de la privación de la decisión de la filiación. Si el cónyuge hubiese tenido la posibilidad de elegir si asumía o no voluntariamente la paternidad, se habría constituido un proyecto de vida en un sentido u otro, de manera consciente y voluntaria. La ocultación causó que ello no fuera posible, frustrando la posibilidad al padre de elegir el camino que seguiría su vida en ese sentido.

La disolución del vínculo legal de filiación no tiene relación con daño alguno, porque o bien se decreta por iniciativa del propio demandante o por desplazamiento promovido por el padre biológico, con lo cual en un caso y en otro, se está ante una situación conforme con el derecho e inapta para producir daños: desaparecido el vínculo legal de filiación, sería conforme a Derecho la decisión de la madre de impedir o limitar a lo judicialmente acordado, la relación entre padre no biológico e hijo. Sin embargo, el que esta situación encuentre amparo jurídico, no impide constatar la posibilidad de un gran daño a quien había ejercido

³²⁸ Verónica Nevado Catalán. “Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad.”: 22.

³²⁹ Torrealba, Federico, *Responsabilidad civil*, 60-61.

como padre y deseaba mantener la relación con el hijo (con ello se descarta el supuesto en que la disolución se decreta por iniciativa del cónyuge) y este daño es objetivamente imputable a la conducta culpable de ocultar la paternidad, pues precisamente la ocultación determinó la paternidad, cuya eficacia no podía saber el padre que cesaría en algún momento. En este sentido, resulta claro que la ocultación inicial no solo es fácticamente una de las causas del daño moral por la pérdida de la relación, además, dicho daño puede imputarse jurídicamente a la madre.³³⁰

6.3.1. b. Descripción de posibles daños patrimoniales.

Los daños patrimoniales de posible concurrencia son el coste de realizar la prueba de paternidad, los gastos de desplazamiento para cumplir con el régimen de visitas, las cantidades pagadas en concepto de alimentos.³³¹ Sin duda, el daño patrimonial más importante producido es el derivado del mantenimiento del menor, pues quien cumple con las obligaciones impuestas legalmente respecto del cuidado y manutención de sus hijos sufre una merma en su patrimonio. La cuestión planteada es si tal perjuicio patrimonial puede ser reparado mediante la aplicación de las reglas de responsabilidad civil y el alcance, en su caso, de la indemnización.³³²

Puede argumentarse que no procede el reclamo de devolver lo pagado durante la convivencia porque existe el deber de contribuir a las cargas del matrimonio y, aunque el hijo fuese de uno solo de los cónyuges, los gastos corren a cargo del matrimonio.³³³ En

³³⁰ Verónica Nevado Catalán. "Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad.", *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, n. 4 (2018): 23.

³³¹ Verónica Nevado Catalán. "Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad.": 26.

³³² Verónica Nevado Catalán. "Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad.": 27.

³³³ Verónica Nevado Catalán. "Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad.": 27.

cuanto a las cantidades abonadas tras el descubrimiento de la verdadera filiación, es el tema que admite mayor concurrencia de criterios en un sentido u otro.

6.3.2. Atributos de la indemnizabilidad.

6.3.2. a. Certeza.

Existe un daño real³³⁴ sufrido por el marido, que se ve emplazado en el estado de padre sin serlo, pues crea un vínculo el cual pudo haber fructificado en el afecto, en la dedicación y obligado al aporte económico, sin la existencia del correlato necesario con la realidad biológica.³³⁵ La toma de conciencia de esta situación tiene aptitud de producir un efecto negativo en la estabilidad emocional de los involucrados.

6.3.2. b. Injusticia (antijuricidad).

La discordancia entre realidad biológica y filiación legal no constituye un daño *per se*, porque esa falta de vínculo puede suplirse con autonomía de la voluntad. Es decir, que el establecimiento de una paternidad no correspondiente con la verdad biológica, es una circunstancia que puede ser libremente asumida y, en ocasiones lo es, por el padre no biológico (por ejemplo, en casos de reconocimiento y de adopciones). Como se ha establecido, siempre que se vulneren derechos o intereses dignos de protección jurídica, el daño es indemnizable, por ello, aunque no exista en concreto un derecho subjetivo a no ser engañado, la indemnizabilidad del daño puede fundarse en la indebida atribución de paternidad, pues supone una importante injerencia en la autonomía personal del cónyuge,

³³⁴ La certeza hace referencia a que no es indemnizable el daño hipotético o conjetural, aunque claramente el grado de certeza no debe ser absoluto sino solamente razonable. Torrealba, Federico, *Responsabilidad civil*. (San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 2011), 61.

³³⁵ Dutto, Ricardo, *Daños ocasionados en las relaciones de familia*, 304.

por cuanto se le priva de la facultad de decidir, teniendo efectivamente derecho a hacerlo. En consecuencia, la injusticia del daño causado por falsa atribución de paternidad reside en la injerencia en la libertad individual, la cual supone impedir la decisión a quien legítimamente le corresponde, con independencia de que la decisión hipotéticamente podría haber sido la de asumir legalmente la paternidad y los deberes derivados de ella.³³⁶

En consecuencia, no hay dudas, por cuanto la esposa, consciente de que su cónyuge no es el padre de su hijo (o al menos con dudas al respecto), permite el establecimiento de un vínculo jurídico, el cual no coincide con la realidad biológica, en tanto obra ilícitamente porque se vulnera no solo el derecho a la identidad del hijo, sino también el del marido, pues es tenido como padre cuando no lo es realmente.³³⁷ La atribución de un estado civil inexacto constituye un hecho ilícito indiscutible, en primer lugar, porque la paternidad matrimonial legalmente atribuida es una presunción que admite prueba en contrario y puede, por lo tanto, ser impugnada, tanto por el marido como por los hijos, en tanto sepan de tales circunstancias; adicionalmente, si no se permite la responsabilidad civil en estos casos, la presunción de paternidad marital estaría sirviendo al fin antijurídico de eximir por responsabilidad a quienes conocían su falsedad y lo ocultaron durante años, haciendo que el padre tuviera un estado civil falso.³³⁸

6.3.3. Naturaleza jurídica del daño.

La modificación desfavorable en la realidad actual o potencial del damnificado que significa un daño, no solo reúne los atributos detallados antes, sino también encuadra en

³³⁶ Verónica Nevado Catalán. “Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad.”: 20-21.

³³⁷ Dutto, Ricardo, *Daños ocasionados en las relaciones de familia*, 304.

³³⁸ Hernández, Clayde. “Resarcimiento de daños y perjuicios por falsa atribución de paternidad matrimonial”. En Cúneo, Darío y Hernández, Clayde, directores. *Filiación biológica*. (Rosario: Editorial Librería Juris, 2005), 317-318.

alguna de las categorías indemnizatorias acuñadas por la ley y la jurisprudencia, tales como el daño emergente, el lucro cesante, el daño moral y la pérdida de oportunidad.³³⁹ Al respecto, se describe qué daños provocados por la falsa atribución de paternidad se subsumen dentro de esas categorías.

6.3.3. a. *Daño emergente.*

Siendo el daño emergente una categoría indemnizatoria propia del daño patrimonial y ya identificado como principal daño de este tipo, lo pagado para el mantenimiento del menor (alimentos, vestido, educación, medicina, diversión, etc.); se determinó la improcedencia del reclamo durante la convivencia por el deber de contribuir con las cargas del matrimonio. El daño emergente podría tener lugar si el cónyuge lleva a cabo gastos tras el descubrimiento de la verdadera filiación, pero la discusión al respecto está abierta. En cambio, no parece ser posible la existencia de lucro cesante por falsa atribución de paternidad.

6.3.3. b. *Daño moral.*

Es indiscutible que como consecuencia de enterarse la verdad de la filiación, el padre sufra. Esa clase de padecimientos integran el daño moral que debe soportar el damnificado y son una categoría propia del daño extrapatrimonial porque su compensación se lleva a cabo mediante una prestación representativa del daño, pero nunca equivalente.³⁴⁰ En general, como se ha visto, comprende categorías como el dolor físico, el sufrimiento a raíz de la pérdida o lesión de un ser querido; la vergüenza o el oprobio generados por las

³³⁹ Torrealba, Federico, *Responsabilidad civil*, 58-59.

³⁴⁰ Torrealba, Federico, *Responsabilidad civil*, 68.

difamaciones o las ofensas; el sufrimiento por lesiones estéticas; etc. Todas las cuales se resumen en una idea: dolor físico y espiritual.³⁴¹

6.3.3. b. i. Cuantificación del daño moral.

Al momento de cuantificar daños morales, derivados de falsa atribución de paternidad, es inevitable cierta discrecionalidad judicial a la luz de las circunstancias del caso, porque al recaer en bienes de difícil o imposible cuantificación, dado su carácter extrapatrimonial, la valoración del daño moral obliga a su determinación, ponderando todas las circunstancias concurrentes y tomando en cuenta los hechos traumáticos y su impacto en el sujeto. Algunos criterios que habitualmente se emplean para la fijación del *quantum* indemnizatorio son el número de hijos, los años que dura el engaño, la fortaleza del vínculo paterno filial existente y la gravedad de los daños (efectos) acreditados.³⁴²

6.3.3. c. Pérdida de oportunidad.

