



**UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO**

**“ANÁLISIS DEL RÉGIMEN ECONÓMICO
DE LA FAMILIA COSTARRICENSE DE CARA AL
SIGLO XXI”**

**MEMORIA DEL SEMINARIO DE GRADUACIÓN
PARA OPTAR AL TÍTULO DE LICENCIADAS EN
DERECHO**

**ESPINOZA NAVARRO ROCÍO
HERNÁNDEZ CAMPOS MARIANELLA
QUESADA BERMÚDEZ KAREN**

1999

Dedicatoria

A mis padres y hermanos que han estado a mi lado en cada momento y me han brindado su apoyo y comprensión.

A Mamina por todo el apoyo que me da y por ayudarme siempre a lograr mis metas.

A Mauricio por su amistad y apoyo incondicional, durante los años que ha estado a mi lado, y por creer siempre en mi.

Rocío

Dedicatoria

A mis padres y hermanos quienes con su apoyo y dedicación me ayudaron a concluir mis estudios con éxito.

A una persona muy especial, que a pesar de su ausencia, sus palabras me enseñaron a creer en mí, dándome la determinación para lograr todo lo que deseo de la vida.

Marianella

Dedicatoria

A Valeria, cuyas sonrisas sirven de inspiración en todo momento.

A mis padres y hermanos, quienes siempre han estado conmigo brindándome su apoyo incondicional.

A Manuel, mi esposo, mi amigo, mi confidente y la persona con quien he pasado los mejores momentos de mi vida.

Karen

Agradecimiento

A Dios Todopoderoso y a la Virgen Santísima
quienes al estar siempre a nuestro lado, nos han permitido concluir
satisfactoriamente esta carrera,

Y a todas aquellas personas que han colaborado
con la realización de nuestro trabajo final de graduación.

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	xii
CAPITULO I: LA FAMILIA	1
SECCIÓN I: CONSIDERACIONES GENERALES	2
A. EVOLUCIÓN HISTÓRICA	3
B. CONCEPTO	9
C. NATURALEZA JURÍDICA	11
D. CARACTERÍSTICAS	15
E. LEGISLACIÓN COSTARRICENSE	17
SECCIÓN II: MATRIMONIO Y UNIÓN DE HECHO.....	21
A. MATRIMONIO.....	22
1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	23
2. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.....	26
3. FINES	31

4. NATURALEZA JURÍDICA	33
5. SITUACIÓN ACTUAL	36
B. UNIÓN DE HECHO	38
1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA	40
2. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.....	44
3. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS.....	49
3.1 ELEMENTOS SUBJETIVOS	49
3.2 ELEMENTOS OBJETIVOS	55
3.3 ELEMENTOS FORMALES	58
4. NATURALEZA JURÍDICA	60
5. SITUACIÓN ACTUAL	64
CAPÍTULO II: EL RÉGIMEN PATRIMONIAL	68
SECCIÓN I: EL PATRIMONIO EN GENERAL	69
A. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	69
B. CONCEPTO	78
C. CARACTERÍSTICAS	81
D. ELEMENTOS Y TIPOS DE PATRIMONIO	84

SECCION II: PATRIMONIO FAMILIAR	90
A. CONCEPTO	91
B. CONSTITUCION Y CESACION	93
C. ADMINISTRACION Y BENEFICIARIOS	101
SECCIÓN III: REGIMENES PATRIMONIALES MATRIMONIALES.....	104
A. CONCEPTO	105
B. NATURALEZA JURÍDICA	107
C. CLASIFICACIÓN	107
CAPITULO III: RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA FAMILIA EN COSTA RICA ...	124
SECCIÓN I. HISTORIA	125
A. CÓDIGO DE 1841.....	126
B. CÓDIGO CIVIL DE 1888	131
C. CÓDIGO DE FAMILIA DE 1973.....	134

SECCIÓN II. REGÍMENES APLICABLES	138
A. REGIMEN CONVENCIONAL	139
B. REGIMEN LEGAL	146
1. LIBRE DISPOSICIÓN DE LOS BIENES	147
2. DERECHO DE GANANCIALES	152
3. LIQUIDACIÓN ANTICIPADA DE GANANCIALES	163
SECCIÓN III. SITUACIÓN DE LA PAREJA EN LA ACTUALIDAD	167
A. CONSIDERACIONES GENERALES	169
B. ANALISIS CRÍTICO	172
A. LEY N° 7689 DE 1997	178
B. CONSECUENCIAS DE LA REFORMA	181
C. RECOMENDACIONES	183
SECCIÓN IV: DERECHO COMPARADO.....	191
A. LEGISLACIÓN ITALIANA	191
B. LEGISLACIÓN ARGENTINA	196
C. LEGISLACIÓN MEXICANA	199

CONCLUSIONES	205
ANEXOS	218
BIBLIOGRAFÍA	235

ESPINOZA NAVARRO Rocío, HERNÁNDEZ CAMPOS Marianella y QUESADA BERMÚDEZ, Karen. **"ANÁLISIS DEL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA FAMILIA COSTARRICENSE DE CARA AL SIGLO XXI"** Tesis para optar por el grado de licenciadas en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1999.

DIRECTORA: LIC. DINIA ROJAS MONTERO

PALABRAS CLAVES

FAMILIA, TEORIA Matriarcal, familia Punalua, familia Monogamica, Teoria Patriarcal, familia Primitiva, familia Medieval, familia Contemporanea, el Clan, la Gran familia, Pequeña familia, Matrimonio, Conyuge, Union de hecho, Convivientes, Regimen Patrimonial, Patrimonio, Elementos del Patrimonio, Tipos de Patrimonio, Patrimonio Personal, Patrimonio Separado, Patrimonio Colectivo, Patrimonio Familiar, Bien de familia, Afectacion, Regimenes Matrimoniales, Regimen Economico, Sistema Convencional, Sistema de Unidad o Absorcion, Sistema de Comunidad de Bienes, Sistema de Separacion de Bienes, Sociedad Legal de Gananciales, Sistema de Participacion, CODIGO GENERAL DE CARRILLO 1841, CODIGO CIVIL 1888, CODIGO DE FAMILIA, CAPITULACIONES MATRIMONIALES, REGIMEN LEGAL, LIBRE DISPOSICION DE BIENES, DERECHO DE GANANCIALES, GANANCIALES, LIQUIDACION ANTICIPADA DE GANANCIALES, PAREJA, CULPABILIDAD – PERDIDA DE GANANCIALES, LEY NO. 7689, LEGISLACION ITALIANA, LEGISLACION ARGENTINA, LEGISLACION MEXICANA, SIMULACION.

RESUMEN

Esta investigación inicia con la explicación de la familia como institución que ha evolucionado a través de la historia, razón por la cual su concepto ha variado, lo que ha dado lugar a una serie de transformaciones en la legislación familiar costarricense.

Dentro de esos cambios se destaca la regulación que se ha dado a la unión de hecho, intentando equipararla a la institución del matrimonio, por lo que se realiza un análisis de ambas figuras.

Como preámbulo para una investigación del régimen económico de la familia, es necesario referirse al régimen patrimonial, tomando en cuenta tanto el patrimonio en general como el patrimonio familiar o bien de familia.

Seguidamente analizamos el régimen económico de la familia en Costa Rica, haciendo una reseña histórica, iniciando por el Código de 1841, pasando por el Código de 1888, hasta llegar al Código de Familia actual.

Posteriormente estudiamos los regímenes aplicables en nuestro país, así como la situación que vive la pareja en la actualidad, haciendo énfasis en la reforma al artículo 41 del Código de Familia, realizando a su vez un breve análisis crítico; por último mencionamos algunas legislaciones extranjeras como la de Italia, México y Argentina, destacando los aspectos más relevantes de cada una de ellas.

INTRODUCCION

A través de la historia, la institución de la familia ha ido variando paulatinamente, lo que ha provocado la necesidad de que el legislador se ajuste a ésta situación de cambio y la regule de acuerdo a la realidad, esto con el fin de evitar las constantes desigualdades que se generan en el núcleo familiar, especialmente aquellas que guardan relación con el régimen económico de la familia.

Recientemente, se ha entendido por familia, no sólo aquella basada en el vínculo matrimonial sino también la que surge de la unión de hecho pública, notoria, única y estable, ambas reguladas en nuestro Código de Familia a raíz de las costumbres cambiantes de la sociedad.

En nuestro medio, poco se ha escrito sobre el Derecho de Familia en general, y todavía menos del aspecto económico de ésta institución, sobre todo en lo que respecta a la unión de hecho regulada recientemente en nuestro Ordenamiento Jurídico, por la Ley N° 7532 del 8 de agosto de 1995; lo anterior es consecuencia de que tanto el legislador como la sociedad civil ha entendido erróneamente el concepto de familia, restringiéndolo a la institución del matrimonio.

Por ello es de especial importancia el análisis de la familia destacando el régimen económico, que ha sido objeto de diversas modificaciones, de las cuales la más reciente es la reforma al artículo 41 del Código de Familia vigente, norma que regula lo que en doctrina se conoce como el régimen de participación de bienes gananciales, por cuanto no es sino hasta sentencia, en los casos de nulidad matrimonial, divorcio, liquidación anticipada de bienes gananciales o separación judicial que surge el mismo, tomando en cuenta las incidencias que ésta reforma ha de tener en su aplicación.

Para lo anterior se hace necesario referirse al régimen patrimonial como preámbulo para una investigación exhaustiva del régimen económico de la familia, en el sentido de que es más amplio y abarca otras uniones no necesariamente matrimoniales, como ya dijimos, pero desde luego, desde este punto de vista, incluiría también aquellos regímenes propios de la unión matrimonial, como son el régimen convencional y el legal, los que hasta la fecha han sido criticados, porque, el régimen legal no permite una adecuada protección a los derechos patrimoniales de los cónyuges, ya que en una comunidad de vida los bienes adquiridos dentro e incluso aquellos aportados al matrimonio, ven incrementados su valor por el esfuerzo común de ambos cónyuges y no sólo del que aparece como propietario.

La ausencia de una debida normativa para el régimen patrimonial de la familia, crea una serie de desventajas para el cónyuge que no es propietario, el

que ve con mucha dificultad, la posibilidad de reclamar un derecho que le pertenece por ley, y en el que, tanto el esfuerzo común y la convivencia son los elementos fundamentales para ese reclamo.

Dándole importancia a ésta situación, los tribunales se orientan cada vez más a darle protección al derecho a gananciales, que los cónyuges tienen, tratando así de limitar de alguna manera la libre disposición, con medidas como la anotación de la demanda y el aseguramiento o inventario de bienes.

Así también, el régimen consensual no sólo tiene muy poca utilidad práctica, sino que además, cuando los contrayentes utilizan este régimen, dejan en total indefensión al otro que no posee bienes y que sin embargo, de una y otra forma, ha ayudado a aumentar el patrimonio familiar con su esfuerzo y dedicación.

De igual modo, no hay que dejar de lado las características más sobresalientes de las diversas legislaciones y doctrina extranjera, lo que permite encontrar los fundamentos del sistema costarricense y los aspectos que lo distinguen o asemejan a los demás sistemas contemporáneos.

El objetivo general que se pretende alcanzar con la presente investigación consiste en analizar el régimen económico de la familia de cara a las nuevas reformas legislativas costarricenses. Con el fin de respaldar dicho objetivo general

nos hemos propuesto una serie de objetivos específicos, que consisten en considerar la evolución que ha sufrido el concepto de familia como núcleo básico de la sociedad, analizar la doctrina; legislación y jurisprudencia actuales relacionados con el régimen económico del matrimonio y de la unión de hecho, observar la repercusión de la liquidación anticipada de bienes gananciales, establecer la importancia de que el trato patrimonial sea igual en todos los campos (matrimonio o unión de hecho), determinar los cambios suscitados en la legislación vigente, examinar las causas que dieron origen a la reforma del artículo 41 del Código de Familia Costarricense, considerar las incidencias de que el cónyuge culpable no pierda el derecho a gananciales y distinguir la forma de operar del régimen patrimonial en la legislación comparada.

Para cumplir tanto con el objetivo general como con los específicos, nos hemos planteado como hipótesis el comprobar si la reforma al artículo 41 del Código de Familia, constituye una solución efectiva para hacer que desaparezcan las situaciones de desigualdad generadas entre la pareja, a la hora de terminar su unión como tal.

Nuestra investigación será encaminada a realizarse de forma tal que contenga un carácter no sólo descriptivo de las instituciones en el derecho de familia costarricense, sino también una visión analítica y sobre todo crítica del mismo, así como también realizar aportes en forma de propuestas y de posibles

soluciones para mejorar las situaciones que se generan de una relación de pareja en cuanto al régimen económico.

Es nuestro propósito dar una visión objetiva de la situación actual de la familia, no sólo con base en un matrimonio, sino también originada en una unión de hecho, situación reconocida por nuestro Código de Familia por Ley N° 7532 del 8 de agosto de 1995.

Para llevar a cabo nuestros objetivos, analizaremos doctrina y legislación nacional y extranjera, así como las resoluciones dictadas por nuestros tribunales de justicia. Por otra parte, se efectuarán entrevistas a diversos conocedores en la materia.

En el capítulo primero de nuestra investigación, se llevará a cabo un análisis de la familia como institución jurídica que se ha mantenido a través del tiempo, sin olvidar que ha sido objeto de continuas transformaciones; dentro de las cuales la más importante ha sido la forma en que ésta se constituye, pues normalmente se ha considerado como familia aquella que tiene su origen en el matrimonio; dejando de lado, aquellas conformadas por parejas en unión de hecho; institución que ha adquirido gran trascendencia, tanto para la sociedad como para el Ordenamiento Jurídico.

El régimen patrimonial, incluyendo tanto el patrimonio en general como los diversos regímenes patrimoniales matrimoniales establecidos por la doctrina serán tema de estudio en el segundo capítulo.

Concluido el análisis de los capítulos anteriores, en el tercer capítulo nos dedicaremos a estudiar el régimen económico de la familia en la sociedad costarricense; para lo cual se hace referencia a las diversas legislaciones promulgadas en nuestro país con relación a ésta materia, así como también las legislación de Italia, Argentina y México.

En este mismo capítulo, se realizará un breve análisis de los regímenes económicos que se aplican en nuestra sociedad, tomando en consideración la situación que enfrentan las parejas actualmente, debido a la reforma al artículo 41 del Código de Familia.

CAPITULO I: LA FAMILIA

La institución de la familia, a través de la historia ha conmovido y aún conmueve jurídicamente; por la profunda evolución que ha venido atravesando, ha roto las murallas que la circundaban y reducían, tiende a evadirse de las recias normas que la definieron con criterios jurídicos, tomando un acusado matiz social.

La familia no constituye una creación del derecho, más bien, el derecho solamente la reconoce y regula de acuerdo con la realidad social, se trata de una institución humana, que nace, crece, se desarrolla, encuentra su máxima expresión, declina y muere.

Una adecuada protección al interés de la familia presupone un tratamiento correcto de los conceptos de igualdad y libertad de los cónyuges dentro del régimen económico del matrimonio y su sujeción al interés familiar.

El término familia implica un concepto jurídico que como muchos otros padece de indeterminación, no hay un concepto intemporal de familia.

SECCIÓN I: CONSIDERACIONES GENERALES

La familia, que constituye el objeto del “derecho de familia”, es una realidad que está condicionada histórica y socialmente; es el más natural y antiguo de los núcleos sociales, en todo tiempo ha sido y es la verdadera célula de la sociedad como base y piedra angular del ordenamiento social.

Como considera Castán Tobeñas “no sólo porque constituye el grupo natural e irreductible que tiene por especial misión la de asegurar la reproducción e integración de la humanidad a través de las generaciones y de los siglos, sino, además, porque es en su seno donde se forman y desarrollan los sentimientos de solidaridad, las tendencias altruistas, las fuerzas y virtudes que necesita para mantenerse saludable y próspera la comunidad política”¹.

Nuestra jurisprudencia, al respecto considera que “la familia por otra parte, es indiscutiblemente el elemento natural y fundamental de la sociedad porque es en ella que se dan los elementos fundamentales para el desarrollo de las mejores cualidades del ser humano y donde se traspasan nuestras costumbres, tradiciones y enseñanzas de generación en generación.

¹ CASTAN TOBEÑAS (José) Derecho Civil Español Común y Foral, Madrid, Editorial Reus, Volumen I, Tomo V, 1962, p. 35.

En consecuencia, la familia, compuesta por individuos libres e iguales en dignidad y derechos ante la ley, tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado independientemente de la causa que le haya dado origen; su naturaleza e importancia justifican su protección”.¹

A. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

El origen de la familia se remonta a tiempos inmemoriales y no existe hasta ahora prueba plena y científica que demuestre en forma indubitable la evolución de la misma.

El nacimiento de la familia es el resultado de la tendencia natural del ser humano a vivir en agrupación, para poder contrarrestar los peligros y las comunes necesidades; este agrupamiento natural del ser humano fue moldeando distintas formas de convivencia, auxilio mutuo, relaciones filiales, de ahí que el hombre siempre pretenda vivir en sociedad.

Sin embargo, para llegar a la génesis de la familia, la doctrina ha establecido dos teorías diferentes:

¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 4424 de 17H. de 29 de julio de 1997.

Teoría Matriarcal:

Expuesta por Bachofen, Morgan Mac Lennan y Giraud – Teulon, quienes afirman que es aquí donde se ha ubicado el origen de la familia; se da una época de promiscuidad primitiva, pues la paternidad era algo insegura, era la madre quien se consideraba centro y origen de la familia por ser lo notorio, de tal forma que el parentesco sólo era considerado por línea materna; lo que se denomina “**parentesco uterino**”.

De esa promiscuidad se pasa a grupos conyugales más o menos numerosos y posteriormente se da lo que conocemos como “**familia punalúa**” considerada como una forma de organización más avanzada, pues constituía una unión matrimonial entre un grupo de hermanos de una familia con otro grupo de hermanos de otra familia distinta, en ésta misma evolución se encuentra la “**familia sindiásmica**” que estaba organizada por grupos de parejas conyugales pero se va a distinguir de la anterior por la duración temporal de la relación.

En un tercer momento aparece la “familia monogámica” con un carácter más estable a consecuencia del robo o compraventa de la mujer que era considerada como una cosa y que sólo podía tener marido con el propósito de procrear hijos cuya paternidad no fuese discutible.

A partir de este momento se da el tránsito de la familia matriarcal a la patriarcal, debido a una mayor estabilización de la familia al determinarse la paternidad, se despierta en el varón la necesidad de dejar sus bienes a quienes considere sus hijos, sustituyéndose el parentesco uterino por el agnático o de varón.

Teoría Patriarcal:

Su principal expositor fue Summer Maine, para quien el origen de la sociedad se haya en la unión de familias distintas, cuyos miembros se unen bajo la autoridad del varón de más edad. Esta teoría niega la promiscuidad sexual y sostiene que el padre fue siempre desde tiempos muy remotos el centro de la organización social familiar.

Para quienes profesan la religión católica, el origen de la familia se remonta a la creación de la primera pareja en el paraíso terrenal y a su descendencia. Se habla en las Sagradas Escrituras de la familia patriarcal y según Piedrahita Gómez es la que más convence ante la falta de prueba que la desvirtúen como familia primigenia.

Algunos autores hacen referencia al origen de la familia a través de las épocas:

La familia primitiva:

En los tiempos primitivos la familia se encontraba agrupada en células más o menos numerosas sometidas a la dirección de un jefe de la tribu, que en ocasiones era un varón que se hacía acreedor de ese estatus debido a sus cualidades excelsas; en otras ocasiones podía ser una mujer. El vínculo que mantenía unida a la familia era el parentesco y la religión.

La familia Medieval:

Esta época se ve influenciada por la doctrina cristiana, basada en la indisolubilidad de la familia, en la relación y respeto mutuo entre los cónyuges y en la autoridad del padre sobre su esposa e hijos. La autoridad del hombre sobre su mujer adquiere un contenido evidentemente tutelar que abarcó el campo personal tanto como el patrimonial.

La familia contemporánea:

Se conserva el carácter monogámico del matrimonio, sin embargo, se llega a imponer el matrimonio civil. Se considera familia al grupo humano que tiene como base el matrimonio. Va desapareciendo la potestad marital al haber una identificación paulatina de los deberes y derechos de ambos cónyuges.

Al igual que se va considerando a la familia no sólo aquella que se origina en el acto jurídico denominado matrimonio¹, sino también a aquella familia como hecho o especie fáctica, como el grupo de personas ligadas entre sí por lazos de consanguinidad, afinidad o adopción que conviven en un mismo techo y se subordinan a su propia disciplina y autoridad, sin que surja de una unión concertada o formalizada ante un funcionario competente.

Según el autor Borda se ha llegado a concretar la evolución de la familia en tres fases:¹

¹BORDA citado por BELLUSCIO (Augusto Cesar). Manual de Derecho de Familia, Buenos Aires. Ediciones Depalma, Tomo I, 1979, p 14

El Clan:

Como una vasta familia o grupo de familias unidos bajo la autoridad de un jefe común. En ellos se desenvuelven todas las actividades sociales, políticas y económicas. El aumento de la población, el progreso de la cultura y la necesidad de crear un poder más fuerte que sirviera eficazmente en la guerra, demuestran la insuficiencia de esta organización.

La gran familia:

Al nacer el Estado y asumir el poder político, llega entonces la fase de mayor esplendor de la familia que se estructura bajo la autoridad absoluta del jefe, ejemplo de esta etapa es la familia romana primitiva sometida a la autoridad del pater familias, el cual preside una comunidad constituida por su mujer, hijos, clientes y esclavos; tenía sobre todos poder de vida y muerte, podía venderlos, casarlos y disponer libremente de ellos, era adorado como un dios.

Esta familia constituía toda una organización económica, labraba la tierra, hacía el pan y el vino, tejía las telas, construían las casas, es decir se bastaba así misma.

La pequeña familia:

Última etapa de la evolución. Esta familia por muchos factores como el aumento de la riqueza, las necesidades, la mayor complejidad de las relaciones económicas, el creciente intercambio comercial fue perdiendo paulatinamente sus funciones económicas, transferidas primero a los mercaderes y luego a las corporaciones y por último a las grandes organizaciones capitalistas y al propio Estado. Además la rudeza con que el pater familias ejerció su poder se hizo intolerable y la mujer a través de muchas etapas de avance y retroceso fue saliendo de su sujeción hasta conquistar la igualdad jurídica que hoy se le reconoce. La familia ha dejado de ser una unidad política y económica, limitándose a su función biológica y espiritual reducida al pequeño círculo de padres e hijos, es el centro de procreación, de formación moral de los niños, de solidaridad y asistencia recíprocas.

B. CONCEPTO

Se han establecido diversas significaciones del término familia, etimológicamente, la mayoría de los filólogos son de la opinión de que la palabra familia proviene de la voz latina "famulia" la cual se deriva de "famulus" que se refiere a la agrupación de personas o servidumbre que habita con el señor de la

casa, con una relación de derechos y deberes ordenados en función de servicios mutuos.

Encontramos otras significaciones, entre ellas están:

Familia en sentido amplio:

Se le conoce también como parentesco, como conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico de orden familiar; comprende a los ascendientes, descendientes sin limitación de grados y colaterales (parientes por afinidad). Zannoni la considera como “el conjunto de personas entre las cuales existen vínculos jurídicos, interdependientes y recíprocos, emergentes de la unión sexual y la procreación”¹

Familia en sentido restringido:

En doctrina se le denomina como pequeña familia, familia conyugal, parentesco inmediato o núcleo paterno – filial; comprende sólo la familia conyugal, “la agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que viven con ellos y

¹ ZANNONI citado por BELLUSCIO (Augusto Cesar), Op.cit., p 3

están bajo su potestad”.¹ Esta asume mayor importancia social que jurídica, por ser el núcleo más limitado de la organización social.

Familia en sentido intermedio:

Como un orden jurídico autónomo, es aquel "conjunto de personas que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella". Este era el sentido de la familia romana.²

Desde una perspectiva sociológica: "La familia es una institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco".³

C. NATURALEZA JURÍDICA

Existen tres tendencias, que definen la naturaleza jurídica de la familia:

¹ BELLUSCIO (Augusto Cesar), Op.cit. p 4

² BELLUSCIO (Augusto Cesar), Op.cit. p 4

³ BOSSERT (Gustavo) y ZANNONI (Eduardo), Manual de Derecho de Familia, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1990, p 5.

Tesis que acepta la personalidad jurídica de la familia:

Es sostenida por Savatier, quien dice que la familia es una persona moral desconocida y a su juicio, existen algunos derechos subjetivos que no pertenecen a ninguna de las personas físicas que la integran, sino a la familia como tal; por ejemplo, en el aspecto patrimonial (bienes de familia, reserva hereditaria, etc.), y extrapatrimonial (nombre, derecho de potestad, defensa jurídica, etc.).

Este concepto es impugnado por Dabin y Planiol quienes afirman que la familia no es un grupo constituido según una forma jurídica precisa. Está compuesta por un número variable de personas unidas entre sí por determinadas relaciones jurídicas, no existe patrimonio familiar ni representación jurídica de la agrupación.

Carece de sentido pretender que la familia constituya una persona jurídica, pues no existe norma de la que pueda derivarse que la familia como tal sea titular de derechos y obligaciones.

Tesis que afirma que la familia es un organismo jurídico:

Sostenida por el profesor italiano Antonio Cicu. De acuerdo con él, la familia se presenta como agregado de formación natural y necesaria que se coloca junto al Estado, pero anterior y superior a él, reconoce que la familia no es persona jurídica; afirma que se trata de un organismo jurídico, carácter que estaría dado por la circunstancia que entre los miembros de la familia no hay derechos individuales, sino vínculos recíprocos de interdependencia entre los sujetos y subordinación de todos ellos a un fin superior.

Se trata de una organización de carácter jurídico similar a la del Estado. Sus argumentos han sido rechazados por la mayoría de los doctrinantes, esta concepción ha servido a los sistemas políticos que mantienen una permanente injerencia en la vida interior de la familia y se hace de ésta un ámbito en que sus miembros actúan como delegados del poder estatal.

Tesis que sostiene que la familia es una institución:

Seguida por la mayoría de la doctrina, esta teoría fue iniciada en Francia por Maurice Hauriou y desarrollada luego por Renard y Prelot.

Maurice Hauriou, elabora ésta teoría a partir de su concepción de una idea de obra o empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social y para cuya realización se organiza un poder que le procura los órganos necesarios, con manifestaciones de comunión entre los miembros del grupo.¹

Según Valencia Zea “la familia es una institución en sentido objetivo, que debe realizar más funciones: la transmisión de la vida y de la cultura, aclarando que la palabra institución debe emplearse entendiendo como tal a la familia en sentido ontológico que viene a ser una institución en sentido sociológico”.²

Belluscio afirma que una familia es una unión o asociación de personas, es una institución, la institución de que se vale la sociedad para regular la procreación, la educación de los hijos y la transmisión por herencia de la propiedad. Institución histórica y jurídica de más hondo arraigo a través de las diferentes etapas de la civilización.

Dice Hauriou que institución es todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados; así la familia, la

¹ HAURIUO (Maurice) citado por LAFONT PIANETTA (Pedro) Derecho de Familia. Bogotá, Editorial Librería del Profesional, 1992, p 21.

² ZEA (Valencia) citado por GOMEZ PIEDRAHITA (Hernán) Derecho de Familia. Bogotá, Editorial Temis, 1992, p 9.

propiedad, un estado en particular no pueden ser destruidos ni siquiera por la legislación.

La Familia es sin duda una institución social, pues las relaciones determinadas por la unión intersexual, la procreación y el parentesco constituyen un sistema integrado en la estructura social con base en pautas estables de la sociedad.

D. CARACTERÍSTICAS

- 1. Forma de organización social reflejado por las circunstancias históricas en que surge.**
- 2. Elemento indispensable de cohesión y equilibrio social**
- 3. Hecho histórico y social en respuesta a las transformaciones económicas y sociales de la colectividad. La familia ha vivido a través de la historia del hombre una marcha incesante y permanente y ha sufrido en el decurso histórico serios ataques de los cuales ha sobrevivido sin desaparecer en ningún momento. Aún en aquellos estados caóticos, la familia por sí misma y sin protección jurídica**

específica, ha logrado soportar los vaivenes económicos, sociales e incluso políticos, para mediante su autoprotección y su concentración ampararse en el fundamento más serio que ella sustenta, se trata del elemento ético y así imponerse a los designios de la intervención del Estado.

4. Sujetos subordinados a un único interés: el interés a la familia, porque según Víctor Pérez debe hablarse de “interés a la familia” y no de “interés familiar” debido a que en la legislación costarricense la familia no se presenta como titular de situaciones jurídicas ni mucho menos de intereses jurídicos, sobre todo al considerarse a la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad”
5. La familia puede o no ser sujeto de protección estatal dependiendo del espacio jurídico que se le asigne. Sin embargo, debe destacarse que no hay sociedad sin la preexistencia de la familia, pues ésta es la piedra sobre la cual aquella se asienta y es evidente que la sociedad es a su vez preexistente al Estado, por lo que éste deberá vigilar con cuidado y solicitud la estabilidad de la familia.

E. LEGISLACIÓN COSTARRICENSE

Nuestro legislador aunque no da un concepto preciso de lo que debe entenderse por familia, si le da la relevancia jurídica necesaria para su protección, por ser una institución importante para el desarrollo no sólo del individuo considerado en sí mismo, sino también en su proyección ante la sociedad.

En este sentido la Constitución Política, como pilar fundamental de nuestro Ordenamiento Jurídico, establece el principio rector por el que se brinda protección a la familia. Al respecto el artículo 51 de este cuerpo normativo indica:

“La familia como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección, la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido”.¹

En el Derecho de Familia, doctrinaria y jurisprudencialmente se ha establecido de modo claro que existen factores de orden público y que incluso puede hablarse de un "orden público familiar" en la medida en que las reglas básicas sobre las que la familia se organiza se encuentran recogidas en el texto

¹ Constitución Política de 7 de noviembre de 1949, San José, Ediciones SEINJUSA, 1995, art. 51

constitucional. De ahí entonces que existe un interés manifiesto en el mantenimiento de la institución familiar, y en que ésta posea un determinado sentido que no quede abandonado a sus propias fuerzas e iniciativas.¹

Cabe señalar que en el ámbito internacional, se han promulgado instrumentos debidamente aprobados y ratificados por nuestro país, los cuales toman en consideración a la familia como elemento fundamental de la sociedad, como es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en su numeral 17 párrafo primero señala:

“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado...”²

En igual sentido se ha regulado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 16, párrafo tercero. Este instrumento internacional le otorga a la familia el derecho a ser protegida por el Estado, a diferencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que lo ha establecido como un deber.

¹ Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, N° 410 de 9 H de 27 de agosto de 1991.

² Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por ley N° 4534 de 23 de febrero de 1970, art. 17.

Por otra parte el Código de Familia retoma la normativa establecida en los instrumentos internacionales antes citados, de tal forma que su artículo primero establece que es obligación del Estado proteger a la familia y en el artículo segundo se regulan los principios básicos para solucionar los conflictos familiares, los cuales no están colocados en orden preferente o excluyente y que son:

1. Unidad de la familia:

En el pasado lo concerniente al Derecho de Familia se encontraba en nuestro Código Civil, razón por la cual no se señalaban principios como el mencionado, el cual pasa a ser una de las más importantes reformas al derecho familiar costarricense, con la promulgación de la Ley No. 5476 de diciembre de 1973, o Código de Familia.

2. Interés de los hijos, en especial el de los menores de edad.

3. Igualdad de deberes y derechos entre los cónyuges

El artículo 4 también recoge como principio básico la no - discriminación entre hijos de matrimonio y los habidos fuera de él, el cual se deriva de lo instituido en el numeral 53 de nuestra Carta Magna.

Por otro lado es importante hacer mención del artículo 100 que regula la adopción como institución jurídica de integración y protección familiar, de orden público e interés social, en donde el adoptado entra a formar parte de la familia de los adoptantes en calidad de hijo (a) para todos los efectos; por lo que se crean los mismos vínculos jurídicos que unen a los padres con los hijos e hijas consanguíneos.

SECCIÓN II: MATRIMONIO Y UNIÓN DE HECHO

El derecho como uno de los principales instrumentos de regulación social, debe reglamentar la familia como institución, sin distinguir entre los diversos tipos existentes, ya sea los constituidos de acuerdo con los ritos legales o religiosos o uniones de hecho.

“Para el legislador constituyente, las llamadas “familias de hecho” y el matrimonio son simultáneamente dos fuentes morales y legales de familia (hay que tomar en cuenta que no existe impedimento legal para constituir una familia de hecho); ambos garantizan la estabilidad necesaria para una permanente vida familiar, porque se originan en una fuente común: el amor que vincula al hombre y la mujer, el deseo de compartir, de auxiliarse y apoyarse mutuamente y de tener descendencia”¹

Por esta razón en la actualidad, se ha entendido por familia, no sólo aquella basada en el vínculo matrimonial sino también la que surge de la unión de hecho pública, notoria, única y estable, las cuales a raíz de las costumbres cambiantes de la sociedad costarricense han sido reguladas en nuestro Código de Familia.

¹ Sala Constitucional, No. 4424 de 17 H. de 29 de julio de 1997.

A. MATRIMONIO

El matrimonio es una institución que obedece a la necesidad imperante en los individuos pertenecientes a un grupo social, de constituir un círculo familiar, que de acuerdo con Don Alberto Brenes Córdoba sea complemento de su naturaleza racional y sensible. “El hombre y la mujer se complementan entre sí para formar una entidad superior que reúne las condiciones necesarias para la perpetuidad de la especie y el bienestar común”¹

El matrimonio, aunque no es el único modo de constituir una familia - dada la existencia de las uniones de hecho - es la forma normal en que se constituye una sociedad conyugal; de esta manera, no es posible negar a las uniones de hecho sus efectos, ni mucho menos el reconocimiento de ciertos derechos respecto de los hijos nacidos de dichas uniones.

Sin embargo, según Fernández Clérigo:

“Es indispensable considerar el matrimonio como la base normal y legal de la familia”², ya que el hecho de que un varón y una mujer convivan, constituye un

¹TREJOS SALAS (Gerardo) Derecho de Familia Costarricense, San José, Editorial Juricentro, 1992, p 67

²FERNÁNDEZ CLÉRIGO (Luis) El Derecho de Familia en la legislación comparada, México, Editorial UTHEA, 1947, p 7

hecho social que requiere el vínculo jurídico del matrimonio, del cual nace una nueva forma de vida con relaciones jurídicas propias.

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La pareja humana constituye el matrimonio, sin embargo, no se sabe a ciencia cierta cuando apareció la pareja como primer núcleo familiar ya que la unión del varón y la mujer responde a un instinto natural que no necesariamente constituye la institución de la pareja. "La institución de la pareja humana, como matrimonio se debe, quizás, a reglas de convivencia que aparecieron en sociedades más avanzadas, dentro de un contexto social que requería la permanencia de la pareja"¹

Por otra parte, al observar las culturas de la India, Egipto o Grecia, o las religiones Judeo Cristianas o Islámicas, el predominio del varón es evidente. Desde las primeras sociedades, las mujeres viven en una situación de inferioridad y dependencia con respecto a los hombres, son propiedad del padre y luego del marido y sólo existe como procreadora.

¹ CHÁVEZ ASENCIO (Manuel) La Familia en el Derecho: Relaciones Jurídicas Conyugales, México DF, Editorial Porrúa, 1990, p 3

Un primer momento de dignificación de la mujer se da con la aparición del cristianismo que trae un mensaje evangélico de amor, igualdad y compañerismo. Al respecto Castán Tobeñas indica que “el cristianismo fundó el matrimonio sobre la base de la igualdad; hizo de él una sociedad, una personalidad, una asociación de tan estrechos lazos que los cónyuges funden sus vidas en una superior unidad. En esta asociación tan íntima de cuerpos y de almas, no puede ni debe hablarse de un predominio de una voluntad de una persona sobre otra, del marido sobre la mujer, pues en el cristianismo se habla de que no son ya dos, sino una sola e indivisible carne o voluntad”.¹

Desde sus orígenes, el matrimonio reviste una gran importancia social y además trascendentales consecuencias; esto hace que los pueblos antiguos asociaran la institución al misterio religioso y a la solemnidad litúrgica, encargándole al sacerdote la santificación y formalización de éste.

Con el nacimiento y expansión del Cristianismo “se consolidaron los elementos esenciales constitutivos del matrimonio, unidad y perpetuidad, y se llevó más allá, puesto que se proclamó de un modo dogmático la indisolubilidad, haciendo fluir ésta última condición de los labios del propio Jesucristo: “**QUOD**

¹ CASTAN TOBEÑAS citado por CHÁVEZ ASECIO (Manuel) Op. cit. p 7.

ERGO DEUX CONIUXIT, HOMO NON SEPARET (Lo que Dios unió, no lo separe el hombre)".¹

El matrimonio instituido por Jesucristo alcanzó la categoría sacramental; así, para los que hoy profesan el catolicismo, sólo puede contraerse el matrimonio que regula la Iglesia.

