
**UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO**

**“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

María José Valverde Villalón

**Ciudad Universitaria “Rodrigo Facio”
Costa Rica, 2013**



14 de noviembre del 2013
FD-AI-1346-13

Doctor
Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho


Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), del (la) estudiante (s): **María José Valverde Villalón**, denominado: **"La presunción legítima de paternidad y su complementariedad con los derechos fundamentales, necesidad de legislar en favor de las minorías I"**, 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 aprueba en el mismo sentido.

Iguualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuse de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que: **"EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABLES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA"**.

Tribunal Examinador

Informante	Dra. Ana Maria Picado Brenes
Presidente	Licda. Cecilia Villalobos Brenes
Secretaria (o)	MSc. Ileana Palma Porras
Miembro	Lic. Alberto Jiménez Mata
Miembro	Licda. Gonzalo Monge Nuñez

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **28 de noviembre del 2013**, a las **09:00 a.m.**, en la Sala de Réplicas, ubicada en el 5 piso de la Facultad de Derecho, Sede Rodrigo Facio.


Andrés Montejo Morales
DIRECTOR



San José, 13 noviembre del 2013

Estimado señor:

Dr. Andrés Montejo Morales

Director del Área de Investigación

Facultad de Derecho

Estimado señor:

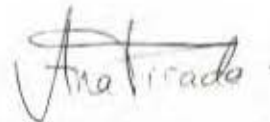
Quien suscribe Ana María Picado Brenes, en calidad de directora del Trabajo Final de Graduación de la estudiante María José Valverde Villalón, carné A86603, titulada **LA PRESUNCIÓN LEGÍTIMA DE PATERNIDAD Y SU COMPLEMENTARIEDAD CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: NECESIDAD DE LEGISLAR EN FAVOR DE LAS MINORÍAS**, indico que en virtud de que la investigación cumple con los requisitos de forma y fondo establecidos por esta institución; procedo a dar su aprobación.

Así mismo considero oportuno señalar que el tema abordado en esta tesis es importante en razón de que la "filiación" en nuestro país debe ser analizada continuamente en distintos aspectos. El respeto al derecho humano a saber quién es el padre y la madre engloba el respeto a otros derechos de igual orden, de ahí que el contar con una filiación acertada hace posible el ejercicio de una vida integral que repercute directamente en el cumplimiento del Derecho Humano a la felicidad.

Todas las personas tenemos derecho a saber quiénes son nuestros padres y madres, pero a la vez el ejercicio de tal derecho le permite a los niños/as principalmente exigir a los obligados alimentarios cumplir con sus obligaciones alimentarias, lo que hace viable el acceso a la educación, a la alimentación balanceada, a la salud, etc, sin olvidar que la filiación jurídica y biológica que coinciden contribuyen a un desarrollo emocional adecuado.

Así las cosas, la presente investigación permite acercarnos un poco más a esa justicia real a la que los seres humanos tenemos derecho.

Agradeciendo su atención se despide:



Dra. Ana María Picado Brenes.

Directora de Tesis

San José, 6 noviembre del 2013

Estimado señor:

Dr. Andrés Montejo Morales

Director del Área de Investigación

Facultad de Derecho

Presente:

Quien suscribe Ileana Palma Porras, en calidad de Miembro del Comité Asesor del Trabajo Final de Graduación de la estudiante María José Valverde Villalón, carné A86603, titulada **LA PRESUNCIÓN LEGÍTIMA DE PATERNIDAD Y SU COMPLEMENTARIEDAD CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: NECESIDAD DE LEGISLAR EN FAVOR DE LAS MINORÍAS**, hago de su conocimiento que después de haber supervisado la elaboración de la misma y sugerido algunas correcciones, doy por aprobada dicha investigación. Ello en virtud de que cumple con los requisitos de forma y fondo que el Área de Investigación establece.

Finalmente, espero que se fije fecha y hora para llevar a cabo la respectiva réplica.

Sin más por el momento:



M. Sc. Ileana Palma Porras.

Lectora de tesis

San José, 14 de noviembre de 2013

Señores:
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Quién suscribe, en mi condición de lector del trabajo final de graduación de la egresada **MARÍA JOSÉ VALVERDE VILLALÓN**, carnet A86603: "**LA PRESUNCIÓN LEGÍTIMA DE PATERNIDAD Y SU COMPLEMENTARIEDAD CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: NECESIDAD DE LEGISLAR EN FAVOR DE LAS MINORÍAS**", procedo a aprobar la misma, por cumplir con los requisitos formales y sustanciales que se exigen para este tipo de trabajos.

La tesis de la joven Valverde Villalón nos introduce a la discusión de un tema de muy viaja data en el estudio de las relaciones humanas y consecuentemente del derecho, como lo es la presunción de paternidad bajo el esquema de la teoría matrimonial, lo que hace que debamos situarnos en el eje central en el cual se apoya el sistema jurídico familiar nuestro, como lo es la relación matrimonial y bajo esa perspectiva su entendimiento histórico.

Por supuesto que el trabajo denota un serio análisis del instituto, y especialmente bajo la óptica necesaria de los derechos fundamentales como puédete de la comprensión moderna de las relaciones jurídica y con ello la estudiante logra sentar las bases de eventuales reformas sustanciales y procesales para dar más agilidad a esta presunción, a la forma de desvirtuarla y a la correcta aplicación real en momentos en los cuales cada vez es más común el nacimiento de hijos dentro del matrimonio que no corresponde a una relación de los esposos.

Atentamente:



Lic. Alberto Jiménez Mata

Profesor - Lector de tesis

cc: Archivo

Estudiante María José Valverde Villalón

San José, 15 de noviembre de 2013

Doctora
Ana María Picado Brenes,
Directora de tesis
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica.

Estimados señora:

Quien suscribe, en mi condición de filóloga, he leído y corregido el proyecto final de graduación denominado: "**La presunción legítima de paternidad y su complementariedad con los derechos fundamentales: necesidad de legislar en favor de las minorías**", elaborada por la estudiante María José Valverde Villalón, con el fin de optar por el grado académico de licenciatura en Derecho.

Hago constar que he revisado el trabajo de investigación mencionado en todos los aspectos de redacción (cacofonia, repeticiones, queísmos, dequeísmos), así como ofrecerle cadencia al texto y fluidez léxica.

Atentamente,


Grettel Hernández Valdés
Cédula 1-612-366

DEDICATORIA

A todas las personas que de una u otra forma han tenido injerencia en mi vida y me han impulsado a seguir adelante; a pesar de lo complicado que ha sido el trayecto en algunos momentos. Especialmente a mis papás, mis abuelitos y mi mejor amiga; quienes me han llenado de razones y valor, para asumir con coraje el camino hacia mis sueños.

A Peta; mi fiel compañera.

AGRADECIMIENTO

Le agradezco a mi directora, Ana María Picado Brenes y a mis lectores Ileana Palma Porras y Alberto Jiménez Mata, por el apoyo y aportes brindados.

Asimismo, a los Jueces Rolando Soto Castro, Patricia Cordero García, Carlos Eduardo Leandro Solano y la Magistrada Eva Camacho Vargas.

A Paola Carranza Araya, Beatriz Solís Worsfold,, Alexandra Villalobos Blanca Tatiana Montenegro Arce, David Cortés Segura, y Laura Navarrete Hernández; por sus consejos, paciencia, apoyo y sugerencias.

ÍNDICE

DEDICATORIA	vii
AGRADECIMIENTO	viii
RESUMEN	xii
A. TEMA DE INVESTIGACIÓN:.....	15
B. JUSTIFICACIÓN	15
C. PROBLEMA	17
D. OBJETIVOS.....	18
1. Objetivo general:.....	18
2. Objetivos específicos:	18
E. HIPÓTESIS.....	19
F. ESTADO DE LA CUESTIÓN	19
G. MARCO METODOLÓGICO	19
1. Enfoque:.....	19
2. Tipo de Investigación:.....	20
3. Fuentes e instrumentos de investigación:	21
4. Estrategia metodológica:	21
5. Estructura:.....	21
TÍTULO PRIMERO: MARCO TEÓRICO	23
CAPÍTULO I	23
SECCIÓN PRIMERA: GENERALIDADES ACERCA DE LA PRESUNCIÓN LEGÍTIMA DE PATERNIDAD. 24	
A. Concepto.....	24
B. Nociones históricas de la paternidad	24
C. Origen de la presunción de paternidad	27
1. Leyes de Manú.....	27
2. Derecho Romano	28
D. Fundamento teórico de la presunción de paternidad	33
1. Teoría Dominical:.....	33
2. Teorías basadas en el matrimonio, los deberes matrimoniales y la comunidad de vida: 33	
3. Teorías sociológicas	36
4. Teoría voluntarista.....	37

5. Teoría formalista.....	38
6. Teoría de la cohabitación causal	39
E. La presunción de concepción	40
SECCIÓN SEGUNDA: REGULACIÓN DE LA PRESUNCIÓN LEGÍTIMA DE PATERNIDAD EN COSTA RICA.....	42
A. Antecedentes	42
B. Constitución Política	44
C. Código de Familia	45
SECCIÓN TERCERA: CONSECUENCIAS PERSONALES Y PATRIMONIALES DE LA FILIACIÓN	47
A. Asignación de apellidos.....	48
B. Atribución de la responsabilidad parental.....	48
C. Deberes alimentarios.....	52
D. Sucesión legítima.....	55
TÍTULO SEGUNDO:.....	59
CONSIDERACIONES ACERCA DE LA INVESTIGACIÓN	59
CAPÍTULO II:	59
TRATAMIENTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA PRESUNCIÓN LEGÍTIMA DE PATERNIDAD EN COSTA RICA	59
SECCIÓN PRIMERA: DESARROLLO JURISPRUDENCIAL	60
A. Respecto de las formas de desvirtuar la presunción de paternidad	60
B. Presunción de paternidad en caso de nulidad de matrimonio	64
C. Diferencia entre la presunción legítima de paternidad y la posesión notoria de estado.	65
SECCIÓN SEGUNDA: PROCESOS DE FILIACIÓN QUE PERMITEN DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN LEGÍTIMA DE PATERNIDAD.....	66
A. Declaratoria de extra-matrimonialidad	67
B. Impugnación de paternidad	70
C. Reconocimiento de hijo de mujer casada	71
SECCIÓN TERCERA: LA COSA JUZGADA MATERIAL EN ASUNTOS DE FILIACIÓN Y SU CORRESPONDENCIA CON EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA.....	73
CAPÍTULO III:	77
PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD EN EL DERECHO COMPARADO.....	77
SECCIÓN ÚNICA: TENDENCIA ACTUAL	78

A. Italia	78
B. Argentina.....	80
C. Uruguay.....	84
CAPÍTULO IV:	88
COMPLEMENTARIEDAD DE LA PRESUNCIÓN LEGÍTIMA CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	88
SECCIÓN ÚNICA: CONFRONTACIÓN DEL ARTÍCULO 69 DEL CÓDIGO DE FAMILIA, CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	89
A. Acerca de los Derechos Fundamentales	89
1. Derecho a la familia y a la convivencia familiar.....	90
2. Derecho al Nombre y a la Identidad	96
3. Derecho a la Verdad Biológica.....	100
4. Interés Superior del Niño	104
CAPÍTULO V:	108
CONVENIENCIA DE EFECTUAR UNA REFORMA LEGAL	108
SECCIÓN PRIMERA: VALORACIÓN FINAL DE LA IDONEIDAD DE MANTENER LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE	109
SECCIÓN SEGUNDA: NECESIDAD DE ESTABLECER OPCIONES PARA TUTELAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	112
A. Respecto a la Ley de Paternidad Responsable	113
B. Propuestas concretas	116
1. Reforma del artículo 69 del Código de Familia	116
2. Reforma del plazo para impugnar la paternidad.....	117
3. Creación de una excepción para desaplicar la presunción legítima de paternidad ...	119
4. Implementación de un procedimiento administrativo.....	120
OBRAS CONSULTADAS.....	131
ANEXOS	141

RESUMEN

Por medio de esta tesis se desarrolla, de manera pormenorizada, el instituto de la presunción legítima de paternidad y su relación con los Derechos Fundamentales. Al respecto la investigación se enfoca principalmente en los sectores que se ven afectados con la aplicación del artículo 69 del Código de Familia y, pese a que existen mecanismos legales para solucionar sus conflictos paterno-filiales, no cuentan con recursos económicos para acceder a esas instancias judiciales.

En este sentido, parto de la premisa de 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.

En aras de dar respuesta al objetivo planteado, se decidió que el enfoque de esta tesis tenía que ser *cualitativo*. Fue así como se profundizó en el tema de la presunción de paternidad, en su origen, en el desarrollo normativo y jurisprudencial; así como en las consecuencias personales y patrimoniales que esta implica. Además, se llevó a cabo un análisis detallado de la complementariedad que existe entre dicha presunción y los Derechos Fundamentales.

Para estos efectos se confrontó el artículo 69 del Código de Familia, con derechos tales como: el derecho al nombre y la identidad, el derecho a la verdad biológica, el derecho a la familia y la convivencia familiar; así como al Interés Superior del Niño, reconocidos en la Constitución Política, el Código de la Niñez y la Adolescencia, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención

Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Luego de un estudio detallado de cada uno de los aspectos previamente citados, se infiere 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. En consecuencia, el hijo tiene que llevar el apellido de alguien que no es su padre biológico, no puede ser heredero *ab intestato* de su progenitor, la responsabilidad parental recae sobre un individuo que no tienen ninguna relación biológica con él y como si fuera poco, el deber alimentario corresponde a un hombre que no tuvo participación alguna en la concepción de ese hijo y así se exonera de toda responsabilidad a quien debería asumir tal obligación.

Es por todo ello que se llegó a la conclusión de 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.

Ficha bibliográfica

Valverde Villalón, María José. (2013). *La presunción legítima de paternidad y su complementariedad con los derechos fundamentales: necesidad de legislar en favor de las minorías*. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, xiv y 154.

Directora: Dra. Ana María Picado Brenes.

Palabras claves: Presunción legítima de paternidad, Derechos Fundamentales, Interés Superior del Niño, responsabilidad parental, procesos de filiación, padre registral, progenitor, vínculos biológicos, derecho al nombre, derecho a la familia, derecho a la identidad, derecho a los orígenes biológicos, impugnación de paternidad, reconocimiento de hijo de mujer casada, declaratoria de extramatrimonialidad.

ASPECTOS INTRODUCTORIOS

A. TEMA DE INVESTIGACIÓN:

“LA PRESUNCIÓN LEGÍTIMA DE PATERNIDAD Y SU RELACIÓN

CON DERECHOS FUNDAMENTALES:

NECESIDAD DE LEGISLAR EN FAVOR DE LAS MINORÍAS”

B. JUSTIFICACIÓN

Costa Rica es un país donde gran cantidad de personas acuden a los Juzgados de Familia para impugnar o fijar sus vínculos filiales. Al respecto es posible hallar respuestas diversas para justificar tal situación; sin embargo, es factible afirmar que una de las razones primordiales, corresponde a la presunción de paternidad establecida por el ordenamiento jurídico costarricense.

En este sentido, se hace referencia a la presunción del artículo 69 del Código de Familia, la cual define como hijos habidos dentro del matrimonio, a aquellos cuya madre se encuentre casada, se haya divorciado o separado judicialmente 300 días antes del nacimiento y los hijos nacidos en los siguientes 180 días en que se efectuó el matrimonio.

Actualmente, debido a esta presunción, un gran número de personas nacen y de manera automática son portadoras de un apellido el cual no siempre concuerda con su origen biológico, razón por la cual desde la óptica jurídica hay una gran cantidad de hombres que registralmente son padres pese a que a nivel biológico no son progenitores; así limita la posibilidad tanto de los padres como de los hijos de ser titulares de una serie de derechos y obligaciones.

Resulta necesario entonces cuestionar la presunción legal de paternidad así como la forma en como se aplica el artículo 69 del Código de Familia; pues a pesar de que en ocasiones es evidente que el padre biológico no corresponde con el padre registral, la normativa no ofrece la posibilidad de revertir estas situaciones de manera inmediata y, por el contrario, obliga a las personas a acudir a la vía judicial para realizar el trámite correspondiente. Esto significa que si alguien quiere reconocer a un hijo de mujer casada, hacer una declaración de hijo extra matrimonial o desea impugnar una paternidad, necesariamente tiene que contratar los servicios de un abogado y presentar el trámite en sede judicial.

En relación con esto, se debe tomar en cuenta que el conflicto no siempre finaliza cuando hay una sentencia en firme; por el contrario, puede que el verdadero problema inicie en ese instante; pues de manera abrupta deja de existir una persona, para dar paso a otra y esto, sin duda alguna, genera un menoscabo en la identidad de los seres humanos.

En consecuencia, por todo lo hasta aquí expuesto surge el deseo de analizar y cuestionar detalladamente el artículo 69 del Código de Familia, a la luz

de la realidad costarricense y los Derechos Fundamentales; con el fin de determinar la idoneidad de mantener vigente la presunción de paternidad en nuestro ordenamiento jurídico y, de ser necesario, establecer una propuesta que permita proteger a los sectores que están siendo afectados con dicha presunción.

C. PROBLEMA

El problema que surge en relación con el tema aquí propuesto; es que se genera un aparente choque normativo entre el artículo 69 del Código de Familia y los artículos 52 y 53 de la Constitución Política; así como la normativa referente a Derechos Fundamentales, principalmente, en cuanto al artículo 7 inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el numeral 16 inciso 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los artículos 17 y 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A grandes rasgos estos artículos protegen a la familia y reconocen derechos tales como la identidad y el nombre; derechos que *prima facie*, pueden llegar a ser vulnerados por la presunción de paternidad.

En este sentido, cabe recordar que los Derechos Fundamentales son inherentes a todas las personas; además son irrevocables, inalienables, intransmisibles e irrenunciables. Por esa razón, resulta preocupante que una norma de derecho interno e incluso de rango inferior, pueda llegar a coartar los derechos de un grupo de personas.

Es por ello que esta investigación tiene como objetivo primordial hallar respuesta a la siguiente interrogante: ¿La presunción del artículo 69 del Código de Familia contraviene Derechos Fundamentales? Y en caso de ser así, ¿qué se

puede hacer para garantizar los derechos del sector social que está siendo perjudicado?

D. OBJETIVOS

1. Objetivo general:

- a) Establecer si la presunción de paternidad del artículo 69 del Código de Familia vulnera Derechos Fundamentales y en caso de ser así, proponer una alternativa para proteger a los sectores perjudicados.

2. Objetivos específicos:

- a) Realizar un análisis histórico sociológico de la presunción de paternidad.
- b) Conceptualizar los alcances modernos de la presunción de paternidad a partir de los Derechos Fundamentales.
- c) Determinar el tratamiento jurisprudencial moderno de la presunción del artículo 69 del Código de Familia en nuestros tribunales.
- d) Definir las principales disposiciones referentes a la presunción de paternidad en el Derecho Comparado.
- e) Analizar la conveniencia de una posible reforma legal referente a la presunción de paternidad, en el ordenamiento jurídico costarricense.

E. HIPÓTESIS

La presunción de paternidad del artículo 69 del Código de Familia menoscaba Derechos Fundamentales de un sector de la sociedad; se parte del supuesto de que todas las personas tienen derecho de saber quiénes son sus padres y, consecuentemente, portar los apellidos de estos. No obstante, con la aplicación de la presunción de dicho artículo se le está limitando este derecho a un grupo de personas, en razón de que de manera automática y uniforme se impone un vínculo filial, el cual no siempre coincide con la realidad biológica.

F. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Luego de una búsqueda exhaustiva en las principales bibliotecas de Costa Rica, fue posible apreciar que no se han realizado investigaciones referentes a la presunción legítima de paternidad y mucho menos a la relación que tiene esta figura con los Derechos Fundamentales. En este sentido, es dable señalar que únicamente existen trabajos científicos que tratan acerca de la filiación en general; sin embargo, ese no es el tema que compete en esta tesis, razón por la cual resulta contraproducente remitir a las discusiones y los criterios suscitados en dichas investigaciones.

G. MARCO METODOLÓGICO

1. Enfoque:

Esta tesis final de grado tendrá un enfoque *cualitativo*; pues lo que se pretende es la riqueza, la profundidad y la calidad de la información. Al respecto Hernández

Sampieri y otros puntualizan en que las investigaciones que presentan este enfoque, por lo general utilizan métodos de recolección de datos sin medición numérica, como las descripciones y las observaciones. Con esto concluye al decir que el análisis no es estadístico y enfatiza en que el propósito es "reconstruir" la realidad, tal y como la observan los actores de un sistema social previamente definido.

De esta forma, esta investigación tendrá dicho enfoque pues lo que se pretende es profundizar en el tema de la presunción de paternidad, determinar su origen, cuál 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. Todo esto con el fin de determinar si dicha disposición normativa menoscaba Derechos Fundamentales. Para lograr esto se analizará la normativa, se reforzará con doctrina, jurisprudencia y se confrontará con el criterio de especialistas en la materia.

2. Tipo de Investigación:

Esta es una investigación descriptiva, debido a que se definirán conceptos trascendentales como lo son: filiación, presunción de paternidad y Derechos Fundamentales. Una vez que se tenga clara la connotación de estos términos, se procederá a detallar su origen así como otros aspectos que se consideren oportunos. Finalmente, se analizará la información con el fin de verificar si se cumple con la hipótesis; en este caso corroborar si la presunción de paternidad del artículo 69 del Código de Familia vulnera Derechos Fundamentales.

3. Fuentes e instrumentos de investigación:

Se utilizarán libros, tesis, códigos, artículos de revista y referencias de internet que incluyan doctrina referente al tema tratado. Asimismo, se emplearán sentencias tanto de la Sala Segunda como del Tribunal de Familia; esto para definir el criterio jurisprudencial que hay en Costa Rica respecto al tema de la presunción de paternidad. En consecuencia, para elaborar esta investigación se hará una recopilación bibliográfica, normativa, doctrinal y jurisprudencial tanto a nivel nacional como internacional. De igual manera, se efectuarán entrevistas con personas especialistas en Derecho de Familia.

4. Estrategia metodológica:

Finalmente, para realizar esta tesis final de grado, se hará uso del método deductivo. Esto quiere decir que se partirá de las generalidades, el origen histórico sociológico y finalmente se irá perfilando la investigación hacia lo que realmente interesa, que es determinar si existe un roce entre el artículo 69 del Código de Familia y los Derechos Fundamentales. Para lograr esto se analizará detalladamente la información extraída de las distintas fuentes e instrumentos utilizados.

5. Estructura:

Esta investigación está dividida en cinco capítulos: el primero desarrolla el marco conceptual que da sustento al tema de la presunción legítima. Para ello se hace alusión a las generalidades y la regulación de este instituto jurídico, así como

a las consecuencias tanto personales como patrimoniales que surgen de la filiación.

Seguidamente, en el segundo capítulo se expone el tratamiento normativo y jurisprudencial de la presunción legítima de paternidad en Costa Rica. El tercer apartado remite a un breve estudio de Derecho Comparado, en el cual se analizó la forma en como se regula esta presunción en Italia, Argentina y Uruguay.

Por su parte, en el capítulo cuarto se efectúa una introspección acerca de la dependencia que existe entre la presunción legítima de paternidad y los Derechos Fundamentales. Por último, en el quinto apartado se realiza un análisis acerca de la idoneidad de mantener la vigencia de esta figura, al tiempo que se plasman algunas propuestas concretas para contrarrestar la problemática aquí planteada.

TÍTULO PRIMERO: MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I

LA PRESUNCIÓN LEGÍTIMA DE PATERNIDAD

SECCIÓN PRIMERA: GENERALIDADES ACERCA DE LA PRESUNCIÓN LEGÍTIMA DE PATERNIDAD

A. Concepto

Una presunción es un hecho que la ley tiene por cierto sin necesidad de que sea probado; como su nombre lo dice, es algo que se presume. En este caso, la presunción de paternidad puede ser definida como un vínculo filial que el ordenamiento atribuye de manera automática a todos los hijos nacidos en cualquiera de las siguientes circunstancias:.

- a) Los nacidos 300 días después de la disolución del vínculo matrimonial o la separación judicialmente declarada.
- b) Los nacidos 180 días después de la celebración del matrimonio, cuando el marido antes de casarse tuvo conocimiento del embarazo de la mujer, si al estar presente consintió en que se tuviera como suyo al hijo en el acta de nacimiento inscrita en el Registro Civil o bien, cuando de cualquier manera lo admitió como tal.

De este modo, resulta claro que la presunción de paternidad mantiene estrecha relación con el matrimonio y por este instituto, el legislador presume que el padre de todos los hijos que llegue a tener una mujer casada o que recién acaba de divorciarse, es su esposo o excónyuge.

B. Nociones históricas de la paternidad

Actualmente, los asuntos de paternidad y filiación tienen gran trascendencia e importancia a nivel social. En este sentido es preciso comprender la filiación

como “*el conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y la maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia*”¹

Al respecto, la normativa contempla disposiciones y procesos, cuyo propósito es definir los vínculos parentales y filiales de las personas. A pesar de que este es un tema relevante en la sociedad, las reseñas históricas demuestran que eso no siempre fue así.

La etnología señala que en la época arcaica no existía una relación directa entre el parentesco y los lazos biológicos; debió a que las sociedades de esa época consideraban que lo importante era la unidad social; no el individuo. SPENCER Y GUILLÉN, citados por RIVERO HERNÁNDEZ apuntan que “*El primitivo no tiene ninguna idea de parentesco como nosotros lo comprendemos. No distingue (desde el punto de vista de las relaciones de familia) entre su padre y su madre de hecho, y los hombres y las mujeres que pertenecen al grupo del que cada miembro habría podido ser legítimamente su padre o su madre.*”²

RIVERO HERNÁNDEZ destaca que el parentesco estaba concebido de este modo, en razón de que durante un largo período el hombre primitivo no relacionó el acto sexual con el nacimiento e incluso, ignoraban el papel del padre en la fecundación. El nacimiento era considerado como un fenómeno natural atribuible al tótem del grupo, al espíritu de los antepasados, los dioses, los astros

¹ ZANNONI E. (1989). Derecho Civil, Derecho de Familia, Astrea. P 283. Citado por BOSQUES HERNÁNDEZ (2006). *¿Que la realidad biológica coincide con la realidad jurídica!* Revista Jurídica U.I.P.R. Vol. XLI 1 y 2. P 539.

² RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. (1971). *La presunción de paternidad legítima. Estudio de Derecho Comparado y Derecho Español*. Editorial TECNOS, S.A. Madrid, España. P.160.

e incluso, a fenómenos atmosféricos. Evidentemente, los primeros pueblos ni siquiera llegaron a considerar la noción de paternidad.

Con el paso del tiempo las ideas fueron cambiando, razón por la que algunos pueblos reconocieron la maternidad. Este vínculo materno fue aceptado debido a que estaba sujeto a la observación; así que fácilmente se podía tener certeza de quién era la madre. No ocurrió lo mismo con la paternidad; pues se afirmaba que ese era un asunto de inducción y, por tal motivo, nunca se iba a tener plena certeza de quién era el padre.

Por otra parte, destacan pueblos como Grecia y Roma quienes en un inicio consideraban que el parentesco estaba determinado por aspectos religiosos, motivo por el cual el culto fue el elemento determinante para fijar vínculos de parentesco agnaticio. Esto fue cambiando conforme el culto a los antepasados dejó de ser el mecanismo esencial para unir al grupo familiar.

Las referencias históricas señalan que la paternidad tuvo importancia por primera vez, cuando la sociedad evolucionó y el aspecto económico comenzó a tener auge. En este punto se debe tener presente que la actividad agrícola favoreció la formación de familias y, con ello, la autoridad del marido empezó a tener un papel fundamental en la sociedad. Fue justamente en ese instante cuando los lazos sanguíneos se fueron definiendo y concretando y, en efecto, la paternidad se convirtió en un tema de relevancia social, tal y como ocurre en nuestros días.

C. Origen de la presunción de paternidad

La presunción de paternidad fue normativizada por primera vez en Roma y en la India, fue en esos lugares donde por medio de leyes y reglas surgieron los primeros preceptos respecto a esta figura. Es por ello que en este apartado se aludirá de manera sucinta a los principales cuerpos normativos que permitieron el surgimiento de la presunción de paternidad, al tiempo que se desarrollarán las reglas que constituyeron los principales preceptos de dicho instituto.

1. Leyes de Manú

Las Leyes de Manú son un conjunto de reglas que operan en la India, estas determinan las relaciones de los hombres entre sí. Incluye disposiciones civiles y religiosas así como un sistema de cosmología, ideas de metafísica, reglas de purificación y abstinencia, máximas de moral e incluso nociones de política, arte militar y comercio. Su nombre se debe a que estas leyes fueron dictadas por Manú; un sabio que para los hindúes es el antepasado común de toda la humanidad.

En este texto normativo se reconoce por primera vez la presunción de paternidad, al respecto se parte de la premisa de que el hijo pertenece a quien ejerce su poder sobre la madre. En consecuencia es preciso aclarar que el poder al que se hace referencia, lo ejerce el esposo de la mujer; no el hombre que ha permitido engendrar al hijo. Esto tiene fundamento en las siguientes disposiciones del libro IX:

- a) *“Por la tradición sagrada la mujer se considera el suelo y el hombre es la semilla; la producción de todos los seres corpóreos [tiene lugar] mediante la unión de la semilla con el suelo.*
- b) *Los que no poseen campo pero tienen semillas, y van a extenderlas por la tierra de otro, no sacan ningún provecho del grano que llega a crecer.*
- c) *El propietario del macho que ha engendrado (cubierto) con vacas, asnas,... no tiene ningún derecho sobre la cría; lo mismo ocurre con las mujeres de otros hombres.*
- d) *Si un toro engendra cien terneros uniéndose con las vacas de otros, estos terneros pertenecen a los propietarios de las vacas.*
- e) *Así los que teniendo campo echan su semilla en este caso, no sacan ningún provecho de su semilla.”*

Estos son los principios más destacados que permiten dilucidar la existencia de una presunción de paternidad. Para los hindúes lo que realmente importaba, era el poder que ejerce el hombre sobre la mujer; no los lazos biológicos que pudiesen existir entre este y sus hijos. Por ende, se extrae que la presunción legítima es comprendida como un derecho de accesión sobre las mujeres, en el entendido de que los hijos no son más que un fruto o un accesorio.

2. Derecho Romano

En Roma la Presunción de paternidad tuvo una evolución importante. Ahí se le dio una connotación muy distinta a esta figura e incluso surgieron reglas novedosas que en la actualidad aún se encuentran contenidas en algunas legislaciones del mundo. El ejemplo más sobresaliente es la regla pauliana “*Pater*

is est quem nuptiae demonstrant”; precepto que llegó a convertirse en la piedra angular de la presunción aquí analizada.

A continuación se detallan las principales etapas del Derecho Romano:

a. El Tollere Liberum:

Esta fue una ceremonia muy utilizada en tiempos antiguos, que tenía como propósito la presentación de un neonato y, por lo tanto, la concesión de un Derecho a la Vida. Al respecto RIVERO HERNÁNDEZ la define de la siguiente manera:

*“Ceremonia por medio de la cual el marido o el jefe del grupo familiar aceptaba o rechazaba al recién nacido que le era presentado, actitud que permitía o impedía su entrada en la familia en calidad de hijo, y que en algunos pueblos, y por algunos autores, ha sido interpretada como reconocimiento de la propia paternidad y origen del poder paterno”.*³

Para llevar a cabo el “*Tollere Liberum*”, era preciso colocar al niño en la tierra; debido a que se creía en el mito de la maternidad de la Madre Tierra y, en consecuencia, se presumía que esto transmitía fuerza y virtudes. Seguidamente le correspondía al *pater familias* decidir si recogía o no al menor; era un acto con un alto contenido religioso.

Dicha ceremonia tuvo gran trascendencia en la época antigua, de modo que se llegó a practicar en otros lugares, tales como Grecia e incluso la India. No obstante, a diferencia de lo ocurrido con los hindúes, en Grecia y Roma el aspecto biológico sí llegó a tener importancia.

³ RIVERO HERNÁNDEZ . Op. cit. P. 173

b. *Pater is est quem nuptiae demostrant:*

Esta regla pauliana es considerada como el principal aporte de los romanos a la teoría de la presunción de paternidad. Supone que el padre es quien está demostrado por medio del matrimonio. En este punto hay que tener presente que esta regla llegó a constituir no sólo un imperativo legal; sino también una regla de Derecho material; por tanto, su acatamiento era obligatorio.

La incorporación de esta regla dio paso al principio de la legitimidad de la filiación; eso quiere decir que sólo los hijos habidos en matrimonio eran hijos legítimos. Al parecer el motivo de esta presunción era evitar que personas ajenas a la familia levantaran sospechas injuriosas y perturbadoras en contra de la mujer y las relaciones matrimoniales.

La regla pauliana "*Pater is est quem nuptiae demostrant,*" tuvo como fundamento la cohabitación entre los esposos, la fidelidad de la mujer así como el nacimiento en el tiempo legítimo o plazo legal de gestación. Aquí se parte del supuesto de que cuando las parejas decidían contraer matrimonio, de manera implícita existía una aceptación anticipada por parte del esposo para reconocer a los hijos de la mujer como hijos suyos también.

c. Los Senado-Consultos:

Durante el Siglo II el Senado-Consulta Planciano tuvo gran relevancia, en virtud de que refería a los hijos nacidos después del divorcio de sus padres. Al respecto este Senado-Consulta establecía que en caso de divorcio, si la mujer

tenía sospechas de estar embarazada, tenía que hacérselo saber a su exesposo en los siguientes treinta días del divorcio. De este modo el exmarido tenía la posibilidad de mandar “*custodes ventris*” cuando él se creía el autor del embarazo. Así estos sujetos asignados, tendrían a su cargo la vigilancia del embarazo y el nacimiento; con el propósito de evitar suposiciones de parto o incluso una eventual sustitución del hijo.

Por otra parte, en caso de que el excónyuge considerara que el embarazo no había sido ocasionado por él, tenía la posibilidad de realizar una “*contra-renuntiatio*”. Finalmente, en los casos en donde el hombre no enviara “*custodes ventris*” ni efectuara una “*contra-renuntiatio*”, se presumía que había una aceptación de la paternidad.

En este sentido, el Senado Consulto Planciano estipuló que el exmarido podía desconocer la paternidad del hijo de su exesposa, únicamente cuando éste no hubiera enviado “*custodes ventris*” y tampoco hubiera presentado una “*contra-renuntiatio*”, o bien, cuando la mujer no hubiera denunciado su situación de gestante o hubiera rechazado a los “*custodes ventris*” enviados por su exesposo. Hay que aclarar que la denuncia podía ser realizada tanto por la mujer como por la persona que ejerciera la responsabilidad parental sobre esta.

Durante la época de Marco Aurelio se implementó una nueva disposición, la cual establecía que en caso de que el exesposo sospechara que su excónyuge estaba embarazada a causa suya, tenía la posibilidad de acudir ante un *pretor*.

Cuando se le informaba al *pretor* sobre la situación, debía llamar a la mujer para que compareciera ante él y se sometiera a un interrogatorio.

En consecuencia, cuando la exesposa reconociera su estado de gravidez, inmediatamente se procedía a aplicar lo dispuesto por el Senado-Consulta Planciano. Por el contrario, si ésta negaba tal situación, el *pretor* ordenaba que tres comadronas analizaran a la mujer y, de este modo, consideraran si se encontraba o no encinta; si el parecer de dichas mujeres fuera que la exesposa estaba embarazada, inmediatamente se procedía a nombrar “*custodes ventris*” y se seguirían las demás disposiciones del Planciano.

Por último, durante la época de Juliano se permitió a los hombres impugnar la paternidad del hijo en los supuestos en que este se haya ausentado, de modo que resultara imposible su paternidad. Tiempo después se indicó que los hombres tenían la posibilidad de impugnar la paternidad en cualquier circunstancia; al obviar las formalidades del Senado-Consulta Planciano.

En síntesis es posible decir que la presunción de paternidad tuvo su origen en la India, donde por medio de las Leyes de Manú se establecieron los primeros preceptos referentes a este tema. No obstante, fue en Roma donde esta figura tuvo su mayor desarrollo, ya que fue ahí donde mediante la regla pauliana “*Pater is est quem nuptiae demonstrant*” y los Senado-Consultos, se logró difundir y precisar este instituto.

D. Fundamento teórico de la presunción de paternidad

1. Teoría Dominical:

Esta teoría sostiene que la presunción de paternidad tiene su fundamento en un derecho de accesión. De esta forma se entiende que el hijo es del marido en razón de que la mujer le pertenece al hombre y, en consecuencia, el hijo es un fruto o algo accesorio de la mujer. En este sentido, RIVERO HERNÁNDEZ considera que dicha teoría es más bien una idea; propia de cuerpos legales poco desarrollados intelectual y jurídicamente.

2. Teorías basadas en el matrimonio, los deberes matrimoniales y la comunidad de vida:

Existen varias teorías que suponen que la presunción de paternidad es una consecuencia del matrimonio, ya que es ahí donde las personas contraen una serie de obligaciones y surge la llamada comunidad de vida. En relación con esta tendencia ideológica es posible hacer tres clasificaciones:

a. Teoría fundamentada en la fidelidad e inocencia de la esposa:

Es conocida como la teoría tradicional antigua. Tiene como fundamento *“la fidelidad que la esposa debe al marido, como obligación matrimonial primera y fundamental, y en cierta presunción de inocencia del delito de adulterio que pudiera echar abajo esa presunción de paternidad, inocencia de que en principio*

*debe gozar la mujer*⁴. En este sentido POUZOL⁵ hace alusión al tema e indica que la verosimilitud y certeza de la fidelidad de la esposa deviene de la vigilancia que ejerce el marido; así como de la penalidad regulada en contra del adulterio.

b. Teoría basada en la cohabitación y fidelidad de los cónyuges:

Esta teoría manifiesta que la presunción de paternidad tiene su razón de ser en la comunidad de vida que el matrimonio supone, en las obligaciones que derivan de ese vínculo matrimonial así como en las relaciones sexuales entre los cónyuges; las cuales deben ser exclusivas y excluyentes. De este modo, se supone que una vez que se ha consumado el matrimonio, las personas siguen cohabitando y la esposa mantiene el juramento de fidelidad. Todo esto permite presumir la paternidad del marido.

En relación con esta teoría, existen distintas variantes, algunos doctrinarios consideran la cohabitación y la fidelidad conyugal como algo probable; como presunciones de hecho a partir de las cuales es factible deducir la paternidad del marido.

Por su parte, otros seguidores como GRAULICH, mantienen que la ley no tiene que presumir la conducta de los esposos, simplemente tiene que deducir la consecuencia lógica de las obligaciones de cohabitación y fidelidad; es decir, consideran que la presunción no está motivada por una idea de probabilidad, más bien se fundamenta en las obligaciones que las partes han asumido con el

⁴ RIVERO HERNÁNDEZ. Op. cit. P. 211

⁵ POUZOL. (1902). *La Recherche de la Paternité*, París. Citado por RIVERO HERNÁNDEZ Op. cit. P. 213.

matrimonio. Es por ello que manifiesta lo siguiente: *“los esposos están obligados a cohabitar, están obligados a guardarse fidelidad recíproca; los hijos que nacen de la mujer no pueden ser sino hijos también del marido.”*⁶

Finalmente, otro sector además de aludir a la fidelidad y demás obligaciones originadas del matrimonio y la cohabitación, indican que es importante tomar en cuenta aspectos como lo son la comunidad humana, de vida y de hogar que constituyen los cónyuges. En este orden de ideas, ROYO MARTÍNEZ⁷ acota lo siguiente:

“Del fin primario del matrimonio, que es la procreación; de la aceptación de este fin a través de las nupcias, con el consiguiente otorgamiento de recíprocos derechos a la consumación del matrimonio; de la solemne promesa de fidelidad; de la honestidad de la mujer, no empañada por conocida unión extramatrimonial; y, en fin, de la constitución de una comunidad de vida y hogar entre los cónyuges, síguese que el arcano que a la paternidad rodea pueda en la filiación matrimonial ser resuelto satisfactoriamente a través de la presunción... Las nupcias por su propia virtualidad, demostrante, señalan al padre”.

c. Teoría de la autoridad y la vigilancia del marido:

En lo que respecta a esta teoría, es preciso decir que hay un grupo de autores que consideran que más allá de las obligaciones de fidelidad y las de cohabitación, es necesario tomar en cuenta la autoridad que posee el marido sobre la mujer, así como la vigilancia que ejerce este sobre su casa. En esta línea de pensamiento CASTRO PÉREZ⁸ señala que el más claro ejemplo de vigilancia

⁶ GRAULICH. (1912). Essai sur les éléments constitutifs de la filiation légitime, París. Citado por RIVERO HERNÁNDEZ Op. cit. P. 217.

⁷ ROYO MARTÍNEZ. (1949). *Derecho de Familia*. Sevilla. P. 258 Citado por RIVERO HERNÁNDEZ. Op cit. P. 218.

⁸ CASTRO PÉREZ. (1950). *La prueba de grupos sanguíneos en la investigación y desconocimiento de la paternidad*. Madrid, P. 97. Citado por RIVERO HERNÁNDEZ. Op cit. P. 224.

se puede apreciar en las sociedades primitivas y antiguas, ahí se utilizó la custodia del vientre y la esclavitud como forma de suplir la incertidumbre del marido respecto a la paternidad de los hijos que su esposa tenía. Al respecto indica que la paternidad se le atribuye al marido debido a *“la idea de la vigilancia sobre la mujer, facilitada y hecha continua por la convivencia y la autoridad otorgada al marido sobre su esposa, en la que se implica la derivada de la santidad de la unión.”*

3. Teorías sociológicas

En lo concerniente a la presunción de paternidad, los sociólogos no se quedaron atrás y emitieron una serie de teorías, con el afán de justificar la existencia de esta. Fue así como surgieron varias doctrinas, las cuales se exponen a continuación.

Primeramente, un sector llegó a considerar que la presunción es necesaria debido a que permite alcanzar la seguridad social. Fue así como se llegó a razonar que más allá de los intereses individuales el legislador debe reforzar la solidez de la familia; pues esto tiene repercusiones positivas en la sociedad.

Por otra parte, surgieron autores tales como GOGUEY⁹ quienes indicaron que el fundamento de la regla pauliana previamente aludida, corresponde a imperativos de unidad y paz familiar. Al respecto justifica tal posición ideológica al decir lo siguiente:

⁹ GOGUEY. (1961). *Un aspect du role de la vérité, de la volonté humaine et du souci de protection de l'enfant et de la famille: légitimité de complaisance et légitimation de complaisance*. J.C. P. Doctrine 1613. P. 13. Citado por RIVERO HERNÁNDEZ. Op. cit. P. 226.

“Atribuir un padre cierto al hijo que nace en matrimonio, evita los enojosos problemas que supone la investigación real en cada caso concreto, con la crisis de confianza y peligro para la convivencia conyugal que supondría la sola duda o prueba de la paternidad a cada hijo que nace”.

Además, autores como RAYNAUD PIERRE¹⁰ externaron que el fundamento de la presunción no puede limitarse a la cohabitación y la fidelidad, sino debe ir más allá. En consecuencia acota que *“es la Ley quien atribuye al marido la paternidad para asegurar la estabilidad y seguridad de las familias, incluso si esa paternidad no corresponde ni a la verdad ni a la voluntad del marido.”*

Finalmente, otros autores sostienen que la presunción de paternidad responde al interés del hijo; pues resultaría injusto que si la madre incurriera en una mala conducta, los niños tengan que sufrir consecuencias y perjuicios.

4. Teoría voluntarista

Esta teoría fue impulsada por COLIN, al respecto indica que la paternidad es imposible de probar, razón por la cual no puede resultar legalmente sino de un reconocimiento; de un acto de voluntad del padre. Señala que en la filiación legítima el matrimonio constituye un acto contractual, donde el padre -de manera implícita- reconoce o admite por anticipado los hijos que su esposa traiga al mundo y esto sólo puede variar en los casos en que incurran situaciones anormales preestablecidas en la Ley.

¹⁰ RAYNAUD. (1966). *La contestation de la paternité légitime par d' autres que le mari dans la jurisprudence quebecoise et Française*. Canadian Bar Review. P. 467. Citado por RIVERO HERNÁNDEZ. Op. cit. P. 227.

Dicho autor hace una distinción entre filiación y parentesco. En este sentido define la filiación como una institución jurídica; mientras que el parentesco lo atribuye a un hecho natural.

Para COLIN el adulterio no es razón suficiente para que el marido pueda impugnar la paternidad, él sostiene que al momento de contraer matrimonio, el esposo admitió de manera anticipada los hijos que nacieran de su esposa y, con ello, asumió el riesgo al que se exponía.

Esta posición fue adoptada por el Derecho Canónico, de modo que llegó a asumir que la presunción "*pater is est*" es un efecto directo del matrimonio, el cual tiene fundamento en el interés de los hijos y ante todo en la confesión; que es una especie de aceptación.

5. Teoría formalista

El máximo exponente de esta teoría fue CICU, quien considera que la Presunción de paternidad encuentra su sustento en el acta de nacimiento. Para dicho autor la presunción únicamente surte efectos cuando existe un acta de nacimiento, donde el menor aparece como un hijo de mujer casada. De este modo él indica que si la mujer tiene el parto y se registra con un nombre falso, no lo revela o simplemente se hace pasar por una mujer soltera, la presunción de paternidad ya no cumpliría su función.

Es así como CICU es enfático al decir que la legitimidad existe cuando hay matrimonio, parto de la esposa y concepción en matrimonio. Por este motivo,

argumenta que la presunción de paternidad no actúa por el mero nacimiento en matrimonio, sino en virtud del acta de nacimiento; cumpliendo así con una función integradora.

6. Teoría de la cohabitación causal

Esta teoría tiene dos elementos esenciales: la cohabitación y la causalidad. Para estos efectos cabe tener claro que el elemento de cohabitación parte del supuesto de que la mujer que tiene un hijo, necesariamente debió haber tenido relaciones sexuales; sea con su esposo o con algún otro hombre. En consecuencia, la presunción "*pater is est*" atribuye la paternidad al marido, en razón de que la normalidad e incluso la ética, permiten suponer que ha habido cohabitación entre éste y su esposa; pues se entiende que la cohabitación es un deber matrimonial.

Por otra parte, en lo que a causalidad concierne, es preciso indicar que este elemento es relevante, debido a que si se considera que los cónyuges han tenido relaciones sexuales y la mujer está embarazada, consecuentemente se puede presumir que la cohabitación tuvo que ser fecunda. Es así como se llega a crear un nexo causal entre la cohabitación del hombre con su esposa y el nacimiento de un niño y, por ende, se presume que el marido es el padre del menor.

Esta teoría manifiesta que la presunción de paternidad no está ligada de manera directa con la fidelidad; no obstante, este es un aspecto que puede tener injerencia de forma indirecta. Con ello quieren decir que la fidelidad no constituye

un presupuesto esencial para fundamentar la presunción de paternidad, tal y como lo conciben otras teorías.

Quienes sostienen esta posición afirman que los ordenamientos jurídicos deben admitir la impugnación de paternidad cuando se demuestre, no sólo la imposibilidad de haber cohabitado en la época de la concepción, sino que además, deben abrir el panorama y aceptar pruebas para desvirtuar la causalidad de la cohabitación.

Esta sin lugar a dudas parece ser la teoría que mejor se adapta a los tiempos modernos e incluso, a la posición que denota el artículo 69 del Código de Familia costarricense, ello en virtud de que dicho cuerpo normativo reconoce al padre la posibilidad de impugnar la paternidad en los casos donde no hay correspondencia entre la realidad registral y la biológica.

E. La presunción de concepción

Tal y como se mencionó previamente, la presunción legítima también tiene alcance para los casos en que se haya dado un nacimiento 180 días después de la celebración del matrimonio o en los 300 días siguientes a la disolución del vínculo matrimonial. En este punto es preciso aclarar que dichos plazos pueden variar someramente, según los ordenamientos del mundo; pero pese a ello todos responden a una misma presunción: la de concepción.

De esta manera es menester recordar que la concepción es el momento en el que se efectúa la fecundación y se define como un “*proceso biológico en el*

que un óvulo y un espermatozoide se fusionan para crear un nuevo individuo, con el genoma aportado por sus progenitores.”¹¹

En consecuencia, la razón por la cual el legislador fijó los plazos de 180 y 300 días, fue porque a nivel médico se dice que en promedio el plazo mínimo de gestación para que una vida sea viable, es de 180 días; es decir, seis meses. Claro está que pueden ocurrir casos excepcionales en donde el tiempo de gestación sea inferior.

Por otra parte en lo que respecta al plazo de 300 días después de la disolución del matrimonio, se decidió fijar esta cantidad de días en virtud de que los ginecólogos y demás especialistas de la época en la que surgió la presunción, coincidieron en que la gestación debía durar como máximo 300 días. Fue por ello que gran cantidad de países, principalmente los latinoamericanos incorporaron este plazo en sus legislaciones.

Finalmente es preciso señalar que para algunos ordenamientos esto configura una presunción absoluta, motivo por el que no se acepta la impugnación de paternidad ni el uso de pruebas científicas para desacreditar dicha presunción. Al respecto se debe dejar claro que en Costa Rica esto no es así; pues se le reconoce como una presunción relativa la cual acepta prueba en contrario.

¹¹ Salud: Enciclopedia de salud, dietética y psicología.
<http://www.encyclopediasalud.com/definiciones/fecundacion>. Consultada el 22 de setiembre de 2013.

SECCIÓN SEGUNDA: REGULACIÓN DE LA PRESUNCIÓN LEGÍTIMA DE PATERNIDAD EN COSTA RICA

A. Antecedentes

En Costa Rica el Derecho de Familia estuvo regulado hasta 1841 por las Siete Partidas y por el Derecho Canónico. Estos cuerpos normativos fueron los primeros en regir asuntos referentes a filiación.

En este sentido la Partida IV reguló las distintas categorías de hijos. Al respecto estipuló que los hijos podían ser legítimos, naturales y adulterinos. Los legítimos eran todos aquellos hijos nacidos dentro de un matrimonio, los naturales eran los hijos extramatrimoniales y los adulterinos fueron todos aquellos individuos cuyo progenitor o progenitores, se encontraban casados con otra persona.

Esta Partida enunciaba que los hijos adulterinos no podían ser legitimados por ninguna circunstancia; mientras que los naturales podían legitimarse en caso de que sus padres contrajeran matrimonio posteriormente.

Más adelante el Código General de 1841 o Código de Carrillo mantuvo esta clasificación pero agregó una categoría más: los hijos incestuosos. Estos eran los hijos concebidos entre ascendientes y descendientes o entre hermanos. Al igual que la Partida IV, este código dispuso que únicamente los hijos naturales, podían ser legitimados por el matrimonio posterior de sus padres.

Seguidamente, el Código Civil de 1888 mantuvo la misma clasificación de hijos que se había contemplado en el Código de Carrillo. No obstante, en 1952 se

llevó a cabo una reforma; pues la Constitución Política de 1949, sea esta la que rige actualmente en Costa Rica, prohibió calificar la naturaleza de la filiación.

En lo que respecta propiamente a la presunción legítima de paternidad, la normativa estudiada permite extraer que el Código General de Carrillo de 1841, fue uno de los textos legales que reguló por primera vez este instituto. En este sentido se aprecia que el artículo 161, ubicado en el título VII, capítulo I disponía lo siguiente:

“Art 161: El hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido aunque se arguya lo contrario. Sin embargo, el marido podrá negar al hijo, si prueba que durante diez meses, o hasta los ciento ochenta días antes del nacimiento del hijo, estaba en la imposibilidad física de cohabitar con su mujer, sea por ausencia ó por efecto de cualquiera otro accidente”.

En consecuencia, de ese artículo se deduce que la Presunción de paternidad fue concebida como una presunción absoluta; ya que solo podía ser desvirtuada al demostrar alguno de los supuestos indicados en la norma. Incluso este carácter de absoluto se confirma en los artículos 162 y 163, en razón de que contenían disposiciones, tales como que la impotencia natural y el adulterio no configuraban motivo suficiente para negar la paternidad; únicamente cuando la esposa le hubiera ocultado el nacimiento. Además, dicho cuerpo normativo estimó que cuando un hombre tenía conocimiento de que su esposa estaba embarazada antes de contraer matrimonio y aún así aceptaba esa situación, el marido no estaba facultado para oponerse.