Como categoría indemnizatoria, la pérdida de oportunidad es la desaparición de la probabilidad seria y real de un evento favorable. Bajo esta categoría, se indemnizan tanto menoscabos de naturaleza patrimonial (por ejemplo, la pérdida de oportunidades de devengar un lucro o de economizar determinados costos) como extrapatrimoniales (por ejemplo, la pérdida de oportunidad de supervivencia o la pérdida de oportunidad de curación).³⁴³

³⁴¹ Torrealba, Federico, *Responsabilidad civil*, 657-658.

³⁴² Verónica Nevado Catalán. "Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad.", *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, n. 4 (2018): 24.

³⁴³ Torrealba, Federico, *Responsabilidad civil*, 695.

Dicha categoría se construye a partir de cuatro elementos: primero, la existencia objetiva, con anterioridad al hecho dañoso, de una oportunidad real y seria de evitar una pérdida o de obtener un beneficio.³⁴⁴ En segundo lugar, la preexistencia de un componente aleatorio, consistente en el riesgo de no realización de la oportunidad; es decir, la posibilidad de que concurren circunstancias objetivas las cuales podrían haber tenido incidencia negativa sobre la realización de la oportunidad.³⁴⁵ El tercer elemento es la interrupción del curso causal normal de los acontecimientos por virtud de un hecho (activo u omisivo) atribuible al responsable, cuyo efecto es la erradicación o el debilitamiento de la oportunidad preexistente al hecho dañoso. La interferencia nociva se produce en un momento en el cual no es posible determinar si, a falta del hecho dañoso, la oportunidad se habría realizado a plenitud. El hecho nocivo elimina o socava la oportunidad preexistente pero no el riesgo de no realización de la oportunidad: eliminada la oportunidad, el dilema aleatorio se eterniza, de tal suerte que ya nunca se podrá saber si aquella habría de materializarse, a falta del hecho dañoso.³⁴⁶ Por último, a raíz de la acción u omisión atribuida al responsable, se constata un resultado cierto de naturaleza fáctica: la (usualmente irreversible) desaparición o reducción de la oportunidad preexistente.³⁴⁷

Antes de llevar a cabo un análisis de cómo se subsume el daño causado por la falsa atribución de paternidad dentro de esta categoría indemnizatoria, debe definirse el concepto de “proyecto de vida”, este es el medio por el cual, en ejercicio de su libertad, el individuo exterioriza su decisión del modo en que quiere desarrollar su vida, ese proyecto puede

³⁴⁴ Torrealba, Federico, *Responsabilidad civil*, 698.

³⁴⁵ Torrealba, Federico, *Responsabilidad civil*, 701.

³⁴⁶ Torrealba, Federico, *Responsabilidad civil*, 702.

³⁴⁷ Torrealba, Federico, *Responsabilidad civil*, 702.

frustrarse y sufrir menoscabos, por causas imputables al propio individuo pero también por causas imputables a otras personas.³⁴⁸

Dependerá del alcance dado a este concepto, podrá otorgarse indemnización por pérdida de oportunidad. Si se da un concepto amplio, encuentra cabida la indemnización por el hecho de suponer injerencia en la autonomía del cónyuge, toda vez que se le privó de la posibilidad de decidir, teniendo derecho a hacerlo, con lo cual se frustra en general su proyecto de vida, con independencia de que la decisión hipotética haya sido la de asumir legalmente la paternidad.

Si por el contrario se le da un alcance limitado, al cónyuge a quien falsamente se atribuye la paternidad, se le priva de la oportunidad de emprender un proyecto de vida, si concurren las siguientes condiciones, estas corresponden con las que específicamente integran la categoría de la pérdida de oportunidad:

- 1) En primer lugar, que la posibilidad de procrear hijos integraba efectivamente dicho plan. Difícilmente pueda argumentarse de modo razonable lo anterior si la persona no podía bajo ninguna circunstancia procrear, como en el caso de la infertilidad.
- 2) Además, la aleatoriedad inherente a la vida misma, porque siempre concurre el riesgo de que, aun cuando no se le haya atribuido falsamente la paternidad, el cónyuge no pudiera encontrar con quien realizar su proyecto de vida (se trata de un factor ajeno a la voluntad del padre), con lo cual además tiene lugar el tercer elemento, porque aunque el hecho nocivo socava esa oportunidad, no descarta

³⁴⁸ Aldana Belén Prost. “¿Procede la indemnización por daño al proyecto de vida en los supuestos de falsa atribución de paternidad?” (Trabajo presentado en las Jornadas sobre el Nuevo Código Civil y Comercial preparatorias de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 5-6 de diciembre de 2014).

el riesgo de su no realización, con ello nunca podrá saberse si el cónyuge podría ser o no padre biológico y realizar su personal proyecto de vida.

- 3) Por último, la falsa atribución debe desaparecer o reducir considerable e irreversiblemente la oportunidad preexistente, lo cual no ocurre si, además del hijo falsamente atribuido, el cónyuge posteriormente sí tuvo hijos biológicos con la cónyuge (o incluso con una mujer diferente de ella). Es discutible si el cónyuge pierde la oportunidad cuando está en una edad en la cual todavía puede emprender el proyecto, esto en cualquier caso depende de las circunstancias del caso concreto.

6.4. Relación de causalidad

Entendiendo como hecho imputable la ocultación u engaño para establecer una filiación respecto de quien cree ser el padre biológico, cabe distinguir los posibles efectos con los cuales se relacionaría causalmente dicha acción.

En primer lugar, el engaño establecido por una filiación biológicamente no concordante tiene por efecto que el cónyuge interiorice el rol de padre, con las responsabilidades y satisfacciones derivadas de ello, tanto personalmente como en su proyección hacia los demás, hacia la sociedad. El descubrimiento de la ausencia de dicho vínculo biológico puede generar, sin lugar a ninguna duda, padecimientos psicológicos, producto de la pérdida de sentido que supone el desmoronamiento de dicho rol de un día para el otro.

Además, si concurren otras circunstancias (fertilidad del cónyuge a quien se atribuye falsamente la paternidad; el haber procreado hijos con posterioridad al nacimiento de quien se le atribuye falsamente; que se encuentre en una edad en la cual no puede emprender el

proyecto nuevamente), causalmente podría aducirse un daño al proyecto de vida, la pérdida de la oportunidad de haber decidido no asumir la paternidad y emprender un nuevo proyecto.

6.6. Defensas contra el reclamo de responsabilidad civil

Conforme se ha analizado, en el supuesto de falsa atribución de paternidad, se han mencionado situaciones que evitan la concurrencia de su indemnización. Dichas situaciones pueden aducirse como defensas para minar el reclamo formulado por el padre.

Por ejemplo, en cuanto al factor de atribución, no concurre conducta omisiva reprochable, si la madre comunicó oportuna e inequívocamente la situación al padre, o bien, si no tenía ni siquiera conocimiento de ella.

En cuanto al daño, difícilmente pueda exigir indemnización un padre que nunca asumió sus responsabilidades, aun cuando no tenga relación biológica con el hijo, ni tampoco haya consolidado con él un vínculo emocional fuerte.

En cuanto a la pérdida de oportunidad, tampoco podrá pedirla el padre que no puede procrear por infertilidad, o bien, aquel que tuvo hijos biológicos, sea con la misma esposa o bien con otra mujer diferente, antes o después del hijo falsamente atribuido.

6.7. Análisis de la falsa atribución de paternidad en el derecho costarricense

En el derecho de familia costarricense, para que la acción de responsabilidad civil tenga alguna probabilidad de éxito, debe acreditarse en primer lugar la existencia de la infracción a una determinada norma procesal o de fondo por la ejecución de una conducta dolosa, culposa, imprudente o negligente, atribuible a la parte demandada. En segundo

lugar, que el demandante haya sufrido, real y efectivamente, daños y perjuicios, como consecuencia directa de aquella conducta ilegítima; es decir, la existencia del daño o perjuicio y nexo de causalidad que lo relaciona con la conducta (Voto 1792-2006 del Tribunal de Familia).

6.7.1. La conducta imputable.

La responsabilidad familiar debe responder a los mismos principios de la responsabilidad civil. El artículo 1045 del Código Civil es la norma útil, como parámetro subjetivo del dolo o la negligencia; a diferencia de normas de familia que tienen parámetros fijos, en los cuales resulta indiferente el elemento subjetivo. Con ello se trascienden dichos parámetros y es posible imputar responsabilidad de tipo subjetiva, en la que medie dolo o negligencia (Voto n° 1712-03 del Tribunal de Familia). Esta autorización obliga, a quien quiera considerar una responsabilidad mayor a lo establecido por las normas de familia; a analizar si ha existido un quebrantamiento doloso o culposo al principio de no causar daño a los demás.

El actuar omisivo de la madre quien oculta la verdadera paternidad y tiene por efecto establecer una filiación inexacta del cónyuge, constituye una conducta dolosa la cual supone el conocimiento de la situación ocultada y la voluntad de no impedir la aplicación de la presunción de paternidad matrimonial. Por lo tanto, este es un quebrantamiento doloso del deber de no causar daño a los demás, contenido por el artículo 1045 del Código Civil.

6.7.2. Daño indemnizable.

6.7.2. a. *Indemnizabilidad e injusticia del daño causado dentro de la relación matrimonial.*

Con el fin de hacer valer la garantía constitucional del artículo 41, en cuanto a que toda persona ha de encontrar reparación para los daños recibidos en su persona, propiedad o intereses morales, no puede entenderse impedida la posibilidad de que el cónyuge obtenga reparación sólo porque la conducta dañosa no se encuentre subsumida dentro de las causales establecidas por el artículo 48 bis del Código de Familia (Voto 642-2015, Sala Segunda). Por otra parte, quien ejerce la patria potestad responde por los daños causados, si la ejerce indebidamente (Voto 45-1994, Sala Segunda). De conformidad con lo anterior, la omisión, cuyo efecto es ocultar la verdadera paternidad y establecer una filiación inexacta; es un ejercicio inadecuado de la patria potestad del menor. Por lo tanto, es un actuar antijurídico que infringe las normas regulatorias de las relaciones de familia.