La falta del reconocimiento del valor sacramental del matrimonio por parte de Lutero, contribuyó a la transición hacia la forma puramente civil. Esto trajo consigo que durante el siglo XVI, se elaborara en Francia la doctrina del matrimonio como contrato, distinguiéndolo del sacramento y teniendo el Estado la soberanía para la regulación del aspecto contractual.

En cuanto a la forma de iniciarse la unión, se distingue entre el matrimonio:

***Por Rapto**, que es el que se funda en la superioridad física del hombre.

***Por Compra**, en donde la mujer se convierte en una cosa valiosa que sus padres negocian.

¹ FERNÁNDEZ CLÉRIGO (Luis) *Op. cit.* p 9

***Por Consentimiento**, que es relativamente reciente, y se presenta sólo en el Derecho Romano, y el consentimiento de la mujer asume relevancia en la celebración.

En Roma, para constituir un matrimonio se requería la cohabitación del varón con la mujer con la intención de ser marido y mujer (*affectio maritalis*); si desaparecía la cohabitación o el *affectio*, el matrimonio dejaba de existir.

2. CONCEPTO Y CARACTERISTICAS

Es conocido que a través de la figura institucional del matrimonio, se encausa la unión permanente de personas de distinto sexo que contribuye a la realización de los fines humanos. La palabra matrimonio deriva de las palabras “*matris*”, que significa madre y “*monium*”, que significa carga o gravamen; lo que ha llevado al comentario de que para la madre, un hijo es antes del parto, oneroso, en el parto doloroso y después del parto una carga, por ésta razón el enlace del hombre y de la mujer se ha denominado matrimonio.

Es difícil encontrar una única definición de matrimonio que sea compartida por toda la doctrina, por lo que haremos referencia a diferentes concepciones esbozadas por algunos tratadistas.

Diez Picaso y Gullon consideran que “el matrimonio puede definirse como la unión de un varón y una mujer, concertada de por vida mediante la observancia de determinados ritos o formalidades legales y tendente a realizar una plena comunidad de existencia”.¹

Asimismo Guillermo Borda considera que “el matrimonio es una sociedad del hombre y la mujer, que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse, para socorrerse mutuamente, para llevar el peso de la vida y compartir su común destino. Es la unión del hombre y la mujer para el establecimiento de una plena comunidad de vida”.²

Fernández Clérigo es del criterio de que “el matrimonio es la base esencial de la familia. No hay, en realidad, ninguna legislación que no lo reconozca así. El primitivo Código de la Familia Ruso, el más extremista de todos, en cuanto permitía uniones matrimoniales exentas de toda formalidad, borraba casi totalmente, la diferencia entre familia matrimonial y extramatrimonial, y completamente la que mediaba entre la condición de los hijos nacidos del matrimonio y los habidos fuera de él; otorgaba sin embargo, a la unión matrimonial

¹ DIEZ PICASO (Luis) y GULLON (Antonio), Sistema de Derecho Civil, Madrid, Editorial Tecnos, 1983, Volumen IV, p 65.

² BORDA (Guillermo) Manual de Derecho de Familia, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot 10ª edición, 1988, p 33

la importancia jurídica y social que necesariamente reviste, la consideraba fuente de múltiples derechos y obligaciones, y regulaba cuidadosamente su público registro...”¹

Este mismo autor indica que el concepto de matrimonio parte de la idea de que se trata de la “unión perpetua de un sólo varón y una sola mujer para la procreación y perfección de la especie; el mutuo auxilio y el mejor y más adecuado cumplimiento de los fines de la vida humana”²

Por otra parte, la noción de matrimonio que contiene el Código de Derecho Canónico en su canon 1055 es la siguiente “la alianza matrimonial por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole...”³

De los conceptos antes indicados podemos extraer diversas características del matrimonio, así por ejemplo:

¹ FERNÁNDEZ CLÉRIGO (Luis) *Op.cit*, p 7.

² Ibid.

³ Código de Derecho Canónico, Iglesia Católica Romana, promulgado por Juan Pablo II, dado en Roma el 25 de enero de 1983.

- a. Implica la unión del hombre y la mujer, esto es lo que se conoce como diversidad de sexos, unión que se traduce en derechos y deberes recíprocos, para el incremento de la igualdad entre los cónyuges. La ley procura una división de trabajo y de facultades para fortalecerla.

- b. Es una unión permanente, existe un propósito de perpetuidad al contraerlo, al no permitirse uniones condicionales ni sujetas a plazo, este carácter se manifiesta aún en las legislaciones que admiten la disolución del vínculo por mutuo consentimiento, porque cuando dos personas se casan lo hacen para toda la vida; esto es consecuencia del interés social, ya que el matrimonio constituye la célula básica de la sociedad. Sin embargo, no debe confundirse con la indisolubilidad. No obstante, el matrimonio religioso se caracteriza por ser indisoluble, el vínculo matrimonial no puede disolverse o romperse durante la vida de los cónyuges; ésta característica le viene al matrimonio por ser sacramento y por estar consumado, en caso de que falte una, puede disolverse de acuerdo con la doctrina y legislación eclesiástica.

- c. Es monogámica, es decir unión exclusiva de un sólo varón y una sola mujer; aunque algunos pueblos conocen la poligamia, todos los países de civilización occidental y cristiana han adoptado el régimen de

3. FINES

Son muy diversas las fórmulas propuestas por los autores para señalar la finalidad del matrimonio; así por ejemplo para la doctrina canónica son tres los fines del matrimonio:

1. Procreación y educación de los hijos
2. Ayuda mutua
3. Remedio de la concupiscencia “más vale casarse que ser devorado por las pasiones”

Para otro sector de la doctrina, los fines que cumple el matrimonio, son la satisfacción del amor, la mutua compañía y asistencia, la procreación y la educación de los hijos, aunque no siempre se procuran todos ellos.

Nuestra legislación, por ejemplo, le confiere al matrimonio distintos fines. Así, podemos ver que nuestro Código de Familia, en su numeral once, establece que:

“El matrimonio es la base esencial de la familia y tiene por objeto la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio.”¹

Santo Tomás de Aquino estableció que “el matrimonio tiene dos fines específicos: La procreación y la educación de la prole, y aún el fin individual, el mutuo auxilio de los cónyuges”²

Tratando de unificar la opinión de los diversos tratadistas, podemos extraer que los fines fundamentales, para los que está hecho el matrimonio son:

1. La vida en común. Que se traduce en la convivencia de los esposos, en la obligación de vivir juntos, bajo el mismo techo. Fin que se puede exceptuar cuando por razones de salud o trabajo los cónyuges deben habitar lugares distintos.
2. La cooperación y el mutuo auxilio, ya sea tanto espiritual como económico.

¹ Código de Familia, Ley N° 5476 de 21 de diciembre de 1973, 11ª edición, Editorial Porvenir S.A. 1997, art. 11.

² ARAYA JARA (Yolanda), CABRERA VEGA (Enrique), CHAVEZ GAMBOA (María de los Angeles), MONTOYA MEJÍA (Carmen), PINZÓN BARRETO (Ana Luz) Efectos Patrimoniales del Matrimonio en el Código de Familia Costarricense. Necesidad de una Reforma, San José, Seminario de Graduación para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1987, p 50.

3. Procreación y educación de los hijos. Aunque muchas parejas no cumplen este fin, porque no llegan a tener hijos, porque no pueden o porque simplemente no lo desean, no por ello dejan de cumplir con los demás fines del matrimonio como institución social y jurídica.

4. NATURALEZA JURÍDICA

Existen diferentes teorías acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio; la doctrina clásica apoya la teoría de la naturaleza contractual de éste, fundados en la consideración de que el vínculo matrimonial se deriva de la voluntad concorde de los esposos y en donde deben cumplirse las formalidades preestablecidas por el ordenamiento.

Esta doctrina fue defendida por los canonistas, para dignificar la unión del hombre y la mujer y para combatir los matrimonios de conveniencia, hechos por los padres sin consultar la voluntad de los hijos, pues el matrimonio debía fundarse en el amor y en la libre decisión de los interesados.

Asimismo los juristas liberales de la Revolución Francesa, vieron en esta idea un apoyo para el divorcio, ya que al tratarse de un contrato, las partes podrían dejarlo sin efecto de común acuerdo.

Otros lo definen de una forma más amplia como una convención, porque no tiene fines lucrativos – pecuniarios. “...no se puede negar que el matrimonio representa una verdadera convención donde las voluntades de los contrayentes se funden para dar nacimiento a una verdadera relación jurídica, a la unión conyugal...”¹

Sin embargo, la opinión actual ha reaccionado contra dicha orientación, negándole al matrimonio el carácter de contrato, aduciendo que un contrato es una declaración de voluntad común destinada a reglar los derechos de las partes, y en el acto del matrimonio en cambio, los cónyuges no hacen otra cosa que prestar su consentimiento, pero todos los derechos están fijados por ley y las partes no pueden apartarse de éstas prescripciones de orden público; por lo que no basta que se dé en el matrimonio un acuerdo de voluntades para afirmar sin más que sea un contrato. La propia voluntad de las partes no tiene la misma potencia generadora que en los contratos, pues no basta una simple declaración de los contrayentes, como en éstos, que es necesaria la intervención de un oficial público que los declare unidos en matrimonio. Por otra parte, hay que añadir que la materia sobre la que recae el acuerdo matrimonial, es ajena al contrato, pues no puede ser objeto de convención contractual las relaciones personales y familiares, que son precisamente la materia del acuerdo conyugal.

¹ LEANDRO GARCÍA (Olman) citado por ARAYA JARA *Op cit*, p. 35

El matrimonio también ha sido considerado como un acto jurídico, ya que los contrayentes expresan su voluntad ante un oficial competente, para darle validez al acto. Es un acto jurídico no negociable, que produce efectos personales como la convivencia, la fidelidad, el mutuo auxilio, y también efectos patrimoniales, como las regulaciones económicas entre los cónyuges y frente a terceros.

Por último, tenemos la opinión de la mayoría de la doctrina, que considera que el matrimonio es una institución, ya que constituye un conjunto de reglas impuestas por el Estado, que forma un todo, al cual las partes no tienen más que adherirse, una vez dada esa adhesión, la voluntad de las partes es ya importante y son los efectos de la institución los que se producen automáticamente.

Por lo que es falso concebir al matrimonio nada más que como un vínculo jurídico, ya que el matrimonio obedece a profundos instintos humanos, está impregnado de ideas morales y religiosas, se propone fundar una familia, crear una comunidad plena de vida, concebir hijos, educarlos, es un elemento vital de la sociedad, es en fin, una institución.

5. SITUACIÓN ACTUAL

El matrimonio sigue siendo considerado por nuestro legislador y la mayor parte de la sociedad como el pilar fundamental sobre el que se basa la familia, principalmente por la influencia que ha tenido la Iglesia Católica en el pensamiento popular, así como el carácter conservador del costarricense.

En este sentido el artículo 11 del Código de Familia indica que:

“El matrimonio es la base esencial de la familia y tiene por objeto la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio”.

De la misma forma lo regula el artículo 52 constitucional “eliminándose la frase “base legal” y sustituyéndose por la de “base esencial”, lo cual significa que el hecho de que el legislador le haya dado protección constitucional al matrimonio, considerándolo la base esencial de la familia, no es excluyente de otros tipos de familia”.¹

¹ Sala Constitucional, N° 4424 de 17 H de 29 de julio de 1997.

Podemos observar que se ha eliminado la procreación como uno de los fines del matrimonio, por el contrario, ahora es concebido como una forma de asociación interhumana en donde la convivencia se ha convertido en el elemento primordial. No obstante, es innegable que para nuestro legislador la familia constituida mediante matrimonio prevalece sobre la familia de hecho, a pesar de los intentos que se han dado para mejorar su situación a través de una regulación adecuada.

Se concluye al respecto, que la noción tradicional de matrimonio ha sufrido múltiples transformaciones, producto de cambios sociales, valores morales, factores condicionantes y pautas de conducta. Esto ha ocasionado que en la actualidad esta institución descansa en la igualdad de los cónyuges, la cooperación y el mutuo auxilio, así como también, que no se le considere la única forma de constituir una familia.

Al respecto la Sala Constitucional ha establecido que "el matrimonio es entonces, base esencial, pero no única de familia, a los ojos del legislador. Si además tomamos en consideración que el legislador quiso proteger a la "familia" - sin hacer distinciones -, en el artículo 51, no podemos interpretar que "familia" sea sólo la constituida por vínculo legal, sino por el contrario, que el término es

comprendido de otros núcleos familiares, aún cuando el legislador haya manifestado su preferencia por los constituidos por matrimonio”.¹

B. UNIÓN DE HECHO

Hoy en día son muy comunes las familias basadas no ya en un matrimonio, sino por el contrario en uniones libres; sin embargo, para que haya lo que se denomina comúnmente una “familia de hecho” es precisa una vida paraconyugal de la pareja, que se conduce como matrimonio y como tal se pretende y se presenta.

La familia de hecho es una fuente de familia, entendida ésta como el conjunto de personas que vinculadas por la unión estable de un hombre y una mujer, viven bajo el mismo techo e integran una unidad social primaria. Sin embargo, debe quedar claro que no pueden equipararse a las uniones de hecho, los amoríos o las relaciones esporádicas y superficiales; las uniones de hecho cumplen funciones familiares iguales a las del matrimonio y se caracterizan al igual que este, por estar dotados al menos de estabilidad, publicidad, cohabitación y singularidad.²

¹ Sala Constitucional, N° 4424 de 17 H. de 29 de julio de 1997.

² Sala Constitucional, N° 2129 de 14 H. 54 de 3 de mayo de 1994.

La convivencia extramatrimonial tiene diferentes orígenes, finalidades y proyecciones de futuro, a veces representa lo que se ha llamado un matrimonio a prueba, es decir, los convivientes se colocan en una situación equivalente a la de un matrimonio para así comprobar la compatibilidad del compañero. En otros casos el hombre y la mujer no se han casado porque no pueden todavía, pero tienden igualmente al matrimonio, o puede haber entre los convivientes un impedimento no dispensable, o simplemente, en otros casos la convivencia va acompañada de la voluntad de no casarse.

La familia de hecho constituye una formación social merecedora de tutela a la que no se le pueden negar sus consecuencias jurídicas, principalmente en atención a la protección de la descendencia.

La Sala Constitucional ha sido muy clara al establecer que “no obstante los calificativos que algunas religiones le han dado al concubinato, sigue siendo hoy en día una fuente de familia, y desconocer esta realidad social, sólo nos lleva a la desigualdad y desprotección de quienes componen ese núcleo, incluyendo a los hijos, quienes a la luz de la “Convención de Derechos del Niño” y de nuestra Constitución, merecen una protección por encima de prejuicios sociales o morales”.¹

¹ Sala Constitucional, N° 4424 de 17 H. de 29 de julio de 1997.

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

En la antigüedad:

El concubinato ha existido desde tiempos muy antiguos, en Roma - legislación que influyó bastante en nuestras instituciones jurídicas y sociales- se conocía con el nombre de concubinatus a la unión estable del hombre y la mujer entre los cuales no existía conubium, o sea no tenían la voluntad continua y efectiva de ser marido y mujer. La concubina no compartía de la dignidad y rango social de su compañero y sus hijos no se consideraban legítimos.

“Probablemente, tal unión adquirió relevancia jurídica después de las normas establecidas por la Lex Lulia de adulteriis y de la Lex Lulia Papia Pappaea, que fueron dictadas por Augusto en el año 9 de J.C. La primera castigaba como adulterium o como stuprum, toda unión sexual fuera del matrimonio; la segunda excluía que algunas uniones conyugales pudieran ser considerados matrimonios legítimos.”¹

¹ ESCOBAR VÉLEZ (Edgar Guillermo) La Unión Marital de Hecho, Bogotá, Editorial Jurídica de Colombia, 1994, p 2.

En el derecho clásico, la unión de hecho, tuvo poca importancia jurídica, al parecer tuvo un relieve especial el concubinato de la liberta con el propio patrono, a la mujer se le llamaba con el título de matrona y de mater familias y podía ser sometida a la acusación pública de adulterio iure extranei.

Los emperadores cristianos, intentaron combatir el concubinato por medio de dos caminos, primero rebajaban la condición de la concubina y de sus hijos y luego intentaron convertir el concubinato en unión conyugal.

En el derecho justiniano el concubinato se configura como una unión conyugal inferior al matrimonio legítimo, pero al igual que él, es rigurosamente monogámico, se le prohibía al hombre casado, que tuviera concubina y el soltero no podía tener más de una, y sólo puede constituirse entre personas que tuvieran la edad requerida para el matrimonio y que no tuvieran impedimentos de parentesco o afinidad para el matrimonio.

La legitimación de los hijos de la concubina fue regulada definitivamente, convirtiéndose en un instituto encaminado a equipararlos, para efectos jurídicos, con los nacidos de un matrimonio legítimo. Esto fue realizado de tres maneras:

1. Cuando los dos concubinos transformaban su unión en matrimonio legítimo.
2. Cuando existía concesión imperial
3. Por la inscripción de los hijos en la curia del lugar en que tenían su domicilio.

En la Edad Media:

Con el renacimiento se intentó dar asidero legal al concubinato; sin embargo, ésta solución no fue admitida debido al predominio de la Iglesia Católica, tanto en lo político como en el campo jurídico, por lo que el concubinato fue considerado como un simple estado de hecho y como un delito, al punto de que el Concilio de Trento en 1536 dictó penas severísimas contra los amancebados.

“El concubinato, dice Pothier, ha sido siempre considerado en Francia como un libertinaje contrario a la pureza de la Religión y a las buenas costumbres. Es un delito que nuestras leyes castigan no sólo respecto de los clérigos, sino también

en el caso de los laicos. Se le considera contrario a la seguridad del Estado, y, bajo ese punto de vista, es objeto de severidad de nuestras leyes.”¹

En el Derecho Canónico Cristiano-Católico:

Las constituciones apostólicas ordenaron que el cristiano que viviera fielmente con una concubina debería repudiarla si era esclava y casarse con ella si era libre.

El Derecho Canónico consideró la Unión Libre como delito, sin embargo a partir de la sanción en enero de 1983 del Nuevo Código Canónico no se estima ni como delito ni como anatema, pero si como pecado.

Al respecto la Sala Constitucional considera que la unión de hecho es “una realidad histórica y cultural que se mantiene con fuerza aún a pocos años del cambio de siglo, existió mucho antes de que el derecho y la religión crearan al matrimonio. Estudios sobre la materia reconocen que desde tiempos inmemoriales, el hombre y la mujer han llevado vida común para ayudarse a sobrellevar las cargas de la vida y perpetuar la especie por medio de la procreación. En el Derecho Romano por ejemplo, se reconoció y reguló el

¹ ESCOBAR VÉLEZ (Edgar Guillermo) *Op cit*, p 4.

concubinato, coexistiendo con la *cō emptio*, la *confarreatio* y el *usus*- formas de celebrar las *justae nuptiae*. Con el advenimiento del Cristianismo, el concubinato también coexistió con el matrimonio religioso, como se comprueba con el Concilio de Toledo, celebrado en el año cuatrocientos (400) de nuestra era, hasta que fue prohibido en el Concilio de Trento de mil quinientos sesenta y tres (1563) que dispuso la obligatoriedad de contraer matrimonio ante el cura párroco, en ceremonia pública..., como también dispuso que los concubinos que no se separasen a la tercera advertencia incurrirían en excomunión y si persistiesen en vivir juntos serían posibles de herejía y adulterio".¹

2. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

Etimológicamente la palabra concubinato viene de "cumcubare" que quiere decir comunidad de lecho, la cual en sí misma da una idea vaga de permanencia en el tiempo y en el espacio.

Para la Enciclopedia Jurídica Española: "El concubinato o libre unión es un verdadero matrimonio reducido a la simplicidad del derecho natural omitiendo las solemnidades del derecho positivo"

¹ Sala Constitucional, N° No. 4424-97 de 17 H. 9 de 29 de julio de 1997.

Julio López del Carril sostiene que “La unión libre es la comunicación o trato de la mujer que habita con algún hombre como si fuera su marido, siendo ambos libres y solteros, y pudiendo contraer entre sí legítimo matrimonio”¹

Por otra parte Zannoni le atribuye al concepto de Concubinato dos sentidos:

Sentido Amplio:

En su más amplio significado, recurriendo a la raíz etimológica del vocablo -del latín concubinatus, de cum (con) y cubare (acostarse) - el concubinato como hecho jurídico, constituye toda unión de un hombre y una mujer, sin atribución de legitimidad. Por legitimidad a su vez, entendemos la situación jurídica y social que se desprende de un matrimonio válido, ya canónico, ya civil, según los diversos ordenamientos.

¹BOSSERT (Gustavo A) Régimen Jurídico del Concubinato, Buenos Aires, Editorial Astrea, 3º edición, 1990, p 34.

Sentido Propio:

Constituye una unión que reviste ciertos caracteres de estabilidad, entre los que no pueden faltar: comunidad de vida, habitación y techo, existencia de relaciones sexuales y cierta duración de la unión.¹

Para Stratz es “una comunidad heterosexual de dos personas que viven juntas por un tiempo indeterminado y quieren mantener una comunidad total de vida, bajo reserva de que en cualquier momento y unilateralmente pueden terminar su relación.”²

Gallego Domínguez es de la opinión de que la unión extramatrimonial es “la unión de un hombre y una mujer, sin necesidad de formalidades en su constitución, que se manifiesta externamente y que conforma una comunidad de vida continuada y estable, en un mismo hogar.”³

Para algunos autores “concubinato” y “unión libre” son sinónimos, para otros hay diferencias, así por ejemplo la unión libre es la unión de hombre y mujer que

¹ ZANNONI (Eduardo A) El concubinato en el Derecho Civil Argentino y Comparación Latinoamericana, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1970, p 125.

² STRATZ citado por LACRUZ BERDEJO (José Luis) Elementos de Derecho Civil IV: Derecho de Familia, Barcelona, Editorial Bosch, , 3º edición , Volumen II, 1989, p 7.

³ GALLEGO DOMINGUEZ (Ignacio) Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales, Madrid, Editorial Colegio de Registradores, 1995, p 48.

cohabitan, sean libres y solteros, aptos para el matrimonio, y concubinato es la unión de sujetos que presentan algún impedimento legal para la celebración del matrimonio.

Al respecto Bossert nos dice que a partir de la segunda mitad del siglo XIX se utilizó con frecuencia el término “Unión Libre”, pero no lo fue como antítesis del concepto de “concubinato”, sino como una expresión que se consideró más precisa en reemplazo de éste; y posteriormente, ya comenzado el siglo XX, se utiliza como vocablo equivalente al usado tradicionalmente.¹

En-nuestro país, al adicionarse el título VII del Código de Familia, mediante ley N° 7532, el legislador denominó este tipo de convivencia bajo los términos de “Unión de Hecho”, así mismo los sujetos que integran la unión son denominados “convivientes”.

Nuestra legislación, regula no sólo a las parejas que posean vocación o aptitud legal para la celebración del matrimonio entre sí, sino que también ampara a las uniones de hecho en donde uno o ambos convivientes, se encuentran ligados por un matrimonio anterior, atribuyéndole efectos patrimoniales limitados.

¹ BOSSERT (Gustavo A) *Op cit*, p 34.

Como características de la unión de hecho podemos citar:

Cohabitación:

Comunidad de vida y de lecho, si las personas carecen de un domicilio común, no es posible establecer la existencia de un concubinato para efectos jurídicos. La cohabitación implica la comunidad de vida, y además debe conllevar a la comunidad de lecho, es decir, la existencia entre los sujetos de relaciones sexuales, al menos la apariencia de ellas, por el modo íntimo en que comparten la vida.

Notoriedad:

Que sea susceptible de público conocimiento, es decir, que no sea ocultada por los sujetos. Permite hablar de una apariencia de estado matrimonial.

Singularidad:

Hace referencia a la conducta honesta o fiel de los sujetos. Fidelidad recíproca.

Inexistencia de impedimentos matrimoniales:

Corresponde al requisito necesario para la constitución del concubinato, que haya aptitud legal.

3. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

3.1 ELEMENTOS SUBJETIVOS

Estos elementos se encuentran referidos a las condiciones personales de los convivientes:

3.1.1. Unión de hombre y mujer

Al respecto debemos tomar en consideración dos características:

- Heterosexualidad:

La pareja de hecho, se trata de aquella unión de personas a modo de matrimonio, por lo que debe darse la diversidad de sexos entre los convivientes,

siendo éste un requisito sine qua nom para su existencia y para que se constituya la familia nuclear.

La doctrina en ese sentido considera, que para que exista una verdadera comunidad de vida en una familia constituida con base en una unión de hecho, la pareja deberá formarla un varón y una mujer, porque en caso contrario, el elemento indispensable que requiere la unión matrimonial estaría ausente.

Por otro lado hay que tomar en cuenta que la noción de familia apoyada por la sociedad costarricense no es precisamente aquella que se basa en relaciones homosexuales, ya que no permitiría alcanzar uno de los objetivos que se pretende con la formación de una familia, como lo es el perpetuar la especie. En cuanto a este punto, debemos hacer referencia a la regulación de la Unión de Hecho que contiene nuestro Código de Familia, en el título VII.

Art. 242. – La unión de hecho pública, notoria, única y estable, por más de tres años, **entre un hombre y una mujer** que posean aptitud legal para contraer matrimonio, surtirá todos los efectos patrimoniales propios del matrimonio

formalizado legalmente, al finalizar por cualquier causa.¹ (El destacado no es del original).

Sin embargo Pérez Vargas es de la opinión, de que si se mantiene la diversidad de sexos como requisito para el matrimonio y como elemento constitutivo de la unión de hecho, no es en función de la procreación, sino en función de la mejor complementación intersubjetiva.²

- Singularidad:

La unión de hecho constituye un estado matrimonial aparente, de esta manera, al igual que en el matrimonio, la relación debe tener carácter monogámico como condición obligatoria.

La fidelidad en este caso, es necesaria para la existencia de una unión de hecho, ya que la relación entre los convivientes debe ser exclusiva y singular, con el fin de consolidar el aparente estado matrimonial y así, hacer más efectivo el reconocimiento de los derechos que nacen en una familia de este tipo.

¹ Código de Familia, art 242.

² PEREZ VARGAS (Víctor) Derecho de Familia, San José, Editorial Universidad de Costa Rica, 1991, p 25.

Esta característica elimina la posibilidad de que se de la pluralidad de concubinatos, es decir, la existencia simultánea de dos o más familias de hecho, especialmente por los problemas que se presentarían a la hora del reconocimiento de derechos. Por ende quedan excluidas las relaciones poligámicas o poliándricas.

3.1.2. Voluntad Continua: affectio conyugalis

Se trata de la voluntad de un varón y una mujer de formar una pareja y de compartir sus vidas y sus afectos, lo que se exterioriza al vivir bajo un mismo techo y comportarse como si estuvieran casados aunque no exista entre ellos el requisito formal que les otorga el estatus de marido y mujer.

Consiste en que la pareja imite la unión marital en todas sus características, conformando así una verdadera familia, de tal forma que no haya distinción con respecto a las parejas unidas en matrimonio, en cuanto cada uno de los convivientes asumen de forma responsable y espontánea derechos y obligaciones recíprocas.

La unión de hecho no obliga a las partes, no existe como vínculo compulsivo, sino que debe existir si las voluntades de los convivientes

permanecen en el tiempo y si tal intención se renueva constantemente; en el momento en que falte esta voluntad se rompe la convivencia.

3.1.3 Capacidad y madurez.

Para hacer referencia a la capacidad que se requiere para conformar la unión de hecho, se hace necesario establecer qué se entiende por capacidad. Así por ejemplo, Víctor Pérez considera que ésta sirve para designar las fundamentales manifestaciones del sujeto, y establece que existen dos tipos de capacidad, lo que imposibilita que se de un concepto unitario que abrace ambas figuras.

Tenemos entonces que ésta se divide en capacidad jurídica y capacidad de actuar. La primera se refiere a la posición del sujeto frente al derecho como destinatario de efectos jurídicos, y la segunda hace referencia a la posibilidad de que el sujeto realice personalmente comportamientos que provocan la constitución de efectos jurídicos.¹

¹ PEREZ VARGAS (Víctor) Derecho Privado, San José, Editorial LIL S. A., 3º edición. 1994, p 38 ss.

Al igual que el matrimonio, la unión de hecho genera efectos jurídicos, por lo tanto consideramos que la capacidad requerida para formar ésta unión debe ser la misma requerida para el matrimonio, nos referimos a la capacidad de actuar.

Al respecto Víctor Pérez señala que "ambos convivientes, deben tener capacidad de actuar, lo que significa capacidad mental y de ejercer o poder ser sujeto no sólo de derechos sino también de contraer obligaciones."¹

La capacidad de actuar es adquirida por las personas al cumplir la mayoría de edad, no siendo éste el único requisito, ya que además se requiere la capacidad volitiva y cognoscitiva. Con respecto a la edad, somos de la opinión de que una persona que cuente con pleno goce de determinación, responsabilidad y madurez, siendo menor de edad, puede válidamente formar una familia de hecho, consolidando su convivencia como un verdadero estado matrimonial.

Un sector doctrinal considera que además de los elementos anteriores, para que exista una verdadera unión de hecho es necesario que los sujetos se encuentren en libertad de estado. Nuestra legislación contempla este requisito,

¹ PEREZ VARGAS (Víctor) citado por GONZÁLEZ AVILA (Juan Diego) y GUTIERREZ AIZA (Randall) Los derechos que nacen con el reconocimiento legal de la unión de hecho, en materia de: Régimen matrimonial, pensión alimentaria y derechos sucesorios, a la luz de la adición al título sétimo del Código de Familia Costarricense, San José. Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1997. p 31.

no obstante, le otorga efectos patrimoniales limitados a aquellas uniones en las cuales uno de los convivientes esté unido en matrimonio anterior.

3. 2 ELEMENTOS OBJETIVOS

Son los referidos a las condiciones que debe reunir la relación entre los convivientes, cómo se desarrolla la convivencia de la pareja.

3.2.1 Comunidad de vida

Este es el elemento que caracteriza a las parejas de hecho, se traduce en un comportamiento común al compartir sus vidas de modo estable y continuo, crean un hogar, tienen esperanzas y proyectos comunes.

Es la relación que nace de la convivencia de la pareja, la vida en común donde se da el auxilio la asistencia y colaboración mutua, se confiere estabilidad, lo que hace denotar en los convivientes la presencia de una aparente estado marital.

La comunidad de vida es el elemento principal para determinar si existe o no la unión de hecho y a partir de ella se dan los demás elementos que caracterizan dicha unión.

3.2.2 Mismo domicilio

Para hablar de familia de hecho se debe exigir que vivan unidos en un mismo domicilio. Los sujetos deben cohabitar en el sentido de vivir juntos, de vivir en un mismo hogar, bajo un mismo techo, lo que implica que la pareja convive a diario como si fueran marido y mujer, eliminando de la relación cualquier vínculo pasajero.

En este sentido, Bossert señala: "... si los sujetos carecen de un domicilio común no es posible sostener la existencia de un concubinato para los diversos efectos que este pueda invocarse en el ámbito jurídico."¹

A pesar de que la doctrina es unánime al considerar que para que exista unión de hecho es necesaria la vida en un mismo domicilio, es importante tomar en cuenta que existen casos especiales en los cuales no es posible este tipo de convivencia, ya que pueden existir separaciones territoriales más o menos

¹ BOSSERT citado por GONZALEZ AVILA (Juan Diego) y otro, Op.cit. p. 21.

prolongadas en el tiempo, por razones ajenas a la voluntad de los integrantes de la pareja, éstas pueden ser por motivos de enfermedad o laborales; en estas circunstancias no puede considerarse que este tipo de relación ha terminado ya que se mantiene mediante un animus, aún cuando falte el corpus.

3.2.3 Relaciones sexuales

No ha existido un acuerdo en la doctrina para considerar este elemento como requisito indispensable para que exista una unión de hecho. Un sector doctrinal aboga porque se tome en cuenta como uno de los elementos constitutivos de la unión, porque de lo contrario, estaríamos en presencia de una relación de simple amistad o de convivencia de dos compañeros, como es el caso de estudiantes o trabajadores compartiendo un mismo apartamento.

En contraposición a esta tesis, existe la que sostiene que hoy en día no se puede ser tan categórico, se estima que lo esencial es la existencia de una comunidad material de vida sin que la ausencia de relaciones sexuales impida la producción de efectos. "Sin duda, en la mayor parte de los casos, el concubinato, como el matrimonio, supone la existencia de relaciones sexuales... en el caso, sin duda excepcional, en el que el concubinato existe a pesar de la ausencia de

relaciones carnales; se debe ciertamente examinar la intención de dos personas que viven juntas, la comunidad de habitación no sería suficiente”.¹

3.3 ELEMENTOS FORMALES

3.3.1 Libertad de forma

Este es un elemento exclusivo de la familia de hecho, que consiste en la ausencia de solemnidades constitutivas de un matrimonio. La unión de hecho está desprovista de formalidades en su constitución lo que la diferencia de la unión matrimonial.

En la unión de hecho los convivientes manifiestan su voluntad de unirse sobre la base del mero hecho de la convivencia; por lo tanto en la constitución de las uniones de hecho rige un principio de libertad de forma. La doctrina considera que esta libertad de forma podría plantear problemas de prueba en cuanto a la unión, pero por la naturaleza misma de ésta como hecho así lo impone, ya que de existir una forma predeterminada a la unión de hecho, para ser considerada jurídicamente, no haría sino situarnos ante un nuevo matrimonio, y de todas

¹ GALLEGO DOMINGUEZ (Ignacio) *Op cit*, p 67.

formas no se resolverían todos los problemas pues siempre existirían uniones al margen de las establecidas.

Nuestra legislación le reconoce efectos jurídicos a la unión de hecho aún con ausencia de requisitos formales para constituirla, ya que, lo que realmente cuenta es la convivencia, la cohabitación, y todos los demás elementos propios de esta relación.

3.2.3 Notoriedad y Publicidad.

La publicidad de la unión de hecho se manifiesta precisamente por el comportamiento externo de la pareja, se presentan frente a terceros como marido y mujer o incluso se presentan directamente como compañeros o convivientes. Es importante para los convivientes para que sean reconocidos socialmente como esposo y esposa.

Al respecto Bossert manifiesta que “La unión del hombre y la mujer consiste en una comunidad de hecho, de habitación y de vida, debe ser susceptible de público conocimiento; es decir, no debe ser ocultada por los sujetos. Si así no fuera, mal podría hablarse de una apariencia de estado matrimonial.”¹

¹ BOSSERT citado por GONZALEZ AVILA (Juan Diego) y otro, Op.cit. p 34.

4. NATURALEZA JURÍDICA

Todavía la doctrina no ha logrado establecer de forma clara y uniforme cual es la naturaleza jurídica de la unión libre, por lo que existe diversidad de tratamientos jurídicos respecto al concubinato, las principales actitudes serían:

A. Como un hecho social:

Se trata de un hecho jurídico familiar especial, es decir de un hecho voluntario de constitución familiar reconocido por el derecho y que precisamente por esa naturaleza es que se diferencia del matrimonio.

Desde la antigüedad la unión libre ha sido considerada como un hecho movido por el instinto de perpetuación de la especie, por la necesidad anímica y afectiva, y por el sentimiento de paternidad y maternidad. La unión libre como hecho social, a pesar de la vigencia de principios morales y éticos y de las normativas jurídicas, se mantiene presente en nuestros días.

Se trata de que el mundo moral y la ciencia jurídica no permanezcan en estado de aparente ignorancia de ese hecho sino que lo aborden con valentía, con

decisión, para eliminarlo por la vía de la enseñanza moral, por una especial, diferencial y adecuada regulación jurídica.

B. Como estado o hecho ajurídico

Esta tesis pretende ignorar las relaciones que nacen de la unión de hecho, de tal forma que no es considerada como un hecho ilícito capaz de ser sancionando, ni tampoco es considerado como un hecho lícito que produzca efectos jurídicos entre las partes. Se trataría de un hecho ajurídico al igual que podría serlo la amistad o los convencionalismos sociales. Para hacer esta distinción parten de valoraciones morales, que consideran que el contenido de la unión de hecho es absolutamente indiferente para el derecho.

Es necesario tomar en cuenta que al igual que el matrimonio, la unión de hecho requiere un acuerdo de voluntades y es de orden público, en cuanto tiene un contenido familiar, razón por la cual merece la protección tanto de la sociedad como del Estado.

C. Como estado jurídico en relación con los hijos.

Esta teoría reconoce sólo consecuencias jurídicas a la unión de hecho pero sólo respecto de los hijos, basado en un criterio moral ya que no considera que los concubinos deban ser parte de una regulación jurídica pero si sus hijos porque necesitan ser protegidos. Los ordenamientos jurídicos que siguen esta teoría otorgan una completa y eficaz protección jurídica a los hijos habidos en la unión de hecho, facilitándose la prueba de la paternidad o maternidad en su caso, a través de la justificación de esa unión.