Por otra parte la normativa fue enfática al establecer plazos para impugnar la paternidad. Fue así como en los artículos 164 y 165 se estipuló que en los

casos donde el padre estuviera autorizado para negar la paternidad, tenía que hacerlo dentro del mes siguiente al nacimiento y, en caso de que se encontrara ausente en la época del parto o le hubieran ocultado el nacimiento, tenía dos meses para presentar la impugnación. Aunado a ello, el plazo comenzaba a transcurrir a partir del momento en que el hombre tuvo conocimiento de la situación.

B. Constitución Política

La Constitución Política de Costa Rica de 1949, la que rige en la actualidad, introdujo preceptos innovadores en lo que a filiación y paternidad respecta. Fue así como inspirados en el principio de igualdad y el Derecho Fundamental a saber quiénes son los padres, los constituyentes promulgaron los artículos 53 y 54, los cuales enuncian lo siguiente:

“Artículo 53: Los padres tienen con sus hijos habidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él.

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

Artículo 54: Se prohíbe toda calificación personal sobre la naturaleza de la filiación”.

De este modo es factible apreciar que el fundamento constitucional, concerniente a filiación y paternidad, introdujo cambios notorios. Aquí es preciso recordar que antes de que entrara en vigencia la Constitución Política, existía un gran desprestigio social hacia todas aquellas personas nacidas extramatrimonialmente, en ocasión de una infidelidad o en razón del incesto de sus padres. Aunado a ello eran víctimas de una serie de discriminaciones, tales como no poder realizar trámites judiciales que les permitiera determinar quién era

su padre, no tener derecho a cobrar alimentos a su progenitor y tampoco sucederlos *ab intestato*. Esto último se puede apreciar en el artículo 572 del Código Civil de Costa Rica, el cual a manera de rezago, aún refiere a hijos y hermanos legítimos y naturales.

Estos artículos fueron propuestos por el diputado constituyente Luis Felipe González Flores, quien se inspiró en el Código del Niño de Uruguay. Dicha moción contó con el respaldo de diputados, tales como: Álvaro Chacón Jinesta y Fernando Baudrit Solera, quienes fueron enfáticos al decir que las puertas del reconocimiento y la investigación de paternidad tenían que abrirse; pues sólo así sería posible el disfrute real de otros derechos.

C. Código de Familia

En 1974 entró en vigencia el actual Código de Familia de Costa Rica. Dicho cuerpo normativo tuvo que ajustarse a las disposiciones constitucionales referentes a paternidad y filiación y, por ende, establecer procesos judiciales capaces de hacer efectivos los Derechos Fundamentales consagrados tanto en la Constitución Política como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En el dictamen de mayoría afirmativo, sobre el Proyecto del Código de Familia, se indica que en los años setenta nacían en Costa Rica aproximadamente entre 16 mil y 18 mil hijos extramatrimoniales y pese a ello, sólo 40 juicios de investigación de paternidad eran declarados al año con lugar. Fue así como quienes confeccionaron este Código se cuestionaron esas cifras y al

respecto concluyeron que dicha situación podía corresponder a dos razones: la legislación ofrecía muchas trabas a los hijos o bien, los asuntos de filiación no eran importantes para los costarricenses.

En consecuencia dentro de las principales novedades que introdujo el Código de Familia en lo que compete a filiación, destaca que la paternidad y la maternidad pueden ser establecidas mediante la posesión notoria de estado. Además este cuerpo normativo adoptó un sistema legislativo abierto; en donde es posible emplear cualquier medio de prueba para demostrar los vínculos filiales.

Fue así como este Código modificó el carácter absoluto que tenía la presunción legítima de paternidad y la convirtió en una presunción relativa. En este sentido el artículo 69 de la legislación de familia de Costa Rica emana lo siguiente:

“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”.*

En efecto, se aprecia que la redacción de este artículo introduce cambios notorios, de manera que deja de lado el enunciado que prescribía que *“El hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido, **aunque se arguya lo***

contrario” (el resaltado es propio). Asimismo se suprime la lista taxativa de supuestos que facultaban al presunto padre, a negar la paternidad.

En resumen, se puede indicar que el Código de Familia generó un cambio radical en lo que a la presunción legítima de paternidad compete, la convirtió en una presunción relativa; susceptible de ser confrontada con cualquier tipo de prueba que resulte idónea. Aunado a ello adoptó un sistema legislativo abierto, en el cual -a diferencia del sistema cerrado-, no estipula supuestos de manera taxativa para refutar la presunción; sino más bien cualquier tipo de prueba la cual permita acreditar que el marido no es el progenitor del niño, es suficiente para indagar el nexo biológico.

Finalmente, resulta valioso acotar que el Código de Familia legitima tanto a las mujeres como a los hijos para presentar procesos de filiación y, de este modo, poder impugnar o fijar sus vínculos filiales. Esto en contraposición con la normativa anterior, que solo concedía legitimación activa al marido.

SECCIÓN TERCERA: CONSECUENCIAS PERSONALES Y PATRIMONIALES DE LA FILIACIÓN

El nacimiento de un ser humano trae consigo una serie de implicaciones jurídicas, tanto para el recién nacido como para sus padres. Estas pueden ser de índole patrimonial y personal.

Dentro de las consecuencias personales destacan la asignación de apellidos a la persona menor de edad, así como la atribución de la responsabilidad parental a los progenitores. Mientras que en lo que concierne a las consecuencias

patrimoniales, existe injerencia en lo que compete a asuntos sucesorios y responsabilidades alimentarias.

A continuación se proceden a desarrollar detalladamente las implicaciones supra citadas.

A. Asignación de apellidos

El artículo 49 del Código Civil de Costa Rica establece lo siguiente:

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

De conformidad con el artículo previamente citado, se deduce que existe una relación directa entre la presunción de paternidad y el primer apellido que portará la persona menor de edad. En este sentido, se debe recordar que al aplicar el artículo 69 del Código de Familia, las personas se inscriben automáticamente con el primer apellido del esposo o exesposo de su madre; ello sin tener que analizar si este es o no el padre biológico, lo que puede llegar a ocasionar desatinos entre la realidad biológica y la registral.

B. Atribución de la responsabilidad parental

La responsabilidad parental; también conocida como patria potestad, es un conjunto de deberes y obligaciones que tienen los padres en relación con sus hijos menores de edad y los bienes de estos. Dicha atribución es prescriptible; ello

quiere decir que fenece una vez que el hijo alcanza la mayoría de edad. Asimismo es intransferible, irrenunciable y no puede ser negociada.

En este sentido TREJOS SALAS aportó la siguiente definición:

*“La autoridad parental es en sí un derecho-función. Es un conjunto de derechos y deberes. Si la autoridad es, para los padres, fuente de prerrogativas (establece una jerarquía, una subordinación, un derecho de dirección, un derecho de dar órdenes), el poder se desdobra en obligaciones: está al servicio del menor. Los derechos deben ser ejercidos en interés del menor. El derecho de los padres está ordenado al bien del menor. Este conjunto de derechos y deberes ha sido recogido por la Convención sobre Derechos del Niño (artículos 3, 5, 9, 14, 18, 21)”.*¹²

Por otra parte, resulta necesario acotar que la responsabilidad parental está constituida por la guarda, crianza y educación de los hijos, así como por el deber de vigilancia, representación y administración de sus bienes. Si bien es cierto, ambos padres son titulares de la autoridad parental y, por ende, de todos los atributos que implica, puede que en algunos casos únicamente sea ejercida por uno de los progenitores.

En Costa Rica la responsabilidad parental se encuentra regulada en el Título III del Código de Familia; sea esto en los artículos que rolan del 140 al 163. Ahí se hace alusión a las disposiciones generales, a la responsabilidad parental de hijos habidos tanto dentro como fuera del matrimonio y al término y suspensión de este.

Además la Convención sobre los Derechos del Niño contempla este tema y en el artículo 18 inciso 1 proclama lo siguiente:

¹² TREJOS, Gerardo. (1999). *Derecho de Familia Costarricense*. Tomo II, primera edición. San José. Editorial Juricentro. P. 270.

“Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”.

Ahora bien, el aspecto de la responsabilidad parental se encuentra ligado con el tema abordado en esta tesis, debido a que se parte del supuesto de que dicho atributo es ostentado única y exclusivamente por los padres registrales de la persona menor de edad.

En efecto, en virtud de la aplicación de la presunción legítima de paternidad, pueden surgir al menos dos situaciones con respecto a la responsabilidad parental, sean estas:

1. Padre biológico coincide con el registral

Si una persona nace al amparo de dicha presunción y se registra como padre al esposo o exesposo de su madre y, este efectivamente es el progenitor del niño, pues no existe problema alguno en relación con la responsabilidad parental, ya que a fin de cuentas se le está confiriendo esta atribución al padre biológico y, en consecuencia, recaerán sobre él todos los derechos y las obligaciones previamente citadas.

2. Casos en que el padre registral no es el progenitor

¿Qué ocurre cuando no hay correspondencia entre el padre biológico y el registral? Pues bien, en este supuesto los únicos titulares de la responsabilidad parental son la madre y el padre registral. En este caso, al padre biológico no se le

reconoce derecho alguno sobre el menor, ni se le atribuyen deberes ni obligaciones.

¿Qué sucede si el padre biológico quiere asumir la responsabilidad parental de su hijo, pese a que el niño tiene una paternidad establecida registralmente? Pues bien, si se parte de la hipótesis de que no se ha realizado ningún trámite judicial para modificar la paternidad del menor, es posible decir que en este caso es necesario analizar la situación concreta; pues según las circunstancias, es dable que el progenitor pueda ejercer algunos elementos de la autoridad parental; ello sin que jurídicamente se le reconozca como titular de este atributo.

Así por ejemplo, si tanto la madre como el padre biológico del niño viven juntos, es factible que el progenitor ejerza algunas atribuciones propias de la responsabilidad parental; pese a que formalmente él no figure como titular de esta. De ese modo, es posible que se encargue de cuidar al niño, así como de colaborar en la crianza y educación. El problema es que en caso de que los padres biológicos del niño decidan separarse, el progenitor no estaría facultado para reclamar judicialmente la guarda, crianza y educación del niño tal y como lo hacen los padres registrales.

En este sentido, cabe recalcar que la responsabilidad parental no puede ser delegada; simplemente se comisionan algunos atributos o elementos. Por ello, a pesar de que el padre registral esté de acuerdo con que el padre biológico sea el titular de la responsabilidad parental, esto no es posible.

Para estos efectos el padre biológico tiene que iniciar un proceso de filiación en sede judicial, con el fin de que se le reconozca como padre registral y por ende, poder ser el titular de la autoridad parental.

De este modo se evidencia que la presunción legítima de paternidad llega a tener injerencia en lo que a responsabilidad parental respecta, debido a la aplicación del artículo 69 del Código de Familia, se corre el riesgo de inscribir como padre registral a un hombre que no es el progenitor. Esto ocasiona que de manera automática se le atribuya al padre registral una serie de derechos y obligaciones; las cuales quizás no esté dispuesto a asumir, mientras que al padre biológico se le priva la posibilidad de ser el titular de la responsabilidad parental; esto ocasiona una afectación tanto para el padre biológico como para el registral.

C. Deberes alimentarios

El artículo 65 de la Ley de Pensiones Alimentarias, reformó el artículo 164 del Código de Familia y al respecto estipuló lo siguiente:

“Se entiende por alimentos lo que provea sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación, diversión, transporte y otros, conforme a las posibilidades económicas y el capital que le pertenezca o posea quien ha de darlos. Se tomará en cuenta las necesidades y el nivel de vida acostumbrado por el beneficiario, para su normal desarrollo físico y síquico, así como sus bienes”.

De este modo se desprende que los deberes alimentarios comprenden la obligación de sufragar los gastos citados en esa norma. Asimismo, se extrae que para fijar la cuota alimentaria, es preciso considerar tanto las necesidades del acreedor alimentario, como las posibilidades económicas del obligado.

Por otra parte, del artículo 167 del Código de Familia se concluye que el derecho alimentario es irrenunciable, imprescriptible, personalísimo, indispensable y no puede ser transmitido.

Por último, el numeral 169 inciso 2 del Código de Familia estipula que los padres deben alimentos a sus hijos menores o incapaces, así como los hijos a sus padres. De este modo es apropiado inferir que la presunción legítima de paternidad, tiene injerencia en lo que concierne a deberes alimentarios.

En efecto con la aplicación de esta norma se corre el riesgo de consignar como padre registral a un hombre que puede o no, ser el progenitor del niño. En caso de que ciertamente el padre registral sea el progenitor, pues pareciera que no hay problema; ya que tanto él como la madre del niño serían los obligados alimentarios y, eventualmente, se pueden emprender las acciones legales correspondientes para hacer efectivo tal derecho.

Por otra parte, el problema puede surgir en aquellos supuestos en los cuales se consigna como padre registral a un hombre que no es el padre biológico. En este caso, el padre registral, a sabiendas de que el infante no es descendiente suyo, esté anuente a asumir la paternidad y con ello hacerse cargo de los deberes alimentarios; no obstante, esto no siempre es así.

En ese sentido, el verdadero problema aparece cuando ni el padre registral ni el biológico quieren hacerse cargo de las obligaciones alimentarias, de este modo es preciso cuestionar ¿Qué procede jurídicamente? Al respecto es menester recordar que para el Derecho el único padre que interesa es quien formalmente

consta como tal; de este modo si se quiere instaurar una demanda para hacer efectivo este derecho, el obligado alimentario es el padre registral.

Siempre en relación con este tema, hay que indicar que si en cierto momento se llega a realizar algún proceso de filiación, para modificar el vínculo parental de la persona menor de edad, el padre registral puede iniciar un proceso para recuperar todo el dinero que le cobraron por concepto de pensión alimentaria. Asimismo, es posible emprender acciones legales para cobrar al padre biológico, todo lo que dejó de pagar, durante el tiempo en que el niño estuvo registrado con la presunción legítima de paternidad.

Por otra parte, los padres biológicos que no constan como padres registrales, pueden contribuir con los deberes alimentarios de forma voluntaria; aquí quedaría a criterio de los padres registrales, decidir si la aceptan o no. No obstante, jurídicamente es un hecho que no es posible considerar como obligado alimentario al padre biológico, cuando el niño tiene una paternidad preestablecida y, por ende, no es dable exigir el cumplimiento de esta prestación en vía judicial.

Finalmente, uno de los problemas más severos que pueden surgir en relación con la obligación alimentaria, es el asunto del apremio corporal. En este sentido el artículo 24 de la Ley de Pensiones Alimentarias establece que “*De incumplirse el deber alimentario, podrá librarse orden de apremio corporal contra el deudor moroso, salvo que sea menor de quince años o mayor de setenta y uno.*”

En efecto, la presunción legítima de paternidad puede llegar a tener efectos sobre la libertad del padre registral. Por ello, este tema debe ser analizado con mucho cuidado y la asignación de paternidades no puede ser tomada a la ligera.

D. Sucesión legítima

Cuando una persona fallece, es preciso liquidar totalmente su patrimonio. Para estos efectos se procede a realizar una sucesión, la cual puede ser testamentaria o legítima. La primera tiene lugar cuando el difunto dejó un testamento donde hizo constar la forma en como quería distribuir sus bienes; la segunda procede cuando no lo hay.

En relación con la sucesión legítima es menester indicar que se encuentra regulada en los artículos 571 al 576 del Código Civil. En lo que respecta propiamente al tema aquí abordado, es preciso remitir al artículo 572 inciso 1, el cual emana que son herederos legítimos *“Los hijos, los padres y el consorte o conviviente en unión de hecho [...]”*.

De este modo, tal y como puede apreciarse, dicho artículo es claro al referir que los hijos son herederos legítimos. Aquí hay que recordar que con base en el artículo 54 de la Constitución Política, no es posible hacer calificaciones personales sobre la naturaleza de la filiación; de modo que ahora todos los hijos del difunto, son considerados por igual como herederos legítimos.

En consecuencia, la presunción de paternidad tiene implicaciones directas en lo que respecta a sucesiones legítimas. Esto es así debido a que al establecer

un vínculo filial entre dos personas; sea en este caso entre un niño y su padre, automáticamente convierte a ambos en potenciales herederos legítimos el uno del otro.

Para ponerlo en términos más sencillos, si un hombre fallece y no deja un testamento, donde hace constar el modo en como quería distribuir sus bienes, inmediatamente hay que remitirse al artículo 572 del Código Civil y realizar una sucesión legítima. De este modo, todos los hijos que el difunto haya tenido registrados, son considerados como herederos *ab intestato*. Lo mismo ocurre si es el hijo quien fallece, en ese caso los padres registrales son considerados como herederos legítimos. Aquí no interesa si el hijo era mayor o menor de edad.

Ahora bien, en caso de que no haya concordancia entre el padre registral y el biológico, es posible que se origine una serie de conflictos. Esto puede ser analizado desde dos perspectivas:

1. En relación con el padre registral:

Si se parte de un hipotético en el cual al aplicar la Presunción de paternidad se registra como padre a un individuo que no es el progenitor, es posible que surja una serie de inconvenientes al momento de convocar a los herederos legítimos y llevar a cabo el proceso sucesorio. Esto puede ser así en razón de que se estaría incluyendo como heredero a un individuo que no tuvo relación alguna con el fallecido y lo único que tuvo fue un vínculo registral.

Al respecto, es preciso indicar que cuando surge una situación de estas, resulta común que los herederos tramiten procesos ante los Juzgados de Familia, con el fin de impugnar la paternidad que se le había asignado al padre; ello en aras de excluir a ese hijo como heredero legítimo. En este sentido es importante tomar en cuenta que el artículo 72 del Código de Familia, concede legitimación activa a los herederos para que tramiten este tipo de asuntos.

2. En relación con el padre biológico:

En contraposición con el caso anterior, se tiene el supuesto en el cual es el progenitor quien fallece; mismo que no consta como padre registral. En un asunto de esta índole el hijo no podría ser considerado como heredero legítimo, ya que registralmente no existe un vínculo entre éste y su padre.

Es así como *prima facie* este hijo no puede suceder *ab intestato* a su padre biológico y, en caso de intentar hacerlo, tendría que llevar a cabo un proceso de filiación que le permita corregir su vínculo paterno. Si el progenitor muere sin que se haya llevado a cabo el proceso de filiación correspondiente, posiblemente haya que realizar hasta una exhumación del cadáver, con el fin de obtener muestras idóneas que permitan mediante la vía científica establecer el parentesco entre ambos.

Lo mismo puede llegar a ocurrir si es el hijo quien fallece, ya que con base en el artículo 572 inciso 1, los padres están llamados a ser herederos legítimos, no obstante tal y como se ha reiterado en varias ocasiones, desde la óptica del Derecho, el padre es quien se ha consignado registralmente. En efecto el padre

biológico que no aparece como padre registral, no puede llegar a ser heredero legítimo.

De este modo resulta evidente que al aplicar la presunción legítima de paternidad, se corre el riesgo de excluir tanto al padre biológico como al hijo de participar en una eventual sucesión legítima; se los priva de ser titulares de un derecho que el resto de hijos y padres sí poseen porque el vínculo registral coincide con la verdad biológica.

TÍTULO SEGUNDO:

CONSIDERACIONES ACERCA DE LA INVESTIGACIÓN

CAPÍTULO II:

**TRATAMIENTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA PRESUNCIÓN
LEGÍTIMA DE PATERNIDAD EN COSTA RICA**

SECCIÓN PRIMERA: DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

A. Respecto de las formas de desvirtuar la presunción de paternidad

Del capítulo previamente desarrollado, se desprende que con la entrada en vigencia del Código de Familia, la presunción legítima de paternidad tuvo un cambio importante. Esto es así en razón de que desapareció el carácter de absoluta que tenía y, en su lugar, se consignó una presunción relativa; es decir, una presunción *iuris tantum*.

En este orden de ideas es menester recordar que las disposiciones referentes a la presunción legítima, contemplaban que esta únicamente podía ser desvirtuada en los casos en los cuales el marido probara que durante los diez meses, o hasta los ciento ochenta días antes del nacimiento del hijo, estaba imposibilitado físicamente para cohabitar con su mujer. De este modo, si el hombre no lograba acreditar esta situación, veía truncado su deseo de refutar la paternidad que le habían conferido.

Por su parte el numeral 70 del Código de Familia, sea este el que rige actualmente en Costa Rica, estipuló que la presunción puede ser desvirtuada por cualquier tipo de prueba que evidencie la imposibilidad del marido de haber tenido cohabitación fecunda con su mujer en la época en que tuvo lugar la concepción del hijo. Además, es enfático al señalar 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 este sentido, al hacer una interpretación literal de la norma se concluye que únicamente es posible desvirtuar la presunción cuando se demuestre que no ha habido cohabitación fecunda entre los cónyuges o bien, cuando se acredite que el hijo es producto del adulterio de la madre. Al respecto dicha norma podría resultar bastante restrictiva; ya que circunscribe la impugnación a únicamente dos supuestos.

Detrás de esta presunción, está inmersa una serie de Derechos Fundamentales los cuales -en caso de aplicar esta norma de manera literal-, se estarían coartando. Es por ello que la Sala Segunda se ha manifestado en este sentido y en reiteradas ocasiones ha indicado lo siguiente:

*“Para desvirtuar la presunción legal de paternidad e impugnar la misma, en casos como los indicados u otros similares, **considera la Sala que basta con demostrar la exclusión del nexo biológico, por medio de prueba científica admisible, con el objeto de verificar la existencia o inexistencia de la relación de parentesco. Así, en forma inequívoca se excluiría, o no, de ese vínculo biológico y jurídico, a quien impugna la filiación [...].**”¹³ (El subrayado es propio del texto original).*

En consecuencia se deduce que más allá de lo que proscribiera el artículo 70 del Código de Familia, la presunción legítima de paternidad puede ser desvirtuada utilizando cualquier tipo de prueba que permita determinar si existe o no un ligamen biológico entre el padre registral y el presunto hijo. Para estos efectos, es indispensable concordar dicha norma con el artículo 98 del Código de Familia, ya que este numeral instaura la posibilidad de emplear prueba científica en todos los procesos de investigación o impugnación de paternidad o maternidad.

¹³ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, voto 416-2002 de las nueve horas cuarenta minutos del veintidós de agosto de dos mil dos.

Desde el año 1997, la pericia de marcadores genéticos se ha convertido en una prueba esencial en los asuntos de filiación, debido a la certeza que confiere respecto a la existencia de vínculos biológicos. Es así como la Sala Constitucional, por medio del voto 8339-2007, hizo la siguiente acotación:

“La individualidad del código genético de cada persona por medio de estudio del ADN, aparece ahora como la forma más moderna y exacta de diagnosticar la paternidad y maternidad, y precisamente con la reforma del artículo 98 supracitado, se introduce la novedad de utilizar una prueba científica, no como prueba únicamente de descarte o para demostrar el no parentesco, como sucedía en la legislación anterior, sino como prueba que puede verificar la existencia del parentesco de manera casi exacta, pues se ha dicho que tiene un 99.999% de confiabilidad.”¹⁴

De esto modo, a nivel jurisprudencial se ha llegado a indicar que esta prueba arroja información irrefutable, razón por la cual resulta innecesario acudir a otras fuentes probatorias para definir la situación jurídica de las personas.

Por otra parte, es menester señalar que la normativa previamente aludida, establece que *“Cuando sin un fundamento razonable, una parte se niegue a someterse a la práctica de la prueba dispuesta por el Tribunal, su proceder podrá ser considerado malicioso”*. En consecuencia el ordenamiento jurídico estima que en estos casos dicho actuar puede ser tenido como un indicio de veracidad.

Al respecto esta disposición ha generado ciertas controversias; pues algunos consideran que es abusivo e incluso, atenta contra el derecho de defensa.

¹⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 8339-2007, de las veinte horas y veinticinco minutos del doce de junio de dos mil siete.

Sin embargo, a nivel jurisprudencial se ha esclarecido esta inquietud y se ha emitido el siguiente criterio:

“Ninguna violación al principio de defensa se causa si tanto la audiencia como la cita para la prueba son oportunidades procesales a favor del presunto padre, a fin de que con toda certeza pueda demostrar –si así fuere- que no le une el vínculo con el menor como lo afirma la madre de éste. Es un principio general de derecho que nadie puede favorecerse de su propio dolo o negligencia, de modo que si la persona desatiende las oportunidades que el ordenamiento pone a su disposición para esclarecer los hechos, no puede ampararse en ello para pretender de ese modo negar los derechos del menor a conocer la identidad de su progenitor y recibir el apoyo –cuando menos económico- a que tiene derecho. Es decir, el derecho constitucional al debido proceso no puede convertirse en un refugio o una especie de consagración de la impunidad, con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que trasciende al plano de los vínculos familiares”.¹⁵. (El subrayado es propio del texto original)

En efecto, queda consignado que la presunción de veracidad contemplada en el artículo 98 del Código de Familia, no vulnera Derechos Fundamentales, siempre que las partes hayan estado debidamente notificadas, tanto de la fecha para realizarse la prueba de marcadores genéticos como de la audiencia. Asimismo, se desprende que la razón de ser de dicha presunción es evitar que las personas se beneficien con su propio dolo de modo que dilaten los procesos según su conveniencia.

Por todo lo hasta aquí expuesto, evidentemente en Costa Rica la presunción legítima de paternidad puede ser desvirtuada al demostrar alguno de los supuestos contemplados en el artículo 70 del Código de Familia o bien, al aclarar la relación biológica entre el presunto padre y el niño, lo cual se logra por

¹⁵ Tribunal de Familia, voto 490-2011, de las diez horas y treinta y cinco minutos del doce de abril del dos mil once.

medio de la prueba de marcadores genéticos. En consecuencia, se concluye que el ordenamiento jurídico costarricense establece que la presunción legítima de paternidad es *iuris tantum* y esto es así, en aras de resguardar Derechos Fundamentales.

B. Presunción de paternidad en caso de nulidad de matrimonio

El artículo 69 del Código de Familia es enfático al señalar que se presumen como hijos habidos en matrimonio todos aquellos nacidos ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio, o después de la reunión de los cónyuges separados judicialmente. De igual manera, son registrados al amparo de esta presunción todos aquellos nacidos en los siguientes trescientos días a la disolución del matrimonio o separación, decretada en forma judicial.