Adicionalmente, la conducta comporta una importante antijuricidad en relación con los derechos de la persona menor, relativos a conocer quiénes son su padre y madre biológicos. Dicho derecho encuentra su origen en los artículos 53 de la Constitución Política y 7 de la Convención de los Derechos del Niño. Por este motivo, la denegatoria de ese derecho debe tener una sanción en el caso de que se demuestre la existencia de un perjuicio, un daño, dolo y la aplicación de una antijuricidad por acción u omisión por parte de alguno de los progenitores.

También el derecho a la identidad entra en juego por medio de los artículos citados, por ello, la denegatoria unilateral de alguno de los padres es también una violación al derecho a la identidad del menor.³⁴⁹

³⁴⁹ Granados Aguilar, Eimy y Blanco Villalta, Gerardo Antonio, *Derecho de Familia. La pretensión civil en el proceso de filiación*. (San José, Costa Rica: Editorial Juritexto, 2016), 22-23.

En este sentido, la trascendencia del tema es grande, porque al conocer su identidad, a sus padres biológicos y mantener contacto con ellos, la persona menor ejercita otros derechos vinculados a los deberes-poderes que constituyen la autoridad parental³⁵⁰ como la guarda, crianza, educación, potestad administración y representación del menor.³⁵¹

³⁵⁰ Granados Aguilar, Eimy y Blanco Villalta, Gerardo Antonio, 24.

³⁵¹ Granados Aguilar, Eimy y Blanco Villalta, Gerardo Antonio, 26-35.

CONCLUSIONES

La responsabilidad civil es un instituto jurídico con casi doscientos cincuenta años de desarrollo dogmático. Se trata del conjunto de deberes jurídicos impuestos a quien ha causado injustamente un daño o una amenaza de daño, persiguiendo prevenirlo y evitarlo o bien repararlo cuando ya ha acaecido. Si bien tiene origen en el derecho civil, se ha expandido a la totalidad de las ramas jurídicas. En nuestro país tiene origen en el numeral 41 constitucional.

Para el nacimiento de una obligación de responsabilidad civil se requiere la concurrencia de un factor de atribución, un daño indemnizable, un vínculo de causalidad entre ambos, y las condiciones específicas requeridas según el régimen particular de responsabilidad.

Existen distintos regímenes de responsabilidad civil que determinan condiciones específicas adicionales al factor de atribución al daño y al vínculo de causalidad, tales como: responsabilidad contractual y extracontractual; responsabilidad subjetiva y objetiva.

También es importante distinguir entre daños patrimoniales y extrapatrimoniales, según la naturaleza del bien afectado, pero sobre todo al efecto que la lesión produce sobre la realidad de la víctima.

La filiación es el vínculo jurídico que une a un hijo con su madre o con su padre y viceversa. Puede atender al presupuesto biológico de la procreación o bien al presupuesto jurídico de la adopción. Constituye un estado civil, o sea una posición jurídica permanente. Es fuente de otros fenómenos jurídicos como la nacionalidad, la sucesión hereditaria, el

derecho de alimentos, el parentesco entre los mismos hijos. En la legislación costarricense, la filiación es irrevocable, inalienable, tiene carácter declarativo, solemne y es unilateral.

La filiación biológica presupone ese nexo entre padres e hijos. Se determina por la afirmación jurídica de una realidad biológica cierta (como la que muestra el parto de la madre) o al menos presunta (como la que ocurre con la presunción de paternidad del marido de la madre).

La filiación tiene una serie de efectos jurídicos, entre los cuales destacan el derecho de los hijos a llevar los apellidos de sus padres; la obligación de obediencia hacia ellos y el derecho de asistencia, educación y administración de bienes, de parte de sus padres; derecho recíproco de alimentación; derechos sucesorios recíprocos entre ascendientes y descendientes.

La ley clasifica las filiaciones en matrimoniales y extramatrimoniales, según hayan nacido dentro o fuera del matrimonio. Matrimoniales son los hijos concebidos y nacidos dentro del matrimonio, así como los concebidos fuera, pero nacidos dentro del matrimonio y los concebidos dentro y nacidos fuera del matrimonio, por aplicarse la presunción de paternidad matrimonial. Filiación extramatrimonial se da fuera del matrimonio; o bien, cuando los padres no están casados entre sí. Por no estar amparada en una presunción, para establecer la paternidad, se recurre al reconocimiento o al proceso judicial de investigación de paternidad. La filiación adoptiva, por su parte, es de puro derecho.

La presunción de paternidad afirma que el marido de la madre es el padre de los hijos dados a luz por esta, siempre que nazcan dentro de los términos indicados por la ley. Se trata de una presunción la cual admite prueba en contrario. Se basa en los acontecimientos habituales (es decir, que los hijos nacidos dentro del matrimonio sean del

cónyuge de la madre) y es impuesta por razones sociales y culturales en beneficio de la estabilidad de la familia, al no permitir la atribución de hijos adulterinos de la mujer casada, para favorecer la armonía familiar.

Los procesos de emplazamiento son aquellos en los cuales se otorga a las personas una filiación paterna que antes no tenían, pues estos anteriormente sólo tenían la filiación materna. Entre otros se tiene la vindicación de estado y la legitimación.

Los procesos de desplazamiento son aquellos en donde se pretende quitar, desplazar o remover una filiación paterna actual, ya sea para poner otra o no. Entre otros se tiene la impugnación de paternidad (promovida por el padre), la declaratoria de extramatrimonialidad (promovida por el hijo); o bien, el reconocimiento de hijo de mujer casada (promovida por el padre biológico).

La indemnización por daños causados al marido, como consecuencia de una falsa atribución de paternidad, supone sucesivos esfuerzos de depuración dogmática y de vivencias históricas a través de la jurisprudencia desarrollada por los tribunales y la normativa creada por los parlamentos.

La tendencia identificada en el estudio del derecho comparado inicia con la discusión acerca de la admisibilidad de la responsabilidad civil en las relaciones familiares. Tratándose específicamente del vínculo matrimonial, supone discutir la naturaleza jurídica de los deberes matrimoniales. Como ni el legislador ni la jurisprudencia logran zanjar definitivamente las dudas que surgen ahí (es el caso del derecho chileno), algunos ordenamientos jurídicos, como el argentino, por ejemplo, pretenden salir de la dificultad, estableciendo un divorcio sin culpa y restando importancia al papel de los deberes conyugales; con ello, de manera inequívoca afirman la improcedencia de responsabilidad

civil por incumplimiento de deberes conyugales como el de fidelidad. Sin embargo, subsisten daños ocasionados por los cónyuges, cuya antijuridicidad se sigue buscando sobre la base de otros intereses protegidos distintos del mero cumplimiento de un deber matrimonial, lo cual evidencia que el interés de indemnizar esas conductas permanece incólume. Es en ese escenario cuando resulta posible determinar los elementos que deben concurrir para que una acción, como la de responsabilidad por falsa atribución de paternidad, integre el conjunto de las acciones típicamente definidas como exigibles como caso del derecho español.

La jurisprudencia nacional en el derecho de familia ha sido abierta a recurrir a fuentes supletorias, en ausencia de normativa específica para dar solución a determinadas controversias. La posibilidad de emplear este recurso se ha justificado sobre la base de que, al no hacerlo, el derecho estaría legitimando situaciones antijurídicas.

Esta postura es la que habilita la aplicación de los artículos 41 de la Constitución Política y 1045 del Código Civil, con el fin de trascender los parámetros fijos de normas especiales del derecho de familia, que limitan la responsabilidad a las consecuencias específicas de ellas prescritas, para buscar atribuir un esquema de responsabilidad subjetiva. En ese sentido, una acción de responsabilidad civil debería acreditar dos presupuestos: la ejecución de una conducta dolosa o culposa y que, como consecuencia de esa conducta ilegítima, el actor haya sufrido efectivamente, daños y perjuicios. Es así como frente al incumplimiento de deberes familiares, procede analizar si ha existido un quebrantamiento doloso o culposo al principio de no dañar a los demás.

En particular dentro de la relación matrimonial, es posible atribuir responsabilidad con fundamento en hechos diferentes de los delimitados por el artículo 48 bis del Código

de Familia y aplicar los principios del artículo 41 constitucional y 1045 del Código Civil, por ser la pretensión distinta de la causal de divorcio, si se acreditan dos presupuestos: una conducta dolosa o culposa infractora de una norma (antijurídica); y que la víctima haya sufrido daño como consecuencia de dicha conducta ilegítima.

La persona titular de la patria potestad responde por los daños causados, si la ejerce indebidamente. Se trata de un factor de atribución de responsabilidad, de una conducta antijurídica a la cual se puede exigir responder civilmente, al tenor del artículo 1045 del Código Civil.

El vínculo matrimonial no exime la reparación de daño moral, aunque la conducta antijurídica aducida no se encuentre dentro de las causales del artículo 48 bis. No es de recibo rechazar una pretensión de daños basada en una conducta de adulterio, porque efectuaría una interpretación no conforme con el artículo 41 constitucional y se legitimaría que una persona no encuentre reparación en los daños recibidos en su persona, propiedad o intereses morales, como consecuencia de una conducta disvaliosa, la cual constituye el incumplimiento del deber de fidelidad.