D. Como hecho ilícito.

Esta actitud ha sido asumida raramente por el derecho, debido a que su principal tendencia es la de prohibir las uniones libres aceptándolas sólo en circunstancias excepcionales; por ejemplo en la época de Constantino se requerían determinadas condiciones de validez y se prohibían los concubinatos respecto de personas que no fuesen célibes, aunque a los solteros se les permitía tener varias concubinas.

En el derecho canónico primero se siguió la tendencia romana, pero después se consideró que el concubinato implicaba un delito de naturaleza aún

más grave que la fornicatio, pues constituía un estado continuo de fornicación. Posteriormente se llegó a excomulgar a los concubinos y se autorizó el uso de la fuerza pública para romper tales uniones.

E. Como unión de grado inferior al matrimonio.

La unión de hecho ha sido regulada jurídicamente para reconocerla como una unión de grado inferior al matrimonio; ésta tesis es seguida por nuestro actual Código de Familia, el cual tiende a dar efectos jurídicos a esta unión, para beneficiar a las partes así como a los hijos, pero solamente en el aspecto patrimonial.

En nuestro derecho esos efectos jurídicos patrimoniales referidos a la unión de hecho se circunscriben a aquellas situaciones en que una vez reconocida judicialmente ésta, de conformidad con el artículo 243 del Código de Familia, y cumplidos los demás requisitos legales,¹ los convivientes podrán solicitarse pensión alimenticia recíprocamente y para sus hijos, durante la unión y al término de la misma; sin embargo, ésta circunstancia tiene una excepción que es el caso de los convivientes que se encuentren unidos por un período de cuatro o más

¹ Código de Familia, art. 242.

años y que alguno de ellos esté atado a un vínculo matrimonial anterior, los cuales no tienen esa facultad.

F. Equiparación del Concubinato con el Matrimonio

Esta teoría sostiene que el concubinato ya no es un matrimonio de grado inferior sino que lo que hace es una equiparación absoluta a la unión legítima, pero ésta decisión debe ser tomada por los tribunales de justicia que principalmente se basan en razones de equidad para resolver lo que corresponda, siempre que las partes cumplan con los requisitos legales o circunstancias de hecho que el legislador exige, como por ejemplo la capacidad legal para contraer matrimonio, que se haya realizado una unión estable y singular, y por último una condición sine qua non que es la razón de equidad que justifica el pronunciamiento judicial que viene a consagrar la unión en cada caso. Esta doctrina es adoptada por los sistemas de Cuba, Rusia y el Estado de Tamaulipas, México.

5. SITUACIÓN ACTUAL

La Constitución Política mantiene una protección a la familia fundada por el matrimonio, siguiendo la acepción restringida de familia, esto desde una

interpretación literal de sus disposiciones contempladas en los numerales 51 y 52. Sin embargo, la familia como hecho es siempre relevante para el ordenamiento, ya que es innegable que con matrimonio o sin él, la convivencia de una pareja instaura una comunidad de bienes y de intereses, entre los cuales el más destacado es el interés común de los hijos.

La Sala Constitucional ha ampliado el concepto de familia de hecho, de esta manera, “llegó a la conclusión que, debido a la protección dada a la familia por el constituyente (art. 51); a la igualdad de derechos de los cónyuges (art. 52) y a la prohibición de calificar la naturaleza de la filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio (art. 54), se concluye que la unión familiar de hecho está plenamente reconocida y protegida por la Constitución”.¹

El Código de Familia fue creado para darle protección a la familia costarricense desde una legislación especial, ya que antes estaba contemplada en el Código Civil, el cual no incluía en su contenido a la familia de hecho; no es sino hasta que se promulga la ley N° 7532 del 8 de agosto de 1995, que adiciona el título VII del Código de Familia, incluyendo un capítulo único denominado “de la unión de hecho” reconociéndole a los convivientes unidos de hecho efectos jurídicos en el ámbito patrimonial, alimentario y sucesorio.

¹ Sala Constitucional, N° 4424 de 17 H de 29 de julio de 1997.

Jurisprudencialmente se ha establecido que “la promulgación de una ley que establezca normas relativas a la unión de hecho, constituye más bien una respuesta obligada del Estado, ante una realidad social concreta para la que en el pasado no se ofrecía mayor solución, salvo unas aisladas normas, alrededor de las cuales, fundamentalmente la jurisprudencia de esta Sala, ha ido construyendo una doctrina”.¹

La nueva regulación establece la sociedad patrimonial en la unión de hecho, similar a la sociedad conyugal matrimonial, según se desprende del artículo 242 del Código de Familia, al establecer que surte todos los efectos patrimoniales propios del matrimonio; esto no quiere decir que se esté equiparando con la unión de hecho; todo lo contrario, pues ambos institutos son distintos, sólo se asemejan en el aspecto económico. Además, para poder tener eficacia plena en cuanto a efectos patrimoniales, la unión de hecho debe ser reconocida por el tribunal correspondiente, y se otorgan dichos efectos a los convivientes a partir de la disolución del vínculo por cualquier causa.

En cuanto al deber alimentario entre los convivientes, se establece que pueden solicitarse pensión alimentaria durante la vigencia de la unión y una vez

¹ Sala Constitucional, N° 3693 de 9 H 18 de 22 de julio de 1994.

que finalice ésta a causa de un acto injustificado imputable a uno de los convivientes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 245 del Código de Familia. Es conveniente aclarar que pese a existir una convivencia pública, notoria, estable y única, cuya duración supere los cuatro años, pero en la cual uno de los convivientes no pueda contraer matrimonio por existir un vínculo anterior, dichos convivientes, no tienen derecho a exigirse alimentos, de conformidad con el artículo 246 del mismo cuerpo legal.

El conviviente participa como heredero legítimo de primer grado, respecto de los bienes que con el esfuerzo común de ambos se hubieren adquirido, lo cual se encuentra regulado en el artículo 572 del Código Civil. También nuestra legislación le otorga vocación sucesoria en iguales términos al conviviente con o sin aptitud legal para contraer matrimonio, lo que se desprende de la lectura del artículo 246 del Código de Familia.

CAPÍTULO II: EL RÉGIMEN PATRIMONIAL

Se conoce como régimen patrimonial al conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones patrimoniales de los cónyuges o convivientes mientras dure la unión y los derechos que éstos adquieren cuando culmine su relación, así como también los derechos de terceros que contratan con ellos.

Estas normas o reglas de carácter pecuniario son establecidas con el propósito de ayudar o contribuir con las cargas de la vida en común, con la colaboración directa o indirecta en la actividad profesional de los cónyuges, con la adquisición, uso y conservación de los bienes afectados a la vida de la familia, lo que se conoce como patrimonio familiar, y con la preocupación por la previsión en común o mutuo auxilio.

Antes de entrar a analizar el régimen patrimonial que opera en el matrimonio, es necesario considerar ciertos aspectos generales con respecto al patrimonio.

SECCIÓN I: EL PATRIMONIO EN GENERAL

"El contenido del patrimonio varía y cambia de época a época, de lugar a lugar, de país a país, pero no porque el concepto jurídico en sí se amplíe por razones también jurídicas. No, el contenido y concepto del patrimonio se va modificando según lo que las personas en el poder, los políticos, consideren de acuerdo con las conveniencias sociales, - o lo que ellos creen que son las conveniencias sociales- que se deben proteger a través de la noción de patrimonio."¹

A. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

En el Derecho Romano se hace la distinción entre patrimonio y peculio. Se entendía que patrimonio era el que estaba conformado por una "pequeña cantidad de bienes o dinero que el dominus le confería en disfrute y administración al esclavo"²

Mientras tanto, el peculio se entendía como una suma de dinero o una pequeña parte de bienes que el pater familia concedía al hijo para que éste se

¹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ (Ernesto). El patrimonio pecuniario y moral o derechos de la personalidad. Puebla, Editorial José M. Cajica Jr., S.A. 1971. p. 16

²IGLESIAS (Juan) citado por RAMIREZ AVENDAÑO (Freddy) Patrimonio Familiar, San José, Tesis para optar el título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1986, p. 6.

encargara de administrarla y disfrutarla, quedándole al pater familias la potestad de revocar ésta concesión en cualquier momento; y una vez que el hijo falleciere el peculio volvía automáticamente al patrimonio del pater familia.

El patrimonio en sí, era considerado en el Derecho Romano en un principio, como el conjunto de bienes pertenecientes al pater familias; pero debido al progreso jurídico que se desarrolla durante el Imperio Romano y con independencia económica de los miembros de la familia, se va gestionando una escisión del patrimonio familiar con la consiguiente aparición de otros patrimonios caracterizados como masas de bienes, que le pertenecían a un hombre libre, los cuales estaban afectados a su titular.

Ya en el clasicismo jurídico de Roma por patrimonio se consideró todos los activos que tuviesen un valor apreciable en dinero y que pertenecieran a una persona; en ese momento, las deudas del titular del patrimonio no eran consideradas dentro de este, es decir, no formaban parte de él.

A través del tiempo, se han mantenido diferentes teorías en relación con el patrimonio, fundamentalmente existen dos:

1. Teoría Clásica o del Patrimonio Personalidad.

Sus principales expositores son Aubry y Rau, y Baudry, todos representantes de la escuela Francesa del patrimonio; cabe mencionar que, en un principio, Planiol fue seguidor de esta teoría; sin embargo, posteriormente opta por adherirse a la Teoría Moderna u Objetiva, que más adelante se comentará.

Ellos establecían esta teoría tomando en cuenta “que el conjunto de bienes, derechos, obligaciones y cargas que integran el patrimonio, constituyen una entidad abstracta, una universalidad de derecho, que se mantiene siempre en vinculación constante con la persona jurídica. El patrimonio se manifiesta como una emanación de la personalidad y la expresión del poder jurídico de que una persona se haya investida como tal”;¹ el patrimonio es la personalidad misma del hombre dicen los civilistas Aubry y Rau, considerada en sus relaciones con los objetos exteriores, sobre los cuales puede tener derechos que ejercitar.

Sus seguidores conciben el patrimonio en un sentido subjetivo, identificándolo con la aptitud de la persona para adquirir bienes con potencialidad

¹ ROJINA VILLEGAS (Rafael). Compendio de Derecho Civil, México, Editorial Porrúa S.A., 16va. Edición Tomo II, 1984 p. 8

económica; por lo que no comprende sólo los bienes ya adquiridos sino también los que podría adquirir en el futuro.

Se ha objetado que esta teoría confunde la capacidad con el patrimonio, por cuanto éste contempla los atributos de aquella, como son la unidad y la indivisibilidad; de ésta manera el patrimonio no tendrá un valor puramente pecuniario ya que se relaciona directamente con el valor personalidad; al ser una emanación de ésta no importan los cambios externos que sufra la persona, su patrimonio no se verá afectado.

En relación con ésta teoría se establecen los siguientes principios:

a. Sólo las personas pueden tener patrimonio:

Debido a que las personas son los únicos seres capaces de ser sujetos activos o pasivos de derechos y obligaciones, por lo que sólo ellas tienen aptitud para poseer bienes, o para tener créditos u obligaciones. No todos los sistemas jurídicos adoptan este principio, como es el caso de los Estados Unidos de América, en donde se ha dejado como herederos a animales.

b. Toda persona tiene necesariamente un patrimonio:

No existe la posibilidad de que una persona deje de tener patrimonio en determinado momento, siempre lo tendrá.

“Una persona puede poseer muy pocas cosas, no tener ni derechos ni bienes de ninguna especie y hasta no tener más que deudas; sin embargo, tiene un patrimonio. Patrimonio no significa riqueza; puede ser como una bolsa vacía y no contener nada”.¹

c. Cada persona no tiene más que un patrimonio:

“El patrimonio es uno, como la persona; todos los bienes y todas las obligaciones forman una masa única”² Es decir el patrimonio constituye una universalidad de derechos y obligaciones en relación con una persona determinada.

Este principio no es absoluto, ya que pueden darse circunstancias excepcionales establecidas en un ordenamiento jurídico determinado, por ejemplo

¹ PLANIOL (Marcel) y RIPERT (Georges). Tratado Elemental de Derecho Civil. Puebla, Editorial José M Cajica Jr S.A., Tomo III, 1981, p 45

² Ibid p 45

una persona podrá tener dos patrimonios cuando hereda uno y lo recibe a beneficio de inventario, diferenciándose de su patrimonio particular.

d. *El patrimonio es inseparable de la persona:*

“El patrimonio es inalienable durante la vida de su titular. No puede existir una enajenación total del patrimonio durante la existencia de la persona a que corresponda, porque sería tanto como admitir que puede enajenarse la personalidad. Sólo por la muerte de la persona física existe una transmisión total del patrimonio a sus herederos”¹

Esta teoría ha sido ampliamente criticada, al considerársele como una exageración de la unión que se establece entre el concepto de patrimonio y el de personalidad; se indica que se confunden ambas nociones y se da una equiparación de patrimonio con la aptitud de poseer.

Establece el Lic. Oscar Rojas Herrera que “por otra parte se le imputa a los clásicos también el que sus principios de indivisibilidad e inalienabilidad del patrimonio por acto entre vivos no constituye en realidad un fiel reflejo de las

¹ ROJINA VILLEGAS Op.cit. p 9

relaciones demostradas por los distintos ordenamientos jurídicos positivos, en los cuales se regulan los varios patrimonios que puede poseer una persona”¹

2. Teoría Moderna o del patrimonio – afectación

Sus expositores son Planiol, Ripert y Picard; a ésta teoría se le denomina también de patrimonio separado o patrimonio afectación.

Rogelio Sotela Montagne expresa que de acuerdo con el concepto moderno de patrimonio, puede darse más de uno y se caracteriza por el destino particular y común que se le da a un conjunto de bienes que actúa como elemento cohesionador de los mismos.

Esta teoría considera al patrimonio como aquel conjunto de bienes derechos y obligaciones susceptibles de valoración económica, los cuales se encuentran destinados a la realización de un determinado fin pecuniario. De tal forma que una persona puede tener tantos patrimonios como cuantas sean las masas de bienes, derechos y obligaciones que constituya para la realización de los diversos fines que requiera, y también puede transmitirse su patrimonio por acto entre vivos, a través de una forma contractual.

¹ ROJAS HERRERA (Oscar) citado por RAMÍREZ AVENDAÑO (Freddy) Op.cit p. 11

Esta teoría prescinde radicalmente de todo ligamen con la persona y lo ve como una masa de bienes afecta a un fin, a un destino. Siguiendo el criterio de quienes defienden ésta teoría "la noción de patrimonio ya no se confunde con la de personalidad, ni se le atribuyen las mismas características de indivisibilidad e inalienabilidad propias de la persona."¹ Según Rojina Villegas, para que el patrimonio adquiera autonomía no es necesario que exista una relación con la persona, sino que debe estar en función de un vínculo jurídico económico, reconocido por el Derecho, para afectar los bienes que lo conforman. Para tal propósito se requieren los siguientes elementos:

- a. Que exista un conjunto de bienes, derechos y obligaciones destinados a la realización de un fin.
- b. Que este fin sea de naturaleza jurídico económica.
- c. Que el Derecho organice con fisonomía propia y, por consiguiente, con autonomía todas las relaciones jurídicas activas y pasivas de acreedores y deudores, en función de aquella masa independiente de bienes,

¹ ROJINA VILLEGAS Op.cit, p 15

derechos y obligaciones. Si no se cumplen estos requisitos, no habrá patrimonio de afectación.¹

En la actualidad el patrimonio se define de acuerdo con el destino que se les da a los bienes, derechos y obligaciones en un momento determinado. Este patrimonio de afectación constituye una universalidad que reposa sobre el destino común que se les da a los elementos que lo componen, porque tanto deudas como bienes se ven afectados a un fin económico; razón por la cual el patrimonio será siempre un valor económico.

Se ha establecido una posición intermedia seguida por De Castro; “a su juicio, el patrimonio supone la existencia de una masa de bienes de una doble faz; activa y pasiva. De la faz activa, el patrimonio representa poder, ámbito de libertad sobre las relaciones que lo componen. Desde la faz pasiva, el patrimonio implica un ámbito de responsabilidad respecto a las mismas, una garantía para los acreedores. Además, esa masa de bienes de distinta naturaleza están unidas a su titular, o separadas o independizadas, por su destino a un fin determinado.”²

¹ ROJINA VILLEGAS Op.cit., p. 18

² DE CASTRO citado por BAENA UPECHI (Mario). Curso de las obligaciones, Bogotá, Editorial Librería el Profesional segunda edición, Colombia. 1992 p. 376

B. CONCEPTO

La palabra patrimonio deriva del término latino "PATRIMONIUM" el cual se utiliza para definir a la "Hacienda que una persona ha heredado de sus ascendientes. Bienes propios adquiridos por cualquier título."¹ También se identifica la palabra patrimonio, con el vocablo riqueza. Riqueza a la vez significa abundancia de bienes, y bien o bienes significa utilidad en su concepto más amplio.²

Según Josserand, el patrimonio constituye un atributo de la personalidad y puede ser definido como "el conjunto de los valores pecuniarios positivos o negativos pertenecientes a una misma persona y que figuran unos en el activo, los otros en el pasivo"³

Cabanellas sostiene que "el patrimonio se define como el conjunto de bienes, créditos y derechos de una persona y su pasivo, deudas y obligaciones de índole económica."⁴

¹ Diccionario Enciclopédico Océano Uno Color, Barcelona, Océano Grupo Editorial S.A., 1998 p. 1218

² GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ (Ernesto) Op.cit. p. 16

³ JOSSELAND (Louis). Derecho Civil, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, Volumen I, Tomo I, 1952 p. 454

⁴ CABANELLAS (Guillermo). Diccionario de Derecho Usual. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica OMEBA, 6ta Edición, Tomo II, , 1968, p. 250-251.

"El derecho penal moderno se inclina por la concepción jurídico económica del patrimonio, según la cual, éste es la totalidad de las posiciones económicas - valorables en dinero -, que están bajo el poder de disposición de una persona y que son reconocidas o al menos no prohibidas por el derecho. Así, entran dentro del concepto del patrimonio "no sólo los derechos subjetivos, sino aquellas posiciones patrimoniales, sobre las cuales el sujeto tiene un poder dispositivo que tiene el respaldo del orden jurídico, o al menos que no tienen la desaprobación del orden jurídico" (Castillo González, Francisco. El delito de extorsión. San José, Seletex Editores. 1991. p. 39). Al abarcarse toda posición jurídica del sujeto que tenga valor económico, ingresan al campo de protección no sólo los derechos subjetivos, sino además las simples pretensiones y expectativas, de hecho y de derecho, siempre que sean económicamente valorables (Ibid. p. 35 y ss)."¹

Planiol y Ripert lo definen como un "conjunto de derechos y obligaciones de una persona, apreciable en dinero, considerados como formando una universalidad de derecho; esto quiere decir que el patrimonio constituye una entidad abstracta, distinta de los bienes y de las obligaciones que lo integran. Estos pueden cambiar, disminuir, desaparecer enteramente, pero no el patrimonio, que permanece siempre uno mismo durante toda la vida de la persona. Lo que

¹ Sala Tercera, No. 999 de 15 H 25 de 18 de 09 de 1997.

caracteriza por lo tanto la noción de patrimonio es la cohesión que establece entre los elementos de que está formado”¹

Según Colin y Capitant, “es el conjunto de relaciones jurídicas apreciables en dinero que tienen por sujeto activo o pasivo a una misma persona.”² Esta definición le da al patrimonio un carácter pecuniario, es decir, se remite únicamente al patrimonio económico; no obstante, hay que aclarar que los derechos extrapatrimoniales, como los de la personalidad, de familia propiamente tales, etc., conforman el patrimonio moral de las personas y entran al patrimonio económico como derecho personal o como obligación.

“En un sentido económico, la noción de patrimonio es equivalente a los bienes de que es titular una persona en un momento determinado. Desde un punto de vista jurídico, sin embargo, cabe concebir, en una primera aproximación, al patrimonio como el conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas pertenecientes a una persona y que poseen un valor económico.”³

De acuerdo con Araya Jara, se encuentran, en las definiciones anteriores, elementos comunes, a saber:

¹ PLANIOL Y RIPERT citado por RAMÍREZ AVENDAÑO *Op. cit.* p. 13.

² COLIN Y CAPITANT citado por BAENA UPECHI (Mario). *Op. cit.* p. 8.

³ DIEZ PICASO (Luis) y GULLON (Antonio), Sistema de Derecho Civil, Madrid, Editorial Tecnos, Volumen. I, 1983, p. 375

1. Se establece una relación de una persona con el mundo exterior.
2. No se toma en cuenta todo tipo de relaciones, sino sólo aquellas que tienen un contenido económico - pecuniario.
3. Estas relaciones, versan sobre bienes, derechos y obligaciones de los individuos.
4. Estas relaciones económicas que establecen los individuos con los bienes, derechos y obligaciones, según sean los fines a los que se encuentren destinados, necesitan una regulación jurídica para poder mantener su orden y tutelar los efectos que se originan de ellas.

C. CARACTERÍSTICAS

1. La noción de patrimonio es de orden esencialmente pecuniario, solamente los derechos con significación pecuniaria conforman el patrimonio ya que, por ejemplo, derechos como la patria potestad son extrapatrimoniales por lo tanto quedan fuera del comercio.

El patrimonio tiene como elementos valores positivos como propiedades y créditos, los cuales conforman el activo, y valores negativos como las deudas que constituyen el pasivo.

2. El patrimonio constituye un todo, es decir, una universalidad jurídica (“universitas iuris”) independiente de los elementos que la componen que son agregados materiales, de ésta manera el patrimonio puede existir sin ellos.

El patrimonio es “la aptitud para convertirse en el centro de relaciones jurídicas pecuniarias, o también, el receptáculo ideal dispuesto a recibir los valores positivos o negativos”¹

3. Para los seguidores de la teoría subjetiva, el patrimonio es un atributo o emanación de la personalidad y una proyección de ésta en el derecho, al igual que la personalidad es inalienable. Para otros, la creación jurídica del patrimonio se realiza para la consecución de determinados fines.

¹ JOSSENRAND, Op.cit. p 455

4. Solamente las personas como sujetos de derechos y obligaciones pueden tener patrimonio, ya sean físicas o jurídicas. Toda persona tiene patrimonio, así no conste más que de deudas; cabe tener mayor o menor cantidad de bienes, pero solamente puede poseerse un patrimonio.

5. El patrimonio sólo es transmisible por causa de muerte, porque en vida no cabe su íntegra transferencia. No existe sucesión universal *sine mortis causa*, de acuerdo con lo establecido por el artículo 294 del Código Civil. Sin embargo, se discute doctrinalmente si hay intransmisibilidad *sine mortis causa*, Díez Picaso sostiene que la respuesta debería ser negativa, pues el patrimonio en última instancia es absorbido por otro o es liquidado, cuando tenga que pagarse a los acreedores del causante por ejemplo. De lo contrario habría que aceptar que una persona tiene tantos patrimonios como herencias ha recibido.

6. Constituye la prenda tácita y común de todos los acreedores o perjudicados por el titular, principio consagrado en nuestro

Ordenamiento Jurídico. En consecuencia, el patrimonio es personalísimo, inagotable, indivisible e inalienable.

7. El patrimonio es creado por el derecho objetivo, es él quien autoriza a considerarlo unitariamente como un conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas, lo que alcanzará relieve cuando ese conjunto aparezca independizado del patrimonio personal. En este patrimonio no cabe la creación por voluntad de su titular de otros varios y distintos patrimonios con relevancia jurídica, esta característica se conoce como legalidad.

D. ELEMENTOS Y TIPOS DE PATRIMONIO

Elementos del Patrimonio

Son dos los elementos del patrimonio, el activo y el pasivo. El activo se encuentra integrado por el conjunto de bienes y derechos apreciables en dinero, mientras que el pasivo por el conjunto de obligaciones y cargas también susceptibles de valoración pecuniaria. Los bienes y derechos de carácter patrimonial se traducen siempre en derechos reales, personales, o mixtos; por

consiguiente, el activo de una persona quedará constituido por derechos reales, personales o mixtos.

A su vez el pasivo se constituye por obligaciones o deudas que son el aspecto pasivo de los derechos personales, es decir las cargas u obligaciones reales o propter rem, contempladas desde la posición del deudor, y que también son susceptibles de estimación pecuniaria.

De acuerdo con Ernesto Gutiérrez¹, los elementos que integran el activo del patrimonio son:

1. El patrimonio activo pecuniario se forma con:

- A. Derechos Reales
- B. Obligaciones lato sensu, en su especie derecho de crédito o derecho personal
- C. Derechos de autor
- D. Derechos de marca
- E. Derechos de patente

¹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ (Ernesto). Op.cit. p 141

2. El patrimonio activo moral, o no pecuniario, o derechos de la personalidad se forma con:

A. Derechos que integran la parte social pública y que son:

- a. Derecho al honor o reputación
- b. Derecho al título profesional
- c. Derecho al secreto o a la reserva
- d. Derecho al nombre
- e. Derecho a la presencia estética

B. Derechos que integran la parte afectiva y que son:

- a. Derechos de afección, los cuales comprenden
 - a.1. Familiares
 - b.1. De amistad

C. Derechos que integran la parte físico somática

- a. Derecho de autor
- b. Derecho a la libertad
- c. Derecho a la integridad física
- d. Derecho relacionados con el cuerpo humano
- e. Derecho sobre el cadáver.

Por otra parte, el patrimonio pasivo pecuniario se forma con:

- A. Obligaciones lato sensu, en su especie obligación estricto sensu.

- B. Obligaciones lato sensu en su especie derecho de crédito, desde el punto de vista del deudor.

Tipos de Patrimonio

a. **Patrimonio Personal:**

Se le atribuye a una persona física o jurídica por servir a sus fines. En virtud del poder que tiene la persona sobre las relaciones activas patrimoniales, se cumplen evidentemente sus fines y se atiende a sus necesidades (se alimenta, sostienen a su familia, se recrea, etc.,).

El titular del patrimonio está obligado a realizar gestiones sobre su patrimonio de tal forma que no perjudique a otros interesados en él.

b. Patrimonio Separado:

Es una situación unitaria en que se encuentran el conjunto de relaciones jurídicas de carácter económico al funcionar con separación del patrimonio personal, por ser objeto de un destino específico. Es pues, una masa de bienes, derechos y obligaciones delimitada con relación al patrimonio general o personal. Sólo se constituye si existe una norma que así lo autorice, pues no puede quedar a voluntad de los interesados.

El patrimonio separado se considera como una excepción al patrimonio personal, un ejemplo de él sería la herencia aceptada a beneficio de inventario.

c. Patrimonio Colectivo:

Es el patrimonio que pertenece a una colectividad o pluralidad de personas caracterizado por la concurrencia de más de un titular y al mismo tiempo también su separación respecto de cada uno de los patrimonios personales de los cotitulares.

Son patrimonios colectivos entre otros: la sociedad de gananciales (bienes adquiridos durante el matrimonio) y la comunidad hereditaria (la aceptación de una

herencia a la que han sido llamados varios y el derecho de cada coheredero no recae sobre bienes concretos y determinados).

SECCIÓN II: PATRIMONIO FAMILIAR

El régimen patrimonial de la familia comprende como un sistema voluntario y parcial, la afectación del inmueble destinado a habitación familiar, sea el llamado patrimonio familiar o bien de familia. Tenemos entonces que "El patrimonio familiar no puede constituirse en forma aislada, sino que, en todo caso, debe formar parte del régimen económico a que se acojan los cónyuges..."¹

Es hasta el año 1973 con la promulgación del Código de Familia que se introduce en nuestro derecho esta institución, la cual consiste en la afectación por parte de los cónyuges del inmueble destinado a la habitación familiar. Esta figura constituye más bien una modificación especial establecida al sistema de separación de bienes durante el matrimonio, o sea una modificación al régimen legal de los bienes entre los cónyuges.

El patrimonio familiar constituye una institución, que no ha sido debidamente difundida, razón por la cual las familias costarricenses no han aprovechado su uso. Esta es una figura de gran trascendencia social que garantiza un mínimo de estabilidad familiar en lo económico.

¹ MARTINEZ BLANCO (Gerardo) Instrumentos de Derecho de Familia. Corte Suprema de Justicia de Tegucigalpa. Honduras. Setiembre 1991. 91 p.

La finalidad que se persigue con la constitución del patrimonio de familia, justifica el carácter inembargable e intransmisible de los bienes que lo forman, puesto que se garantiza con ello la protección del grupo familiar.

A. CONCEPTO

El patrimonio familiar es una institución de derecho privado, que se crea con el fin de dotar a la familia de permanencia y estabilidad, asegurándole la habitación y sustento básico.

De acuerdo con Papaño, "El bien de familia es una institución que se orienta a la protección del núcleo familiar beneficiario, para asegurar su vivienda o su sustento o ambas cosas."¹

La legislación hondureña establece que "El patrimonio familiar es la institución jurídico - social por medio de la cual se destina uno o más bienes a la protección del hogar y sostenimiento de la familia"

"El bien de familia es un inmueble urbano o rural, que en virtud de la ley es afectado al servicio de la familia, garantizándose el cumplimiento de su destino

¹PAPAÑO (Ricardo José). Derechos Reales. Editorial Depalma. Buenos Aires. Volumen III. 1990. p. 271

mediante su inembargabilidad y diversas restricciones a su transmisibilidad a terceros, bien sea entre vivos o aún por causa de muerte; la situación privilegiada de estos bienes se completa con exenciones impositivas y otras ventajas que varían según las leyes creadoras de este tipo de bienes."¹

Según Tedeschi, "el patrimonio familiar constituye un conjunto de bienes pertenecientes al titular de ellos, que distingue del resto de su patrimonio por su función y por las normas que la ley dicta en su protección, está destinado a asegurar la prosperidad de la nación."²

"El bien de familia es una institución jurídica del Derecho de Familia patrimonial, y por lo tanto del Derecho Civil, concerniente a un inmueble urbano o rural ocupado por los beneficiarios indirectamente, limitado en su valor que por destinarse al servicio de la familia goza de inembargabilidad, es de restringida disponibilidad, se encuentra desgravado impositivamente y subsiste en su afectación después del fallecimiento del titular del dominio."³

De las definiciones anteriores se deduce que el bien de familia es un patrimonio especial que es sustraído del haber común de las personas, para que

¹ LAZARO TREVISAN citado por RAMIREZ ALTAMIRANO (Marina). El Patrimonio Familiar. Revista Judicial. San José. No. 15 Año IV, marzo 1980 p. 75

² TEDESCHI citado por RAMIREZ A. (Marina). Op.cit., p. 75

³ GUSTAVINO citado por RAMIREZ A. (Marina) Op.cit., p. 76

no responda por sus deudas, y se logre mantener así la seguridad de la habitación mínima requerida por una familia.

B. CONSTITUCIÓN Y CESACIÓN

La constitución del patrimonio familiar es un régimen voluntario. La afectación se genera por un "acto de destinación" por medio del cual esta se inscribe en el Registro y provoca que el bien sea destinado a habitación familiar; la inscripción constituye el elemento formal mientras que la destinación es el elemento material.

De conformidad con el artículo 43 del Código de Familia:

"La afectación la hará el propietario a favor del cónyuge o conviviente, si se tratare de unión de hecho, o de los hijos menores o ascendientes que habiten el inmueble..."¹

De esta norma se desprende que únicamente pueden constituir el bien familiar, los cónyuges de común acuerdo sobre un bien propiedad de uno de ellos.

¹ Código de Familia, art. 43.

Esta afectación se deberá realizar mediante escritura pública por ambos cónyuges y se debe inscribir en el Registro correspondiente; cabe mencionar que sólo pueden ser afectados los bienes inmuebles ya sea rurales, cuya cabida no supere los 10.000 metros cuadrados, o bien, urbanos que no exceda los 1.000 metros cuadrados; siempre y cuando sean destinados a habitación familiar, así lo establece el artículo 46 del Código citado.

Dentro de los bienes inmuebles susceptibles de afectación, tenemos las casas de habitación, los predios o parcelas destinadas a la subsistencia de la familia, pero nuestra legislación no exige que la parcela sea cultivada por la familia beneficiaria. En cuanto a los establecimientos industriales y comerciales que sean objeto de explotación familiar nuestro Ordenamiento Jurídico no admite su afectación, como sí se admite en Francia.

Estos bienes presentan las siguientes características:

- a. Se trata de un inmueble rural o urbano afectado por su finalidad ya que esta destinado a habitación o predio familiar.

- b. Indivisibilidad: No pueden dividirse o repartirse a otras personas.

- c. Inalienabilidad: No es posible traspasarlos o cederlos.
- d. Inembargabilidad: Ningún juzgado puede decretar sobre el patrimonio familiar ningún embargo o medida precautoria para asegurar el resultado de la acción. Sin embargo, se ha permitido la embargabilidad de los bienes cuando ambos cónyuges sea deudores solidarios.

"No siempre que un inmueble se encuentre afectado a patrimonio familiar, debe entenderse que no puede ser perseguido por sus acreedores. Existen varios supuestos en los cuales a pesar de que el inmueble se encuentre afectado a patrimonio familiar, él mismo sí puede ser perseguido por sus acreedores, a saber: a) Si ambos cónyuges acuerdan con el acreedor hipotecar dicho inmueble, en cuyo caso podría ser perseguido posteriormente por el acreedor hipotecario, en caso de mora. b) Si ambos cónyuges suscriben un crédito personal ya existiendo la afectación del inmueble, el mismo puede ser perseguido por dicho acreedor personal. c) Si el crédito se suscribió con anterioridad a la afectación del inmueble a patrimonio familiar. Debe tenerse presente, que la afectación a patrimonio familiar, surte efectos a partir de su inscripción en el Registro Público, por lo que no basta el

otorgamiento de la escritura pública para que el inmueble se encuentre afectado."¹

Es también del criterio de nuestros tribunales que "el bien no puede ser perseguido por acreedores personales del propietario, con excepción de aquellas deudas adquiridas por ambos cónyuges o por el propietario con anterioridad a la inscripción de la escritura que consignó la afectación del inmueble a patrimonio familiar."²

"Conforme al artículo 42 del Código de Familia el inmueble así afectado (patrimonio familiar) no podrá ser perseguido por acreedores personales del propietario, salvo en deudas contraídas por ambos cónyuges o por el propietario con anterioridad a la inscripción dicha. ...Las obligaciones reales o personales nacidas antes de la inscripción de la afectación permiten perseguir el bien afectado; las obligaciones de ambas clases, nacidas con posterioridad a la inscripción de la afectación, deben ser contraídas por ambos cónyuges para poder perseguir el bien afectado."³

¹ Tribunal Superior Agrario, No. 598 de 11 H 35 de 26 de setiembre de 1997.

² Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, No. 405 de 09 H 15 de 30 de junio de 1992.

³ Tribunal Superior Primero Civil, No. 520 de 8 H 20 de 30 de abril de 1992.

- e. La doctrina considera que el bien de familia, no puede estar gravado ni gravarse. Los bienes que van a formar parte del patrimonio familiar deben estar libres de cualquier carga, por ejemplo, hipoteca. No obstante nuestro Ordenamiento Jurídico no establece norma expresa al respecto, por lo que podríamos deducir que se puede constituir patrimonio familiar sobre un bien hipotecado.

"Este punto es importante, por cuanto tratándose de familias de pocos recursos, por lo general su único patrimonio, su casa de habitación, se encuentra gravado por obligaciones derivadas de su adquisición. Prohibir la afectación de bienes hipotecados, eliminaría la posibilidad de la misma para las familias más necesitadas de ella."¹

- f. Tiene un especial sistema sucesorio. La muerte del propietario no provoca el cese del beneficio por cuanto según lo establece el artículo 47, una de las causales para que se de la cesación de la afectación es la muerte o mayoría de edad de los beneficiarios.

De tal forma que el régimen de patrimonio familiar no limita la libre testamentifacio pues al propietario no se le restringe esta facultad,

¹RAMIREZ ALTAMIRANO (Marina) *Op cit*, p 84

teniendo validez su disposición testamentaria cuando ya no haya beneficiarios y por lo tanto cese la afectación.

La constitución del patrimonio familiar, provoca dos consecuencias jurídicas:

1. Protección del bien: pues para ser gravado o enajenado, se requiere el consentimiento de las personas que hayan sido constituidas como beneficiarios de ésta institución.
2. Inmunidad: el bien no puede ser perseguido por acreedores personales del propietario, salvo para el cobro de deudas contraídas por ambos cónyuges o convivientes.

Algunos autores consideran que la existencia de un patrimonio familiar se justifica principalmente en los regímenes de separación de bienes, debido a que en este sistema cada uno de los cónyuges es dueño de los bienes que adquiere, de forma que, afectando un inmueble para constituir un bien de familia, existirá una verdadera garantía que brinde la protección adecuada del hogar y de la familia.

En la práctica, la afectación del bien de familia se da generalmente como requisito que imponen el Banco Hipotecario de la Vivienda y la Universidad de Costa Rica en programas de financiamiento de vivienda y sólo en muy pocas situaciones, se establece la afectación por voluntad de las partes.