En consecuencia, para que esta presunción sea aplicada es necesario que exista o haya existido un vínculo matrimonial entre los presuntos padres; no obstante, ¿qué sucede cuando ese vínculo es nulo? Pues bien, al respecto el Tribunal de Familia por medio de la resolución 1422-2009 estableció el siguiente criterio:

*“Cuando un matrimonio se declara nulo por haber ocurrido una de las causas taxativas establecidas en la legislación con hechos dados previos a la boda, [...]; el acto asume las consecuencias derivadas de la teoría general de nulidad de los actos jurídicos, sea que los actos jurídicos se vienen considerando válidos en tanto la nulidad no ha sido reclamada y admitida en juicio; esto es que en tanto existió el matrimonio, el mismo fue válido y surgieron de él todas las consecuencias legales de rigor, entre ellas la aplicación del llamado principio de presunción de paternidad”.*¹⁶

¹⁶ Tribunal de Familia, voto 1422-2009, de las diez horas, del diecisiete de setiembre de dos mil nueve.

De esta forma, queda claro que en los casos en donde el matrimonio es declarado nulo, los efectos prevalecen, de modo que si una persona nació en esa época y fue registrada con base en la presunción de paternidad, tal situación jurídica no variará. En consecuencia si alguno de los cónyuges desea impugnar tal presunción, deberá acudir al proceso judicial correspondiente.

C. Diferencia entre la presunción legítima de paternidad y la posesión notoria de estado

Cuando se hace referencia a la presunción legítima de paternidad por lo general la normativa refiere de manera conjunta a la llamada posesión notoria de estado. Al respecto se debe tener claro que estas ficciones jurídicas no son lo mismo.

El artículo 80 del Código de Familia define la posesión notoria de estado y para ello remite a la siguiente noción:

“La posesión notoria de estado del hijo consiste en que sus padres lo hayan tratado como tal, dándole sus apellidos, proveyendo sus alimentos y presentándolo con ese carácter a terceros; y éstos y el vecindario de su residencia, en general, lo hayan reputado como de aquéllos”.

De este modo se infiere que a diferencia de la presunción legítima, la posesión notoria no requiere la existencia de un vínculo matrimonial. Además, es un hecho que no consta registralmente, sino está sujeto a la comprobación empírica, razón por la cual no se puede partir de la generalidad, más bien se requiere de un análisis detallado de cada caso.

En este sentido BORDA, remite a PLANIOL y RIPERT, quienes explican que *“poseer un estado es gozar del título y de las ventajas anexas al mismo y*

*soportar sus deberes. En otras palabras, es vivir, en la realidad de los hechos, como corresponde a la condición de hijo, padre, esposo, pariente”.*¹⁷

A nivel jurisprudencial se ha dicho que si bien en Costa Rica no se establece cuántos años son necesarios para que se consolide la posesión notoria de estado, es indispensable examinar cada caso y tomar en consideración aspectos tales como: el tiempo, el espacio, el tratamiento, la reputación y la fama. Es por ello que corresponde al aplicador del Derecho estudiar cada caso de manera minuciosa y con base en los Derechos Fundamentales que se encuentran en juego, determinar si existe posesión notoria de estado y si esta debe consolidarse.

Finalmente, es dable indicar que la posesión aquí aludida, tiene gran relevancia en asuntos de filiación; pues según ella así será la legitimación y el cómputo de plazos, para presentar las acciones. Esto será analizado con más detalle en el siguiente apartado.

SECCIÓN SEGUNDA: PROCESOS DE FILIACIÓN QUE PERMITEN DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN LEGÍTIMA DE PATERNIDAD

Tal y como se ha expresado a lo largo del trabajo, al aplicar la presunción del artículo 69 del Código de Familia, se corre el riesgo de registrar como padre a un hombre que no es el progenitor del niño y así se genera una incongruencia entre la realidad biológica y la relación jurídica de filiación. Es por ello que la normativa costarricense ha contemplado una serie de procesos, con los cuales es

¹⁷ PLANIOL y RIPERT (1984). Tratado de Derecho Civil. Familia II. Séptima edición, Editorial Perrot. Buenos Aires. P. 97. Citado por el Tribunal de Familia, en el voto 458-2010 de las siete horas con cincuenta minutos del ocho de abril de dos mil diez.

posible revertir estas situaciones, de modo que las personas tengan un disfrute real y efectivo de sus Derechos Fundamentales.

En este sentido el Tribunal de Familia, por medio de la resolución 367-2006 indicó que:

“Contra dicha presunción de paternidad del matrimonio se puede generar en contrario, básicamente por tres vías. Una es la prevista en los artículos 70 y 72 del Código de Familia, mediante la impugnación de paternidad, cuyo legitimado es el marido. Otra vía, es la que establece el numeral 71 del Código de Familia, a saber la declaratoria de extramatrimonialidad de hijo, cuyos legitimados son la madre y el hijo. Y aún nuestro ordenamiento en forma práctica establece una tercer forma, y es mediante el reconocimiento de hijo de mujer casada, conforme con el numeral 85 del Código de Familia cuyo legitimado es quien afirme ser padre biológico”.¹⁸
(El subrayado es propio del texto original)

En consecuencia, en este apartado se analizarán los procesos de filiación relacionados con la presunción legítima de paternidad y, por lo tanto, permiten corregir los vínculos paterno-filiales de las personas. A continuación se procede a detallar cada uno, a la vez que se realiza la acotación de que todas estas gestiones tienen que ser tramitadas ante los Juzgados de Familia y, de manera ineludible, requieren el patrocinio de un profesional en Derecho.

A. Declaratoria de extra-matrimonialidad

Este es un proceso abreviado en el cual hay contención. Aquí los únicos legitimados para interponer la acción, son la madre y el hijo o su representante legal.

¹⁸ Tribunal de Familia, voto 367-2006, de las once horas del veintitrés de marzo de dos mil seis.

Dicho proceso está regulado en el artículo 71 del Código de Familia, el cual establece que los requisitos para que la declaración de hijo extramatrimonial sea procedente, son; el nacimiento se haya dado 300 días después de la separación de hecho de los cónyuges y el padre registral no haya ejercido posesión notoria de estado sobre la persona menor de edad.

En este sentido hay que tomar en cuenta que la aplicación e interpretación de este artículo ha cambiado. De modo que la Sala Segunda mediante el voto 277-2010 hizo el siguiente aporte:

“[...] Por ello, es preciso hacer una interpretación coherente de tales normas, atendiendo, fundamentalmente, al espíritu y a la finalidad de ellas, según la realidad social y científica de nuestros tiempos. Por ende, para desvirtuar la presunción legal de paternidad, e impugnar la misma, en casos como los indicados u otros similares, considera la Sala que bastaría con demostrar la exclusión del nexo biológico, por medio de prueba científica admisible, con el objeto de verificar la existencia, o la inexistencia, de la relación de parentesco. Así, en forma inequívoca se excluiría o no de ese vínculo biológico y jurídico, a quien impugna la filiación”.¹⁹ (El subrayado es propio del texto original).

De esta forma se desprende que en este tipo de asuntos basta con que la prueba de marcadores genéticos excluya al padre registral como posible progenitor, para que el Juez pueda desplazar la paternidad de este hombre. Aquí hay que tomar en consideración que la Ley 7689 del 21 de agosto de 1997, reformó el artículo 98 del Código de Familia, de modo que entre otras cosas establece que: *“En todo proceso de investigación o impugnación de paternidad o maternidad, es admisible la prueba científica con el objeto de verificar la existencia o inexistencia de la relación de parentesco [...]”*.

¹⁹ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, voto 277-2010, de las once horas y cinco minutos del diecinueve de febrero de dos mil diez.

Es así como la importancia de esta interpretación reside en que permite tutelar Derechos Fundamentales contenidos tanto en la Constitución Política como en instrumentos de Derecho Internacional. En este sentido el voto 277-2010 de la Sala Segunda; previamente citado, remite a las siguientes consideraciones realizadas por la Sala Constitucional:

*“En la materia que trata esta acción y que pertenece al Derecho de Familia, rigen principios muy importantes, como el del interés del menor que hoy está contenido en la Convención de los Derechos del Niño, debidamente aprobado por nuestro país por Ley No. 7184 de 18 de julio de 1990 y por ende incorporada al ordenamiento al más alto nivel normativo por disposición del artículo 48 de la Constitución Política. Puestas así las cosas, hay diversos intereses en juego: el del menor a saber quién es su padre; el del supuesto padre, a obtener una declaratoria negativa en un proceso justo, y el de la administración de justicia, de llegar a una declaración que recoja lo más cerca posible, **la verdad real**. Esos intereses hay que conjugarlos, pues **todos tienen asidero constitucional** [...]. La Sala parte de que el derecho a saber quiénes son sus padres, que toda persona tiene, conforme a lo dispuesto por el artículo 53 –párrafo final– de la Constitución Política y artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada por Ley No. 7184), **es fundamental**” (voto N° 384-94 de las 15:48 horas del 18 de enero de 1994). A lo cual podría agregarse el interés social tendiente a evitar eventuales relaciones incestuosas o matrimonios entre hermanos consanguíneos, por no saber, precisamente, que lo son. TREJOS SALAS también sostiene que una máxima del derecho de filiación costarricense -pero referida únicamente a las filiaciones matrimonial y extramatrimonial- es el principio de la **“búsqueda de la verdad biológica”**²⁰ (El resaltado es propio del texto original)*

En síntesis, la prueba de marcadores genéticos tiene gran importancia en asuntos de este espécimen; pues con sólo que se demuestre la inexistencia de un nexo biológico, resulta procedente desplazar la paternidad. Claro está que todo esto debe ser conforme al Interés Superior del Niño y ante todo tiene que estar orientado al respeto de los Derechos Fundamentales.

²⁰ TREJOS SALAS (Gerardo), *Derecho de Familia Costarricense*, Tomo II, Editorial Juricentro, San José, 1999, p.38

B. Impugnación de paternidad

Este proceso está reconocido en el artículo 73 del Código de Familia. Ahí se dispone que:

“La acción del marido para impugnar la paternidad podrá intentarse en cualquier tiempo y deberá plantearse en vía ordinaria. Se exceptúa el caso en que el hijo estuviere en posesión notoria de estado, en cuyo supuesto la acción deberá intentarse dentro del año siguiente a la fecha en que el marido tuvo conocimiento de los hechos que le sirven de fundamento para la impugnación. Este plazo no corre contra el marido incapaz mentalmente que careciere de curador”.

Por su parte, el numeral 74 de ese mismo cuerpo normativo, indica que en los casos en los cuales el marido fallece antes de que haya vencido el término para desconocer al hijo, los herederos pueden accionar este proceso. En efecto, queda en evidencia que la legitimación activa para presentar este tipo de trámites, recae únicamente sobre el marido o bien, sobre sus herederos.

Tal y como se desprende del artículo 73, este proceso de impugnación se encuentra sujeto a un plazo de caducidad, el cual es aplicable en todos aquellos casos en donde el padre registral ha ejercido posesión notoria de estado. En efecto este plazo es de un año y cuenta a partir del día en que el esposo tuvo conocimiento de los hechos que le sirven de fundamento para presentar la impugnación.

En relación con el plazo de caducidad, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, por medio del voto 1204-2012 externó lo siguiente:

*“El término contemplado en la norma es de caducidad, porque en él se establece la extinción del derecho del marido de impugnar la paternidad del hijo o de la hija que se haya en posesión notoria de estado del padre no biológico, establecida así por el legislador en atención a los intereses superiores de la persona que se encuentra en ese estado. Por ello, cuando no se acciona para impugnar la paternidad, dentro de ese fatal plazo establecido por la ley –sea, dentro del año siguiente a la fecha en que el marido tuvo conocimiento de los hechos que le sirven de fundamento para la impugnación- , el derecho del padre registral a impugnar desaparece”.*²¹

En efecto de la normativa y jurisprudencia mencionada, se deduce que la impugnación de paternidad puede ser presentada en cualquier momento, cuando el padre registral no ha ejercido posesión notoria de estado. Sin embargo cuando sí ha habido dicha posesión, el proceso tiene que ser tramitado dentro del año siguiente, contado a partir del día en que el hombre tuvo conocimiento de los hechos que lo motivan a dudar de su paternidad. En consecuencia, transcurrido dicho plazo, el hombre pierde la posibilidad de impugnar la paternidad.

C. Reconocimiento de hijo de mujer casada

El reconocimiento de hijo de mujer casada es un proceso abreviado no contencioso, en el cual un tercero alega ser el padre biológico de un niño que ha nacido al amparo de la presunción legítima de paternidad. En este tipo de asuntos

²¹ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, voto 1204-2012, de las once horas del veintiuno de diciembre de dos mil doce.

intervienen la madre y el padre registral del niño. Cuando el hijo es mayor de edad, no hace falta la intervención de la madre.

Dicho proceso está contemplado en el artículo 85 del Código de Familia. Ahí se establece que *“podrán reconocerse la hija o el hijo concebidos cuando la madre esté ligada en matrimonio; sin embargo, para que el reconocimiento surta efectos legales consiguientes, es necesario que **hayan sido concebidos durante la separación de los cónyuges; que el hijo no esté en posesión notoria de estado por parte del marido** y que el reconocimientos haya sido autorizado por resolución judicial firme [...].”* (El resaltado es propio)

En efecto, de la norma se desprende que los supuestos para poder llevar a cabo un reconocimiento de hijo de mujer casada son: la concepción se haya dado durante el tiempo de la separación y el padre registral no esté ejerciendo posesión notoria de estado sobre el menor. En relación con esto el Tribunal de Familia mediante la resolución 235-2011 pronunció lo siguiente:

“Las mencionadas restricciones se ubican dentro de una ideología patriarcal, la cual se centra en proteger la “reputación” del cónyuge varón y no en las verdaderas necesidades y derechos de los menores de edad. Por ello, hoy día, debe darse una lectura integral y adecuada de la normativa ordinaria, la cual no puede contravenir principios fundamentales reconocidos en instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Es decir, no puede darse una aplicación e interpretación textuales del citado numeral 85, sin tener la óptica del bloque de constitucionalidad y Derechos Humanos que lo informan. Evidentemente, cada caso tiene sus propias particularidades y hay que circunscribirse a las mismas”.²²

En consecuencia, más allá de que se cumplan o no estos supuestos, corresponde al Juez de familia llevar a cabo un análisis integral en cada caso

²² Tribunal de Familia, voto 235-2011 de las diez horas y cinco minutos del veintidós de febrero de dos mil once

concreto, con el fin de determinar qué resulta más conveniente según el Interés Superior de la Persona Menor de Edad y, consecuentemente, ser garante de otros Derechos Fundamentales.

SECCIÓN TERCERA: LA COSA JUZGADA MATERIAL EN ASUNTOS DE FILIACIÓN Y SU CORRESPONDENCIA CON EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA

Luego de analizar los trámites de filiación aplicables en Costa Rica, es indispensable indicar que conforme con el inciso m, del artículo 98 bis, del Código de Familia, las sentencias dictadas en procesos de declaratoria de extramatrimonialidad e impugnación de paternidad, producen los efectos de la cosa juzgada material. Al respecto ANTILLÓN establece que *“La cosa juzgada material es, por su parte, un efecto jurídico que emana del hecho de que el proceso ha concluido con una sentencia firme, es decir, irrevocable e inimpugnable; y ese efecto consiste en la improponibilidad de la misma acción (por la misma causa, entre las mismas partes, con el mismo objeto) ante los tribunales de justicia”*.²³

De este modo se desprende que la cosa juzgada material impide toda posibilidad de volver a conocer el mismo asunto en sede judicial cuando se trate de las mismas partes, el mismo objeto y la misma causa. Todo esto es así, de conformidad con los artículos 162 y 163 del Código Procesal Civil.

²³ ANTILLÓN, Wálter. (2001). Teoría del Proceso Jurisdiccional. 1ª ed., Editorial IJSA. San José, Costa Rica. P. 414.

Al respecto, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, por medio del voto 472-2007 precisó qué se debe entender por partes, objeto y causa. Es así como esto se resume en el siguiente extracto:

*“La cosa juzgada alcanza tan solo a los que han litigado. Se trata de una identidad jurídica de las partes y no necesariamente física. El objeto hace referencia a lo que verdaderamente ha sido materia del litigio, cuando se habla de objeto en la cosa juzgada se alude al bien jurídico disputado en el proceso anterior. Finalmente, por causa se entiende el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio. Es la razón de la pretensión aducida en el proceso anterior”.*²⁴

En consecuencia, la importancia de la cosa juzgada material radica en que hace efectivo uno de los principales principios del Derecho, sea este el Principio de Seguridad Jurídica. En esta línea de pensamiento el Tribunal de Familia mediante la resolución 195-2012, hace hincapié en dicho vínculo e indica lo siguiente:

*“La sentencia con autoridad de cosa juzgada material tiene como atributos y efectos característicos propios y esenciales, la coercibilidad y la inmutabilidad. **El fundamento de este instituto se encuentra en razones de seguridad jurídica**, al evitar la incertidumbre que se produciría con el replanteamiento sucesivo de los asuntos decididos en sentencia”.*²⁵ (El resaltado es propio)

Así queda en evidencia que existe un ligamen trascendental entre la cosa juzgada material y el Principio de Seguridad Jurídica; pues con esto se pretende que los conflictos no se extiendan de manera ilimitada y, en consecuencia, las personas tengan certeza acerca de su situación jurídica.

²⁴ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, voto 472-2007, de las quince horas y veinticinco minutos del veinticinco de julio de dos mil siete.

²⁵ Tribunal de Familia, voto 195-2012, de las diez horas y dos minutos del veintinueve de febrero de dos mil doce.

En este orden de ideas, es hacedero indicar que en virtud de que la sentencia derivada de un proceso de filiación, se encuentra investida por el carácter de cosa juzgada material, el artículo 98 bis, inciso m, del Código de Familia estipula que los procesos de este espécimen tienen la posibilidad de ser recurridos por medio de un recurso de apelación ante el Tribunal de Familia; al tiempo que dicha resolución de segunda instancia admite recurso de casación.

Asimismo, vía jurisprudencial se ha indicado que el fondo del asunto sólo puede ser examinado por medio de un recurso extraordinario de revisión, el cual se encuentra reglado en los artículos que rolan del 619 al 628 del Código Procesal Civil y debe ser interpuesto ante la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. En este sentido es importante remitir al criterio de la jurisprudencia, la cual ha señalado lo siguiente:

*“La sentencia firme vertida en un proceso de filiación con eficacia y autoridad de cosa juzgada admite el recurso extraordinario de revisión, sine die –sin límite de tiempo- y por una única vez –en tanto no haya variación en los medios probatorios científicos y técnicos que permitan acreditar con mayor exactitud la filiación, particularmente las pruebas biológicas- cuando a la parte interesada le haya sido imposible, por el estado de desarrollo de la técnica y la ciencia, contar con la prueba de marcadores genéticos o alguna causa de fuerza mayor le haya impedido ofrecerla o participar en su producción”.*²⁶

En efecto, evidentemente los procesos de filiación que estén concluidos con una sentencia en firme, disponen de un recurso extraordinario de revisión, el cual procede solo en los casos en que por algún motivo no se pudo contar con la prueba de marcadores genéticos. Al respecto es preciso subrayar que este

²⁶ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, voto 416-2002 de las nueve horas cuarenta minutos del veintidós de agosto de dos mil dos.

recurso puede ser presentado una sola vez y a diferencia de los procesos propiamente civiles, aquí no hay un tiempo de caducidad; pues se considera que de haberlo, se estaría coartando el Derechos Fundamental que tienen todas las personas, a saber quiénes son sus padres.

En lo que concierne a la legitimación, hay que tomar en cuenta que el único que puede solicitar este recurso extraordinario es el hijo o bien, la parte que resultó pernicioso en el proceso.

De este modo, luego de analizar los principales preceptos acerca de la cosa juzgada material en asuntos de filiación, es válido concluir que la importancia de que esto sea así, radica en que se dota tanto a los padres como a los hijos con certeza jurídica. Claro está que los vínculos filiales de las personas, constituyen parte inherente de su identidad y su dignidad como seres humanos y es por esto que el carácter de cosa juzgada resulta tan significativo; pues permite conferir seguridad e incluso estabilidad a las personas.

CAPÍTULO III:
PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

SECCIÓN ÚNICA: TENDENCIA ACTUAL

En el primer capítulo se expuso con detalle, que la presunción legítima de paternidad, es un instituto que posee gran importancia en diversos lugares del mundo. Es por ello que en este apartado se llevará a cabo un breve análisis, el cual permita dilucidar la forma en como se regulada esta figura en el Derecho comparado.

De este modo se analizarán las disposiciones normativas referentes a la presunción legítima de paternidad, la naturaleza de la presunción, las personas que están legitimadas para impugnar o corregir los vínculos paterno-filiales, así como los plazos que confiere la normativa para llevar a cabo estas acciones. Para estos efectos se escogió la normativa argentina, uruguaya y la italiana.

A. Italia

En este país la presunción legítima de paternidad está consignada en los artículos 231 y 232 del Código Civil. En este sentido dichas disposiciones normativas emanan que:

*“Artículo 231: El marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio.
“Artículo 232: Se presume concebido durante el matrimonio el hijo nacido cuando el nacimiento ocurre en los ciento ochenta días desde la celebración del matrimonio y si no han transcurrido más de trescientos días desde la fecha de la anulación, de la disolución o de la cesación de los efectos civiles del matrimonio. La presunción no opera después de los trescientos días de pronunciada la separación judicial, homologación de separación consensual, o desde la fecha de la comparecencia del cónyuge ante el Juez cuando el mismo haya sido autorizado a vivir fuera del domicilio conyugal durante el juicio de separación o en el juicio previsto en el párrafo anterior.”*

En efecto, de la normativa citada se aprecia que en Italia también toma importancia el plazo de ciento ochenta días después de la celebración del matrimonio y el de trescientos días después de la separación.

Al respecto se podría resaltar que a diferencia de la normativa costarricense, en la italiana las partes pueden llevar a cabo una comparecencia ante el Juez, para que autorice a uno de los cónyuges a vivir en otro lugar que no sea su hogar. Esto tiene importancia; pues con ello surge la premisa de que si no hay convivencia, tampoco habrá cohabitación fecunda; razón por la cual el plazo de trescientos días comienza a contabilizarse desde ese momento.

Por otra parte, el Código Civil italiano dispone que en los casos donde el hijo nace antes de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, es registrado al amparo de esta presunción y, por ende, se supone que es un hijo legítimo. Todo ello se mantiene incólume en el tanto no se lleve a cabo ninguna acción para impugnar la paternidad. Esto es así de conformidad con el artículo 233.

En lo que respecta al desplazamiento de la paternidad, el ordenamiento jurídico italiano está sujeto a un sistema cerrado de impugnación. Esto es así, en virtud de que de forma taxativa estipula los supuestos que facultan al padre registral, a la madre y al hijo, a presentar una acción de esta índole.

De esta forma del artículo 235 del Código Civil italiano dispone lo siguiente:

“La acción para el desconocimiento de la paternidad del hijo concebido durante el matrimonio, solo es admisible en los siguientes casos:

- 1. Si los cónyuges no han cohabitado en el periodo comprendido entre los trescientos y los ciento ochenta días antes del nacimiento;*
 - 2. si durante el tiempo señalado, el marido estaba afectado por impotencia, incluso si es sólo para generar;*
 - 3. si dentro del periodo señalado, la mujer ha cometido adulterio o ha tenido oculto al marido la propia gravidez y el nacimiento del hijo. En tal caso el marido está autorizado a probar que el hijo presenta características genéticas o del grupo sanguíneo incompatible con aquel del presunto padre o cualquier otro hecho tendiente a excluir la paternidad.*
- La sola declaración de la madre no excluye la paternidad.”*

Por otra parte, en relación con los plazos para presentar la acción de desconocimiento, se encuentran regulados en el artículo 244. Ahí se establece que la madre tiene un plazo de seis meses a partir del nacimiento del hijo. En relación con el padre, se le confiere un año desde que tuvo conocimiento de la situación. Por último, en lo que concierne al hijo, la normativa italiana otorga un año a partir del momento en que alcanzó la mayoría de edad; no obstante, en caso de que éste sea menor de edad, un curador especial o incluso el Ministerio Público, pueden accionar este tipo de asuntos.

De esta forma, luego de haber examinado las principales disposiciones referentes a la presunción legítima de paternidad en la normativa italiana, queda claro que existe un gran resabio por parte de este país; pues mantener un sistema cerrado, sin lugar a dudas contraviene Derechos Fundamentales.

B. Argentina

En este país la presunción legítima de paternidad está contemplada en los artículos 243 y 244 del Código Civil. Al respecto dichas normas estipulan:

“Artículo 243: Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos. No se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario.

“Artículo 244: Si mediaren matrimonios sucesivos de la madre se presume que el hijo nacido dentro de los trescientos días de la disolución o anulación del primero y dentro de los ciento ochenta (180) días de la celebración del segundo, tiene por padre al primer marido; y que el nacido dentro de los trescientos días de la disolución o anulación del primero y después de los ciento ochenta días de la celebración del segundo tiene por padre al segundo marido.

Las presunciones establecidas en este artículo admiten prueba en contrario.”

Tal y como se puede apreciar, la normativa referente a la presunción legítima de paternidad es muy similar en Argentina; no obstante aquí el plazo de ciento ochenta días después de la celebración del matrimonio tiene importancia únicamente en los casos en los cuales la mujer volvió a contraer nupcias durante el periodo de gestación. De este modo, se infiere que si la mujer se ha casado sólo una vez, basta con que el nacimiento haya ocurrido después de realizado el matrimonio, para que el hijo nazca al amparo de esta presunción.

La normativa argentina indica que no se presume la paternidad cuando el hijo ha nacido trescientos días después de la interposición de la demanda; ya sea del divorcio, la separación personal o la nulidad. Este aspecto es digno de resaltar; pues confiere mayor precisión en cuanto al cómputo del plazo e incluso resulta más sensata su aplicación. De esta forma, independientemente, de cuánto dure el despacho judicial en resolver el asunto planteado, las personas tienen la seguridad de que el plazo comienza a correr desde el instante en que se accionó

el proceso y no desde cuando judicialmente se decretó la disolución del vínculo matrimonial o la separación judicial, tal y como ocurre en Costa Rica.