La acción de daños y perjuicios posee cierto grado de autonomía. Con independencia de que la causal de divorcio invocada, la cual les dio origen esté caduca y no prospere la acción, los daños subsisten y son reparables. En la legislación costarricense, para el caso de la acción de daños y perjuicios, aplican los criterios del artículo 1045 del Código Civil, de la misma manera que la prescripción decenal del 869 del mismo cuerpo legal.

Dada la naturaleza del derecho de familia, los procesos se caracterizan por su flexibilidad. En esta rama del derecho, aunque las pretensiones no tengan una tramitación

común, concurriendo conexidad entre ellas, se pueden tratar de forma acumulada sin provocar indefensión de ningún tipo a las partes. La pretensión de divorcio por causal de adulterio y de impugnación de paternidad, tienen una causa común, la infidelidad, que posibilita su tramitación conjunta.

Adicionalmente, según las entrevistas mediante las cuales se conoció el criterio de expertos en el tema (un juez del Tribunal de Familia, un juez de Familia y un litigante especialista en la materia); se tiene información específica acerca del caso de estudio del cual trata esta tesis.

En primer lugar, los expertos coinciden en que la reparación de daños que sufre una persona es derecho constitucional de cualquier persona y el hecho de ser ocasionados en el seno de vínculos familiares no es obstáculo para su indemnización. Además, consideran que debe ser en la vía familiar, aplicando el artículo 1045 del Código Civil a falta de una norma expresa en el Código de Familia.

Indudablemente, el incumplimiento de deberes matrimoniales, si genera daños y perjuicios, es tema de conocimiento del juez de familia. Sin embargo, ello implica algunas dificultades, las cuales deben ser atendidas. Por ejemplo, no todo incumplimiento de deberes matrimoniales puede generar daño indemnizable. Los deberes matrimoniales son muchos y su naturaleza jurídica es diferente. Por ello, la respuesta a esta cuestión dependerá de las circunstancias del caso concreto.

En opinión de los entrevistados, la omisión de la madre de comunicar a su cónyuge que no es el verdadero padre de su hija o hijo, es un presupuesto para la atribución de responsabilidad civil, pero requiere otros elementos. Dicha ocultación, si genera afectos y luego se descubre la verdad causante de sufrimientos, sí podría dar lugar a responsabilidad

civil. En cuanto a su fundamento normativo, este supuesto puede encontrarlo en la interpretación analógica del artículo 86 del Código de Familia. La reparación se debe ordenar, si ha habido falsedad o error, si un padre fue inducido a error o falsedad en la filiación de un hijo matrimonial. Ambas situaciones tienen ese elemento en común y ello justificaría su indemnización.

Los expertos coinciden en que para la indemnización del daño debe demostrarse relación causal, pero no dudan en afirmar que la consolidación de una relación afectiva basada en la creencia de una relación sanguínea y el descubrimiento posterior de la verdad, puede dar lugar, de hecho, a daños cuya falta de reparación el derecho no debe permitir.

La acción puede plantearse accesoriamente en el proceso de filiación que promueve el padre registral para impugnar la presunción matrimonial; o bien, en un proceso independiente. En cuanto al plazo, el que aplica es el decenal del artículo 868 del Código Civil.

Tradicionalmente, la responsabilidad civil ha sido ajena al derecho de familia. Dicha ajenidad debe explicarse, en primer lugar, de acuerdo con motivos históricos, sociológicos e ideológicos.

El concepto de familia vigente en determinado momento histórico determina su regulación jurídica. La familia patriarcal, caracterizada por su organización jerárquica, en la cual los miembros eran una extensión del padre mismo, causó la exclusión tácita de la responsabilidad civil en las relaciones familiares. Esa exclusión tácita encuentra causa en la llamada “regla de moralidad”, esta implica que la persona (principalmente el padre) gozaba de cierta inmunidad, la cual le libraría de responder civilmente. Se argumentaba que, por poner en peligro los intereses generales de la estabilidad familiar, no era admisible

una acción reparatoria y cualquier supuesto daño debía considerarse socialmente tolerable en razón de ese interés general. De esta manera, la regla de moralidad es una explicación a la inexistencia de reclamaciones por daños entre familiares, consecuencia de la concepción de familia tradicional vigente hasta el siglo pasado.

La regla de moralidad también influyó en la ideología de los operadores del derecho, en cuanto no se plantea la posibilidad de reclamar daños por causa del estado de familia. Además, impregnó la realidad del ordenamiento jurídico al punto de que los Códigos civiles de la época decimonónica no contienen regulaciones generales para las acciones de daños entre familiares.

Este contexto social condicionó la doctrina jurídica, la cual justificaba la exclusión de la responsabilidad civil del derecho de familia. Para ello argumentó que los deberes en las relaciones de familia no eran de naturaleza jurídica; esta imposibilidad de su incumplimiento forzoso probaba la imposibilidad de su resarcimiento y permitir la reparación, desnaturalizaría su origen ético y se les daría un carácter patrimonial.

Con el transcurso del tiempo y la interacción de las diferentes fuerzas que dan forma a las instituciones sociales y jurídicas, la familia misma cambia y también su regulación jurídica y se dio lugar a la familia asentada en relaciones conyugales igualitarias y coordinadas paritariamente con sus demás miembros; de esta manera, un miembro ya no puede ser privado de tutela por el sólo hecho de que el daño provenga de otro familiar, con lo cual se reconoce su derecho a ser reparado en sus intereses. En la actual concepción de la familia, se abandonó la jerarquía por la igualdad. Sus integrantes, antes que parientes, son personas y no sufren limitaciones en sus derechos por el hecho de enfrentarse a otros miembros de la familia.

En el caso de estudio de esta tesis, el factor de atribución es la ocultación o engaño, mediante el cual se establece una paternidad respecto del marido, quien cree ser el padre biológico. Se trata de una omisión que consiste en ocultar la verdadera filiación del hijo, cuando pudo haberse impedido haciendo saber la verdad, de la cual tenía conocimiento, o al menos un grado de duda.

Dicha omisión es reprochable porque la madre debía comportarse de acuerdo con cierto modelo de conducta en la cual, por una infidelidad tenga certeza absoluta o sospecha de que su esposo no es el padre biológico, debe hacerle saber la verdad o tomar las previsiones necesarias con el fin de obtener certeza al respecto, pues sería injusto que pudiendo disipar esa incertidumbre, no lo hiciese y de ello derivare un perjuicio al padre y a la hija o hijo.

Los posibles daños extrapatrimoniales derivados de la conducta son los que se padecen por la imposición de la paternidad, pero también los que pueden sufrirse por su posterior privación. El descubrimiento de la ausencia de vínculo biológico puede desencadenar padecimientos psicológicos o hasta consecuencias físicas. Se trata de daños directos. Pero también pueden ocurrir daños extrapatrimoniales indirectos, consecuencia de una interrupción en el desenvolvimiento de un proceso evolutivo favorable, como la frustración del proyecto de vida del padre. También la privación posterior al descubrimiento puede causar afectaciones directas al padre. Como posibles daños patrimoniales, el más cuantioso puede ser la cantidad pagada por el padre para la manutención del hijo a lo largo de los años.

Como defensas o eximentes, puede hacerse referencia a las siguientes situaciones:

1) cuando la madre comunicó oportunamente la situación al padre, **2)** cuando el padre

nunca asumió sus responsabilidades, **3)** si el padre es infértil o, por el contrario, tuvo hijos biológicos y no podría solicitar indemnizar daños al proyecto de vida.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

Azpiri, Jorge. *Juicios de filiación y patria potestad*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi. 2006.

Belluscio, Augusto César. *Manual de derecho de familia*. 1ª reimp. de la 7ª ed. Tomo 1. Buenos Aires: Astrea. 2004.

Benavides Santos, Diego, compilador: *Código de Familia: concordado y comentado, con jurisprudencia constitucional y de casación*. San José, Costa Rica: Editorial Juritexto S.A., 2017.

Benavides Santos, Diego. *Derecho Familiar*. San José, Costa Rica: Editorial Juritexto S.A., 2010.

Bossert, Gustavo, y Eduardo A. Zannoni. 2016. *Manual de derecho de familia*. 7ª ed. Buenos Aires: Astrea.

Cúneo, Darío y Hernández, Clayde. 2005. *Filiación biológica*. Rosario: Editorial Librería Juris.

Díez-Picazo, Luis. 1999. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas.

Dutto, Ricardo. 2006. *Daños ocasionados en las relaciones de familia*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

Granados Aguilar, Eimy y Blanco Villalta, Gerardo Antonio. *Derecho de Familia. La pretensión civil en el proceso de filiación*. San José, Costa Rica: Editorial Juritexto. 2016.

López Casal, Yuri. *La Responsabilidad Civil*. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, 2014.

López Mesa, Marcelo. *Derecho de Daños*. Buenos Aires, República Argentina: Euros Editores S.R.L, 2019.

Medina, Graciela. 2002. *Daños en el Derecho de Familia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

Rojina Villegas, Rafael. 1979. *Compendio de derecho civil*. 16ª ed. Tomo I. México, D.F.: Editorial Porrúa.

Rojina Villegas, Rafael. 2008. *Compendio de derecho civil*. 41ª ed. Tomo II. México, D.F.: Editorial Porrúa.