Existe una institución pública que se encarga de asegurar un patrimonio familiar mínimo, así desempeña de modo obligatorio, la misma función que cumple el patrimonio familiar en el ámbito privado. Esta es el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, que a través del contrato de adjudicación en venta, ayuda en este aspecto a las familias de escasos recursos. El INVU actúa principalmente en el campo urbano, e incluye en el contrato cláusulas que prohíben el alquiler, la hipoteca, enajenación o transferencia de cualquier bien adjudicado o comprado con el préstamo, además introduce una innovación que consiste en que la titularidad de la propiedad adjudicada no se otorga a una determinada persona de la familia, sino a esta íntegramente.

Es importante tomar en cuenta que para gravar o enajenar un bien afectado a patrimonio familiar, se requiere el consentimiento de ambos cónyuges, así como también para la desafectación del régimen, lo que es un factor determinante de dicha institución.

El patrimonio familiar termina cuando las necesidades básicas de la familia y de los hijos dejan de existir, o porque estos han alcanzado la mayoría de edad y pueden sostenerse por sí mismos. Al respecto indica la legislación hondureña que una vez terminado el patrimonio familiar, los bienes sobre los que fue constituido quedan en a entera libertad de quien los constituyó o de sus herederos.

Pese a que para la constitución de este régimen solamente se requiere de la voluntad de quien lo constituye, para la cesación del mismo existen tres formas posibles:

1. La cesación voluntaria, que es el caso en que el propietario lo solicita a la autoridad judicial competente, al demostrar que la desafectación es indispensable¹, o por mutuo acuerdo de los cónyuges o convivientes.
2. Cesación "necesaria" cuando la misma se produce por faltar algún presupuesto que permita la realización de las consecuencias de la afectación, por ejemplo, el fallecimiento o mayoría de alguno de los beneficiarios.

¹Ver Código de Familia, art. 47 inc. ch.

En el caso de la muerte de los cónyuges, puede darse la continuidad de la afectación si así lo dispone el cónyuge supérstite y existan hijos menores o ascendientes, que resulten beneficiarios de esta institución.

Podemos establecer que nuestro Código de Familia, también considera como cesación necesaria la circunstancia de que "cuando de hecho el bien de familia dejare de servir para habitación familiar o pequeña explotación, previa comprobación ante el tribunal mediante trámite sumario."¹

3. Cesación legal por la separación judicial o el divorcio, pero se mantiene con relación a los que tengan derecho como el caso de los hijos menores de edad, siempre que los cónyuges así los decidan.

C. ADMINISTRACIÓN Y BENEFICIARIOS

Tratándose del patrimonio de familia la propiedad de los bienes afectados, continúa dentro de las normas civiles privadas, comunes, pero limitada por las restricciones propias de esta institución.

¹Código de Familia, art. 47, inc. d.

Nuestro Código de Familia no establece nada respecto a la administración del bien afectado a patrimonio familiar; por lo cual deben seguirse las normas comunes de donde se extrae que la administración del bien continúa en manos del cónyuge propietario quien conserva la propiedad del mismo. "La administración del patrimonio familiar debe quedar en manos del propietario"¹

El propietario tiene libre administración sobre sus bienes por cuanto no existe norma expresa que limite su administración, ni en cuanto al uso del bien, ni en cuanto al empleo de los frutos si los hubiera. Sin embargo, existen algunas limitaciones implícitas como puede ser el caso de arrendar el bien, pues esto significa que el bien va a dejar de servir para la habitación familiar, la cual es una causal de cesación de la afectación, como se indicó.

Asimismo no se establecen sanciones en caso de que ocurra una mala administración y tampoco da la posibilidad de sustituir al administrador si fuese necesario. A pesar de ello en caso de tratarse de un incapacitado o en estado de interdicción se deben seguir las normas comunes civiles, por lo cual la administración le correspondería al curador designado.

¹ SOLANO CHACÓN (Jorge) El Patrimonio Familiar, Revista Judicial, San José, No. 22, Año VI, Junio, 1982, p. 34.

Con respecto a los beneficiarios del patrimonio familiar, nuestra legislación especifica de forma concreta quienes pueden resultar beneficiados, al indicar que:

"La afectación la hará el propietario a favor del cónyuge o conviviente, si se tratare de unión de hecho, o de los hijos menores o ascendientes que habiten el inmueble."¹

Es posible señalar que los beneficiarios tienen un derecho subjetivo e imprescriptible, que les da la posibilidad de exigir que el inmueble afectado sea inalienable e inejecutable, frente a aquellas personas que intenten desconocerlo, inclusive en contra del propietario del bien.

¹Código de Familia, art 43

SECCIÓN III: REGIMENES PATRIMONIALES MATRIMONIALES

El matrimonio origina una serie de efectos personales entre los cónyuges para realizar un fin común específico, sin duda extrapatrimonial, pero de gran influencia material y pecuniaria. La vida en común supone una serie de gastos para ellos, así tenemos por ejemplo las atenciones personales tanto para sí mismos como para sus hijos, que es el caso de la alimentación, la educación, la crianza etc., y además las atenciones que tienen éstos con terceros.

En la familia juegan un papel preponderante los servicios que cada cónyuge aporta en la medida de sus posibilidades a la vida en común, del hogar y la familia, por lo que la actividad adquisitiva de uno de ellos se ve frecuentemente fomentada y reforzada por la ayuda del otro, ya sea con motivo de los servicios prestados al hogar, mientras su consorte labora fuera de su casa; o por la colaboración directa y más o menos homogénea con su cónyuge, por lo que es necesario que se dé algún grado de participación.

La regulación que hace el derecho del ámbito patrimonial del matrimonio constituye su régimen económico, que abarca tanto los bienes propios de cada cónyuge como los bienes comunes. El control legal de éste instituto depende de la situación económica y social, del medio histórico y de consideraciones morales

de una sociedad determinada. Estas razones explican, especialmente a partir de la Primera Guerra Mundial, que éste sea una de las instituciones de derecho civil que más ha enfrentado profundas transformaciones, las que se han extendido a casi todo el mundo.

Por éstas razones, normalmente cada Ordenamiento Jurídico, ofrece a los contrayentes la posibilidad de realizar y estructurar un convenio que rija sus relaciones patrimoniales según crean ellos conveniente, de lo contrario estarán sometidos al sistema preestablecido por cada ordenamiento.

A. CONCEPTO

En el derecho de familia existe una materia denominada Derecho Patrimonial de la Familia, el cual se encarga de estudiar y sistematizar las instituciones jurídicas que regulan las relaciones patrimoniales entre los cónyuges o convivientes y sus hijos, y también las que se dan ocasionalmente con otros miembros del grupo familiar, ya sean ascendientes o descendientes.

Se designa como régimen patrimonial del matrimonio, o simplemente régimen matrimonial, al conjunto de reglas que delimitan los intereses pecuniarios

que se derivan del matrimonio, ya en las relaciones de los cónyuges entre sí, ya en sus relaciones con terceros.¹

El régimen pecuniario del matrimonio ha sido definido como el "conjunto de reglas que fijan las relaciones pecuniarias de los esposos durante el matrimonio, los derechos de los terceros que trataron con ellos o que vinieron a ser por otra causa sus acreedores y, en fin, los derechos respectivos de cada esposo el día de la disolución del matrimonio".²

"La idea de régimen económico matrimonial se relaciona directamente con el matrimonio, constituyendo un conjunto de reglas que prolongan, en el orden de los bienes y de las actividades patrimoniales de los cónyuges los lazos específicos que la institución del matrimonio establece entre los mismos"³

No existen regímenes patrimoniales matrimoniales absolutamente independientes y con vida propia originaria, cualquiera que sea el régimen es derivado de otro, es presupuesto previo e inexorable la existencia del matrimonio.

¹CASTAN TOBEÑAS (José). Op. Cit. p. 273.

²GUSTAVINO citado por FONSECA MONTOYA (Oscar) Relaciones Patrimoniales entre los cónyuges, San José, Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, , 1975, p 13

³DE LOS MOZOS citado por ODIO (Elizabeth) y VENEGAS (Egennery) Efectos Patrimoniales del matrimonio en el Código de Familia de Costa Rica. Necesidad de una reforma. Revista Judicial, San José, N° 33, junio 1985, p 68

B. NATURALEZA JURÍDICA

Algunos opinan que las reglas de los regímenes patrimoniales provienen de la voluntad de la pareja o bien de la ley, por lo que se le otorga un carácter contractual, sin embargo al encontrarse vinculado normalmente con la institución del matrimonio, se le ha dado una naturaleza institucional.

No obstante hay que tener en cuenta que en la actualidad, como se ha señalado, las familias no están constituidas únicamente por una unión matrimonial, pues existe un número representativo de familias conformadas por parejas en unión de hecho, razón por la cual la naturaleza jurídica del régimen patrimonial de la familia resulta cuestionable.

Lo anterior permite establecer que mientras exista un matrimonio de por medio, dicho régimen será de carácter institucional, pero en tanto estemos frente a una unión de hecho, su naturaleza será contractual.

C. CLASIFICACIÓN

No podemos hablar de una única clasificación de los regímenes económicos, pues son muy distintos los aspectos en que ellos pueden

considerarse dando así lugar a variadas combinaciones. Cabe aclarar que las clasificaciones que se han hecho, tienen un valor meramente didáctico y muy relativo, debido a que las legislaciones han adoptado sistemas distintos por razones de necesidad, tradiciones, costumbres y especialmente los valores de cada país; por lo tanto no suelen adoptar un sistema puro, sino sistemas complejos en los que se dan combinaciones e instituciones que modifican el sentido normal de cada uno de ellos.

Dentro de las más comunes de las clasificaciones tenemos:

1. Sistema Contractual o Convencional

"También denominadas contratos de matrimonio, convenciones prenupciales o capitulaciones matrimoniales, las convenciones matrimoniales son acuerdos entre futuros esposos con el objeto - fin de determinar el régimen matrimonial a que resuelven someterse durante su matrimonio o de reglar algún aspecto de sus relaciones patrimoniales futuras."¹ Con respecto a la forma de las convenciones, éstas deben realizarse en escritura pública e inscribirse en el Registro Público .

¹ MENDEZ COSTA (María Josefa) Derecho de Familia, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, . Volumen I. 1994, p 55.

Este sistema es el que deja en libertad a los contrayentes para que estipulen su régimen matrimonial a través de convenciones o en contrato patrimonial de matrimonio. El contenido de éstas convenciones depende de la autonomía de la voluntad, esto porque el régimen de capitulaciones es opcional, razón por la cual se le critica el hecho de que no protege de una manera eficaz el derecho de gananciales previsto en el artículo 41 de nuestro Código de Familia.

Las capitulaciones matrimoniales son una institución que pese a tener vigencia desde 1888 nunca se les ha dado el uso para el que fueron creadas, ya que no se registra un solo caso en que se hubiere otorgado para adoptar un estatuto de sociedad de gananciales o de participación en las ganancias de los cónyuges. Los casos que se han registrado están dirigidos a eliminar toda participación de un cónyuge en los bienes o ganancias del otro ocurridas durante la vigencia del matrimonio o sea la separación de bienes.

2. Sistema de unidad o absorción

En este sistema el marido se hace dueño de todos los bienes aportados por la mujer al matrimonio, es el propio del Derecho Romano Primitivo con el matrimonio *cum manu*, donde la mujer quedaba sujeta a la *manus* del marido o del *paterfamilias* de éste, la constitución de la *manus* implicaba la adquisición del

patrimonio de la mujer por quien la ejercía; también tuvo vigencia en el Derecho Germano y en general de todas aquellas legislaciones que no reconocían la personalidad jurídica de la mujer. Hoy no tiene ya ninguna aplicación práctica.

3. Sistema de Comunidad de Bienes

En este sistema se forma una masa común con la totalidad o parte de los bienes de los cónyuges, cuyas rentas o utilidades son afectadas con los gastos de la familia y que a la disolución de la comunidad se reparten entre los cónyuges y sus herederos. El elemento característico de la comunidad de bienes es la partición de la masa común mencionada.

En cuanto a su origen, existe contradicción en la doctrina, algunos sostienen que se remonta a las costumbres galas, otros a las costumbres germánicas; muchos le atribuyen un origen más reciente y creen verlo en la influencia cristiana. En Francia, éste régimen es el más utilizado aunque es el más antiguo, se remonta a la Edad Media, y con el transcurso del tiempo ha sufrido varias transformaciones, sobre todo bajo la influencia de las instituciones romanas.

En opinión de Barbero, "comunidad de bienes entre los cónyuges indica tanto el "contrato" como la "relación" con el cual y por la cual los cónyuges ponen y gozan en común las "utilidades" de sus bienes y adquisiciones".¹

Los bienes que conforman la comunidad son aquellos que se adquieren en el transcurso de la relación matrimonial, así como también las utilidades de los bienes propios, pero no éstos en sí mismos. Aquellos bienes que provienen de donaciones o herencias, tampoco entran en la comunidad, solamente las utilidades que de ellos se deriva.

• El régimen de comunidad puede ser constituido antes o durante el matrimonio y debe realizarse en escritura pública, inscribible en el registro correspondiente.

Dentro de éste sistema, existen dos variedades, las cuales son:

a. *La comunidad universal:* esta comunidad tiene lugar cuando entran en la masa todos los bienes de los esposos, tanto presentes como futuros, muebles e inmuebles, adquiridos a título oneroso o gratuito. Dentro de

¹ BARBERO (Domenico) Sistema del Derecho Privado, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, Tomo II, 1967, p 98.

ese sistema se contempla también lo que se conoce como comunidad en las deudas.

b. *La comunidad particular o limitada*: en ésta la masa común está integrada únicamente por ciertos elementos patrimoniales, coexistiendo a la par de los bienes comunes, otros que son propiedad exclusiva de cada uno de los cónyuges. Se da en esta comunidad particular la existencia de tres masas de bienes: los propios del marido, los propios de la mujer y los comunes o gananciales. Este sistema a la vez puede adoptar como principales subdivisiones las siguientes:

b.1. *Comunidad de Bienes Muebles*: es aquella en que se hacen comunes todos los bienes de ésta clase, aunque hayan sido adquiridos lucrativamente, quedando separada de la propiedad de los inmuebles, esta a su vez forma una comunidad aparte.

b.2. *Comunidad de adquisiciones a título oneroso*: se encuentra constituida por la renta de los esposos, los productos de su trabajo, las economías hechas con éstas rentas o productos o adquisiciones a título oneroso; mientras son propios de los cónyuges los bienes ya poseídos por ellos al tiempo de celebrar el matrimonio y los adquiridos durante él

a título gratuito. A este régimen se le denomina también con el nombre de gananciales. Y en el los cónyuges conservan como propios todos los bienes que llevan al matrimonio, incluso los bienes muebles.

b.3. *Comunidad de muebles y adquisiciones*: Está integrada por todos los bienes muebles presentes y futuros, aún los adquiridos lucrativamente, así como todas las adquisiciones a título oneroso hechas durante el matrimonio y bienes inmuebles adquiridos después del matrimonio a título oneroso. En esta comunidad se distinguen los bienes propios de cada cónyuge de los bienes gananciales.

b.4 *Comunidad de bienes futuros*: Se comprende en este sistema, todos los bienes futuros, incluso los adquiridos a título gratuito, por ende se excluyen de la comunidad todo el haber presente de los cónyuges.

Los regímenes de comunidad también se clasifican de acuerdo con el modo de gestión de los bienes, básicamente se conocen los siguientes:

a. *Comunidad de Administración Marital*: Es un régimen clásico del antiguo derecho francés, recogido por el Código Napoleón y por los que siguieron su modelo. Históricamente ha correspondido a la incapacidad

de la mujer casada, de tal forma que sus bienes propios y los comunes quedaban sujetos a la administración del marido quien se encargaba de administrarlos y disponer de ellos. Sin embargo, al marido se le reconocían limitaciones como el caso de la inenajenabilidad de la dote de la mujer, o gravar los bienes comunes sin el asentimiento de ella. Los derechos de la mujer sólo eran reconocidos al momento de la disolución del vínculo.

- b. *Comunidad de Administración Separada:* En ésta se le atribuye la administración y disposición de los bienes al cónyuge que los adquiere. Las relaciones patrimoniales entre los esposos, durante la unión, se desenvuelven como si hubiera separación de bienes, mientras que, después de la disolución se resuelve como en cualquier tipo de comunidad. Nuestro Código Civil de 1888, fue el primero en establecer este sistema, al regularlo en los artículos 76 y 77 los cuales se encuentran hoy derogados por el actual Código de Familia.
- c. *Comunidad de Administración Conjunta:* En este sistema, ninguno de los cónyuges puede administrar o disponer por si solos los bienes comunes, ya que estos quedan sujetos a la gestión conjunta del marido y la mujer.

4. Sistema de Separación de Bienes

Este sistema se produce cuando cada uno de los consortes tiene sus propios bienes, con los cuales debe sostener las cargas de la familia, de tal manera que no existe ningún tipo de unión o de confusión de patrimonios y tampoco, por el mero hecho del matrimonio, ningún tipo de comunidad. En este régimen el principal obligado a sufragar los gastos del matrimonio es el marido y subsidiariamente la mujer.

"Además de haber titularidades distintas, son distintas e independientes las facultades de administración, de goce y disfrute y de disposición de los bienes. Cada uno de los esposos administra libremente sus bienes, dispone libremente de ellos y adquiere plenamente para sí los frutos, productos y rendimientos que los bienes pueden producir."¹

El régimen de separación de bienes requiere una situación de equilibrio entre los patrimonios iniciales de los cónyuges o unas actividades económicas o profesionales de los dos cónyuges que sean equilibradas y permitan a ambos tener sus propios ingresos.

¹DIEZ PICASO (Luis) y GULLON (Antonio), Sistema de Derecho Civil, Madrid, Editorial Tecnos, Volumen IV, 1983, p 282

Este régimen se diferencia del sistema de comunidad, porque no confiere a los esposos expectativas comunes sobre los bienes adquiridos o ganados por cada uno de ellos. De tal forma que la unión matrimonial, no modifica el régimen de propiedad de los bienes, cada uno de los cónyuges adquiere para sí, y administra y dispone de lo que ha adquirido.

Este sistema presenta tres variantes:

- a. *Separación con unidad de administración o sistema de reunión:* en este régimen se respeta la propiedad de cada uno de los cónyuges sobre su respectivo patrimonio. No obstante, se le atribuye al marido la administración y goce de los bienes de la mujer.
- b. *Régimen Dotal:* Es aquel en el que cada cónyuge conserva la propiedad sobre su patrimonio pero se le transfiere al marido la administración y el usufructo de todos los bienes de la mujer o parte de ellos, para que de este modo, el marido aplique sus utilidades a los gastos del matrimonio. Cabe distinguir entre bienes dotales y bienes parafernales, siendo estos últimos los que la mujer administra, goza y dispone de acuerdo a las normas del régimen típico.

c. *Régimen de separación pura o absoluta*: en él permanecen separados los bienes de los cónyuges en cuanto a la propiedad, goce, administración, disfrute y disposición de los mismos; contemplándose todos los bienes, es decir, los que tuviese al contraer matrimonio y los que adquiriera después para sí. Los gastos familiares son sufragados por ambos cónyuges de acuerdo con sus ingresos.

Al consistir éste régimen en la absoluta separación del patrimonio de los cónyuges, las utilidades de sus bienes serán propios de cada uno, sin embargo, cada cónyuge debe de contribuir a sufragar los gastos de la familia, la asistencia mutua y la de los hijos, así como la de responder por las deudas adquiridas por cada uno de ellos para atender tales necesidades.

5. Sociedad legal de gananciales

Al régimen económico conyugal legal común se le denomina sociedad de gananciales, por medio del cual se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos por cualquiera de ellos indistintamente, y les serán atribuidos por mitad al disolverse la sociedad.

"Se les suele asignar un origen germánico y la hipótesis es admisible porque las formas de comunidad entre cónyuges no fueron conocidas en el Derecho romano, que impuso el régimen dotal. Se dice que era costumbre en las tierras septentrionales de Europa que las mujeres acompañaran a sus maridos en la paz y en la guerra y que, por ello, era justo que compartieran, al lado de los peligros, las utilidades del botín. Tácito, al relatar las costumbres de los germanos, cuenta que, llegado el momento de tomar estado, se advertía a las mujeres que se convertían en socias de los trabajos y peligros."¹

Este régimen es muy similar al régimen de participación, que a continuación analizaremos, al punto de que debería llamarse sociedad de gananciales a este régimen de participación, siendo este el único en el que se da una verdadera sociedad o asociación. La diferencia más sobresaliente entre régimen de participación y el de gananciales, consiste en que la ganancia adquirida en la sociedad de gananciales continua siendo individual y no se comunica.

Históricamente ha subsistido la idea de que se trata de una sociedad en la cual ningún tipo de bienes son necesariamente comunes, sino lo que se da es el establecimiento de una serie de reglas que permiten distribuir los beneficios, aplicándose las normas del contrato de sociedad como supletorias de la

¹DIEZ PICASO (Luis) y GULLON (Antonio), *Op.cit.* volumen IV p. 213

regulación legal de la sociedad de gananciales. No obstante, la titularidad del patrimonio ganancial no la ostenta una personalidad distinta de la de cada cónyuge al no ser la sociedad de gananciales una personas jurídica, dicha titularidad la tienen el marido y la mujer.

La jurisprudencia española ha establecido que "lo cierto e indudable es que se trata de una institución del Derecho de Familia, que imprime su sello peculiar no sólo a las relaciones personales, sino también a las patrimoniales, y produce, en este caso, el nacimiento de un patrimonio especial, vinculado al cumplimiento de los fines del matrimonio, sobre todo al levantamiento de las cargas comunes, siendo titulares del mismo conjuntamente y por partes iguales ..., el marido y la mujer."¹

La sociedad de gananciales presenta varias características que se pueden desglosar de la siguiente manera:²

1. Su finalidad inmediata consiste en establecer una relación de los cónyuges entre sí, además de resolver los problemas que se pueden originar dentro de esta relación. Pero, no podemos dejar de lado, la

¹DIEZ PICASO (Luis) y GULLON (Antonio), Op.cit. volumen IV p. 215 - 216

²Ibid. p. 217 - 218

proyección en las relaciones de cada uno de los cónyuges y de éstos con terceros.

2. Esta sociedad entre los cónyuges se establece con el propósito de obtener un resultado final que consiste en la partición de las ganancias.
3. El sistema que se analiza tiene como idea central la comunicación y participación de la ganancia por partes iguales o por mitad de las ganancias o beneficios; sin embargo cabe mencionar que este cálculo ofrece dificultades, especialmente cuando la eventual ganancia no se encuentre debidamente definida.
4. Se entiende como ganancia a la diferencia entre los ingresos y los gastos. En la sociedad de gananciales se toma en consideración principalmente los ingresos ya que se supone que al gasto se le ha hecho frente con los bienes gananciales.
5. La sociedad es de ganancias pero en estas últimas no se incluyen las plusvalías; es decir, el mayor valor que adquieran los bienes privativos a lo largo del matrimonio no constituye una ganancia partible, aunque sí sus frutos.

6. En este tipo de sociedad no se origina una partición de las pérdidas.
7. En la relación asociativa que se origina en este sistema, se forma una comunidad que estará constituida por tres masas de bienes: los bienes gananciales en su conjunto y los bienes privativos o patrimonios personales de cada uno de los cónyuges.

6. Sistema de Participación

"Reza el artículo 41 supracitado, en lo que interesa: "Al disolverse o declararse nulo el matrimonio, al declararse la separación judicial, y al celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge adquiere el derecho a participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro. [...]". Se establece ahí, lo que se ha dado en llamar, a partir de la vigencia del Código de Familia, la "participación diferida en los gananciales"; entendida ésta como el derecho que se otorga a cada cónyuge, de participar en la mitad del valor neto del patrimonio común."¹; se dice que dicha participación es diferida por cuanto se produce con la disolución del vínculo matrimonial.

¹ Sala Segunda, N° 116 de 09 H 30 de 5 de abril de 1995.

Este régimen constituye una posición intermedia entre el sistema de separación y el de comunidad, funcionando durante el matrimonio como uno de separación, donde cada uno de los cónyuges tiene libre administración y disposición de sus bienes; pero se liquida como un régimen de comunidad pues los esposos ostentan un derecho de participación en una determinada categoría de bienes.

Como característica fundamental, se tiene que en este régimen no se constituye una masa partible, "sino que la participación se resuelve en un crédito a favor de uno de los cónyuges contra el otro para equiparar las ganancias operadas durante el matrimonio..., a la disolución del régimen no se constituye una comunidad o masa común con los bienes adquiridos o ganados por ambos cónyuges, sino que los patrimonios de cada cual mantienen su independencia, naciendo en cabeza de uno de ellos el derecho a obtener, mediante un crédito, una participación en las ganancias del otro, a efectos de lograr una equiparación si las suyas fueron menores."¹

Algunos autores sostienen que dicho régimen tuvo su origen en el antiguo Derecho Consuetudinario Húngaro, y la doctrina húngara lo calificó como mixto;

¹ ZANNONI (Eduardo) Derecho Civil: Derecho de Familia, Buenos Aires, Editorial Astrea, Tomo I, 1981, p. 397.

mientras que como régimen convencional, lo legisla en primer término el Código polaco de 1825, en el cual los cónyuges podían convenir en que a la muerte de uno de ellos, el supérstite obtuviera la mitad de todos los bienes que constituían la masa común que se establecía en el momento de la muerte; y actualmente ha penetrado en la legislación de los países nórdicos, de ciertas naciones hispanoamericanas. "Pero, ya en 1888, Costa Rica había sancionado su código, que fue el primero en el mundo que lo consagró en los arts. 76 y 77, como régimen legal supletorio. Durante el matrimonio: separación de bienes; a la disolución, partición de los gananciales." ¹

Los que defienden éste sistema le atribuyen enormes ventajas ya que se trata de una hábil combinación de los regímenes de separación y comunidad, sin ninguno de sus inconvenientes, y además porque permite el amplio desenvolvimiento de la iniciativa individual de los cónyuges y de la capacidad que las leyes contemporáneas acuerdan en general a la mujer casada.

¹ VIDAL TAQUINI (Carlos). Régimen de Bienes en el Matrimonio con las modificaciones de las leyes 3.264 y 23.515, Buenos Aires, Editorial Astrea, 3º edición, 1990, p 22.

CAPITULO III: RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA FAMILIA EN COSTA RICA

Con el fin de cumplir con todas las obligaciones que conlleva la constitución de una familia, se requieren de recursos económicos para sufragar los gastos que ésta genera; por esta razón es necesario que las parejas antes de unirse definan el régimen económico que regirá su futura relación.

El Régimen Económico se refiere a aquellas normas que regulan las relaciones entre la pareja y de éstos frente a terceros. Para determinar la conformación del régimen económico, se debe tener en cuenta las tradiciones, y la idiosincrasia de los pueblos, esto con el propósito de que el sistema que se adopte por una comunidad determinada, sea adecuado a sus necesidades, principios y valores.

SECCIÓN I. HISTORIA

El Derecho de Familia Costarricense ha sufrido a través de la historia grandes modificaciones con el fin de salvaguardar la institución de la familia.

Es a partir del Código General de 1841 cuando se ve realmente la necesidad de proteger a la mujer y a sus hijos, quienes para esa época, tenían una posición inferior en la sociedad; se les otorga así mayores beneficios económicos, al regularse instituciones como la dote, las arras, los bienes parafernales, etc.

No obstante, el Código de Carrillo, fue paulatinamente modificado mediante algunas leyes que intentaron adaptarse a los cambios de la sociedad; situación que parece no se alcanzó, por lo cual se vio la necesidad de derogarlo y en su lugar se promulga el Código Civil de 1888, el cual suprimió muchas de las instituciones que la legislación anterior había adoptado.

Prácticamente la normativa relacionada con el régimen patrimonial de la familia, es la misma que adopta el Código de Familia en 1973, con la salvedad del patrimonio familiar. Con estos cambios se ha logrado dar mayor capacidad y participación a la mujer dentro de la sociedad.

A. CÓDIGO DE 1841

El Código General fue emitido en el gobierno del Licenciado Braulio Carrillo el 30 de julio de 1841, respondía a la corriente codificadora iniciada en Europa a fines del siglo XVIII y principios del XIX. En ese momento Costa Rica era un Estado constitucionalmente organizado de conformidad con el Decreto de Bases y Garantías, carta otorgada por Carrillo el 08 de marzo de 1841.

Debe recordarse que para la época, la posición de la mujer en el mundo occidental era evidentemente inferior al hombre en todos los órdenes. En la Costa Rica de 1841 la mujer tenía una posición de subordinación casi absoluta, a los padres cuando soltera y al marido cuando casada. Desde un punto de vista jurídico, la mujer también se encontraba en una posición muy inferior a la del hombre, es sabido que la mujer no tenía derecho a votar ni mucho menos a ser electa; en cuanto a la mujer casada por ejemplo, no tenía derecho a celebrar contrato ni a comparecer en juicio sin licencia del marido o de un juez.

No obstante, existió en el campo del Derecho de Familia Costarricense de esa época, una serie de reglas que garantizaban a la mujer y a sus hijos un grado de seguridad económica frente al varón, que resultaban más avanzadas y efectivas que la legislación hoy vigente, pues el régimen patrimonial de la familia

establecido en el Código General de 1841 contenía mayores mecanismos de garantía que el actual.

El régimen patrimonial de la familia, en este código recibió una doble vertiente de inspiración: el Código Civil de Napoleón, emitido en 1804 y que inspiró la mayor parte de los artículos del de Carrillo en materia civil, y la vieja legislación castellana contenida en las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio y otras fuentes, que precisamente concluyeron su vigencia en Costa Rica con la emisión de la legislación de Carrillo.

Las principales normas del Código General de 1841, relativas al régimen patrimonial de la familia, se hallaban contenidas en el Libro II relativo a los bienes y a las diferentes modificaciones de la propiedad, concretamente en el Título V que trata sobre la sociedad conyugal, la dote, las arras y los bienes parafernales, y no estaban regulados en el Libro I ("De las Personas") donde se concentra el Derecho de Familia.

En cuanto a la sociedad conyugal, ésta regulaba que todos los bienes ganados durante la unión, eran partibles entre ambos cónyuges, mientras que con respecto a la dote, era considerada por el código como aquellos bienes que la mujer u otro por ella, da a su esposo para soportar las cargas del matrimonio, la

cual constituye una de las instituciones más antiguas del Derecho de Familia, pero en el Código de Carrillo se reguló dejándolo a criterio de los interesados, sea en forma optativa, lo que provocó poco a poco la desaparición de la costumbre de constituir formalmente la dote.

El Código General conceptuó a las arras como “la donación hecha a la mujer por su esposo en remuneración de la dote, virginidad o juventud.”¹

Las arras tenían algunas similitudes con la dote, pero entre ambas figuras existía una diferencia esencial. La dote tenía por objetivos ayudar a soportar las cargas matrimoniales y el sostén de la viuda; las arras simplemente eran una donación del marido a la mujer.

En lo que respecta a los bienes parafernales eran todos aquellos bienes de la mujer que no han sido constituidos en dote, quedando fuera de ella y cuya administración y dominio pertenecían exclusivamente a la mujer.

También regulaba este código, la separación de bienes matrimoniales, la cual podía producirse durante el matrimonio o al disolverse éste por muerte de uno de los cónyuges.

¹ Código General de 1841, art. 933 citado por PADILLA VELÁZQUEZ, (Sagrario). *Op. cit.*, p. 40.

La separación de bienes podía tener fundamento en cuatro causales distintas: la interdicción judicial, el divorcio (éste no disolvía el vínculo sino que solamente autorizaba a interrumpir la vida en común y por consiguiente imposibilitaba a los divorciados para contraer nuevo matrimonio mientras viva el otro cónyuge¹); la ausencia y por el temor de que el marido malversase la dote o los bienes parafernales.

Adiciones introducidas al Código de 1841:

Por decreto No. 104 de 6 de junio de 1853 se promulgó el primer Código de Comercio de Costa Rica, el cual en su Título IV, que regulaba los concursos mercantiles o quiebras, dispuso que se presumían fraudulentas las constituciones dotales que en los treinta días siguientes a la quiebra, hubiese hecho el padre en favor de sus hijas con bienes propios. Por instancia de los acreedores esas estipulaciones podrían ser anuladas en el juicio universal de quiebra o concurso. No obstante, esa disposición quedó derogada con la promulgación de la Ley del Concurso de Acreedores de 1865, que no se refirió al tema de los bienes dotales.

Otra modificación introducida al Código fue producto de la denominada Ley Hipotecaria promulgada el 31 de octubre de 1865, reglamentada por decreto del 4

¹ Código de Derecho Canónico p. 696-699 citado por PADILLA VELÁZQUEZ, (Sagrario). Op. cit., p. 40.

de abril de 1866, esta ley dio nuevos ribetes al tema de los bienes dotales, y los dotó de un amplio sistema de protección. Entre otras, esta ley estableció la hipoteca legal en favor de la mujer casada, sobre los bienes del marido, para garantizar en su favor los bienes dotales, las arras y los bienes parafernales.

Otra de las novedades que aportó la ley de 1865 fue la regulación de las llamadas dotes confesales, las cuales se daban cuando el marido “confesaba” haber recibido una dote que en realidad no había existido, por mejorar la situación de la esposa, por concesión a las apariencias sociales, o por cualquier otro motivo. Esta situación podía traer graves perjuicios para el marido o sus herederos, pues permitía a la mujer o sus sucesores exigir la restitución de bienes o sumas de dinero que nunca se habían recibido.¹

La misma ley estableció una garantía de protección para la mujer, en el caso de que su marido no tuviese bienes inmuebles o fueren insuficientes para constituir la hipoteca.

El Código General de Carrillo sufre nuevas modificaciones en 1881, mediante el decreto No. 1 de 14 de noviembre de ese año, el cual derogó el sistema sucesorio de ese código, estableciendo un sistema novedoso en la

¹ PADILLA VELÁZQUEZ, (Sagrario). *Op. Cit.*, p. 99.

materia; por ejemplo, estableció la obligación alimentaria con respecto a los padres y al cónyuge, así como también modificó la posición para suceder del cónyuge que el código de 1841 colocaba en penúltimo lugar, pasándolo en primer término, junto con los hijos y padres legítimos.

“La Ley de sucesiones de 1881 dejó incólume el régimen de dote, arras, donaciones esponsalicias, parafernales y gananciales de 1841, por lo que sólo se podía proceder a la distribución de los bienes del fallido, cuando se hubiesen deducido los bienes propios de cada cual y dividido los gananciales.”¹

El régimen del Código de Carrillo es de separación en cuanto a algunos bienes y de comunidad con respecto a otros.

B. CÓDIGO CIVIL DE 1888

Por decreto número 3 de 28 de setiembre de 1887 se promulgó nuestro actual Código Civil, que entró en vigencia el primero de enero de 1888, y derogó tanto la parte Civil del Código General de 1841, como la ley hipotecaria de 1865 y la ley de sucesiones de 1881.

¹ PADILLA VELÁZQUEZ, (Sagrario). *Op. Cit.*, p. 110.

Este Código suprimió completamente la regulación sobre dote, arras, donaciones esponsalicias y bienes parafernales al establecer un régimen de capitulaciones matrimoniales optativas y bienes gananciales. En esencia la normativa del Código de 1888 sobre el régimen patrimonial de la familia es la misma que existe en la legislación actual, ya que en caso de no existir capitulaciones matrimoniales cada cónyuge queda dueño y dispone libremente de sus bienes, según lo establecía su artículo 76.

Sin embargo este código regulaba el régimen de comunidad como una excepción, al establecer en su artículo 77 que "... los bienes existentes en poder de los cónyuges, al disolverse el matrimonio, sino se prueba que fueron introducidos al matrimonio o adquiridos durante él por título lucrativo, se considerarán comunes y se distribuirán por igual entre ambos cónyuges."¹ Situación que fue modificada por el actual régimen de participación en los gananciales.

La diferencia más notable, de este código con la legislación actual, es que el Código de Familia de 1973 introduce la institución del bien de familia o patrimonio familiar. También se produjo con este código, la supresión del sistema

¹ Código Civil, San José, Imprenta Trejos Hnos, 1966, art. 77. Derogado por ley No 5476 de 21 de diciembre de 1973.

de hipotecas legales que garantizaban el antiguo régimen patrimonial de la familia y se dio de plazo hasta 1890 para que las existentes fueran reemplazadas por hipotecas comunes a solicitud de los interesados.

El Código Civil de 1888, representó un gran avance al conferir a la mujer plena capacidad para contratar y comparecer en juicio sin necesidad de autorización del marido, regulado en su artículo 78; sin embargo, le perjudicó al suprimir todo el antiguo régimen destinado a proteger sus bienes de los abusos del marido y a asegurarle su viudez, y al no establecer ningún mecanismo ágil para impedir la malversación por parte del cónyuge.

Con la promulgación de la Constitución Política en 1949 se consagraron algunos principios fundamentales que dieron lugar a un cambio en el Derecho de Familia, entre los cuales están:

- a. Igualdad de los cónyuges dentro del matrimonio.
- b. Derecho de toda persona a saber quienes son sus padres y la prohibición de la calificación filial.

- c. El deber del Estado de brindar protección a la familia y en especial a la madre y los menores.

