

Congreso Jurídico Nacional 1975

PROGRAMA DE SESIONES PLENARIAS

MIERCOLES 10

- 10 a. m.—Igualdad ante la ley.
- 16 a 17 horas.—Sucesiones radicadas ante notario.
- 17 a 18 horas.—Responsabilidad médica.

JUEVES 11

- 10 a. m.—Protección de los derechos humanos en la nueva legislación procesal penal.
- 16 horas.—Reforma de la sociedad anónima.

VIERNES 12

- 10 a. m. Las cargas procesales en lo contencioso administrativo.
- 17 horas.—Sesión de clausura.

Viernes 12 de Setiembre

PROGRAMA DE LA SESION DE CLAUSURA

- a) Informe del señor Presidente del Comité Organizador sobre Acuerdos, Recomendaciones y Resoluciones.
- b) Entrega del Premio "Alberto Brenes Córdoba".
- c) Entrega de certificados de participación.
- d) Discurso del Lic. Fernando Coto Albán, Presidente de la Corte Suprema de Justicia.
- e) Clausura.
- f) Brindis.

PONENCIA

Propósito: La Ley de...

CONSIDERAND

COMISION

"IGUALDAD ANTE LA LEY"



PONENCIA

Ponente: *Lic. Manuel E. Ventura Robles*

CONSIDERANDO:

Aprobado en Sesión Plenaria de 10 horas del 10 de setiembre de 1975.

- 1) Que pese a que el primer párrafo del artículo 106 de la Constitución Política establece que los diputados serán elegidos por provincias, existe una geografía electoral cantonal a nivel legislativo, de acuerdo con la cual solamente ciertas áreas geográficas eligen representantes.
- 2) Que este sistema es antidemocrático ya que discrimina, al no permitir que gran parte de la población de Costa Rica tenga representante en el Poder Legislativo por la razón de habitar en zonas poco pobladas. Paralelamente otro sector de la población resulta hiper-representado por habitar cantones que eligen un número de diputados desproporcionado a su población.
- 3) Que debe garantizarse representación efectiva a todos los ciudadanos sin que esto disminuya la permanencia en la Asamblea Legislativa de los grupos minoritarios significativos.
- 4) Que además debe asegurarse que el sistema de representación no conduzca a un deterioro de la calidad de la Asamblea Legislativa y que a la vez logre revitalizar la vida democrática del país.

ACUERDA:

Recomendar que un grupo de diputados sea elegido mediante el sistema de distrito o circunscripción electoral unipersonal, y otro mediante una papeleta de carácter nacional. Los primeros serían designados mediante escrutinio mayoritario; los segundos mediante escrutinio proporcional.

PONENCIA

Ponentes: Lcdas.:

Violeta Madrigal
Marta Eugenia Salazar
Olga Nidia Fallas

Aprobado en Sesión Plenaria de 10 horas del 10 de setiembre de 1975.

POR LO TANTO:

El Congreso Jurídico Nacional acuerda:

- 1) Instar a los Partidos Políticos mediante comunicación escrita a su respectivo directorio para que en consonancia con el principio de igualdad establecido en nuestra Constitución Política, nombren para el cargo de Diputados y Munícipes, en puestos efectivamente electivos un porcentaje semejante de hombres y mujeres. Considerando en ambos casos la capacidad de los candidatos a efecto de que redunde en una efectiva labor nacional.
- 2) Instarlos, en igual forma, a incluir en sus programas políticos la participación de la mujer en las Directivas de las Instituciones autónomas del país.
- 3) Pedir al señor Presidente de la República y al Consejo de Gobierno:
 - a) Que, en los futuros nombramientos de las Juntas Directivas de las Instituciones autónomas designen mujeres para ocupar esos cargos.
 - b) Que se dé prioridad en este sentido a los nombramientos que se hagan en las Instituciones Autónomas que actualmente no cuentan con ninguna mujer en sus Directivas.

*
* *

LA LEGISLACION DE FAMILIA ANTES, AHORA Y LO QUE FALTA

PONENCIA

Ponente: *Lic. Carlos José Gutiérrez*

Aprobada en Sesión Plenaria de 10 horas del 10 de setiembre de 1975.

CONSIDERANDO:

I.—Que con la Ley N° 5476 de 21 de diciembre de 1973, Código de Familia, se produjo un cambio sustancial en la Legislación

que regula las materias de matrimonio, patria potestad, tutela y curatela.

II.—Que el cambio realizado en la Legislación sustantiva no ha sido completada con la modificación correspondiente de la legislación procesal pertinente manteniéndose vigente una serie de disposiciones en lo administrativo y en lo judicial que no guardan relación con las nuevas disposiciones sustantivas.

III.—Que en la concepción original de la Comisión Redactora del Código de Familia, la parte aprobada por la Ley 5476 era sólo el Libro I del proyecto, que debía completarse con un Libro II dedicado al procedimiento administrativo y un Libro III referente al procedimiento judicial, en materia de familia.

IV.—Que habiendo dado el país el paso más importante y difícil en esta materia al modernizar las normas sustantivas, no debe posponerse la realización de un proceso similar en las procesales.

SE ACUERDA:

Instar a la Corte Suprema de Justicia, la Asamblea Legislativa, el Poder Ejecutivo y el Patronato Nacional de la Infancia para que constituyan una comisión que redacte un anteproyecto de las normas que deben regir el procedimiento administrativo y judicial en materia de familia.

Ofrecer la colaboración del Colegio de Abogados para la realización de esas tareas.

*
* *

PONENCIA

Ponente: Patronato Nacional de la Infancia

Aprobada en sesión de 10 hrs. del 10 de setiembre 1975.

Se propone y se aprueba, recomendar a la Asamblea Legislativa sustituir el texto actual del artículo 111 del Código de Familia vigente, por el siguiente:

“Artículo 111.—El adoptado usará los apellidos del adoptante.

En el caso de adopción conjunta, usará como primer apellido el primero del adoptante y como segundo, el primer apellido de la adoptante.

En caso de que un consorte adoptare al hijo de su cónyuge, el adoptado usará como primer apellido el primer apellido del adoptante o padre consanguíneo y como segundo apellido el primer apellido de la madre consanguínea o adoptiva. Si el Tribunal lo autorizare, podrá en la misma escritura cambiarse el nombre de pila del adoptado”.

*
* *

PONENCIA

Ponente: Patronato Nacional de la Infancia

Aprobada en sesión de 10 hrs. del 10 de setiembre 1975.

Se propone y se aprueba, recomendar a la Asamblea Legislativa modificar el texto actual del artículo 126 del Código de Familia vigente, a fin de que se le permita al adoptado, dentro de los dos años siguientes a su mayoría de edad, impugnar su adopción, por las causales y el procedimiento que deben indicarse expresamente en la ley.

Ofrecer la colaboración del Colegio de Abogados en la redacción definitiva del texto del artículo.

*
* *

PONENCIA

Ponente: Patronato Nacional de la Infancia

Aprobada en sesión de 10 hrs. del 10 de setiembre 1975.

Se propone y se aprueba, recomendar a la Asamblea Legislativa modificar el texto actual del primer párrafo del artículo 138 del Código de Familia adicionándole que quienes pueden acudir al Tribunal en caso de conflicto entre los padres que ejercen la patria potestad, sean únicamente los padres y el Patronato, en armonía con lo que dispone el artículo 139 siguiente del mismo Código.

*
* *

PONENCIA

Ponente: Patronato Nacional de la Infancia

Aprobada en sesión de 10 hrs. del 10 de setiembre 1975.

Se propone y se aprueba, recomendar a la Asamblea Legislativa modificar el texto actual del primer párrafo del artículo 142 del Código de Familia vigente, sustituyéndolo por el siguiente:

“La madre ejerce la Patria potestad sobre los hijos nacidos fuera de matrimonio, aun siendo menor de edad, y tendrá plena personería jurídica para esos efectos”.

*
* *

PONENCIA

Ponente: Patronato Nacional de la Infancia

Aprobada en sesión de 10 hrs. del 10 de setiembre 1975.

Se propone y se aprueba, recomendar a la Asamblea Legislativa incluir en el Capítulo IV del Título III (“De la Autoridad Parental o Patria Potestad”) del Código de Familia vigente, un artículo cuyo texto sea el siguiente:

“La declaratoria de abandono hecha por el Patronato Nacional de la Infancia también suspende la patria potestad, sin perjuicio de la posibilidad de impugnación ante el Tribunal”.

*
* *

PONENCIA

Ponente: Patronato Nacional de la Infancia

Aprobada en sesión de 10 hrs. del 10 de setiembre 1975.

Se propone y se aprueba, recomendar a la Asamblea Legislativa adicionar el texto del artículo 146 del Código de Familia vigente, con el siguiente párrafo:

“Los funcionarios tanto judiciales como administrativos que suspendan en sus resoluciones la autoridad parental, deberán comunicarlo mediante oficio al Registro Civil para su anotación marginal, limitando tal comunicación a lo relativo a esa suspensión”.

*
* *
PONENCIA

Ponente: Patronato Nacional de la Infancia

Aprobada en sesión de 10 hrs. del 10 de setiembre 1975.

Se propone y se aprueba, recomendar a la Asamblea Legislativa adicionar el texto del artículo 152 del Código de Familia vigente, con el siguiente párrafo:

“Aun siendo mayor de 60 años, la persona queda obligada al pago y sujeta a las sanciones correspondientes en caso de incumplimiento”.

*
* *
PONENCIA

Ponente: Patronato Nacional de la Infancia

Aprobada en sesión de 10 hrs. del 10 de setiembre 1975.

Se propone y se aprueba, recomendar a la Asamblea Legislativa reformar el texto de los artículos 42, 43, 44, 45, 46 y 47 del Código de Familia vigente, sustituyéndolos por nuevas disposiciones que regulen el establecimiento de un patrimonio familiar forzoso, no voluntario.

Este patrimonio estaría constituido por el inmueble destinado a habitación familiar y las normas correspondientes determinarían todo lo relativo a la constitución, modificación y extinción de un verdadero patrimonio familiar.

Ofrecer a la Asamblea la colaboración del Colegio de Abogados en la redacción del proyecto de ley respectivo.

LA LEGISLACION DE FAMILIA ANTES, AHORA Y LO QUE FALTA

Lic. Carlos José Gutiérrez



Cualquier discusión que se plantee respecto al Código de Familia como sobre cualquier cuerpo legal, debe ubicarla en su contexto histórico, estudiar sus antecedentes y el proceso de su creación.

Ello supone comenzar en el Código Civil. Los fundamentos de éste, como los de todos los Códigos Civiles latinoamericanos promulgados en el siglo pasado, se encuentran en el Código Civil francés de 1808. Además, el costarricense tiene un vínculo mucho más directo con el proyecto de Código Civil español, que se promulgó después del nuestro. Se incorporaron al Código, a la Ley Hipotecaria de 1865 y la de Sucesiones de 1881, y se siguió en muchos aspectos el *Cour de Droit Français de Aubry y Rau*⁽¹⁾. En materia de familia, si se toma en cuenta que se promulgaba a finales del siglo XIX y en un país latinoamericano, fue bastante avanzado. Reconoció plena capacidad jurídica a la mujer casada, autorizándole la libre administración de sus bienes, y consagró la posibilidad de decretar el divorcio con disolución del vínculo, instituciones éstas que le han costado muchos años alcanzar a otros países de nuestro Hemisferio y aún a algunos europeos, que se han desarrollado dentro del modelo de familia burguesa y católica adoptado por Costa Rica. Pero, fiel a los criterios individuales y de privilegio masculino imperantes, restringió las acciones de investigación de paternidad para los hijos adulterinos, sujetó el mantenimiento o pérdida de la potestad a la culpabilidad del cónyuge que hubiera dado origen a la acción de divorcio o separación de cuerpos, estableció causales diferenciales de divorcio para hombre y mujer, colocó a los hijos naturales en situación de ciudadanos de segunda clase e impidió a las mujeres el ejercicio de la tutela.

El Código Civil se unió en la mente de los costarricenses y en especial en la de sus abogados, con los tres libros que Alberto Brenes Córdoba dedicó a su comentario. En 1906 apareció el *Tratado de los Bienes*, en 1922, el *Tratado de las Obligaciones y Contratos*, y en 1924 el *Tratado de las Personas*. El haber sido su autor Magistrado de la Sala de Casación y profesor de Derecho Civil en la única

(1) GUIER, Jorge Enrique: *Historia del Derecho* (Editorial Costa Rica, San José, 1968) tomo II, p. 1.205-06.

Escuela de Derecho del país, la erudición y solidez de la investigación que sirvió de base a sus obras, y, sobre todo, la claridad, sencillez y precisión de su lenguaje, explican en parte que dichas obras hayan servido por tantos años de pivote doctrinario central del sistema jurídico costarricense.

Hay desde luego otras cosas que contribuyeron a esa situación de privilegio. Los grandes hombres de su generación, bajo el nombre de El Olimpo, o del 88, inspiraron a los costarricenses de las décadas siguientes una admiración tan generalizada que hizo perdurar la fuerza de la leyenda, más allá de la época en que realmente fueron los profetas de un mundo nuevo y los conductores de la vida actual. Además, pocos abogados de su generación y de las dos siguientes tuvieron oportunidad de dedicarse a la investigación y estudio. Era difícil entonces que alguien pudiera pasar de la judicatura a una posición como la de Director de Bibliotecas, que le permitiera ser escritor y profesor de tiempo casi completo. Los catedráticos de planta no aparecerían en las disciplinas jurídicas sino a finales de la década de los cincuenta.

Por otra parte, esa permanencia del Código Civil y de la obra de Brenes Córdoba tiene bastante de ilusoria. Cuando aparecieron, el Derecho Civil todavía ocupaba el centro de la preocupación científica y de la aplicación jurisdiccional. Después de las tres primeras décadas de este siglo, comenzó, sin embargo, a sufrir el desgajamiento de una serie de ramas, todas ansiosas de autonomía y que atrajeron por su novedad el interés de los juristas de las promociones siguientes. De ahí que, mientras el Código apenas si se completaba con la eliminación de las opiniones más evidentes, como la Ley de Adopción de 1934, aparecían leyes en materia de propiedad pública (como la de Aguas, la de Terrenos Baldíos), de contratos (como de la Ley de Sociedades), de garantías (como la ley de Contrato de Prenda), de intervención administrativa en las actividades familiares (como la creación del Patronato Nacional de la Infancia); se creaban nuevas disciplinas (como el Derecho Laboral que sustituía el contrato de arrendamiento de servicios) y se limitaba la utilización de principios civilistas al derecho público. El Código Civil permanecía vigente pero su campo de aplicación se hacía cada vez menor.

En el campo científico, el interés de los estudiosos del derecho iba ahora cada vez con mayor fuerza hacia el Comercial, el Constitucional, el Administrativo, el Procesal y el Laboral. El Derecho Civil no perdía su prestigio pero su campo cada vez más limitado y sus centenarios principios, cuidadosamente elaborados, se llenaban de excepciones, y ejercían una menor atracción sobre los juristas, que preferían ahondar en otros campos, donde además, no se tenía la desventaja de luchar contra obras como las de Brenes Córdoba, que, por su perdurabilidad, habían adquirido una dimensión mítica.

El proceso de desgajamiento de la unidad central del Derecho Civil, le tenía que llegar la hora el antiguo Libro I, De las Personas. Su presencia en el Código tenía explicaciones históricas y económicas.

Estaba en los códigos civiles latinoamericanos porque había estado en el Código de Napoleón; se incluyó en éste porque había estado también en el Corpus Juris Civilis de Justiniano. Se incluía el tratamiento de la familia entre la regulación de las obligaciones reales y personales, porque la familia era una unidad de producción y consumo. En las naciones desarrolladas, la revolución industrial adjudicó la primera de esas tareas a la empresa, pero la tradición y la realidad de una etapa pre-industrial, le mantuvieron el mismo lugar en la consideración y tratamiento como institución jurídica, en países como Costa Rica.

El ataque al modelo de familia adoptado por el Código Civil se inició en 1949. La Constitución Política aprobada ese año, producto de una Asamblea con mayoría conservadora, tuvo algunos chispazos de innovación, varios de los cuales correspondieron al campo del Derecho de Familia. Se consiguió el principio de igualdad de los cónyuges dentro del matrimonio (artículo 52), el derecho de toda persona a saber quiénes son sus padres (artículo 54), la prohibición de calificar la filiación (artículo 94) y el señalarle al Estado el deber de proteger a la familia y, en especial, a la madre y los menores (artículos 51 y 55).

Los cambios constitucionales hacían imperativa una revisión integral del Libro I del Código Civil y de sus leyes conexas. Pero las conquistas logradas en la Constitución Política no tuvieron suficiente eco en la Asamblea Legislativa. La Revolución de 1948 había sido fundamentalmente política y en lo político se creó un nuevo modelo de gobierno, dentro del cual se incluyó el otorgamiento de los derechos de elegir y ser electas para las mujeres. Pero no había en los órganos del Estado una voluntad clara de avanzar en Derecho de Familia. Los cambios introducidos al Código Civil para adecuarlo a la Constitución se hicieron por Ley N° 1443 de 21 de mayo de 1952, y tuvieron una finalidad puramente cosmética. Se redujo el número de desigualdades existentes entre los cónyuges, pero no se hizo nada por realizar plenamente el principio de igualdad entre ellos; se sustituyó la expresión "hijos naturales" por la de "hijos extramatrimoniales" pero, con base en la expresión final del artículo 53 de la Constitución, "conforme a la ley", se mantuvo la vigencia de todas las prohibiciones anteriores sobre la investigación de paternidad. La tarea de revisión amplia y detallada de la legislación familiar se dejó para una ocasión posterior.

Dicha negativa debe verse en buena parte como reflejo de la situación social de la época. Basta con señalar que la participación femenina en la población económicamente activa era de solo un 15.4% en el Censo de 1950, para pensar que el postulado de igualdad entre los sexos lucía entonces más remoto. Por otra parte, ante esa primera Asamblea Legislativa se aparecían como inmediatas y urgentes una serie de tareas políticas que cumplir, de reacción contra el gobierno de 1940-1949 y de reacción también contra la Junta de Gobierno de 1948-1949. Había que crear instituciones nuevas

como la Contraloría General de la República y el Banco Central. Había también, por otra parte, después de una guerra civil y dos años de aceleración del proceso de cambio, intereses en volver a tomar la actividad social con mayor lentitud y disfrutar de la prosperidad que proporcionaba un alza en los precios del café.

En el cambio en la legislación familiar tardó veinticinco años en llegar. Veinticinco años es el espacio de tiempo que cubre un cambio de generación. Puede entonces decirse que se necesitó el tránsito de una generación a otra para que el cambio pudiera ponerse en movimiento.

