

FRAMARINO DEI MALATESTA (Nicola). *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Bogotá, Editorial Temis, Vol. I., 1973.

GUTIERREZ DE CABIEDES (Eduardo). *Estudio de Derecho Procesal*. Pamplona, España. Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1974.

HERRERA (Luis Guillermo). *Oportunidades procesales para que el imputado ofrezca prueba en el proceso penal*. **Revista Judicial**. San José, año IV, No. 14, dic. 1979.

JIMENEZ ASENJO (Enrique). *Derecho Procesal Penal*. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado, Vol. II.

LLOBET (Javier). *Código de Procedimientos Penales Anotado*. Alajuela, Ed. Litografía e Imprenta LIL, S.A., 1987.

MANZINI. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, T. III, 1954.

MIN VIELLE (Bernardette). *La prueba ilícita en el Derecho Procesal Penal*. Córdoba, Argentina. Marcos Lerner, Editorial, 1987.

NUÑEZ (Ricardo). *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Anotado*. Argentina. Editorial Lerner, 1978.

ODERIGO (Manuel). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires. Editorial Ideas, T. I, 1952.

PARRA QUIJANO (Jairo). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá. Librería Profesional, Primera edición.

QUINTERO (Tiberio). *Práctica Forense Penal*. Colombia. Editorial Jurídica Wilchez, Segunda edición, T. III, 1982.

RAMIREZ (Mario). *Aspectos civiles de la Acción Resarcitoria*. **Revista Judicial**. San José, No. 12, junio de 1979.

RUBIANES (Carlos). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Argentina, Ediciones Depalma, T. II, 1977.

LA FILIACION Y EL DERECHO COMPARADO

Prof. José Miguel Rodríguez Zamora(*)

(*) Catedrático de la Universidad de Costa Rica. Exdirector de la Escuela de Ciencias Políticas y de Postgrado (Maestría) de la misma Universidad. Sus publicaciones especializadas abarcan las áreas de la filosofía política y social, la epistemología de las ciencias sociales, la sociología de la religión y la filosofía del conocimiento.

SUMARIO:

Resumen

Introducción

- I. El concepto de filiación
- II. Modos de filiación
- III. Pruebas de filiación de los hijos de matrimonio
- IV. Presunción de la concepción y pruebas biológicas de la filiación
- V. Impugnación. Imprescriptibilidad y transacción de los hijos habidos en matrimonio
- VI. Filiación de los hijos adquiridos por subsiguiente matrimonio de los padres e hijos habidos fuera del matrimonio
- VII. Declaración de paternidad y maternidad
- VIII. Conclusión
- IX. Bibliografía consultada

RESUMEN

En este artículo se estudia el tema de la filiación a la luz de la doctrina y del derecho comparado. Se analiza el derecho positivo según el Código de Familia: Título II: Paternidad y filiación de Costa Rica. Se trata de descubrir sus concepciones generales implícitas así como demostrar la ubicación que ocupa dentro del ordenamiento jurídico de acuerdo con el derecho comparado. Tres tipologías sirven de parámetros: las clasificaciones de la filiación, la presunción de la concepción y los sistemas de impugnación.

INTRODUCCION

En la legislación positiva costarricense el tema de la filiación, particularmente expuesto en el Título II: Paternidad y Filiación del Código de Familia, presenta una determinada concepción del ordenamiento jurídico y de los supuestos doctrinales subyacentes. Dicha concepción jurídica, vinculada al conjunto general del ordenamiento, responde a una visión doctrinal intermedia y moderada según las tipologías del Derecho comparado.

Este artículo tiene como objetivo la exposición de forma explícita de las bases doctrinales de la legislación costarricense sobre el tema de la filiación así como su inserción en las diversas tipologías utilizadas por el Derecho comparado sobre la materia. En particular se revisarán tres tipologías: la referente a las clasificaciones de la filiación, sobre la presunción de la concepción, y los sistemas de impugnación.

I. EL CONCEPTO DE FILIACION

El origen del problema jurídico de la filiación es, evidentemente, el hecho físico de la generación. Es decir, de la necesidad de la especie humana de perpetuarse a través de la reproducción biológica.

Como ha indicado un tratadista: "El hecho físico de la generación origina el hecho jurídico de la filiación, pero ésta, a su vez, produce un conjunto de relaciones que reciben el nombre de parentesco, de los cuales se derivan múltiples y complejos derechos y obligaciones de atención y cuidado, respeto y obediencia, asistencia mutua y beneficios sucesorios, que a tanto alcanza el

parentesco creado por filiación. Hay, pues, en ésta un aspecto natural, como hecho, y un aspecto jurídico como relación y aún como estado social, que el Derecho tiene que reconocer y regular cuidadosamente". (Fernández, p. 179).

La relación que se origina a través de la filiación es, ciertamente, una de las más sólidas y profundas que existen en el género humano. De esta alta responsabilidad surge, como se ha indicado, un conjunto de consecuencias, obligaciones, y derechos.