Para adecuarlo a la Constitución, el Código Civil sufrió algunas reformas por medio de la Ley No. 1443 de 21 de mayo de 1952, aunque no se hizo prácticamente nada por desarrollar de una forma efectiva los principios constitucionales mencionados.

C. CÓDIGO DE FAMILIA DE 1973

La idea de revisar la legislación familiar surgió como resultado de un seminario realizado del 28 al 31 de marzo de 1966 bajo el patrocinio de la Caja Costarricense del Seguro Social, el Patronato Nacional de la Infancia y el Ministerio de Trabajo.

No es sino hasta dos años después (1968) que se integró una comisión legislativa para examinar el tema, con la intención de redactar un código que le diera autonomía al Derecho de Familia, como una disciplina en la cual juega un papel importante la protección de los hijos, el mantenimiento de la familia y el desarrollo de las relaciones entre sus miembros en un plano de igualdad y mutuo respeto.

“La aprobación del Código de Familia tuvo lugar en el momento en que se iniciaba en Costa Rica la disminución del papel puramente doméstico de la mujer y el aumento de su participación en otras actividades sociales, que han caracterizado la evolución de todo el mundo occidental”¹

El Código de Familia fue promulgado por la Ley No. 5476 de 21 de diciembre de 1973, fue publicado en el alcance No. 20 a la Gaceta del 5 de febrero de 1974 y entró a regir hasta el 5 de agosto de ese año, seis meses después de su publicación.

Este código se inspira en uno de los preceptos constitucionales de 1949 que es el caso de la equiparación de sexos contemplado en el artículo 52 de nuestra Carta Fundamental; pues es a partir de ésta que a la mujer se le reconocen derechos que nunca había tenido antes, como es el caso del derecho al sufragio.

Con relación a este principio constitucional fue que se basó nuestra actual legislación familiar, en lo que respecta al régimen patrimonial de la familia no existieron cambios trascendentales, se mantuvo lo que establecía el código de

¹GUTIÉRREZ (Carlos José). Prólogo en TREJOS (Gerardo) citado por PADILLA VELÁZQUEZ, (Sagrario). Op. Cit., p. 129.

1888, con excepción del patrimonio familiar como se indicó, pues éste lo incluyó dentro del capítulo que denominó "Régimen Patrimonial de la Familia", reglamentándolo en seis artículos que fueron incluidos por los diputados de la Asamblea Legislativa, por cuanto, la Comisión Redactora del Proyecto de Código no tuvo tiempo de analizar el capítulo relativo a esta institución debido a su complejidad, pues requería un estudio riguroso. No obstante, estos artículos fueron modificados posteriormente mediante Ley No. 5895 de 23 de marzo de 1976 y Ley No. 7142 de 8 de marzo de 1990.

El Código de Familia vino a derogar y modificar varias leyes que regulaban instituciones del Derecho de Familia, especialmente derogó del artículo 62 al 231 del Código de 1888; y dentro de éstos todas las disposiciones referentes al régimen patrimonial de la familia.

Este Código siguió la misma trayectoria de la mayoría de las legislaciones que incluyen únicamente lo relativo a las capitulaciones matrimoniales, régimen patrimonial del matrimonio y el patrimonio familiar, pero cabe aclarar que el régimen patrimonial de la familia comprende también otros rubros como son: las prestaciones de alimentos, la administración de los bienes de los hijos menores, los incapaces y los adoptivos, aspectos que nuestro código de familia no contempla.

Tanto en el Código Civil de 1888 como en el de Familia de 1973, el régimen legal matrimonial es un sistema de participación en los gananciales, que resulta de combinar los dos sistemas tradicionales, el de separación y el de comunidad.

Este código sufrió una reforma en 1976, la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de ese momento, consideró conveniente volver a implantar el sistema de sancionar al cónyuge culpable de la disolución del vínculo, con el fin de que éste perdiera su derecho a participar en los bienes gananciales, ya que dicha sanción había sido eliminada años atrás.

"Con ésta reforma se volvió al sistema que imperó a partir de la vigencia del Código Civil de 1888, en cuanto a sancionar en alguna forma al cónyuge que a dado lugar a la disolución del matrimonio y se estableció la liquidación anticipada de gananciales para reparar de algún modo el daño que se le causaba al cónyuge no propietario pero poseedor del derecho a esos bienes."¹

¹ MORA GARCIA (Jeannette) y NAVARRO BLANCO (Dunia). La Simulación en el Régimen de Bienes Gananciales, a la luz de la jurisprudencia costarricense. San José, Tesis para optar al título de Licenciadas en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1999, p 258

SECCIÓN II. REGÍMENES APLICABLES

En nuestro país, como en otras legislaciones, se sigue el principio de permitir la libertad contractual entre los cónyuges, los cuales a través de las capitulaciones matrimoniales, regulan todo lo relacionado con la propiedad, disfrute, administración y disposición de los bienes que lleven al matrimonio y los que adquieran durante él por cualquier título, así como el destino que tendrán al disolverse la unión. No obstante, de no realizarse ningún convenio entre los cónyuges o convivientes, se aplica supletoriamente el régimen legal establecido en nuestro Código de Familia.

El régimen patrimonial establecido en nuestra legislación se encuentra fundamentado en dos principios:

1. La tutela de los terceros y la autonomía del varón y de la mujer en relación al manejo de los bienes, su administración y disposición durante la vigencia de la unión.
2. La tutela del esfuerzo común de los cónyuges mediante la participación en los bienes, que nace en el momento de extinción del vínculo.

A. REGIMEN CONVENCIONAL

A este régimen se le denomina también capitulaciones matrimoniales o contrato de bienes con ocasión del matrimonio. Su origen es reciente, los romanos no las contemplaron, pues su régimen matrimonial no era convencional sino legal, constataban la aportación de la dote por medio de un instrumento dotal. La costumbre de que los particulares establecieran por contrato su régimen matrimonial no se introdujo sino hasta el siglo XVII.

Puede definírsele como la convención celebrada en atención a determinado matrimonio, con el fin principal de fijar el régimen al que deben sujetarse los bienes del mismo. "Son un régimen especial facultativo para los cónyuges, que consiste en un negocio bilateral, regido por la libertad de contratación entre las partes, los futuros contrayentes, con las limitaciones propias del Código Civil; destinado a regular el orden económico del matrimonio."¹

Melba Arias Londoño hace referencia al artículo 1771 del Código Civil Colombiano el cual define las capitulaciones matrimoniales como "las convenciones que celebran los esposos antes de contraer matrimonio, relativas a

¹ PADILLA VELAZQUEZ (Sagrario) Op.cit. p. 134.

los bienes que aporten a él y a las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o futuro"¹

La importancia de este contrato radica en la relevancia del régimen patrimonial de la sociedad conyugal, al cual están ligados los intereses y derechos de los esposos sobre sus bienes respectivos, en especial los de la mujer, así como también los derechos sobre las ganancias realizadas por ellos durante la unión, los intereses de los hijos y de la familia y los intereses de los terceros que contraten con uno u otro de los esposos.

Las capitulaciones matrimoniales poseen matices de complejidad y singularidad, lo que les da una enorme significación desde el punto de vista técnico y jurídico. Constituyen un pacto de familia en el que se estipulan las relaciones económico familiares y sucesorias entre los cónyuges.

Este régimen puede celebrarse y modificarse antes y después del matrimonio. En el caso de que existan hijos menores y se desee modificar, según lo establece el artículo 39 del Código de Familia debe solicitarse la autorización al Tribunal, con el fin de resguardar sus intereses. Con relación a las modificaciones que se le hagan al pacto, cabe indicar que no surten efectos frente

¹ ARIAS LONDOÑO (Melba) Derecho de Familia, Bogotá, Editorial ECOE., 1993, p. 157.

a terceros, hasta que sea publicado un extracto de la escritura correspondiente en el diario oficial y se inscriba en el Registro, lo que constituye un requisito de validez.

Cuando estas se pactan antes de realizarse el matrimonio, se consideran normalmente como un contrato condicional, sujeto a una condición suspensiva, que es la celebración del matrimonio; la cual es considerada como una verdadera condición o *conditio iuris*, de tal forma que, de no llegarse a dar la unión matrimonial, las capitulaciones quedarán nulas y sin efecto. Planiol considera que el contrato matrimonial de bienes, no es un acto sometido a condición, sino un contrato sujeto a un plazo.

Se establece que la duración de dichas convenciones, es indefinida, es decir que rigen mientras subsista el matrimonio y sólo producen efectos a partir de la celebración de éste, salvo que se hayan pactado durante la vigencia de la unión en cuyo caso tienen eficacia a partir de ese momento; si las mismas son otorgadas antes de la celebración del matrimonio, existe un plazo de caducidad de un año para darlas por extinguidas. Dejan de tener vigencia cuando se termina la sociedad conyugal, hay separación de bienes o liquidación de la misma.

Las capitulaciones matrimoniales se crearon con el fin de regular aspectos relacionados con el patrimonio de los contrayentes; sin embargo, según Gerardo Trejos, existe la posibilidad de pactar cláusulas no patrimoniales cuya subsistencia no esté subordinada a la celebración del matrimonio, como es el caso del reconocimiento de un hijo. Dicha cláusula conservará su efecto aunque fracase el proyecto de matrimonio.

No obstante, es necesario tomar en cuenta que nuestro Código de Familia en su artículo 37, establece claramente que en las capitulaciones matrimoniales se pacta lo relativo a "bienes presentes y futuros", sin dejar ninguna posibilidad de referirse en ellas a aspectos extrapatrimoniales, lo que resulta lógico por la naturaleza misma de esta institución.

Las capitulaciones deben constituirse mediante escritura pública inscribible en el Registro Público; para obtener plena eficacia frente a los terceros, según se desprende de los artículo 37 del Código de Familia y 455 del Código Civil, y tienen por objeto, como se indicó, regular los bienes presentes o futuros, en lo relativo a la propiedad, goce y administración de los mismos. Además deberán inscribirse en el Registro de Personas cuando "en virtud de ellas se establezca entre los cónyuges comunidad de bienes raíces."¹ El único límite al otorgamiento de las

¹ Código Civil art. 466 inciso 7.

capitulaciones es que no es posible estipular nada contrario a las leyes o las buenas costumbres.

Las convenciones constituyen un sistema elaborado por los futuros contrayentes, sobre las relaciones de orden económico al cual se someterán, de tal forma pueden establecer las siguientes materias:

1. Bienes aportados
2. Donaciones que deseen hacerse mutuamente.
3. Situación de los bienes que adquieren dentro del matrimonio.
4. La forma de administración.
5. La liquidación y el reparto a la hora de la disolución de la unión.

Las capitulaciones matrimoniales deben cumplir una serie de requisitos como los siguientes:

- a. El consentimiento: la convención debe provenir de la libre voluntad de las dos partes, es decir, es necesario que dicha voluntad se encuentre exenta de vicios; no obstante, podrán otorgarse a través de un tercero con poder suficiente.
- b. La capacidad: quienes las otorgan, deben gozar de aptitudes físicas y mentales idóneas, de tal forma que los menores requieren de la autorización de los padres o tutores para estipularlas.
- c. La solemnidad: se requiere realizarlas en escritura pública e inscribirlas en el registro correspondiente.

Se puede establecer que este tipo de convenciones facilitan la solución de procesos en cuanto a separación de bienes, disolución y liquidación de la sociedad conyugal. Al suscribir las capitulaciones, cada uno de los esposos conoce las propiedades y deudas existentes al iniciarse la unión y cuales utilidades o gananciales se obtuvieron durante el matrimonio.

Es conveniente que se reforme el Código de Familia para que dentro de los requisitos del matrimonio, artículos 14, 15 y siguientes, se establezca que todo

funcionario que va a celebrar un matrimonio tenga la potestad para obligar a los futuros contrayentes a realizar las capitulaciones matrimoniales.

De tal forma que en esas capitulaciones matrimoniales los consortes puedan escoger aquel sistema que consideren más conveniente para sus intereses, según la autonomía de la voluntad que impera en este tipo de contrato. Sin embargo, puede considerarse como los más aceptables.

- a. Régimen de Separación: Que todos los bienes que ingresen al matrimonio son exclusivamente de cada quien, a nombre de quien se encuentren inscritos; de tal manera que a la ruptura de un vínculo matrimonial, ya están las pautas establecidas y no va a ser un motivo más para que los cónyuges discutan en un juicio de disolución.
- b. Régimen de Comunidad: Que lo que ingrese al matrimonio desde el día de su celebración, es de ambos, independientemente de las causas por las cuales se llegue a disolver el vínculo.

De tal manera que se pacta o un régimen de participación o el de separación o exclusión, pero de tal forma que las capitulaciones matrimoniales sean de carácter obligatorio a la hora de contraer matrimonio.

B. REGIMEN LEGAL

El régimen legal patrimonial de la familia, con su carácter eminentemente supletorio, sólo rige en aquellos casos en los cuales no se hayan pactado capitulaciones, caso en el cual la pareja admite tácitamente la aplicación del sistema que impone la ley, el cual rige automáticamente. También entra a regir cuando habiéndose establecido el régimen convencional, éste ha sido declarado nulo o revocado por los cónyuges.

Desde el punto de vista social, se orienta a satisfacer las necesidades que tradicionalmente presenta una sociedad, los intereses que se deben tutelar, la realidad en el campo político y económico y el desarrollo de las instituciones jurídicas. Se concibe con el fin de dar solución a los problemas que nacen con la constitución de la familia y de ésta manera mantener y salvaguardar dicha institución.

Nuestro Código de Familia lo regula en su artículo 40 el cual indica que:

"Si no hubiera capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge queda dueño y dispone libremente de los bienes

que tenía al contraer matrimonio, de los que adquiriera durante él por cualquier título y de los frutos de uno y de otro"

Este artículo tiene su complemento en el artículo 41 del mismo cuerpo legal, el cual establece el sistema de participación en los gananciales, al indicar que: "...cada cónyuge adquiere el derecho de participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro. (...)"

1. LIBRE DISPOSICIÓN DE LOS BIENES

Nuestro Código de Familia adopta como régimen legal el de libre disposición de bienes debido a la influencia decisiva del principio de libre comercio. Este régimen, rige automáticamente desde la celebración del matrimonio y cuando no se han celebrado capitulaciones matrimoniales.

Dentro del sistema de libre disposición entran aquellos bienes que son propiedad del cónyuge, con la limitación de los bienes que son propiedad de los hijos menores. "En México éste régimen funciona en forma de excepción, pero es opcional para los cónyuges a la par del Régimen de Comunidad. Sin embargo, no existe Régimen Legal ni expreso ni tácito, sino que es obligación de los cónyuges

decidir el régimen que van a adoptar al momento del matrimonio, de no hacerlo, el matrimonio es nulo."¹

En Costa Rica, el régimen de libre disposición, rige sin necesidad de pacto expreso o tácito; más bien opera en virtud de la ley y desde el momento en que se celebra el acto matrimonial.

"En nuestro Ordenamiento Jurídico existe el régimen por el cual los esposos pueden durante el matrimonio disponer libremente de los bienes, significa que pueden traspasarlos, gravarlos, disponer de ellos como quieran, sin necesidad de contar con la anuencia del otro cónyuge para poder hacerlo; desde luego que estamos hablando de los bienes que estén a nombre de cada consorte que quiera disponer de ellos."²

Este Régimen puede cesar por presentarse alguna de las causales siguientes:

1. Celebración de capitulaciones matrimoniales después de celebrado el matrimonio.

¹ CAMACHO (Eva) Consideraciones Prácticas y Jurisprudenciales de los artículos 40 y 41 del Código de Familia, San José, Corte Suprema de Justicia, 1991, p 24

² Entrevista con el Lic. Pedro Beirute, Abogado del INCOFAMI, 14 de abril de 1999.

2. Liquidación anticipada de bienes gananciales.
3. Separación Judicial
4. Disolución del vínculo matrimonial por muerte o divorcio
5. Nulidad de matrimonio

"La sola aplicación del régimen legal supletorio que contiene el citado artículo 40 sigue aplicándose, aún interpuesto cualesquiera de los procesos señalados, y ni siquiera la anotación que en la práctica se da, sobre los bienes susceptibles de llegar a ser gananciales, suspende la libre disposición; es así como el cónyuge que sí posee bienes inscritos sufre un perjuicio amparado a la legislación y por falta de regulación adecuada"¹

Los Tribunales han establecido ciertas limitaciones al derecho de libre disposición como lo son las medidas provisionales que se aplican en los procesos de divorcio, separación judicial y nulidad de matrimonio. Estas medidas intentan asegurar el derecho sobre los bienes gananciales. Entre ellos podemos mencionar:

¹ CAMACHO (Eva) *Op cit*, p 25

1. Anotación de la demanda.

2. Aseguramiento e inventario de bienes a través de inspección judicial o actas notariales.

La anotación de la demanda procede sobre aquellos bienes inscribibles y se solicita una vez planteada la demanda previo al traslado de ésta. Si se trata de un bien inmueble deberá estar a nombre de uno de los cónyuges y es preciso acompañar el certificado de propiedad.

“Estas facultades de protección a los bienes objeto del Régimen Patrimonial Matrimonial, pueden surgir en aplicación no sólo a los bienes registrables (propiedades inscribibles) sino también a valores de comercio, tales como acciones de sociedades, títulos valores, dinero y cualesquiera otro considerados como bien ganancial”¹

Con respecto a los bienes muebles, como el menaje de casa, el cónyuge que sospecha de alguna lesión a su derecho de gananciales, puede solicitar que dichos bienes sean inventariados.

¹ CAMACHO (Eva) *Op cit*, p 27.

En razón de la separación de bienes existente durante el matrimonio, cada cónyuge dispone libremente de los que tenía al contraer nupcias, de los que adquiriera durante él por cualquier título y de los frutos de unos y de otros, de conformidad con el artículo 40 del Código de Familia.

No existe en nuestra legislación ninguna limitación expresa a la libertad de disposición y administración de los bienes de cada cónyuge durante el matrimonio. Sin embargo, la ley impone dos limitaciones de forma indirecta a esa libre disposición de bienes:

- a. Los actos de disposición de los bienes deben gozar de una necesaria legalidad con el único fin de aumentar el patrimonio y siempre que la actuación del cónyuge sea de buena fe, para evitar así actos simulados en perjuicio del otro.
- b. La libre disposición de bienes también se ve limitada por la facultad que tiene cualquiera de los cónyuges de solicitar la liquidación anticipada de los gananciales.

A este sistema se le critica el hecho de "que ha permitido dejar prácticamente, no sólo a la esposa sino también a toda la familia sin bienes, al

permitirse la posibilidad de que se distraigan esos bienes para que no haya participación."¹

2. DERECHO DE GANANCIALES

Es necesario establecer que existe una diferencia entre el derecho de gananciales y la definición de lo que es un bien ganancial. Tenemos entonces que el derecho a gananciales se da cuando cada esposo tiene algún derecho sobre los bienes adquiridos por el otro, lo que es típico en los regímenes de comunidad y de participación; mientras que bienes gananciales son todos aquellos adquiridos a título oneroso dentro del matrimonio, mediante el trabajo, el esfuerzo y la cooperación de ambos cónyuges en su comunidad de vida, es decir las ganancias habidas dentro del matrimonio.

El derecho a gananciales nace desde el momento de la sentencia que declare el divorcio, la separación judicial, nulidad de matrimonio o la liquidación anticipada de bienes gananciales, y por el contrario los bienes gananciales surgen de forma simultánea con el matrimonio. De esta manera los bienes que se adquieran a título oneroso por cualquiera de los cónyuges es objeto del derecho a gananciales.

¹ Entrevista con la Licda. Yolanda Mora Artavia, Abogada, ECONO JURIS, 20 de abril de 1999.

En el derecho de gananciales lo que se da es un derecho de participación diferente al de copropiedad, el cual, antes de la reforma introducida al Código de Familia en su artículo 41, mediante ley No 7689 de 21 de agosto de 1997, podía perderse por la culpabilidad o mala fe de los cónyuges. De tal forma establecía que "Al disolverse o declararse nulo el matrimonio, al declararse la separación judicial, cada cónyuge adquiere el derecho a participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro, perderá ese derecho el cónyuge declarado culpable en juicio de divorcio o separación judicial."¹

Este derecho consiste en la posibilidad de cada cónyuge de participar en un 50% del valor neto de los bienes existentes en el patrimonio del otro.

Sin embargo, la Licda. Yolanda Ma. Mora considera que debería eliminarse la disposición referida al 50% del valor neto y modificarse en un sistema de copropiedad, debido a que esto constituye una mejor garantía porque muchas veces con el sistema de valor neto se reduce su derecho sobre los bienes gananciales; por ejemplo, uno de los cónyuges tiene un derecho de participación sobre un inmueble que vale veinte millones, el cual responde por un crédito de diez millones, tenemos entonces que sólo cinco millones le correspondería al cónyuge no propietario, por concepto de gananciales; y si el cónyuge propietario le

¹Tribunal Superior de Familia de San José. No. 33-97 de 8 H 30 de 10 de enero de 97

paga al otro esa suma de dinero, liquida los gananciales y queda el bien a su total disposición, quedando menospreciado el derecho del otro cónyuge, al valor real del inmueble, sobre todo porque muchas veces el pago se hace mucho tiempo después de su estimación en la ejecución de sentencia.¹

La ventaja del sistema de copropiedad es que el copropietario tiene la posibilidad de acudir a remate judicial obteniendo el valor actualizado del bien, y no lo que ocurriría en un proceso donde se discuta el 50% del valor neto, en el cual se toma en cuenta el valor del inmueble al momento en que se realiza el peritaje, que normalmente se lleva a cabo muchos años antes de la sentencia firme de ejecución.²

No obstante el artículo 41 del Código de Familia considera que los bienes gananciales "...se considerarán gravados de pleno derecho, a partir de la declaratoria a las resultas de la respectiva liquidación..." de manera que también en este caso es posible acudir a remate judicial.

"Los gananciales en Costa Rica nacen con la disolución del vínculo matrimonial, la separación judicial o la muerte de los cónyuges, no es como en

¹ Entrevista con la Licda. Yolanda Mora Artavia, Abogada, ECONO JURIS, 20 de abril de 1999.

² Ibid.

otros países, como en México por ejemplo, en donde el régimen de gananciales se origina cuando nace el matrimonio y es un régimen compartido, es un régimen donde ambos esposos son dueños de todo lo que se adquiere desde que se celebra el matrimonio. Aquí lo que hay es una expectativa de derecho de un cónyuge o del otro respecto a los bienes que se adquieran durante el matrimonio, pero cuando se deshace el matrimonio, eso es un régimen ya obsoleto, inoperante que debe eliminarse en Costa Rica..."¹

De acuerdo con Gerardo Trejos no existe en doctrina una definición exacta de lo que suele llamarse bienes gananciales, debido a que el término es en sí impreciso y suele utilizarse no sólo como adjetivo para calificar los bienes en cuestión, sino también como sustantivo abstracto, ya que se llama así al derecho de participación que tiene cada cónyuge en el valor de los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio.

La idea central del régimen de gananciales consiste en establecer una comunidad de ganancias en él; junto a los bienes de cada cónyuge, hay una masa común de los dos y se forma con las ganancias que se obtengan después de su unión y por los rendimientos que proporcionen tanto los bienes comunes como los propios.

¹ Entrevista con el Lic. Pedro Beirute. Abogado del INCOFAMI, 14 de abril de 1999

Los bienes de dicha masa, se denominan gananciales, porque proceden de las ganancias que ambos cónyuges obtienen después de su unión y las utilidades que proporcione el propio patrimonio ganancial y los de los esposos, lo que hace presumir la colaboración de los cónyuges en la adquisición de los bienes durante el matrimonio. Estos bienes existen únicamente como consecuencia de la existencia de ciertos regímenes matrimoniales.

Según nuestra jurisprudencia "los bienes gananciales son aquellos que se adquieren dentro de la vigencia del matrimonio. Se les considera como tales, puesto que se presume que para adquirirlos ha mediado un esfuerzo común de ambos cónyuges"¹ Por lo tanto podemos decir que el concepto de bien ganancial presupone la existencia de un vínculo matrimonial.

A pesar de que el ordenamiento no define cuáles bienes se van a considerar gananciales, tácitamente se tiene el criterio de que, bienes gananciales son todos aquellos bienes muebles o inmuebles, que se adquieren durante el matrimonio en virtud del mutuo auxilio y colaboración que debe existir entre los cónyuges; además, no deben formar parte de la lista del artículo 41 del Código de Familia, y representar un incremento del patrimonio conyugal. Asimismo, los

¹ Tribunal Superior Segundo Civil Sección II, N° 537 de 09 H. 40 de 06 de agosto de 1992.

bienes adquiridos durante el matrimonio se encuentran protegidos por una presunción de ganancialidad.

Nuestra legislación simplemente establece en el artículo 41 del Código de Familia cuales bienes no son considerados como gananciales, éstos son:

1. "Los que fueren introducidos al matrimonio, o adquiridos durante él, por título gratuito o por causa aleatoria;
2. Los comprados con valores propios de uno de los cónyuges destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales;
3. Aquellos cuya causa o título de adquisición precedió al matrimonio;
4. Los muebles o inmuebles, que fueron subrogados a otros propios de alguno de los cónyuges; y
5. Los adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges."

Los bienes distribuibles serán solamente aquellos considerados como gananciales o sobre los que opere la presunción de ganancialidad, lo que resulta

de fácil comprobación tratándose de bienes inmuebles, por su inscripción en el Registro Público; en cuanto a los bienes muebles (menaje de casa) y otros como el caso de los créditos, tenemos que considerar que es muy difícil demostrar la propiedad de éstos y su carácter de bien ganancial.

Al respecto Gerardo Trejos considera que "cuando no existe prueba documental válida que demuestre la propiedad, deberá tenerse por existente una copropiedad real resultante del ejercicio simultáneo de la posesión sobre los bienes, con base en las normas de Derecho Común que regula la propiedad sobre los muebles y hacen eficaz la simple posesión como título de propiedad."¹

Cuando se da la disolución del vínculo matrimonial opera la liquidación de los gananciales, la cual se realiza previo inventario, para la adjudicación de los bienes que correspondan. Excepcionalmente, se da la disolución a petición de un cónyuge cuando el otro es declarado ausente.

Existe la posibilidad de que alguno de los cónyuges renuncie a la participación en la comunidad de gananciales ya sea en las capitulaciones matrimoniales o mediante escritura pública, sin embargo, siempre deberá realizarse en escritura pública cuando haya terceros acreedores a los cuales se

¹ TREJOS (Gerardo) citado por CAMACHO (Eva) Op cit, p 47.

podiera perjudicar. Al operarse la renuncia por cualquiera de los cónyuges el otro queda como único titular de la masa ganancial.

"De acuerdo con el artículo 41 se permite renunciar a las ventajas de la distribución final en las capitulaciones matrimoniales o en un convenio hecho en escritura pública; sin embargo, no es posible deducir del convenio de divorcio en que se dijo que no existían gananciales, que ella (la esposa) hiciera renuncia de su derecho a los mismos sobre bienes que aparecieran a nombre de él y adquiridos dentro del matrimonio en forma onerosa, dado que la renuncia a un derecho patrimonial de esa naturaleza tenía que haberse efectuado en forma expresa."¹

Una de las formas en que se distraen los bienes para evitar su distribución como gananciales, es la simulación, en este sentido "la Sala Primera Civil en sentencia No. 4 de 15 H 15 de 6 de enero de 1978, establece que simular significa representar o hacer aparecer alguna cosa fingiendo o imitando lo que no es, disimular es ocultar lo que es, teniendo en ambos casos el individuo idéntico objetivo, es decir, el engaño... el acto simulado consiste en el acuerdo de partes, de dar una declaración de voluntad a designio emergente de sus pensamientos

¹Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, No. 432 de 9 H 05 de 16 de junio de 1983.

íntimos, con el fin de engañar solamente o en perjuicio de la ley o de terceros, llamándose simulación el vicio que afecta este acto."¹

Los contratos más utilizados para realizar traspasos simulados son la compraventa, la donación y las sociedades anónimas. Estos, como todo negocio jurídico, deben poseer elementos fundamentales como son: la voluntad, el objeto y la causa, los cuales si no están presentes en el contrato, éste puede ser atacado.

"La compraventa es el negocio jurídico utilizado preferentemente por el cónyuge simulador para distraer de su peculio bienes con carácter ganancial. Por lo que el cónyuge tiene legitimación activa para demandar la inexistencia de los actos o contratos simulados en su contra en la que se declare la realidad de dos situaciones de hecho conexas entre sí, primero el hecho fraudulento y segundo la ganancialidad de los bienes."²

En muchos casos la compraventa se realiza sin existir contraprestación, por cuanto en el fondo lo que se da es una donación simulada, que utiliza el cónyuge simulador para llevar a cabo el traspaso de los bienes, de manera que el otro cónyuge no obtenga su derecho a participar de ellos.

¹ Sala Segunda No. 47 de 9 H 40 de 4 de marzo de 1994

² MORA GARCIA (Jeannette) y NAVARRO BLANCO (Dunia). Op cit. p 258

"La donación simulada consiste entonces en un acto traslativo de dominio con el cual se pretende excluir bienes con vocación de gananciales del patrimonio conyugal, donde no media el pago de un precio, pero sí la intención de dejar sin contenido el derecho a bienes gananciales de su cónyuge."¹

En cuanto a las sociedades anónimas, por ser persona jurídica diferente a la de sus socios, existe separación de los patrimonios de ambas personas, de tal manera que el socio - cónyuge - sólo se obliga frente a la sociedad por su aporte constituido en el pacto social. Por ello, si uno de los cónyuges desea distraer sus bienes los inscribe a nombre de una sociedad, para evitar con ello los gananciales; o bien puede darse el caso de que el cónyuge distractor lleve a cabo situaciones de quiebra ficticia y con ello dejar sin contenido económico el derecho a bienes gananciales, resguardando su responsabilidad.

En el año 1968 se nombró una comisión con el fin de reformar el Código Civil de 1988. Los miembros de ésta comisión consideraron que la desigualdad entre sexos era evidente así lo consideró el señor Eladio Vargas Fernández al manifestar "la burla y la injusticia consisten en disponer que cada cónyuge tiene el derecho en la mitad en los bienes habidos con el esfuerzo común durante el matrimonio, pero cuando el cónyuge a cuyo nombre figuran tales bienes

¹MORA GARCIA (Jeannette) y NAVARRO BLANCO (Dunia). Op cit p. 261

(generalmente el varón) desea burlar ese derecho, lo hace con un simple traspaso de dichos bienes a favor de otra persona que se los devuelve apenas quede disuelto el matrimonio, si se trata de un divorcio; y que aún en caso de disolución por causa de muerte, también le es permitido dejar al otro en completa indigencia, con sólo traspasarlos a personas escogidas a su libre arbitrio, sin tomar en cuenta al otro cónyuge que con su esfuerzo hizo posible la formación de aquel patrimonio."¹

Nuestra jurisprudencia ha establecido que según el artículo 40 del Código de Familia "si no hubiere capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge queda dueño y dispone libremente de los bienes que tenía al contraer matrimonio, de los que adquiriera durante él por cualquier título y de los frutos de unos y otros. Ese derecho no se discute, pero también hay que admitir que ello es así durante la vida normal del matrimonio y en negociaciones ciertas, porque con base en el principio de que toda regla tiene su excepción, cuando el matrimonio sufre quebrantos y se vislumbra su disolución no es posible aplicar la norma de manera absoluta, cuando un cónyuge se deshace de sus bienes mediante traspasos que son tan sólo aparente y con el único fin de eliminar los gananciales del otro." ²

¹ VARGAS FERNÁNDEZ (Eladio) citado por MORA GARCÍA (Janette) y NAVARRO BLANCO (Dunia) *Op cit.* p. 9

² Sala Segunda No. 47 de 9 H 40 de 4 de marzo de 1994

Con la reciente reforma al artículo 8 del Código de Familia, se ha pretendido que el juez al momento de valorar la prueba, independientemente de que se trate de una escritura pública donde se realiza un acto jurídico, pueda estudiar el fondo del asunto, analizando la presencia de todos los elementos constitutivos del negocio jurídico, a saber, la causa, el objeto y la voluntad, de esta manera le será más fácil determinar si se trata de una simulación o no, siempre y cuando haga constar las razones de su valoración.

3. LIQUIDACIÓN ANTICIPADA DE GANANCIALES

En relación con esta figura, el Código de Familia costarricense, establece que:

"Podrá procederse a la liquidación anticipada de los bienes gananciales cuando el Tribunal, previa solicitud de uno de los cónyuges, compruebe, de modo indubitable, que los intereses de éste corren el riesgo de ser comprometidos por la mala gestión de su consorte, o por actos que amenacen burlarlos. (...)"¹

¹ Código de Familia, art. 41.

"Considera la Sala que efectivamente, pueden los cónyuges proceder a liquidar anticipada y voluntariamente, los bienes que juntos han adquirido, con el paso del tiempo y la convivencia marital, sin necesidad de recurrir a trámites rigurosamente solemnes; tampoco ha de verificarse esta división como producto de las desavenencias que fluyan de la relación, sino que perfectamente se podría sin roces, lograr un acuerdo entre cónyuges que permita tal repartición, para ello debe tenerse presente que se trata de personas mayores de edad en pleno uso de sus facultades y que podrían amigablemente decidir cuál es la mejor opción para la distribución."¹

Esta liquidación procede, como anteriormente apuntamos, en los casos de mala gestión de un cónyuge que comprometa los intereses del otro o en presencia de actos que afecten sus intereses o amenace burlarlos. Se trata de un caso excepcional de liquidación que se lleva a cabo, estando vigente el vínculo matrimonial. "Lo invocado por la actora como "causa" (entendida en sentido procesal como los hechos de la demanda) era el posible traspaso del bien ganancial, tendiente a burlar sus derechos. Puede entenderse ese riesgo como "causal" para la liquidación anticipada, según lo determina el artículo 41 del Código de Familia."²

¹ Sala Segunda, No. 169-95 de 9 H 30 de 31 de mayo de 1995.

² Tribunal Superior de Familia de San José, No. 653-97 de 10 H 40 de 3 de setiembre de 1997.

Este tipo de liquidación fue introducido por Ley No. 5895 de 9 de marzo de 1976; y quien la solicita debe de hacerlo ante el Tribunal de Familia, que es el encargado de decretarla si tiene suficiente prueba del perjuicio causado o del posible fraude en contra del interesado.

En opinión de Gerardo Trejos, ésta figura es aplicable, independientemente de que exista planteada una acción de divorcio o separación, pues aquí los intereses del cónyuge se protegen con la anotación de la demanda en el registro correspondiente o con medios supletorios para el caso de bienes no registrables.

Por lo tanto, la liquidación procede, cuando sin existir interés de parte del cónyuge en la separación o el divorcio, es necesaria la distribución de los bienes por la mala administración del cónyuge propietario. Puede darse, existiendo separación de hecho y tramitarse en vía ordinaria según el procedimiento establecido en el artículo 287 y siguientes del Código Procesal Civil; normalmente se tramita dentro de el juicio de divorcio o separación, el cual se anota al margen de los bienes que afecte.

La posibilidad de liquidación anticipada del régimen impone, de manera indirecta, la obligación de los cónyuges de actuar de buena fe, con lo cual se le da mayor protección al eventual derecho sobre los bienes gananciales.

Definir cuales actos perjudican o pueden perjudicar al cónyuge que solicita la liquidación anticipada se basa en aspectos puramente probatorios y principalmente en el criterio del juez, tomando en consideración las ambiciones que rodean a la pareja y su condición social, económica y profesional.

La conducta del consorte que pueda calificarse de "mala gestión" implica hechos consumados y si se trata de amenazas de violación a los derechos del otro, se da el problema de las dificultades que se presentan al momento de probarlos, ya que los actos fraudulentos normalmente se realizan de forma oculta.

SECCIÓN III. SITUACIÓN DE LA PAREJA EN LA ACTUALIDAD

La familia constituye un núcleo esencial de relaciones primarias, en el cual las personas procuran la satisfacción de necesidades fundamentales.

Para la Iglesia Católica, la familia es aquella unión estable de un hombre y una mujer mediante el matrimonio, junto con los hijos. Esto implica que no es posible pensar en las uniones homosexuales y además que el matrimonio representa un vínculo estable, que como valor adicional constituye un sacramento.¹

Sin embargo, como anteriormente hemos apuntado, ésta concepción de familia ha sufrido cambios trascendentales. La familia de hoy en día ya no es sólo la que forman un hombre y una mujer con sus hijos y que tiene como base el matrimonio; se puede afirmar incluso que ésta institución ha venido en decadencia, dando paso a otras formas de constitución familiar, como por ejemplo la unión libre. Asimismo, se dan uniones de personas del mismo sexo, aunque nuestra legislación no contempla dicha posibilidad, es una realidad que no se puede negar, así como también las familias constituidas por madres solteras.

¹ Entrevista con el Sacerdote Mauricio Víquez. Párroco, Iglesia San Juan Bautista, Patarrá, Desamparados. 24 de Abril de 1999.