Suárez Franco, Roberto. *Derecho de familia*. 2ª ed. Bogotá: Editorial Temis.

Pérez Vargas, Víctor. *Derecho Privado*. 5° ed. San José, Costa Rica: Litografía e Imprenta

LIL, S.A, 2016.

Torrealba Navas, Federico. 2011. *Responsabilidad civil*. San José, Costa Rica: Editorial

Juricentro.

Varsi Rospigliosi, Enrique. 2011. *Tratado de derecho de familia. La nueva teoría*

institucional y jurídica de la familia. Tomo I. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Varsi Rospigliosi, Enrique. 2013. *Tratado de derecho de familia. Derecho de la filiación*.

Tomo IV. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Luis y Zarraluqui Navarro, Elena. 2015. *Las*

reclamaciones de daños entre familiares. La responsabilidad civil en el ámbito

familiar. Barcelona:

Bosch.

Artículos de Revista

Benavides Santos, Diego. 2007. *Acercamiento al Derecho de Familia y al sistema judicial*

de familia de Costa Rica. Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de

Justicia n. 4: 83-97.

- Corral Talciani, Hernán. 2017. *Daños por infracción del deber matrimonial de fidelidad. Una cuestión nuclear en el debate sobre la responsabilidad civil en la familia. Revista Ius et Praxis* vol. 23, n. 2: 121-146.
- Farnos Amorós, Esther. 2011. *Remedios jurídicos ante la falsa atribución de paternidad. Derecho privado y Constitución* n. 25: 9-54.
- Martin-Casals, Miquel y Ribot, Jordi. 2011. *Daños en derecho de familia: un paso adelante, dos atrás. Anuario de derecho civil* vol. 64, n. 2: 503-561.
- Medina, Graciela. 2015. *Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial Unificado de Argentina. Actualidad Jurídica Iberoamericana* n. 3: 15-46.
- Murillas Escudero, Juan Manuel. 2015. *La responsabilidad civil extracontractual por daños morales en la relación conyugal, Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja (REDUR)*, n. 13: 111-127.
- Nevado Catalán, Verónica. 2018. *Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad, Indret Revista para el Análisis del Derecho*, n. 4.
- Pérez Gallego, Roberto. 2015. «Nuevos daños» en el ámbito del Derecho de Familia. Los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica. *Revista de Derecho Civil* vol. 2, n. 3: 141-175.
- Rodríguez Zamora, José Miguel. 1994. "La filiación y el derecho comparado". *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica*, n. 77: 63-80.

- Toledo, Selva Mónica y Gabriel, Silvia Cristina. 1992. *La responsabilidad civil en el derecho de familia. Lecciones y ensayos* n. 57: 95-145.
- Turner Saelzer, Susan. 2018. *Infidelidad, culpa, divorcio e indemnización de perjuicios en el derecho matrimonial argentino y chileno*, *Revista de Derecho Privado*, n. 35: 105128.
- Vargas Aravena, David. 2014. *Responsabilidad civil en el ámbito matrimonial según la jurisprudencia chilena*, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 3: 157-164.

Tesis

- Espinoza Zamora, Mirna. 2016. La naturaleza jurídica de los gastos de maternidad y embarazo a la luz de la responsabilidad civil extracontractual. Tesis para optar por el grado de licenciatura en derecho, Universidad de Costa Rica.
- Godínez Quesada, Jeffry, y Christian López Agüero. 2016. Indemnización civil al cónyuge inocente por daño moral en los procesos de divorcio por la causal de adulterio. Tesis para optar por el grado de licenciatura en derecho, Universidad de Costa Rica.
- González Sepe, Oscar. 2013. Responsabilidad y daños por falta de reconocimiento de hijo extramatrimonial. Tesis para optar por el grado de licenciatura en derecho, Universidad de Costa Rica.
- Martín Sanz, Raquel. 2018. La incidencia del derecho de daños en el derecho de familia. Tesis para optar por el grado en derecho, Universidad de Valladolid.
- Sánchez Pintado, Emilio Jesús. 2018. La responsabilidad civil en el ámbito del derecho de familia. Trabajo para optar por el Grado en Derecho, Universidad Pontificia Comillas de Madrid.

Stanford Valencia, Priscilla Ann, y Torres Gálvez, Benjamín. 2016. Adulterio y responsabilidad civil. Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile.

Valverde Villalón, María José. 2013. La presunción legítima de paternidad y su complementariedad con los derechos fundamentales. Tesis para optar por el grado de licenciatura en derecho, Universidad de Costa Rica.

Normas

Código Civil de la República de Chile, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, consultado el 15 de enero de 2022, <http://bcn.cl/2f8ub>

Ley de Matrimonio Civil, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, consultado el 15 de enero de 2022, <http://bcn.cl/2z3am>

Entrevistas

Chacón Jiménez, Mauricio. Entrevista sobre indemnización por daños y perjuicios causados al marido por falsa atribución de paternidad. Zoom, el 5 de mayo de 2023.

Monge Segura, Naín Isaac. Entrevista sobre indemnización por daños y perjuicios causados al marido por falsa atribución de paternidad. Zoom, el 15 de mayo de 2023.

Román Díaz, Douglas. Entrevista sobre indemnización por daños y perjuicios causados al marido por falsa atribución de paternidad. Zoom, el 15 de mayo de 2023.

Jurisprudencia

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Acción de inconstitucionalidad: voto 1894-1999 del 12 de marzo de 1999, 10:33 horas. Expediente 95-004850-0007-CO.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Ejecución de sentencia: Resolución 41-1993 del 18 de junio de 1993, 15:00 horas. Expediente 93-000041-0004-CA.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Proceso Ordinario: Resolución N° 00045 - 1994 del 03 de marzo de 1994, 10:10 horas.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Proceso Ordinario: Resolución N° 00642 - 2015 del 17 de Junio del 2015, 10:45 horas. Expediente 13-400017-0216-FA.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Proceso abreviado de divorcio: Resolución N° 00413 - 2003 del 08 de Agosto del 2003, 11:20 horas. Expediente 99-4009500186-FA.

Tribunal de Familia. Proceso ordinario: Resolución N° 01712 - 2003 del 24 de Noviembre del 2003, 08:40 horas. Expediente 00-001423-0187-FA.

Tribunal de Familia. Proceso ordinario: Resolución N° 01710 - 2003 del 24 de Noviembre del 2003, 08:00 horas. Expediente 00-001494-0185-CI.

Tribunal de Familia. Proceso abreviado de divorcio: Resolución N° 02201 - 2004 del 14 de Diciembre del 2004, 08:00 horas. Expediente 01-001172-0165-FA.

Tribunal de Familia. Demanda de Responsabilidad Civil: Resolución N° 01792 - 2006 del 08 de Noviembre del 2006, 07:30 horas. Expediente 05-000140-0164-CI.

Tribunal de Familia. Proceso abreviado de divorcio: Resolución N° 00752 - 2016 del 03 de Agosto del 2016, 11:54 horas. Expediente 15-001202-0292-FA.

Tribunal de Familia. Proceso abreviado de divorcio: Resolución N° 00036 - 2016 del 27 de Enero del 2016, 10:44 horas. Expediente 14-000110-1152-FA.

Tribunal de Familia. Proceso ordinario de divorcio: Resolución N° 00442 - 2018 del 04 de Abril del 2018, 10:24 horas. Expediente 11-000909-0187-FA.

Otros

Prost, Aldana Belén. 2014. *¿Procede la indemnización por daño al proyecto de vida en los supuestos de falsa atribución de paternidad?* Trabajo presentado en las Jornadas sobre el Nuevo Código Civil y Comercial (preparatorias de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil), 5-6 de diciembre, en Partido de Monte Hermoso, Provincia de Buenos Aires, Argentina.

ANEXOS

Entrevista sobre indemnización por daños y perjuicios causados al marido por falsa atribución de paternidad

Fecha: _____ *Hora:* _____

Lugar o vía (Zoom, Meet, Skype, etc.) de realización de la entrevista:

Datos de la persona entrevistada (género, ocupación, experiencia):

Introducción: La presente es una tesis de investigación de derecho, en la Universidad de Costa Rica, cuyo problema es si “¿puede el esposo ejercer el derecho de resarcimiento de los daños y perjuicios contra su esposa ocasionados por el hecho de ocultar la verdad biológica de su hijo (os) habiendo ejercido los atributos de la paternidad?”.

Preguntas

1. ¿Está de acuerdo en que en nuestro país deba ordenarse judicialmente la reparación de daños ocasionados en el seno de vínculos jurídicos familiares, en la jurisdicción de familia propiamente? ¿En qué situaciones debería ordenarse (si está de acuerdo con ello) dicha reparación?

2. ¿Cuál es su criterio en cuanto a la posibilidad de atribuir responsabilidad por daños causados por incumplimiento de deberes matrimoniales en la jurisdicción de familia propiamente?

3. ¿Considera reprochable, desde el punto de vista de la responsabilidad civil, la conducta de la madre que teniendo conocimiento de que su cónyuge no es el verdadero padre de su hija o hijo, omite comunicar dicha situación y permita que opere la presunción de paternidad matrimonial?

4. ¿Considera que se cause al cónyuge algún daño indemnizable como consecuencia de la conducta descrita en la pregunta anterior?

5. ¿Los daños y perjuicios provocados al marido pueden solicitarse como pretensión accesoria en el proceso de impugnación de paternidad o debe solicitarlos en un proceso ordinario aparte?