En síntesis, la filiación debe ser entendida como: "El vínculo jurídico que une a un hijo con su padre o madre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su inmediato descendiente, o sea, su descendiente en primer grado. La vinculación de sangre entre el hijo y su padre o madre, que es el fundamento de toda filiación, da origen a ella sea que provenga de relaciones sexuales lícitas o ilícitas entre los padres. Por excepción, existe una filiación sin relaciones de sangre, que es la adoptiva, que encuentra su origen en un acto jurídico que se celebra entre dos personas, el adoptante y el adoptado, y que produce análogos efectos de filiación". (Rossel, p. 217).

Para el especialista en Derecho de familia, Antonio Cicu, las dos condiciones centrales de la legislación sobre la filiación son *la certeza y la estabilidad*. El afirma que "...al Estado declarador del Derecho y elaborador técnico de las normas jurídicas le interesa rodear al simple hecho generador de determinadas garantías que aseguren dos condiciones esenciales para el ulterior desenvolvimiento de las relaciones que origina, a saber: la certeza y la estabilidad". (Citado en Fernández, p. 179).

Para el Derecho lo importante es el vínculo jurídico que se crea a partir del nacimiento o la adopción. Para lograr esta certeza y estabilidad, el legislador tiene dos funciones: el establecimiento de reglas que permitan la mayor certeza posible; y, además, la determinación de las consecuencias jurídicas, es decir, los derechos y obligaciones que vinculan al padre o madre con el hijo, o al hijo con su padre o madre.

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

- a) "Es un fenómeno jurídico que tiene como fundamento el hecho fisiológico de la procreación, salvo la filiación adoptiva, que es solo creación legal.
- b) Constituye un estado civil, es decir, una posición jurídica permanente e indeleble en el todo social.
- c) Es fuente de fenómenos jurídicos de la más alta importancia, como la nacionalidad, la sucesión hereditaria, el derecho de alimentos, el parentesco entre los mismos hijos, que se llama hermandad y otras muchas e importantes consecuencias". (Rossell, p. 218).

Es sabido, además, que en la legislación costarricense la filiación es irrevocable, inalienable, tiene carácter declarativo, solemne y es unilateral. Como sujeto de derecho, afirma la personería y supone, por último, la libertad del sujeto de condición o término.

II. MODOS DE FILIACION

Los dos modos de filiación fundamentales son la de hijos nacidos de padres biológicos y los del resultado del proceso jurídico conocido como adopción. En este trabajo se verá lo relacionado sólo con el primer tipo, porque la adopción requiere otra investigación de profundidad.

Existen varias clasificaciones sobre la filiación. Algunas son muy antiguas y responden a una visión de la sociedad y de la moral que no está de acuerdo con la situación contemporánea.

Como es sabido, la Constitución Política, Art. 54, y el Art. 3 del Código de Familia (C.F.) prohíben toda calificación sobre una persona de acuerdo con la naturaleza de la filiación. Sin embargo, los diversos tipos de adquisición de la filiación no implican necesariamente la calificación en los términos sociales y despectivos como que se hacía antiguamente.

La más simple es la que clasifica a los hijos en legítimos e ilegítimos o, en terminología actual, en matrimonios y extramatrimoniales, según hayan nacido dentro o fuera del matrimonio. Para ello se atiende al momento en que son concebidos y no tanto cuando nacen. (Arts. 69, 70, 71, C.F.).

Además, se establece que en la legitimación legítima hay dos distinciones: los hijos legítimos propiamente tales y los hijos legitimados. Estos últimos eran hijos ilegítimos pero procreados por los mismos padres, que adquieren la legitimidad por el matrimonio de los padres y por la voluntad de legitimación de sus padres en acto jurídico. (Art. 81, 82, 83 C.F.). En el caso de los hijos habidos fuera del matrimonio por uno de los cónyuges, se habla de reconocimiento, e hijos reconocidos. (Arts. 84-90, C.F.).

Por otra parte, los hijos ilegítimos se clasificaban también en naturales e ilegítimos.

El antiguo Código Civil de Costa Rica hablaba de hijos naturales, adulterinos e incestuosos. (Brenes Córdoba, pág. 214).

Otras calificaciones, ya hay afortunadamente de poco uso son las siguientes: sacrílegos, o sea, los nacidos de un religioso o religiosa; máncer, nacido de prostituta; protervos, o sea, hijos de malechores; espúreos, el hijo de mujer soltera o viuda, etc.

Un tratadista afirma que este tipo de clasificaciones puede servir de base para hacer una tipología de las legislaciones nacionales. De tal manera que tendríamos las siguientes:

1. En primer lugar aquellas en las cuales se conservan los criterios tradicionales de forma muy rígida; ejemplos particulares son las inspiradas en el derecho latino y todavía vigentes en países hispanoamericanos. También el sistema jurídico musulmán, etc.
2. Legislaciones en las cuales se diluye la separación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales y se busca su equiparación. Es el caso de la legislación en los EE.UU., Costa Rica, etc.
3. Grupo de países cuya legislación no hace ninguna distinción sino que establece una absoluta igualdad. Ejemplo de ello son las legislaciones de los países socialistas, nórdicos, etc. (Fernández, pág. 181).