El período 1966-1970 planteó una serie de tensiones e interrogantes sobre las relaciones entre el Poder Ejecutivo y la Asamblea Legislativa. El Presidente de la República y la mayoría de la Asamblea pertenecían a agrupaciones políticas y líneas ideológicas diferentes, lo que les impidió ponerse de acuerdo en las materias de mayor importancia gubernativa. Discreparon en obtención de recursos, asignación de presupuestos, solución de conflictos laborales, división del campo económico entre el sector público y privado, y se agredieron mutuamente en el campo político. En forma casi paralela a sus grandes divergencias, como canalización positiva de sus esfuerzos, se enzarzaron en el nombramiento de comisiones que revisarían piezas fundamentales de la legislación. El Poder Ejecutivo decidió crear una para formular un proyecto de Ley General de la Administración Pública. Mientras tanto, la Asamblea creaba toda una serie de comisiones para ocuparse de legislación municipal, legislación penal, legislación laboral y legislación de familia. Algunos de los esfuerzos realizados tuvieron un éxito completo: el Código Penal, el de Procedimientos Penales y el Municipal fueron aprobados sin mayor esfuerzo, tan pronto estuvieron listos. La revisión que efectuara una de las comisiones permanentes de la Asamblea del Código Electoral, dada la necesidad constitucional de contar con la aprobación del Tribunal Supremo de Elecciones para convertirse en ley con mayoría simple, apenas si tuvo éxito en algunos de sus postulados que tiempo después se transformaron en reformas legales. Otros como la Ley General de la Administración Pública recibieron dictamen, después de su estudio por una Comisión Legislativa, pero no han llegado todavía a ser aprobados. Finalmente, la revisión del Código de Trabajo no adquirió siquiera la forma de proyecto acabado, pese a que su comisión redactora continuó trabajando después de 1970.

Dentro de la gama de posibilidades y sistemas de elaboración de ese movimiento codificador, el proyecto de Código de Familia tuvo etapas verdaderamente interesantes. La idea de revisar la legislación sobre relaciones familiares surgió en un Seminario celebrado del 28 al 31 de marzo de 1966, bajo el patrocinio del Patronato Nacional de la Infancia, la Caja Costarricense de Seguro Social y el Ministerio de Trabajo. Una de las asistentes al Seminario, la Diputada Cecilia González de Penrod, llevó la inquietud a la Asamblea Legislativa. Esta, por Acuerdo N° 2 de 13 de noviembre de 1968

nombró una Comisión compuesta de expertos en la materia y de Diputados en ejercicio. Tuvieron el primer carácter los Licenciados Eladio Vargas Fernández, profesor de Derecho Civil, Luis Casafont Romero, representante del Patronato Nacional de la Infancia, Nury Vargas Aguilar de Montes de Oca, Directora de Bienestar Social, María Eugenia Vargas Solera, Juez Tutelar de Menores, y el Presbítero Alberto Izaguirre, Director de Defensa Social. Actuamos en nuestra condición de Diputados, doña Cecilia González Salazar de Penrod, doña Graciela Morales de Echeverría, don Noel Hernández Madrigal, don Alberto Delgado Bonilla y el que escribe, quien fue electo Presidente de la Comisión.

Por renuncia de la Lic. Vargas Solera se dio el carácter de miembro de la Comisión al Lic. Hernando Arias Gómez, quien fungía entonces como Secretario, y en su lugar se nombró para este último cargo a don Gerardo Trejos Salas. La Lic. Vargas Aguilar fue sustituida en dos ausencias suyas por las Licenciadas Grace Rojas Franco una vez y por la Licenciada Flory Saborío de Schmidt, la otra; el Diputado Delgado Bonilla fue sustituido por el Diputado Lindberg Quesada Alvarez y éste, a su vez fue reemplazado por el Legislador Ovidio Murillo Murillo.

Más importante que la comisión se compusiera de Diputados y expertos, fue el hecho de que cuatro de sus diez componentes fueran mujeres. La presencia de lo que un Diputado bautizó dentro de la jerga parlamentaria, como una "Bancada femenina", fue un aspecto de mucha importancia para el propósito señalado por la Comisión de desarrollar el principio de igualdad entre sexos, que tenía casi veinte años de estar consagrado en la Constitución.

Redactar una ley larga y complicada por una comisión heterogénea es una tarea sumamente lenta. Si se quiere rapidez es preferible encomendar esa labor a un único experto, que puede producir un proyecto de mayor precisión gramatical y contenido científico de esa manera, se pierde en representación balanceada de los criterios encontrados que puedan existir sobre la materia legislada. El ejercicio de la función de legislador en una sociedad democrática es siempre una labor de transacciones y compromisos, y redactar proyectos de ley es apenas la parte inicial de ella. Pero el proceso definitivo, la redacción de los capítulos que se dedican a las distintas instituciones, el pulimento y la coordinación de los textos se convierten en tarea sumamente prolongada.

No es de extrañar que la tarea de preparación del proyecto de Código de Familia se llevara de noviembre de 1968 a abril de 1970, dieciocho meses de labor, al final de los cuales se había completado tan sólo las normas sustantivas del Código. Las Partes II, Procedimientos Administrativos, y III, Procedimientos Judiciales, apenas fueron esbozadas en las discusiones de comisión y todavía esperan una redacción.

Como sistema de trabajo se intentó primero que los expertos prepararan observaciones al Libro I del Código Civil y se concibió la tarea como una revisión general de dicho Libro. Pero ambos cri-

terios fueron abandonados a los pocos meses de trabajo. En su lugar, se acordó discutir cada tema en reuniones de la Comisión, preparar luego un texto que acogiera la tesis que gozaba del favor de la mayoría, para realizar con posterioridad una segunda discusión sobre aspectos de forma. En la etapa inicial se incluyó, con bastante frecuencia, audiencias para escuchar el criterio de expertos en las materias no jurídicas con evidente relación con los temas. Así se oyeron psiquiatras sobre capacidad mental, ginecólogos sobre duración del embarazo, pediatras sobre tratamiento médico de los niños, sacerdotes sobre celebración del matrimonio.

La aceptación de la autonomía del Derecho de Familia y la decisión de redactar un Código nuevo y no una Reforma del Civil fue uno de los momentos cruciales de la tarea de la Comisión. Hubo para ello consideraciones de mantener un número igual de artículos al Libro I del Código Civil. Pero aceptó igualmente la Comisión Redactora el criterio de que el Derecho de Familia es una disciplina autónoma, en la cual el espíritu de lucro juega un papel secundario, y tienen mayor importancia 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.

Al llegar el 30 de abril de 1970 y terminar sus funciones la Asamblea Legislativa que la había nombrado, la Comisión nos designó al Secretario, y al Presidente para efectuar una revisión final del texto. Esa oportunidad fue aprovechada para incluir entre las reformas al Código Civil un capítulo sobre el nombre de las personas y otro sobre los derechos de la personalidad, que no habían sido discutidos por la Comisión Redactora.

La circunstancia de que el proyecto de Código de Familia fuera entregado a una Asamblea Legislativa distinta de la que había dispuesto y realizado su preparación es un factor que explica la tardanza sufrida luego para convertirse en Ley. Por un largo tiempo, las personas interesadas en la aprobación del Código tuvimos que trabajar desde fuera de la Asamblea Legislativa.

El primero de los pasos tomados tuvo lugar en el Congreso Jurídico Nacional de 1970. El Proyecto de Código constituyó uno de los temas y se conocieron siete ponencias que estudiaban los primeros ciento dieciséis artículos preparados por catorce abogados y un estudiante de Derecho. Se propusieron un total de setenta reformas, la mayor parte de cuestiones de detalle. En el plenario del Congreso la discusión se centró en dos aspectos: la posibilidad de que el Estado reconociera el matrimonio celebrado por otras religiones diferentes de la Católica, y la consideración del adulterio de cualquiera de los cónyuges como causal de divorcio. En el primero de sus puntos el Plenario aceptó la tesis del proyecto, acorde con el liberalismo predominante en materia religiosa. En cambio, en el segundo, la mayoría se inclinó por mantener el privilegio masculino de

que para los maridos la causal debía ser "concubinato escandaloso" y no adulterio (2). El Congreso hizo constar que consideraba "el pro-

- (2) La circunstancia de que no eran preocupaciones doctrinales sino la defensa de un privilegio masculino, lo que motivó la decisión del Plenario del Congreso puede verse en que el argumento de mayor éxito para la recomendación hecha fue el poema siguiente del Lic. Jesús Murillo que circuló ese día:

"Proyecto del nuevo Código Familiar"

Artículo 41.—Será motivo para decretar el divorcio:

- 1) El adulterio de cualquiera de los cónyuges...

MENSAJE DESESPERADO

Ah diantres! Esto es sal...!
Se han jalado una reforma
que todito lo transforma.
Qué bárbaros! qué causa!!
Eso es malo! qué tortota!
Ya no puede un maridillo
tener ratitos de pillo
o rebuscarse una "J".
El adulterio va a ser,
para colmar nuestros males,
igual en los tribunales
si es del hombre o la mujer...
Pero bendito sea Dios!
Cómo puede ser igual,
el olvido conyugal
que haga alguno de los dos...
Cualquier esposo decente,
que se "encuentre" un piloncito,
lo acepta inmediatamente.
Pasa una hora placentera,
y sin que esto a nadie asombre
puede que ignore hasta el nombre
de su fugaz compañera...!
Pero a pesar de que goza
con la guapa acompañante,
no ha dejado ni un instante
de querer siempre a su esposa...
En cambio, cuando es la dama,
quien alegre y placentera,
le coloca una cachera,
a quien su esposo se llama.
esto indica que hay olvido
de aquel cariño que otrora
y que ella prefiera ahora,
al suplente del marido...
La pretendida igualdad
en este campo no cabe
y todo el mundo lo sabe,
por razón de honestidad.

Lo dicho no es un misterio,
no son argumentos "gachos".
Si la mujer pone cachos
los pone grandes y serios...!
Pero el encuentro casual.
La esposa se reconcilia
dejando que el tiempo pase,
más que si es ella la que "lo hace",
puede hasta haber más familia!
Es cosa, pues, diferente,
no se puede comparar...!
Lo primero es "parrandear";
lo segundo, permanente...
Claro que puede el esposo
tomar en serio una "J",
pero entonces, ya denota,
concubino escandaloso...!
Si es la esposa quien "COJEA",
se trata ya de un amante,
pues en ese caso es más constante,
y el marido se chotea!
Además por otro lado
los divorcios serán tantos,
que después vendrán los llantos,
de cónyuges divorciados.
En momentos de furor
cuando la esposa está que arde
porque el viejo llegó tarde
y hasta oloroso a licor,
demostrará sin gran lata
que ha existido la causal
probando ante el Tribunal,
la "levantada de bata...".
Habrá divorcios de prisa,
por un beso callejero,
por un lance pasajero,
o por rouge en la camisa...
Como no está de causal
el mutuo consentimiento,
si se llegara el momento
de que un hogar marche mal
y se quieran divorciar,
resultará divertido,
aconsejarle al marido
que se vaya a parrandear.
Se logra así provocar
con sólo algún "lancecillo",
el divorcio más sencillo
que se pueda imaginar...!
No quedará matrimonio,
que dure mucho o poquito,
porque a excepción del suscrito
(que es más fiel que San Antonio)
todo esposo con donaire,

yecto de Código de Familia como un gran avance en nuestra legislación sobre la materia. Hay en él importantes innovaciones que realizan plenamente postulados incluidos en la Constitución Política, que representan el resultado de la experiencia tanto administrativa como judicial sobre la materia"⁽³⁾.

La Asamblea Legislativa recibió el proyecto de la Comisión Redactora en mayo de 1970. Fue acogido para su trámite por el Lic. Daniel Oduber, entonces Presidente de la Asamblea y publicado en Alcance de La Gaceta N° 125 de setiembre de 1970. La Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos inició su conocimiento el 16 de noviembre de 1970, y rindió dictamen el 19 de julio de 1973, sea dos años y medio después.

El término de estudio tan prolongado revela una de las dificultades inherentes al conocimiento de un proyecto de ley amplio y complicado por una Comisión de nuestro Poder Legislativo. En éste, aquellos proyectos que tienen un interés político partidista o que, por su brevedad, pueden ser analizados con rapidez, son los que se mueven dentro de los términos reglamentarios que señalan diez días para el trámite en Comisión. En cambio, un proyecto que no cuenta con el respaldo de uno o varios de los grupos políticos representados en la Cámara, que carezca del soporte de un grupo de presión o el interés particular de un Diputado, tiene casi segura la

cuando ve a una minifalda,
siente un calambre en la espalda,
y se echa su cana al aire...!
Y es que hay cada tentación
que exhibe "cosas" tan bellas,
que uno queda viendo estrellas,
y le sube la presión...
Esta reforma es fatal...
NO! IMPOSIBLE! HAY QUE LUCHAR!
Ya no se puede lanzear.
"GUERRA A MUERTE A LA CAUSAL".
Son derechos adquiridos
que nos quieren restringir...
Lo debemos impedir...!
A la huelga los maridos...!
Luchemos pues amigos
para evitar tanto mal,
pues si triunfa esta causal
viviremos amohinados...
Las esposas lograrán
causarnos sustos y friegas
y entonces sé, oh amigos!
hay que vender el diván...!

Marido Honesto"

(3) Informe de la Comisión sobre Código de Familia. Congreso Jurídico Nacional. Revista Colegio de Abogados, tomo XXVII, número 19, marzo 1971 p. 31

posibilidad de fallecer en Comisión por el transcurso de los dos años que el reglamento señala como período máximo para el trámite de un proyecto de ley.

Es sorprendente que esa no fuera la suerte corrida por el proyecto de Código de Familia. Pese a todos sus tropiezos, el dilatado trámite no revela la existencia de un deseo de liquidar el proyecto. De noviembre, 1970 a mayo de 1971 el estudio se realizó por la Comisión de pleno; del 25 de mayo de 1971 hasta el 11 de enero de 1972 pasó a una Sub-Comisión que celebró 85 sesiones pero ni siquiera rindió un informe. Durante todo ese tiempo, el trabajo fue bastante errático: se realizaron algunas audiencias, se dio lectura a algunos textos y por sobre todo, se leyó y relejó el proyecto. Pareciera, a juzgar por las actas, que en ningún momento se consultarían las actas de la Comisión Redactora.

No fue sino en mayo de 1972 que el conocimiento del proyecto adquirió un carácter ordenado y sistemático. Para entonces había dos elementos nuevos en el proceso: se había constituido un grupo de presión interesado en la aprobación del proyecto, y llegó a la presidencia de la Comisión de Asuntos Jurídicos, en mayo de 1972, el Lic. Jorge Solano Chacón, quien desarrolló un interés auténtico en conducir el futuro Código, a través de cada una de las etapas legislativas.

El grupo de presión estuvo formado por varias organizaciones femeninas. El movimiento fue iniciado por dos profesoras de la Escuela de Derecho, las Licdas. Sonia Picado y Elizabeth Odio. Ellas interesaron al Comité de Cooperación de Costa Rica de la Comisión Interamericana de Mujeres y a la Federación de Mujeres Profesionales. Estas celebraron una serie de reuniones para dar a conocer el Proyecto, obtuvieron que la Comisión de Asuntos Jurídicos pidiera al Plenario que el trámite continuara después de vencerse el plazo de los dos años, y visitaron la Comisión en varios grupos, a abogar por la rendición del dictamen. Como resultado de esa tarea, al iniciarse las sesiones ordinarias en mayo de 1972, el Presidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos se refirió a la existencia de "cierta presión pública, que se hace por medio de publicaciones, para que se apruebe o que salga cuanto antes el Código de Familia"⁽⁴⁾. Puede decirse que el trámite de este proyecto representa el primer caso de actividad de un grupo de presión femenino, sobre el Poder Legislativo⁽⁵⁾.

(4) Acta de la Sesión N° 24 de 22 de mayo de 1972. Intervención del Diputado Jorge Solano Chacón.

(5) Dicha actitud contrasta con la absoluta indiferencia con que esos grupos vieron la derogatoria de la Ley N° 4277 de 16 de diciembre de 1968, que establecía el patrimonio familiar. A ese respecto, la Lic. Sonia Picado dijo en la Comisión de Asuntos Jurídicos: "A nosotras, las abogadas, nos tomó —yo diría que dormidas— o de sorpresa. la derogación de la ley de patrimonio familiar". Acta de la sesión N° 53 de la Subcomisión que estudia el Código de Familia, 5 de octubre de 1971.

Fue, sin embargo, la actuación del Diputado Jorge Solano Chacón como Presidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos, la que determinó la aprobación del Proyecto. Bajo su dirección, se relejó el proyecto, se concedieron audiencias, se consultó a tratadistas y finalmente, en julio del 72, se inició la discusión y votación, en detalle, artículo por artículo. La causal por infidelidad conyugal para el caso de los maridos volvió a ser motivo de amplio debate, aunque aquí sí triunfó finalmente la tesis de la igualdad⁽⁶⁾.

La Comisión de Asuntos Jurídicos realizó una serie de cambios sustanciales en el proyecto: suprimió la validez de los matrimonios celebrados por religiones distintas a la Católica, transformó el capítulo de adopción con aprovechamiento de un valioso trabajo preparado por el Lic. Gerardo Trejos, agregó el divorcio por mutuo consentimiento, liberalizó la investigación de paternidad e hizo posible el reconocimiento de hijos nacidos después de la separación de los padres, producto de una unión extramatrimonial, suavizando la presunción absoluta de que cualesquiera hijo nacido a persona vinculada en matrimonio debía tenerse como hijo también del otro cónyuge.

Terminado el conocimiento del proyecto, su texto fue objeto de circulación, permitiéndole a un grupo de profesores de Derecho, que nos reunimos a ese efecto⁽⁷⁾, plantear una serie nueva de observaciones, muchas de las cuales fueron acogidas por el Diputado Solano Chacón.

En la parte final del trámite desempeñó una valiosa labor de apoyo, el recién organizado Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa.

El dictamen fue rendido con fecha 19 de julio de 1973 y sólo entonces apareció un intento de paralizar el trámite del proyecto o de modificar algunas de sus disposiciones en materia de divorcio e investigación de paternidad. La Liga Espiritual de Profesionales Católicos, Sección Jurídica, se dirigió a la Asamblea pidiendo la reforma de una serie de artículos y en general, la reconsideración del proyecto.

El Plenario de la Asamblea inició el debate sobre el Código el 10 de octubre, habiendo conocido únicamente una serie de mociones del Diputado Solano Chacón, que fueron todas aprobadas. Ningún Diputado acogió para su trámite las mociones de la Liga Profesional de Católicos, por lo cual no hubo discusión sobre ellas. El 17 de octubre fue aprobado en primer debate y el 1 de noviembre de 1973 se le dio el tercero. El 21 de diciembre de 1973 fue firmado por el Presidente de la República, señalándose una vigencia a partir de los seis meses desde su publicación.

(6) La Comisión le dedicó cinco sesiones a este punto, Sesiones N° 86 a 90, celebradas del 5 al 7 de julio de 1972.

(7) Lic. Elizabeth Odio, Dres. Juan Luis Arias, Mauro Murillo y Gerardo Trejos, Lic. Hernando Arias y el suscrito.

Visto el proceso de su formación es indudable que nadie puede considerarse autor único del Código de Familia. La Comisión Redactora es responsable de la versión inicial, pero ésta fue objeto de modificaciones de forma y fondo, como resultado de la actividad del Primer Congreso Jurídico Nacional, del estudio presentado por el Lic. Gerardo Trejos, de las reformas sugeridas por el grupo de profesores de la Escuela de Derecho y de la acción particular de los diputados, especialmente del Diputado Solano Chacón. Este, en su condición de principal motor de la aprobación del proyecto, fue quien tuvo una mayor responsabilidad en las decisiones tomadas pero es indudable que actuó con espíritu abierto y recogió todas las sugerencias posibles. Dado ese proceso, el problema para una interpretación de tipo subjetiva, de las que confunden la *mens legis* con la *mens legislatoria*, habrá de ser bastante complicado.