Todos estos cambios constantes que se dan en la forma de visualizar la institución de la familia, repercuten de forma directa en la legislación familiar. Los legisladores han tratado de ponerse al corriente de todas éstas transformaciones, haciendo reformas a institutos que ya estaban regulados, pero que no se acoplaban a la realidad y reglamentando situaciones no contempladas anteriormente, ejemplo de ello es la adición del Título VII que se le hizo al Código de Familia por Ley No 7532 de 8 de agosto de 1995, en el que se reglamenta todo lo relacionado a la unión de hecho.

"La normativa de la unión de hecho en el Código de Familia tiene como finalidad el proteger los núcleos familiares que nacen a raíz de la convivencia de la pareja a través del tiempo, en forma pública y estable, pues tal y como lo establece la Sala IV en su voto No. 1151-94 "Según lo expuesto, para el legislador constituyente, las llamadas "familias de hecho" y el matrimonio son simultáneamente dos fuentes morales y legales de familia (hay que tomar en cuenta que no existe impedimento legal para constituir una familia de hecho); ambos garantizan la estabilidad necesaria para una permanente vida familiar, porque se originan en una fuente común: el amor que vincula al hombre y la mujer, el deseo de compartir, de auxiliarse y apoyarse mutuamente y de tener descendencia La familia de hecho es una fuente de "familia", entendida esta como el conjunto de personas que vinculadas por la unión estable de un hombre y una mujer, viven bajo el mismo techo

e integran una unidad social primaria. Sin embargo, debe quedar claro que no pueden equipararse a las uniones de hecho, los amoríos o las relaciones esporádicas o superficiales, las uniones de hecho, cumplen funciones familiares iguales a las del matrimonio, y se caracterizan al igual que éste, por estar dotados al menos de estabilidad (en la misma medida en que lo está el matrimonio), publicidad (no es oculta es pública y notoria), cohabitación (convivencia bajo el mismo techo, deseo de compartir una vida en común, de auxiliarse y socorrerse mutuamente) y singularidad (no es una relación plural en varios centros convencionales)".¹

Pese a todos los esfuerzos de los legisladores por adecuar nuestra legislación a las nuevas situaciones que se presentan relacionadas con la familia, ésta sigue siendo insuficiente y en ocasiones poco adecuada para resolver los problemas que se suscitan en nuestros tribunales.

A. CONSIDERACIONES GENERALES

Analizar la situación de la familia, muestra cambios en el perfil de los hogares, que no siempre están de acuerdo con los valores y actitudes predominantes acerca de la vida familiar.

¹Tribunal Superior de Familia de San José, No. 545-97 de 8 H 30 16 de julio de 1997.

La institución matrimonial continúa siendo la regla; sin embargo, se ha incrementado la presencia de hogares uniparentales, especialmente a cargo de hombres, así como también ha tenido gran importancia el aumento en el número de parejas que conviven en unión de hecho, a estas últimas, nuestros legisladores les han otorgado mayores beneficios, como lo han contemplado nuestros tribunales, al indicar que:

"Las partes sostuvieron una relación de convivencia de hecho, en forma pública y estable, relación que se dio por un período de seis a siete años, aproximadamente y en el que ambos tenían aptitud legal, para contraer matrimonio. Nuestra legislación claramente establece que en una situación, como en la especie, donde media mutua aptitud (artículo 242), que la consecuencia patrimonial es la participación del cincuenta por ciento del valor neto de los bienes constatados en el patrimonio del otro, o sea que la actora tiene los mismos derechos patrimoniales que se hubiesen derivado de un matrimonio formado legalmente, es decir, los gananciales del artículo 41 del Código de Familia. La actora tiene sobre los bienes adquiridos durante la relación de convivencia de hecho, los mismos derechos que se hubiesen derivado de un matrimonio legalmente constituido o sea el derecho al cincuenta por ciento del valor neto de dichos bienes."¹

¹ Tribunal Superior de Familia de San José, No. 235-97 de 8 H de 19 de marzo de 1997.

La Iglesia Católica trata de incentivar a que aquellas parejas que vivan en unión de hecho, contraigan matrimonio, debido a que no es posible equiparar ambas instituciones. Desde el punto de vista canónico se manejan dos conceptos diferentes, que presentan distintos problemas a resolver, estos son el matrimonio y las parejas especiales.

Entre las parejas que la Iglesia Católica considera como especiales, se incluyen las que se encuentran en unión de hecho y las que están unidas por un matrimonio civil; en estas últimas los cónyuges pueden haber sido solteros o divorciados.¹

Considera el Sacerdote Víquez que los problemas que enfrenta el matrimonio, son principalmente: la falta de diálogo, el estrés que ocasiona la vida cotidiana, que hace que los matrimonios fracasen, el machismo, la inmadurez en parejas de adolescentes, el consumismo o materialismo que mata de preocupaciones y la infidelidad. Por lo anterior, ve la necesidad de recuperar el calor de hogar y la vida familiar.²

¹ Entrevista con el Sacerdote Mauricio Víquez. Párroco, Iglesia San Juan Bautista, Patarrá, Desamparados. 24 de Abril de 1999.

² Ibid.

A pesar de los cambios que a sufrido la familia en relación con su situación económica, una mayoría de hombres y mujeres, siguen considerando que las responsabilidades económicas del hogar corresponden a los varones.

B. ANÁLISIS CRÍTICO

Actualmente la pareja enfrenta situaciones críticas en su relación como tal y en otros aspectos que no tienen nada que ver con su vida sentimental, sino más bien en el ámbito puramente pecuniario. Esto se refleja en las transformaciones que se han venido experimentando en la sociedad de hoy en día, en la cual, pese a que su base fundamental sigue siendo la familia, el concepto que se tiene de ésta ya no es el mismo de años atrás.

Nuestro legislador ha querido regular, en atención a éstos cambios, las relaciones patrimoniales existentes entre los convivientes, y que de hecho no se podrían negar, porque de hacerlo, sería cerrar los ojos a una realidad; que, si bien es cierto, desde el punto de vista, de una sociedad con costumbres religiosas arraigadas como la nuestra, en la cual lo ideal es la familia matrimonial, no se pueden ocultar los aspectos pecuniarios que supone la existencia de un hogar, en donde la convivencia diaria genera gastos y también utilidades, ya sea del trabajo personal o del capital que han podido dedicar o no al sustento de la unión.

El problema de ésta regulación es que el legislador ha equiparado dos institutos jurídicos totalmente diferentes, matrimonio y unión de hecho, dándoles el mismo trato en el aspecto económico, sin tomar en cuenta que en la unión de hecho, jurídicamente nos encontramos frente a dos personas independientes y libres, entre las que, a diferencia del matrimonio, no se crea una relación de estado.

Sin embargo, la larga convivencia y el desarrollo de la vida en común, crea un entramado de relaciones económicas que genera en la práctica una unidad económica en la pareja, pero ésta unidad económica no significa unidad jurídica. Por esta razón, consideramos que no se debió equiparar unión de hecho y matrimonio, dándoles los mismos efectos patrimoniales, no queriendo decir con esto que no se debió regular la unión libre, muy por el contrario, debía ser regulada pero diferenciándola del matrimonio.

"Los efectos patrimoniales o económicos se han querido, en la unión de hecho, asemejar al matrimonio; yo, en primer lugar, estoy totalmente opuesto a estos artículos 242 a 246 del Código de Familia, que se hicieron mediante reforma 7532 del 8 de agosto de 1995 y empezaron a regir el 28 de agosto del mismo año, que es todo lo relacionado con el Título VII Capítulo Único de la Unión de Hecho; siempre me opuse a esta unión de hecho, porque nosotros no podemos

equiparar una unión de hecho a un matrimonio que reviste de todas las solemnidades del caso y sobre todo sin haberse reformado la Constitución Política."¹

La Constitución Política dice en su artículo 52 que el matrimonio es la base de la familia y la familia es la base de la sociedad; si los legisladores consideraron oportuno regular la unión de hecho, primero debieron pensar en una reforma a la constitución para que dijera: "el matrimonio y la unión de hecho son la base de la familia y la familia es la base de la sociedad". Sin embargo, nuestra constitución solamente establece que la familia fundamentada en el matrimonio es la base de la sociedad, entonces surge la interrogante del porqué le estamos dando a la unión de hecho las mismas consecuencias, obligaciones y derechos del matrimonio.

Es necesario tomar en cuenta que pese a no compartir el criterio de los legisladores con respecto a la equiparación de dichas instituciones, que ya es un hecho, resulta conveniente acotar que es indispensable unificar el sistema patrimonial que regirá los tres tipos de relaciones de pareja que contempla nuestro Código de Familia, a saber: matrimonio, unión de hecho con libertad de estado, y unión de hecho en la cual exista algún impedimento para contraer matrimonio.

¹ Entrevista con el Lic. Pedro Beirute, Abogado del INCOFAMI, 14 de abril de 1999

Con respecto a lo anterior, consideramos que el Régimen Patrimonial que se aplica actualmente al matrimonio y a las uniones de hecho con libertad de estado, es inadecuado, porque sabemos que existe separación de bienes durante la existencia del vínculo, y que una vez finalizado éste, ya sea por divorcio, separación judicial o declaratoria de nulidad, comienza a regir la comunidad, una vez dictada la resolución judicial respectiva.

Compartimos la opinión de la Lic. Yolanda Ma. Mora quien aclara que el régimen de participación comienza a regir en el momento de la declaratoria judicial de la disolución del vínculo matrimonial, atentando contra los derechos del cónyuge que no tenga bienes inscritos a su nombre, por cuanto los bienes y sus frutos o utilidades que se adquieran durante el período transcurrido entre la presentación de la demanda y la sentencia en firme, quedan en manos del cónyuge a nombre de quien aparecen inscritos, sin que sean tomados en cuenta como gananciales.

Otra incongruencia que encontramos en nuestra legislación, basada en lo inadecuado que resulta el sistema patrimonial aplicable, es que se da más ventajas económicas a los convivientes que no poseen libertad de estado que a los convivientes que si tienen dicha libertad y hasta el propio matrimonio.

El artículo 246 del Código de Familia establece que la unión de hecho por un período que no sea menor de cuatro años y en la que uno de los convivientes tiene un vínculo anterior, por lo que está impedido para contraer matrimonio, al romperse dicha unión, los bienes que se adquirieran durante la convivencia deberán repartirse en partes iguales entre los convivientes, lo que significa que existe una copropiedad.

Por otra parte, el artículo 242 indica que la unión de hecho por más de tres años entre un hombre y una mujer con aptitud legal para contraer matrimonio, surte todos los efectos patrimoniales de éste; lo que quiere decir que una vez finalizada la unión, los convivientes tienen derecho a una participación en el valor neto de los bienes adquiridos durante la convivencia, lo que es menos ventajoso que la copropiedad.

Lo anterior refleja el hecho de que nuestro legislador le da mayor protección económica a aquellos convivientes que no han deshecho su vínculo anterior, dándole una copropiedad a la compañera; y a la esposa, un derecho de participación en el valor neto, lo que resulta incomprensible si tomamos en cuenta que aún constitucionalmente, como quedó indicado con anterioridad, el matrimonio sigue siendo la base de la familia, por lo que merece mayor protección.

El Lic. Pedro Beirute considera que no puede haber un matrimonio a la par de una unión, porque moralmente, se estaría desprotegiendo la institución del matrimonio y a las esposas, para darle una equiparación similar a la unión de hecho sin que se haya deshecho el vínculo anterior; él está totalmente de acuerdo a las uniones públicas, notorias, únicas, y estables, ya que a nadie se le puede impedir, que no estando casado, se una con quien quiera, pero está en desacuerdo en que un hombre todavía casado, sin que haya arreglado su problema matrimonial, se le consienta para protegerle también en la unión de hecho a la segunda mujer, con lo cual se desprotege a la esposa.

En el mismo sentido la Lic. Yolanda Ma. Mora es de la opinión de que no es posible que a la unión de hecho con un vínculo legal anterior, se le otorguen más ventajas patrimoniales que al matrimonio y a la unión de hecho con libertad de estado, porque hay una injusticia, si partimos de la crítica que hacemos al sistema del valor neto, que es el que se aplica a la unión de tres años con libertad de estado, es injusto que a la unión en donde uno está casado o está separado judicialmente y se le da un 50% a la compañera, se le está beneficiando desde el punto de vista patrimonial, porque es más beneficioso ser copropietario que tener derecho a un 50% del valor neto, es una discriminación, que al criterio de la Licenciada debería desaparecer, haciendo que las uniones de hecho con

impedimento o sin él, y el matrimonio, participen del mismo sistema, o sea como copropietarios.¹

C. LEY N° 7689 de 1997.

Esta ley fue promulgada el 21 de agosto de 1997, y establecía la reforma a los artículos 8, párrafo primero del artículo 41 y 98 del Código de Familia, además adicionó el artículo 48 bis.

El artículo 8 fue reformado con el fin de dar mayores potestades a los jueces en materia de familia con respecto a las pruebas ofrecidas en el proceso, de tal forma que podrán interpretarlas sin estar sujetos a las reglas relativas a la prueba común, lo cual les da la posibilidad de analizar a fondo el caso.

Una de las primeras reformas que sufrió el artículo 41 del Código de Familia consistió en que "se obligaba a las partes a asumir una especie de régimen patrimonial donde cualquier tipo de transacción que se fuera a hacer sobre bienes adquiridos por la pareja en su condición de casados, se requería el consentimiento del otro, pero ésta fue derogada debido a que se decía que las mujeres entraban los negocios, pero eso ocurría hace más de veinte años, donde la

¹ Entrevista con la Licda. Yolanda Ma. Mora Artavia, Abogada, ECONO JURIS, 20 de abril de 1999.

mujer no había adquirido un nivel educativo, ni académico como ahora; pero no podemos seguir manteniendo la tesis de que todas las mujeres somos ignorantes, cuando en realidad las mujeres son bien preparadas actualmente y ahora se encuentran capacitadas para poder participar en la vida económica del marido. Entonces los cambios en la sociedad en la preparación de la mujer, permiten que la reforma ya no sea tan absurda como pudo ser hace tiempo."¹

El párrafo primero del artículo 41 del Código de Familia establecía que "Perderá el derecho (de gananciales) el cónyuge declarado culpable en juicio de divorcio o de separación judicial".² Consideraron nuestros legisladores que, históricamente, esta disposición representó una sanción sumamente drástica especialmente para la mujer, debido a que normalmente los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio, se inscriben a nombre del varón, perjudicando a la mujer que incurría en alguna causal de divorcio.

Con la reciente introducción de una serie de normas dirigidas a la regulación de la familia de hecho, nace la posibilidad de que los bienes adquiridos durante la convivencia se distribuyan por partes iguales y sin limitaciones, lo cual no es así en las familias constituidas por un matrimonio. Se consideró que para

¹ Entrevista con la Licda. Yolanda Ma. Mora Artavia, Abogada, ECONO JURIS, 20 de abril de 1999.

² Proyecto de Ley, Reforma a los artículos 8, párrafo primero del artículo 41 y 98 del Código de Familia, 4 de noviembre de 1996.

que exista un trato patrimonial igual, tanto en la unión de hecho como en el matrimonio, era conveniente eliminar la pérdida del derecho a gananciales por haber incurrido en culpabilidad.

La reforma realizada al artículo 41 del Código de Familia, elimina la culpabilidad del cónyuge causante del divorcio, como limitación al derecho de participar en la distribución de los bienes gananciales. De ésta manera, el párrafo primero de este artículo queda de la siguiente forma:

"Al disolverse o declararse nulo el matrimonio, al declararse la separación judicial y al celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge adquiere el derecho de participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro..."

Al realizar dicha reforma, los legisladores pensaron que era conveniente para proteger a la mujer que ocasiona la ruptura del vínculo y que no es propietaria. Sin embargo, esos motivos no resultan del todo convincentes, dado que es ilógico que el legislador quiera proteger a un porcentaje muy reducido de mujeres causantes de divorcios y desproteja a la mayoría de éstas que son

realmente las perjudicadas, por cuanto en nuestro entorno social, la mayor parte de las separaciones y divorcios son producto de la conducta del varón. De esta manera la reforma ha resultado un aliciente para que los hombres, sin temor en cuanto a la pérdida de su patrimonio, realicen comportamientos tipificados como causales de divorcio.

Así mismo, se adicionó el artículo 48 bis que establece la posibilidad del cónyuge inocente de pedir el resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por las causales de sevicia, atentado contra la vida del cónyuge o sus hijos y la tentativa para prostituir o corromper al cónyuge o corromper a los hijos.

La reforma al artículo 98 que se refiere al proceso de investigación o impugnación de paternidad o maternidad no es tema de interés para nuestra investigación.

D. CONSECUENCIAS DE LA REFORMA

Antes de la reforma al artículo 41, introducida mediante Ley 7689 del 21 de agosto de 1997, se evitaban los divorcios porque el cónyuge que sabía que era culpable, de alguna manera intentaba rehacer su vida matrimonial por temor a la

posibilidad de perder el derecho a la mitad de los bienes inscritos a nombre del otro cónyuge, en caso de ser acusado, por ejemplo de adulterio.

Esa sanción fue eliminada a partir de la reforma, y se dice entonces que cada uno de los esposos tiene derecho a participar en la mitad del valor neto de los bienes constatados en el patrimonio del otro; así pura y simplemente, y no va a ser motivo de pérdida del derecho de gananciales el que sea culpable o no del divorcio. Ahora resulta un incentivo para deshacer el matrimonio, pues cualquiera de ellos puede asumir una actitud pública de adulterio para que sea demandado por el otro, logrando el divorcio rápidamente y a sabiendas de que no va a perder los bienes del matrimonio.

Esta situación quiso compensarse al establecerse, mediante el artículo 48 bis del Código de Familia, la obligación de resarcir los daños y perjuicios; lo cual a criterio del Lic. Beirute complica la situación, porque hace que los esposos aún divorciados sigan enredados en litigios, por los daños y perjuicios que se hayan ocasionado con la conducta enmarcada en el artículo 48 incisos 2, 3, y 4 del mismo cuerpo legal.

"La reforma al artículo 41 ha incentivado aún más la posibilidad de que se hagan traspasos simulados, con el fin de evitar que el otro cónyuge participe de

los bienes que por derecho le corresponden. Antes de la reforma a éste artículo, el cónyuge a nombre del cual están los bienes, procuraba que el otro incurriera en alguna causal que lo acreditara como culpable, de manera que en un futuro proceso perdiera el derecho a gananciales; sin embargo al eliminarse la culpabilidad, el medio que actualmente utilizan son los traspasos simulados. Esta reforma no ha venido a solucionar en nada el problema, ha favorecido a los cónyuges culpables nada más."¹

Al respecto el Sacerdote Víquez considera que la reforma al artículo 41 lo que ha hecho es allanar la pista para provocar infidelidades y otro tipo de problemas que se evitarían por miedo a perder en el aspecto económico. Debe darse la posibilidad de penalizar la mala conducta con el fin de brindar protección a la familia.²

E. RECOMENDACIONES

En el transcurso de la investigación nos hemos dado cuenta de que nuestra legislación familiar en lo que respecta al régimen patrimonial, presenta una serie de incongruencias que provocan problemas en lugar de resolverlos. Esta

¹ Entrevista con la Licda. Yolanda Ma. Mora Artavia, Abogada, ECONO JURIS, 20 de abril de 1999.

² Entrevista con el Sacerdote Mauricio Víquez, Párroco, Iglesia San Juan Bautista, Patarrá, Desamparados, 24 de Abril de 1999.

situación hace necesario que nuestros legisladores realicen un análisis exhaustivo de las normas que requieren modificación, tomando en consideración los conocimientos de quienes se especializan en Derecho de Familia.

Es necesario hacer conciencia de los problemas que estamos enfrentando y modificar de modo adecuado las normas familiares para que éstas sean una verdadera solución y no una causa más de conflictos. Por eso nos parece que algunos de los aspectos en los que el legislador debería centrar su atención son los que se detallan a continuación.

En cuanto al régimen patrimonial legal aplicable actualmente, es conveniente reformarlo obligando a los contrayentes a pactar capitulaciones matrimoniales, de tal forma que puedan decidir su régimen de acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad, teniendo claro cuáles son las consecuencias que produce la toma de tal decisión, de esta manera no se generaría injusticias.

No obstante se les podrá recomendar elegir entre los dos regímenes de mayor aplicación, ya sea la separación o la comunidad desde el inicio de la relación y hasta que ésta llegue a su fin, para que exista seguridad jurídica respecto de los bienes que le corresponden a cada uno de los cónyuges. Si la

pareja elige el régimen de comunidad, consideramos oportuno eliminar el sistema de valor neto aplicable actualmente y utilizar un régimen de copropiedad.

En caso de que el legislador establezca que otorgar capitulaciones no sea de carácter obligatorio, se debe incentivar a las parejas, sobre todo a las que vuelven a contraer nupcias, sobre la posibilidad que tienen de pactarlas, en especial cuando traen bienes del anterior matrimonio, para que no exista una confusión y el cónyuge en caso de que su segundo matrimonio fracase pueda rescatar sus bienes. Esto se logra mediante una adecuada divulgación de esta figura, para que las personas e instituciones relacionadas con este hecho conozcan de su existencia haciéndoles ver los beneficios y facilidades que genera su utilización.

No obstante lo anterior, desde el punto de vista de la Iglesia Católica, las capitulaciones matrimoniales, al constituir un contrato previo al matrimonio, representa una condición que vicia el consentimiento de los contrayentes. Podrían otorgarse después de la manifestación del consentimiento, siempre y cuando proteja los derechos de los cónyuges; pero aún así se prevé un fracaso que va contra la indisolubilidad del matrimonio.¹

¹ Entrevista con el Sacerdote Mauricio Víquez. Párroco, Iglesia San Juan Bautista, Patarrá, Desamparados, 24 de Abril de 1999.

Esta situación denota la posición conservadora que mantiene la Iglesia Católica, por lo que se ve la necesidad de que esta institución modifique su doctrina, adecuándose a aquellas transformaciones sociales que beneficien a la pareja como núcleo de la sociedad.

Dejar el sistema como actualmente opera, provoca para muchas personas situaciones que menoscaban sus derechos, puesto que durante la vida matrimonial el cónyuge a nombre de quien aparecen inscritos los bienes, puede disponer libremente de ellos, e incluso podría deshacerse de los mismos, perjudicando al otro; situación que se puede remediar con el otorgamiento de las capitulaciones como indicamos.

Así mismo, la liquidación anticipada constituye otra institución que puede coadyuvar a la protección de los bienes adquiridos por la pareja durante la unión; sin embargo, éste es un instituto menos conocido y por lo tanto poco aplicado, por lo que deberá adoptarse la misma política de información recomendada para las capitulaciones.

"Nuestro régimen legal requiere un cambio, porque éste se basa en una concepción machista, en el sentido de que el varón era el único capaz de producir

y de aportar para la adquisición de los bienes y prueba de eso es que normalmente la mayoría de los bienes se inscriben a nombre del varón."¹

La Licda. Yolanda Ma. Mora considera que podría ser importante cambiar nuestro sistema de gananciales, de ser un sistema de separación durante el matrimonio que se convierte en un sistema de comunidad al disolverse éste, pasar a ser un sistema de comunidad desde el matrimonio, siempre con la posibilidad de otorgar capitulaciones; esto debido a que considera que el matrimonio es un proyecto de vida en común.

En este sentido, propone la Licda. Mora, reformar totalmente nuestro sistema patrimonial de manera que exista comunidad de los frutos que den los bienes, intereses, cosechas, alquileres etc., desde que la demanda se presenta; con la facultad del juez de obligar a las partes a que realicen el depósito respectivo en el juzgado, para que al final del proceso se repartan todas las ganancias que se han producido durante el proceso, con los bienes obtenidos mediante el esfuerzo en común de los cónyuges.

Aunque el tema de los regímenes económico matrimoniales, no es coherente con los ideales cristianos, pues prevé el fracaso del matrimonio, como

¹ Entrevista con la Licda. Yolanda Ma. Mora Artavia, Abogada, ECONO JURIS, 20 de abril de 1999.

se indicó; según la Iglesia Católica el régimen de comunidad de bienes es lo que más se acerca a estos principios, si tomamos en cuenta que uno de los fines del matrimonio es la vida en común y el esfuerzo mutuo.

Nuestros legisladores, pese a sus intentos por adecuar el régimen legal a las constantes transformaciones que enfrenta la sociedad costarricense en razón de acoplarse al panorama mundial, no han logrado satisfacer adecuadamente su objetivo.

Uno de los intentos más recientes para alcanzar tal fin ha sido la reforma realizada al artículo 41 de nuestro Código de Familia; con la que se eliminó la sanción de la pérdida de gananciales por haber incurrido en culpabilidad.

Al respecto el Lic. Beirute considera que "hay que hacer lo posible para que este artículo 41 vuelva a ser reformado y exista la sanción legal y también moral de que el cónyuge culpable pierda derecho a los gananciales, lo que puede entenderse como un castigo o una sanción."¹

Al establecerse nuevamente la sanción de culpabilidad podrá además darse la posibilidad de demostrar el esfuerzo en común; porque como se sabe los

¹ Entrevista con el Lic. Pedro Beirute. Abogado del INCOFAMI, 14 de abril de 1999

bienes gananciales son los que se adquieren durante el matrimonio por el esfuerzo en común de los cónyuges, esto quiere decir que si alguno de los dos, no realizó esfuerzo en común, puede ser excluido de ellos, o sea, que al mantener dicha sanción, el cónyuge culpable perfectamente podría demostrar que respecto al otro no hubo tal esfuerzo, para que de alguna manera no se premie el no esfuerzo; para ello se deberá tratar de distribuir con equidad los bienes que se han adquirido.

Pensando en los bienes que no son gananciales, cuando la pareja se casa, se debe obligar a las partes a que declaren que bienes tienen antes de unirse para protegerlos en caso de subrogación. Por ejemplo, cuando una persona adquiere un carro antes de casarse, y posteriormente lo cambia por otro, ya estando casado, cuando viene el reclamo de gananciales sobre ese carro, debe analizarse que no ha habido esfuerzo en común sino que era un aporte anterior al matrimonio, por lo cual no entraría como ganancial.

Si se mantiene la culpabilidad deberá analizarse el tipo de causal por la cual se tiene el derecho a gananciales, esto sería una innovación en el Derecho de Familia, por cuanto la sanción de pérdida de gananciales debería ir a la par de la clase de actuación que tuvo cualquiera de los cónyuges para producir la disolución del vínculo, tan es así que cuando se da la separación no existe el derecho a

gananciales sobre los bienes que se adquieren durante ésta, porque no hubo esfuerzo en común,.

El analizar, por parte del juez, el tipo de causal que ha provocado la ruptura del vínculo, conllevaría un aumento en el trabajo que realiza; sin embargo, ésta es una idea que se puede implementar.¹ No obstante, para evitar distintas interpretaciones deberá establecerse claramente que sólo en las causales de mayor gravedad, como las establecidas en los incisos 2, 3 y 4 del artículo 48 del Código de Familia, se mantendrá la sanción de pérdida de gananciales por parte del cónyuge culpable.

¹ Entrevista con el Lic. Pedro Beirute. Abogado del INCOFAMI, 14 de abril de 1999

SECCIÓN IV: DERECHO COMPARADO

Debido a la existencia de sociedades con diferentes culturas y a las necesidades que en ellas imperan, cada una de éstas legisla de la forma más conveniente de acuerdo con sus tradiciones, usos y costumbres.

Por esta razón es que al estudiar un tema determinado en el campo del Derecho y especialmente en materia de familia es recomendable analizar diferentes Ordenamientos Jurídicos que, pese a estar formados bajo una misma orientación presentan diversos aspectos que vale la pena tomar en consideración y que servirán para entender de una mejor manera nuestra legislación.

A. LEGISLACIÓN ITALIANA

En los códigos promulgados entre 1815 y 1865 en el ordenamiento jurídico italiano, se eliminó el sistema comunitario francés introducido en Italia por el Código Napoleón. En el Código de las Dos Sicilias de 1819 se reprodujo las disposiciones del Código Francés sobre el régimen dotal, transformando el régimen francés de la comunidad en un régimen convencional.

En el Código italiano de 1865 se consagró como régimen legal el de separación de bienes, y como régimen convencional el dotal, de tal forma que el régimen económico de la familia se regulaba por la convención de las partes y por la ley, al igual que sucedió con el Código de 1942.

"Los cónyuges tenían la facultad de regular sus relaciones como creyeran más conveniente. La ley estableció, a falta de convención, el régimen de separación de bienes. Reguló también otros regímenes: el dotal, el de comunidad de bienes y el patrimonio familiar, dejando a las partes la facultad, por convención, de elegir los regímenes - o acogerse al legal - tal como estaban regulados o con las modificaciones que se permitían si no eran contrarias a lo determinado legalmente, o un régimen que resultaba de la combinación de alguno de los regímenes convencionales entre sí, o de la de uno de ellos con el legal, o un régimen diverso, con tal de que fuese específicamente determinado y tampoco contrario a la ley."¹

En el régimen legal, de separación de bienes, cada cónyuge conservó separadamente la propiedad de sus bienes, así como la administración y el goce de ellos. En cuanto al convencional, los cónyuges tienen la facultad de regular sus relaciones patrimoniales del modo que crean más conveniente, siempre que

¹ VIDAL TAQUINI (Carlos), *Op.cit.* p. 115

no vaya en contra del ordenamiento jurídico, y las convenciones se realizan en escritura pública antes de la celebración del matrimonio; y excepcionalmente se las podía estipular durante el matrimonio.

Una de las innovaciones del legislador italiano de 1942, fue la del patrimonio familiar, el cual es considerado, según, Tedeschi, como "un conjunto de bienes pertenecientes al titular de ellos, que se distingue del resto de su patrimonio, por su función y por las normas que la ley dicta en su protección."¹

La ley No. 151 del 19 de mayo de 1975, también conocida como ley de reformas del Derecho de Familia, modificó el régimen patrimonial del matrimonio. Se mantiene la existencia de las convenciones matrimoniales; en cambio el régimen de comunidad de bienes pasa a ser el sistema legal supletorio, sustituyendo al de separación de bienes que en adelante será el régimen convencional.

El régimen de comunidad de bienes, ahora régimen legal, puede ser modificado limitadamente por medio de las convenciones entre los cónyuges. La administración de los bienes de la comunidad, le corresponde separadamente a

¹ TEDESCHI citado por VIDAL TAQUINI (Carlos), *Op.cit.* p. 119

los dos cónyuges; en caso de que uno de los cónyuges sea menor de edad o no pueda administrar o sea mal administrador, el otro cónyuge puede pedir al juez que lo excluya de la administración. Sin embargo, el cónyuge privado de la administración, podrá pedirle al juez ser reintegrado en ella, si no existen motivos suficientes que determinen la exclusión.

"Cuando una pareja contrae matrimonio, debe escoger un régimen entre dos, deben elegir entre comunión o separación de los bienes. Si no escogen, automáticamente se da la comunión de los bienes, que es el sistema legal, por eso la gente normalmente escoge para poder estar más tranquila."¹

Otra de las innovaciones que esta ley introduce a la legislación italiana fue la eliminación del régimen dotal y el patrimonio familiar y en su lugar introduce dos nuevos institutos: el fondo patrimonial y la empresa familiar.

El fondo patrimonial viene a sustituir al patrimonio familiar; pueden constituirlo uno o ambos cónyuges o un tercero con aceptación de aquellos, por medio de escritura pública.

¹ Entrevista con el Sr. Giorgio Modulón. G.M.B. ALEA. S.A. Representaciones Internacionales. 13 de abril de 1999

Esta institución se aplica tanto a bienes inmuebles como a los muebles susceptibles de inscripción en el registro público correspondiente, también puede tratarse de títulos de crédito que se utilicen con el fin de hacer frente a las necesidades de la familia.

La propiedad de los bienes afectos al fondo patrimonial, pertenece a ambos cónyuges, salvo que se establezca lo contrario en el acta de constitución del fondo, y será administrado separadamente por cada uno de ellos. Los frutos de estos bienes, son empleados para sufragar las necesidades de la familia.

La destinación del fondo patrimonial, termina consecuentemente con la nulidad, la disolución o la cesación de los efectos civiles del matrimonio. Pero en caso de que existan hijos menores el fondo dura hasta que estos alcancen la mayoría de edad, y en este caso es el juez quien, a instancia de la parte interesada, resuelve a quien corresponde la administración. En caso de no existir hijos, se aplican las disposiciones relativas a la disolución de la comunidad legal.

La empresa familiar es una institución que intenta contemplar situaciones familiares que se desarrollan en el campo agrícola, industrial o comercial, originando la sociedad de familia. Se entiende por empresa familiar, aquella en la

que colaboran el cónyuge, los parientes dentro del tercer grado, y los afines dentro del segundo.

B. LEGISLACIÓN ARGENTINA

El régimen argentino asigna destino común a algunos de los bienes adquiridos por los cónyuges durante el matrimonio, pero admite que cada uno pueda tener bienes propios que no se encuentren sujetos a ninguna restricción en cuanto a su administración y disposición. Este sistema es decididamente rígido, pues deja un mínimo margen a la libertad convencional de los esposos, pues sus normas son en su mayoría de orden público.

A cada cónyuge le corresponde la facultad de disponer de los bienes propios y de los gananciales que administra. El régimen legal vigente en Argentina es una "sociedad conyugal" considerada como una entidad jurídico-económica, que inicia desde la celebración del matrimonio y se rige por las reglas del contrato de sociedad, siempre y cuando no contradigan las normas relativas a la sociedad conyugal.

El capital de una sociedad conyugal se encuentra integrado por:

1. Los bienes propios que constituyan la dote de la mujer
2. Los bienes que el marido ha introducido al matrimonio
3. Los bienes que después de la celebración del matrimonio adquiriera el marido, por herencia, legado o donación

En caso de que uno de los cónyuges tuviese un bien antes de la celebración del matrimonio, y este haya sido mejorado, cambiado o modificado durante la existencia del vínculo, seguirá perteneciéndole en forma exclusiva sin que el otro cónyuge tenga derecho sobre él. Cuando la causa de adquisición de un bien precede al matrimonio, éste no pertenece a la sociedad conyugal, aunque se haya obtenido a título oneroso.

Con respecto a la administración de la sociedad conyugal el artículo 1276 del Código Argentino establece que cada uno de los cónyuges administra y dispone libremente de sus bienes propios y de los gananciales que adquiriera con su trabajo. Cuando no sea posible determinar el origen de los bienes o se dudare de la prueba de ello, es el marido quien administra y dispone de los mismos. Si a uno de los cónyuges le está reservada la administración de los bienes propios o gananciales el otro no podrá administrarlos sin su autorización.

Tratándose de inmuebles, derechos o bienes muebles registrables, que constituyan gananciales, es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para poder disponer de ellos o gravarlos. Si alguno de los cónyuges se negara a dar su aprobación, *sin tener justa causa, el juez podrá autorizarlo previa audiencia de las partes.*

El Código Civil Argentino al regular las convenciones matrimoniales, establece que estas se deben pactar, antes de celebrarse el matrimonio y no podrán realizarse después este acto, así como tampoco se permiten revocar, alterar o modificar su contenido. En ellas debe estipularse respecto a:

1. El inventario de los bienes que cada uno lleva al matrimonio,
2. Las donaciones que el esposo hace a la esposa.

Cualquier otra estipulación o renuncia que hagan los cónyuges en las capitulaciones, no tendrán ningún valor legal.

Las convenciones deben: "hacerse en escritura pública, so pena de nulidad si el valor de los bienes pasare de mil pesos, o si constituyeren derechos sobre bienes raíces. No habiendo escribanos públicos, ante el juez del territorio y dos

testigos. Si los bienes no alcanzaren a la suma de mil pesos, podrán hacerse por escritura privada ante dos testigos."¹

También este código regula las donaciones que el esposo hace a la mujer, las cuales se rigen por las disposiciones generales de las donaciones. La esposa no puede hacer ninguna donación al esposo ni renunciar a ningún derecho que puede resultarle de la sociedad conyugal. Estas donaciones deben realizarse por medio de las capitulaciones matrimoniales, y sólo surten efectos cuando se celebra el matrimonio.

Otra de las instituciones regidas por el Código Argentino, es la dote de la mujer que según su artículo 1243, está formada por todos los bienes que ella lleva al matrimonio y los que adquiriera durante él por herencia, legado o donación.

c. LEGISLACIÓN MEXICANA

En los Códigos de 1870 y 1884, se presumía la existencia de la sociedad legal a falta de capitulaciones matrimoniales. El régimen legal de la comunidad de ganancias se hereda de España, en el cual el dominio y la posesión de los bienes comunes correspondía a ambos cónyuges, sin embargo, el administrador legítimo

¹ Código Civil de la República de Argentina. art. 1223

era únicamente el marido, y solamente si éste daba su consentimiento, se encontraba ausente o impedido, la mujer podía administrar los bienes.

Las convenciones matrimoniales se pueden celebrar antes o después del matrimonio, así mismo pueden ser modificadas o revocadas durante éste, siempre y cuando se haga mediante escritura pública y no se estipulen contra la ley y los fines naturales del matrimonio.