6. ¿Podría identificarse alguna causa eximente de responsabilidad en casos de esta clase?

7. ¿Cuál sería el plazo de prescripción que tendría el marido para reclamar responsabilidad civil a la esposa ante la falsa atribución de la paternidad?

8. ¿Si el padre biológico tuviere conocimiento de la situación, cabría la posibilidad de atribuirle responsabilidad en perjuicio del cónyuge de la madre?

Entrevista sobre indemnización por daños y perjuicios causados al marido por falsa atribución de paternidad

Fecha: viernes 5 de mayo de 2023 **Hora:** 3:00 p.m.

Medio de realización de la entrevista: Plataforma Zoom

Datos de la persona entrevistada (género, ocupación, experiencia): se entrevista al señor Mauricio Chacón Jiménez, Juez del Tribunal de Familia

Introducción: La presente es una tesis de investigación de derecho, en la Universidad de Costa Rica, cuyo problema es si “¿puede el esposo ejercer el derecho de resarcimiento de los daños y perjuicios contra su esposa ocasionados por el hecho de ocultar la verdad biológica de su hijo (os) habiendo ejercido los atributos de la paternidad?”.

Preguntas

1. **¿Está de acuerdo en que en nuestro país deba ordenarse judicialmente la reparación de daños ocasionados en el seno de vínculos jurídicos familiares, en la jurisdicción de familia propiamente? ¿En qué situaciones debería ordenarse (si está de acuerdo con ello) dicha reparación?**

Aquí es como difícil decir que uno esté de acuerdo. Es un derecho constitucional, artículo 41. Toda persona tiene derecho a gestionar un reclamo de daños y perjuicios cuando siente que ha recibido alguna lesión. Y entonces, por un principio también constitucional de distribución de funciones, no parece que sea en otro escenario donde se tenga que hacer el juicio sobre reclamaciones por indemnización de daños y perjuicios, si la casusa que origina el daño o el perjuicio es propio de la materia familiar, entonces, como

le digo, no es un asunto de estar de acuerdo, es que así corresponde por disposiciones supra legales y también legales, de competencia.

2. ¿Cuál es su criterio en cuanto a la posibilidad de atribuir responsabilidad por daños causados por incumplimiento de deberes matrimoniales en la jurisdicción de familia propiamente?

El matrimonio impone deberes y concede algunos derechos. Si hay un incumplimiento intencional de deberes que a su vez generan daños y perjuicios, pues corresponde que el juez de familia conozca ese tipo de asuntos.

3. ¿Considera reprochable, desde el punto de vista de la responsabilidad civil, la conducta de la madre que teniendo conocimiento de que su cónyuge no es el verdadero padre de su hija o hijo, omite comunicar dicha situación y permita que opere la presunción de paternidad matrimonial?

La pregunta es un poco capciosa. La presunción de paternidad no es que se permita. Como cualquier presunción, hay que saber la naturaleza jurídica de los institutos. Las presunciones son medios de prueba y, como tales, hay algunas que son susceptibles de combatirse y hay otras que no lo son. Cuando hablamos de presunciones iure et de iure y de presunciones iuris tantum. Las iure et de iure no son susceptibles de desvirtuarse, pero las relativas sí y, además, esto es un medio de prueba para asignar la paternidad de acuerdo a lo que establece nuestra ley. Una mujer casada que tenga hijos, no es ella, sino la ley, la que presume que el marido es el padre de la criatura. Y, por consiguiente, si ella está casada, tiene un hijo con un hombre que no es el marido, no es por voluntad de ella que se asigna la paternidad, sino que es por voluntad de ley. Entonces no podría yo compartir la pregunta en los términos en que viene planteada, de que ella deje que opere

la presunción. Eso no va por ahí. Por otro lado, las relaciones familiares son muy complejas. Muchas veces, y sin olvidar que vivimos todavía en una sociedad muy patriarcal, el hecho de que la mujer se embarace de un hombre que no sea su marido, más bien provoca mucha agresión hacia ella, si ella hace algo para investigar la verdadera paternidad. Eso pasa en nuestra sociedad machista. Y entonces el marido entiende como una deshonra gigante que él no es el papá del hijo que tuvo la esposa. Entonces ahí hay unos elementos que no se pueden soslayar ni se pueden ignorar. Lo más importante es que la ley faculta tanto al marido como a la madre para presentar una acción con la intención de desvirtuar esa filiación presuntiva. Y por consiguiente no le corresponde sólo a la mujer sino que también el hombre tiene derecho a impugnar esa paternidad. Entonces, por el sólo hecho de no decir nada, no me parece que se genere algún perjuicio o alguna conducta reprochable a la madre, sólo por el hecho de no decir. Eventualmente, si esto ya comienza a generar afectos y luego se descubre una verdad.

Como le decía, si la señora, por el sólo hecho de no decir nada (originalmente, digamos), no podemos presumir que ella sea responsable, para pagar daños y perjuicios. Hay muchos elementos que se deben ponderar o valorar. Como le decía, no sé si esto se quedó, sobre todo en una sociedad tan machista, donde más bien una mujer queda embarazada de otro hombre, es el propio marido el que se siente tan ofendido, que Dios guarde ella haga algo para que el niño tenga la filiación que le corresponde. Más bien él asume una pose de galán, diciendo ese niño yo lo voy a criar como mí hijo y toda esa cosa, verdad. Entonces, eso no es lo que genera la filiación, la actitud de la señora, es una presunción de ley. Entonces, por eso no participaba yo, no podía considerar que el enunciado de la pregunta sea correcto. De que sólo porque la mujer no diga nada, entonces ya es responsable.

4. ¿Considera que se cause al cónyuge algún daño indemnizable como consecuencia de la conducta descrita en la pregunta anterior?

Depende de muchos factores. Muchas veces, si la señora de un señor que no es su marido y es él quien asume la posición de que eso no se debe investigar y que él es el verdadero papá y demás y después, cuando se divorcian, se quiere quitar el combo, entonces para él no hay un cinco indemnizable. Aquí, digamos, el gran afectado es el hijo, a quien se le negó su verdadero origen, pero no el señor. Entonces, ya le digo, hay que demostrar una relación causa-efecto para ver si hay responsabilidad de la señora. Esto puede ser, digamos, en el evento de que ella sí sabe que no es el marido el papá de la criatura, pero se lo oculta intencionalmente y al cabo de los años él descubre no ser el papá. Y si ya ha habido una relación afectiva, que ha conformado la posesión notoria de estado, pues la ley faculta a este señor para que dentro del año siguiente presente la demanda de impugnación de paternidad y si se llega a demostrar lo que le acabo de decir, pues también sería posible que él también reclame daños y perjuicios y que le sean concedidos.

5. ¿Los daños y perjuicios provocados al marido pueden solicitarse como pretensión accesoria en el proceso de impugnación de paternidad o debe solicitarlos en un proceso ordinario aparte?

Cualquiera de las dos. Si se hace como accesorio, se hace en el mismo proceso de filiación. Y, si no, también se puede hacer en un proceso plenario independiente. Como en cualquier demanda de responsabilidad civil.

6. ¿Podría identificarse alguna causa eximente de responsabilidad en casos de esta clase?

Sí, lo he venido mencionando. Por ejemplo, si el marido es el que sabe, conoce que él no es el papá y él es el que lo impide o el que no quiere impugnar o no presenta en tiempo, y al cabo de los años, cuando termina la relación de pareja, él también quiere quitarse la filiación, no solamente su demanda de desplazamiento de impugnación de paternidad va a ser rechazada probablemente, sino que tampoco va a tener derecho a ser indemnizado. Como esa pueden haber muchos ejemplos. Digamos, la ley nuestra, el Código de Familia, explícitamente contempla que la inseminación artificial de la mujer con semen de un tercero con consentimiento del marido equivale a cohabitación para efectos filiatorios. Entonces digamos que un señor en algún momento hubiera estado de acuerdo en que la mujer estuviera inseminada y después pretenda quitarse la filiación amparándose en que el examen de ADN el resultado es negativo, obviamente. Entonces, en esos casos, ni siquiera se desplaza la filiación. Aunque se demuestre que no hay vínculo genético entre el marido y el hijo. Entonces hay varios escenarios. El principal como le digo es cuando él sabe, y él no acciona y después deja pasar el tiempo pretendiendo un cobro.

7. ¿Cuál sería el plazo de prescripción que tendría el marido para reclamar responsabilidad civil a la esposa ante la falsa atribución de la paternidad?

El plazo ordinario porque no hay un plazo más corto en el Código Civil.

8. ¿Si el padre biológico tuviere conocimiento de la situación, cabría la posibilidad de atribuirle responsabilidad en perjuicio del cónyuge de la madre?