En esta primera tipología del Derecho comparado se puede apreciar el lugar que le corresponde al hecho jurídico de la filiación en el segundo tipo, es decir, los que no se mantienen en la visión rígida del pasado, ni en la ruptura total de distinciones, como los ordenamientos del tercer tipo.

III. PRUEBAS DE LA FILIACION DE LOS HIJOS DE MATRIMONIO

El carácter de filiación matrimonial se refiere a los hijos nacidos de los cónyuges después de celebrado el matrimonio y durante éste. Además, dentro de ciertos plazos de tiempo que determina la ley. Sin embargo, la procedencia materna y la paterna no presentan iguales dificultades. Es evidente, por el embarazo y el parto, que hay signos físicos de su procedencia materna. No ocurre lo mismo con la procedencia paterna. Debido a ello el Derecho romano acuñó el famoso aforismo de que: "Pater is est quod justae nuptiae demonstrant". Es decir, "El padre es el que las justas nupcias demuestran". O, más sencillamente, el padre es el marido de la madre. Como es claro, este aforismo no es suficiente para resolver los problemas que se presentan.

Sin embargo, los siguientes criterios constituyen las pruebas básicas de la filiación legítima: el matrimonio de los progenitores, el embarazo y el parto de la madre, y la supuesta paternidad del esposo, junto con la posesión de estado. La inscripción en el Registro Civil sería una prueba derivada de las anteriores.

El Código de Familia establece los modos de filiación de los hijos de matrimonio. En el artículo 79 indica las siguientes:

- a) Actas de nacimiento inscritas en el Registro Civil. En el caso de ausencia de las mismas o de que fueran incompletas o falsas se prueba por la posesión notoria de estado o cualquier otra prueba.
- b) En los artículos 80 y 93 se establece el concepto de la posesión notoria de estado, la cual consiste en que los padres lo hayan tratado como hijo,

especialmente, dándole sus apellidos, alimentos, y presentándolo a terceros como a su hijo. Brenes Córdoba la define como "ciertos hechos o circunstancias de que racionalmente se deduzca que un individuo tiene la calidad de hijo de dos personas unidas entre sí por los lazos del matrimonio". (Brenes, pág. 207).

Por otra parte, algunos de los efectos de la filiación son las siguientes:

- a) Los hijos tienen derecho de llevar los apellidos del padre y de la madre. (Art. 49 del C. Civil);
- b) Se origina una obligación de respeto y obediencia de los hijos hacia sus padres y de asistencia, educación, administración de bienes, por parte de los padres. (Arts. 127, 128, 129, 130, 131. C.F.).
- c) Se produce un derecho recíproco de alimentación. (Arts. 156, 157. C.F.);
- d) También se genera una relación parental entre los hijos y los consanguíneos. Y, a veces con los afines de los padres;
- e) Se originan derechos sucesorios recíprocos entre ascendientes y descendientes. (Arts. 571, 572, y 595 del C. Civil).

IV. PRESUNCION DE LA CONCEPCION Y PRUEBAS BIOLOGICAS EN LA FILIACION

Establecer el momento de la concepción en los seres humanos no es fácil y difícilmente se puede lograr la absoluta certeza. Este hecho ha ocasionado problemas al derecho, el cual, a su vez, ha tenido que proponer principios reguladores específicos. Un especialista del derecho de familia ha indicado lo siguiente: "Para conocer el momento de la concepción, partiendo del hecho conocido del nacimiento, sería preciso conocer la duración de la gestación. Aquí, la dificultad es doble: no se conoce exactamente la duración de la gestación en la especie humana; por otra parte, varía mucho de unas mujeres a otras (la oscilación puede ser de hasta cuatro meses o más, como se ha comprobado), y aún en una misma mujer de una gestación (la fecundación que origina la concepción), no coincide con el acto sexual originario; y tampoco aquí se conoce con exactitud el tiempo que puede transcurrir entre la cohabitación y la concepción. Sin embargo, la naturaleza no es inconsecuente consigo misma, y aquellas diferencias no quedan sin justificación o explicación: peso del recién nacido, su raza, sexo, salud... y los antecedentes familiares relacionan perfectamente el tiempo de gestación con los caracteres y desarrollo del niño, hasta el punto de que hay es posible dictaminar la fecha de concepción de un niño con margen de error relativamente pequeño, y desde luego, puede decirse con

seguridad que tal o cual recién nacido pudo o no pudo ser concebido en determinada época o fecha". (Rivero, pp. 95-96).

Para resolver este problema el derecho ha seguido dos sistemas fundamentales. Ellos son:

- a) *Sistema judicial*: permitir que sean los tribunales quienes determinen en cada caso específico, según las circunstancias y con la ayuda de peritos, la duración de la gestación. El problema de este sistema es su excesiva flexibilidad.
- b) *Sistema legal*: este sistema fija por ley los plazos máximos y mínimos para la gestación. Este sistema, derivado del Derecho romano, fue instaurado por el Código Civil napoleónico y de ahí pasó a los sistemas derivados del mismo. Aquí el problema es el inverso, es decir, su tendencia a la rigidez. Actualmente, numerosos tratadistas se inclinan favorablemente por el sistema flexible aduciendo que el gran desarrollo de la ciencia y de la medicina permite determinar con mayor certeza el momento de la concepción. (Rivero Fernández, p. 147.).