"La gente desconoce que existe lo que se denominan capitulaciones matrimoniales, que en un país como en México para celebrar un matrimonio, para llevarlo a cabo se deben hacer capitulaciones matrimoniales, en el momento de celebrarse el matrimonio, de tal manera que si es por la iglesia o si es civil, lo cierto del caso es que se debe disponer sobre el régimen patrimonial al que se van a adherir los cónyuges o van a disponer los cónyuges."¹

En el Código Federal Mexicano de 1928 no existía el régimen legal, sino que los futuros contrayentes, se veían obligados a pactar capitulaciones matrimoniales, eligiendo entre la sociedad conyugal y el régimen de separación de bienes, ambas posibilidades se daban así mismo en los códigos de 1870 y 1884,

¹ Entrevista con el Lic. Pedro Beirute. Abogado del INCOFAMI, 14 de abril de 1999

con esto se persigue dar seguridad jurídica a los cónyuges, con el fin de que exista certeza en cuanto al régimen de bienes.

En cuanto a las capitulaciones matrimoniales, se mantiene la regulación del código anterior con una salvedad, regulada en el artículo 210, el cual establece que: "No es necesario que conste en escritura pública, las capitulaciones en que se pacte la separación de bienes antes de la celebración del matrimonio..."¹

En relación con la administración de la sociedad conyugal, en las capitulaciones se debe declarar claramente quien será el administrador así como las facultades que se le conceden.

La Ley de Relaciones Familiares establecía dos regímenes, el de separación y el de comunidad de bienes, e indicaba que en caso de que los cónyuges omitieran señalar el régimen al que se acogían el matrimonio se tenía por celebrado bajo el sistema de separación de bienes.

¹Código Civil para el Distrito Federal. México D.F., Editorial Porrúa S.A., 64ª. Edición. 1995, art. 210.

También se adicionó el artículo 194 del Código Civil dando flexibilidad a la forma y términos en que se debe pactar la administración de la sociedad conyugal, permitiendo modificar libremente las capitulaciones matrimoniales a este respecto.

En la actualidad mexicana el régimen económico en el derecho patrimonial resulta de gran importancia, tanto en el ámbito social como en el entorno legal, por esta razón se subdivide el derecho familiar en personal y patrimonial.

Dentro del Derecho Patrimonial se encuentran instituciones como la Sociedad Conyugal y el Patrimonio de Familia, esta última figura, que pese a su trascendencia, no se le ha utilizado adecuadamente, por la falta de difusión y desconocimiento de sus beneficios.

Con respecto al patrimonio familiar, la exposición de motivos del Código Civil de 1928, establecía: "Se tiene la esperanza de que la reglamentación propuesta produzca incalculables beneficios al país, pues si el sistema se generaliza, se logrará que la gran mayoría de las familias mexicanas tengan una casa común módicamente adquirida y puede tener la clase campesina laboriosa, un modesto pero seguro hogar que le proporcione lo necesario para vivir."¹

¹ Código Civil para el Distrito Federal. Comentado por el Lic. José María Ortega Padilla y por el Lic. Mariano Piña Olaya. México, Serie Legislación Mexicana, 1985, p.18.

Con la reforma al artículo 162 del Código Civil Mexicano, al establecerse que: "Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente ... Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.",¹ se hace evidente el esfuerzo del legislador por lograr la igualdad de los cónyuges, especialmente en los actos de administración y dominio de los bienes, para lo cual es indispensable, el acuerdo de voluntades de ambos cónyuges.

Debe tenerse en cuenta que la sociedad conyugal, que nace al celebrarse el matrimonio o durante él, se regirá por lo que establezcan los cónyuges en las capitulaciones matrimoniales, y en caso de que omitan algún aspecto, se regirá por las normas relativas al contrato de sociedad de acuerdo con los artículos 183 y 184 del Código Civil.

En cuanto a las ganancias que resulten de la sociedad conyugal, estas no pueden renunciarse anticipadamente, solamente una vez disuelto el matrimonio o establecida la separación de bienes, según el artículo 193.

Otra de las figuras que contempla el régimen patrimonial familiar es el sistema de separación de bienes, la cual puede ser absoluta o parcial, y además

¹Código Civil para el Distrito Federal, art. 162.

puede pactarse mediante capitulaciones matrimoniales antes o durante el matrimonio, o bien por medio de sentencia judicial en este último caso.

En el sistema de separación "... los cónyuges conservaran la propiedad y administración de los bienes que, respectivamente, les pertenecen, y por consiguiente, todos los frutos y acciones de dichos bienes no serán comunes, sino del dominio exclusivo del dueño de ellos."¹

¹ Código Civil para el Distrito Federal, art. 212.

CONCLUSIONES

Conforme se aproxima el siglo XXI nos hemos visto envueltos en una serie de transformaciones, principalmente de tipo económico, que pese a ser más evidentes en el ámbito de la ciencia y la tecnología, también se ven reflejadas en las relaciones familiares.

Es por esta razón que nuestros legisladores se han visto en la necesidad de reformar la legislación vigente con el propósito de adecuarse a una realidad cada vez más difícil de regular. Ejemplo de estas reformas son las introducidas por Ley No. 7532 de 8 de agosto de 1995 que adicionó el Título VII al Código de Familia que regula la unión de hecho y Ley No. 7689 de 21 de agosto de 1997 que elimina la culpabilidad como sanción para impedir la participación en los gananciales y a la vez adiciona el artículo 48 bis.

Las transformaciones a las que se han sometido las relaciones familiares datan desde el momento en que el ser humano siente la necesidad de vivir en sociedad; de esta manera, con relación al origen de la familia se han sostenido dos teorías, las cuales son la teoría matriarcal, que considera a la madre como centro y origen de la familia y la teoría patriarcal que tuvo lugar por la mayor

estabilización de la familia al determinarse la paternidad; se dice que el padre fue siempre desde tiempos muy remotos el centro de la organización social familiar.

La familia como núcleo básico de la sociedad, ha evolucionado de manera tal que su concepto se ha ampliado y actualmente ésta no sólo se constituye a través de uniones matrimoniales, sino que existe un importante porcentaje de parejas que se encuentran en uniones de hecho, que representan garantía y estabilidad para una permanente vida familiar, pues también se originan en el amor que vincula a un hombre y una mujer con el consiguiente deseo de compartir y apoyarse.

Por lo tanto, al ser la familia un instituto histórico, nos damos cuenta que no es el Derecho el que la crea, sino que éste intenta regularla, considerándola como una institución humana y como una realidad condicionada histórica y socialmente; de esta manera, la familia viene a constituir el elemento natural y fundamental de la sociedad en la que se desarrollan las cualidades del ser humano, ya que la familia nace por la tendencia de éste de vivir en agrupación.

Es por estas razones que nuestra Constitución Política al establecer en su artículo 51 el principio rector para proteger a la familia, seguida por la Convención Americana de Derechos Humanos en el numeral 17 párrafo primero y la

Declaración Universal de Derecho Humanos artículo 16 párrafo tercero, así como también por el artículo primero de nuestro Código de Familia, le han otorgado relevancia jurídica con el propósito de brindarle la protección que ésta requiere como base fundamental de la sociedad, para que logre así cumplir satisfactoriamente los fines para los cuales está constituida.

La familia es una institución que genera derechos y obligaciones, la vida en común provoca deberes que cada persona como miembro de ella, se ve en la necesidad de cumplir, para asegurar el bienestar de ésta y evitar así su desintegración. Estos deberes son de interés para el Ordenamiento Jurídico, no obstante, éste se ha abocado a la tarea de regular principalmente las diferentes situaciones que se pueden presentar en el ámbito patrimonial.

Al ser el patrimonio una noción de interés para nuestro ordenamiento, es que la doctrina ha discutido su concepción a través de dos teorías, con el fin de adecuarla a la realidad. La primera de ellas, denominada teoría clásica o del patrimonio personalidad, es aquella en la cual el patrimonio se mantiene vinculado con la persona jurídica, se manifiesta como una emanación de la personalidad y la expresión del poder jurídico de que se haya investida la persona.

La segunda de estas teorías es la moderna o del patrimonio afectación que considera al patrimonio como aquel conjunto de bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valoración económica y que se encuentran destinadas a la realización de un determinado fin pecuniario; así, una persona puede tener tantos patrimonios como cuantas sean las masas de bienes, derechos y obligaciones que constituya. Es en este aspecto que difieren ambas teorías, ya que la primera de ellas considera que una persona únicamente puede tener un patrimonio.

Con respecto al concepto de patrimonio, los autores son de distinta opinión, según sean partidarios de una u otra teoría; sin embargo, de todas las definiciones propuestas se pueden extraer elementos comunes principalmente porque se establece una relación de una persona con el mundo exterior, pero no se toma en cuenta todo tipo de relaciones, sino sólo aquellas que tienen un contenido económico y que versan sobre bienes, derechos y obligaciones de los individuos, por lo tanto requieren una regulación jurídica para poder mantener su orden y tutelar los efectos que se originan de ellas.

Debe señalarse que ambas teorías pueden considerarse válidas, sin embargo, resulta necesario adoptar un criterio uniforme de manera que el patrimonio sea considerado en su aspecto económico sin dejar de lado su relación con la persona titular, ambos aspectos importantes para las relaciones sociales.

Además, es importante señalar que el criterio que se adopte debe tomar en cuenta las características del patrimonio, como son su noción esencialmente de orden pecuniario, que constituye una universalidad jurídica independiente de los elementos que la componen, el hecho de que solamente las personas pueden tener patrimonio y que éste sólo es transmisible por causa de muerte.

Al estar el patrimonio relacionado con una persona, ésta debe velar por la consecución de determinados fines que el patrimonio como creación jurídica comprende, como es el caso de constituir prenda tácita y común de todos los acreedores.

Dentro de lo que conocemos con el nombre de patrimonio, existe una institución jurídica comprendida por el régimen patrimonial de la familia que como un sistema voluntario y parcial se dirige a la afectación del inmueble destinado a habitación familiar, esta institución es el llamado patrimonio familiar o bien de familia.

En el Ordenamiento Jurídico Costarricense, se introduce dicha figura con la promulgación del Código de Familia de 1973; sin embargo, por la poca difusión que se le ha dado, es que las familias no han aprovechado su uso.

El patrimonio familiar se crea con el fin de dotar a la familia de permanencia y estabilidad, garantizándole la habitación y sustento básico, esto mediante su inembargabilidad y otras limitaciones a terceros.

Por ello consideramos que para que éste cumpla con su finalidad, deberá dársele mayor publicidad con el propósito de que las familias costarricenses se den cuenta de los beneficios que este régimen aporta. Esto puede lograrse mediante una adecuada campaña de información por parte de las autoridades y distintas instituciones que de alguna manera tengan relación con la vivienda familiar como es el caso del INVU, BANHVI, IMAS y las mutuales entre otras.

Por otra parte, el Derecho regula el ámbito patrimonial del matrimonio y constituye así su régimen económico el cual abarca los bienes comunes y los propios de cada cónyuge. Cada Ordenamiento Jurídico ofrece a los contrayentes la posibilidad de establecer convencional o legalmente el sistema que rija sus relaciones patrimoniales.

Debe señalarse que existen diferentes regímenes patrimoniales matrimoniales, los cuales constituyen un conjunto de normas jurídicas que se encargan de ordenar las relaciones de tipo económico originadas durante una

unión matrimonial o de hecho; así como también los derechos que adquieren los cónyuges o convivientes al finalizar su relación.

Entre los más comunes tenemos, el sistema contractual o convencional, el de comunidad de bienes, el de separación y el de participación. El primero de ellos consiste en dejar en libertad a los contrayentes para que estipulen, mediante un contrato, el régimen al que van a someterse.

El sistema de comunidad de bienes, es aquel en el que se forma una masa en común con la totalidad o parte de los bienes de los cónyuges cuyas rentas se utilizan para sufragar los gastos de la familia, y al disolverse la comunidad se reparten entre los cónyuges o sus herederos.

En el sistema de separación, cada uno de los cónyuges tiene sus propios bienes con los que debe sostener las cargas de la familia sin existir ningún tipo de comunidad.

El de participación constituye una posición intermedia entre el sistema de comunidad y el de separación, durante el matrimonio funciona como de separación y cada uno de los cónyuges tiene libre disposición de sus bienes, al liquidarse se hace como si fuera un régimen de comunidad.

A pesar de existir una gran variedad de sistemas, y al establecer nuestro ordenamiento el régimen de participación, consideramos que lo más conveniente sería adoptar un régimen que funcione de igual forma tanto al inicio de una relación como al término de ésta. De tal manera que se regule legalmente ya sea un régimen de separación, o en su defecto uno de comunidad siempre que al momento de la liquidación de la comunidad se establezca un sistema de copropiedad y no uno de participación en el 50% del valor neto, sin que con ello se dé lugar a combinaciones entre ambos, salvo que así sea pactado mediante capitulaciones matrimoniales o convenios, por cuanto debe respetarse la voluntad de los contrayentes o convivientes.

Estas capitulaciones o convenios se han creado con el fin de proteger la institución de la familia, en especial lo que se relaciona con los derechos de la mujer y los menores. Por ello, recomendamos que nuestros legisladores consideren la posibilidad de reformar el actual sistema, de tal manera que se establezca la obligatoriedad de este tipo de contratos.

Esto debido a que este instituto así como la liquidación anticipada y el patrimonio familiar, han sido regulados de manera deficiente y en la práctica resultan poco adecuados para resolver los problemas de la vida cotidiana, no pudiendo adaptarse a las transformaciones de la sociedad. Por ejemplo, al no

contemplar la obligación de realizar capitulaciones matrimoniales antes de contraer matrimonio, o un convenio antes de que una pareja decida unirse de hecho, se desprotege a los cónyuges o convivientes quienes al no realizarlas desde el inicio de la relación, no tendrán claras las disposiciones patrimoniales aplicables a su unión.

De igual forma, existe un sistema legal insuficiente que no toma en cuenta el valor real de los bienes al momento de que se realiza la partición de gananciales, lo que si se obtiene si el sistema aplicable fuera el de copropiedad real.

El legislador ha realizado una equiparación de la unión de hecho con el matrimonio, lo que resulta erróneo si tomamos en cuenta que, el matrimonio como célula básica de la sociedad es una institución que cuenta con estabilidad y reconocimiento social.

Al haberse realizado esta equiparación de instituciones, se hace necesario unificar el sistema patrimonial aplicable tanto al matrimonio como a la unión de hecho, de tal manera que el régimen que se deba utilizar como sistema legal sea el de separación o el de comunidad con copropiedad como se indicó, como es el caso de las uniones de hecho con impedimento legal, por cuanto resulta más

beneficioso para ambos cónyuges o convivientes, principalmente para aquel que no tenga los bienes inscritos a su nombre.

El Código de Familia Costarricense contempla el régimen de participación en los gananciales, que consiste en el derecho que se otorga a cada cónyuge de participar en la mitad del valor neto del patrimonio común, la cual se produce con la disolución del vínculo. Este sistema se encuentra regulado en el artículo 41 de este código; que fue reformado por Ley 7689 de 21 de agosto de 1997, de tal manera que el cónyuge culpable de la disolución del vínculo, no pierde su derecho a participar en los gananciales.

Con esta reforma se quiso dar protección a la mujer, y lograr un trato patrimonial igualitario entre la unión de hecho y el matrimonio; sin embargo, ha constituido un aliciente para el varón que provoca la ruptura de la unión sin el temor de perder gananciales, incrementando así la cantidad de divorcios.

Nuestros legisladores, quisieron compensar los efectos que pudiera provocar esta reforma, adicionando el artículo 48 bis, que establece que el cónyuge inocente puede pedir, al establecer la demanda de divorcio o separación, el resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por el atentado de uno de

los cónyuges contra la vida del otro o de sus hijos, la tentativa de uno de ellos de prostituir o corromper al otro o a sus hijos, y la sevicia .

Esto en lugar de dar solución pronta y efectiva a los conflictos entre la pareja, provoca otros procesos distintos al de disolución del vínculo, lo que hace que las personas ya separadas o divorciadas, continúen envueltos en más litigios, que entran la situación. Así mismo esta adición resulta innecesaria por cuanto ya existe una norma general contemplada en el artículo 1045 del Código Civil, el cual establece que quien cause un daño a ótro está en la obligación de repararlo.

Otro problema que se puede generar a raíz de esta reforma, es el incremento en la realización de traspasos simulados por parte del cónyuge propietario de los bienes, con el fin de evitar que el otro participe en el derecho a gananciales que le corresponde en caso de la disolución del vínculo. Esta situación puede ser remediada por la reciente reforma al artículo 8 del Código de Familia, que da al juez la posibilidad de analizar la prueba sin la sujeción a las reglas de la pruebas comunes.

Así mismo es necesario dar mayor difusión al instituto de la liquidación anticipada de gananciales, que se aplica en aquellos casos en que uno de los

cónyuges considere que el otro esta comprometiendo con su mala gestión, los intereses de ambos.

Finalmente, es conveniente volver a reformar el artículo 41 del Código de Familia, para que la culpabilidad siga siendo una sanción para el cónyuge que provoca la ruptura de la relación, de manera que pierda su derecho a participar en los gananciales para lo cual creemos conveniente analizar el tipo de causal en que se incurrió, para determinar quien tiene o no derecho a los gananciales. Para ello es importante tomar en cuenta aquellas causales de mayor gravedad, como las contempladas en el artículo 48 bis.

Al final de nuestra investigación analizamos el régimen patrimonial aplicable en las legislaciones de Italia, Argentina y México; las cuales regulan en forma distinta esta materia.

En Italia los futuros contrayentes deben elegir entre un sistema de separación de bienes o de comunidad, en caso de que no opten por ninguno de ellos, el régimen legal supletorio es el de comunidad en los bienes, el cual puede modificarse a través de convenciones matrimoniales. La ventaja que tiene este régimen es el hecho de establecer la obligatoriedad de las capitulaciones, no

obstante, restringe la voluntad de los contrayentes al imponerles que deben decidir solamente entre dos regímenes.

La legislación argentina contempla las capitulaciones matrimoniales; sin embargo, en ellas solamente se puede pactar acerca de los bienes que cada uno lleva al matrimonio y las donaciones que el esposo hace a la esposa. De manera que el régimen que rige las relaciones patrimoniales entre los cónyuges es la sociedad conyugal. Al establecerse en este sistema lo que se debe pactar en las capitulaciones, da lugar a que este instituto se utilice con el fin patrimonial para el que fue creado.

En México, al celebrarse el matrimonio los futuros contrayentes deben escoger el régimen al cual se van a adherir, dejándolo a su voluntad, de no hacerlo así, opera el sistema de separación como sistema legal supletorio.

Se destaca de estos regímenes, la obligatoriedad de las capitulaciones en Italia y México, la estipulación concreta de los bienes que deben tomarse en cuenta a la hora de pactarlas, como es el caso de Argentina, y el hecho de que el régimen legal supletorio es el de separación de bienes en México. Consideramos que un régimen que reúna estas características sería más adecuado a las necesidades de un país en desarrollo como el nuestro.

ANEXOS

PROYECTO DE LEY**REFORMA A LOS ARTÍCULOS 8, PÁRRAFO 1
DEL ARTÍCULO 41 Y 98 DEL CÓDIGO DE FAMILIA**

SECRETARÍA
Margarita
REPUBLICA DE COSTA RICA

Expediente No.

12.781

ASAMBLEA LEGISLATIVA:

I.- Los asuntos de familia se ventilan actualmente en las vías y según las reglas señaladas en el Código Procesal Civil.

Lo anterior acarrea una serie de inconvenientes en materia de valoración probatoria y en la interposición del recurso de casación, pues en ambos casos se deben respetar los criterios rígidos y formalistas del procedimiento ordinario civil, lo cual, en la práctica, acarrea el rechazo de plano de numerosos recursos de casación o bien la imposibilidad de revisarse aspectos de justicia, porque las limitaciones del recurso no lo permiten.

Como la promulgación de un Código Procesal de Familia es todavía incierta, resulta oportuno una modificación al respecto, para flexibilizar el tratamiento de los asuntos familiares y hacer posible, de esa manera, soluciones más justas y apegadas a los intereses que se pretenden tutelar por la legislación de familia. Una reforma del artículo 8 del Código de Familia, en los términos que se consignan a continuación, resuelve los problemas en referencia.

SECRETARIA
MAYO
ESTADO LIBRE ASOCIADO DE P.R.

II.- En el párrafo primero del artículo 41 del Código de Familia se establece que "Perderá el derecho (de gananciales) el cónyuge declarado culpable en juicio de divorcio o de separación judicial".

Esa disposición, históricamente, ha constituido una sanción muy severa, fundamentalmente para la mujer, porque en la vida real, de acuerdo con nuestras costumbres, los bienes adquiridos durante el matrimonio se inscriben a nombre del varón y sólo excepcionalmente de la mujer. Por eso, la sanción cobra vida cuando es la esposa quien incurre en causal de divorcio y no a la inversa.

Al promulgarse recientemente, en dicho Código, una serie de normas que vinieron a regular la familia de hecho (artículos 242 y siguientes), se prevé la posibilidad de que los bienes adquiridos durante la convivencia sean distribuidos por partes iguales, sin ninguna limitación, sanción o condición, lo cual, de acuerdo con lo indicado, difiere en las uniones matrimoniales.

En homenaje a la igualdad de la mujer, desde el punto de vista real y de su dignidad, y para que el trato patrimonial sea igual en todos los campos (familia basada en matrimonio o de hecho), debe eliminarse el párrafo transcrito al inicio de esta exposición.

La forma en que actualmente está redactado el párrafo 1 del artículo 41, le da al derecho de gananciales una naturaleza personal, pues se cambió, en aras de darle

SECRETARIA
MARGO
REPUBLICA DE COSTA RICA

protección a los acreedores, la naturaleza real que se deducía de su antigua redacción, según la cual los bienes adquiridos durante el matrimonio se tornaban "comunes" al sobrevenir la separación, el divorcio o la nulidad del matrimonio.

El hecho de que la naturaleza sea personal, resultante de preverse una participación diferida en "valor neto" de los bienes constatados en el patrimonio del otro cónyuge (véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia, actuando como Tribunal Constitucional, de las diez horas del 17 de octubre de 1986), introduce incerteza en cuanto a la forma de gestionar la tutela del derecho, pues si se le considera "personal" en estricto sentido, no procedería una anotación de la demanda de separación, divorcio o nulidad y para poder ejecutar los bienes deberían ser embargados.

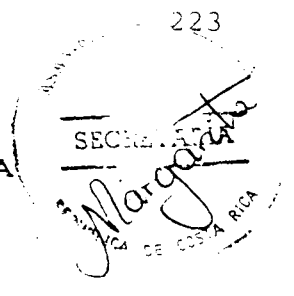
Una solución correcta consiste en equiparar el derecho a la naturaleza real, pues de esa manera se evitan las discusiones al respecto y se le da sustento legal a la práctica, no siempre pacífica, de afectar y liquidar bienes gananciales, como si este derecho fuera de naturaleza real.

III.- De acuerdo con el artículo 98 del Código de Familia, es admisible la prueba de grupos sanguíneos y otros marcadores genéticos, con el objeto de probar "la no paternidad" en los procesos de investigación o de impugnación de paternidad. Cuando esa disposición se incorporó al

ordenamiento, no existían medios científicos para establecer la relación paterno-filial con una certeza cercana a lo absoluto, pues únicamente era posible dictaminar en esos términos la exclusión de la paternidad. De ahí que se justificara dicha norma probatoria, en los términos que quedaron explicados.

Actualmente, las condiciones son otras y los avances científicos sí permiten establecer la paternidad, por medio de nuevas técnicas y conocimientos sobre las características poblacionales (ADN-prueba de marcadores genéticos por reacción en cadena de la polimerasa-), con tal grado de probabilidad de certeza que es posible afirmar, en los casos concretos, la existencia o no de esa relación. Por eso, la norma debe ser modificada, para variar el sistema de admisibilidad y valoración del indicado medio probatorio científico.

Por lo anterior someto a consideración de la Asamblea Legislativa el siguiente proyecto de ley:



LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

DECRETA:

**REFORMA A LOS ARTÍCULOS 8, PÁRRAFO 1
DEL ARTÍCULO 41 Y 98 DEL CÓDIGO DE FAMILIA**

ARTÍCULO 1.- Refórmanse los artículos 8, párrafo 1 del artículo 41 y 98 del Código de Familia para que se lean de la siguiente manera:

"Artículo 8.- Corresponde a los tribunales con jurisdicción en los asuntos familiares, conocer de toda la materia regulada en este Código, de conformidad con los procedimientos señalados en la legislación procesal civil.

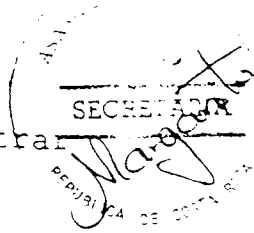
Sin embargo, los jueces en materia de familia interpretarán las probanzas sin sujeción a las reglas positivas de la prueba común, atendiendo la totalidad de las circunstancias y elementos de convicción que los autos suministren; pero, en todo caso deben hacerse constar las razones de la valoración.

El recurso admisible para ante la Sala de Casación, se regirá en todo lo que fuere aplicable por las disposiciones del Capítulo V, Título VII del Código de Trabajo."

"Artículo 41.- Al disolverse o declararse nulo el matrimonio, al declararse la separación judicial y al celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge adquiere el derecho de participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro. Tales bienes se considerarán gravados de pleno derecho a partir de la declaratoria a las resultas de la respectiva liquidación y la parte interesada puede gestionar la anotación de la demanda en los Registros Públicos y los inventarios que se consideren pertinentes."

"Artículo 98.- En todo proceso de investigación o de impugnación de paternidad o maternidad es admisible la prueba científica con el objeto de probar la existencia o inexistencia de la respectiva relación de parentesco, siempre que esta sea evacuada por el Organismo de Investigación Judicial de la Corte Suprema de Justicia y que el peritaje sea concluyente razonablemente en uno u otro sentido. En todo caso, la probanza será valorada de acuerdo con la conclusión científica y el resto del material probatorio.

Cuando una parte, sin fundamento razonable, se niegue a someterse a la práctica de esa prueba dispuesta por el Tribunal, su proceder podrá ser considerado malicioso. Además, esa circunstancia podrá ser tenida



como indicio de veracidad de lo que se pretende demostrar con dicha prueba."

ARTÍCULO 2.- Rige a partir de su publicación.

Gerardo Trejos Salas
Gerardo Trejos Salas

[Signature]
Bernal Aragón Barquero

[Signature]
Bienvenido Venegas Porras

[Signature]
Mary Albán López

[Signature]
Luis G. Villanueva Monge

[Signature]
Antonio Álvarez Desanti

[Signature]
Francisco A. Pacheco Fernández

DIPUTADOS

4 de noviembre de 1996.-

COMISIÓN PERMANENTE DE ASUNTOS JURÍDICOS



DICTAMEN UNANIME AFIRMATIVO

Reformas a los artículos 8, párrafo 1 del artículo 41 y 98 del Código de Familia

EXPEDIENTE No.12.781

ASAMBLEA LEGISLATIVA:

Los diputados que suscriben, miembros de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, rendimos DICTAMEN UNANIME AFIRMATIVO, sobre el proyecto de ley " Reformas a los artículos 8, párrafo 1 del artículo 41 y 98 del Código de Familia", el cual fue publicado en La Gaceta N° 219 del 14 de noviembre de 1996, con base en las siguientes consideraciones:

La presente iniciativa, fue concebida con el fin de reformar los artículos 8, 41 párrafo primero y 98 del Código de Familia.

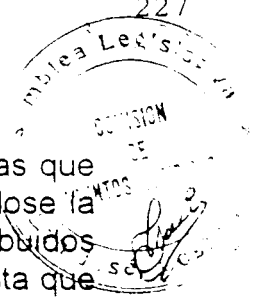
En la actualidad los asuntos de familia, son ventilados en la vía ordinaria civil. Esta circunstancia acarrea una serie de inconvenientes en materia de valoración probatoria y en la interposición del recurso de casación, pues en ambos casos se deben respetar los criterios rígidos y formalistas de este tipo de procedimiento, conllevando en la práctica, al rechazo de plano de numerosos recursos de casación o bien, la imposibilidad de revisarse aspectos de justicia, porque las limitaciones del recurso no lo permiten.

Con la reforma al artículo 8 de dicho cuerpo normativo, se flexibiliza el tratamiento de los asuntos familiares haciendo posible, soluciones más justas y apegadas a los intereses que se pretenden tutelar por la legislación de familia.

Otro aspecto que mereció nuestra consideración, es la disposición del artículo 41 ibídem, en el cual establece la "pérdida del derecho a gananciales", para el cónyuge declarado culpable en juicio de divorcio o de separación judicial.

Esta disposición, históricamente, ha constituido una sanción muy severa, fundamentalmente para la mujer, porque en nuestra sociedad, los bienes adquiridos durante el matrimonio se inscriben a nombre del varón y sólo en casos excepcionales a la mujer.

Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos



Al promulgarse, recientemente, en dicho Código, una serie de normas que vinieron a regular la familia de hecho (artículos 242 y siguientes), previéndose la posibilidad de que los bienes adquiridos durante la convivencia sean distribuidos por partes iguales, sin ninguna limitación, sanción o condición, situación ésta que difiere en las uniones matrimoniales.

La forma en la que está redactado el párrafo primero del artículo 41, le da al "derecho de gananciales", una naturaleza personal, pues se cambió en aras de darle protección a los acreedores, la naturaleza real que se deducía de su antigua redacción, según la cual los bienes adquiridos durante el matrimonio se tornaban "comunes" al sobrevenir la separación, el divorcio o la nulidad del matrimonio.

Una solución correcta consiste en equiparar el derecho a la naturaleza real, pues de esa manera se evitan las discusiones al respecto y se le da sustento legal a la práctica, no siempre pacífica, de afectar y liquidar bienes gananciales, como si este derecho fuera de naturaleza real.

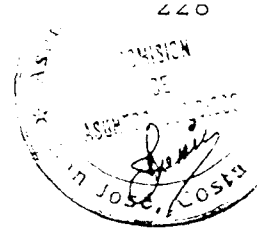
De acuerdo con el artículo 98 del Código de Familia, es admisible la prueba de grupos sanguíneos y otros marcadores genéticos, con el objeto de probar "la no paternidad" en los procesos de investigación o de impugnación de paternidad. Cuando esta disposición se incorporó en nuestro ordenamiento jurídico, no existían medios científicos para establecer la relación paterno - filial con una certeza cercana a lo absoluto, pues únicamente era posible dictaminar en esos términos la exclusión de la paternidad. De ahí que se justificara dicha norma probatoria.

Actualmente, las condiciones son otras y los avances científicos permiten establecer la paternidad, por medio de nuevas técnicas y conocimientos sobre las características poblacionales (ADN- prueba de marcadores genéticos por reacción en cadena de la polimerasa).

La determinación de una relación de parentesco, mediante esta prueba, permite arrojar una probabilidad de paternidad del 99.9999%, analizando diez marcadores genéticos de diferente cromosoma cada uno. Esta reforma vendrá a facilitar, enormemente, la investigación de paternidad.

Esta es, sin duda, la más importante reforma introducida al Código de Familia desde su promulgación, hace ya más de treinta años. Por la importancia social de este proyecto de ley, los miembros de esta Comisión consideramos de suma importancia su aprobación a fin de brindar la oportunidad a grupos de escasos recursos a forjarse un futuro mejor.

Por las razones anteriores solicitamos al Plenario la aprobación del siguiente texto:



LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA
REPÚBLICA DE COSTA RICA

DECRETA:

REFORMA A LOS ARTÍCULOS 8, PÁRRAFO 1
DEL ARTÍCULO 41 Y 98 DEL CÓDIGO DE FAMILIA

ARTÍCULO 1.- Refórmanse los artículos 8, párrafo 1 del artículo 41 y 98 del Código de Familia, Ley N°5476 de 21 de diciembre de 1973 y sus reformas para que se lean de la siguiente manera:

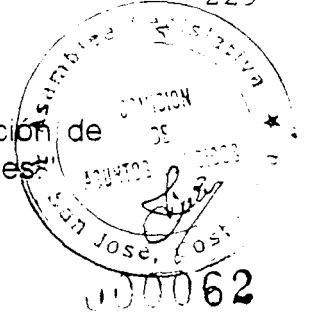
"Artículo 8.- Corresponde a los tribunales con jurisdicción en los asuntos familiares, conocer de toda la materia regulada en este Código, de conformidad con los procedimientos señalados en la legislación procesal civil.

Sin embargo, los jueces en materia de familia interpretarán las probanzas sin sujeción a las reglas positivas de la prueba común, atendiendo la totalidad de las circunstancias y elementos de convicción que los autos suministren; pero, en todo caso deben hacerse constar las razones de la valoración.

El recurso admisible para ante la Sala de Casación, se registrará en todo lo que fuere aplicable por las disposiciones del Capítulo V, Título VII del Código de Trabajo."

"Artículo 41.- Al disolverse o declararse nulo el matrimonio, al declararse la separación judicial y al celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge adquiere el derecho de participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro. Tales bienes se considerarán gravados de pleno derecho a partir de la declaratoria a las resultas de la respectiva liquidación y los tribunales dispondrán, de oficio o a solicitud de parte, la anotación de las demandas sobre

gananciales en los Registros Públicos, al margen de la inscripción de los bienes registrados, y los inventarios que consideren pertinentes.



"Artículo 98.- En todo proceso de investigación o de impugnación de paternidad o maternidad es admisible la prueba científica con el objeto de probar la existencia o inexistencia de la respectiva relación de parentesco, la cual podrá ser evacuada por el Organismo de Investigación Judicial de la Corte Suprema de Justicia o por laboratorios privados debidamente acreditados y reconocidos por la Corte Suprema de Justicia previo dictamen del Organismo de Investigación Judicial y que el peritaje sea concluyente razonablemente en uno u otro sentido. En todo caso, la probanza será valorada de acuerdo con la conclusión científica y el resto del material probatorio. Cuando una parte, sin fundamento razonable, se niegue a someterse a la práctica de esa prueba dispuesta por el Tribunal, su proceder podrá ser considerado malicioso. Además, esa circunstancia podrá ser tenida como indicio de veracidad de lo que se pretende demostrar con dicha prueba."

ARTÍCULO 2.- Rige a partir de su publicación.

TRANSITORIO:

Los procesos judiciales que se encuentren en trámite, sin que se hubiere dictado sentencia en primera instancia, al momento de entrar en vigencia la presente reforma, se tramitarán de conformidad con las nuevas disposiciones.

REFORMA DE LOS ARTICULOS 8, 41 Y 98 DEL CODIGO DE FAMILIA Y ADICION DE UN ARTICULO 48 BIS

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA

DECRETA:

Refórmase el artículo 8, el párrafo primero del 41 y el 98 del Código de Familia, ley N° 5476, de 21 de diciembre de 1973; además, adiciónase un artículo 48 bis, cuyos textos dirán:

"Artículo 8.—Corresponde a los tribunales con jurisdicción en los asuntos familiares, conocer de toda la materia regulada por este Código, de conformidad con los procedimientos señalados en la legislación procesal civil.

Sin embargo, los jueces en materia de familia interpretarán las probanzas sin sujeción a las reglas positivas de la prueba común, atendiendo todas las circunstancias y los elementos de convicción que los autos suministren; pero, en todo caso, deberán hacerse constar las razones de la valoración.

El recurso admisible para ante la Sala de Casación se registrará, en todo lo aplicable, por las disposiciones del Capítulo V, Título VII del Código de Trabajo."

"Artículo 41.—Al disolverse o declararse nulo el matrimonio, al declararse la separación judicial y al celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge adquiere el derecho de participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro. Tales bienes se considerarán gravados de pleno derecho, a partir de la declaratoria a las resultas de la respectiva liquidación. Los tribunales, de oficio o a solicitud de parte, dispondrán tanto la anotación de las demandas sobre gananciales en los Registros Públicos, al margen de la inscripción de los bienes registrados, como los inventarios que consideren pertinentes. [...]"

Artículo 48 bis.—De disolverse el vínculo matrimonial, con base en alguna de las causales establecidas en los incisos 2), 3) y 4) del artículo 48 de este Código, el cónyuge inocente podrá pedir, conjuntamente con la acción de separación o de divorcio, daños y perjuicios de conformidad con el artículo 1045 del Código Civil."

"Artículo 98.—En todo proceso de investigación o impugnación de paternidad o maternidad, es admisible la prueba científica con el objeto de verificar la existencia o inexistencia de la relación de parentesco. Esta prueba podrá ser evacuada por el Organismo de Investigación Judicial de la Corte Suprema de Justicia o por laboratorios debidamente acreditados y reconocidos por la Corte Suprema de Justicia, previo dictamen del Organismo de Investigación Judicial de que el peritaje es concluyente, razonablemente, en uno u otro sentido. En todo caso, la probanza será valorada de acuerdo con la conclusión científica y el resto del material probatorio. Cuando sin un fundamento razonable, una parte

se niegue a someterse a la práctica de la prueba dispuesta por el Tribunal, su proceder podrá ser considerado malicioso. Además, esta circunstancia podrá ser tenida como indicio de veracidad de lo que se pretende demostrar con dicha prueba."