El padre biológico podría presentar una gestión para que se le autorice reconocer el hijo que tuvo con una mujer que está casada. El derecho fundamental es del niño, de conocer su verdadera filiación, Entonces, se estaría asignando una paternidad que corresponde a la biológica, entonces la ley lo faculta a accionar. Lo único que se me ocurre

es que siendo ella una mujer casada, sí ella queda embarazada de otro hombre, en una conducta que se pueda definir como adúltera, porque, como le acabo de decir, puede haber consentimiento del marido, entonces ahí no habría adulterio. Si el marido está de acuerdo en que ella quede embarazada de otro hombre, porque digamos que él no puede tener hijos, entonces está de acuerdo que la mujer tenga sexo con otro para que se embarace. Ahí no se va a desplazar la filiación ni tampoco hay ninguna responsabilidad del tercero. Y en cuanto a la filiación, el señor tendría derecho a gestionar para que se le asigne la paternidad que le corresponde al niño. Por ahí le decía entonces que si lo vemos desde la perspectiva del adulterio, de que no fue consentido, sino de que la señora le dio vuelta al marido, y el señor está interesado en que se decrete el divorcio y que como producto del divorcio entonces se genere una responsabilidad civil de acuerdo al 48 bis del Código de Familia, entonces la doctrina señala sin mayor discusión que el cómplice del adulterio puede ser responsable civilmente, pero aquí no es porque engendró un hijo, sino porque tuvo sexo con una mujer que estaba casada y si esta conducta generó alguna afectación en el marido, puede reclamársele tanto a la esposa como al tercero.

Sí, yo lo decía en el escenario de que el esposo siempre asumió a los hijos de su esposa, y el padre biológico nunca asumió teniendo conocimiento de la situación:

Es que, como le digo, el marido tiene la oportunidad de gestionar.

Pero si el marido no sabe:

Por eso, el marido va a tener que gestionar en el plazo de ley. En el escenario que usted está planteando, él ha ejercido posesión notoria de estado y se ha hecho cargo de todas las necesidades. Llegó y se enteró y entonces a la hora de enterarse él puede hacer

los reclamos que correspondan, pero por eso es que depende tanto de las circunstancias que se presenten. Como es una entrevista académica, a mí me preocuparía muchísimo que se diga que los padres biológicos responsables civilmente frente al marido, punto. No, puede ser. Depende de lo que se presente en la situación concreta. Vea el ejemplo que le puse ahora. El marido se dio cuenta que la mujer le dio vuelta y quedó embarazada. Entonces no solamente no se quiere divorciar porque es una deshonra para él que todo mundo sepa que le dieron vuelta, sino que además no se divorcia y no cuestiona la paternidad, pero él lo sabe desde el principio. Y entonces él es el macho: en este gallinero el macho soy yo, a mí nadie se me mete. Y pasan los años y ahora se quiere divorciar, por las razones que sean, ahora él encontró novia, diez años después encontró una novia y ahora no quiere. Y entonces se quiere divorciar y junto con el divorcio o concomitantemente con el divorcio impugna la paternidad, ahí el juez le va a decir que no. No puede impugnar ni reclamar nada si él mismo provocó la situación. Los matices que hay son muy variados y por eso no puede decirse que siempre va a ser responsable el tercero, en una responsabilidad civil extracontractual con el marido, podría ser que sí podría ser que no.

Entrevista sobre indemnización por daños y perjuicios causados al marido por falsa atribución de paternidad

Fecha: lunes 15 de mayo de 2023 **Hora:** 3:00 p.m.

Vía de realización de la entrevista: Plataforma Zoom

Datos de la persona entrevistada (género, ocupación, experiencia): se entrevista al señor Douglas Román Díaz, Abogado Director en Bufete Román & Asociados. Litigante con treinta años de ejercer el derecho de familia.

Introducción: La presente es una tesis de investigación de derecho, en la Universidad de Costa Rica, cuyo problema es si “¿puede el esposo ejercer el derecho de resarcimiento de los daños y perjuicios contra su esposa ocasionados por el hecho de ocultar la verdad biológica de su hijo (os) habiendo ejercido los atributos de la paternidad?”.

Preguntas

Comentario del entrevistado con relación al problema planteado en la tesis:

Aquí es muy relevante tomar en cuenta lo siguiente. Si el esposo, fue efectivamente engañado y existió dolo o mala intención al momento en que nace la persona menor de edad y él siempre estuvo en error o asumiendo que ese niño es de él o era él, yo considero que efectivamente la mamá biológica del niño que mantuvo al esposo en error, debe pagarle daños y perjuicios. No sólo por una cuestión de justicia y equidad sino también, aun cuando el Código de Familia no establece esa posibilidad, lo cierto es que el artículo 1045 del Código Civil sí lo establece. Entonces la respuesta es, efectivamente, sí se puede pedirle el cobro de los daños y perjuicios.

1. ¿Está de acuerdo en que en nuestro país deba ordenarse judicialmente la reparación de daños ocasionados en el seno de vínculos jurídicos familiares, en la jurisdicción de familia propiamente? ¿En qué situaciones debería ordenarse (si está de acuerdo con ello) dicha reparación?

Sí, evidentemente si se puede ordenar y establecer normas sustantivas propiamente que determinen los daños y perjuicios a indemnizar al papá que es víctima del engaño por la mamá que dolosamente o bajo falsedad u error hizo creer al papá registral que era el progenitor entonces sí puede perfectamente hacerlo. Recordemos que el artículo 86 del Código de Familia establece que el reconocimiento puede ser impugnado cuando medie falsedad u error, entonces los hijos habidos durante el matrimonio no son reconocidos sino que nacen bajo la presunción de la paternidad, entonces por analogía se puede interpretar ese artículo 86 y determinar que si un papá fue inducido a error o falsedad en la filiación de un hijo habido durante el matrimonio tiene todo el derecho de pedir la indemnización de los daños y perjuicios, claro que se puede ordenar y lo ideal además de ordenarlo, es ampliar el articulado del Código de Familia o bien aprovechar el Código Procesal de Familia que en algún momento va a ingresar para que dentro de esas reformas se pueda dejar aún más claro esas normas. La reparación se debe ordenar cuando ha habido falsedad u error en el reconocimiento o en mantener a un hijo de matrimonio como tal no siendo hijo del esposo, y obviamente la excepción del año que hay sí el papá se da cuenta que no es el papá biológico y pasa un año y sigue ejerciendo la posesión notoria de estado, ahí no debería pedir daños y perjuicios, por aplicación del artículo del Código de Familia, que expresamente establece que no debe pasar un año (artículo 73).

2. ¿Cuál es su criterio en cuanto a la posibilidad de atribuir responsabilidad por daños causados por incumplimiento de deberes matrimoniales en la jurisdicción de familia propiamente?

Mi criterio es que el incumplimiento de deberes matrimoniales es muy subjetivo, amplio, consecuentemente regularlo no sería fácil, por ejemplo, hay incumplimiento de deberes alimentarios que hasta genera un eventual delito y daños y perjuicios consecuentemente en una acción civil resarcitoria pero evidentemente el incumplimiento de deberes matrimoniales habría que ver cuáles son, porque el artículo 49 (el entrevistado indicó 49 pero en realidad es el 48 bis) del Código de Familia establece por ejemplo cuando proceden los daños y perjuicios y vía jurisprudencia se ha ampliado eso, entonces yo diría que el término es muy amplio pero mi respuesta es que se puede perfectamente cobrar daños y perjuicios debido al incumplimiento de los deberes matrimoniales pero va a depender en que consiste ese incumplimiento de los deberes matrimoniales, hay muchos deberes matrimoniales, pero por ejemplo, el artículo 11 establece que son deberes matrimoniales la cooperación, el mutuo auxilio y la vida en común y puede ser que el que vivan juntos no es adecuado no es conveniente, no es oportuno y eso no debería, no necesariamente debería generar daños y perjuicios, por ejemplo, la vida en común, que daño y perjuicios podría ocasionar que una persona se retire para no entrar en discusiones con su esposa, no creo que no haya alguno y eso es un incumplimiento de los deberes matrimoniales, por lo que no necesariamente todos los deberes matrimoniales generen daños y perjuicios, algunos sí y deben ser indemnizados.

3. ¿Considera reprochable, desde el punto de vista de la responsabilidad civil, la conducta de la madre que teniendo conocimiento de que su cónyuge no es el

verdadero padre de su hija o hijo, omite comunicar dicha situación y permita que opere la presunción de paternidad matrimonial?

Por supuesto que sí, y eso es muy típico, es muy típico que se le oculte al papá, sobre todo al esposo, que hubo una aventura, que el hijo no es de él y consecuentemente es cien por ciento reprochable y ocurre con mucha frecuencia, por ejemplo, hubo un asunto en Cartago que llevé hace años en donde uno de los niños no era hijo del señor porque coincidió que él andaba en un crucero en el que trabajaba y se determinó que uno no era hijo de él porque la señora quedó embarazada estando él en alta mar y entonces decidimos hacerle la prueba de ADN a los tres y salió que ninguno de los tres eran de él y habían nacido de presunción de paternidad, entonces puede ser un asunto muy complicado, entonces es muy, pero muy reprochable, la mamá que no le da a conocer al papá que no es el hijo o que tiene la posibilidad de no ser el hijo, porque esa persona debería saberlo para hacer una prueba de ADN y poder determinar si es o no es.

4. ¿Considera que se cause al cónyuge algún daño indemnizable como consecuencia de la conducta descrita en la pregunta anterior?

Por supuesto, desde todo punto de vista, un daño moral, un daño social, un daño familiar, un daño meramente económico de todo lo que ha pagado en la manutención del niño o la niña.

5. ¿Los daños y perjuicios provocados al marido pueden solicitarse como pretensión accesoria en el proceso de impugnación de paternidad o debe solicitarlos en un proceso ordinario aparte?

Antes, se tenía que hacer en un proceso independiente, mi criterio es que con vista en esta nueva sentencia y con vista de los principios de celeridad, de búsqueda de la verdad

real y abordaje integral, varios de ellos, debería ser en el mismo proceso poder cobrarse los daños y perjuicios, y sino al menos que se declaren los daños y perjuicios en sentencia para que vía ejecución de sentencia se puedan cobrar y no ir a un proceso ordinario, no me parece justo, es lo que se hace normalmente pero debería hacerse en el mismo proceso.