El proyecto no llegó a generar en ningún momento un interés político. Su aprobación final se produjo a menos de tres meses de una elección presidencial, sin que ninguno de los partidos participantes en ella —y eran siete— alzara bandera en contra de alguna de sus disposiciones. Se mantuvo en trámite en la Comisión de Asuntos Jurídicos, gracias a ser ésta la de menor trabajo dentro de las permanentes de la Asamblea. Debíó igualmente influir el hecho de que, contra la práctica usual de que el número de abogados en ella sea pequeño, para el conocimiento del Código, Asuntos Jurídicos llegó a contar con cinco diputados abogados, sea la mitad de ella, lo cual constituye un caso excepcional⁽⁸⁾.

Cabe hacer notar la absoluta ausencia de participación del Poder Ejecutivo durante todo el proceso de formación del Código. Ni durante la elaboración del proyecto ni en el curso de su estudio y aprobación, ninguno de los dos Presidentes de la República que gobernaron, ni sus colaboradores más cercanos, tuvo nada que decir sobre ese proceso. Ello contradice la difundida imagen de que todos los proyectos de largo alcance y complicada preparación son elaborados por el Poder Ejecutivo y que en la Asamblea se originan únicamente leyes de corte político o de interés puramente local. Revela ese hecho las posibilidades de la Asamblea Legislativa de interesarse y tomar una parte destacada en la adecuación de las normas jurídicas a los procesos cambiantes.

Podría hablarse de que la tarea de cambio de la legislación de familia fue una tarea puramente intelectual, realizada al nivel de

(8) Los Diputados Jorge Solano Chacón, Rodolfo Leiva Runnebaum, Antonio Jacob Habitt, Gonzalo Monge Herrera y Manuel Mora Valverde, todos participantes en las discusiones y aprobación del Código, aunque el último, desde las primeras sesiones hasta las últimas manifestó un criterio contrario a la aprobación de un Código separado, lo que consideró como "mutilar el Código Civil" (véanse sesiones N° 154 de 27 de noviembre de 1970 y N° 91 de 9 de julio de 1973 de la Comisión de Asuntos Jurídicos. En ambas mantuvo el Diputado Mora Valverde esa tesis).

abogados e intelectuales. Cierto es que el grupo de presión estuvo formado por organizaciones femeninas de tipo urbano, compuestas en su mayor parte por mujeres profesionales⁽⁹⁾. Pero, por otra parte, la falta de reacción contra el esfuerzo o lo leve de ella tiene una indudable relación con dos hechos que afectan profundamente la posición de la mujer en nuestra sociedad, que tuvieron lugar con anterioridad a 1973.

A partir de 1960 se inició en Costa Rica el descenso del índice de natalidad, de manera lenta hasta 1963 y en una forma acelerada, a partir de 1964. Dicho índice, que en 1959 era de 49.3 por mil habitantes, uno de los más altos del mundo, llegó a ser de 31.2 en 1972, sea tuvo un descenso de 17.1 por mil en doce años⁽¹⁰⁾. En forma correlacionada con ese fenómeno, la participación de las mujeres en la población económicamente activa que en 1950 era de 15.4 y que para 1963 apenas si había ascendido a 16.2%, llegó en 1973 a 19.31, demostrando una aceleración en su crecimiento⁽¹¹⁾. Quiere ello decir que la aprobación del Código de Familia tuvo lugar en el momento en que 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.

De la Constitución de 1949 a la vigencia del Código de Familia en 1974, hay un cuarto de siglo. Sin embargo, todo el proceso vivido, no significa en forma alguna que los principios constitucionales de igualdad de los cónyuges ante la ley de familia hayan quedado realizados. En este caso, la supresión de las discriminaciones jurídicas se produce como anticipación o parte del proceso de la eliminación de las discriminaciones sociales, pero no como consecuencia de la desaparición de ellas. Además de las normas constitucionales están ahora las legales para establecer la igualdad. Pero en la realidad subsisten muchas formas de discriminación social por razón de sexo.

Por otra parte, el Derecho de Familia es algo más que una regulación de los desajustes de la vida matrimonial. Cumple la función de medio para la solución de conflictos no sólo entre esposos sino también entre padres e hijos; señala además los medios sustitutivos para la autoridad parental natural, como la adopción y la tutela. Pa-

(9) En el expediente legislativo existe un memorial enviado con fecha 4 de mayo de 1972, por un grupo de mujeres que se reunieron en el Salón Parroquial de Limón y acordaron hacer una instancia sobre la aprobación del Código de Familia. Tiene 32 firmas. Sin embargo, la remisión del memorial fue hecha por la entonces Directora de Bienestar Social, Lic. Nury Vargas, quien había formado parte de la Comisión Redactora, lo que hace pensar que puede haber sido ella la originadora del manifiesto.

(10) DIRECCION GENERAL DE ESTADISTICA Y CENSOS: *Anuario Estadístico. Costa Rica. 1972.* p. 22. Tasas de Natalidad y Mortalidad por 1.000 habitantes.

(11) Censos de Población de 1950, 1963 y 1973.

ra el cumplimiento de esas tareas, no basta con que se hayan mejorado las normas sustantivas.

Es necesario igualmente una reforma procesal, tanto administrativa como judicial. El plan original del Código incluía dos libros más, además del ya aprobado: uno dedicado al procedimiento administrativo y otro al procedimiento judicial. Nada de eso se ha hecho. El Patronato Nacional de la Infancia continúa funcionando con su ley constitutiva y una serie de disposiciones separadas, y todos los procedimientos civiles, que carecen de toda adecuación especial a los problemas de familia que debería esperarse en una legislación que proclama el interés de los hijos como una de sus tareas fundamentales.

Ante esas circunstancias me parece necesario que el Colegio de Abogados señale con ocasión de este Congreso Jurídico la necesidad de continuar la tarea emprendida en esta materia hace casi una década, señalando ante los Poderes del Estado, la necesidad de completar el Código de Familia, con las partes destinadas al procedimiento administrativo y el judicial.

La Corte Suprema de Justicia se ha limitado a la creación de un Juzgado Séptimo Civil en el circuito judicial de San José, especializado en asuntos de familia. Pero, funciona dicho Juzgado con las normas del Código de Procedimientos Civiles y no hay en su composición estructura o funcionamiento, nada que lo diferencie de un juzgado civil corriente y lo aproxime a los tribunales de familia que se tuvieron en mente crear cuando se discutía al Código por la Comisión Redactora.

En la Asamblea Legislativa se ha discutido en dos ocasiones la necesidad de contratar a un procesalista que ayude en la tarea de preparación de las partes procesales del Código, sin que nada de ello se haya concretado.

Una colaboración del Colegio parece importante y ella debe comenzar con la llamada de atención sobre el carácter inconcluso de la reforma realizada. Cuando se estudia el proceso de discusión del Código, se encuentra que las recomendaciones del primer Congreso Jurídico jugaron un papel destacado en el estudio realizado por la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, por lo que es de esperar que esta nueva participación del Colegio sea bien acogida.

Por ello me permito proponer el siguiente proyecto de resolución.

CONSIDERANDO:

I. Que con la Ley N° 5476 de 21 de diciembre de 1973, Código de Familia, se produjo un cambio sustancial en la Legislación que regula las materias de matrimonio, patria potestad, alimentos; tutela y curatela.

II. Que el cambio realizado en la legislación sustantiva no ha sido completo con la modificación correspondiente de la legislación procesal pertinente manteniéndose vigente una serie de disposiciones en lo administrativo y en lo judicial que no guardan relación con las nuevas disposiciones sustantivas;

III. Que en la concepción original de la Comisión Redactora del Código de Familia, la parte aprobada por la Ley 5476 era sólo el Libro I del proyecto, que debía completarse con un Libro II dedicado al Procedimiento Administrativo y un Libro III referente al procedimiento judicial, en materia de familia;

IV. Que habiendo dado el país el paso de más importancia y difícil en esta materia al modernizar las normas sustantivas, no debe posponerse la realización de un proceso similar en las procesales.

SE ACUERDA:

Instar a la Corte Suprema de Justicia, la Asamblea Legislativa, el Poder Ejecutivo y el Patronato Nacional de la Infancia para que constituyan una Comisión que redacte las normas que deben regir el procedimiento administrativo y judicial en materia de familia.

Ofrecer la colaboración del Colegio de Abogados para la realización de esas tareas.

*
* *

PONENCIAS DEL DEPARTAMENTO LEGAL DEL PATRONATO NACIONAL DE LA INFANCIA(*)

Ha considerado el Patronato Nacional de la Infancia, del mayor interés colaborar con el Congreso Jurídico Nacional del año en curso, con una serie de inquietudes producto en su mayoría, de la experiencia diaria vivida en la Institución. Hemos creído conveniente

(*) En páginas anteriores se consignó la forma en que estas ponencias fueron, finalmente, aprobadas por el Plenario.

concretar esas inquietudes en posibles reformas a los textos legales, particularmente al Código de la Familia, con los cuales el Patronato labora constantemente y representan el instrumento necesario para llevar a cabo su cometido de protección a la madre y al menor de edad.

Somos conscientes de que la nueva legislación familiar requiere aún de mayores revisiones a fin de integrarla a los textos legales ya existentes y a la realidad social del país; sin embargo, no pretenden las ponencias que seguidamente ofrecemos agotar esa labor de revisión, sino contribuir en parte, con la experiencia vivida por una Institución que durante cuarenta y cinco años ha sido el único laboratorio más o menos especializado en los problemas jurídicos atinentes a la familia costarricense. Para cumplir con ese cometido, sometemos en consecuencia a consideración de esa Comisión, las siguientes ponencias.

PRIMERA

El artículo 111 del Código de Familia, establece en sus disposiciones generales relativas a la adopción, que el adoptado usará los apellidos del adoptante. Esta redacción excluye aquellos casos, que si contemplaba la anterior ley de adopción en que uno de los cónyuges adopta a los hijos de su consorte, a fin de integrarlos como hijos comunes de su matrimonio de modo que los adoptados sigan utilizando como sus apellidos no sólo los del adoptante sino también los del otro cónyuge. Para lograr esa finalidad, creemos necesario que se reforme dicho artículo para que se lea así:

“Artículo 111.—El adoptado usará los dos apellidos del adoptante, si éste fuere soltero, divorciado o viudo. Si fuere casado, usará el primer apellido del marido y a continuación el primer apellido de la esposa. En caso de adopción conjunta, el adoptado formará sus apellidos como en el caso anterior”.

SEGUNDA

En cuanto al artículo 126 del Código de Familia, en virtud de considerar que choca con nuestra Constitución Política, concretamente, con el artículo 53, que establece el derecho de toda persona a saber quiénes son sus padres conforme a la ley, hemos considerado que el artículo 126 del Código de Familia impone a una persona una condición civil que tendrá que soportar contra su propia voluntad y aún cuando en el transcurso del tiempo posterior a la adopción ocurran situaciones que hagan imperiosa para esa persona buscar su filiación natural, lo que cerraría el paso, en forma absoluta, a la consecuencia de ese derecho constitucional.

El Patronato propone que dicha norma se adicione a fin de que se le permita al adoptado, dentro de los dos años siguientes a su mayoría de edad, impugnar su adopción.

TERCERA

El artículo 138, párrafo 1º, dispone que ante la decisión del padre en los conflictos de Patria Potestad, puede el Tribunal resolver cosa distinta tomando en cuenta el interés del menor. No señala el artículo quiénes están habilitados para recurrir al Tribunal, lo cual nos parece inconveniente por motivos de protección a la familia legalmente constituida. Estimamos conveniente limitar expresamente ese derecho de recurrir al tribunal, a las partes y al Patronato Nacional de la Infancia, tal y como se limita en el caso del párrafo segundo del artículo 139 del mismo texto legal.

CUARTA

Reformar el artículo 141 del Código de Familia, párrafo primero, en el sentido de que la madre soltera, menor de edad, tenga personería jurídica para representar legalmente al menor, tanto judicial como extrajudicialmente y ejercer todos los otros derechos inherentes a la Patria Potestad que le correspondan a favor de su hijo.

Proponemos, por tanto, que se lea dicho párrafo de la siguiente manera:

“La madre ejerce la Patria Potestad sobre los hijos nacidos fuera de matrimonio, AUN SIENDO MENOR DE EDAD, y tendrá plena personería jurídica para esos efectos”.

QUINTA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 146, inciso 6, la Patria Potestad se suspende también por el abandono judicialmente declarado. Sin embargo, de conformidad con las atribuciones que la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia le confiere a esta entidad, la declaratoria que por vía administrativa ésta realiza, deviene finalmente en una suspensión de la Patria Potestad en los padres del menor. De ahí, que nos parece conveniente vincular con el Código de Familia esa suspensión que dicho texto legal omite, pero que repetimos, existe conforme a la citada Ley Orgánica. Proponemos, entonces adicionar el artículo 146 del aludido Código, con un nuevo inciso que se lea así: “7—Por la declaratoria de abandono administrativamente declarada por el Patronato Nacional de la Infancia”.

SEXTA

Dados los efectos de la declaración de abandono judicial y administrativa, de suspender el ejercicio de la autoridad parental, resulta indispensable que la misma tenga la publicidad que confiere el Registro Civil a las anotaciones marginales que se hagan a los asientos de nacimiento. De ahí que proponemos que las autoridades que decreten tales abandonos queden obligadas a remitir a dicho Registro la existencia de esa declaración, pero únicamente en lo que hace a la suspensión de la Patria Potestad. A ese efecto adicionaría con un párrafo final al artículo 146 del Código de Familia, que diría así:

“Los funcionarios, tanto judiciales como administrativos que en razón de este artículo suspendan en sus resoluciones la autoridad parental, deberán comunicarlo de oficio al Registro Civil para su anotación marginal, limitando tal comunicación a lo relativo a esa suspensión”.

SETIMA

Considerando que la persona de sesenta años o mayor de esa edad, es un individuo capaz de todo sentido, eso por los adelantos en la medicina y en las técnicas relativas a la salud, y considerando también que existen muchas personas que se deciden a ser padres a una edad ya avanzada, con el agravante que cuando tengan sesenta años se eximirían de la obligación alimentaria con el consecuente perjuicio para sus hijos, los cuales necesitan aún más ayuda económica de sus padres en esa época, esta entidad considera necesaria la reforma al artículo 152 del Código de Familia, para que al final del mismo se lea: “Siendo mayor de 60 años la persona queda obligada al pago”.

*
* *

21 de agosto de 1975

Señores Diputados
Asamblea Legislativa
CIUDAD.—

Estimados señores:

El Colegio de Abogados celebrará su Tercer Congreso Jurídico Nacional, entre el ocho y el doce de setiembre del presente año. En

esta ocasión, la Comisión que nos ha correspondido dirigir, tratará el tema “La igualdad ante la Ley”, tomando como base el Código de Familia y la Constitución Política. En relación con este último tema, el Lic. Manuel Ventura ha presentado una ponencia que analiza la desigualdad geográfica que conlleva la forma de elegir los diputados a la Asamblea Legislativa.

El Lic. Ventura propone la división del país en distritos electorales, como una forma más justa y lógica de elegir a nuestros representantes. Debido al interés que este tema puede despertar en ustedes y lo importante que sería para nosotros el conocer su opinión, les adjuntamos la ponencia citada y los invitamos a que colaboren enviándonos sus sugerencias al Colegio de Abogados antes del ocho de setiembre.

Agradeciéndoles de antemano su atención, nos suscribimos de ustedes,

Muy atentamente,

Lic. Sonia Picado de Oreamuno
Coordinadora

Lic. Elizabeth Odio B.
Relatora

DISCRIMINACION GEOGRAFICA EN LA ELECCION DE DIPUTADOS AL PODER LEGISLATIVO EN COSTA RICA

Ponente: Lic. Manuel E. Ventura Robles

Desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial, soplan al derecho constitucional unos aires de renovación, que son en esencia un afán de vitalidad y realismo. Es que el derecho constitucional, como ciencia que agotaba el objeto de su estudio en la exégesis de la norma constitucional, era una disciplina que corría el peligro, como dice Pablo Lucas Verdú, “de anquilosarse asfixiada bajo el peso de tantas consideraciones abstractas e inútiles”⁽¹⁾.

Esa renovación y cambio vino de la concepción sociológica del derecho constitucional, cuyo más egregio representante es el profesor francés Maurice Duverger. Esa nueva perspectiva sociológica nos va

(1) VERDÚ, PABLO LUCAS. *Maurice Duverger y la nueva escuela francesa del derecho constitucional*. En *Prólogo a la primera edición española de Instituciones Políticas y Derecho Constitucional de Maurice Duverger*. Ediciones Ariel, Barcelona, 1970. Página 21-22.

a permitir un análisis jurídico tanto más técnico como profundo, ya que la misma perspectiva sociológica lo precisa así.

Esa nueva escuela del derecho constitucional con el profesor Duverger a la cabeza, lo que básicamente pretende es no agotar el estudio de la disciplina constitucional en la constitución, sino describir y revelar una realidad o muchas realidades, usando de la descripción y del método sociológico. Este es el gran cambio desde el punto de vista cualitativo.

Pero ese cambio ha sido también de orden cuantitativo en la ciencia constitucional, ya que su contenido se ha ampliado sustancialmente y se ha transformado su sistemática. Ahora, considera Duverger, que el derecho constitucional debe de estudiarse conjuntamente con las instituciones políticas; de ahí el nombre de su obra: "Instituciones Políticas y Derecho Constitucional".

Así pues, se pretende recoger elementos sustanciales de la realidad política, ya que las instituciones políticas son entidades muy concretas de naturaleza tanto jurídica como social, y sistematizar por lo tanto un derecho constitucional acorde con esas instituciones estudiadas, derecho constitucional pues, que nos sirve tanto para describir, conocer y regular esa realidad conocida.

Debe de señalarse que no debe de haber motivo de alarma y pensarse que el jurista debe dedicarse al análisis de las estructuras sociales. No vamos a ser testigos de la desaparición de los inexcusables postulados jurídicos. Sencillamente, las estructuras sociales son las bases de los epifenómenos normativos.

Es de acuerdo con este nuevo espíritu que anima al derecho constitucional, como se debe de analizar el primer párrafo del artículo 106 de la Constitución Política. Ese párrafo estatuye que los diputados serán elegidos por provincias. Pero la realidad es otra. El diputado costarricense se elige por cantón.

Don Alberto F. Cañas considera, que el hecho de que el primer párrafo del artículo 106 de la Constitución Política establezca que los diputados serán elegidos por provincias, "es una ficción jurídica"⁽²⁾. Que "Este es uno de los casos en que la ley desmiente a la realidad social y está siendo desmentida por ella"⁽³⁾. Y Christopher Baker, en "La Asamblea Legislativa de Costa Rica: una evaluación preliminar de su función decisoria", nos dice que "la mayoría de los diputados en la realidad, son nombrados como representantes cantonales y operan como tales"⁽⁴⁾.

(2) CAÑAS ESCALANTE, ALBERTO F. "Columna Chisporroteos". Diario La República de 30 de agosto de 1969. Página 9.

(3) CAÑAS ESCALANTE, ALBERTO F. "Columna Chisporroteos". Diario La República de 30 de agosto de 1969. Página 9.

(4) BAKER, CHRISTOPHER E. *La Asamblea Legislativa de Costa Rica: una evaluación preliminar de su función decisoria*. Revista de Ciencias Jurídicas N° 18 Escuela de Derecho. Universidad de Costa Rica. Diciembre de 1971. Pág. 424.