Por otra parte, se aprecia que en Argentina la presunción legítima no es absoluta, el artículo 244 señala que las presunciones contenidas en esa norma, admiten prueba en contrario. Aunado a ello, en los artículos 258 y 259 se reconoce la posibilidad de impugnar la paternidad consignada en estos casos. Al respecto dichos artículos establecen que:

“Artículo 258. El marido puede impugnar la paternidad de los hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o anulación, alegando que él no puede ser el padre o que la paternidad presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida en razón de pruebas que la contradicen. Para acreditar esa circunstancia podrá valerse de todo medio de prueba, pero no será suficiente la sola declaración de la madre. Aun antes del nacimiento del hijo, el marido o sus herederos podrán impugnar preventivamente la paternidad del hijo por nacer. En tal caso la inscripción del nacimiento posterior no hará presumir la paternidad del marido de la madre sino en caso de que la acción fuese rechazada.

“En todos los casos del presente artículo, para la admisión de la demanda se deberá acreditar previamente la verosimilitud de los hechos en que se funda.

“Artículo 259. La acción de impugnación de la paternidad del marido, podrá ser ejercida por éste, y por el hijo. La acción del marido caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento, salvo que pruebe que no tuvo conocimiento del parto, en cuyo caso el término se computará desde el día en que lo supo. El hijo podrá iniciar la acción en cualquier tiempo. [...]”.

En efecto de estas disposiciones normativas se deriva que la acción de impugnación debe ser presentada dentro del año siguiente a que ocurrió el nacimiento o bien, desde el momento en que el presunto padre tuvo conocimiento del parto. De no ser así, su derecho caduca. Por su parte, el derecho del hijo para presentar la impugnación, no está sujeto a plazos de caducidad.

En esta línea de pensamiento hay que recordar que en Costa Rica la acción para impugnar la paternidad, no está sujeta a plazos de caducidad, únicamente en aquellos supuestos en los cuales el padre ha ejercido posesión notoria de estado.

Asimismo de los artículos 258 y 259 previamente citados, se infiere que en Argentina ni el padre biológico ni la madre tienen legitimación activa para presentar este tipo de asuntos. Al respecto algunos consideran que esta disposición es discriminatoria. En relación con este asunto la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, por medio de la resolución del 2 de abril de 1997, argumentó lo siguiente:

“La negativa a reconocer la legitimación de la madre se fundaba en la prohibición para la mujer de invocar su propia torpeza, solución legal que, a pesar de las críticas, fue mantenida tras la reforma plasmada por la ley 23.264. En suma, el a quo estimó que la norma no es discriminatoria en este punto por razones de sexo, sino que se trata de un problema de política legislativa, cuya solución legal no violenta derechos fundamentales del hijo, por cuanto él está legitimado para interponer la acción por derecho propio cuando adquiera suficiente madurez”.²⁷

No obstante este criterio fue modificado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien por medio del voto D.401. XXXIII del 1 de noviembre de 1999 pronunció que:

“A la luz de esta doctrina no puede sino concluirse que resulta arbitrario, por carencia de fundamento válido, y por tanto discriminatorio, el no reconocimiento de la acción de impugnación a la madre, en las condiciones planteadas en estos autos.

“No es fundamento válido de dicha distinción sostener que la acción constituye el medio para impugnar la presunción de paternidad, que pesa sobre el marido y no alcanza a la mujer, ya que sin perjuicio de la individualidad del vínculo de filiación entre cada progenitor y el hijo, ambos

²⁷ Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, voto del 2 de abril de 1997. Deussen de Paez Vilaro Annette contra Oks Carlos Hugo.

*vínculos establecen el núcleo básico familiar constituido por los padres y el hijo; de modo que el interés que justifica la acción de la madre para destruir el vínculo con quien, considera, no es el verdadero padre y poder así establecer el vínculo con el padre biológico, como pretende la actora, se funda en la trascendental incidencia que ello tendrá en el contenido existencial de su vínculo con su hijo, en los múltiples y variados aspectos de la vida del hijo en los que se interrelacionan la voluntad y los actos de ambos progenitores.*²⁸

Es menester recordar que hasta 1995, el adulterio se encontraba estipulado como un delito en ese país. Actualmente es una causal para solicitar la separación personal y el divorcio, ello de conformidad con los artículos 202 y 214 del Código Civil.

Por último, es importante acotar que el artículo 253 del Código Civil de Argentina, contempla la posibilidad de emplear toda clase de pruebas en asuntos de filiación, incluso las biológicas. Asimismo, señala que estas pruebas pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte.

C. Uruguay

A diferencia de lo que ocurre en Costa Rica, la normativa uruguaya remite a la existencia de hijos legítimos e hijos naturales. En este sentido los artículos 213 y 227 del Código Civil de ese país establecen lo siguiente:

“Artículo 213: Se considerarán legítimos únicamente los hijos que procedan de matrimonio civil y los legitimados adoptivamente.

Artículo 227: Son hijos naturales los nacidos de padres que, en el acto de la concepción, no estaban unidos por matrimonio”.

Por su parte, en lo que compete propiamente a la presunción legítima de paternidad, se encuentra reglada en los artículos 214, 215 y 216 del Código Civil,

²⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, voto D.401. XXXIII del 1 de noviembre de 1999.

los cuales fueron modificados por el artículo 29 del Código de Niñez y Adolescencia. Al respecto dichos artículos disponen que:

*“Artículo 214.- Viviendo los cónyuges de consuno, y sin perjuicio de la prueba en contrario, la ley considera al marido padre de la criatura concebida por su esposa durante el matrimonio.
Las personas legitimadas por la ley, podrán destruir esta presunción acreditando que el vínculo biológico de paternidad no existe.*

Artículo 215.- Se considera concebida dentro del matrimonio, a la criatura nacida fuera de los ciento ochenta días después de contraído éste y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución. Esta presunción es relativa.

Artículo 216.- Se considera, asimismo, al marido padre de la criatura nacida de su mujer, dentro de los ciento ochenta días siguientes al matrimonio, siempre que aquél haya conocido el embarazo antes de contraer matrimonio o haya admitido su paternidad expresa o tácitamente por cualquier medio inequívoco. Fuera de estos casos, bastará al marido con negar judicialmente la paternidad de la criatura habida por su mujer, de lo que se le dará conocimiento a ésta. Si la madre se opusiera surgirá el contradictorio.”

De esta forma se logra apreciar que la presunción legítima de paternidad contemplada en la normativa uruguaya es relativa, al igual que en Costa Rica. Ello es así en virtud de que es posible desvirtuarla con el simple hecho de que se acredite que no existe vínculo biológico entre el presunto padre y el hijo.

En otro orden de ideas, en lo que concierne a la impugnación de paternidad en estos supuestos, el ordenamiento jurídico de Uruguay hace una distinción entre los casos en los cuales ha habido posesión de estado de filiación legítima por parte del padre registral y en los que no. Aquí es dable señalar que la posesión de estado de filiación legítima, es lo que en Costa Rica se conoce como posesión notoria de estado.

De este modo, se consigna que la legitimación activa en los asuntos en que ha existido posesión de estado de filiación legítima, es ostentada únicamente por el padre registral, el hijo y los herederos de ambos. Mientras que en los supuestos en donde no ha existido dicha posesión, la legitimación activa cubre tanto a la madre como al padre biológico. Además, en lo que respecta al plazo para impugnar la paternidad, el Código Civil dispone lo siguiente:

“Artículo 218: El marido podrá ejercer la acción de desconocimiento de paternidad a efectos de impugnar la presunción de legitimidad que hubiera surgido, dentro del plazo de un año contado desde que tomó conocimiento del nacimiento de la criatura cuya paternidad la ley le atribuye. Sus herederos podrán continuar la acción intentada por éste, o iniciar la misma, si el marido hubiera muerto dentro del plazo hábil para deducirla. Los herederos dispondrán del plazo de un año a contar desde el fallecimiento del marido.

Artículo 219.- Hallándose el hijo en posesión del estado filiatorio legítimo, tenga o no su título, podrá impugnar la presunción de paternidad, actuando debidamente representado por un curador "ad litem", dentro del plazo de un año a contar desde el nacimiento. Si la acción no hubiera sido intentada durante la menor edad del hijo, podrá ejercerla éste dentro del plazo de un año a partir de su mayoría. En caso de fallecer el hijo dentro del plazo hábil para interponer la demanda de impugnación de la paternidad o durante su minoría de edad sin haberla interpuesto, la acción podrá ser ejercida por los herederos de éste dentro del plazo que aquél contaba.

Artículo 220.- De faltar la posesión de estado de filiación legítima aun cuando exista su título, la acción de desconocimiento de paternidad podrá ser intentada indistintamente por la madre, por un curador "ad litem" que actúe en representación del hijo, por el padre biológico que manifieste su ánimo de reconocerlo o por el hijo al llegar a la mayoría de edad. La madre y el padre biológico no podrán accionar una vez que su hijo haya llegado a la mayoría de edad. En ausencia de posesión de estado de filiación legítima, la acción será imprescriptible para el hijo”.

En síntesis, el padre registral tiene un año para impugnar la paternidad, contado a partir del momento en que se informó acerca del nacimiento del hijo o bien, desde que se enteró de que éste no era descendiente suyo. Por su parte, en los casos en donde hubo posesión de estado de filiación legítima, el hijo tiene un

año para impugnar la paternidad, contado a partir del momento en que cumple la mayoría de edad; no obstante, cuando no hubo posesión el derecho del hijo no prescribe. Por último, en lo que respecta al padre biológico y la madre, estos pierden la legitimación cuando el hijo cumple la mayoría de edad.

Al hacer una comparación entre lo que dispone el Código Civil de Uruguay y el Código de Familia de Costa Rica, se infiere que la presunción legítima de paternidad es relativa en ambos países. Además se aprecia que en ambos países la determinación del vínculo biológico entre el padre registral y el hijo, tiene gran importancia para efectos de impugnar la paternidad.

Por otra parte, en lo que respecta a la legitimación activa, en Costa Rica no se hace una distinción tan tajante como en Uruguay, en donde de manera muy concisa se remite a la legitimación en los supuestos en que hay posesión de estado y cuando no la hay. Aunado a ello en relación con los plazos se concluye que la normativa costarricense es menos restrictiva, ya que bajo ningún supuesto limita el derecho del hijo tal y como lo hacen los uruguayos.

CAPÍTULO IV:
**COMPLEMENTARIEDAD DE LA PRESUNCIÓN LEGÍTIMA CON LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES**

SECCIÓN ÚNICA: CONFRONTACIÓN DEL ARTÍCULO 69 DEL CÓDIGO DE FAMILIA, CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

A. Acerca de los Derechos Fundamentales

El Derecho de Familia y, aún más, los asuntos de filiación, tienen una estrecha correspondencia con los Derechos Fundamentales. Al respecto cabe recordar que estos son transversales; de modo que tienen injerencia en todos los ámbitos de aplicación del Derecho.

LUIGI FERRAJOLI²⁹ precisa los Derechos Fundamentales de la siguiente manera:

“Todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «status» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”.

Claramente, a partir de la definición que ofrece FERRAJOLI, los Derechos Fundamentales pueden ser comprendidos como un conjunto de disposiciones y garantías, las cuales han sido incorporadas en un ordenamiento jurídico y se les reconocen a todos los individuos; por su mera condición de seres humanos.

Ahora bien, en razón de que existe una amplia lista de Derechos Fundamentales reconocidos en Costa Rica, es oportuno indicar que para efectos de este trabajo se desarrollarán únicamente los que tienen relación directa con la

²⁹ FERRAJOLI. (2001). Los fundamentos de los derechos fundamentales. Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Editorial Trotta, Madrid. P.1

presunción legítima de paternidad. En consecuencia, por medio de esta sección se pretenden analizar una serie de supuestos, con el afán de determinar si la aplicación del artículo 69 del Código de Familia vulnera Derechos Fundamentales.

1. Derecho a la familia y a la convivencia familiar

Este derecho está contemplado en el artículo 51 de la Constitución Política de Costa Rica, así como en el artículo 17 inciso 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 16 inciso 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Al respecto dichos cuerpos normativos disponen que *“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.”*

Evidentemente, la familia tiene un papel preponderante en la constitución de la colectividad, razón por la cual merece la protección estatal. En este sentido, la Sala Constitucional mediante el voto 1975-94 se pronunció y estableció lo siguiente:

“La familia, tal y como lo indica el artículo 51 de la Constitución Política, es la célula-fundamento de la sociedad, merecedora de una debida protección por parte del Estado. Pero la familia debe ser vista de manera amplia y nunca restrictiva, ya que la concepción reciente de la misma incluye, tanto a la familia unida por un vínculo formal –el matrimonio (artículo 52 de la Constitución Política)-, como aquella en la cual la unión se establece por lazos afectivos no formales- uniones de hecho, regulares, estables, singulares, etc.-[...] Encontramos en la norma constitucional dos elementos de suma importancia en la comprensión de la intención del legislador al promulgarla, cuales son el “elemento natural” y “fundamento de la sociedad”, como componentes básicos de la formación de la familia. En la primer frase, entendemos que nuestro legislador quiso que en dicho concepto –familia- se observara que su sustento constituye en elemento “natural”, autónomo de los vínculos formales, Por otro lado y, siguiendo esta misma línea de pensamiento, también debemos entender que al decir

*que la familia es el “fundamento de la sociedad” no debemos presuponer la existencia de vínculos jurídicos”.*³⁰

En este sentido considero oportuno remitir a dos definiciones de familia, que ofrece el Diccionario de la Real Academia Española:

*“a. Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas.
b. Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje”.*³¹

En efecto, al apreciar ambos enunciados y analizar el voto de la Sala Constitucional, se deduce que la familia es un elemento natural, razón por la cual puede estar constituida sobre la base de vínculos jurídicos; pero estos jamás deben ser un requisito esencial para su conformación. Al respecto, ARGÜELLO y OVARES son enfáticos al indicar que *“La familia, como grupo por excelencia, es un conjunto social básico al que se pertenece, no por decisión individual, sino por haber nacido dentro de ella.”*³² En consecuencia es preciso subrayar que la familia debe ser interpretada siempre de forma amplia y nunca de manera restrictiva.

Por otro lado, cuando se hace alusión a los artículos previamente citados, es necesario concordarlos con el artículo 52 de la Constitución Política y el 17 inciso 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al respecto este instrumento de Derecho Internacional consigna lo siguiente:

*“Se reconoce el derecho del hombre y la mujer **a contraer matrimonio y a fundar una familia** si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al*

³⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 1975-1994, de las quince horas y treinta y nueve minutos del veintiséis de abril de mil novecientos noventa y cuatro.

³¹ Diccionario de la Real Academia Española: <http://lema.rae.es/drae/?val=familia> Consultado el 9 de octubre de 2013.

³² ARGÜELLO Jonathan y OVARES Róger. (2009). «La cosa juzgada en la filiación y el conflicto en su aplicación con Principios Constitucionales». Tesis de grado para optar por el título de Licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. P.52

principio de no discriminación establecido en esta Convención”. (El resaltado es propio)

Por su parte, el artículo 52 de la Constitución Política estipula que “***El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges***” (el resaltado es propio).

En consecuencia, al analizar ambos artículos, se desprende que existe un vínculo muy cercano entre el matrimonio y la familia; razón por la cual podría concluirse que para la óptica del legislador, matrimonio es sinónimo de familia. Al respecto he de decir que yo no comparto esta tesis; pues a mi parecer es falaz generalizar que todos los matrimonios constituyen una familia, hay casos en los cuales los cónyuges pese a estar unidos por un vínculo matrimonial, se encuentran separados y sin ningún vínculo afectivo ni biológico, propios de una familia.

En otro orden de ideas, se debe considerar que el Derecho Fundamental a la Familia, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la convivencia familiar. BRENES VILLALOBOS define este derecho de la siguiente manera:

*“El derecho de todas las personas menores de edad a la vida en común con sus seres queridos, especialmente con aquellos de mayor trascendencia biológica, afectiva y emocional, por la atención adecuada que han dado a sus necesidades básicas espirituales, físicas y materiales”.*³³

³³ BRENES María Esther, (2001). *El Derecho a la Convivencia Familiar, Antología: Derechos de la Niñez y la Adolescencia*. 1ª Ed. UNICEF, San José, Costa Rica. P.3

En esta línea de pensamiento es viable señalar que el Derecho a la Convivencia Familiar es reconocido por el Código de la Niñez y la Adolescencia, el cual en el artículo 29 contempla dicho precepto y emana lo siguiente:

*“Las personas menores de edad tendrán derecho a conocer a su padre y a su madre, asimismo **a crecer y desarrollarse a su lado y ser cuidadas por ellos**. Tendrán derecho a permanecer en su hogar, del cual no podrán ser expulsadas ni impedidas de regresar a él, salvo decisión judicial que así lo establezca”.* (El resaltado es propio)

Aquí es oportuno indicar que el derecho supra citado se vuelve efectivo por medio del ejercicio de la Responsabilidad parental que se les confiere a los padres, ya que ahí se delega en ambos progenitores la guarda, crianza y educación de los niños

Finalmente, en lo que compete propiamente a la presunción legítima de paternidad, resulta factible acotar que surgió con el ideal de dar mayor estabilidad al matrimonio; pues se llegó a considerar que si por cada embarazo las personas tenían que iniciar una discusión y eventualmente una investigación para determinar si el niño era o no producto de ese vínculo matrimonial, se corría el riesgo de que se originaran discusiones innecesarias; las cuales podían debilitar la relación matrimonial y, por ende, perjudicar a la familia.

Visto desde esta óptica, me atrevería a acotar que efectivamente la Presunción legítima de paternidad fue un gran acierto y se encuentra en armonía con el Derecho Fundamental aquí tratado; no obstante, sería irresponsable emitir tal valoración ya que se estaría partiendo de una generalización y un análisis muy trivial. Es por ello que he decidido desarrollar una serie de supuestos, con el fin de

analizar con detalle distintos casos hipotéticos en los cuales se aplica la presunción legítima de paternidad.

a. Presunción legítima de paternidad en casos donde el padre biológico corresponde con el registral

En un supuesto de este espécimen -en donde tanto el padre como la madre biológica del niño se encuentran o se encontraron casados y se aplica el artículo 69 del Código de Familia-, pareciera que no hay un menoscabo a este Derecho Fundamental; pues la persona menor de edad tiene la posibilidad de crecer en el seno de su familia biológica y, en consecuencia, recibir el cuidado y la protección de sus padres.

Aunado a ello se les ofrece a los progenitores un mecanismo capaz de velar y proteger a su familia; ya que se están cerrando portillos para que *prima facie*, terceras personas pretendan interferir en su relación.

b. Presunción legítima de paternidad en casos donde no hay equivalencia entre el padre biológico y el registral

Cuando al aplicar la presunción legítima de paternidad se consigna como padre registral a un hombre que no es el progenitor del niño, pueden surgir dos supuestos.

El primero de ellos, es que el padre registral -a sabiendas de que el niño no es su hijo biológico-, decida aceptarlo como tal y ejerza posesión notoria de estado. En estos casos pareciera que se le está respetando al niño este Derecho Fundamental, ya que la persona menor de edad llega a formar parte de la familia y así crece, se desarrolla al lado de sus padres y es cuidado por ellos.

Por otra parte, visto desde la perspectiva de los padres registrales, a ellos también se les está garantizando el derecho a la familia y la vida familiar; pues se les está otorgando la posibilidad de mantener la estabilidad de su vínculo matrimonial y, en efecto, crear al niño dentro de su núcleo familiar. No obstante, es notorio que al padre biológico se le llega a quebrantar este Derecho Fundamental, ya que en estas circunstancias se le niega la posibilidad de hacerse cargo de la persona menor de edad e incorporarlo en su familia.

El otro supuesto, es que el padre registral no tenga interés en hacerse cargo del niño que le han atribuido o bien, ni siquiera esté al tanto de que el artículo 69 del Código de Familia le confirió una paternidad.

En estos casos la presunción contenida en dicho artículo, vulnera el Derecho Fundamental aquí tratado, en virtud de que le quita al padre biológico la posibilidad de ser titular de la responsabilidad parental y, en consecuencia, poder hacerse cargo del cuidado y protección del menor. Claro está que en la práctica algunos padres biológicos que no constan como registrales, ejercen atributos propios de la responsabilidad parental; no obstante, es lamentable que el Derecho se encargue de dar la espalda a los progenitores que se encuentran en estas condiciones

Al mismo tiempo, a la persona menor de edad también se le vulnera este Derecho Fundamental y el derecho a la convivencia familiar, ya que formalmente no llega a ser reconocido como miembro de la familia de su padre biológico. Además, su derecho a ser cuidado y crecer al lado de sus padres, queda sujeto a

la arbitrariedad del progenitor; pues al existir una paternidad establecida, éste no se encuentra jurídicamente obligado a asumir las responsabilidades que implica la paternidad.

En consecuencia es factible concluir que la presunción legítima de paternidad impide que sectores de la población tengan la facultad de disfrutar plenamente del Derecho Fundamental a la familia y la convivencia familiar, razón por la cual resulta necesario plantear opciones que faciliten corregir los vínculos parentales y, en consecuencia, permitan dar la posibilidad a todas las personas, de tener un goce real de este derecho.

2. Derecho al Nombre y a la Identidad

Estos derechos se encuentran estrechamente relacionados entre sí, ya que difícilmente una persona podría gozar del derecho a la identidad, si ni siquiera tiene un nombre que le permita ser distinguido entre la colectividad. Al respecto CASTAN indica que el derecho al nombre es *“el elemento configurador del estado civil y principal factor de identificación”*.³⁴

Por otra parte, BONET hace un aporte digno de ser destacado e indica que para que este derecho sea considerado como un valor de la personalidad es preciso que cumpla una función más que individualizadora; es decir, debe ser una

³⁴ CASTAN citado por PÉREZ, Víctor. (1994). *«Derecho Privado»*, Tercera Edición. San José, Costa Rica. P. 95.

*“[...] expresión de la vida moral y material de una persona en todas sus relaciones familiares y sociales”.*³⁵

Ahora bien, en relación con el derecho al nombre, tal y como se ha mencionado, se puede concluir que es tanto un Derecho Fundamental como un valor de la personalidad. En ese sentido hay legislaciones que atribuyen estas propiedades únicamente a los apellidos; no obstante, países como Costa Rica, incluyen también el nombre.

Este Derecho Fundamental se encuentra consagrado en distintos cuerpos normativos. Al respecto destaca el artículo 7 inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 49 del Código Civil.

El artículo 7 inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, estipula que: *“El niño será registrado inmediatamente después de su nacimiento y **tendrá derecho desde éste a un nombre**, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.”* (El resaltado es propio).

Por su parte el artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José, indica que *“**Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos.** La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.”* (El resaltado es propio).

³⁵BONET citado por ibidem.

Finalmente, el artículo 49 del Código Civil dispone que: *“Toda persona tiene el derecho y la obligación de tener un **nombre** que la identifique, el cual estará formado por una o a lo sumo dos palabras usadas como nombre de pila, seguida del **primer apellido del padre y del primer apellido de la madre**, en ese orden.”* (El resaltado es propio).

Al hacer una lectura de este artículo, se concluye que en Costa Rica el uso del nombre es tanto un derecho como una obligación, de manera que todas las personas tienen que portar uno. Por ello, cada vez que se da un nacimiento, inmediatamente llega un funcionario del Registro Civil a levantar un acta en donde se registra tanto el nombre del niño como el de sus padres; con base en esto se le asignarán los apellidos al neonato.

Por otra parte es preciso definir el Derecho a la Identidad, como el derecho *“Que tiene todo ser humano a ser uno mismo, en su compleja y múltiple diversidad de aspectos, presenta como una de las facetas más relevantes, el derecho de todo niño a ser registrado inmediatamente después de su nacimiento, a tener un nombre, una nacionalidad, y en la medida de los posibles a conocer a ambos padres.”*³⁶

De esta forma se deduce que al aplicar la presunción legítima de paternidad, se puede llegar a alterar los preceptos normativos previamente aludidos; esto por el motivo de que si la mujer tiene un hijo, cuyo padre no es su esposo, automáticamente se procederá a registrarlo como si este lo fuera. Con

³⁶ Fallo del Superior Tribunal de Neuquén, sala K, 29/11/2005, citado por ARGÜELLO y OVARES. Op. cit., P. 59.

eso se está vulnerando el derecho a la identidad de la persona menor de edad, ya que se le está cercenando la posibilidad de portar los apellidos de su progenitor y en consecuencia, poder disfrutar los derechos conexos que esto genera.

De esta forma, al aplicar el artículo 69 del Código de Familia, se pueden llegar a generar severos problemas en la identidad de las personas; pues es posible que estas sepan quién es su padre biológico, pero difícilmente sean capaces de comprender la razón por la cual lleva los apellidos de otro hombre. En efecto al emplear la presunción legítima de paternidad, se corre el riesgo de vulnerar el Derecho Fundamental al nombre, en el tanto se le impide a las personas portar el apellido de su progenitor.

Por otra parte, se podría decir que todo esto se corrige efectuando el respectivo trámite de filiación en sede judicial; no obstante, resulta preciso tomar en consideración que el simple hecho de tener que cambiar de apellido trae una serie de implicaciones, las cuales llegan a tener impacto tanto a nivel personal como social.

Entre estas repercusiones destaca que la persona deja de ser portadora de un nombre y adquiere otro; de modo que eso puede llegar a vulnerar su personalidad y, consecuentemente, su identidad. Ello es así, en razón de que el individuo debe acostumbrarse a su nuevo nombre y tiene que volver a presentarse ante la colectividad. Al respecto es factible inferir que entre más adulta sea la persona; más notorias son este tipo de repercusiones.

Esto tiene efectos en asuntos de educación y migración, ya que si la persona había adquirido títulos educativos, se verá en la obligación de recurrir ante las respectivas instancias de enseñanza, con el fin de que le expidan un título con su nuevo nombre. Por su parte, si la persona tenía pasaporte, Visa o incluso movimientos migratorios en otros países, tendrá que poner en conocimientos de todas las instituciones competentes el cambio de nombre; para que tomen nota de que a fin de cuentas se trata de la misma persona. Tales efectos pueden extenderse también en asuntos bancarios e incluso judiciales.