El Código de Familia sigue este segundo sistema. En efecto, en el artículo 69 dice: "Se presumen habidos en el matrimonio los hijos nacidos después de 180 días contados desde su celebración o desde la reunión de los cónyuges separados judicialmente y también de los nacidos dentro de trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges judicialmente decretada". Sin embargo, también este artículo mitiga el rigor de los plazos al estipular que: "También se presumen igualmente hijos del matrimonio los nacidos dentro de los ciento ochenta días después de su celebración, cuando concurren algunas de las siguientes circunstancias: a) Si el marido, antes de casarse tuvo conocimiento del embarazo de la mujer; b) Si estando presente consintió en que se tuviere como mujer al hijo en el acta de nacimiento inscrita en el Registro Civil; c) Si de cualquier modo lo admitió como tal". Como se puede apreciar, este último inciso permite una amplia gama de posibilidades, haciendo que el sistema costarricense no sea tan flexible como el primero ni tan rígido como el último.

Evidentemente, la suposición positiva del artículo anterior tiene una cara opuesta a la que se refiere el artículo siguiente, el N° 70. Dicho artículo estipula que "en contra de la presunción del artículo anterior, es admisible prueba de haber sido imposible al marido de cohabitación fecunda con su mujer en la época en que tuvo lugar la concepción del hijo". Esto se podrá ver con más detalle en lo referente a la impugnación. Por el momento es importante la segunda parte del artículo referida en lo que corresponde a la prueba y al adulterio; dice así: "El adulterio de la mujer no autoriza por sí mismo al marido para desconocer al

hijo; pero sí prueba que lo hubo durante la época en que tuvo lugar la concepción del hijo, le será admitida de cualquiera otros hechos conducentes a demostrar su no paternidad". (70-b).

En los artículos 71 y 75 se establece lo correspondiente a la no aceptación de la filiación matrimonial. En ellos se insiste en que se tendrá como hijo habido fuera del matrimonio al nacido después de trescientos días de la separación de hecho de los cónyuges, de la declaratoria de ausencia del marido o de la disolución del matrimonio, y que no haya tenido posesión notoria de estado. En este caso le corresponde al Tribunal hacer la declaración pero sólo por solicitud de la madre o del hijo o de quien represente al mismo. Cabe siempre la posibilidad de proponer una prueba en contrario.

Es importante hacer notar que nuestra legislación se ha quedado rezagada en relación con el desarrollo de las ciencias médicas y biológicas. En efecto, el avance de estas disciplinas científicas ha dado lugar a importantes problemas jurídicos y morales frente a los cuales la legislación se ha encontrado desprotegida. Algunos de estos problemas son la fecundación "in vitro", la inseminación artificial, los llamados "bebés probeta", entre otros. El Código de Familia sólo menciona, en su artículo 72, segunda parte, lo siguiente:

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

Además de las pruebas testimoniales o documentales, se reconocen las pruebas biológicas de paternidad; sobre ellas hay que indicar que en el pasado hubo mucha discusión y debate. Sin embargo, actualmente, no se discute tanto sobre el valor probatorio de las mismas. Las principales de estas son las siguientes:

- a) La prueba basada en la herencia de caracteres patológicos, que consiste en detectar rasgos patológicos hereditarios, fisiológicos o anatómicos;
- b) La heredobiológica o antropomórfica que destaca los rasgos familiares genéticamente heredados, entre ellos, el color de la piel, de los ojos, así como la conformación general, etc.;
- c) La prueba o método de Kühme, esta se fundamenta en el estudio de ciertos rasgos de transmisión hereditaria en la columna vertebral;
- d) La más importante y mejor acreditada es, sin duda, la prueba de grupos sanguíneos. Se basa en el hecho de que la mezcla de sangre de dos individuos de la misma especie da lugar a una aglutinación sanguínea particular; y, en el caso de grupos diferentes, ocasiona reacciones específicas.

- e) Por último está la prueba del grado de madurez del recién nacido, que también tiene que ver, como se ha indicado, con la presunción de concepción y con los plazos de gestación. Esta se fundamenta en el hecho de que hay una rigurosa relación entre la duración del embarazo y el desarrollo de ciertas medidas (talla, peso, diámetros y perímetros craneales, etc.): y de la conformación de estructuras anatómicas (proporciones corporales, desarrollo óseo, genitales externos, en general, el aspecto de conjunto del recién nacido. (Rivero Fernández, Cap. VIII). En realidad, más que pruebas en sentido estricto son consideradas indicios probatorios, es decir, elementos de gran fiabilidad, pero cuyo valor veritativo no es absoluto.

Se puede decir que, de forma global, el derecho prefiere el resultado de varias pruebas diferentes y no solo el de una de ellas por más rigurosa que sea, siempre que se pueda. Ello garantiza una mayor seguridad y objetividad. Así, por ejemplo, siempre que sea necesario y posible se requiere la prueba de la sangre, y, alguna o algunas de las otras ya mencionadas. También el desarrollo de las técnicas genéticas de marcadores biológicos como el ADN, y, otras posibles podrían ser de gran valor para este problema.