El sistema que existe opera de la siguiente manera: se inscribe una papeleta por cada provincia, pero los puestos dentro de cada papeleta provincial se distribuye con criterio cantonal, con excepción de los cinco primeros puestos por la provincia de San José, que corresponden a los llamados "diputados nacionales". Pero dada la condición socio-económica de estos "diputados nacionales", casi siempre provienen de los mismos cantones: el cantón central de San José y cantones vecinos.

Este fenómeno de integrar las papeletas para elegir diputados con criterio cantonal, ha traído como consecuencia que en Costa Rica exista una geografía electoral a nivel legislativo. Es decir, hay zonas geográficas que siempre eligen diputado, y hay zonas geográficas que nunca eligen diputados. Hay zonas geográficas electorales privilegiadas, y hay zonas geográficas electoralmente marginadas.

Esto es consecuencia de que se concedan los lugares en las papeletas a los cantones en orden decreciente, de acuerdo a su población electoral. Naturalmente que sólo los cantones más populosos logran elegir diputados. Y siempre los mismos cantones. Agrava esta situación aún más, el hecho de que al seguir este procedimiento las diversas agrupaciones que participan en una contienda electoral, todos los partidos eligen diputados por los mismos cantones, haciéndose más odiosa la diferencia entre las circunscripciones geográficas que eligen representantes y las que no lo hacen, al estar las primeras casi siempre hiper-representadas. Y entre más partidos participen y elijan representantes en una elección con este sistema, más cantones hiper-representados habrá, y menos será el número global de cantones representados.

Veamos ejemplos de cómo opera el sistema en las siete provincias:

Provincia de San José.

La provincia de San José, elige veintiún diputados. Los primeros puestos de las papeletas los llenan los llamados "diputados nacionales", que por lo general viven en el cantón central de San José, o trabajan en él y participan por lo tanto de su vida social y cultural, aunque residan en alguno de los cantones cercanos dada la explosión demográfica y el aumento de tamaño de la ciudad, que usualmente son Montes de Oca y Escazú. Cantones aledaños como Goicoechea y Desamparados tienen derecho a tener diputado dada su población electoral; igualmente dos cantones ya no cercanos de San José: Pérez Zeledón y Puriscal.

El ejemplo que daré fue la elección de 6 de febrero de 1966, en que el Partido Liberación Nacional eligió diez diputados, el Partido Unificación Nacional nueve y los dos restantes los eligió el Unión Cívico Revolucionaria. La provincia de San José tiene veinte cantones y para la fecha de la elección citada, los ocho cantones que más

electores inscritos tenían eran el cantón central, Desamparados, Goicoechea, Pérez Zeledón, Tibás, Escazú, Puriscal y Montes de Oca. Y en los dos partidos mayoritarios ocuparon con personas provenientes de esos cantones, con excepción de Tibás, los puestos elegibles, operándose el fenómeno de que sólo esos cantones eligieron representantes y estuvieron hiper-representados al obtener más de uno (5).

Veamos el ejemplo, poniendo a la par del nombre del diputado su cantón de procedencia: (6)

Elecciones del 6 de febrero de 1966.

- 1—Rodrigo Carazo Odio-Escazú.
- 2—Fernando Volio Jiménez-Montes de Oca.
- 3—José Luis Molina Quesada-Central.
- 4—Matilde Marín Chinchilla-Montes de Oca.
- 5—Carlos José Gutiérrez Gutiérrez-Montes de Oca.
- 6—Ramón Ramiro Barrantes Elizondo-Pérez Zeledón.
- 7—Harry Arrieta Quesada-Goicoechea.
- 8—Carlos Luis Fernández Fallas-Desamparados.
- 9—Cecilia González Salazar-Escazú.
- 10—Mario Charpantier Gamboa-Puriscal.
- 11—Fernando Trejos Escalante-Central.
- 12—Guillermo Villalobos Arce-Montes de Oca.
- 13—Fernando Lara Bustamante-Central.
- 14—Orlando Sotela Montagné-Central.
- 15—José Hine García-Central.

(5) Los datos sobre electores inscritos para participar en elecciones populares y los nombres de personas elegidas como diputados son tomados para este ejemplo y lo serán para los demás de:

TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES (REPUBLICA DE COSTA RICA). *Cómputo de votos y declaratorias de elecciones para Presidente y vicepresidentes, diputados a la Asamblea Legislativa, regidores y síndicos municipales.* 1953, 1958, 1962 y 1966. San José, Costa Rica. 1969.

TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES (REPUBLICA DE COSTA RICA). *Cómputo de votos y declaratorias de elección para Presidente y vicepresidentes, diputados a la Asamblea Legislativa, regidores y síndicos municipales.* Elecciones del 1° de febrero de 1970 y elecciones municipales en los nuevos cantones de Upala, Los Chiles, Guatuso, La Cruz, Talamanca y Matina. San José, Costa Rica. 1970.

(6) Los datos sobre el cantón de procedencia de cada diputado en este ejemplo y los siguientes, son tomados de mi tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica en 1974, titulada "Algunos aspectos de la representación política legislativa en Costa Rica".

- 16—Manuel Antonio Mata Morales-Pérez Zeledón.
- 17—Graciela Morales Flores-Montes de Oca.
- 18—Luis Alberto Azofoifa Solís-Montes de Oca.
- 19—Frank Marshall Jiménez-Central.
- 20—René Aguilar Vargas-Santo Domingo de Heredia.
- 21—Ramiro Brenes Gutiérrez-Central.

Siete representantes provenían del cantón central; seis de Montes de Oca; dos de Escazú; dos de Pérez Zeledón; uno de Desamparados; uno de Puriscal; uno de Goicoechea y uno de Santo Domingo de Heredia. Como se ve, de veinte cantones que tiene la provincia de San José, había siete cantones representados, de los cuales cuatro estaban hiper-representados, sumando entre el cantón central de San José y Montes de Oca trece diputados, lo que equivale al 61,90% de la representación de la provincia de San José.

Provincia de Alajuela.

En el caso de Alajuela, los primeros puestos de las papeletas son ocupados por ciudadanos de los cantones más poblados: el central, Grecia y San Ramón, como voy a mostrar a continuación:

Elecciones del 6 de febrero de 1966.

Provincia de Alajuela:

- 1—Antonio Arroyo Alfaro-Central.
- 2—José Rafael Vega Rojas—Grecia.
- 3—Arnulfo Carmona Benavides-San Ramón.
- 4—Freddy Arroyo Ramírez-San Carlos.
- 5—Roberto Chacón Murillo-Central.
- 6—José Antonio Bolaños Rojas-Grecia.
- 7—Ricardo Román Román-Atenas.
- 8—Lindbergh Quesada Alvarez-San Carlos.
- 9—Germán Gago Pérez-Naranjo.
- 10—Trino Jiménez Zamora-San Ramón.

Dos representantes provenían del cantón central; dos de Grecia; dos de San Ramón; dos de San Carlos; uno de Naranjo y uno de Atenas. Alajuela tiene actualmente quince cantones y doce tenía en 1966; de los doce había seis representados, de los cuales cuatro estaban hiper-representados.

Provincia de Cartago.

Cartago elige siete diputados y tiene ocho cantones. Con Cartago sucede que encabeza la papeleta una persona del cantón central; el segundo lugar lo ocupa un turrialbeño y el tercero el centro de nuevo. Sobra decir que el cantón central y Turrialba son los cantones más poblados de la provincia. Veamos:

Elecciones del 1º de febrero de 1970.

Provincia de Cartago:

- 1—Eladio Alonso Andrés-Central.
- 2—Jorge Solano Chacón-Central.
- 3—Yolanda Otárola Préndiga-Turrialba.
- 4—Rodolfo Leiva Runnebaum-Central.
- 5—Rogelio Carazo Paredes-Turrialba.
- 6—Angel Edmundo Solano Calderón-La Unión.
- 7—Emilio Piedra Jiménez-Central.

Cuatro representantes provenían del cantón central; dos de Turrialba y uno de La Unión. Solo tres cantones obtuvieron representación, y dos de ellos estuvieron hiper-representados. El cantón central con cuatro diputados acaparó el 57.14% de la representación y Turrialba con dos diputados el 28.57%, lo que significa que en Cartago dos cantones acapararon el 85.71% de la representación de la provincia.

Provincia de Heredia.

Heredia elige tres diputados solamente y tiene diez cantones y el cantón más poblado es el central. La elección de 1966 me sirve de ejemplo para ilustrar la situación de Heredia.

Elecciones del 6 de febrero de 1966.

Provincia de Heredia:

- 1—Fernando Gutiérrez Benavides-Central.
- 2—Alfredo Vargas Fernández-Central.
- 3—Enrique Azofeifa Víquez-Flores.

Dos de tres representantes provenían del cantón central y uno del de Flores. En Heredia el cantón central siempre está hiper-representado.

Provincia de Guanacaste.

Para la elección de 1970 existían en Guanacaste nueve cantones y actualmente tiene once. Los cantones que para la elección tenían más población electoral eran Nicoya, Santa Cruz y Liberia. Guanacaste elige seis diputados.

Elecciones del 1º de febrero de 1970.

Provincia de Guanacaste:

- 1—Rosa Alpina Aiza Carrillo-Nicoya.
- 2—Asdrúbal Ocampo Ocampo-Liberia.
- 3—José Bonilla Dib-Abangares.
- 4—Jorge Bonilla Dib-Abangares.
- 5—Rodrigo Brenes González-Santa Cruz.
- 6—Pedro Aráuz Aguilar-Nicoya.

Los cantones de Nicoya y Abangares tuvieron dos representantes cada uno; uno el cantón de Liberia y otro Santa Cruz. No deja de extrañar el hecho de que Abangares, cantón que no es de los más grandes electoralmente hablando, tuviera igual número de diputados que Nicoya, que tenía más de cinco veces la población electoral de Abangares. De nueve cantones había cuatro representantes, de los cuales dos estaban hiper-representados.

Provincia de Puntarenas.

Puntarenas elige siete diputados y contaba en 1970 con ocho cantones. Los cantones de más población electoral eran el central y Golfito. Esta fue la situación que se presentó:

Elecciones del 1º de febrero de 1970.

Provincia de Puntarenas:

- 1—Rafael París Steffens-Central.
- 2—Mireya Guevara Fallas-Central.
- 3—Pedro Gaspar Zúñiga-Parrita.

- 4—Gonzalo Segares García-Golfito.
- 5—Gonzalo Lizano Ramírez-Central.
- 6—Edgar Chaverri Solano-Golfito.
- 7—Daniel Barrantes Campos-Osa.

Tres de los representantes provenían del cantón central; dos de Golfito; uno de Osa y uno de Parrita. El cantón central y Golfito acapararon el 71.42% de la representación legislativa. De ocho cantones había cuatro representados, de los cuales dos estaban hiper-representados.

Provincia de Limón.

Limón, al igual que Heredia, elige únicamente tres diputados, y tenía tres cantones durante las elecciones de 1970. Actualmente tiene seis. El cantón central lógicamente era el más poblado, y ésta fue la situación que se presentó:

Elecciones del 1º de febrero de 1970.

Provincia de Limón:

- 1—Asís Esna Miguel-Central.
- 2—Rogelio Pardo Jochs-Central.
- 3—Reinaldo Maxwell Kennedy-Central.

Los tres representantes provenían del hiper-representado cantón central, que acaparó el 100% de la representación de la provincia.

Debo agregar, que este es un hecho que se repite en cada elección. Es un fenómeno positivamente constatable, y así yo lo comprobé, en los períodos constitucionales que van de 1949 a 1970. La existencia de una geografía electoral cantonal legislativa en Costa Rica, hecho éste agravado por la hiper-representación de ciertos cantones electoralmente privilegiados por el número de sus electores, en detrimento de otros menos populosos, significa una desigualdad odiosa y antidemocrática, que debe desaparecer mediante una legislación adecuada que establezca el distrito electoral, y dé así representación a todo el territorio nacional.

Es por las razones expuestas, que hago la siguiente ponencia:

CONSIDERANDO:()*

- 1) Que pese a que el primer párrafo del artículo 106 de la Constitución Política establece que los diputados serán elegidos por provincias, éstos se eligen por cantón.
- 2) Que los puestos en las papeletas provinciales para elegir diputados, se distribuyen con criterio cantonal, en orden decreciente según la población electoral.
- 3) Que como consecuencia de esto existe en Costa Rica una geografía electoral cantonal a nivel legislativo, de acuerdo con la cual solamente ciertas áreas geográficas eligen representantes.
- 4) Que este hecho se agrave aún más, como consecuencia de la hiper-representación que tienen la mayor parte de los cantones representados.
- 5) Que este sistema es antidemocrático ya que discrimina, al no permitir que gran parte de la población de Costa Rica tenga representante en el Poder Legislativo, por la sencilla razón de habitar en zonas poco habitadas.

POR LO TANTO:

EL CONGRESO JURIDICO NACIONAL 1975 recomienda que se reforme el primer párrafo del artículo 106 de la Constitución Política, y que se establezca el distrito electoral como único medio de que se generalice realmente la representación política a nivel legislativo a todo el territorio nacional, y se acabe con la odiosa discriminación que actualmente existe.

PARTICIPACION REAL DE LA MUJER EN LA ASAMBLEA LEGISLATIVA PERIODO COMPRENDIDO 1949-1974

CONSIDERANDO:

Licda. Olga Nidia Fallas

I.—Que con la Constitución Política de Costa Rica emitida el 7 de noviembre de 1949, la mujer, por primera vez, adquirió en nuestro país la ciudadanía, y en consecuencia, la obligación a emitir el voto y el derecho a ser electa para cargos públicos;

(*) Esta ponencia fue aprobada tal como se consignó en la pág. 45.

II.—Que nuestra Carta Magna en su artículo 33 establece la igualdad ante la ley, y prohíbe hacer discriminación alguna contraria a la dignidad humana;

III.—Que dentro de esta misma filosofía de igualdad ante la ley, el artículo 108 de la Constitución Política no hace discriminación alguna en cuanto a sexo, raza o religión para ocupar el cargo de Diputado, y establece únicamente tres requisitos que puedan ser igualmente satisfechos por hombre y por mujer;

IV.—Que no obstante ello, la situación de facto no marcha al lado de la de iure, porque, si bien es cierto que la mujer ha sido requerida por los diferentes partidos políticos, no sólo para que emita su voto, sino para que, al lado del hombre, y con la misma intensidad que éste, realice campaña política, y que en la realidad nacional su labor en este campo ha sido altamente efectiva, en la práctica es mínima la oportunidad que se le ha dado para ocupar Curules en la Asamblea Legislativa, al extremo de que en el período en estudio de 365 Diputados, únicamente 18 han sido mujeres lo que da el bajo porcentaje de 4.93 (Ver anexo de estudio);

V.—Que las mujeres constituyen aproximadamente el 50% de los electores inscritos en el país, según datos suministrados por el Tribunal Supremo de Elecciones (totalidad de electores inscritos: 895.406. Hombres, 469.203, mujeres 426.203).

POR TANTO

ACUERDA:

Instar a los Partidos Políticos mediante comunicación escrita a su respectivo Directorio para que en consonancia con el principio de igualdad establecido en nuestra Constitución Política, nominen para el cargo de Diputados en puestos efectivamente electivos, a igual número de hombres que mujeres.

Período: 1949-1953

El Tribunal Supremo de Elecciones en resolución de las 15 horas del 22 de octubre de 1949, declaró electos diputados: Provincia de San José 13; Provincia de Alajuela 10; Provincia de Cartago 7; Provincia de Heredia 5; Provincia de Guanacaste 5; Provincia de Puntarenas 3; Provincia de Limón 2. Totalidad de Diputados electos: 45.

Hombres: 45
Mujeres: 0
Porcentaje de hombres: 100%
Porcentaje de mujeres: 0%

Período: 1953-1958

El Tribunal Supremo de Elecciones en resolución de las 12 horas del 22 de setiembre de 1953 declaró electos diputados: Provincia de San José 16; Provincia de Alajuela 8; Provincia de Cartago 6; Provincia de Heredia 3; Provincia de Guanacaste 5; Provincia de Puntarenas 5; Provincia de Limón 2. Totalidad de Diputados electos: 45

Hombres: 42
Mujeres: 3
Porcentaje de hombres: 93.33%
Porcentaje de mujeres: 6.67%. Representada por María Teresa Obregón Zamora, Ana Rosa Chacón González y Estela Quesada Hernández.

Período: 1958-1962

El Tribunal Supremo de Elecciones en resolución de las 16 horas y 30 minutos del 2 de abril de 1958 declaró electos diputados: Provincia de San José 16; Provincia de Alajuela 8; Provincia de Cartago 6; Provincia de Heredia 3; Provincia de Guanacaste 5; Provincia de Puntarenas 5; Provincia de Limón 2. Totalidad de Diputados electos: 45.

Hombres: 43
Mujeres: 2
Porcentaje de hombres: 95.75%
Porcentaje de mujeres: 4.25%. Representada por Marta Saborío Fonseca y Rosa Alpina Aiza Carrillo.

Período: 1962-1966

Tribunal Supremo de Elecciones en resolución de las 12 horas del 8 de marzo de 1962 declaró electos diputados: Provincia de San José 20; Provincia de Alajuela 11; Provincia de Cartago 7; Provincia de Heredia 4; Provincia de Guanacaste 6; Provincia de Puntarenas 6; Provincia de Limón 3. Totalidad de diputados electos: 57.



Hombres: 56
Mujeres: 1
Porcentaje de hombres: 98.25%
Porcentaje de mujeres: 1.75%. Representada por Nora Murillo Saborío.

Período: 1966-1970

El Tribunal Supremo de Elecciones en resolución de las 12 horas del 17 de marzo de 1966 declaró electos diputados: Provincia de San José 21; Provincia de Alajuela 10; Provincia de Cartago 7; Provincia de Heredia 3; Provincia de Guanacaste 6; Provincia de Puntarenas 7; Provincia de Limón 3. Totalidad de Diputados electos: 57

Hombres: 54
Mujeres: 3
Porcentaje de hombres: 94.74%
Porcentaje de mujeres: 5.26%. Representada por Matilde Marín Chinchilla, Cecilia González Salazar y Graciela Morales Flores.

Período 1970-1974

El Tribunal Supremo de Elecciones en resolución de las 15 horas del 6 de mayo de 1970 declaró electos diputados: Provincia de San José 21; Provincia de Alajuela 10; Provincia de Cartago 7; Provincia de Heredia 3; Provincia de Guanacaste 6; Provincia de Puntarenas 7; Provincia de Limón 3. Totalidad de Diputados electos: 57

Hombres: 52
Mujeres: 5
Porcentaje de hombres: 91.23%
Porcentaje de mujeres: 8.77%. Representada por Teresa Zavaleta Durán, Yolanda Otárola Préndigas, Rosa Alpina Aiza Carrillo, Mireya Guevara Fallas y por resolución de las 10 horas y 30 minutos del 30 de octubre de 1972 Martina Ceciliano Ureña, llena la vacante producida por don Gonzalo Solórzano González.

Período: 1974-1978

El Tribunal Supremo de Elecciones en resolución de las 10 horas del 6 de marzo de 1974 declaró electos diputados: Provincia de San José 21; Provincia de Alajuela 10; Provincia de Cartago 7; Provincia de Heredia 3; Provincia de Puntarenas 7; Provincia de

Guanacaste 6; Provincia de Limón 3. Totalidad de Diputados electos: 57

Hombres: 53
Mujeres: 4
Porcentaje de hombres: 92.98%
Porcentaje de mujeres: 7.02%. Representada por Adelina Zonta Sánchez, Tirsia Bustamante Guerrero, Juana Rosa Venegas Salazar, y María Luisa Portuguese Calderón.