En consecuencia, es notorio que la presunción legítima de paternidad, llega a vulnerar el Derecho Fundamental al nombre y la identidad, de todas aquellas personas cuya realidad registral no coincide con su verdad biológica. Asimismo, tal y como pudo analizarse, el agravio puede ser peor una vez que se lleve a cabo el respectivo trámite de filiación, lejos de creer que todo se va a solucionar al hacer el cambio de apellidos, es probable que la afectación apenas comience en ese instante.

3. Derecho a la Verdad Biológica

Este Derecho Fundamental está reconocido en el artículo 53 de la Constitución Política. Dicho cuerpo normativo indica que *“Toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres, conforme a la ley.”*

Aunado a ello, la Convención sobre los Derechos del Niño establece que: *“El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, **en la medida de lo***

posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos". (El resaltado es propio).

Evidentemente, la normativa aplicable en Costa Rica, reconoce que el derecho que tiene toda persona de saber quiénes son sus padres, constituye un Derecho Fundamental.

Ahora bien, al desarrollar este apartado, resulta preciso establecer que el derecho a la verdad biológica es de suma importancia en razón de que no siempre hay equivalencia entre la relación biológica y la jurídica de filiación. Tal y como lo indica RIVERO HERNÁNDEZ, *"la procreación no siempre crea una filiación jurídica, trascendente para el Derecho"*.³⁷

Al respecto es menester indicar que la relación paterno-filial es *"la relación jurídica existente entre padres e hijos derivada de la relación biológica que supone la generación"*.³⁸ En efecto al analizar este enunciado es notorio que el aspecto biológico tiene un papel preponderante para definir vínculos paterno-filiales; de modo que más allá de que se reconozca o no jurídicamente dicho vínculo; la relación de parentesco entre los individuos prevalece.

En esta línea de pensamiento es viable indicar que el derecho a la verdad biológica contempla el derecho que tienen todas las personas a conocer su historia familiar y tener certeza de quiénes son sus ascendientes; lo cual debe responder a criterios biológicos. Dicha verdad debe ser concordante con la filiación

³⁷ RIVERO HERNÁNDEZ. Op. cit. P. 28.

³⁸ RIVERO HERNÁNDEZ. Op. cit. P.27.

registral; es decir, tiene que haber equivalencia entre la relación biológica y la jurídica de filiación.

En aras de resguardar este Derecho Fundamental, el Código de Familia, mediante el artículo 98, estableció que: *“En todo proceso de investigación o impugnación de paternidad o maternidad, es admisible la prueba científica con el objeto de verificar la existencia o inexistencia de la relación de parentesco [...]”*. De esta forma se aprecia cómo la normativa costarricense ha conferido importancia al elemento biológico de las relaciones de filiación y, por ende, ha incorporado la prueba de marcadores genéticos, como una de sus principales aliadas para hacer efectivo el derecho a la verdad biológica.

Aquí es preciso señalar que existe una estrecha correspondencia entre este Derecho Fundamental y el derecho a la identidad. Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que el derecho a la identidad puede ser definido: *“como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. Respecto de los niños y niñas, el derecho a la identidad comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia”*.³⁹

Asimismo, el Tribunal de Familia se ha pronunciado en esta misma línea de ideas y al respecto enunció lo siguiente:

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia del 24 de febrero de 2010.

“Este derecho fundamental obedece a la necesidad connatural del ser humano de conocer su origen que trasciende lo que podría considerarse un interés puramente biológico y que coadyuva a estructurar y consolidar la personalidad del individuo. El derecho bajo estudio, cuenta tanto con una dimensión sustancial como procesal. Desde el punto de vista sustantivo, el derecho fundamental a conocer quiénes son los padres, permite a la persona desarrollar un concepto consustancial a la intimidad como lo es la propia identidad y, con esto, el consecuente reconocimiento de su dignidad como ser humano. Resulta claro que el precepto constitucional que consagra el derecho a conocer el propio origen de una persona, privilegia la verdad o la veracidad biológica, para conocer quiénes son sus progenitores cuando su identidad es desconocida o es discutible (padre nullus natus).”⁴⁰

En consecuencia del enunciado supra citado, se desprende que existe un ligamen entre el derecho a la verdad biológica y el derecho a la identidad; ya que tal y como lo señala la definición, las personas necesitan conocer su origen y tener bien definida su situación familiar, para poder ser individualizados socialmente y en efecto, tener un disfrute real del derecho a la identidad.

De esta manera, en lo que concierne a la correspondencia entre la presunción legítima de paternidad y el derecho a la verdad biológica, se ha de indicar que esta presunción puede llegar a vulnerar el derecho aquí analizado, en razón de que impone vínculos paterno-filiales de manera estandarizada, sin analizar el caso concreto. Es así como al aplicar el artículo 69 del Código de Familia, se corre el riesgo de consignar como padre registral a un hombre que no es el progenitor; cercenando así este Derecho Fundamental, a un sector de la población.

⁴⁰ Tribunal de Familia. Voto 1298-2011 de las catorce horas y trece minutos del veintinueve de noviembre de dos mil once.

Para finalizar este apartado, se hará referencia a un enunciado de CHACÓN JIMÉNEZ quien en pocas palabras resume la situación aquí planteada de la siguiente manera:

“En el tema del derecho a la filiación ya he externado mi posición de que – salvado el caso de la reproducción asistida heteróloga – el primer derecho de toda persona es el de saber quiénes son sus progenitores biológicos y, como inmediata consecuencia, de establecer vínculos legales con ellos, para que así puedan ejercitar los demás derechos que derivan de aquél. En muchas ocasiones los padres y las madres efectivamente dirigen su actuación hacia el respeto y reconocimiento de los derechos de sus hijos e hijas. Sin embargo, seríamos demasiado ingenuos si consideráramos que esa forma de conducirse es la única. Existen muchos casos en los que los progenitores anteponen su propio interés al de sus hijos e hijas, incumpliendo con ello el deber insoslayable que tienen de procurar que las personas menores de edad puedan ejercer sus derechos. En este tema de la filiación resulta más común de lo que se quisiera, que los adultos manipulen las circunstancias y directamente impidan que sus hijos e hijas menores de edad puedan establecer la filiación biológica que les corresponde”⁴¹

4. Interés Superior del Niño

El Derecho de Familia tiene la particularidad de que cada caso requiere un análisis detallado, en virtud de que a diferencia de otras competencias del Derecho, aquí los jueces tienen el reto de resolver conflictos que *“no se agotan en el estricto marco de lo jurídico, ya que exigen una verdadera composición humana”*.⁴² La solución que se le ofrece a cada conflicto, debe ser proyectada en

⁴¹ CHACÓN, Mauricio. La Intervención de las personas menores de edad en los procesos de filiación. Editorial Juricentro, S.A. Pp. 69 -70. Publicado en la Antología de Problemas Actuales del Derecho de Familia, UCR, I Semestre, 2011.

⁴² BERIZONCE Roberto. La tipicidad del Proceso de Familia y su reflejo en la tutela cautelar y anticipatoria. Revista de Derecho Procesal. Medidas Cautelars. T.I. Citado por GUAHNON Silvia. El Juez de Familia y los nuevos desafíos de la Magistratura. P. 7. Publicado en la Antología de Problemas Actuales del Derecho de Familia, UCR, I Semestre, 2011.

función del porvenir; pues los intereses que se tutelan en estas instancias, involucran no sólo a las partes del proceso, sino también a su familia.

Es por ello que uno de los principales cimientos del Derecho de Familia, lo conforma el Principio del Interés Superior del Niño; también conocido como Interés Superior de la Persona Menor de Edad. Este además de ser considerado como uno de los pilares trascendentales del ordenamiento jurídico, igualmente constituye un Derecho Fundamental.

En este orden de ideas, es preciso aclarar que cuando se hace alusión a ese principio, se incluye a todas las personas menores de 18 años. En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante la Opinión Consultiva OC-17/92 del veintiocho de agosto de dos mil dos, así lo precisó.

Por otra parte, es menester indicar que este Derecho Fundamental se reconoce en el artículo 2 del Código de Familia y se desarrolla con mayor detalle en el artículo 5 del Código de la Niñez y la Adolescencia, en donde se estipula lo siguiente:

“Toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años, deberá considerar su interés superior, el cual le garantiza el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura del pleno desarrollo personal.

La determinación del interés superior deberá considerar:

- a) Su condición de sujeto de derechos y responsabilidades.*
- b) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales.*
- c) Las condiciones socioeconómicas en que se desenvuelve.*
- d) La correspondencia entre el interés individual y el social.”*

De conformidad con esta línea de pensamiento, la Sala Segunda mediante la resolución 861-2011, de las diez horas del dos de noviembre de dos mil once, precisó con mayor detalle la definición de este principio e indicó lo siguiente:

*“Interés superior” que en términos llanos significa advertir y resolver en favor de lo que más convenga a la estabilidad emocional y al desarrollo integral de la persona menor de edad; constituye, según los compromisos internacionales adoptados, el faro que debe orientar la resolución de las situaciones jurídicas donde estén involucradas personas menores de edad, lo cual, en materia de filiación implica -como la jurisprudencia constitucional ha sostenido- que los requisitos y presupuestos procesales para acceder al derecho de conocer el origen deben configurarse, interpretarse y aplicarse de tal forma que no resulte indebidamente restringido ese derecho”.*⁴³

En consecuencia, queda claro que este principio pretende que en todas las situaciones en las cuales hay personas menores de edad involucradas, se lleve a cabo un análisis minucioso de la realidad y el contexto social que alberga al niño. Esto debe ser así; pues sólo al examinar el caso concreto, es posible determinar qué es lo más conveniente para cada menor.

Ahora bien, al considerar la relación que existe entre la presunción legítima de paternidad y el Interés Superior del Niño, es factible concluir que existe una desavenencia entre ambos. Esto es así en razón de que el artículo 69 del Código de Familia aplica de manera homogénea una presunción, sin tomar en cuenta la realidad que se antepone a cada nacimiento; así se remite a un segundo plano el interés supremo del niño. Para evidenciar esto con mejor detalle, se procederá a utilizar dos casos ficticios:

⁴³ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, voto 861-2011, de las diez horas del dos de noviembre de dos mil once.

a. Primer supuesto: Hay una pareja que tiene cinco años de estar unida por un vínculo matrimonial. Ambos se llevan muy bien. Producto de esa relación la mujer queda embarazada y tiene un niño, el cual al nacer es registrado con los apellidos de su esposo; pues así lo ordena el artículo 69 del Código de Familia. En consecuencia el cónyuge además de ser el progenitor del niño, figura como padre registral.

b. Segundo supuesto: Una mujer está casada con un hombre desde hace veinte años; no obstante, ella era víctima de violencia doméstica y con el apoyo de su familia, logró separarse de él. Pese a que tienen quince años de estar separados, aún no se han divorciado. Actualmente, la señora tiene diez años de convivir con un hombre que a diferencia del otro, si la respeta. Producto de esta convivencia la mujer tuvo una niña, la cual al nacer fue registrada de conformidad con la presunción legítima de paternidad; motivo por el cual el progenitor no fue consignado como su padre.

En tal efecto y como se muestra en ambos supuestos, cada nacimiento es precedido por circunstancias muy diversas, las cuales no deben ser tomadas a la ligera y mucho menos deberían ser generalizadas; pues de ser así, pueden llegar a vulnerar Derechos Fundamentales. Por esta razón, no cabe duda de que la presunción legítima de paternidad tal y como se aplica en Costa Rica, llega a transgredir en algunos casos el Interés Superior de la Persona Menor de Edad, de modo que se convierte en detractora de la estabilidad emocional y el adecuado desarrollo del niño.

CAPÍTULO V:
CONVENIENCIA DE EFECTUAR UNA REFORMA LEGAL

SECCIÓN PRIMERA: VALORACIÓN FINAL DE LA IDONEIDAD DE MANTENER LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE

Al iniciar esta tesis la autora llegó a considerar que lo más adecuado para salvaguardar los Derechos Fundamentales, de todas las personas que están siendo perjudicadas con la aplicación de artículo 69 del Código de Familia, era suprimir ese instituto del ordenamiento jurídico costarricense. De esta forma, disminuirían notoriamente los procesos judiciales; en forma principal aquellos de impugnación de paternidad, reconocimiento de hijo de mujer casada e incluso las declaratorias de hijo extra matrimonial.

No obstante, conforme se profundizaba más en la investigación y se discurría con el criterio de especialistas en la materia, se llegó al convencimiento de que las consecuencias que se pueden derivar al dejar sin efecto esta presunción, resultarían garrafales. En razón de que al intentar proteger a un sector minoritario que está siendo perjudicado, se estaría dejando al desamparo a otro sector social y, por ende, se vulnerarían los Derechos Fundamentales de otro grupo de personas.

Esto sería así, pues la asignación del vínculo paterno-filial quedaría sujeto a la arbitrariedad de los progenitores de la persona menor de edad. En este sentido, si la madre no quiere indicar al funcionario del Registro Civil, quién es el padre del niño, eventualmente el hijo crecería sin tener certeza jurídica y registral, de quién es su padre. Claro está que esto podría variar si más adelante se tramita un proceso de filiación o bien, si se lleva a cabo un reconocimiento en sede

administrativa; pero se incurriría en el mismo problema que se ha intentado atacar por medio de este trabajo.

Por otra parte, lo mismo podría acontecer si al momento del parto el padre se niega a reconocer al niño como hijo suyo. Con la entrada en vigencia de la Ley de Paternidad Responsable, este tipo de situaciones han sido tratadas de manera rápida y efectiva.

En consecuencia si por cada nacimiento que se diera en este país, la asignación de la paternidad estuviera sujeta a la buena fe de los progenitores, pues sería probable que los Derechos Fundamentales de las personas menores de edad e incluso de los padres, fueran cercenados con mayor facilidad.

Por otra parte, la estabilidad familiar podría experimentar un quebranto; pues por cada nacimiento que se dé, los cónyuges tendrían que debatir si el hijo es producto de la relación matrimonial o si por el contrario, es consecuencia de una relación adúltera. Esto sin lugar a dudas podría ocasionar disputas e incluso rupturas del vínculo matrimonial y familiar.

En lo que concierne al descongestionamiento de los juzgados, es posible que la carga laboral se incremente, es factible inferir que los procesos de declaratoria de hijo extra matrimonial, los reconocimientos de hijo de mujer casada y las impugnaciones de paternidad, disminuirían notablemente o incluso llegarían a desaparecer por completo. Sin embargo, es evidente que las declaraciones y las investigaciones de paternidad tendrían un aumento descontrolado, por cada

nacimiento en el que el padre o la madre se niegue a declarar o reconocer el vínculo paterno-filial del niño, sería necesario recurrir a instancias judiciales.

En consecuencia, si se erradica la presunción legítima de paternidad del ordenamiento jurídico, las personas seguirían estando destinadas a incurrir de igual manera en gastos económicos y de tiempo. De esta forma quienes no tienen dinero suficiente verían limitados sus derechos; pues no podrían pagar los honorarios de un abogado o bien, tendrían que esperar a que un Consultorio Jurídico pueda tramitarles el caso y como es bien sabido, estos centros de atención tienen recursos humanos y materiales muy limitados.

En efecto, por todo lo hasta aquí expuesto, la autora de esta investigación asume la plena convicción de que la presunción legítima de paternidad tiene que prevalecer; pues si se deroga el artículo 69 del Código de Familia, los sectores que hoy adquieren beneficios personales y patrimoniales, gracias a la aplicación de dicha norma, serían los perjudicados. De esta forma se estarían vulnerando los Derechos Fundamentales de todas esas personas que nacen en el seno del matrimonio y, ciertamente, son descendientes del esposo de su madre.

Claro está que el Estado tiene la obligación de ofrecer las condiciones necesarias para que las personas puedan tener un pleno disfrute de sus Derechos Fundamentales; no obstante, ello no significa que en aras de garantizar los derechos de un grupo social, haya que vulnerar los derechos de otros. En este sentido hay que recalcar que los Derechos Fundamentales no se rigen por el bienestar de las mayorías; por lo tanto, con el simple hecho de que una persona

esté experimentando un menoscabo de sus derechos, el Estado tiene el deber de intervenir, para que tal quebranto cese.

De esta forma se puede concluir que la solución al conflicto aquí planteado, no radica en dejar sin efecto la presunción legítima de paternidad; sino en encontrar opciones sencillas y gratuitas, las cuales permitan a las personas llevar a cabo las diligencias necesarias para hacer efectivos sus derechos. Es por ello que el gran reto para los aplicadores del Derecho reside en idear opciones idóneas, las cuales puedan ser implementadas con la mayor brevedad posible.

SECCIÓN SEGUNDA: NECESIDAD DE ESTABLECER OPCIONES PARA TUTELAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Tal y como se evidenció en el desarrollo de la tesis, la forma estandarizada en que se aplica la presunción legítima de paternidad, vulnera los Derechos Fundamentales de un sector social; en este caso de todas las personas que son registradas como hijas del cónyuge o excónyuge de su madre pese a que este, no es el progenitor. Asimismo, se determinó que eliminar el artículo 69 del Código de Familia y demás normas conexas, no es la alternativa más indicada para contrarrestar el conflicto aquí planteado; ya que eventualmente podría ser mayor el grupo de individuos afectados con esa determinación.

Por otra parte se verificó que la normativa costarricense no contempla la posibilidad de desaplicar de manera automática la presunción legítima de paternidad, en los supuestos en los que la madre indica que a pesar de que se encuentra casada, el recién nacido no es hijo de su esposo. Al respecto se logró

corroborar que cuando se suscita un conflicto de este espécimen, las personas necesariamente deben acudir a las instancias judiciales.

En efecto, es por todo lo hasta aquí expuesto y de conformidad con el artículo 4 del Código de la Niñez y de la Adolescencia, el cual establece que; *“Será obligación general del Estado adoptar las medidas administrativas, legislativas, presupuestarias y de cualquier índole, para garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales de las personas menores de edad [...]”* que resulta imprescindible establecer opciones capaces de mitigar los efectos negativos que conlleva la aplicación estandarizada de la presunción legítima de paternidad.

Por ese motivo, en esta sección se procede a crear y proponer opciones, las cuales permitan tutelar los Derechos Fundamentales de los grupos minoritarios que se están viendo perjudicados con la aplicación del artículo 69 del Código de Familia.

A. Respeto a la Ley de Paternidad Responsable

La Ley de Paternidad Responsable entró en vigencia en el año 2001, de esta manera reformó así el artículo 54 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil. Desde entonces definir los vínculos paterno-filiales ha sido más sencillo.

Al respecto, el artículo supra citado define con claridad en qué consiste el trámite que se lleva a cabo en sede administrativa. Este profesa lo siguiente:

En la inscripción de nacimiento de hijos e hijas habidos fuera del matrimonio, se consignarán la paternidad y la maternidad, si la declaración es hecha por las dos personas que se atribuyen la calidad de progenitores y ambos la firman.

El Registrador deberá hacer el apercibimiento a la madre de las disposiciones legales y administrativas establecidas respecto de la declaración e inscripción de la paternidad; asimismo, de las responsabilidades civiles en que pueda incurrir por señalar como tal a quien, después de haberse sometido a las pruebas técnicas respectivas, no resulte ser el padre biológico; además, de las características de la certeza de la prueba de A.D.N. y de la obligatoriedad de practicarse la prueba. Informada la madre y en ausencia de declaración del padre, ella podrá firmar el acta e indicar el nombre del presunto padre.

En ese acto, la criatura quedará inscrita bajo los apellidos de su madre. Al presunto padre se le citará mediante notificación, para que se manifieste al respecto dentro de los diez días hábiles a partir de la notificación, y se le prevendrá de que la no manifestación de oposición al señalamiento de paternidad dará lugar al reconocimiento administrativo de la filiación. En caso de que al apersonarse no acepte la paternidad del menor, se dará solo una cita gratuita a la madre, a la criatura y al padre señalado, para que acudan a realizarse un estudio comparativo de marcadores genéticos, ante los laboratorios de la Caja Costarricense de Seguro Social acreditados por el Ente Nacional de Acreditación de Laboratorios (ENAL); mediante este estudio quedará definido si la afiliación señalada es cierta. La Caja Costarricense de Seguro Social tendrá la obligación de garantizar la cadena de custodia de la prueba, así como de comunicar al Registro Civil los resultados de la prueba. Si el presunto padre no se apersona o si se niega a llevar a cabo la prueba genética, procederá aplicar la presunción de paternidad y dará lugar para que así se declare, administrativamente, y se inscriba con los apellidos de ambos progenitores, siempre y cuando la madre y el niño o la niña se hayan presentado a realizarse la prueba. Dicha declaración administrativa otorgará las obligaciones legales propias de la paternidad.

Inscrita la declaración administrativa de la paternidad, el progenitor o sus sucesores podrán tramitar, en la vía judicial, un proceso de impugnación de la paternidad declarada administrativamente. Este trámite no suspenderá la inscripción del menor.

Contra la resolución administrativa que determine presuntivamente la paternidad, no cabrá recurso administrativo alguno.

Contra esa resolución no cabrá, en vía judicial o administrativa, el incidente de suspensión de ejecución ni cualquier otra medida cautelar tendiente a enervar sus efectos.”

De esta forma, se logra apreciar que la Ley de Paternidad Responsable se implementó para ser utilizada únicamente en casos en los cuales los niños son habidos fuera del matrimonio. Por consiguiente, se deduce que no puede ser empleada cuando se está en presencia de la presunción legítima de paternidad;

en estos casos se ha entendido que los interesados tienen que acudir a la vía judicial.

La importancia de esta Ley, es que ideó todo un procedimiento en instancia administrativa, el cual cuenta con un laboratorio que permite efectuar las pruebas de ADN. De esta forma, la averiguación de los vínculos parentales, experimentó un gran avance, ya que en un plazo de siete meses aproximadamente y de manera gratuita, las personas pueden tener certeza biológica y registral de quiénes son sus progenitores.

Un aspecto a resaltar de la Ley de Paternidad Responsable, es que contempla la posibilidad de aplicar una presunción, en todos aquellos casos en donde alguna de las partes no se realice la prueba de ADN. Así, si alguno de los intervinientes no se somete a la pericia, se presume que lo que quiere demostrar no es cierto.

Es menester aclarar que cuando se realiza el procedimiento de la Ley de Paternidad Responsable, queda abierta la posibilidad de recurrir a la instancia judicial. En consecuencia si alguna de las partes se siente inconforme con lo acontecido, tiene la posibilidad de presentar un proceso de impugnación o de investigación de paternidad; según sea el caso concreto.

En efecto, es por todo lo hasta aquí expuesto, que se desprende que la importancia de tomar en consideración el procedimiento que contempla el artículo 54 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil, reside en que permite dilucidar las funciones y los servicios que puede ofrecer el

Registro Civil en lo que compete a nacimientos. De esta forma, pese a que la Ley de Paternidad Responsable no está destinada para los hijos nacidos dentro de un matrimonio, nada obsta para que se lleve a cabo una propuesta, la cual facilite la corrección de los vínculos paterno-filiales, de manera inmediata; al hacer uso de los recursos científicos y tecnológicos que el Registro Civil posee.

B. Propuestas concretas

1. Reforma del artículo 69 del Código de Familia

En relación con este artículo sugiero que se modifique la frase “*los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la **disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges judicialmente decretada.***” (El resaltado es propio). Al respecto la autora considera oportuno el supuesto contemplado en la normativa argentina, ya que ahí el cómputo del plazo comienza desde el momento en que se interpone la demanda; no desde que se dicta la sentencia, tal y como ocurre en Costa Rica.

En este sentido, se debe entender que la propuesta -una vez que el proceso ha sido declarado con lugar y en efecto-, se declaró la disolución del vínculo o la separación judicial, lo ideal sería que en la sentencia se demuestre que se retrotrae el cómputo del plazo a la fecha cuando se presentó el proceso, de modo que cada sentencia muestre cuándo fue que se accionó el asunto. Por medio de una ejecutoria, la Sección de Nacimientos del Registro Civil, puede tomar nota de la situación y efectuar el respectivo cambio registral.

Ahora bien, la importancia de esta sugerencia radica en que por lo general los procesos de divorcio y separación judicial, pueden tardar mucho tiempo en ser resueltos. Ejemplo de ello, son los divorcios en los cuales se presentan simulaciones en relación con los bienes gananciales. Hay asuntos de este espécimen que han llegado a durar hasta siete años en ser resueltos. Entonces tal y como está redactado el artículo 69 del Código de Familia, se deduce que el plazo de los trescientos días comienza a descontar, desde el momento en que finaliza ese proceso y se declara la disolución del vínculo.

En consecuencia, la intención de esta reforma es reducir ligeramente la cantidad de nacimientos registrados al amparo de la presunción legítima de paternidad, en los cuales el exesposo no es el progenitor. Claro está que aquí se parte del supuesto de que si una pareja se está divorciando, muy difícil puede haber cohabitación fecunda entre ellos. No obstante, se puede refutar dicha premisa, al argumentar que esto es una generalización y si, ciertamente lo es. Sin embargo, es más factible que una madre recurra a la Ley de Paternidad Responsable para determinar el vínculo paterno-filial de su hijo; a que tenga que buscar un abogado y consecuentemente recurrir a instancias judiciales para desplazar la paternidad y luego poder asignársela al progenitor.

2. Reforma del plazo para impugnar la paternidad

Previamente se indicó que de conformidad con el artículo 73 del Código de Familia, los hombres que estaban ejerciendo posesión notoria de estado, tienen

un año para impugnar la paternidad; a partir del momento en el cual tuvo conocimiento de que el hijo no es descendiente suyo.

Según criterio de la autora de esta investigación, el plazo conferido en dicha norma, resulta excesivamente corto. Aquí hay que tomar en cuenta que en asuntos de esta índole, hay muchos sentimientos de por medio, los cuales en muchas ocasiones no pueden ser dilucidados y superados en cuestión de un año. Además, durante esos 365 días pueden surgir muchos altercados de índole tanto personal como económicos; los cuales impidan al padre llevar a cabo la respectiva acción.

En relación con esta propuesta, la Magistrada Eva Camacho sostiene que la imposición de plazos puede resultar algo arbitrario cuando lo que está de por medio son Derechos Fundamentales; sin embargo, considera que en aras de resguardar el principio de seguridad jurídica y conceder certeza a los hijos respecto a sus vínculos paterno-filiales, es necesario establecer un plazo. Al respecto cree conveniente modificar el plazo consignado en el supra citado artículo 73, de forma que se conceda al padre registral un mayor margen de acción para hacer valer sus derechos.