V. IMPUGNACION, IMPRESCRIPTIBILIDAD Y TRANSACCION DE LOS HIJOS HABIDOS EN MATRIMONIO

Como todo proceso legal, el de la paternidad y filiación tiene dos aspectos, el que podría ser considerado positivo, o sea la adquisición, y el negativo, o sea la impugnación. El concepto de impugnación se refiere a un acto por medio del cual se pone en entredicho el resultado o situación anterior con vistas a originar una nueva situación jurídica. No es un concepto fijo ni inmutable sino que varía según la teoría que se siga según el criterio de la presunción. La teoría más importante es la que se puede entender según la concepción clásica, y es "la que se basa en el juego de la presunción de paternidad en las ideas de cohabitación y fidelidad, esa presunción y la paternidad que de ella se deriva, deben caer cuando fallan aquellos presupuestos, o sea, cuando la cohabitación fuese imposible y cuando habiendo adulterio (y ocultación de nacimiento en algunas legislaciones) se demuestre que el marido no es el padre.

No basta el adulterio, pues si la esposa continuó cohabitando con su marido, el hijo podrá ser también de éste; por eso deberá demostrarse la no paternidad de marido". (Rivero Fernández, p. 403). La infidelidad constituiría un fuerte elemento de duda, mas no de prueba. Tampoco es suficiente la prueba

formal de las actas de nacimiento ni de la posesión notoria de estado. El punto preciso es la demostración de una cohabitación fecunda en el momento de la gestación, lo cual implica dos planos: demostrar la imposibilidad de la cohabitación del marido, en el caso de hijos extramatrimoniales o la posibilidad del propio marido en el caso de hijos matrimoniales; y, en segundo lugar, en el plano de la causalidad, es decir, que dicha cohabitación se realizó en el período de la concepción.

En nuestra legislación, según el artículo 72 del Código de Familia: "La paternidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio sólo puede ser impugnada por el marido personalmente o por el apoderado especialísimo y muerto o declarado ausente el marido, por sus herederos en los casos previstos en el artículo 74, excepto lo dicho en el artículo anterior". El artículo anterior, como se recordará, se refiere a que se tendrán como habidos fuera del matrimonio a los hijos nacidos después de 300 días de la separación de hecho de los cónyuges, y sin posesión notoria de estado por parte del propio marido.

De igual forma se expresa el artículo 75, ya citado, pero que por su importancia conviene revisar: "El hijo nacido después de 300 días de la disolución del matrimonio, o de la separación de los cónyuges judicialmente decretada o de la declaratoria de ausencia del marido, se tendrá como habido fuera del matrimonio, salvo prueba en contrario".

También el citado artículo 72 del Código de Familia se refiere al caso de la curatela y dice: "El curador, en los casos de incapacidad mental prolongada o incurable del marido, podrá ejercer la acción de impugnación, previo estudio médico legal en donde quede establecido el estado mental del marido". Este artículo además se refiere al hecho también estudiado aparte de la inseminación artificial. De forma taxativa, y sin miramientos de índole moral o biológica, el Código de Familia resuelve un complejo problema de la fecundación de nuestra época.

En los artículos 73 y 74 inicia la descripción del proceso adecuado y sus consecuencias. Esto debe verse con cierto detalle.

Comencemos por lo referente a la acción del marido; ello se encuentra en el artículo 73: "La acción del marido para impugnar la paternidad podrá intentarse en cualquier tiempo y deberá plantearse en la vía ordinaria. Se exceptúa el caso en que el hijo estuviese en posesión notoria de estado, en cuyo supuesto la acción deberá intentarse al año siguiente a la fecha en que el marido tuvo conocimiento de los hechos que le sirven de fundamento para la impugnación. Este plazo no corre contra marido incapaz mental que careciere de curador". Por vía ordinaria es decir, Tribunal de Familia. El reconocimiento es incidental. Por supuesto que deberá aportar las pruebas correspondientes.

Pero en el caso de que hubiere defunción del marido el procedimiento es, por supuesto, distinto. (Artículo 74).

En estos artículos se nota claramente la intención de la legislación de proteger al niño de cualquier eventual problema. Más clara se puede ver esta intención en el artículo 76 del Código de Familia en el cual se defiende el concepto de *imprescriptibilidad*, el cual puede ser entendido como la calidad de la conservación de la vigencia jurídica permanente. En efecto, el artículo 76 dice: "El derecho de los hijos de vindicar el estado que les pertenece es imprescriptible. Por muerte de los hijos ese derecho pasa a los nietos, y respecto a ellos también es imprescriptible". La consecuencia lógica es la siguiente: "Los herederos de los hijos o de los nietos en su caso, pueden continuar las acciones de vindicación pertinentes; y solamente podrán comenzarlas en caso de que el hijo o nieto falleciere antes de llegar a la mayoría, o si al entrar en ella estuviere incapacitado mentalmente y muriese en ese estado. La acción de los herederos prescribe en cuatro años, contados desde la muerte del hijo o nieto".