Lo que produce un resultado total de:

365 - Diputados. De los cuales 347 son hombres; que equivale a un porcentaje de 95.07%

365 - Diputados. De los cuales 18 son mujeres; que equivale a un porcentaje de 4.93%. En el período que abarca de 1949 a 1974.

PARTICIPACION REAL DE LA MUJER EN LAS MUNICIPALIDADES EN EL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE 1953 Y 1974

Ponente: Licda. Marta Eugenia Salazar Fallas

Al suscribir la Carta de las Naciones Unidas, los pueblos se comprometieron expresamente: "A reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres... a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad. En tal forma que es necesario definir una sociedad en que la mujer participe, en un sentido verdadero y pleno, en la vida económica, social y política del país, en pie de igualdad con el hombre.

La realización de la igualdad entre el hombre y la mujer implica que haya entre ambos igualdad de derechos, oportunidades y responsabilidades que les permita desarrollar sus talentos y aptitudes individuales para su satisfacción personal y en beneficio de la sociedad.

En Costa Rica, el artículo 33 de la Constitución Política establece el principio de igualdad ante la ley, y en el campo político, este principio se cumple al disponer el artículo 90 de nuestra Carta Magna: "La ciudadanía es el conjunto de derechos y deberes políticos que corresponde a los costarricenses de uno u otro sexo mayores de dieciocho años"; en el artículo 108 del mismo cuerpo legal, al no establecer diferencia entre hombres y mujeres, en cuanto a los requisitos que exige para ser electo diputado; y en el artículo 23 del Código Municipal, especialmente, que tampoco hace diferenciación alguna de sexo al establecer requisitos para ser Regidor.

Circunscribiendo el problema de igualdad a la realidad vivida en el campo municipal, podemos notar que, en el período comprendido entre 1953 y 1974, la situación de facto ha marchado totalmente divorciada de la situación de iure, ya que sólo en un bajísimo porcentaje, como puede verse en el cuadro anexo N° 1, se le ha dado a la mujer la oportunidad de ser electa en los gobiernos locales, no obstante que ella, por naturaleza propia, se identifica en mayor grado que el hombre, con los problemas de su comunidad, y por lo tanto, se encuentra en condiciones de resolverlos con la prioridad que a cada uno de ellos le corresponde.

A nivel internacional goza Costa Rica de gran prestigio por el desarrollo cultural e intelectual que ha alcanzado, prestigio que, a nuestro juicio, es merecido, y que, sin embargo, no se refleja en algunos casos, al nominar a las personas que habrán de ocupar puestos de elección popular. Consideramos que en la población femenina del país, existe un gran porcentaje de mujeres altamente capacitadas para desempeñar regidurías y sindicaturas, por lo que se recomienda:

% DE PARTICIPACION DE LA MUJER EN LA ASAMBLEA LEGISLATIVA PERIODO COMPRENDIDO 1949-1974

	49-53	53-58	58-62	62-66	66-70	70-74	74-78	TOTAL
Hombre	45	42	45	56	54	52	53	347
% Hombres	100%	93.33%	95.75%	98.25%	94.74%	91.23%	92.98%	95.07%
Mujeres	0	3	2	1	3	5	7	18
% Mujeres	0%	6.67%	4.25%	1.75%	5.26%	8.77%	4	4.94%
Total de la elección de diputados	45	45	47	57	57	57	57	365

Hacer una atenta y enérgica excitativa a los diferentes partidos políticos mediante comunicación escrita a sus Directorios, a efecto de que cumplan los preceptos constitucionales y legales que establecen el principio de igualdad ante la ley, que conlleva el de igualdad de oportunidades para hombres y mujeres, y que nominen, en cargos efectivamente electivos en las papeletas municipales del país, a igual número de mujeres que de hombres considerando, en ambos casos, la capacidad de los candidatos a efecto de que redunde en una efectiva labor comunitaria.

PERIODO 1953-1978

	PERIODO 1953-1978			PERIODO 1953-1978		
	Nº de Hombres	Nº de Mujeres	Total	% Hombres	% Mujeres	Total
Total General	7.264	223	7.487	97%	3%	100%
Síndicos Propietarios	1.758	57	1.815	96.85%	3.15%	100%
Regidores Suplentes	1.459	82	1.541	94.70%	5.30%	100%
Regidores Propietarios	2.025	35	2.060	98.30%	1.70%	100%
Síndicos Suplentes	2.022	49	2.071	97.65%	2.35%	100%

| LEYENDA |
|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|
| 10000 | 10000 | 10000 | 10000 | 10000 | 10000 | 10000 | 10000 | 10000 | 10000 |
| 20000 | 20000 | 20000 | 20000 | 20000 | 20000 | 20000 | 20000 | 20000 | 20000 |
| 30000 | 30000 | 30000 | 30000 | 30000 | 30000 | 30000 | 30000 | 30000 | 30000 |
| 40000 | 40000 | 40000 | 40000 | 40000 | 40000 | 40000 | 40000 | 40000 | 40000 |
| 50000 | 50000 | 50000 | 50000 | 50000 | 50000 | 50000 | 50000 | 50000 | 50000 |
| 60000 | 60000 | 60000 | 60000 | 60000 | 60000 | 60000 | 60000 | 60000 | 60000 |
| 70000 | 70000 | 70000 | 70000 | 70000 | 70000 | 70000 | 70000 | 70000 | 70000 |
| 80000 | 80000 | 80000 | 80000 | 80000 | 80000 | 80000 | 80000 | 80000 | 80000 |
| 90000 | 90000 | 90000 | 90000 | 90000 | 90000 | 90000 | 90000 | 90000 | 90000 |
| 100000 | 100000 | 100000 | 100000 | 100000 | 100000 | 100000 | 100000 | 100000 | 100000 |

LEYENDA

LEYENDA

EL REGIMEN PATRIMONIAL DE LA FAMILIA

Dr. Gerardo Trejos

El matrimonio es un contrato que une a dos personas para el cumplimiento de deberes de asistencia, respeto, ayuda mutua y vino que produce también su influencia en el patrimonio familiar.

El régimen patrimonial de la familia es la aplicación jurídica de la comunidad de bienes que se establece entre los cónyuges y sus hijos, y que tiene por objeto el cumplimiento de los deberes de asistencia, respeto y ayuda mutua que impone la ley.

El régimen patrimonial de la familia se establece en virtud de la ley, que impone a los cónyuges y a sus hijos el cumplimiento de los deberes de asistencia, respeto y ayuda mutua, y que produce sus efectos en el patrimonio familiar.

El Código Civil de Costa Rica establece en sus artículos 100 y 101 del Libro I, el régimen patrimonial de la familia, que es el régimen de bienes que se establece entre los cónyuges y sus hijos.

El régimen patrimonial de la familia es un contrato que se establece entre los cónyuges y sus hijos, y que produce sus efectos en el patrimonio familiar.

1. Introducción.

El matrimonio no sólo produce una serie de efectos personales entre los cónyuges (deber de cohabitación, socorro, respeto, fidelidad, etc.) sino que extiende también su influencia a la esfera patrimonial.

El régimen patrimonial de la familia es la regulación jurídica de la situación que el matrimonio instaura en lo económico⁽¹⁾. Generalmente las legislaciones no imponen a los que se casan un régimen determinado, sino que ofrece a los contrayentes, para que ellos escojan libremente, varios tipos de sistemas, que los códigos preestablecen y regulan. Diversos ordenamientos brindan a los interesados la posibilidad de que ellos mismos establezcan y estructuren, mediante un contrato tradicionalmente llamado *capitulaciones matrimoniales*, cualquier otro sistema que juzguen más adecuado para regular sus relaciones patrimoniales. Únicamente en defecto de ese acuerdo, cuando los futuros esposos no celebran convenio alguno, entra a funcionar un régimen supletorio establecido por la ley.

Diversos regímenes son posibles en esta materia; el llamado *régimen separatista*, que garantiza la independencia de los esposos en cuanto a la administración, al goce y la libre disposición de los bienes, o bien un régimen comunitario que venga a crear por el contrario, la comunidad de bienes entre los esposos. Entre esos dos extremos caben también otros regímenes en los que, de diversos modos y en diversos grados, la economía conyugal se organice en formas intermedias⁽²⁾.

Nuestro Código de Familia, siguiendo en este particular el ejemplo del Código Civil, ha regulado estas cuestiones de modo sucinto aun cuando introduce innovaciones de no escasa importancia que serán de relieve en este capítulo.

(1) ALBALADEJO, M. *Manual de Derecho de Familia y Sucesiones*. (Librería Bosch, Barcelona, 1974. pg. 75).

(2) Ibid.

2. Las capitulaciones matrimoniales:

Los redactores de nuestro Código Civil, apartándose del modelo francés, "suprimieron del Libro relativo a los contratos singulares la parte dedicada a los contratos de matrimonio. Merced a esa grave laguna nuestro régimen patrimonial familiar ha sido regulado por pocas normas que consagran un sistema insuficiente . . ." (3). Al igual que el Código Civil, la legislación de familia no ofrece a los interesados, cosa que sí hacen la gran mayoría de las legislaciones extranjeras, *modelos* o tipos de regímenes patrimoniales preestablecidos, entre los cuales puedan elegir al que más les convengan mediante el contrato matrimonial o capitulaciones matrimoniales.

Esta omisión no es obstáculo para que, a tenor del artículo 37 del Código de Familia, los interesados puedan otorgar *capitulaciones matrimoniales*, expresión que designa, como ya hemos dicho, al contrato que regula el régimen económico del matrimonio.

Las capitulaciones pueden ser otorgadas por todo el que pueda casarse, es decir, pueden ser otorgadas también por un menor de edad mayor de quince años (V. art. 38), pero si tal menor ha sido emancipado por un matrimonio anterior, la escritura será otorgada por su representante (tutor o padre en ejercicio de la autoridad parental), previa autorización motivada del Tribunal, que interviene por mandato de la ley en resguardo de los intereses pecuniarios del menor.

La forma del convenio es importante. Para que éste sea válido debe constar en escritura e inscribirse en el Registro Público. La intervención del notario y la publicación son, por consiguiente requisitos "*ad substantiam*" (4).

Las capitulaciones pueden referirse tanto a los bienes *presentes* (o sea, a los bienes propios que cada cónyuge aporte al matrimonio) como a los *bienes futuros* (los que se adquieran después de que el matrimonio ha sido celebrado), y pueden regular no sólo lo relativo a la propiedad de tales bienes sino también a la administración y goce de los mismos.

Las capitulaciones hechas antes del matrimonio entran en vigencia al celebrarse el mismo, una vez que han sido debidamente

(3) ANTILLON-TREJOS, *El Derecho Costarricense (Sinopsis)*. (Imprenta Nacional, 1970). p. II.

(4) Luis Fernando Solano Carrera, en "*Bienes Gananciales*". Tesis de grado. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica, 1969, p. 13 opina que el Código Civil (art. 466, inciso 7) y el Código de Comercio (art. 235, inciso g), limitan parcialmente el requisito de inscribir en el Registro Público las capitulaciones, porque de conformidad con las citadas normas en el Registro Civil se inscribirían capitulaciones matrimoniales cuando en virtud de ellas se establezca comunidad de bienes. No somos de ese criterio. Consideramos que en el artículo 39 del Código de Familia —y lo mismo puede decirse respecto de la norma que contenía el art. 75 del Código Civil— ordenan irrestrictamente la inscripción de las capitulaciones matrimoniales, cualquiera que sea el contenido del contrato matrimonial.

inscritas en el Registro Público, y pierden toda eficacia si las bodas no se celebran, o mejor dicho, sus efectos se producen únicamente en el caso de que el matrimonio llegue a celebrarse.

También serán inválidas, por inobservancia de la forma legal, por defecto de capacidad de los otorgantes, y por las demás causas de invalidez comunes a todos los negocios jurídicos (error, dolo, violencia, etc.), o, como bien señala Albaladejo, "por no precisar suficientemente el régimen de bienes adoptados" (5).

Los interesados están facultados para, de mutuo acuerdo, modificar las capitulaciones, después de celebrado el matrimonio, tantas veces como quieran, siempre y cuando guarden al hacerlo los requisitos que se exigen para su otorgamiento (6). Pero el cambio no perjudicará a terceros sino después de que se haya publicado en "La Gaceta" un extracto de la escritura de modificación y ésta quede inscrita en el Registro Público.

Obsérvese que el Código ordena la publicación únicamente cuando se proceda a modificar las capitulaciones. una vez contraído el matrimonio, y no para la celebración de las mismas.

Juzgamos que nada se opone a que los cónyuges que hubieren celebrado capitulaciones matrimoniales liquiden más tarde el régimen que hubieren escogido y se acojan a otro enteramente diferente. (7)

Si los cónyuges tienen hijos menores de edad, la modificación de las capitulaciones no podrá llevarse a cabo sino con autorización del Tribunal (exigencia que no contenía el Código Civil), quien deberá resguardar los intereses del menor.

El Código de Familia permite a los cónyuges (no sólo a los futuros esposos) celebrar capitulaciones matrimoniales (V. art. 37). Es decir, la nueva ley, a diferencia del Código Civil, permite celebrar por vez primera capitulaciones después de contraído el matrimonio.

Al desaparecer de nuestro derecho la autoridad marital y considerar a la mujer como ser adulto y plenamente capaz, lógicamente tenía que ser derogada la prohibición anterior (8).

(5) ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 83.

(6) *Ibid.*, p. 82.

(7) V. una opinión contraria a la nuestra en Oscar Fonseca Montoya, "*El régimen patrimonial del matrimonio*". Tesis de Grado, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. 1975. p. El autor de esa Tesis considera implícitamente que nuestro Código de Familia niega tal posibilidad.

(8) Es interesante observar que en la Comisión Redactora se discutió largamente sobre la conveniencia de autorizar la celebración de capitulaciones matrimoniales entre cónyuges; cinco personas votaron en contra de la autorización y cuatro a favor. El Lic. Carlos José Gutiérrez, esbozó los siguientes argumentos: "En la mayoría de los casos, al momento de celebrarse el matrimonio no existen bienes. La mayoría de las personas se casan en una edad en la cual apenas comenzando a desarrollar sus actividades comerciales o profesionales. Y pensar que dos jóvenes que se casan careciendo totalmente de bienes, van a celebrar capitulaciones matrimoniales, me parece un ejercicio intelectual ocio-

En la ausencia de capitulaciones matrimoniales, las relaciones patrimoniales entre los cónyuges se regulan por el sistema supletorio que establecen los artículos 40 y 41 del Código de Familia, a cuyo estudio consagramos el máximo subtítulo de este capítulo.

En este punto, el Código de Familia no hace otra cosa que ser consecuente con el principio de igualdad de derechos y deberes de los cónyuges proclamado en el artículo 2 y con su propósito de considerar la mujer como un ser adulto que ha perdido las *capitis diminutio* de antaño, pues la prohibición de celebrar capitulaciones matrimoniales después de contraído el matrimonio tenía por fundamento la sumisión de la mujer a la autoridad marital, y el deseo de tutelar a la mujer pues, decía la doctrina... "pudiera ser que el marido la obligara a la renuncia de derechos o a aceptar cláusulas perjudiciales para ella..."⁽⁹⁾.

3. El régimen de participación diferida en los gananciales⁽¹⁰⁾.

El régimen patrimonial supletorio regulado en nuestro ordenamiento se conoce en nuestro país, común y erróneamente, con el nom-

so. En la mayoría de los casos, se trata de personas de pocos recursos económicos, ya aún en la clase media, la celebración del matrimonio se hace apenas con el dinero para cubrir los gastos esenciales del mismo. Y me parece que, en parte, a eso se debe que el régimen de capitulaciones patrimoniales no se utilice. Este régimen supone que existen bienes, que es necesario establecer la fórmula según la cual van a disponerse esos bienes. Es muy diferente a la situación cuando, transcurrido un cierto número de años de matrimonio, se comienza a tener un cierto éxito en los negocios, en la actividad comercial. Entonces sí surge la necesidad de determinar un régimen sobre los bienes. Por eso me parece que la exigencia de que las capitulaciones matrimoniales chocan con la realidad, pues, en la mayoría de los casos, no existe ningún patrimonio que repartir". (V. Acta N° 22, p. 5).

Un año más tarde, la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos aceptó autorizar la celebración de capitulaciones después del matrimonio. (V. TREJOS, G., *Observaciones y comentarios al Proyecto de Código de Familia*. Asamblea Legislativa. 1972. p. 57 y ss.).

(9) BRENES CORDOBA. Op. cit. p. 154.

(10) Este régimen tiene un pasado varias veces secular en el derecho húngaro (siglo XVI). Este régimen después de 1911 como régimen convencional en Austria. Suecia lo introdujo como régimen legal el 11 de junio de 1920. Esta última introducción provocó la aparición de un gran número de proyectos y aun de leyes positivas en diversos países. Este régimen ha recibido diferentes nombres, según los países; sociedad legal de gananciales (Francia); comunidad diferida (Bélgica); separación de bienes con compensación de gananciales o régimen de compensación de gananciales (Alemania). También el régimen es conocido bajo el nombre de comunidad póstuma. (V. Pierre Spiteri "*L'egalité des époux dans le régime matrimonial legal*". Librairie de Droit et de Jurisprudence. París. 1965. p. 172).

bre de "sociedad legal de gananciales"⁽¹¹⁾. Costa Rica fue el primer país del mundo en establecerlo, en el año 1888. En 1920 lo acogió el derecho sueco; en 1957 la República Federal Alemana, como régimen legal; y en 1965 Francia, como régimen optativo. Pero también lo regula el derecho positivo de Colombia, Perú y Honduras.

El laconismo (dos disposiciones solamente) con que nuestro ordenamiento trata esta materia ha sido la causa de una rica jurisprudencia que vino a desarrollar los alcances de las normas y a resolver muchos problemas imprevistos.

Nuestro sistema combina el régimen de separación con el régimen de comunidad. Régimen mixto, brinda a los esposos la posibilidad de poseer bienes separadamente, pero al mismo tiempo los asocia a los beneficios, a los gananciales, con el objeto de conciliar el gusto por la independencia y la atracción por la comunidad mediante un sistema de participación diferida al momento de la disolución del régimen.

Un elemento separatista garantiza la independencia recíproca de los esposos hasta la disolución del régimen, mientras que un elemento comunitario asegura a cada uno de ellos una participación en los beneficios del otro, cuando el régimen se disuelve. Separados de bienes durante la vigencia del matrimonio, cada uno de los esposos participa en las ganancias del otro, a la hora de la disolución⁽¹²⁾.

(11) El Lic. Antonio Picado consigna la justa apreciación de que es totalmente erróneo denominar a nuestro régimen "Sociedad Legal de Gananciales".

"Al disolverse el matrimonio por divorcio o muerte de uno de los cónyuges, no nace, como algunos creen, la sociedad conyugal respecto al patrimonio, caso en el cual podría hablarse de liquidación de la sociedad y de saldo líquido, sino que lo que procede es una división de los bienes que deben reputarse como comunes en virtud de haber sido adquiridos dentro del matrimonio a título oneroso.