En este sentido la Magistrada Camacho mencionó que un plazo de dos o tres años podría ser razonable, ya que no es tan extenso ni tan restrictivo como para cercenar derechos fundamentales.

3. Creación de una excepción para desaplicar la presunción legítima de paternidad

Uno de los aspectos que más se ha cuestionado en esta investigación, es la forma estandarizada en que se aplica el artículo 69 del Código de Familia. Es por ello que luego de comentar y debatir esta situación con el Juez Alberto Jiménez Mata, surgió la propuesta de crear una excepción a dicho artículo; de forma que se pueda suspender el uso de la presunción legítima de paternidad en ciertos casos.

En consecuencia, la idea es que si en el momento cuando el registrador toma los datos a la madre, esta indica que está casada pero que su esposo no es el padre biológico del bebé, el funcionario del Registro Civil esté facultado para hacer una anotación en el certificado de declaración de nacimiento; de modo que el neonato se inscriba de manera temporal con los apellidos de la madre únicamente. Luego de esto, sería necesario iniciar un procedimiento en sede administrativa, con el fin de citar al esposo de la mujer y ponerlo al tanto de la situación.

Aquí podría aplicarse la prueba de marcadores genéticos, con el fin de tener certeza respecto al vínculo biológico del bebé. En caso de que se desconozca el paradero de ese hombre, se podría pensar en la posibilidad de demostrar tal situación con testigos o incluso, con prueba de ADN en la que participe el aparente padre biológico.

De esta forma, de una manera rápida y sencilla, se dejaría de aplicar el artículo 69 del Código de Familia en todos los casos en que el esposo de la mujer no es el padre biológico del niño. Claro está que esta excepción no sería

procedente en los supuestos en donde el esposo -a pesar de que sabe que el bebé no es hijo suyo-, quiere hacerse cargo de él.

En efecto, si una vez que se pone en conocimiento de este hombre la manifestación realizada por su esposa, desea hacerse cargo del niño y eso ocasiona contención entre las partes, el registrador tendría que inscribir a la persona menor de edad con la presunción legítima de paternidad y eventualmente, la madre en representación de su hijo, tendría que acudir a la vía judicial correspondiente y accionar el respectivo proceso de filiación.

En síntesis, la importancia de crear una excepción a la presunción contenida en el artículo 69 del Código de Familia, reside en que esta dejaría de ser aplicada de forma estandarizada, de modo que se tomaría en consideración el caso concreto y, con base en ello, se registraría al menor con un vínculo paterno filial o con otro; así se evaden incongruencias entre la realidad biológica y la registral.

4. Implementación de un procedimiento administrativo

Por último, propongo la creación de un procedimiento en sede administrativa, el cual permita corregir los vínculos paterno-filiales de una forma sencilla y sin tener que recurrir en gastos innecesarios. Se pretende que todas las personas; principalmente aquellas cuyas capacidades económicas son muy limitadas, puedan acceder a un mecanismo oportuno, el cual resguarde sus Derechos Fundamentales.

En este orden de ideas, don Rolando Soto Castro; Juez del Tribunal de Familia de San José, considera que un trámite de este tipo puede ser idóneo en el tanto sirva de aliado para hacer efectivo el derecho a accionar judicialmente. Este derecho está comprendido en el artículo 41 de la Constitución Política y dispone que: *“Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.”*

Para estos efectos propongo que en los casos en donde el padre registral, el biológico, la madre en representación del hijo o este; en caso de que sea mayor de edad, estén de acuerdo con hacer la corrección del vínculo paterno-filial, se lleve a cabo una prueba de ADN, con el fin de determinar el nexo biológico existente entre los interesados. Así, si la prueba determina que el presunto padre biológico, ciertamente es el progenitor, el Registro Civil esté facultado para hacer la corrección de manera inmediata.

En este tipo de procedimientos sería necesario que el promovente indique la dirección exacta de los demás interesados; con el fin de poder notificarlos acerca de la existencia del procedimiento así como para asignarles la fecha para la realización de la pericia de marcadores genéticos. En aquellos supuestos en donde se desconozca el paradero del padre registral, este puede ser notificado por medio de un edicto; tal y como lo dispone el artículo 85 del Código de Familia.

En consecuencia si la prueba de ADN establece que existe un vínculo entre el hijo y el presunto padre biológico, el Registro Civil estaría facultado para hacer la corrección de la paternidad. Aquí hay que tomar en cuenta que si alguno de los intervinientes se siente inconforme con lo resuelto en el procedimiento administrativo, queda la posibilidad de que acuda a la instancia judicial y presente el respectivo trámite de filiación.

Claro está que la intención es que al existir una prueba de marcadores genéticos en sede administrativa, las personas se sientan conformes con el grado de certeza arrojado en dicha pericia, de modo que los casos que lleguen a conocimiento de los Juzgados de Familia, sean relativamente pocos.

En síntesis este procedimiento sería no contencioso, requiere como mínimo la muestra de ADN del aparente padre biológico, de la madre y del hijo, para determinar si existe o no un ligamen genético entre estos. En aquellos casos en los cuales no se sepa dónde está el padre registral, sugiero que se notifique por medio de un edicto y consecuentemente se prescinda de la muestra de ADN de este hombre.

Por otra parte, la legitimación activa para iniciar este tipo de procedimientos recaería sobre cualquiera de los interesados. No obstante, en caso de que sea el padre registral quien inicie el trámite, debe tener conocimiento de quién es el presunto padre biológico, ya que la intención del procedimiento no es dejar al niño sin una paternidad establecida; más bien el objetivo es corregir los vínculos paterno-filiales.

Aunado a ello, hay que mencionar que en los supuestos en los cuales el hijo esté en posesión notoria de estado por parte del padre registral o, este haya ejercido posesión notoria del vientre, dicho trámite administrativo no sería procedente; pues aquí habría que analizar detalles que trascienden la verdad biológica.

Por último, cabe señalar que este procedimiento se aplicaría en los casos en que existe una paternidad establecida, motivo por el cual -en caso de que se llegue a incorporar en la normativa la excepción al artículo 69 previamente aludida., este procedimiento no sería procedente. Asimismo, en caso de que se llegue a reconocer la posibilidad de llevar a cabo un procedimiento de esta naturaleza, sería necesario hacer un agregado en el Código de Familia, de manera que se faculte al Registro Civil para tramitar este tipo de asuntos.

CONCLUSIONES

Al finalizar este trabajo, se llega a concluir que la presunción legítima de paternidad es un vínculo paterno-filial, que el ordenamiento jurídico atribuye de manera inmediata a todos los hijos nacidos dentro de un matrimonio, 300 días después de la disolución del vínculo matrimonial o la separación judicialmente declarada o bien, a los nacidos 180 días después de la celebración del matrimonio cuando el marido -antes de casarse- tuvo conocimiento del embarazo de la mujer, si al estar presente consintió en que se tuviera como suyo al hijo en el acta de nacimiento inscrita en el Registro Civil o bien, cuando de cualquier modo lo admitió como tal.

Fue posible determinar que la presunción legítima se contempló por primera vez en la India, en donde por medio de las Leyes de Manú se estableció que el hijo pertenece a quien ejerce su poder sobre la madre. De esta forma se infiere que la presunción fue comprendida como un derecho de accesión sobre las mujeres, en el entendido de que los hijos no eran más que un fruto o un accesorio.

A pesar de que fue en la India donde este instituto se regló por primera vez, fue en Roma donde tuvo la evolución más importante. Ello fue así, en virtud de que los romanos le dieron una connotación muy distinta a esta figura, así se pretendió proteger la estabilidad de la familia y del matrimonio.

Al respecto surgió la regla pauliana *“pater is est quem nuptiae demonstrant”*, la cual tuvo como fundamento la cohabitación entre los esposos, la fidelidad de la mujer así como el nacimiento en el tiempo legítimo o plazo legal de gestación. Con

la aplicación de esa regla se partía del supuesto de que cuando las parejas decidían contraer matrimonio, de manera implícita existía una aceptación anticipada por parte del esposo para reconocer a los hijos de la mujer como hijos suyos también.

Por otra parte, surgieron teorías sociológicas que afirmaron que la presunción de paternidad responde al interés del hijo; pues resultaría injusto que en caso de que la madre incurriera en una mala conducta, los niños tuvieran que sufrir consecuencias y perjuicios. Aquí se debe considerar que a lo largo de la historia ha existido una marcada diferenciación entre hijos matrimoniales y extra matrimoniales; de modo que sólo los primeros eran acreedores de una serie de derechos y beneficios.

En este sentido, es dable señalar que en algunos países del mundo aún se hace una distinción respecto a la naturaleza de los hijos. Sin embargo, en Costa Rica -con la entrada en vigencia de la Constitución Política-, se prohibió hacer cualquier tipo de calificación; esto en aras de resguardar el principio de igualdad, contemplado tanto en la Constitución como en instrumentos de Derecho Internacional.

De esta forma en Costa Rica los padres tienen las mismas obligaciones con sus hijos, sin importar si son habidos dentro o fuera del matrimonio. Aunado a ello se establece que todas las personas tienen derecho a saber quiénes son sus padres.

Ahora bien, en lo que respecta a la presunción legítima de paternidad en Costa Rica, se logró determinar que es relativa; de modo que puede ser refutada al presentar prueba en contrario. En este sentido, destaca la implementación de la prueba de marcadores genéticos, como prueba esencial para fijar los vínculos biológicos de las personas.

Asimismo, fue posible verificar que la normativa costarricense concede legitimación activa al padre biológico, al registral, a la madre y al hijo, para que presenten procesos con el fin de corregir los vínculos paterno-filiales. Para estos efectos, el Código de Familia reconoce procesos tales como el reconocimiento de hijo de mujer casada, la impugnación de paternidad y la declaratoria de extramatrimonialidad.

En lo que concierne a la complementariedad de la presunción legítima de paternidad con los Derechos Fundamentales, quedó fehacientemente demostrado que existe una estrecha relación con derechos, tales como: el derecho a la identidad, al nombre, el interés superior del niño, la verdad biológica y el derecho a la familia y convivencia familiar. En efecto, se concluye que al aplicar de manera estandarizada la presunción, se corre el riesgo de vulnerar estos Derechos Fundamentales; ya que en gran cantidad de casos no hay correspondencia entre la verdad biológica y la registral; de tal modo, hay padres que no son progenitores y progenitores que no son reconocidos como padres según la óptica del Derecho.

Tal situación tiene repercusiones de índole personal y patrimonial; tanto en los padres biológicos y registrales, como en los hijos. Al respecto se determinó

que el consignar como padre a un hombre que no es el progenitor ocasiona que los hijos tengan que llevar el apellido de un individuo que no tiene relación biológica con él, de modo que si más adelante se lleva a cabo un proceso para corregir el vínculo paterno-filial, ese hijo tendrá que adaptarse a un nuevo nombre y en efecto, podría experimentar un quebranto en su identidad e inclusive en su dignidad.

Por otra parte, esto tiene consecuencias en lo que concierne a la atribución de la responsabilidad parental. En este sentido, hay que recordar que los padres registrales son los únicos titulares de este atributo, el cual se compone por deberes y facultades; tales como: guarda, crianza, educación, deber de vigilancia y de administrar los bienes de la persona menor de edad. En efecto, si se consigna como padre a un hombre que no es el progenitor, de manera implícita se le impide al padre biológico ser el titular de los atributos que la responsabilidad parental confiere.

En lo que respecta a las repercusiones patrimoniales, es dable señalar que la aplicación estandarizada de la presunción legítima de paternidad puede ocasionar conflictos a nivel de sucesiones y de pensión alimentaria. Esto es así en virtud de que el artículo 574 del Código Civil establece que los hijos y los padres son herederos legítimos, de modo que si se consigna como padre a un sujeto que no es el progenitor, se le impide al hijo ser heredero *ab intestato* de su padre biológico y viceversa.

En relación con el deber alimentario las consecuencias pueden ser aún más controversiales, ya que se llega a consignar como obligado alimentario al padre registral; así se responsabiliza a este de los compromisos que deberían recaer sobre el progenitor. Aquí toma sentido el criterio del doctor Francisco Rivero Hernández, quien indicó que la presunción de paternidad “*parece conceder una patente de impunidad a quienes corresponde máxima responsabilidad*”.

En efecto, es por todo lo hasta aquí expuesto que se concluye que la aplicación estandarizada del artículo 69 del Código de Familia, vulnera los Derechos Fundamentales de un sector de la población; en este caso, el de todos los hijos registrados con un padre que no es su progenitor; el de esos padres registrales que sin ser progenitores, son constreñidos a asumir las obligaciones que la paternidad implica; así como el de los padres biológicos que simple y sencillamente no pueden ser titulares de derechos debido a que la presunción los excluye.

La situación previamente descrita se agrava en aquellos supuestos en los cuales los perjudicados con la aplicación del artículo 69 del Código de Familia, son personas de escasos recursos, quienes no cuentan con suficientes ingresos económicos para sufragar los gastos que un proceso judicial demanda. Claro está que actualmente existen Consultorios Jurídicos, los cuales han sido un gran soporte en estos casos; pues de manera gratuita colaboran con esas personas que no tienen dinero suficiente para pagar los honorarios de un abogado. Sin embargo, es evidente que estos consultorios no dan abasto, razón por la cual aún

hay muchas personas que siguen en espera de que llegue su turno; para poder acceder a las instancias judiciales y hacer valer sus Derechos Fundamentales.

Precisamente, por esta razón, la autora de esta investigación considera indispensable llevar a cabo una reforma legal en cuatro sentidos. La primera de ellas para ampliar el plazo conferido en el artículo 73 del Código de Familia; de modo que los hombres tengan dos o tres años para presentar la impugnación de paternidad, en los casos en que hubo posesión notoria de estado. La segunda consiste en modificar el artículo 69 del Código de Familia, en el tanto el plazo de los 300 comience a correr a partir del momento en que se presenta la demanda; no desde cuando se declara la disolución del vínculo o la separación judicial. Para estos efectos el requisito sería que la demanda haya sido declarada con lugar.

Asimismo, considero oportuno crear una excepción al artículo 69, de modo que en los casos en los cuales la madre a pesar de que se encuentra casada indica que el padre biológico del bebé no es su esposo, se reconozca la posibilidad de deshabilitar el uso de la presunción legítima de paternidad; de forma que el hijo se inscriba de manera provisional, con los apellidos de su madre únicamente, hasta tanto se realice un trámite pertinente, el cual permita determinar si el esposo es o no el padre biológico. La intención de esta propuesta reside en tomar en cuenta el caso concreto; de modo que se logren contrarrestar las incongruencias entre la verdad biológica y la registral.

Por último, la autora sugiere implementar un procedimiento en sede administrativa, el cual permita a los afectados iniciar los trámites para corregir los

vínculos paterno-filiales ya establecidos. Para esto considero que el procedimiento debe ser no contencioso, de forma que tanto el padre registral, el biológico, la madre y el hijo; en caso de que sea mayor de edad, estén de acuerdo con llevar a cabo la gestión. Claro está que el procedimiento sería totalmente gratuito, contaría con prueba de marcadores genéticos y además -en caso de que alguna de las partes se sienta inconforme con lo resuelto en la instancia administrativa o surja contención por parte de alguno de los interesados-, queda en firme la posibilidad de recurrir a la sede judicial.

Finalmente, en lo que respecta a la idoneidad de mantener la presunción legítima de paternidad en el ordenamiento jurídico costarricense, se llegó a concluir que no es posible generalizar la conveniencia o no de sus efectos; pues quedó plenamente evidenciado que la valoración favorable o negativa que se haga de la misma, depende del caso concreto y la perspectiva desde donde se analice.

Por lo tanto, finalizo esta tesis afirmando que más allá de las incongruencias que esta presunción pueda ocasionar, lo cierto es que si se deja sin efecto este instituto, se estarían poniendo en riesgo los Derechos Fundamentales de todas las personas que ciertamente son beneficiadas con dicha presunción, al tiempo que la estabilidad del matrimonio y la familia podría sufrir un detrimento. En consecuencia, la solución no reside en derogar el artículo 69 del Código de Familia, sino en crear y mejorar las opciones que permiten corregir los vínculos paterno-filiales, de manera que sean accesibles para todas las personas que están siendo perjudicadas y garantizar así el precepto constitucional del artículo 41.

OBRAS CONSULTADAS

Libros:

- ANTILLÓN, Wálter. (2001). *Teoría del Proceso Jurisdiccional*. 1ª ed., Editorial IJSA, San José, Costa Rica.
- ARIAS RAMOS, J. (1974). *Derecho Romano II*. 13ª ed. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid.
- BONET, Francisco. (1940). *Derecho Civil Común y Foral. Derecho de Familia y Sucesiones*. Tomo II. Editorial Instituto Editorial Reus, Madrid, España.
- BRENES, María Esther. (2001). *El Derecho a la Convivencia Familiar*. Antología: Derechos de la Niñez y la Adolescencia. 1ª ed., UNICEF, San José, Costa Rica.
- CARBAJO, Julio. (1989). *Las acciones de reclamación de la filiación*. 1ª ed. Librería Bosch, Barcelona, España.
- CHACÓN, Mauricio. «*La Intervención de las personas menores de edad en los procesos de filiación*». Editorial Juricentro, S.A. Publicado en la Antología de Problemas Actuales del Derecho de Familia, UCR, I Semestre, 2011.
- GUAHNON, Silvia. «*El Juez de Familia y los nuevos desafíos de la Magistratura*». P. 7. Publicado en la Antología de Problemas Actuales del Derecho de Familia, UCR, I Semestre, 2011.

- FERRAJOLI, Luigi. (2001). Los fundamentos de los derechos fundamentales. Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Editorial Trotta, Madrid.
- GALLARDO, Helio. (1998). *Elementos de Investigación Académica*. 1 ed. Editorial Universidad Estatal a Distancia. San José, Costa Rica.
- GUIER, Jorge Enrique. (1968). *Historia del Derecho, Primera Parte*. Editorial Costa Rica. San José.
- HERNÁNDEZ, S. (1998). *Técnicas de Investigación Jurídica*. Segunda Edición. Colección Textos Jurídicos Universitarios. Universidad Nacional Autónoma de México. Oxford University Press. México D.F.
- KIELMANOVICH, Jorge. (2008). *Derecho Procesal de Familia*. 2ª ed. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina,
- PÉREZ, Víctor. (1991). *Derecho de Familia*. 1ª ed. Editorial Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica.
- PÉREZ, Víctor. (1994). *Derecho Privado*. Tercera Edición. San José, Costa Rica.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. (1996). *Derecho Civil*. 1ª ed. Editorial Pedagógica Iberoamericana. México. Traducción PEREZNIETO Leonel.
- RIVERO, Francisco. (1971). *La Presunción de Paternidad Legítima. Estudio de Derecho Comparado y Derecho Español*. 1. ed. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, España.

- SÁENZ Jorge. (2007). *Elementos de Historia del Derecho*. Ediciones Chico, 2 ed. Aumentada y corregida. Santo Domingo de Heredia, Costa Rica.
- SÁENZ, Jorge. (2008). *Los Sistemas Normativos en la Historia de Costa Rica, Ordenamientos indígenas, Derecho Indiano y Derecho Nacional*. Ediciones Chico, 2 ed. Corregida. Santo Domingo de Heredia, Costa Rica.
- TREJOS, Gerardo. (1999). *Derecho de Familia Costarricense*. Tomo II, 1ª ed., Editorial Juricentro. San José, Costa Rica.

Tesis de grado:

- ALVARADO, Ruth y CABEZAS, Vivian. (2012). *Filiación social: «¿En Costa Rica constituye parte del bloque de Derechos Humanos fundamentales de la persona menor de edad el permanecer en su filiación social cuando se está cuestionando su filiación biológica?»*. Tesis de grado para optar por el título de licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica.
- ARGÜELLO, Jonathan y OVARES, Róger. (2009). «La cosa juzgada en la filiación y el conflicto en su aplicación con Principios Constitucionales». Tesis de grado para optar por el título de licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica.
- ARROYO, Paula. (2000). «La figura de la filiación a la luz del Principio de Igualdad en el Código de Familia Costarricense». Tesis de grado para optar por el título de licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica.

- CASTRO, Mirna. (2000). «El parentesco y su relevancia en el Derecho de Familia actual». Tesis de grado para optar por el título de licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica.
- CUBERO, Fernando. (1989). «Las acciones de filiación en el Derecho de Familia costarricense». Tesis de grado para optar por el título de licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica.
- GONZÁLEZ, Juan. (1987). «Autoridad parental con relación a los hijos extramatrimoniales». Tesis de grado para optar por el título de licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica.
- QUIRÓS, Daniel. (1958). «El Derecho al Nombre». Tesis de grado para optar por el título de licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica.
- SOTO, Víctor Emilio. (1971). «Paternidad y Filiación, Doctrina y Jurisprudencia». Tesis de grado para optar por el título de licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica.

Revistas:

- BOSQUES HERNÁNDEZ (2006). *¡Que la realidad biológica coincida con la realidad jurídica!* Revista Jurídica I.I.P.R. Vol. XLI 1 y 2. Tomada de la Antología de Derecho de Familia, Segundo Semestre del 2010.

GROSMAN Cecilia. «*La acción de impugnación de la paternidad del marido. Estudio comparativo de la legislación argentina con el Código de Familia de Costa Rica de 1974, Código de Familia de Bolivia de 1972, ley francesa de filiación de 1972 y ley italiana de 1975*», Revista de Ciencias Jurídicas N° 35. San José, Costa Rica. Mayo- Agosto 1.

Jurisprudencia:

Nacional:

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 1975-1994, de las quince horas y treinta y nueve minutos del veintiséis de abril de mil novecientos noventa y cuatro.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 8339-2007, de las veinte horas y veinticinco minutos del doce de junio de dos mil siete.
- Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, voto 416-2002 de las nueve horas cuarenta minutos del veintidós de agosto de dos mil dos.
- Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, voto 472-2007, de las quince horas y veinticinco minutos del veinticinco de julio de dos mil siete.
- Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, voto 517-2007, de las once horas veinticinco minutos del ocho de agosto de dos mil siete.
- Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, voto 277-2010, de las once horas y cinco minutos del diecinueve de febrero de dos mil diez.
- Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, voto 861-2011, de las diez horas del dos de noviembre de dos mil once.
- Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, voto 1204-2012, de las once horas del veintiuno de diciembre de dos mil doce.
- Tribunal de Familia, voto 367-2006, de las once horas del veintitrés de marzo de dos mil seis.

- Tribunal de Familia, voto 2096-2008, de las nueve horas, con veinte minutos, del veintisiete de noviembre de dos mil ocho.
- Tribunal de Familia, voto 1120-2008, de las ocho horas con quince minutos, del diecisiete de junio de dos mil ocho.
- Tribunal de Familia. Voto 496-2008 de las ocho horas y cincuenta minutos del veinticuatro de marzo de dos mil nueve.
- Tribunal de Familia, voto 1422-2009, de las diez horas, del diecisiete de setiembre de dos mil nueve.
- Tribunal de Familia, voto 214-2010, de las ocho horas y cuarenta minutos del nueve de febrero de dos mil diez.
- Tribunal de Familia, en el voto 458-2010 de las siete horas y cincuenta minutos del ocho de abril de dos mil diez.
- Tribunal de Familia, voto 235-2011 de las diez horas y cinco minutos del veintidós de febrero de dos mil once.
- Tribunal de Familia, voto 490-2011, de las diez horas y treinta y cinco minutos del doce de abril de dos mil once.
- Tribunal de Familia, voto 1061-2011 de las catorce horas y dieciocho minutos del veintisiete de setiembre de dos mil once.
- Tribunal de Familia. Voto 1298-2011, de las catorce horas y trece minutos del veintinueve de noviembre de dos mil once.

- Tribunal de Familia. Voto 10-2012, de las diez horas y veintiséis minutos del once de enero de dos mil doce.
- Tribunal de Familia, voto 195-2012, de las diez horas y dos minutos del veintinueve de febrero de dos mil doce

Internacional:

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión Consultiva OC-17/92 del veintiocho de agosto de dos mil dos.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, voto D.401. XXXIII del 1 de noviembre de 1999.
- Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, voto del 2 de abril de 1997. Deussen de Paez Vilaro Annette contra Oks Carlos Hugo
- Tribunal de Derechos Fundamentales de Estrasburgo, voto TEDH 2003/8 del trece de febrero de dos mil tres.

Entrevistas:

- Acuña Fernando. Funcionario de la Oficina de Inscripciones del Registro Civil de Costa Rica, efectuada el 31 de octubre de 2013.
- Camacho Vargas Eva. Magistrada de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, efectuada el 31 de octubre de 2013.
- Cordero García Patricia. Jueza del Juzgado de Familia de Cartago, efectuada el 17 de octubre de 2013.

- Soto Castro Rolando. Juez del Tribunal de Familia de San José, efectuada el 1 de noviembre de 2013.

Normativa:

- Constitución Política.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Código de Familia de Costa Rica.
- Código General de Carrillo de 1841.
- Código Civil.
- Código de la Niñez y la Adolescencia.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Ley de Pensiones Alimentarias.
- Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y Registro Civil.

Referencias de Internet:

- «Actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949 - Costa Rica», Versión Digital 2005 Revisada por el Dr. Rodolfo Saborío Valverde. <http://www.cesdepu.com/actas.htm> Consultado el 28 de setiembre de 2013.
- Código Civil de Italia. Traducido por Juan Rojas Jaen. <http://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&ved=0CEUQFjAE&url=http%3A%2F%2Fjuanrojasjaen.blogspot.com%2F2010%2F07%2Farticulo1-al-158-del-codigo-civil.html&ei=7UhwUqj5EszNkQfd0YGoAg&usq=AFQjCNHvu-1unAtgsAffE5QTCLmqOD14Hw>

- *Código Civil de la República de Argentina*
http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf.
Consultado el 25 de octubre de 2013.
- Código Civil de Uruguay:
http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Uruguay.pdf. Consultado el 25 de octubre de 2013.
- Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay. N° 17.823.
<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=17823&Anchor=> Consultado el 25 de octubre de 2013.
- Departamento de Planificación del Poder Judicial: <http://sitios.poder-judicial.go.cr/planificacion/Estadisticas/judiciales.html>. Consultado el 20 de junio de 2013.
- Definición ABC:
<http://www.definicionabc.com/historia/reforma.php#ixzz2XNukYWgM>
Consultado el 26 de junio de 2013.
- Diccionario de la Real Academia Española. <http://www.rae.es/rae.html>
Consultado el 26 de junio de 2013.
- El Espíritu del 48: <http://www.elespiritudel48.org/>. Consultado el 28 de setiembre de 2013.
- GARCÍA CALDERÓN. «*Leyes De Manú Instituciones Religiosas y Civiles de la India*, versión castellana de la traducción del sánscrito al francés de A. Loiseleur Deslongchamps. », http://www.elabedul.net/Documentos/Leyes_de_Manu_01.pdf Consultado el 7 de setiembre de 2013.