El último punto sobre los hijos de matrimonio que vale la pena destacar se refiere al concepto de *transacción*. En este tema, nuestro Código es consecuente con lo manifestado desde el principio (Artículos 1, 2 del Código de Familia) de protección de los hijos y del matrimonio. El artículo 78 afirma de forma muy clara que "Sobre la filiación no puede haber transacción ni compromiso en árbitros, pero puede haber transacción o arbitramento sobre los derechos pecuniarios que de la filiación legalmente declarada pudiera producirse, sin que las concesiones que se hagan al que se dice hijo, importen la adquisición de ese estado ni las que haga éste importen renuncia de su filiación". Debido a lo delicado de las situaciones que se pudieran presentar el Código agrega: "La transacción o el compromiso tratándose de menores de edad u otros incapaces, requieren aprobación del Tribunal". De nuevo se puede apreciar la búsqueda de un equilibrio entre una normativa rígida y la función mediadora del Tribunal.

Los sistemas de impugnación sirven de interesante criterio para establecer una clasificación en el derecho comparado.

A. Sistemas negativos

En primer lugar tendríamos aquellas legislaciones u ordenamientos que no tienen normas especiales sobre la impugnación. En consecuencia, no dictan normas sobre la paternidad del marido. Siguen este sistema el Common Law inglés y norteamericano, la legislación rusa, la japonesa, etc.

B. Sistemas abiertos

Corresponden a los sistemas jurídicos que establecen que "el hijo es ilegítimo cuando se pruebe que el marido no es, o no podría ser el padre, o que

es manifiestamente imposible que sea padre el hijo impugnado". (Rivero Hernández, p. 422). Ejemplos de ello son los sistemas de Alemania, Suiza, Grecia, etc.

C. Sistemas cerrados

Se llaman cerrados porque el mismo sistema de derecho determina los casos posibles y las vías de la impugnación. "La impugnación de la paternidad presunta del marido sólo es posible, en las legislaciones que siguen este sistema, en los casos legalmente previstos, y sólo prosperará probando los hechos y circunstancias también indicados por la ley. Es cerrado en cuanto que las hipótesis en que cabe la impugnación están citadas con criterio de "numerus clausus": al margen de ellas no es posible la declaración de no paternidad marital. (Ibid., p. 424). Son los casos de los países derivados del Derecho romano. Entre ellos, Francia, Costa Rica, y casi todos los países latinoamericanos. (Fernández Clérigo, pp. 183-185).

D. Sistema cerradísimo

En este sistema solo cabe una prueba contra la presunción de paternidad legítima: la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que hubiesen precedido al nacimiento del hijo. Así lo estipula el Código Civil español.

En el caso de hijos habidos fuera del matrimonio o de los adquiridos por subsiguiente matrimonio de los padres el proceso de impugnación es algo diferente. Esto se verá a continuación.

VI. FILIACION DE LOS HIJOS ADQUIRIDOS POR SUBSIGUIENTE MATRIMONIO DE LOS PADRES E HIJOS HABIDOS FUERA DEL MATRIMONIO

En estos casos, los problemas son pocos, aunque no menos importantes. Nuestro Código de Familia dedica tres artículos a ello. En el artículo 81 establece el principio general: "Los hijos procreados por los mismos padres antes del matrimonio, contraído éste, se tendrán como hijos de matrimonio". También indica la formalidad para realizarla: la manifestación correspondiente podrá hacerla el padre o los progenitores conjuntamente en testamento, en escritura pública, por medio de acta levantada ante el Patronato Nacional de la

Infancia, por escrito dirigido al Registro Civil, o ante funcionario que celebre la boda en la solicitud para contraer matrimonio o en el momento de la ceremonia. A falta de manifestación a que se refiere el párrafo anterior, la legitimación requerirá declaración del Tribunal". De nuevo la legislación costarricense establece la regulación enumerativa y deja la posibilidad abierta a la intervención discrecional del Tribunal.

Es muy importante lo que establece el artículo siguiente: "Si el matrimonio a que alude el artículo anterior fuere declarado nulo, los hijos mantendrán su condición de matrimoniales". (Artículo 82 Código de Familia). Y por último, se establece el plazo de entrada en vigencia de tal calidad: "La calidad de hijo adquirida de conformidad con el artículo 81, surte efecto desde el día de la concepción y aprovecha aun a los descendientes de los hijos muertos al tiempo de la celebración del mismo".

Más complejo es el caso de los hijos extramatrimoniales. En un primer artículo, el 84, se extiende largamente sobre el particular. El principio general es el siguiente: "Pueden ser reconocidos por sus padres todos los hijos habidos fuera del matrimonio, cuya paternidad no conste en el Registro Civil. Igualmente, pueden ser reconocidos los hijos por nacer y los muertos". Posteriormente se va a dedicar a explicar lo referente a la impugnación en este caso. Así dice: "Dentro de un juicio de impugnación de paternidad puede reconocerse al hijo aún protegido por la presunción de paternidad del artículo 69 (presunción de acuerdo a término), o cuya paternidad conste en el Registro Civil, pero tal reconocimiento tendrá efecto solamente cuando sea declarada con lugar la impugnación". Más adelante en el 86 va a aclarar este punto afirmando que: "el reconocimiento podrá ser impugnado por el reconocido o por quien tenga interés, cuando ha sido hecho mediante falsedad o error. La acción del hijo no será admisible después de dos años contados desde la mayoría de edad, si antes tuvo noticias del reconocimiento y de la falsedad o error, o desde que las tuvo si estos hechos fueran posteriores. En el caso de tercero interesado, la acción sólo puede ser ejercida durante la minoridad del reconocido". (Artículo 86).