Respecto de esos bienes, se considera que ambos cónyuges son copropietarios, o sea, que les pertenecen por iguales partes. En "*Deudas de los cónyuges al disolverse el matrimonio*". (En Revista del Colegio de Abogados, Tomo VI, N° 12, Año VII, N° 72. p. 366).

Sobre la opinión —también errónea— del Lic. Antonio Picado que nos hemos permitido subrayar, volveremos más adelante.

(12) Nuestro régimen fue severamente enjuiciado por don Alberto Brenes Córdoba en un virulento trabajo publicado en 1908 el cual reproducimos íntegramente por ser desconocido:

La situación creada por nuestro derecho positivo en cuanto a los bienes de los cónyuges, es por todo extremo irregular. Según el Código Civil, cada cónyuge es dueño del caudal que aporta al matrimonio y del que adquiera durante él; pero al disolverse la unión, los bienes en poder de los esposos se presumen comunes y se distribuyen por igual, excepto los que se pruebe que fueron adquiridos antes del matrimonio, o durante el mismo "por título lucrativo".

Resulta de aquí que mientras existe la unión conyugal no se presenta dificultad alguna respecto al dominio que cada consorte tiene sobre sus bienes; mas

El régimen de participación diferida en los gananciales, es, por consiguiente un régimen híbrido y alternativo; intermediario entre los regímenes comunitarios y los regímenes separatistas, nuestro régimen patrimonial supletorio (que regula las relaciones patrimoniales de la gran mayoría de los hogares costarricenses) funciona como separatista pero se liquida como comunitario.

Esta particularidad tan característica dicta el método que ha de seguirse en su análisis. En efecto, a la hora de estudiar el régimen de participación diferida en los gananciales es preciso distinguir dos situaciones: la correspondiente al período en que se halla en vigor el matrimonio y la que sobreviene al disolverse éste.

desde el momento en que sobreviene la disolución del vínculo, el caso es diferente: la ley presume copropiedad de bienes, menos en lo que atañe a los adquiridos por donación o herencia; de suerte que cuando fallece uno de los consortes, el sobreviviente queda desde luego impedido para disponer y aun para administrar a título de dueño, los bienes que en realidad le pertenecen. De este modo, al propietario de bienes raíces, al comerciante, al hombre de negocios, apenas muere su mujer sobreviéndole una cuasi interdicción legal: ya no le es posible, al primero, vender, hipotecar ni dar en arrendamiento las fincas que tiene inscritas en su nombre; ni al segundo disponer de las mercaderías y demás efectos que maneja y se hallan en su poder; ni al último, conceder prórogas, cancelar créditos activos, traspasar instrumentos de crédito, ni efectuar ninguna otra operación por el estilo.

Tal estado de cosas presenta serias dificultades. Si a la mujer se le ha ocurrido nombrar para albacea a persona distinta de su marido, éste puede ser arrojado de su propio hogar y privado hasta de los medios para hacer frente a sus compromisos y para continuar sus negocios. A hombres se ha visto, en tan apurado trance, antedatar el traspaso de documentos otorgados a su favor para impedir que caigan en poder de albacea y con el fin de procurarse así algunos recursos; es decir, que para conservar valores que le pertenecen tiene que recurrir a ilícitos manejos; y todo por los rigores de una ley inconsulta!

Porque no hay razón para que la ley establezca, ni por un momento, copropiedad de bienes en virtud del matrimonio, tanto por ser el objeto de este la procreación y el mutuo auxilio, no la adquisición de capital, como por existir notable desigualdad entre el esfuerzo producto del marido y el de la mujer. De importancia suma es la función social que la mujer desempeña. Su abnegación, su temura, los mil cuidados y sacrificios que la crianza de sus hijos le impone su influencia bienhechora en el desenvolvimiento de dulces afectos y generosos impulsos en el hombre, son de inestimable valor y merecen nuestro más vivo reconocimiento. Mas su colaboración en el orden económico —considerado el asunto en su aspecto general— es insignificante y, con frecuencia, negativa. Las funciones de la mujer siendo, como son, de carácter doméstico, carecen de la necesaria aptitud para la producción de capital; y de ahí que cuando, en el curso del matrimonio se adquieren bienes, es casi seguro que ello se debe al trabajo del marido exclusivamente. Entonces, si esto es así, si el fenómeno general sociológico que es el que sirve de fundamento para establecer las presunciones legales, es contrario a la igualdad en el punto que se analiza no es sobradamente injusto que se conceda por igual

- a) *Mientras subsiste la unión*, como bien lo expresa don Alberto Brenes Córdoba, “los caudales de los cónyuges, tanto los aportados como los que adquirieron con posteridad “por cualquier título” permanecen en cabeza de sus respectivos dueños, quienes ejercen sobre ellos todos los atributos del dominio, del mismo modo que si no existiera ningún lazo matrimonial entre los propietarios”⁽¹³⁾.

a los cónyuges la propiedad de los bienes que se hallan en su poder? Si se tratara de aquellos cuya procedencia es dudosa, como podría ocurrir respecto a los objetos que constituyen el menaje de la casa, a las alhajas, y aun al dinero, la presunción de copropiedad estaría en su lugar; pero de ninguna manera con referencia a los de otra naturaleza, y en particular a los inmuebles, —allegados por uno de los esposos a título oneroso. Proceder como lo hace nuestra ley, es apartarse de la realidad de las cosas y crear una situación impropia, con perjuicio de indudables derechos y en mengua del respeto a la propiedad legítimamente adquirida.

Donde más resalta la anomalía apuntada, es respecto a cónyuges que por largo tiempo han estado separados de hecho. En la adquisición de bienes verificada por uno de ellos, es evidente que el otro no ha tenido la menor participación ni directa, ni indirectamente; y no obstante, hay respecto a tales bienes, comunidad legal.

Es verdad que el defecto de la ley puede corregirse por medio de capitulaciones matrimoniales en que se estipule absoluta separación de patrimonios aun al disolverse el vínculo, pero no es menos cierto que la celebración de ese compromiso no ha entrado en nuestras costumbres, de modo que el estado común de derecho entre los cónyuges en lo tocante a los bienes que poseen al sobrevenir la cesación del matrimonio, es la comunidad en referencia. Los redactores del Código Civil de Nicaragua al tratar de esta materia, adoptaron las disposiciones del nuestro consignadas en los artículos 76 y 77, pero en lo relativo a este último, lo modificaron así:

“Art. 156. Los bienes existentes en poder de los cónyuges, al disolverse el matrimonio, si no se prueba que fueron introducidos al matrimonio o adquiridos durante él por uno de ellos, se considerarán comunes y se distribuirán entre ambos cónyuges”.

Así, pues, con haber suprimido la frase: “Por título lucrativo” se evitó la anomalía del texto original; de donde resulta que en aquel país no es posible que, roto el vínculo a un cónyuge se la prive en favor del otro o en favor del o de los sucesores de éste, de la mitad de los bienes que le pertenecen. De desearse sería que de nuestra parte, adoptásemos tan oportuna norma; porque el asunto no es de poca monta; aunque los malos efectos de la aludida disposición no son de trascendencia social, no por eso hay que desenvolverse a la sombra protectora de la ley. (En Revista El Foro. T. IV. N° 5, de 15 de setiembre de 1908. p. 155 y S.).

(13) Ibid.

Por consiguiente, cada dueño *administra, goza y dispone* de sus bienes⁽¹⁴⁾, sin necesidad de requerir el "asentimiento", pues, como bien lo expresa la ley, 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 (oneroso o gratuito o por causa aleatoria) y de los frutos de unos y otros⁽¹⁵⁾.

Pero en contrapartida cada esposo responde separada e individualmente de las deudas contraídas antes o después de la celebración de las bodas. Esta última idea la ha expresado claramente nuestra Sala de Casación en numerosas ocasiones al señalar que "Según nuestra legislación, la formación del lazo matrimonial, en cuanto al régimen económico, no crea una entidad distinta de la persona de los cónyuges sobre la cual pese la obligación de pagar las deudas por ellos contraídas; *nuestro sistema de completa independencia de patrimonios, de libre disposición de los bienes y de sus frutos mientras no se disuelva el vínculo* (la cursiva es nuestra) es adverso al criterio de la comunidad de las deudas contraídas por uno de los esposos sin la anuencia del otro, respecto de las cuales deben ser considerados como terceros, siendo constante la jurisprudencia en el sentido de que los créditos pasivos de los consortes que no han sido constituidos de modo conjunto, corren a cargo del que haya recibido el dinero o servicio que les haya dado origen y fir-

(14) La Sala de Casación ha dicho que "las compraventas que realice una persona de bienes adquiridos a título oneroso siendo casado, antes de que se dictare su divorcio, tienen fundamento en los principios de propiedad absoluta y libre disposición de los bienes, a falta de capitulaciones matrimoniales". Muñoz Chávez vs. Rojas Díaz y otros. Cas. 16:30 hrs. del 28 de marzo de 1950. I Sem. I Tomo, p. 167.

(15) Más obsérvese que, como acertadamente señala el Profesor Pablo Casafont, para comprender los alcances de esta disposición y para su correcta inteligencia, "debe entenderse forzosamente referida a los actos de disposición legítimos, normales, implicativos si son a título oneroso de cambios patrimoniales sin norma del haber matrimonial, y no, ni nunca a disposiciones o enajenaciones de bienes simulados, ficticias o aparentes, a los simulacros de contratos, llevados a cabo con torcida intención, las más de las veces, que ni siquiera autoriza a llamarlos "actos de disposición" dada su inexistencia o nulidad absoluta, ya los cuales la ley no brinda su protección o tutela, antes bien, los condena con su total ineficacia. "La ineficacia del contrato simulado y su acción para impugnarlo". Revista de Ciencias Jurídicas (Fac. de Derecho. Universidad de Costa Rica, N° 1. p. 53). Así por ejemplo, lo decisivo en un caso es la originaria adquisición de la finca, comprada con el esfuerzo común de los cónyuges, por lo que la pretensa maniobra de sustraer dicho inmueble del régimen de los gananciales, mediante los sucesivos traspasos que se operan entre la demandada y el cómplice de su adulterio, no tiene la virtud de eliminar la existencia de las vicisitudes que sufrió, no ha dejado de ser un bien ganancial. V. Sala Primera Civil, Res. N° 19, de 9 hrs. del 9 de enero de 1973. H. R. G. vs. J. V. A.

mado el respectivo título". (V. Monestel Zamora vs. Chávez Herrera. Cas. 9:35 hrs. del 21 de marzo de 1941, I Sem., Tomo Unico, p. 616).⁽¹⁶⁾

Naturalmente que en caso de obligaciones conjuntas o solidarias contraídas por ambos cónyuges en caso de disolución del vínculo matrimonial por muerte, los bienes gananciales del cónyuge supérstite sí responden por las deudas contraídas por ambos esposos.

La libertad para el goce, administración y libre disposición de los bienes que brinda nuestra ley está referida tanto a los bienes gananciales (que son, salvadas las excepciones mencionadas en el artículo 41, todos los bienes existentes en poder de los cónyuges al disolverse y al ser declarado nulo el matrimonio o al declararse la separación judicial, o al otorgar los esposos capitulaciones que vengan a instaurar otro régimen patrimonial), como a los bienes propios de cada esposo.

Son bienes propios de cada cónyuge y, por consiguiente, no son gananciales según nuestra ley:

- a) Los bienes que fueron introducidos al matrimonio o adquiridos durante él por título gratuito (o sea virtud de herencia, legado o donación)⁽¹⁷⁾, o por causa aleatoria (lo que

(16) Otra sentencia posterior reitera la misma doctrina al señalar que "El régimen económico de absoluta independencia de patrimonio durante el matrimonio, establecido por la ley, ha propendido a establecer que las deudas de un cónyuge son sólo de él. (V. Herrera Umaña vs. Herrera González y otras. Cas. 14:45 hrs. del 14 de abril de 1944. I Sem., Tomo I, p. 413).

Esta doctrina ha sido sustentada por nuestros tribunales desde 1919. En efecto, en sentencia de Casación de las 2:25 p. m. del 9 de octubre de 1919, ese tribunal dijo: "Que conforme a nuestro derecho positivo, el matrimonio no produce comunidad de bienes; sino que cada cónyuge queda dueño y dispone los que tenía al contraer matrimonio, de los que adquiriera durante él por cualquier título y de los frutos de unos y otros.

Que al existir tal separación de patrimonio, es evidente que las deudas que cualquiera de los esposos contraiga deben ser satisfechas por el deudor o con bienes que de manera exclusiva le pertenezcan, sea cual fuere el empleo que hubiere dado al dinero o especies de que la deuda provenga". V. La abundante jurisprudencia que sobre este particular menciona Antonio Picado Guerrero en el artículo citado en la nota número 11.

(17) Según Cas. de 8:55 hrs. del 8 de agosto de 1938 la declaración del esposo fallecido de que los bienes comprados por su mujer son de ella únicamente, por haberlos adquirido con haberes propios, equivale a una donación o renuncia de gananciales no prohibida por la ley que en tal concepto debe reputarse que tales bienes han sido adquiridos por título lucrativo. (Rodríguez Vázquez vs. Registro Público. II Sem. Tomo Unico, p. 1443).

Por otra parte, es del caso hacer notar que el contrato que celebraron los cónyuges mediante el cual el marido donó unos bienes a su esposa, no puede considerarse como una distribución de los bienes adquiridos por el esposo durante el matrimonio; de lo que se trata es de una donación, pues a falta

cualquier cónyuge gane en la lotería o en el juego, por ejemplo) ⁽¹⁸⁾.

- b) Los bienes comprados con valores propios de cada uno de los cónyuges destinados para ello en las capitulaciones matrimoniales ⁽¹⁹⁾.
- c) Cuando la causa o título de adquisición precedió al matrimonio (una herencia, por ejemplo).
- d) Si se tratare de bienes *muebles* o *inmuebles* que fueron debidamente subrogados a otros propios de alguno de los cónyuges.
- e) Los adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges.

Ha de subrayarse que el Código de Familia moderniza las disposiciones del derecho costarricense que indicaban cuales bienes de un matrimonio regido por el régimen de participación diferida de gananciales se exceptuaban de la condición de comunes y quedaban bajo el dominio libérrimo de cada cónyuge. En efecto, el párrafo segundo del artículo 77 del Código Civil prescribía que los inmuebles (y sólo los inmuebles) que fueron subrogados a otros inmuebles propios de uno de los cónyuges, no tendrían la condición de comunes.

Esta disposición del Código Civil, adecuada para el Siglo XIX en el que la riqueza se componía fundamentalmente de bienes raíces, era anacrónica para el Siglo XX, pues hoy día muchas fortunas están constituidas de bienes muebles. Atendiendo a ese hecho, el artículo 41 del Código de Familia deja bajo el dominio de cada esposo y los excluye por consiguiente de la condición de comunes, a los bienes *muebles* o *inmuebles* que fueren debidamente subrogados a otros bienes propios de alguno de los cónyuges ⁽²⁰⁾.

de un convenio de separación judicial que comprenda lo relativo a bienes comunes, solo se podrían producir los efectos de repartición de gananciales si se hubiere consignado expresamente en el contrato que de ese modo quedaban satisfechos los gananciales que correspondían a la esposa, porque de lo contrario habría que concluir que toda liberalidad entre los cónyuges se reputa a título de gananciales, con lo cual se eliminaría la esencia misma de la liberalidad. (V. Sala Segunda Civil. Res. N° 305, 16:30 hrs. del 9 de octubre de 1973. Ordinario de N. V. M. vs. C. A. Z.).

- (18) Con mejor criterio el Código Civil de España (art. 1406) considera que lo que cualquier cónyuge gana en el juego es ganancial.
- (19) Se supone que en este caso las capitulaciones han derogado el régimen patrimonial legal.
- (20) V. Gerardo Trejos: *Observaciones al Proyecto de Código de Familia*. Asamblea Legislativa. 1972, pg. 62.

Fuera de los bienes enumerados, todos los demás bienes en *poder de los cónyuges* ⁽²¹⁾, son gananciales, es decir, proceden de las ganancias que cada esposo obtiene de su trabajo o de los rendimientos (rentas, frutos, dividendos, etc.) que proporcione el patrimonio personal y ganancial de los esposos.

Por otra parte debemos señalar que vigente el Código Civil, se planteó el problema de si los bienes adquiridos por los cónyuges durante la *separación de hecho* eran o no bienes gananciales. Una sentencia de la Sala de Casación de las 9:45 hrs. de 14 de marzo de 1940, les dio ese carácter: "El bien adquirido por el marido durante el matrimonio —consideró en esta oportunidad nuestro más alto Tribunal— tiene el carácter de ganancial distribuible por iguales partes entre ambos cónyuges declarados culpables en la sentencia de divorcio, por que si bien el esposo lo compró con su propio dinero estando separado de hecho, *la esposa en cambio le dio ocasión para poder hacerlo, cuidando y teniendo en su poder los hijos mientras duró la separación de hecho, con la economía que eso representó para el marido alejado de su hogar.* (la cursiva es nuestra) ⁽²²⁾.

Empero numerosas sentencias de nuestra Sala de Casación, anteriores y posteriores al fallo antes citado, habían negado categóricamente el carácter de gananciales a los bienes adquiridos por los consortes durante la separación de hecho. Esta última doctrina de Elena Moya contra Ignacio Arias Roldán (Cas. de 1:50 p. m. de 23 de noviembre de 1905. V. Tomo Unico, II Sem. p. 337). En esta oportunidad la Sala de Casación expresó que "Las leyes que instituyen y reglan los bienes gananciales han de entenderse aplicables cuando el matrimonio ha existido normalmente, es decir, cuando ha habido comunidad de bienes y los cónyuges han cumplido el fin esencial de prestarse mutuo auxilio; pero no cuando uno de ellos se desentiende de los deberes matrimoniales. Está justificado el hecho de que la demandante, lejos de poner en la vida conyugal la cooperación que a la esposa toca de cariñosa asistente para su marido y de cuidado por la honra, buen orden y economía del hogar, lo abandonó de un modo absoluto poco tiempo después de celebrado el matrimonio. La ley no puede acordar

- (21) Para la distribución de los bienes entre los cónyuges al disolverse el matrimonio, expresa la Sala de Casación; es condición necesaria que ellos estén en poder de los esposos, lo cual excluye la idea de que entren en repartición los ya enajenados, con perjuicio de quien los adquirió legítimamente. Mientras Alfaro vs. Sucesión Rodríguez Barrantes. Cas. 15 hrs. del 1 de diciembre de 1948. II Sem. Tomo Unico. p. 826.
- (22) V. Robles Angulo vs. Sosa Gómez, 1940. I Sem., Tomo I, p. 171.

ventajas en una sociedad al socio que, en vez de contribuir al buen régimen y prosperidad de ella, falta a todas las obligaciones que su contrato le impone". Esta tesis fue reiterada en numerosas ocasiones por nuestros Tribunales⁽²³⁾.

El Código de Familia vino a poner término a toda discusión sobre la naturaleza de los bienes adquiridos por los esposos durante la separación de hecho. En efecto, por moción del entonces Diputado Licenciado Jorge Solano Chacón, la Asamblea Legislativa, en la decisión final del proyecto, agregó al artículo 41 del Código de Familia el antes citado inciso e) por medio del cual se excluyen del haber común aquellos bienes adquiridos durante la separación de hecho de los esposos. El Diputado, en apoyo a su propuesta, expresó lo siguiente:

"Ya este principio doctrinario lo han acogido los Tribunales de Justicia mediante una jurisprudencia que se respeta, en el sentido de que los bienes que se hagan, no entran en la división, esto por una razón lógica: se presume que no ha habido colaboración para hacerlo"⁽²⁴⁾.