6. ¿Podría identificarse alguna causa eximente de responsabilidad en casos de esta clase?

Podría haber algunas excepciones, por ejemplo, cuando el papá registral o el marido, conoce de la situación y aun así acepta la paternidad, es una causal eximente de responsabilidad. Otra, cuando no ha habido falsedad o error que es similar a la que acabo de indicar, me parece que son las dos razones que podrían resumir alguna eximente de responsabilidad o igualmente podría haber alguna tercera en la que la mamá del niño o la esposa logre determinar que no le dije al progenitor o al esposo por miedo a la reacción, a su integridad física o personal, a su vida, que puede ocasionar que una persona tan violenta que si se lo decía podría estar ella atentando contra su integridad, ocurren casos de violencia doméstica por eso, que si se da cuenta el señor puede ser más grave la situación, podría ser un eximente de responsabilidad, también si el papá tiene sospecha y dice yo me quedo con esa duda y pasa un año ya no hay nada que hacer, ahí no habría responsabilidad ni posibilidad de impugnar la paternidad.

7. ¿Cuál sería el plazo de prescripción que tendría el marido para reclamar responsabilidad civil a la esposa ante la falsa atribución de la paternidad?

Yo aplicaría la prescripción decenal que son los 10 años que se aplican para los trámites de gastos de embarazo y maternidad del artículo 98 del Código de Familia,

aplicaría esos 10 años al no tener ninguna regulación específica, me parece que debería ser ese el plazo.

8. ¿Si el padre biológico tuviere conocimiento de la situación, cabría la posibilidad de atribuirle responsabilidad en perjuicio del cónyuge de la madre?

Completamente, y le comento antes era jurídicamente inimaginable que se pudiere demandar a la pareja con la que se comete el adulterio, “a la amante o al amante”, antes no se podía, y ahora en los divorcios se puede demandar a la persona con la que el esposo o la esposa está siendo infiel en un proceso ordinario de divorcio dentro de un divorcio, entonces demandan a la persona con la que el esposo o la esposa fue infiel por daños y perjuicios porque se prestó a eso, me hizo daño, entonces perfectamente el papá biológico si se prestó al engaño puede ser demandado.

Entrevista sobre indemnización por daños y perjuicios causados al marido por falsa atribución de paternidad

Fecha: lunes 15 de mayo de 2023 **Hora:** 4:00 p.m.

Vía de realización de la entrevista: Plataforma Zoom

Datos de la persona entrevistada (género, ocupación, experiencia): se entrevista al señor M.Sc. Nain Isaac Monge Segura, Juez del Juzgado Contravencional y de Pensiones Alimentarias de San Sebastián. 13 años en la judicatura. Profesor de derecho de familia del Colegio de Abogados.

Introducción: La presente es una tesis de investigación de derecho, en la Universidad de Costa Rica, cuyo problema es si “¿puede el esposo ejercer el derecho de resarcimiento de los daños y perjuicios contra su esposa ocasionados por el hecho de ocultar la verdad biológica de su hijo (os) habiendo ejercido los atributos de la paternidad?”.

Preguntas

Comentario del entrevistado con relación al problema planteado en la tesis:

La pregunta es contradictoria, porque no me puede decir que habiendo ejercido los atributos de la función parental, si me está preguntando si el esposo puede cobrar daños y perjuicios por habersele negado la paternidad. Eso quiere decir que no estaba ejerciendo ni de hecho ni de derecho la función parental. **(No, es por el hecho de que se le oculte la verdad biológica)**. Por supuesto, precisamente acabo de terminar un curso en el Colegio de Abogados y hablaba sobre los artículos 20, 21, 22 del Código Civil que hablan sobre el abuso del derecho, el uso antisocial de las normas y la violación al principio de buena fe.

Entonces, evidentemente, cuando una madre oculta la paternidad de un hijo porque no quiere que su hijo tenga los apellidos ni relación con el progenitor por razones x, evidentemente está haciendo un abuso de la función parental y al hacer un abuso de la función parental, evidentemente conlleva a una violación a la buena fe en el ejercicio de las relaciones familiares; a un abuso del derecho, porque está ejerciendo en forma unívoca y arbitraria la función parental, en forma exclusiva ella sin darle chance al progenitor y está violentando el interés superior del niño, en su derecho a tener contacto con sus padres. Entonces, ¿puede ejercer las acciones indemnizatorias derivadas de lo que es la responsabilidad civil extracontractual por actuar doloso?, por supuesto que sí.

1. ¿Está de acuerdo en que en nuestro país deba ordenarse judicialmente la reparación de daños ocasionados en el seno de vínculos jurídicos familiares, en la jurisdicción de familia propiamente? ¿En qué situaciones debería ordenarse (si está de acuerdo con ello) dicha reparación?

El tema de la indemnización, por ejemplo, no necesariamente tiene por qué estar regulada, porque la indemnización en el materia de familia viene de la aplicación de los principios generales del derecho, como la equidad, la buena fe, la igualdad, que justifican que por ejemplo cuando un padre o una madre o una relación marital ejercen relaciones abusivas de poder arbitrarias puedan existir posibilidades de cobrar los daños y perjuicios derivados de la afectación del daño moral y su cuantificación; por la determinación del perjuicio en su contenido económico como tal y que existan esas posibilidades. Normalmente en la jurisdicción de familia se aplica el 1045 del Código Civil que establece lo que es la responsabilidad civil extracontractual para efectos de poder cobrar estos daños indemnizatorios.

2. ¿Cuál es su criterio en cuanto a la posibilidad de atribuir responsabilidad por daños causados por incumplimiento de deberes matrimoniales en la jurisdicción de familia propiamente?

Los deberes matrimoniales. Yo soy del criterio de que si una persona no puede vivir con otra, no se le puede obligar. Si una persona no puede amar a otra, no se le puede obligar. Si una persona no quiere tener exclusividad con otra, no se le puede obligar. Sin embargo al contraer matrimonio, desde la concepción que está regulado, se asumen ciertos valores, ciertos principios. El de la exclusividad afectiva y sexual; el de que sea una relación que se lleve efectivamente a la práctica; entonces cuando se generan comportamientos, conductas, que generan una afectación que es susceptible de una cuantificación, pues evidentemente en las relaciones familiares tienen que haber posibilidades de establecer los daños por ese actuar doloso, definitivamente.

3. ¿Considera reprochable, desde el punto de vista de la responsabilidad civil, la conducta de la madre que teniendo conocimiento de que su cónyuge no es el verdadero padre de su hija o hijo, omite comunicar dicha situación y permita que opere la presunción de paternidad matrimonial?

La madre no está en condiciones de permitir que se aplique la presunción de paternidad del artículo 69. O sea, no está en disposición porque es una presunción iuris et de iure de pleno derecho. O sea, entonces ella no puede permitir que se aplique o no se aplique, no está dentro de sus derechos disponibles. Esto quiere decir que si un niño nace dentro de la presunción de matrimonialidad nace por una presunción legal, no porque la madre quiere o no. Lo que la madre tiene que hacer es el proceso especial de filiación para desplazar la filiación y emplazar la filiación biológica que corresponde. Ahora bien, si la

madre no hace nada, el padre puede interponer un proceso para investigar esa paternidad e impugnar su filiación biológica.

4. ¿Considera que se cause al cónyuge algún daño indemnizable como consecuencia de la conducta descrita en la pregunta anterior?

Lo que sería cuestionable ahí es el adulterio de ella y como causal de adulterio podría pedirle daños y perjuicios. Estamos ante un escenario de ocultamiento. Ella le está ocultando la verdad real. Si se da cuenta o tiene dudas, tiene que tener dudas de que el niño no es hijo suyo, poner un proceso de impugnación de paternidad y cobrarle daños y perjuicios, por el daño y la afectación que le generó hacerle creer que el hijo era de él y no lo era. Evidentemente sí hay pretensión de daños y perjuicios.

5. ¿Los daños y perjuicios provocados al marido pueden solicitarse como pretensión accesoria en el proceso de impugnación de paternidad o debe solicitarlos en un proceso ordinario aparte?

Según la jurisprudencia del Tribunal de Familia, puede solicitarse como una pretensión derivada del proceso de filiación, sin necesidad de acudir a un ordinario en la vía familiar.

6. ¿Podría identificarse alguna causa eximente de responsabilidad en casos de esta clase?

Si ella actuó dolosamente, haciéndole creer que el niño era hijo de él, a sabiendas de que no lo era, no veo una causa de exculpación, eximente de la responsabilidad civil.

7. ¿Cuál sería el plazo de prescripción que tendría el marido para reclamar responsabilidad civil a la esposa ante la falsa atribución de la paternidad?

En materia de daños y perjuicios opera la prescripción decenal del 868 del Código Civil que son diez años. Cualquier situación indemnizatoria en el derecho civil, incluido familia, a menos de que exista un plazo de prescripción especial, es diez años.

8. ¿Si el padre biológico tuviere conocimiento de la situación, cabría la posibilidad de atribuirle responsabilidad en perjuicio del cónyuge de la madre?

No tiene legitimación. El padre registral sólo tiene legitimación un proceso de declaratoria de hijo extramatrimonial o de impugnación de paternidad, según sea el caso, pero no puede dirigirse en contra del padre biológico. No tiene legitimación y hay falta de derecho.