Existe la posibilidad siguiente, según el artículo 84: "también podrá reconocerse al hijo cuando la madre esté ligada en matrimonio, pero, para que surta los efectos legales consiguientes, es necesario que la concepción se haya efectuado durante la separación de los cónyuges; que el hijo no esté en posesión notoria de estado por parte del marido y que el reconocimiento haya sido autorizado por resolución judicial firme". Y a continuación indica el procedimiento requerido ante el Tribunal. (Art. 84) El artículo 85 se refiere al reconocimiento en relación con los padres, quienes, "podrán reconocerlo de común acuerdo o separadamente. Cuando el reconocimiento lo hiciere la madre, no podrá revelar el nombre de la persona con quien tuvo el hijo, lo mismo que expresar cualquier circunstancia mediante la cual pudiera ser identificada".

Los cuatro artículos siguientes establecen precisiones mucho más puntuales. Así el artículo 87 declara la irrevocabilidad del reconocimiento y la imposibilidad de que éste sea contestado por los herederos de quien lo hizo.

El artículo 88 establece que el hijo mayor de edad debe dar su consentimiento para el reconocimiento. Pero en el caso de que hubiere habido falsedad o error, lo puede impugnar dentro de los dos años siguientes después de conocidas las circunstancias.

En el artículo 89 las fuentes del reconocimiento, que son las siguientes: testamento, escritura pública, acta ante funcionario autorizado del Patronato Nacional de la Infancia o del Registro Civil. Es importante tener presente que el reconocimiento "no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento o se deje sin efecto la respectiva escritura". (Artículo 89). Y por último, estipula que "no se admitirá ningún reconocimiento cuando el hijo tenga ya una filiación establecida por la posesión notoria de estado". (Artículo 90). Como es sabido, el artículo 157 del Código de Familia establece la igualdad de derechos de alimentos para los hijos extramatrimoniales (Artículo 157).

Con ello se ha avanzado de manera notoria sobre las legislaciones más tradicionales.

VIII. DECLARACION DE PATERNIDAD Y MATERNIDAD

En parte ya se han visto algunos aspectos sobre el tema. Sin embargo, debido a su importancia, el Código de Familia establece un capítulo, el quinto, de forma especial sobre el mismo.

En primer lugar conviene definir lo que se entiende por reconocimiento, el mismo es un acto formal o declaración jurídica de la paternidad o maternidad natural: puede ser voluntario cuando procede de la confesión espontánea de los progenitores: o reconocimiento forzoso si es el resultado de la prueba en juicio. (Cabanellas, *op. cit.*, Tomo VII. Sv. Reconocimiento de hijos naturales).

El reconocimiento es firme e irrevocable; es un derecho de los padres o del hijo extramatrimonial, y, además, es unilateral. En general, tiene los siguientes efectos: derecho de llevar los apellidos del reconocedor; a los alimentos estipulados por la ley; estar sometido a la patria potestad si es menor; a derechos sucesorios según la ley, etc. Se puede adelantar y decir que el artículo 97 establece, precisamente que "por el reconocimiento o declaración de paternidad o maternidad, el hijo entra jurídicamente a formar parte de las familias consanguíneas de sus progenitores, para todo efecto".

También aquí, como en los otros capítulos el Código de Familia comienza por enunciar un principio general, en este caso en el artículo 91, que dice: "Es permitido al hijo y a sus descendientes investigar la paternidad y la maternidad".

Los artículos siguientes establecen, vía factual, criterios específicos para determinar la calidad de paternidad o maternidad. El artículo 92 afirma: "La calidad de padre o madre se puede establecer mediante la posesión notoria de estado del hijo por parte del presunto padre o madre, o por cualquier medio de prueba". Nótese bien la amplitud de este último enunciado que permite la amplia diversidad de "cualquier medio de prueba". El artículo 93 define el concepto de posesión notoria de estado, el cual ya ha sido comentado.

También es importante recalcar que del hijo por nacer se puede hacer la investigación de paternidad. (Artículo 94). Aquí los medios de prueba mencionados con anterioridad desempeñan un importante papel. Esto queda más claro en el artículo 98 del Código de Familia que dice: "En todo juicio de investigación de impugnación de paternidad, es admisible la prueba de los grupos sanguíneos y otros marcadores genéticos, con el objeto de probar la no paternidad y siempre que ésta sea evacuada por el Organismo de Investigación Judicial de la Corte Suprema de Justicia". Este artículo establece la importancia de esta prueba al agregar lo siguiente: "La parte que sin fundamento razonable se niegue a someterse a la práctica de esa prueba dispuesta por el Tribunal, podrá ser tenida como procedimiento con malicia. Además, esa circunstancia podrá ser tenida como indicio de la veracidad de lo que se pretende demostrar con dicha prueba".