Como ha podido verse, vigente el matrimonio en régimen de participación diferida en los gananciales funciona integralmente como un *sistema de completa separación de bienes*, en el que "cada contrayente permanece con exclusivo dominio sobre lo que aporta al unirse en matrimonio y sobre lo demás que en lo sucesivo adquiriera"⁽²⁵⁾.

Posee las ventajas, nuestro régimen legal del sistema de completa separación de bienes, régimen económico conyugal que nuestro más eminente civilista consideraba como el más apropiado, "...Por cuanto deja en completa libertad a los esposos para la adquisición y disposición de bienes, no obstante encontrarse unidos por el estrecho lazo del matrimonio, y porque mantiene la autonomía de la mujer"⁽²⁶⁾.

23) V. entre otras, las siguientes resoluciones: Sent. Cas. 101, II Sem. I Tomo 1959, p. 664; Segura Ramírez y otro vs. Registro Público; Rodríguez Villalobos vs. Pérez Chacón, Cas. 95. II Tomo 1966, p. 513; Solano Carvajal Cordero y otro. Cas. 133, II Sem., II Tomo, 1965, p. 1187; Castro Chinchilla vs. Navarro Padilla Cas. 110, II Sem. 1965. p. 578. Sala Primera Civil. Sentencia 244 de agosto de 1972.

24) V. p. 24 del Acta de la sesión plenaria celebrada por la Asamblea Legislativa el 10 de octubre de 1973. Luis Fernando Solano Carrera op. cit. p. 51, juzga que no parece del todo justo aplicar esta solución al esposo que no ha dado lugar a la separación de hecho.

25) BRENES CORDOBA, op. cit., p. 153.

26) Ibidem.

Pero la explicación de la condición jurídica de los bienes de los cónyuges durante la vigencia del matrimonio no se agota en la afirmación de que en esa etapa rige un sistema de completa separación de bienes. En efecto, no obstante esa separación, una vez celebrado el matrimonio nace en cada esposo un *interés de participar en los gananciales del otro*. Ciertamente, ese interés no da origen, vigente el matrimonio, a derechos actuales, inmediatamente exigibles, sino a un *derecho eventual* o *interés legítimo* que debe ser protegido y conservado por el ordenamiento⁽²⁷⁾. Así por ejemplo a la demanda de uno de los esposos, los Tribunales, con fundamento en los artículos 835 inciso 1) 837 y 1001 del Código Civil, deberían declarar la nulidad absoluta de una venta simulada de bienes que amenace con vulnerar el *derecho eventual*, el interés legítimo, que cada cónyuge tiene en particular en los gananciales de su consorte⁽²⁸⁾.

Con el objeto de resguardar debidamente ese *derecho eventual* a la hora de presentar una demanda de divorcio o separación judicial, los litigantes deben tener el cuidado de solicitar al Tribunal la liquidación del patrimonio conyugal y de pedir la anotación de la demanda en el Registro Público, al margen de las fincas que formaban ese patrimonio, no hay obstáculo legal para que el cónyuge que tenía el dominio disponga de ellas (V. art. 469, inciso 1) del Código Civil y Cas. 16:30 hrs. del 28 de marzo de 1950, I Sem., I Tomo, p. 167. Núñez Chavez vs. Rojas Díaz y otras). Recuérdese que, por el contrario, el auto que ordena el mandamiento de anotación de la demanda de divorcio o de separación judicial al margen de la propiedad de la finca adquirida por los cónyuges durante el matrimonio, tiene por objeto la inmovilización de ese bien, hasta tanto no se resuelva en sentencia de divorcio o de separación judicial lo atinente a la propiedad de dicho bien (V. Sala Segunda Civil, resolución número 220 de las 15:30 hrs. del 19 de junio de 1974, en ordinario de divorcio de I. M. V. contra M. B. M.) en lo que a bienes no registrables se refiere en que no es posible la anotación de la demanda de divorcio o separación judicial, nada se opone —como bien

(27) V. CORNU, G. "Les régimens matrimoniaux" (Coll. Thémis, P. U. F. París, 1974). En la doctrina costarricense el profesor Casafont ha puesto de relieve que "aunque sin hablar de momento de derechos concretos no específicos de un cónyuge respecto a los bienes inmuebles inscritos en nombre del otro, vigente el matrimonio, dada la particularidad de nuestro régimen legal es obvio que, en relación a los aludidos bienes conceptuados "comunes" por virtud del esfuerzo de los esposos, se configura una situación jurídica referida a ese aspecto patrimonial en la que destaca el *interés* recíproco de los esposos como sujetos de esas relaciones económico-jurídicas. Op. cit. p. 50.

(28) Ver nota número 15.

lo ha dicho la Sala Primera Civil— a que, a solicitud de parte, el Tribunal proceda a un simple inventario para los efectos ulteriores en caso de posterior traspaso y a pedir informes a los Bancos acerca de los depósitos existentes en caso de no proceder traspaso, pero no anotación de la demanda (V. Sala Primera Civil, Res. N° 88, de 9 hrs. del 17 de abril de 1973, en ordinario de separación judicial de M. del C. A. G. contra G. L. H.).

El Tribunal puede, —en nuestro concepto— no sólo pedir informes a los Bancos acerca de los depósitos existentes, sino también, una vez entablada la demanda de divorcio o separación judicial, ordenar el embargo de los depósitos bancarios a *efecto de salvaguardar la expectativa o el derecho eventual del demandante de participar en los gananciales de su consorte*. Por ello resulta carente de fundamento la doctrina sostenida por la Sala Segunda Civil en Res. N° 16 de las 14:30 hrs. del 18 de enero de 1973 en ordinario de B. R. S. S. contra R. A. M. K., según la cual salvo el caso de capitulación matrimonial la comunidad de bienes o sociedad conyugal no se establece sino al disolverse el vínculo matrimonial, sea cuando se produce el fallo y no antes, por lo que es posible acceder a la pretensión de que el monto en dinero depositado en cuenta bancaria perteneciente al cónyuge demandado el inicio de los procedimientos, se tenga como bien ganancial en una mitad.

b) *Disuelto el matrimonio* por muerte, por divorcio, por nulidad y aún en caso de simple separación judicial, cada esposo adquiere el derecho de participar en los gananciales en del otro.

Obsérvese que el artículo 41 del Código de Familia expresa solamente que los bienes *existentes*⁽²⁹⁾ *en poder de los cónyuges al disolverse el matrimonio*⁽³⁰⁾ *se considerarán comunes y se distribuirán por igual entre ambos*.

(29) La expresión *bienes existentes* debe entenderse en un sentido amplio. Así, por ejemplo, es ganancial el precio de un bien no pagado en vida de los cónyuges. Durante la vigencia del matrimonio los esposos pueden disponer libremente de sus bienes, como lo hizo —en un caso dado— la esposa del causante al venderle al demandado la finca en cuestión y también tenía la esposa facultades para recibir el precio de la misma, y por esta razón nada hubiera ocurrido si el comprador, en vida del esposo le hubiera pagado a la esposa de éste lo que le quedó debiendo por la venta de la finca, pero al morir aquél la situación de los bienes del cónyuge superviviente, adquiridos durante el matrimonio varió totalmente y entre esos bienes se encuentra incluida sin duda alguna la deuda de marras, porque ya no pertenecía exclusivamente a la esposa sino a la sociedad conyugal. (V. Sala 2ª Civil, Res. 209, 15:20 hrs., del 31 de julio de 1973. Ordinario de la Suc. de R. C. D. vs. C. B. S.).

(30) La ley expresa únicamente que son comunes los bienes existentes en poder de los cónyuges *al disolverse el matrimonio*. Debemos preguntarnos qué fundamento tiene entonces la afirmación de que la separación judicial, que no disuelve el

Nace entonces *el derecho a participar en los gananciales del otro cónyuge*. En efecto, al disolverse o debilitarse el vínculo mediante la separación judicial, o al otorgarse capitulaciones que vengán a instaurar otro régimen patrimonial, no nace propiamente hablando, una “sociedad” o comunidad de bienes entre los cónyuges, sino que se concretiza la *expectativa de derecho* que cada esposo tenía sobre los bienes gananciales del otro. En ese momento el derecho eventual de participación se convierte, *ope lege*, en un derecho actual, por una transformación comparable a aquella que hace de un presunto heredero un heredero. El interés de participación se convierte en un derecho de participación. La participación diferida en los gananciales no quiere decir necesariamente que cada uno de los cónyuges tenga derecho a la mitad de todos y cada uno de los bienes gananciales. No puede afirmarse como se ha sostenido que⁽³¹⁾ cada uno de los esposos deviene copropietario de los bienes gananciales. La comunidad de bienes que establece nuestra legislación debe entenderse —según acertadísima expresión de la Sala Segunda Civil— “relacionada con el porcentaje que se otorga a cada cónyuge, o sea, que al disolverse el matrimonio cada uno tendrá derecho a la mitad del patrimonio común, *pero no necesariamente a la mitad de todos y cada uno de los bienes*” (la cursiva es nuestra)⁽³²⁾. Entender que al disolverse el lazo matrimonial los esposos se convierten en copropietarios de todos y cada uno de los bienes complicaría enormemente los juicios sucesorios e imposibilitaría en muchos casos el legado de bienes. “Admitir la tesis de que al disolverse el vínculo matrimonial —dice la Sala Segunda Civil en la resolución antes citada— cada cónyuge tendrá derecho en los bienes comunes a la mitad de todos y cada uno de ellos, equivale a sobrepasar los límites que la ley le marca al principio de libre testamentación, pues el testador se vería impedido de dejar legados y tomar otras disposiciones con sus bienes propios, además de que entraría casi hasta el absurdo la distribución de los bienes en juicio sucesorio”⁽³³⁾.

vínculo matrimonial, da origen también a la sociedad legal de gananciales? Esa aseveración se apoya en el artículo 62 del Código de Familia que no obstante que declara que la separación judicial no disuelve el vínculo, expresa claramente que después de la separación, sólo subsiste el deber de fidelidad y de mutuo auxilio y el derecho de la mujer de llevar el apellido de su esposo, y en el artículo 60, que se refiere, ciertamente, sólo a la separación por mutuo consentimiento, pero que indica que en caso de separación deben ser restituidos los problemas atinentes a la propiedad sobre los bienes de ambos esposos.

(31) Criterio cuestionable.

(32) V. Res. N° 179, 14:50 hrs. del 10 de julio de 1973. Ordinario de J. V. M. contra A. A. R. y Suc. de L. C. L.

(33) Con más propiedad que nuestro Código de Familia el Código Civil de Francia (Artículo 1.569), prescribe que a la disolución del régimen cada uno de los esposos tiene derecho a participar, por mitad, en el valor de los gananciales netos constatados en el patrimonio del otro.

Obsérvese (asunto de particular importancia) que el Código de Familia contiene implícitamente una nueva causa que da lugar a la disolución del régimen sin que previamente haya sido disuelto el vínculo matrimonial (por muerte, nulidad o divorcio), y sin que ni siquiera haya sido decretada por el Tribunal la separación judicial de los cónyuges.

En efecto, *la liquidación anticipada de los gananciales* podrá tener lugar cuando los esposos que hubieren contraído matrimonio sin otorgar capitulaciones matrimoniales, de conformidad con las disposiciones del artículo 37 (el cual, según vimos, autoriza la celebración de capitulaciones durante la existencia del matrimonio) decidan hacer uso de tal facultad y celebren un convenio para regular la propiedad, administración y goce de sus bienes presentes y futuros.

Los bienes que a la hora de la liquidación se consideran comunes y deban por lo tanto repartirse entre los esposos por partes iguales son los bienes gananciales, es decir: "todos los bienes ganados durante la unión, aunque los capitales aportados fueren desiguales, o aunque el uno llevare capital y el otro no. Consideranse gananciales los bienes que uno de los esposos adquiera con su trabajo, industria, oficio o profesión; las rentas o frutos percibidos y pendientes, de los bienes que cada uno aportó al matrimonio. . ." ⁽³⁴⁾, y los bienes que cada uno de los esposos adquiera con otros bienes gananciales o con las rentas o frutos de sus bienes propios (por ejemplo, una casa de habitación comprada con los frutos de una cosecha de café proveniente de un bien propio). Los gananciales de un esposo, son, en suma, el crecimiento de su patrimonio final en relación con el patrimonio originario, es decir, las ganancias que él ha realizado durante el matrimonio.

La ley presume (se trata, en la ocurrencia, de una presunción *iuris tantum* que admite, por consiguiente, la prueba en contrario), que los bienes existentes en poder de los cónyuges *al disolverse el matrimonio o al intentarse la liquidación anticipada de los gananciales, son comunes* ⁽³⁵⁾ o mejor dicho; por mandato de la ley (al disolverse o debilitarse el vínculo o al otorgarse capitulaciones dentro del matrimonio) cada cónyuge ad-

⁽³⁴⁾ BRENES CORDOBA, op. cit., p. 152.

⁽³⁵⁾ Por consiguiente, si existe la presunción *iuris tantum* de ser comunes los bienes adquiridos a título oneroso durante el curso normal del matrimonio que se encuentren en poder de los cónyuges al disolverse el vínculo, la prueba de que tales bienes son gananciales no tiene que hacerla el cónyuge que los reclama sino el otro cónyuge que se los niegue o bien sus herederos si éste ha fallecido. (V. Tribunal Superior Civil. Res. 96, 15:45 hrs. del 9 de marzo de 1973. Suc. de C. P. M.).

quiere el derecho de propiedad sobre la mitad de los bienes gananciales del otro. Esta norma legal, según fundada opinión de nuestra Sala de Casación "tiene su razón en el esfuerzo y mutuo auxilio que ponen los cónyuges en el matrimonio para formar un patrimonio familiar, y si no se prueba —según veremos—, al romperse el vínculo conyugal, que esos bienes fueron introducidos por uno de los cónyuges, o que en el curso del matrimonio fueron adquiridos a título lucrativo por alguno de ellos, se han de reputar comunes. (V. Castro Chinchilla vs. Navarro Padilla. Cas. 110, 1265, II Sem. I Tomo p. 578).

Son bienes comunes, pues, todos los que se encuentren en poder de los esposos, salvo las excepciones que a esta regla general establece el artículo en sus cinco incisos, fuera de tales excepciones no cabe admitir ninguna otra, según veremos de inmediato.

A falta de capitulaciones matrimoniales, se plantea el problema de la venta entre cónyuges. La jurisprudencia, sobre la base de los artículos 76 y 77 del Código Civil, resolvió el punto estableciendo que "cuando el marido trasmite a su esposa el dominio de un bien, ella lo adquiere de modo tan exclusivo cual si lo hubiere aportado al matrimonio". La redacción de los citados artículos del Código Civil, permitía una interpretación tan flexible. La Comisión Redactora del Código de Familia, por su parte, se planteó el problema y discutió si convenía o no mantener la jurisprudencia. Finalmente, la Comisión se inclinó por manifestarse en contra de aquélla. El artículo 41 del Código de Familia, dice:

"Artículo 41. Los bienes existentes en poder de los cónyuges al disolverse el matrimonio o al declararse la separación judicial, se considerarán comunes y se distribuirán por igual entre ambos. Se exceptúan de esta disposición únicamente: a, b, c, d y e" ⁽³⁷⁾.

⁽³⁶⁾ No debe confundirse nuestro régimen patrimonial familiar con el que establecen entre otros, los Códigos Civiles de España (cfr. art. 1.392 y ss) y Guatemala (cfr. art. 126 y ss), también llamados sociedad legal de ganancias o régimen de comunidad de gananciales, en los que igualmente, junto a los bienes privativos de cada cónyuge, se forma otra masa común a ambos, los gananciales, la comunidad, la propiedad colectiva en mano común de los esposos. tiene lugar *durante el matrimonio*.

⁽³⁷⁾ El artículo 77 del Código Civil decía: "Sin embargo, los bienes existentes en poder de los cónyuges, al disolverse el matrimonio, si no se aprueba que fueron introducidos al matrimonio o adquiridos durante él por título lucrativo, se considerarán comunes y se distribuirán por igual entre ambos cónyuges. No serán comunes, aunque adquiridos durante el matrimonio, los bienes existentes al disolverse éste, si se prueba que fueron comprados con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones matri-

Nótese que el legislador empleó la expresión "Se exceptúan de esa disposición *únicamente*". Se trata, pues, de un número *sclausum*, porque fue criterio del legislador señalar expresamente todas las excepciones admisibles a la regla general de la comunidad de bienes. No cabe otra interpretación sino la de que se quiso variar radicalmente, para los casos futuros, el criterio aplicado por los jueces. Las razones que condujeron a esa decisión pueden ser objeto de una viva discusión, que, en cierto modo, no pasaría de ser un ejercicio bizantino. En general, privó cierto sentido proteccionista de la mujer, interpretándose que la jurisprudencia creaba el gran peligro de que la esposa que vendía a su marido fuese engañada por éste. La tendencia contraria a esa opinión argumentó que ir contra lo resuelto por la jurisprudencia era ir contra la libre contratación entre los cónyuges. Este argumento no fue suficientemente examinado, como puede comprobarse en las actas de la Comisión, no obstante que sirvió de piedra angular a la jurisprudencia. Es de subrayar la circunstancia de que el Lic. Eladio Vargas, quien abogó porque se sustituyese el criterio jurisprudencial, razonó, en la parte final de la discusión, que él "no tendría inconveniente en apoyar la jurisprudencia, si efectivamente esas ventas fueran reales y efectivas. Pero como sé, por experiencia profesional, que eso no responde a la verdad, por esa circunstancia, estoy en contra de la jurisprudencia, y creo que en caso de disolución, es un bien tan partible como todos los bienes⁽³⁸⁾". En definitiva, la Comisión votó contra la jurisprudencia⁽³⁹⁾.

moniales o que la causa o título de su adquisición precedió al matrimonio; y si se tratare de inmuebles, que fueron debidamente subrogados a otros inmuebles propios de los cónyuges.

Es permitido renunciar en las capitulaciones a las ventajas de la distribución final".

(38) Comisión Redactora, Acta N° 44, página 5.

(39) Tal jurisprudencia había sido establecida por la Sentencia de la Sala de Casación de 2:55 hrs. del 23 de abril de 1931, que copiamos seguidamente y fue reiterada por Casación N° 30, I sem., tomo único, p. 536, de 1957.

"El riñón del recurso consiste en decidir si ha sido o no violado o mal interpretado el artículo 77 del Código Civil. El caso en examen es probablemente único en la jurisprudencia de el país. Se trata de que la mujer compró al marido un bien de la comunidad conyugal. No puede equipararse el caso en que un cónyuge compra a un extraño para introducir el bien adquirido al patrimonio conyugal, con el caso en que el marido vende a su esposa la totalidad de un bien. En el primer supuesto es evidente la voluntad del cónyuge comprador de aumentar con ese bien el acervo del patrimonio común: en el segundo caso la contratación entre los cónyuges determina la voluntad del que lo vende de que la totalidad de lo vendido y sus aumentos y frutos sean del exclusivo dominio del cónyuge adquirente, sustrayendo lo adquirido de las reglas que disponen acerca de bienes comunes al extinguirse la sociedad conyugal. Entenderlo de otro modo es ir contra la manifiesta voluntad de los contratantes: el marido habría vendido la totalidad de un bien, reservando para sus sucesores una

El resultado práctico de todo ello es que se selló la posibilidad de dar una interpretación flexible, acorde con las reiteradas resoluciones judiciales, al artículo 41 del Código, cuya redacción, como resulta notorio, concuerda con lo que fue voluntad expresa de sus redactores.