- Salud: «Enciclopedia de salud, dietética y psicología», <http://www.encyclopediasalud.com/definiciones/fecundacion>. Consultada el 22 de setiembre de 2013.
- VLex Argentina <http://ar.vlex.com/vid/-39938206>. Consultado el 28 de octubre de 2013.

Otros:

- Dictamen de mayoría afirmativo, sobre el proyecto de Código de Familia. Emitido el 19 de julio de 1973 a cargo de Kenneth Vargas Cárdenas, secretario de la Comisión.

ANEXOS

1. Entrevistas

Entrevista N° 1

Realizada el 17 de octubre de 2013

Licda. Patricia Cordero García

Jueza del Juzgado de Familia de Cartago

- 1. La presunción legítima de paternidad es un instituto que puede favorecer a muchas personas en lo que concierne a la asignación de vínculos paterno-filiales; no obstante, en otros casos su aplicación generan incongruencias entre la verdad biológica y la registral. En consecuencia, ¿cuál es su opinión acerca de esta figura jurídica?**

Es necesaria la existencia de la presunción de paternidad matrimonial; pues por una cuestión de orden y seguridad jurídica se justifica la misma como una consecuencia más del matrimonio civil. Claramente dicha presunción tiene que tener excepciones para garantizar la libertad de investigación de la filiación de las personas, el derecho a la verdad real y la igualdad entre los hijos sean de matrimonio o no. Nuestro Código de Familia en sus artículos 1 a 4 garantiza que el juzgador deberá fallar a la luz de esos principios y casuísticamente se deberá valorar para cada persona menor de edad lo concerniente a su filiación y lo que sea más adecuado para ésta.

- 2. El artículo 73 del Código de Familia establece que en aquellos casos en que los hijos se encuentren en posesión notoria de estado, el padre**

tiene un año para impugnar la paternidad; a partir del momento en que tuvo conocimiento de los hechos que le sirven de fundamento para la impugnación. En este sentido, ¿considera que ese plazo está bien, o debería ser modificado de algún modo?

De estar un niño en posesión notoria de estado quiere decir que éste ha generado un vínculo paterno-filial y en aras de la estabilidad emocional del menor de edad es atinado que el marido tenga un tiempo determinado a partir de que tuvo conocimiento de los hechos que fundamentan la impugnación para promover este proceso, ello con el fin de salvaguardar al menor de edad y la relación que existe entre hijo y supuesto padre. Si el marido, conociendo hechos que lo hicieran presumir que ese niño no es suyo, decide seguir dándole trato y afecto de padre por más de un año deberá continuar asumiendo ese rol que aunque no biológico si gestó y fomentó por su propia decisión.

3. ¿Cuál es su criterio respecto a la posibilidad de crear un procedimiento en sede administrativa, el cual permita a las personas corregir sus vínculos paterno-filiales en esa instancia? De modo que las personas no tengan que incurrir en gastos económicos y puedan iniciar las respectivas diligencias desde el momento en que ocurre el nacimiento.

Me parece que de momento las gestiones de filiación que se pueden realizar en la vía administrativa son acertadas y brindan una alternativa más a los ciudadanos, pero otras situaciones de excepción a la presunción de paternidad matrimonial requieren no solo de una prueba científica de marcadores de ADN sino que también de una valoración e interpretación en el caso concreto que no puede ser obviada a la luz de las normas de familia, derechos humanos y el interés específico de la persona menor de edad involucrada por lo que considero que se requiere de intervención judicial para ello.

Entrevista N° 2

Realizada el 31 de octubre de 2013

Dra. Eva Camacho Vargas

Magistrada de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia

- 1. La presunción legítima de paternidad es un instituto que puede favorecer a muchas personas en lo que concierne a la asignación de vínculos paterno-filiales; no obstante, en otros casos su aplicación genera incongruencias entre la verdad biológica y la registral. En consecuencia ¿Cuál es su opinión acerca de esta figura jurídica?**

Remitir a la presunción legítima de paternidad no es sencillo, requiere el análisis de muchas aristas. Lo que le puede indicar es que es una figura importante de la cual no se puede decir ni que todo es negro ni que todo es blanco.

- 2. El artículo 73 del Código de Familia establece que en aquellos casos en que los hijos se encuentren en posesión notoria de estado, el padre tiene un año para impugnar la paternidad; a partir del momento en que tuvo conocimiento de los hechos que le sirven de fundamento para la impugnación. En este sentido, ¿considera que ese plazo está bien, o debería ser modificado de algún modo?**

Cuando lo que está de por medio son Derechos Fundamentales, yo no estoy muy de acuerdo con el establecimiento de plazos. No obstante a sabiendas de que aquí está de por medio el principio de seguridad jurídica y, por consiguiente, la certeza de las personas de tener definidos sus vínculos paterno-filiales, considero que sí es importante que exista ese plazo. A mi parecer un año

puede llegar a ser bastante restringido, por eso podría plantearse la propuesta de ampliarlo un poco más, de modo que se instaure un plazo que resulte más razonable. Quizá dos o tres años sea más adecuado.

3. ¿Cuál es su criterio respecto a la posibilidad de crear un procedimiento en sede administrativa, el cual permita a las personas corregir sus vínculos paterno-filiales en esa instancia? De modo que las personas no tengan que incurrir en gastos económicos y puedan iniciar las respectivas diligencias desde el momento en que ocurre el nacimiento.

En caso de que se llegue a proponer un trámite administrativo, considero que debería ser no contencioso; algo similar al reconocimiento de hijo de mujer casada, con la diferencia de que necesariamente tendría que realizarse una prueba de marcadores genéticos. Además ese trámite no debería impedir a las personas la posibilidad de acudir a la instancia judicial en caso de que así lo consideren necesario.

Entrevista N° 3

Realizada el 1 de noviembre de 2013

M. Sc. Rolando Soto Castro

Juez del Tribunal de Familia de San José

- 1. La presunción legítima de paternidad es un instituto que puede favorecer a muchas personas en lo que concierne a la asignación de vínculos paterno-filiales, no obstante en otros casos su aplicación generan incongruencias entre la verdad biológica y la registral. En consecuencia, ¿cuál es su opinión acerca de esta figura jurídica?**

La presunción es muy necesaria por aspectos de seguridad jurídica. En caso de no corresponder a la realidad, existen los mecanismos para desvirtuarla, ya que se trata de una presunción *iuris tantum*.

- 2. El artículo 73 del Código de Familia establece que en aquellos casos en que los hijos se encuentren en posesión notoria de estado, el padre tiene un año para impugnar la paternidad; a partir del momento en que tuvo conocimiento de los hechos que le sirven de fundamento para la impugnación. En este sentido, ¿considera que ese plazo está bien, o debería ser modificado de algún modo?**

Los plazos de caducidad y prescripción siempre son arbitrarios, en el sentido de que perfectamente se pudo haber establecido otro diferente.

Sin embargo, un año me parece un plazo razonable, por cuanto no es largo ni corto. Da suficiente margen para que se pueda accionar. De no hacerse se ha de entender que el afectado se conformó.

3. ¿Cuál es su criterio respecto a la posibilidad de crear un procedimiento en sede administrativa, el cual permita a las personas corregir sus vínculos paterno-filiales en esa instancia? De modo que las personas no tengan que incurrir en gastos económicos y puedan iniciar las respectivas diligencias desde el momento en que ocurre el nacimiento.

Está bien crear el procedimiento administrativo, siempre y cuando se entienda que está garantizado el derecho a accionar judicialmente, consagrado en el numeral 41 de la Constitución Política.

Entrevista N° 4

Realizada el 31 de octubre de 2013

Fernando Acuña

Funcionario de la Oficina de Inscripciones del Registro Civil

1. ¿Qué sucede cuando una mujer indica que no está casada, pese a que lo está; ello con el fin de que su hijo no sea registrado con la presunción legítima de paternidad?

Cuando el funcionario del Registro Civil le toma la información a la madre, es posible que ella mienta respecto a su estado civil para que el bebé no sea registrado con los apellidos de su esposo. Lo que pasa es que una vez que el certificado de declaración de nacimiento ingresa aquí, nosotros nos encargamos de verificar que la información sea cierta.

En caso de que la madre haya mentado respecto a su estado civil, nosotros la contactamos y hacemos una confrontación entre lo que ella manifestó y lo que consta en el sistema. Por eso, cuando estamos en presencia de un supuesto así, nosotros hacemos el cambio y registramos al niño con base en lo que dispone la presunción.

2. ¿Cómo hace el Registro Civil para verificar si un niño está dentro del plazo de la presunción legítima de paternidad?

Aquí tenemos un programa en el cual nada más tenemos que ingresar la fecha del matrimonio o la del divorcio, así como la fecha del nacimiento y de manera automática determina si está o no dentro del plazo. Es relativamente sencillo.

3. ¿Qué ocurre con el cómputo de los plazos, en aquellos casos en que las personas se divorcian pero omiten presentar la ejecutoria?

En estos casos el interesado tiene que presentar la ejecutoria del divorcio. Luego mediante un recurso nosotros nos encargamos de hacer las respectivas correcciones.

4. ¿Aproximadamente cuánto tiempo tarda un proceso de Paternidad Responsable?

Actualmente están durando aproximadamente siete meses. El mayor retraso se debe a que cuesta mucho notificar a los presuntos padres. Por eso ahora estamos exigiendo que las direcciones para notificarlos, sean bastante exactas.

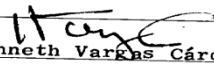
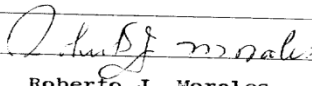

2. Dictamen de mayoría afirmativo, sobre el proyecto de Código de Familia. Emitido el 19 de julio de 1973 a cargo de Kenneth Vargas Cárdenas, secretario de la Comisión.

PAGINA ~~1299~~

AUTOS

ASAMBLEA LEGISLATIVA

SECRETARIA.— SAN JOSE, A LOS TREINTA Y UN 1299
DÍAS DEL MES
DE JULIO DE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y TRES.-

1 En esta fecha fue FIRMADO EL DICTAMEN DE MAYORIA AFIRMATIVO, sobre el
2 proyecto de Código de Familia.- El señor Presidente de la Comisión or-
3 denó pasarlo a la Dirección Ejecutiva, para los siguientes tramites.-
4
5
6 
Kenneth Vargas Cárdenas
7 secretario de la Comisión.-
8
9
10
11
12
13 Dirección Ejecutiva, San José, a los treinta y un días del mes de julio
14 de mil novecientos setenta y tres.-
15 En esta fecha, el señor Presidente de la Comisión Permanente de Asun-
16 tos Jurídicos, entrega, a esta Dirección, el dictamen de mayoría afir-
17 mativo, sobre el proyecto de Código de Familia.-
18
19 
20 Roberto J. Morales
21 Director Ejecutivo.-
22
23 
24
25
26
27

de la familia, en vez de procurar su disolución, debería impedirse, haciendo más restringidas las causales de divorcio. Muy interesantes fueron los comentarios en la discusión del articulado, y prevaleció el criterio de que por el contrario, es más conveniente facilitar la separación de aquellos esposos que ya no pueden vivir juntos, tanto por la situación personal dentro del hogar de verdadera hostilidad, cuanto por el ejemplo y perjuicio emocional que puede producir a los hijos, cualquiera que sea su edad. También se consideró que cuando la situación es de separación o destrucción del matrimonio, los cónyuges buscan amparo en los procedimientos haciendo factible lo que está prohibido, y que es más conveniente no obligar a una pareja a tener que ventilar públicamente asuntos de suyo privados, y que tampoco es conveniente que se publiquen verdades que mortificarían a los hijos.

V. PATERNIDAD Y FILIACION.

Mención especial merece, aunque con la brevedad del caso, lo referente a la materia de filiación, tanto dentro del matrimonio como fuera de él. Ya es conocida en nuestro sistema la innovación que introdujo la Constitución de 1949, al eliminar toda distinción en cuanto a los hijos que nacen en el matrimonio y los que nacen fuera de él.- La equiparación comprendió asimismo la prohibición de toda diferencia nominativa en cuanto a ellos. Esos principios han tenido vigencia en nuestro sistema, con algunas situaciones especiales. La legislación que reformó el Código Civil en 1953, para adaptar las disposiciones constitucionales, restringió en alguna forma el principio general de que todo hijo tiene derecho a saber quiénes son sus padres, ya que hizo distinción en cuanto a si el pretendido padre o madre se encontraba unido en matrimonio, caso en el cual el derecho del hijo resultó evidentemente restringido.- Ese principio lo repitió el proyecto de la Comisión redactora del Código de Familia, pero la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea estimó que era necesario ser más liberal en cuanto a ello. En primer término, para hacer más consecuente la legislación con la Constitución, y en segundo lugar, por el hecho inexplicable

de que naciendo al año en Costa Rica, entre 16 y 18 mil hijos fuera de matrimonio, sólo unos cuarenta juicios de investigación de paternidad son declarados al año con lugar.- Eso nos indica al parecer dos cosas: o la legislación ofrece trabas a los hijos, o la situación de esa filiación no es tema que preocupe a los costarricenses.- Así, se le dio al artículo 92, una redacción tan liberal como la siguiente:

"Artículo 92.- La calidad de padre o madre se puede establecer mediante la posesión notoria de estado del hijo por parte del presunto padre o madre, o por cualquier otro medio de prueba."

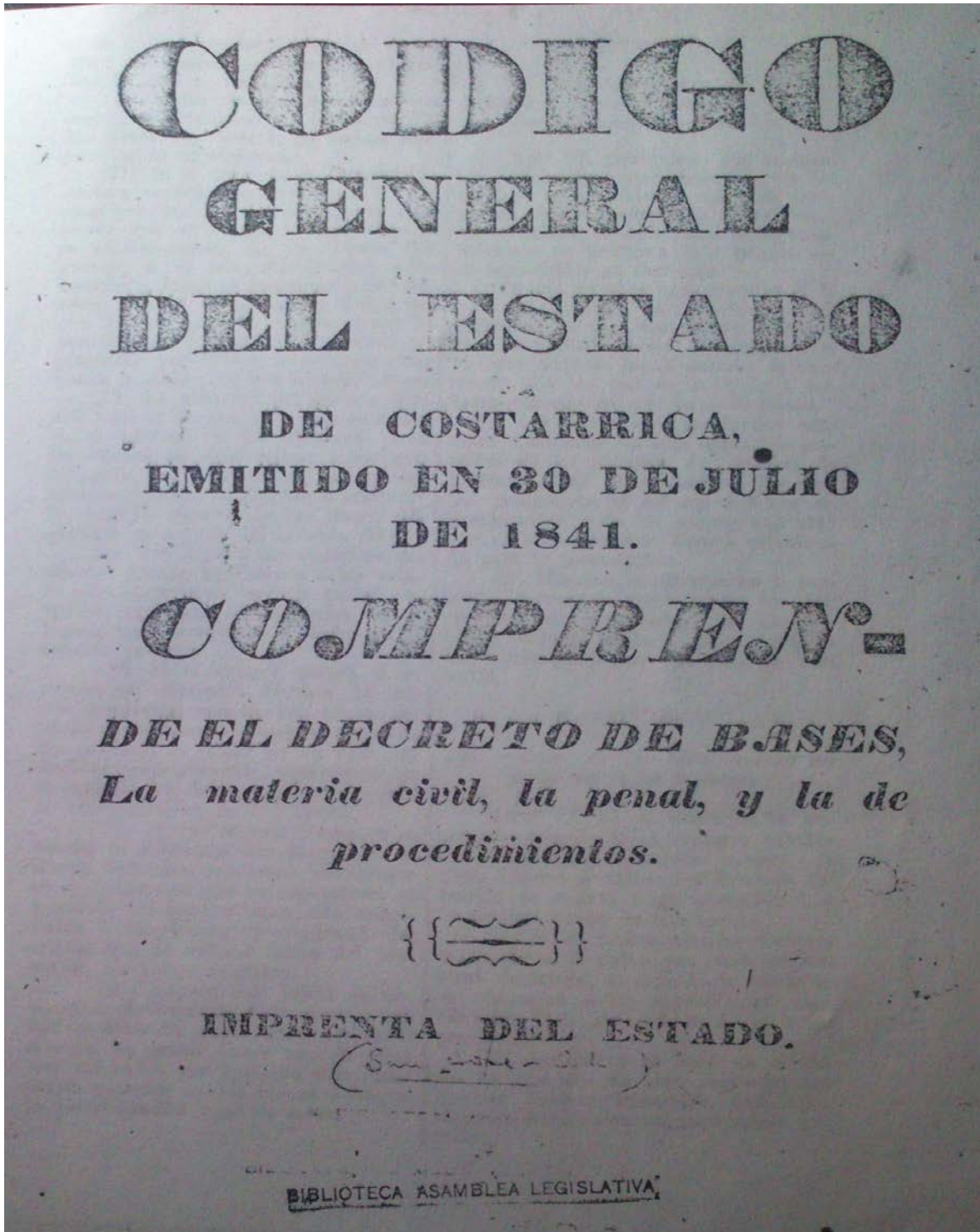
Igual ha sucedido con la presunción de paternidad de los hijos nacidos o concebidos en matrimonio. Conocida es la tradición legal en esa materia, casi como regla universal. Más cerrada es la situación de aquellas legislaciones que siguieron el Derecho Español, como el nuestro.

"Sistema de impugnación más deficiente y arbitrario de cuantos hemos visto, el más estrecho y riguroso, el más anacrónico y superado por la evolución de las ideas y realidad social y científica de nuestros días, ha dicho de él el jurista español Francisco Rivero Hernández, en un magnífico libro que nos sirvió de ilustración e inspiración en esa materia (La Presunción de Paternidad Legítima. Estudio en Derecho Comparado y Derecho Español. Editorial Tecnos, Madrid).

En este capítulo, y en el de investigación de paternidad, es tal vez en los aspectos que hemos tratado de innovar más, aunque nos readiremos ante el desacierto si no lo logramos.- Pero valga el intento para que se pueda hacer más en el futuro.- Del mismo tratadista aprendimos que sólo en pueblos y etapas de cultura jurídica relativamente avanzadas fue posible una verdadera y propia impugnación de la paternidad.

Así, la Comisión de Asuntos Jurídicos introdujo al texto de la comisión redactora, que conservó el sistema antiguo, normas que suavizan, al parecer, la rigurosa presunción "Pater is est quem nuptiae demonstrant", atribuida al jurista romano Paulo. Hemos permitido al marido mayor radio de acción en la impugnación de una paternidad que la ley le atribuye pero

1. Disposiciones referentes a la presunción legítima de paternidad,
contenidas en el Código General de Carrillo de 1841.



cionada á las facultades del marido. El juez señalará la casa en que deba residir la mujer, i declarará si hai lugar á la pension alimenticia que el marido deba pagar.

152. La mujer estará obligada á justificar su residencia en la casa señalada, siempre que se le exija. Faltando esta justificacion, el marido podrá reusarle la pension alimenticia: i si ella es la demandante en el divorcio, hacerla declarar inhabil para continuar el litijio.

CAPITULO III.

De los motivos que impiden el divorcio.

Artº 153. La accion de divorcio se extinguirá por la reconciliacion que hagan los esposos, sea despues de las causas que hubiesen podido autorizar esta accion, ó sea despues de la demanda.

154. En uno i otro caso será inadmisibile la accion de divorcio. Sin embargo, podra intentarse una nueva por causas que sobrevengan despues de la reconciliacion, i hacerse entonces uso de las antiguas para apoyar su nueva demanda.

CAPITULO IV.

De los efectos del divorcio.

ARTº 155. Los esposos que se divorcian por cualquiera causa que sea, no podran reunirse mas: sin embargo, el perdon de la parte agraviada suspenderá los efectos del divorcio.

156. Las ganancias hechas durante el matrimonio, serán partibles entre ambos conyuges; mas si la causa del divorcio fuese el adulterio de la mujer, esta las perderá igualmente que la dote constituida por el marido; i si la causa del divorcio fuese la falta de alimentos, perderá el marido las ganancias i la dote que hubiere constituido.

157. Si no hubiese ganancia alguna, ni la mujer tuviere bienes, ó cuando estos no sean bastantes para asegurar su subsistencia, el juez podrá concederle sobre los bienes del marido una pension alimenticia, que no excederá del tercio, ni bajará del quinto de sus rentas. Mas si el divorcio fuese declarado por adulterio de la mujer, i el marido se abstiene de pedir su reclusion, no podrá ser obligado á pres-

tar los alimentos, sino en c. caso de imposibilitarse para trabajar.

158. Tambien podrá el juez conceder al marido una moderada pension alimenticia sobre los bienes de la mujer, siempre que esta fuere rica i el otro pobre, viejo, ó inhabil para trabajar, i el divorcio se hubiere declarado sin culpa suya.

159. Estas pensiones serán revocables, en el caso de que dejen de ser necesarias.

160. Los hijos se confiarán al esposo que hubiere obtenido el divorcio, á menos que el juez á pedimento del ministerio publico, ordene para el mayor bien de ellos, que todos ó algunos se confien á los cuidados del otro.

TITULO VII.

DE LA PATERNIDAD Y FILIACION.

CAPITULO I.

De la filiacion de los hijos nacidos en matrimonio.

ARTº 161. El hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido, aunque se arguya lo contrario. Sin embargo, el marido podrá negar al hijo, si prueba que durante diez meses, ó hasta los ciento ochenta dias antes del nacimiento del hijo, estaba en la imposibilidad fisica de cohabitar con su mujer, sea por ausencia ó por efecto de cualquiera otro accidente.

162. El marido no podrá negar á su hijo, alegando su impotencia natural: tampoco podrá negarlo por causa de adulterio, á menos que se le hubiese ocultado su nacimiento.

163. El hijo nacido antes de ciento ochenta dias del matrimonio, no podrá ser negado por el marido en los casos siguientes: 1º si tuvo conocimiento de la prenèz antes del matrimonio; 2º si el hijo es declarado incapaz de vivir.

164. En los casos en que el marido está autorizado para reclamar, deberá hacerlo dentro de un mes, si se halla en el lugar del nacimiento del hijo; si en esta epoca estuvo ausente, á los dos meses despues de su vuelta; i si se le hubiese ocultado el nacimien-

to, á 1 mes después del descubrimiento del fraude.

165. Si el marido muere antes de haber hecho su reclamo, pero estando aun dentro de un termino util para hacerlo, sus herederos podrán entablarlo.

CAPITULO II.

De los hijos naturales

Artº. 166. Hijos naturales son aquellos, que al tiempo que nacieron ó fueron concebidos, sus padres podian casarse con sus madres libremente i sin dispensa.

167. El reconocimiento de un hijo natural, se hará por un instrumento público.

168. Este reconocimiento no podrá tener lugar en favor de los hijos nacidos de un comercio incestuoso, ó adulterino.

169. Hijo adulterino es, el habido de padre ó madre casados; incestuoso, el de parientes dentro de los grados prohibidos por la ley para contraer matrimonio.

170. El reconocimiento del padre sin la noticia i confesion de la madre, no tendrá efecto sino en cuanto al padre.

171. El reconocimiento hecho durante el matrimonio por uno de los esposos de un hijo natural, que antes de su matrimonio hubiere tenido en otra persona, no podrá perjudicar al otro esposo, ni á los hijos habidos en el matrimonio. Sin embargo, producirá su efecto después de este matrimonio, sino quedan hijos de él.

172. El hijo natural reconocido, no podrá reclamar los derechos de hijo legítimo; pero si los tiene á ser recojido i alimentado por su padre, desde la edad de tres años hasta la de dieziocho; á no ser que la madre sea rica, ó antes de esta edad pueda con su trabajo ó industria mantenerse. Si la madre es pobre, tiene obligación el padre de alimentarla desde que se consienta embarazada, hasta que cumpla el niño tres años: todo en proporcion á la fortuna del padre, i con las limitaciones del capitulo 6º tit. 5º de este libro. Son tambien obligadas las madres á dar alimentos i educacion á los hijos adulterinos, ó incestuosos.

173. Todo reconocimiento por parte

del padre ó de la madre; lo mismo que todo reclamo por parte del hijo, podrá ser disputado en juicio, por todos los que tengan un interes inmediato. El reconocimiento de un hijo natural, produce á favor del padre los derechos de patria potestad.

CAPITULO III.

De la legitimacion de los hijos naturales,

Art. 174. Los hijos nacidos fuera del matrimonio, á excepcion de los habidos de un comercio incestuoso ó adulterino, podrán ser legitimados por el matrimonio subsiguiente de sus padres, cuando estos los hubieren reconocido legalmente antes del matrimonio, ó los reconocieren en el mismo acto de su celebracion.

175. La legitimacion puede tener lugar, aun en favor de los hijos muertos, que han dejado descendencia: i en este caso aprovecha á esta.

176. Los hijos legitimados por un matrimonio subsiguiente, tendrán los mismos derechos que si hubiesen nacido de este matrimonio.

TITULO VIII.

DE LA ADOPCION.

Artº 177 Adopcion es un acto por el cual se recibe como hijo, al que lo es de otro naturalmente

178. La adopcion no se permite, sino á las personas del uno ú otro sexo mayores de cincuenta años, que al tiempo de la adopcion no tengan ni hijos, ni descendientes legítimos, i que exédan al menos con quince años á los individuos á quienes van á adoptar. Nadie puede ser adoptado por muchos, sino es por dos esposos, i de comun consentimiento.

179. La facultad de adoptar no podrá ejercerse, sino en favor de un individuo, á quien en su minoridad i durante seis meses al menos se hubiesen dado socorros, i prodigado cuidados no interrumpidos: ó en favor del que hubiese salvado la vida del adoptante, sea en un combate, en un incendio, ó en una navegacion. En este segundo caso bastará que el adoptante sea solamente de mas edad que el