El artículo 95 establece los plazos adecuados: "la investigación de paternidad o maternidad, tratándose de hijos mayores, podrá intentarse en cualquier momento en vida del padre o madre o a más tardar dentro del año siguiente a su fallecimiento. Si el padre o madre falleciere durante la minoridad del hijo, podrá intentarse la acción, aun después de su muerte con tal de que se ejercite antes de que el hijo haya cumplido veinticinco años. Sin embargo, en el caso de que el hijo encuentre un documento escrito o firmado por el padre o madre en el cual éste o éstas expresen su paternidad o maternidad, podrá establecer su acción dentro de los dos años siguientes a la aparición del documento, si esto ocurriere después de vencidos los términos indicados".

En el artículo siguiente la preocupación será de otra naturaleza, pues ahora no interesan los plazos sino lo correspondiente a gastos y alimentos disponiendo, como se sabe que: Cuando el Tribunal acoja la acción de declaración de paternidad podrá en la sentencia condenar al padre o reembolsar a la madre según principios de equidad, los gastos de maternidad y los alimentos del hijo durante los tres meses que han seguido al nacimiento". Evidentemente, este artículo está en relación directa con el Artículo 156 y 159 que establecen los criterios relacionados a los alimentos.

VIII. CONCLUSION

En síntesis, se puede afirmar que el Código de Familia es muy cuidadoso en el tratamiento del tema, precisamente para evitar cualquier supuesta discri-

minación. Al Código de Familia le interesa salvaguardar la integridad del hijo, como ser humano, así como de la relación familiar. En este sentido, el Código de Familia de Costa Rica se inscribe dentro de los más modernos tanto en su lenguaje (no se habla ya de legítimos e ilegítimos, etc.) como en su propia concepción doctrinal carácter igualitario. La referencia, aunque breve a diversos sistemas jurídicos y a las tipologías correspondientes al *Título II: Paternidad y Filiación*, existe una búsqueda de un equilibrio, quizás no siempre logrado, entre el sistema rígido clásico y derivado del Derecho romano, y de los más flexibles que introducen criterios de naturaleza científica y social diferentes. Por eso a la par de las enumeraciones determinativas suele aparecer la oportuna posibilidad de la intervención discrecional de los Tribunales.

Especialmente las tipologías que clasifican al tipo de filiación, la de la presunción de la concepción y la referente a la impugnación, constituyen adecuados parámetros para observar con óptica comparativa la ubicación del sistema costarricense dentro del conjunto del Derecho comparado.

IX. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- Brenes Córdoba, Alberto. *Tratado de las personas*. San José, Imprenta Trejos Hermanos. 1925.
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Buenos Aires, Heliasta, S.R.L. Voces: filiación, adopción, paternidad, maternidad, posesión de estado, legitimación, etc. 1989.
- Cámara, M. de la. *Reflexiones sobre la filiación ilegítima en Derecho comparado*. Madrid. Tecnos. 1989.
- Coviello, Nicolás. *Doctrina general del Derecho civil*. México, Unión Tipográfica Hispanoamericana. 1949.
- Fernández, Clérigo, L. *El derecho de familia en la legislación comparada*. México. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana. 1947.
- Gutiérrez, Carlos J. *El Proyecto de Código de Familia: antecedentes, bases y principios*. Revista de Ciencias Jurídicas. San José, N° 16. 1970.
- Lete del Rfo, José M. *Derecho de la persona*. Madrid, Tecnos. 1986.
- Mazzinghi, J. A. *Derecho de familia*. Tomo III. Buenos Aires, Abeledo-Perrot. 1981.
- Pérez Vargas, V. *Derecho de familia*. San José. Duplicadoras de Costa Rica, S.A. 1991.

Rivero Hernández, Francisco. *La presunción de paternidad legítima. Estudio de Derecho comparado y Derecho español*. Madrid, Tecnos. 1971.

República de Costa Rica. *Código Civil*. Ley del 19 de abril de 1885. (Entró en vigencia el 1° de enero de 1888). Reformado por Ley N° 7020 del 6 de enero de 1986.

República de Costa Rica. *Código de Familia*. Ley N° 5476 del 21 de diciembre de 1973. (Publicado en el Alcance N° 20 de La Gaceta N° 24, 5 de febrero de 1974). Entró en vigencia seis meses después.

Rossell Saavedra, Enrique. *Manual de derecho de familia*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1992.

Trejos, Gerardo. *Derecho de familia costarricense*. Tomo I. San José. Juricentro. 1990.

EL DESACATO

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez^(*)

Catedrático Investigador del
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Profesor de Derecho Administrativo;
y, de Derecho Económico Internacional

En realidad, no es el legislador quien mata, sino el juez; la disposición judicial, no la legislativa.

Salvatore Satta^()*

Soliloqui e colloqui di un giurista

(*) Fax (506) 234-2723.

(*) En *Puertas abiertas* de Leonardo Sciascia (Barcelona: Tusquets, p. 7, 1989).