Rige a partir de su publicación.

Transitorio único.—En el momento de entrar en vigencia la presente reforma, los procesos judiciales que se encuentren en trámite sin que se hubiere dictado sentencia en primera instancia, se tramitarán de conformidad con las nuevas disposiciones.

Comisión Legislativa Plena Primera.—Aprobado el anterior proyecto el día seis de agosto de mil novecientos noventa y siete.—Edelberto Castilblanco Vargas, Presidente.—Oscar Ureña Ureña, Secretario.

Comunicase al Poder Ejecutivo

Asamblea Legislativa.—San José, a los catorce días del mes de agosto de mil novecientos noventa y siete.—Saúl Weisleder Weisleder, Presidente.—Mario Alvarez González, Primer Secretario.—José Luis Velásquez Acuña, Segundo Secretario.

Dado en la Presidencia de la República.—San José, a los veintinueve días del mes de agosto de mil novecientos noventa y siete.

Ejecútese y publíquese

JOSE MARIA FIGUERES OLSEN.—El Ministro de Justicia y Gracia: Fabián Volio Echeverría.—1 vez.—C-7000.—(52283).

AUTORIZACIÓN AL CONSEJO NACIONAL DE
PRODUCCIÓN PARA DONAR UN TERRENO
LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA
DE COSTA RICA

DECRETA:

Artículo 1°—**Autorización**

Autorízase al Consejo Nacional de Producción para donar, al Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes, un terreno inscrito en el partido de Guanacaste, en el sistema de folio real N° 012891. Tiene las siguientes características: propiedad ubicada en la provincia de Guanacaste, cantón II, distrito 1° de Nicoya. Mide treinta y un mil cuatrocientos ochenta y cinco metros cuadrados y cuatro decímetros cuadrados (31.485,44 m²) y los linderos son: Sur, Este y Oeste, el Estado; Norte, calle pública, según plano catastrado No. G383383-80.

Artículo 2°—**Destino**

El Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes destinará el terreno al establecimiento de un centro recreativo.

Artículo 3°—**Escritura**

Autorízase a la Notaría del Estado para confeccionar la escritura correspondiente. Dicha donación estará exenta del pago de timbres y derechos de traspaso.

Rige a partir de su publicación.

Asamblea Legislativa.—San José, a los quince días del mes de octubre de mil novecientos noventa y seis.

Comuníquese al Poder Ejecutivo

Wálter Coto Molina, Presidente.—Óscar Ureña Ureña, Primer Secretario.—María Luisa Ortiz Messeguer, Primera Prosecretaria.

Dado en la Presidencia de la República.—San José, a los veinticuatro días del mes de octubre de mil novecientos noventa y seis.

Ejecútese y publíquese

JOSE MARIA FIGUERES OLSEN.—Los Ministros de Agricultura y Ganadería, Ricardo Garrón F.; y de Cultura, Juventud y Deportes, Dr. Arnoldo Mora Rodríguez.—1 vez.—C-20.—(65642).

PROYECTOS

PROYECTO DE LEY

DECLÁRASE DE UTILIDAD PÚBLICA LA FUNDACIÓN PARA EL PACIENTE CON CÁNCER, HOSPITAL DOCTOR RAFAEL ÁNGEL CALDERÓN GUARDIA

Expediente N° 12.747

Asamblea Legislativa:

Costa Rica se encuentra entre los 29 países del mundo con mejores índices de salud, por lo tanto, los padecimientos predominantes de la edad adulta y de la vejez, aparecen con mucha más frecuencia en nuestro país, principalmente las enfermedades neoplásicas malignas (cáncer).

El hospital Rafael Ángel Calderón Guardia recibe diariamente una gran cantidad de costarricenses que buscan, de manera oportuna, la atención oncológica que les permita detectar en forma temprana un posible tumor maligno. Con la misma frecuencia se efectúan grandes y complicadas cirugías para erradicar tan nocivo flagelo. Muchos ciudadanos acuden a recibir tratamientos con base en quimioterapia, con las consecuencias conocidas por todos. La labor en el área de hospitalización por parte del personal es enorme, dada la demanda de camas para completar estudios y tratamientos oportunos.

En 1995 fueron atendidos 7.910 costarricenses en el servicio de Oncología del hospital Rafael Ángel Calderón Guardia. Se aplicaron más de 2.000 tratamientos con quimioterapia y más de 10.000 con radioterapia. En el servicio de Oncología fueron intervenidos 903 pacientes, sin incluir las innumerables consultas y operaciones efectuadas en otros departamentos del hospital, tales como Ginecología, Otorrinolaringología, Neurocirugía, Hematología, etc.

Sin embargo, los pacientes han tenido que sufrir, además de la tremenda enfermedad, el calvario que significa sospechar o, peor aún, conocer que están padeciendo un mal sumamente grave y tener que esperar casi en forma heroica la oportunidad de poder ingresar a una de las camas disponibles, situación tan crítica en algunos casos, que dicha espera incluso se ha prolongado hasta un año y que no pocas veces deviene en el progreso de la enfermedad, con las consiguientes complicaciones y el surgimiento de una enfermedad que, potencialmente curable, se torne irremediable, cuyo tratamiento se convierte en ese momento en una acción paliativa y no curativa. Experiencias similares viven diariamente quienes son atendidos en el hospital Rafael Ángel Calderón Guardia, cuando es necesario que para su curación deban recibir tratamientos con radioterapia y quimioterapia.

Hoy las instalaciones del hospital Calderón Guardia son insuficientes, poco confortables y hospitalarias. Los equipos son mínimos o ausentes. El personal cada vez se torna más escaso, a pesar de que hace su mejor esfuerzo para asistir a los pacientes con esos recursos tan limitados.

Existe un distinguido grupo de ciudadanos, claramente identificados con la causa contra el cáncer, que junto con el personal de este hospital han creado, el 11 de mayo de 1996, LA FUNDACIÓN PARA EL PACIENTE CON CÁNCER, HOSPITAL DOCTOR RAFAEL ÁNGEL CALDERÓN GUARDIA. Las autoridades de la institución apoyan con gran entusiasmo esta iniciativa para afrontar el serio problema de la población que se

enfrenta al padecer esta enfermedad. La Fundación tiene como objetivos: investigación, prevención, detección temprana y tratamiento de cáncer que incluye un área de internamiento y otra de consulta externa, donde se concentrarían todos los servicios necesarios para la atención integral de paciente que desgraciadamente tenga que luchar contra esta enfermedad y así poder contribuir a mejorar sus posibilidades de curación y ofrecerle una mejor calidad de vida.

Con este fin se establecieron contactos con personas físicas y jurídicas, nacionales e internacionales, fundaciones afines y todos aquellos elementos que puedan favorecer este proyecto.

Por lo anteriormente expuesto, sometemos a la consideración de los señores diputados el siguiente proyecto de ley:

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

DECRETA:

DECLÁRASE DE UTILIDAD PÚBLICA LA FUNDACIÓN PARA EL PACIENTE CON CÁNCER, HOSPITAL DOCTOR RAFAEL ÁNGEL CALDERÓN GUARDIA

Artículo 1°—Declárase de utilidad pública la Fundación para el Paciente con Cáncer, Hospital Doctor Rafael Ángel Calderón Guardia, cédula jurídica N° 3-006-187122, la cual se encargará de brindar tratamientos médicos necesarios a aquellas personas que sufran de cáncer.

Artículo 2°—Cada vez que se haga uso de las franquicias y concesiones de orden administrativo y económico que prevé la declaratoria de utilidad pública, la solicitud deberá contar previamente con la aprobación del Ministerio de Hacienda.

Artículo 3°—La Fundación deberá rendir un informe anual ante la Contraloría General de la República, tal y como lo establece la Ley de Fundaciones.

Artículo 4°—Una vez publicada esta ley, los interesados deberán protocolizarla y presentar su testimonio al Registro de Fundaciones del Registro Público, para su respectiva inscripción.

Artículo 5°—Rige a partir de su publicación.

Rodrigo Gutiérrez Schwanhäuser, Diputado.

17 de setiembre de 1996.

NOTA: Este proyecto pasó a estudio e informe de la Comisión Permanente de Asuntos Sociales.—1 vez.—C-100.—(61573).

PROYECTO DE LEY

REFORMA A LOS ARTÍCULOS 8, PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 41 Y 98 DEL CÓDIGO DE FAMILIA

Expediente N° 12.781

Asamblea Legislativa:

1.—Los asuntos de familia se ventilan actualmente en las vías y según las reglas señaladas en el Código Procesal Civil.

Lo anterior acarrea una serie de inconvenientes en materia de valoración probatoria y en la interposición del recurso de casación, pues en ambos casos se deben respetar los criterios rígidos y formalistas del procedimiento ordinario civil, lo cual, en la práctica, acarrea el rechazo de plano de numerosos recursos de casación o bien la imposibilidad de revisarse aspectos de justicia, porque las limitaciones del recurso no lo permiten.

Como la promulgación de un Código Procesal de Familia es todavía incierta, resulta oportuno una modificación al respecto, para flexibilizar el tratamiento de los asuntos familiares y hacer posible, de esa manera, soluciones más justas y apegadas a los intereses que se pretenden tutelar por la legislación de familia. Una reforma del artículo 8 del Código de Familia, en los términos que se consignan a continuación, resuelve los problemas en referencia.

11.—En el párrafo primero del artículo 41 del Código de Familia se establece que "Perderá el derecho (de gananciales) el cónyuge declarado culpable en juicio de divorcio o de separación judicial".

Esa disposición, históricamente, ha constituido una sanción muy severa, fundamentalmente para la mujer, porque en la vida real, de acuerdo con nuestras costumbres, los bienes adquiridos durante el matrimonio se inscriben a nombre del varón y sólo excepcionalmente de la mujer. Por eso, la sanción cobra vida cuando es la esposa quien incurre en causal de divorcio y no a la inversa.

Al promulgarse recientemente, en dicho Código, una serie de normas que vinieron a regular la familia de hecho (artículos 242 y siguientes), se prevé la posibilidad de que los bienes adquiridos durante la convivencia sean distribuidos por partes iguales, sin ninguna limitación, sanción o condición, lo cual, de acuerdo con lo indicado, difiere en las uniones matrimoniales.

En homenaje a la igualdad de la mujer, desde el punto de vista real y de su dignidad, y para que el trato patrimonial sea igual en todos los campos (familia basada en matrimonio o de hecho), debe eliminarse el párrafo transcrito al inicio de esta exposición.

La forma en que actualmente está redactado el párrafo 1 del artículo 41, le da al derecho de gananciales una naturaleza personal, pues se cambió, en aras de darle protección a los acreedores, la naturaleza real que se deducía de su antigua redacción, según la cual los bienes adquiridos durante el matrimonio se tomaban "comunes" al sobrevenir la separación,

patrimonio del otro cónyuge. La sentencia de la Corte Suprema de Justicia, actuando como Tribunal Constitucional, de las diez horas del 17 de octubre de 1986, introduce incerteza en cuanto a la forma de gestionar la tutela del derecho, pues si se le considera "personal" en estricto sentido, no procedería una anotación de la demanda de separación, divorcio o nulidad y para poder ejecutar los bienes deberían ser embargados.

Una solución correcta consiste en equiparar el derecho a la naturaleza real, pues de esa manera se evitan las discusiones al respecto y se le da sustento legal a la práctica, no siempre pacífica, de afectar y liquidar bienes gananciales, como si este derecho fuera de naturaleza real.

III.—De acuerdo con el artículo 98 del Código de Familia, es admisible la prueba de grupos sanguíneos y otros marcadores genéticos, con el objeto de probar "la no paternidad" en los procesos de investigación o de impugnación de paternidad. Cuando esa disposición se incorporó al ordenamiento, no existían medios científicos para establecer la relación paterno-filial con una certeza cercana a lo absoluto, pues únicamente era posible dictaminar en esos términos la exclusión de la paternidad. De ahí que se justificara dicha norma probatoria, en los términos que quedaron explicados.

Actualmente, las condiciones son otras y los avances científicos si permiten establecer la paternidad, por medio de nuevas técnicas y conocimientos sobre las características poblacionales (ADN-prueba de marcadores genéticos por reacción en cadena de la polimerasa-), con tal grado de probabilidad de certeza que es posible afirmar, en los casos concretos, la existencia o no de esa relación. Por eso, la norma debe ser modificada, para variar el sistema de admisibilidad y valoración del indicado medio probatorio científico.

Por lo anterior sometemos a consideración de la Asamblea Legislativa el siguiente proyecto de ley:

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

DECRETA:

REFORMA A LOS ARTÍCULOS 8, PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 41 Y 98 DEL CÓDIGO DE FAMILIA

Artículo 1º—Reformarse los artículos 8, párrafo 1 del artículo 41 y 98 del Código de Familia para que se lean de la siguiente manera:

"Artículo 8º—Corresponde a los tribunales con jurisdicción en los asuntos familiares, conocer de toda la materia regulada en este Código, de conformidad con los procedimientos señalados en la legislación procesal civil.

Sin embargo, los jueces en materia de familia interpretarán las probanzas sin sujeción a las reglas positivas de la prueba común, atendiendo la totalidad de las circunstancias y elementos de convicción que los autos suministren; pero, en todo caso deben hacerse constar las razones de la valoración.

El recurso admisible para ante la Sala de Casación, se regirá en todo lo que fuere aplicable por las disposiciones del Capítulo V, Título VII del Código de Trabajo."

"Artículo 41.—Al disolverse o declararse nulo el matrimonio, al declararse la separación judicial y al celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge adquiere el derecho de participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro. Tales bienes se considerarán gravados de pleno derecho a partir de la declaratoria a las resultas de la respectiva liquidación y la parte interesada puede gestionar la anotación de la demanda en los Registros Públicos y los inventarios que se consideren pertinentes."

"Artículo 98.—En todo proceso de investigación o de impugnación de paternidad o maternidad es admisible la prueba científica con el objeto de probar la existencia o inexistencia de la respectiva relación de parentesco, siempre que esta sea evacuada por el Organismo de Investigación Judicial de la Corte Suprema de Justicia y que el peritaje sea concluyente razonablemente en uno u otro sentido. En todo caso, la probanza será valorada de acuerdo con la conclusión científica y el resto del material probatorio.

Cuando una parte, sin fundamento razonable, se niegue a someterse a la práctica de esa prueba dispuesta por el Tribunal, su proceder podrá ser considerado malicioso. Además, esa circunstancia podrá ser tenida como indicio de veracidad de lo que se pretende demostrar con dicha prueba."

Artículo 2º—Rige a partir de su publicación.

Gerardo Trejos Salas.—Bernal Aragón Barquero.—Bienvenido Venegas Porras.—Mary Albán López.—Luis G. Villanueva Monge.—Antonio Alvarez Desanti.—Francisco A. Pacheco Fernández, Diputados.

4 de noviembre de 1996.

NOTA: Este proyecto pasó a estudio e informe de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos.—1 vez.—C-130.—(66345).

LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE RADIO Y TELEVISIÓN (SINART)

Expediente N° 12.785

Asamblea Legislativa:

En casi todos los países donde existe la radio y la televisión públicas los gobiernos y el Poder Legislativo se han encargado de un control riguroso y de dictar la legislación necesaria y apropiada para el eficaz funcionamiento de las cadenas públicas.

país se haya preocupado por dotarlo de una ley orgánica.

Recientemente se ha producido en Costa Rica un amplio debate sobre la misión de la televisión y radiodifusión públicas. Ese debate ha servido para que los legisladores y el Poder Ejecutivo tomen conciencia de la necesidad de dotar al SINART de una ley orgánica y de los recursos apropiados para su eficaz funcionamiento.

La radio y la televisión públicas deben ser objeto de especial atención en una democracia. Ciertamente, es esencial para la salvaguardia de nuestra libertad política que dispongamos de un amplio abanico de información, debates y medios de expresión para poder participar plena y responsablemente en la sociedad. En la sociedad moderna, la radio y televisión pública representan el principal medio de transmisión de los valores culturales. Junto con los periódicos y el mundo editorial, la televisión y la radio públicas constituyen el espejo de la vida social y política además de una ventana a través de la que vemos a los demás.

Las cadenas públicas están basadas en el principio de que la radio y televisión públicas son libres por lo que se refiere al uso. El nuevo mundo radiotelevisivo, con su gran número de canales y la consecuente dispersión de las audiencias es una razón más para poner a disposición de todos la televisión pública.

Las sociedades democráticas necesitan una información o unos conocimientos comunes para poder funcionar eficaz y democráticamente. Cuando se registran fenómenos de diferenciación y dispersión en una sociedad, se pierden conocimientos comunes y ello incrementa la necesidad de una información, de una radio y televisión pública.

Por ello, la diversidad, la calidad y el acceso son los principios esenciales de la radio y la televisión públicas, que especialmente deben comunicar asuntos particulares y únicos para las comunidades, así como la cultura que une a esa comunidad y que garantiza que todos deben participar en el debate sobre el futuro que deseamos. Para las cadenas, ello significa que deben dar acceso a la información, han de prestar atención a todas las opiniones en los debates, han de aumentar las posibilidades de enseñanza y sobre todo han de mostrar lo mejor de cada sociedad en los ámbitos de la cultura y diversión.

Nosotros, los espectadores, los ciudadanos, tenemos una amplia variedad de gustos y no se nos pueden encasillar en meras categorías de "marketing", donde los ingresos, los gustos y las preferencias constituyen cárceles deterministas del mercado de consumo. Entre los aficionados a la ópera hay también aficionados al fútbol y viceversa. Con la proliferación de canales desaparecen las redes de difusión mixtas, cuyo espacio ocupan los canales especializados en deporte, comedia, documentales y teletienda. El carácter de estos canales es muy diferente, como también lo es, y de modo decisivo, su aproximación al individuo y a la sociedad. Mientras que las redes de difusión mixtas hacen hincapié en los que los espectadores tienen en común, los canales monotemáticos resaltan lo que separa a unos espectadores de otros. Todos sabemos qué es lo que ganamos con los canales monotemáticos, una amplia oferta, quizás todos y cada uno de los partidos de fútbol de la Primera División, pero ¿qué es lo que perdemos con esta proliferación? ¿El sentimiento de compartir algo con los demás? ¿La posibilidad de sorprendernos? El sentido de formar parte de un colectivo de individuos que, a pesar de todas las distintas preferencias, conforman la audiencia televisiva y para quienes el hecho de compartir como espectadores un acto masivo se convierte en una valiosa experiencia social ¿Cuántas veces preguntamos la "¿Viste..." para entablar una conversación como tema recurrente en la vida cotidiana?

A juicio nuestro, hemos de encargarnos de que las cadenas públicas puedan invertir en programas de alta calidad para la audiencia nacional. Pero también hemos de contrarrestar el punto de vista de que las cadenas públicas se han de centrar exclusiva y únicamente en los tipos de programa que no emiten los sectores meramente comerciales. Hemos de impedir que la televisión acabe en un ghetto? Ello significaría que la cadena pública tiene una audiencia menor y con ello se pondría en tela de juicio el fundamento jurídico. Las cadenas públicas han de seguir ofreciendo todo un abanico de programas en que los espectadores puedan encontrar programas de cualquier tipo. Así se accede finalmente al deseo de opciones de un amplio abanico de programas.

Hemos de recalcar también la necesidad de que la radio y televisión pública cuenten con una financiación segura y de confianza que le permita llegar al público: cobertura informativa directa de acontecimiento de importancia, noticiarios y programas de actualidad diversos e imparciales, grandes acontecimientos deportivos, películas, así como eventos culturales y musicales importantes. Sin embargo, la experiencia mundial demuestra que la financiación pública es el medio para garantizar tanto una calidad elevada como una programación variada. También permite a la televisión pública realizar programas orientados exclusivamente a los espectadores y oyentes.

La necesidad de establecer unas normas claras y precisas con rango de ley para el funcionamiento de la radio y televisión públicas procede de la constitución y del pluralismo político que se proclama como valor del ordenamiento jurídico. La radiodifusión y la televisión, configuradas como servicio público esencial, cuya titularidad corresponde al Estado, se concibe como vehículo esencial de información y participación política de los ciudadanos, de formación de opinión pública, de cooperación con el sistema educativo, de difusión de la cultura costarricense, así como medio capital para contribuir a que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, con especial atención de los marginados y a la no discriminación de la mujer.

Relaciones primarias, relaciones sociales y valores		
Resumen de indicadores más relevantes		
Tema	Variable	Comportamiento 1996
Tipos de familia	Relaciones de parentesco	Predominó la familia conyugal con hijos (52%).
	Jefatura femenina	Aumentó 20% desde 1992. Alcanzó el 90% en hogares uniparentales.
	Adultos mayores	Jefes(as) en el 21.7% de los hogares costarricenses tenían 60 años o más.
	Violencia intrafamiliar	Se duplicaron las denuncias de violencia contra la mujer (10 794).

	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998
Casamientos	66.7	63.8	65.9	72.8	69.4	70.1	71.5
Divorcios	11.1	11.8	10.4	13.7	14.3	12.6	20.4
<p>Relación entre matrimonios y divorcios</p>							
<p>Nota: Las cifras mostradas son resultados por cada 10.000 habitantes</p> <p>Fuente: La Nación, Domingo 14 de marzo de 1999, p. 4A</p>							

BIBLIOGRAFÍA

TESIS

AVILA GONZALEZ (Fernando) y otro. El Derecho a gananciales y el patrimonio familiar como limitaciones a la libertad de testar, San José, Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1989.

FONSECA MONTOYA (Oscar). Relaciones Patrimoniales entre los cónyuges, San José, Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1975.

GONZALEZ AVILA (Juan Diego) y GUTIERREZ AIZA (Randall) Los derechos que nacen con el reconocimiento legal de la unión de hecho, en materia de: Régimen matrimonial, pensión alimentaria y derechos sucesorios, a la luz de la adición al título sétimo del Código de Familia Costarricense, San José, Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1997.

MORA GARCIA (Jeannette) y NAVARRO BLANCO (Dunia). La Simulación en el Régimen de Bienes Gananciales, a la luz de la jurisprudencia costarricense. San José, Tesis para optar al título de Licenciadas en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1999.

PADILLA VELÁZQUEZ (Sagrario) Régimen Patrimonial de la Familia en el Código General de 1841, San José, Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1988.

RAMIREZ AVENDAÑO (Freddy) y ROJAS LOPEZ (Freddy) Patrimonio Familiar, San José, Tesis para optar al título de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1986.

ROJAS HERRERA (Oscar Miguel) El Patrimonio Familiar, San José, Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1971.

SEMINARIO DE GRADUACIÓN

ARAYA JARA (Yolanda), CABRERA VEGA (Enrique), CHAVEZ GAMBOA (María de los Angeles), MONTOYA MEJÍA (Carmen), PINZÓN BARRETO (Ana Luz) Efectos Patrimoniales del Matrimonio en el Código de Familia Costarricense, Necesidad de una Reforma, San José, Seminario de Graduación para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1987, 286 p.

DE LA FUENTE PADILLA (Bernardo) y otros. Relaciones Patrimoniales entre los cónyuges, evolución histórica y situación actual en Costa Rica, San José, Seminario de Graduación para optar al grado de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1979.

LIBROS

ALBALADEJO (Manuel). Instituciones de Derecho Civil. Barcelona, Editorial Bosch, 1975.

ALBALADEJO (Manuel). Compendio de Derecho Civil. Barcelona, Editorial José María Bosch, 1991, 679 p.

AMOROS GUARDIDA (Manuel) y otros. Comentarios a las reformas de Derecho Familia, Madrid, Editorial Tecnos, Volumen II, 1984, 1076 p.

ARIAS LONDOÑO (Melba) Derecho de Familia, Bogotá, Editorial ECOE, 1993, 359 p.

BAENA UPECHI (Mario). Curso de las obligaciones, Bogotá, Editorial Librería el Profesional. Segunda edición, Colombia. 1992.

BARBERO (Domenico) Sistema del Derecho Privado. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, Tomo II, 1967.

BELLUSCIO (Augusto Cesar). Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Ediciones Depalma, Tomo I, II, y III, 1979.

BORDA (Guillermo) Manual de Derecho de Familia, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 10° edición, 1988, 499 p.

BOSSERT (Gustavo) y ZANNONI (Eduardo), Manual de Derecho de Familia, Buenos Aires, Editorial Astrea, Segunda Edición., 1990, 501 p.

BOSSERT (Gustavo A) Régimen Jurídico del Concubinato, Buenos Aires, Editorial Astrea, 3° edición, 1990, 278 p.

CAMACHO (Eva) Consideraciones Prácticas y Jurisprudenciales de los artículos 40 y 41 del Código de Familia, San José, Corte Suprema de Justicia, 1991, 77 p.

CASTAN TOBEÑAS (José) Derecho Civil Español Común y Foral, Madrid, Editorial Reus, Volumen I, Tomo V, 1962.

COSSIO (Alfonso de) Instituciones de Derecho Civil. Madrid, Editorial Alianza, Tomo I, 1975.

- CHÁVEZ ASECIO (Manuel) La Familia en el Derecho: Relaciones Jurídicas Conyugales, México DF, Editorial Porrúa, 1990, 604 p.
- DIEZ PICASO (Luis). Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Madrid, Editorial Tecnos, Tomo I y IV, 1983.
- DIEZ PICASO (Luis) y GULLON (Antonio), Sistema de Derecho Civil, Madrid, Editorial Tecnos, Volumen I y IV, 1983, 746 p.
- ESCOBAR VÉLEZ (Edgar Guillermo) La Unión Marital de Hecho, Bogotá, Editorial Jurídica de Colombia, 1994, 221 p.
- FERNÁNDEZ CLÉRIGO (Luis) El Derecho de Familia en la legislación comparada, México, Editorial UTHEA, 1947.
- FOSAR BENLLOCH (Enrique). Estudios de Derecho de Familia. Barcelona, Editorial Bosch, Volumen III, 1985, 598 p.
- GALLEGO DOMINGUEZ (Ignacio) Las Parejas no casadas y sus efectos patrimoniales, Madrid, Editorial Colegio de Registradores, 1995, 621 p.
- GOMEZ PIEDRAHITA (Hernán). Derecho de Familia. Bogotá, Editorial Temis, 1992, 501 p
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ (Ernesto). El patrimonio pecuniario y moral o derechos de la personalidad. Puebla, Editorial José M. Cajica Jr., S.A. 1971.
- GUZMÁN ZANETTI (Dora) La familia de Hecho en Costa Rica, Monografía, Costa Rica, mayo de 1992.
- HOYOS MONTOYA (Guillermo) Derecho Matrimonial Civil Canónico, Medellín, Editorial Señal, 1988, 170 p.

- JOSSERAND (Louis). Derecho Civil, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, Tomo I, Volumen I, 1952.
- JUNCO GOMEZ (Sixto Tirso). Derecho de Familia y del Niño, Bogotá, Editorial Universidad Santo Tomás, 1986, 274 p.
- LACRUZ BERDEJO (José Luis) Elementos de Derecho Civil IV: Derecho de Familia, Barcelona, Editorial Bosch, 3° edición, Volumen I y II, 1990, 598 p.
- LACRUZ BERDEJO (José Luis) Matrimonio y Divorcio, Madrid, Editorial Civitas, 1982, 1111 p.
- LACRUZ BERDEJO (José Luis) Estudios de Derecho Privado Común y Foral: Familia y otros temas, Zaragoza, Editorial Colegio de registradores, Volumen III, 1993, 968 p.
- LAFONT PIANETTA (Pedro) Derecho de Familia, Bogotá, Editorial Librería del Profesional, 1992.
- LOPEZ DEL CARRIL (Julio) Derecho de Familia, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1984, 859 p.
- MARTINEZ BLANCO (Gerardo) Instrumentos de Derecho de Familia. Honduras, Corte Suprema de Justicia de Tegucigalpa, Setiembre 1991, 91 p.
- MAZZINGHI (Jorge Adolfo) Derecho de Familia: Efectos Personales y régimen de bienes del matrimonio, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, Volumen II, 1972, 644 p.
- MENDEZ COSTA (María Josefa) Derecho de Familia, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, Volumen I y II, 1994, 374 p.

MONROY CABRA (Marco Gerardo) Derecho de Familia y de Menores, Bogotá, Editorial Librería Jurídica Wilches, 1982, 570 p .

O'CALLAGHAN MUÑOZ (Xavier) Compendio de Derecho Civil: Derecho de Familia, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 2° edición, Volumen IV, 1988, 347 p.

PAPANO (Ricardo José). Derechos Reales. Buenos Aires, Editorial Depalma, Volumen III. 1990. 336 p

PEREZ VARGAS (Víctor) Derecho de Familia, San José, Editorial Universidad de Costa Rica, 1991.

PEREZ VARGAS (Víctor) Derecho Privado, San José, Editorial LIL S. A., 3ª edición, 1994.

PEREZ VARGAS (Víctor) Nuevo Derecho de Familia en Costa Rica, San José, Editorial de la Universidad de Costa Rica, 1976. 69 p.

PEREZ VARGAS (Víctor) Problemática Jurídica de la Familia Costarricense, San José, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1976, 121 p.

PLANIOL (Marcel) y RIPERT (Georges). Tratado Elemental de Derecho Civil. Regímenes Matrimoniales. México. Editorial Cárdenas. Tomo I. 1981.

PLANIOL (Marcel) y RIPERT (Georges). Tratado Elemental de Derecho Civil, Puebla, Editorial José M Cajica Jr S.A., Tomo III, 1981.

PLANIOL (Marcel) Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Habana, Editorial Cultural, Tomo VIII, 1939.

PUIG BRUTAU (José) Fundamentos de Derecho Civil, Barcelona, Editorial Bosch, 1985, 333 p.

RESTREPO (Antonio José). Manual de Derecho Civil. Bogotá, Editorial Jurídica, 1993. 117 p.

ROCA (Sastre) Derecho Hipotecario, Barcelona, Editorial Bosch, Volumen I, Tomo VI, 1968.

ROJINA VILLEGAS (Rafael). Compendio de Derecho Civil. México. Editorial Porrúa. 16 va. edición. Tomo II, 1984.

ROJINA VILLEGAS (Rafael) Compendio de Derecho Civil Mexicano: Derecho de Familia, México DF, Editorial Porrúa, Volumen II, 1983, 803 p.

RODRÍGUEZ MORENO (Rafael) Tratados sobre los Derechos de Familia y la defensa del niño. Bogotá, Editorial Ediculco, 2° edición, Volumen I, 1993.

SANTAMARÍA (José) Comentarios al Código Civil, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo II 1958.

TREJOS SALAS (Gerardo) Derecho de Familia Costarricense, San José, Editorial Juricentro, 1992.

VIDAL TAQUINI (Carlos H.) Régimen de Bienes en el Matrimonio con las modificaciones de las leyes 3.264 y 23.515. Buenos Aires, Editorial Astrea, 3° edición, 1990, 433 p

ZANNONI (Eduardo). Derecho Civil: Derecho de Familia, Buenos Aires, Editorial Astrea, Tomo I, 1981.

ZANNONI (Eduardo A) El concubinato en el Derecho Civil Argentino y Comparación Latinoamericana, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1970, 227 p

ZANNONI (Eduardo). Liquidación y calificación de bienes de la sociedad conyugal, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1ra. edición, 1976.

REVISTAS

BALLARÍN MARCIAL (Alberto) La Sociedad de Gananciales y los Valores algunos problemas, Revista Estudios de Derecho Bancario y Bursatil, Volumen I, 1994, 187-197 p.

BAUDRIT CARRILLO (Diego) Reflexiones sobre un régimen patrimonial básico del matrimonio en Costa Rica. Revista Judicial, San José, N° 33, Junio 1985 p 73.

CAMACHO (Eva) El Régimen Patrimonial en Costa Rica, Revista estudiantil Hermenéutica, San José, N° 6, 1993, p. 15-23.

JIMÉNEZ ROJAS (Alfonso) Incoherencia del Código Civil, Revista Mensual de Intereses, San José, N° 5, enero de 1934, p. 196-201.

ODIO BENITO (Elizabeth) y VENEGAS VILLEGAS (Egenery) Efectos Patrimoniales del Matrimonio en el Código de Familia de Costa Rica. Necesidad de una Reforma. Revista Judicial, San José, N° 33, junio de 1985, p 65.

ODIO BENITO (Elizabeth) Familia de hecho Revista Judicial. San José. No. 8 Junio 1978, p. .48-61 p.

PÉREZ VARGAS (Víctor) Breves Observaciones sobre el llamado interés familiar o interés de la familia. Revista de Ciencias Jurídicas, San José. N° 27, set-dic, 1975, p. 117 – 126.

PÉREZ VARGAS (Víctor) Matrimonio y Familia en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Revista de Ciencias Jurídicas, San José, N° 34, enero - abril 1978, p. 19-32.

PICADO GUERRERO (Antonio) Deudas de los cónyuges al disolverse el matrimonio. Revista del Colegio de Abogados, San José, N° 72, diciembre de 1951, p. 365-367.

RAMIREZ ALTAMIRANO (Marina) Patrimonio Familiar, Revista Judicial, San José, N° 15, marzo de 1980, p. 75-90

SOLANO CHACÓN (Jorge) Patrimonio Familiar, Revista Judicial, San José, N° 22, julio de 1982, p. 33-34

DICCIONARIOS

CABANELLAS (Guillermo). Diccionario de Derecho Usual. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica OMEBA, 6ta Edición, Tomo II, 1968.

Diccionario Enciclopédico Océano Uno Color. Océano Grupo Editorial S.A. Barcelona. 1998. 1848 p.

LEGISLACIÓN

Código Civil. Ley de 26 de abril de 1886, San José, 11° edición, Editorial Porvenir S.A. 1997.

Código Civil. San José, Imprenta Trejos Hnos, 1966.

Código Civil para el Distrito Federal. Comentado por el Lic. José María Ortega Padilla y por el Lic. Mariano Piña Olaya. México, Serie Legislación Mexicana, 1985.

Código Civil para el Distrito Federal. México D.F., Editorial Porrúa S.A., 64ª edición, 1995

Código de Derecho Canónico. Iglesia Católica Romana, promulgado por Juan Pablo II, dado en Roma el 25 de enero de 1983.

Código de Familia. Ley N° 5476 de 21 de diciembre de 1973, 11° edición, Editorial Porvenir S.A 1997.

Código General de la República de Costa Rica, de 30 de julio de 1841

Código Procesal Civil. Ley N° 7130 de 3 de noviembre de 1989, San José, 5° edición, Editorial de Investigaciones Jurídicas, 1998

Constitución Política de 7 de noviembre de 1949, San José, Ediciones SEINJUSA, 1995

Constitución Política de la República de Costa Rica Concordada, PRODEL, Asamblea Legislativa, 1995.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por ley N° 4534 de 23 de febrero de 1970, art. 17.

Ley N° 7689 de 21 de agosto de 1997.

Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, N° 7142 de 2 de marzo de 1990.

PROYECTOS DE LEY

Proyecto de Ley, Reforma a los artículos 8, párrafo primero del artículo 41 y 98 y adición del artículo 48 bis del Código de Familia, 4 de noviembre de 1996.

JURISPRUDENCIA

Sala Constitucional No. 4424 de 17 H. de 29 de julio de 1997.

Sala Constitucional No. 2129 de 14 H 54 de 3 de mayo de 1994.

Sala Constitucional No. 3693 de 09 H. 18 de 22 de julio de 1994.

Sala Segunda. No. 47 de 09 H 40 de 4 de marzo de 1994.

Sala Segunda. No. 116 de 09 H 30 de 5 de abril de 1995.

Sala Segunda No. 169 de 09 H. 30 de 31 de mayo de 1995.

Sala Tercera No. 999 de 15 H. 25 de 18 de setiembre de 1997.

Tribunal Superior Agrario No. 598 de 11 H. 35 del 26 de setiembre de 1997.

Tribunal Superior de Familia de San José. No. 33-97 de 8 H 30 de 10 de enero de 1997

Tribunal Superior de Familia de San José, No. 235-97 de 8 H de 19 de marzo de 1997

Tribunal Superior de Familia de San José. No. 545-97 de 8 H 30 16 de julio de 1997.

Tribunal Superior de Familia de San José. No. 653-97 de 10 H 40 de 3 de setiembre de 1997.

Tribunal Superior Primero Civil, No. 520 de 8 H. 20 de 30 de abril de 1992.

Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, No. 432 de 9 H 05 de 16 de junio de 1983

Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda. No. 410 de 9 H. de 27 de agosto de 1991.

Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda. No. 405 de 9 H. 15 de 30 de junio de 1992.

Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda. No. 537 de 9 H. 40 de 06 de agosto de 1992.

ENTREVISTAS

Entrevista con el Lic. Pedro Beirute. Abogado del INCOFAMI, 14 de abril de 1999.

Entrevista con la Licda. Yolanda María Mora Artavia, Abogada, ECONO JURIS, 20 de abril de 1999.

Entrevista con el Sacerdote Mauricio Víquez. Párroco, Iglesia San Juan Bautista, Patarrá, Desamparados, 24 de Abril de 1999.