Un aspecto que interesa tener claro es el hecho de que de conformidad con el párrafo primero del artículo 63 del Código, la reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio o de separación judicial si no estuviere concluido y *deja sin efecto la ejecutoria de la sentencia que declare la separación o el divorcio*, si ésta ya se hubiere producido.

Pero como, según vimos, la sentencia de divorcio o de separación judicial liquida el régimen de participación en los gananciales, cabe plantearse el problema atinente a la condición jurídica de los bienes de los esposos que se reconcilian (en caso de separación) o que contraen nuevas nupcias entre sí (en caso de divorcio). Los bienes que se adjudicó cada uno de los esposos en el momento de la liquidación del régimen patrimonial continuarán perteneciendo al adjudicatario, no obstante la reanudación de la vida en común. A partir de este momento se crea una situación jurídica nueva: cada esposo conservará como propios los bienes que se adjudicó (por convenio o mediante sentencia) en la liquidación, pero participará de la mitad de los bienes gananciales que se adquieran a partir del momento en que se reanude la vida común, y hace, por consiguiente, una *nueva* "sociedad legal de gananciales". Esta tesis está claramente recogida en el artículo 63 del Código *in fine* al disponer que (en caso de reconciliación de los cónyuges) "en cuanto a bienes se mantendrá lo que disponga la resolución" (de divorcio o de separación judicial). Esta es también la tesis que se desprende de las actas de la Comisión Redactora⁽⁴⁰⁾.

Por todo lo anterior no es rigurosamente exacto afirmar que la reconciliación de los cónyuges deja sin efecto la ejecutoria que declare la separación. En realidad, la reconciliación resta efecto solamente a la declaratoria en lo que se refiere, a las relaciones perso-

parte de él. Si el marido le hubiera vendido la finca de que se trata a un extraño, nadie discutiría que ésta quedaba fuera del patrimonio conyugal en razón de que el comprador habría obtenido un dominio exclusivo y total de la cosa. Es lógico resolver que cuando el marido trasmite a su esposa el dominio de un bien, ella lo adquiere de un modo tan exclusivo cual si lo hubiera aportado al matrimonio. Si el marido, en vez de vender, hubiera donado, no se estaría en esta discusión... Porque recibió un precio no ha de entenderse que son diferentes las consecuencias legales del contrato. La regla que habla de la diferencia entre adquisición a título gratuito u oneroso, no parece de lógica aplicación a la que un cónyuge hace por la voluntad del otro, de quien obtiene la exclusividad del dominio".

(40) V., especialmente, Acta N° 55, de la Sesión celebrada el 13 de junio de 1969, pág. 7.

nales entre los esposos (cohabitación, residencia común, por ejemplo), y en lo que a la pensión alimenticia atañe. Pero no puede dejar sin efecto lo referente al régimen patrimonial y ni siquiera lo que la sentencia hubiere dispuesto con respecto a las relaciones personales entre padres e hijos. En este caso, si con ocasión de la separación o del divorcio uno de los cónyuges ha sido suspendido en el ejercicio de la autoridad parental, solamente podrá recobrarla mediante declaratoria expresa del Tribunal que lo rehabilite (V. Art. 149).

Entre los cónyuges la reciprocidad que implica el régimen de participación diferida en los gananciales es perfecta. Cada esposo está llamado a participar en las ganancias del otro (el marido en los gananciales de la esposa y viceversa).

En caso de muerte de uno de los esposos, igual paridad se establece entre los herederos y el cónyuge sobreviviente. Este participa en las ganancias del cónyuge pre-muerto y los herederos de este último tienen sobre las ganancias hechas por el cónyuge sobreviviente los mismos derechos que el causante.

Naturalmente que este equilibrio paritario no existe más que como vocación abstracta y no se concretizará necesariamente en ciertas ocasiones, en una compensación de gananciales. Esto ocurrirá por ejemplo, cuando a la hora de la discusión del régimen, solamente uno de los esposos tiene ganancias netas mientras que el otro se encuentra de déficit o sin ganancias. Mas en esta hipótesis, el cónyuge que no tiene nada que ofrecer en compensación, conserva sus derechos sobre los gananciales del otro. Este resultado, como bien lo subraya el profesor Cornu, aparece como "un efecto intencional de las reglas normales del régimen, en la lógica del sistema de participación. En ciertos casos, como en el de la mujer que no ejerce ninguna profesión separada para ocuparse del hogar, a asociarla justamente a los beneficios de su esposo, conforme a uno de los objetivos principales del régimen⁽⁴¹⁾.

Las gananciales no existen, pues, para un esposo, mas que a condición de su patrimonio final sea superior a su patrimonio originario. Por otra parte, la participación del otro cónyuge tiene lugar únicamente sobre ese crecimiento, pero no en el caso inverso, sobre el déficit. El régimen no asocia a los esposos en las pérdidas sino solamente en las ganancias. Los *patrimonios originales* de los esposos y sus patrimonios finales no serán tomados en consideración para el cálculo de los gananciales más que a condición de que, al deducir todas las deudas, quede aún una suma positiva (si el activo es más fuerte que el pasivo⁽⁴²⁾).

Con el profesor Cornu es necesario también apreciar que únicamente dan lugar a la participación los gananciales propiamente dichos, aislados de otros enriquecimientos de los esposos. En efecto,

(41) Ibid. p. 606.

(42) Ibid. p. 608.

el aumento en el valor de los elementos del patrimonio originario (de los bienes que se exceptúan en las disposiciones del artículo 41), debido a *causas monetarias* o a otras *circunstancias económicas* (la plusvalía, especialmente), no forman parte del crecimiento" que da lugar a la participación. Ese aumento de valor representa para un esposo un enriquecimiento en el cual el otro esposo no participa⁽⁴³⁾.

Como ya se ha indicado, cada esposo está llamado a participar por mitad en las gananciales del otro. Si se tienen en cuenta la compensación que debe operarse entre los gananciales de cada uno de los esposos el resultado es que de hecho la participación por mitad se refiere únicamente al excedente que resulta de compensación cuando uno de los esposos ha realizado más ganancias que el otro.

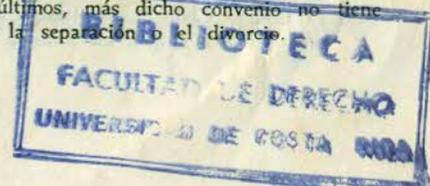
Finalmente debe observarse que en la repartición de los gananciales los esposos reciben la misma parte —la mitad— aun en el supuesto de que cada uno de ellos haya jugado un papel desigual en la realización de los gananciales⁽⁴⁴⁾.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que cualquiera de los esposos puede renunciar a los gananciales. Si cualquiera de los cónyuges renuncia a los gananciales abdica —según expresión de la Sala de Casación— a un derecho convencional, y tal renuncia es irrevocable en el sentido de que no puede volver sobre su decisión que sólo puede ser atacada de parte del otro cónyuge por error o violencia. (V. Fernández Soto vs. Lines Canalejas. Cas. 10:30 hrs. del 8 de junio de 1949. I Sem. Tomo Unico, p. 492).

Este es el sistema patrimonial de la familia, vigente en Costa Rica desde 1888. Las innovaciones introducidas por el Código de Familia han sido señaladas en el desarrollo de este trabajo. No obstante, esas innovaciones no modifican, en lo esencial, la fisonomía del régimen. Este se caracteriza aún por dos etapas: una de independencia y de separación, y otra comunitaria y de participación. Mas nuestro sistema sigue aun enfrentado al gran dilema de los regímenes mixtos: cómo conciliar los dos objetivos que parecen no poder realizarse, cada uno a su hora, al menos en plenitud, sin perjudicar al otro? ¿Cómo la independencia, si es absoluta, no convierte en estéril la participación? ¿Cómo la participación, si se garantiza verdaderamente no convierte en estéril la independencia?

(43) V. Ibid., en este punto el régimen costarricense, como el francés, se diferencian del sistema alemán que contando entre las gananciales incluso las plusvalías de los bienes propios de cada esposo y cualquier otro tipo de enriquecimiento, asegura una más amplia participación de cada esposo en el enriquecimiento del otro, cualquiera que sea la causa.

(44) Cuando la separación judicial o el divorcio se decretan por mutuo consentimiento, lo referente a la adjudicación de los bienes gananciales no se rige por las normas legales que hemos analizado, sino por el convenio previsto en los artículos 60 y 48 párrafo penúltimos, más dicho convenio no tiene ningún valor mientras no se pronuncie la separación o el divorcio.



Lo menos que podríamos decir es que nuestro régimen ha resuelto de modo satisfactorio ese dilema. La balanza se ha inclinado decididamente del lado de la independencia. *El derecho eventual* o mejor, el interés legítimo de uno de los cónyuges a participar en los gananciales de su esposo está insuficientemente garantizado. La acción en nulidad de los contratos simulados es difícil de ejercer y los tribunales la han mirado con reservas. Por otra parte, no existe en nuestro régimen una acción como la prevista en el artículo 1580 del Código Civil francés, que permite a cada esposo solicitar al tribunal la liquidación anticipada de la participación cuando sus "intereses" corren el riesgo de ser comprometidos por la mala gestión del cónyuge. Tampoco existen reglas que subordinen para un esposo el poder de gratificar a terceros mediante donaciones, al deber de hacer participar a su cónyuge en sus gananciales, de modo que a la hora de la liquidación del régimen, de donaciones que un cónyuge hubiere hecho sin el consentimiento del otro, no vengan a disminuir sus gananciales.

A estas graves lagunas de nuestro sistema, el Código de Familia aporta un débil paliativo: el patrimonio familiar.

4. El patrimonio familiar:

El Código de Familia reintroduce en nuestro derecho el patrimonio familiar⁽⁴⁵⁾, que puede ser definido como una parte del patrimonio destinada a servir de habitación (un inmueble, cualquiera que sea su valor, pero con una superficie no mayor de mil metros cuadrados) o de fuente de sustento (siempre y cuando se trate de una parcela rural, cualquiera que sea su valor, pero en el tanto de que su extensión no exceda de diez mil metros cuadrados)⁽⁴⁶⁾.

Sus características más sobresalientes son las siguientes:

- a) Es un sistema puramente voluntario. Nadie está obligado a constituir un patrimonio familiar.
- b) Su constitución, al igual que las capitulaciones matrimoniales, puede ser realizada antes o después del matrimonio.
- c) Solamente los inmuebles pueden formar parte del patrimonio familiar.
- d) El bien afectado al patrimonio familiar no puede ser gravado ni enajenado, sino con el consentimiento de ambos cónyuges,

(45) La ley número 4277 de 16 de diciembre de 1968, conocida Ley de Patrimonio Familiar, derogada por ley número 4674 de 27 de diciembre de 1970, había tratado de proteger al menos el inmueble que sirve da habitación a la familia.

(46) El Código Civil de Guatemala de 1964 regula el patrimonio familiar en los artículos 352 a 366. La primera de esas normas define el patrimonio familiar

ni podrá ser perseguido por acreedores personales del propietario, salvo en cobro de deudas contraídas por ambos cónyuges, o por el propietario del bien con anterioridad a la inscripción de su afectación en el Registro Civil (esta afectación o su cesación se harán en escritura pública no sujeta al pago de impuestos, ni de derechos de registro, a fin de facilitar la constitución de patrimonio de esta clase).

- e) En principio, la afectación cesa automáticamente por fallecimiento de cualquiera de los esposos, separación judicial o divorcio. Pero en el primer caso el cónyuge sobreviviente podrá disponer su continuación, y en el segundo, siempre y cuando haya hijos menores, los cónyuges de mutuo acuerdo podrán también disponer la continuación. Como puede observarse, el legislador —desafortunadamente— omitió disponer, que en caso de divorcio o de separación judicial la afectación podía continuar por decisión judicial⁽⁴⁷⁾. Asimismo cualquiera de los esposos, o un tercero interesado, podrá solicitar al tribunal que decrete la cesación de la afectación, cuando se compruebe, mediante trámite sumario que el bien ha dejado de servir de habitación familiar o explotación destinada a la subsistencia de la familia.
- f) El titular del bien afectado al patrimonio familiar (conservará siempre la nuda propiedad). Y podrá traspasar (intervivos o

como "la institución jurídico social por la cual se destina uno o más bienes a la protección del hogar y sostenimiento de la familia.

Según el artículo 353 los establecimientos industriales y comerciales que sean objeto de explotación familiar pueden constituir el patrimonio de la familia, siempre que su valor no exceda de diez mil quetzales.

Inexplicablemente nuestro legislador no siguió en este punto el ejemplo de la legislación guatemalteca. En Costa Rica las sodas, cantinas, tiendas, pulperías, talleres y otros pequeños establecimientos comerciales e industriales no podrán ser objeto del patrimonio familiar.

La Liga Espiritual de Profesionales Católicos (Rama Jurídica) en un "Análisis Jurídico del Proyecto de Código de Familia" remitido a la Asamblea Legislativa en setiembre de 1973, pocos meses antes de que se promulgara la ley número 5476 de 21 de diciembre de 1973, observó: "La institución que en otras legislaciones suele llamarse "Patrimonio Familiar", es conveniente, pero el proyecto nos parece que yerra el camino para fijar el tipo de bien que debe constituirlo y las causas de extensión. En otras legislaciones: Guatemala por ejemplo, se fija un valor a ésta, "casa de habitación", también en México. El proyecto fija una extensión de terreno.

(47) La Liga Espiritual de Profesionales Católicos (Rama Jurídica) con sobrada razón, manifestó que "La extinción no debe producirse por la separación o el divorcio de los cónyuges ni por el fallecimiento de ellos; es cuando más se requiere este tipo de protección al menos cuando los hijos son todavía menores. El Código Italiano, que regula esta institución y permite la cesación ella al disolverse el matrimonio, hace la excepción del caso en que haya hijos menores. Cuando menos eso".

mortis causa) a su cónyuge, a uno o a varios de sus hijos comunes, la nuda o la útil propiedad de dicho bien.

Tal traspaso está exento del pago de los impuestos de beneficencia, donaciones y timbre universitario hasta por la suma de cien mil colones.

Dos observaciones se imponen, la primera es que la constitución del patrimonio familiar viene a limitar en cierta medida, la libertad de disposición de los bienes mortis causa. En efecto, la ley, al autorizar al cónyuge sobreviviente a continuar por voluntad unilateral, con el patrimonio familiar (es decir, con el disfrute del inmueble que sirve de habitación o sustento a la familia) implícitamente prohíbe —en este supuesto— al propietario del bien disponer del uso, usufructo y habitación en favor de un tercero o incluso de sus hijos extramatrimoniales.

La segunda hace referencia al hecho de que el patrimonio familiar puede ser constituido únicamente en favor de la familia matrimonial. El patrimonio puede ser constituido en favor del cónyuge (quien deberá dar su consentimiento para los actos de disposición) aun cuando no existen hijos comunes.

En cambio, la ley no permite la constitución del patrimonio familiar en favor de los hijos extramatrimoniales, y ni siquiera en favor de los hijos de matrimonio (caso del viudo que no hubiera constituido patrimonio familiar antes de la muerte de su cónyuge⁽⁴⁸⁾).

Esta limitación del patrimonio familiar es criticable sobre todo si se tiene en cuenta que la nueva legislación de familia tiende a proteger el interés de los hijos menores matrimoniales o extramatrimoniales y hace desaparecer las desigualdades entre la familia matrimonial y la extramatrimonial, cuya existencia es reconocida por el Código de Familia (V. art. 97).

Aún más, si se corrigieran estas omisiones, la institución podría ser un instrumento más útil al servicio de la familia y de los hijos.

(48) En estos casos en lugar del consentimiento del cónyuge para gravar o disponer se hubiera requerido del consentimiento del tribunal que actuará en resguardo de los intereses de los hijos menores.

La ley colombiana número 70 de 1931, que se refiere al patrimonio familiar, requiere, en caso de enajenación del bien amparado al patrimonio familiar, el consentimiento de los hijos menores, prestado por medio de un curador ad hoc (arts. 21 y 23).

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LAS RELACIONES PATRIMONIALES ENTRE LOS CONYUGES EN LOS PAISES SOCIALISTAS*

Dr. Víctor Pérez

Profesor de la Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica.

Introducción.

Como primera advertencia, necesaria para la objetiva comprensión de la realidad que es objeto de nuestra investigación, es necesario descartar una serie de prejuicios que no deberán perturbar el carácter científico del trabajo del jurista⁽¹⁾, conceptos que a menudo están determinados por una injustificable pretensión de superioridad de orden apriorístico⁽²⁾.

Uno de los prejuicios corrientes es el de que “en un ordenamiento jurídico inspirado en los principios del socialismo no hay lugar para la familia”⁽³⁾. Con fundamento en los mismos datos positivos de los países socialistas podemos establecer la opuesta constatación de que la institución matrimonial y familiar representa, más bien, objeto específico de garantía constitucional al igual que como ocurre en nuestro Ordenamiento⁽⁴⁾.

(*) El presente estudio sigue estructuralmente el orden de ideas de la obra: *NATOLI, Ugo. I rapporti patrimoniali tra coniugi nella legislazione russa e slava*. Cedam, Padova, 1960.

(1) Una muestra de análisis “jurídico” carente de objetividad sobre el tema puede encontrarse en *GREGNANTIN, Il matrimonio nella repubblica socialista federativa sovietica rusa nella filosofia e nel diritto*, Milano, 1957.

(2) Sobre la actitud (infundada) de superioridad de la cosmovisión occidental capitalista v. *AMAR, André. Europa ha hecho al mundo*. Plaza y Janes, S. A. Barcelona, 1968, y *VERDROSS, Alfred. Filosofía del Derecho occidental*. Centro de estudios filosóficos UNAM. 1962, página 5.

(3) Debe aclararse, sin embargo, que según algunos la pérdida de funciones de la familia no revela otra cosa que una tendencia de ésta hacia su desaparición, por lo menos en su forma tradicional. Esta es la tesis de *MAO TSE TUNG. La famiglia scomparirà*. Conferencia de Cheng Tu, 1958, marzo, publicado en *Lotta continua*, 29 de setiembre de 1974. Debe aclararse sin embargo en la exposición de motivos del Código de Familia cubano de 14 de febrero de 1975 se afirma expresamente la importancia funcional de la familia en la formación de las nuevas generaciones tanto es ello así, que uno de los objetivos de dicho Código es contribuir al fortalecimiento de la familia (art. 1).

(4) Así, por ejemplo, el artículo 83 de la Constitución rumana, el artículo 76 de la Constitución búlgara, el artículo 10 de la checoslovaca, el 67 de la polaca, el 96 de la china y el 30 de la Constitución de la República Democrática alemana. La importancia de la familia dentro del socialismo se ha visto en la tesis de Marx de que ella es el criterio para juzgar a la sociedad, pues en la familia se vislumbra todo el orden social. V. *CALVEZ, Jean Ives. El pensamiento de Carlos Marx*. Taurus. Madrid, 1964, página 454.

La comprensión de la forma de regulación de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges en los países socialistas es posible solamente con fundamento en los principios filosóficos sobre los que tal regulación se apoya. Estas ideas-base se encuentran en algunos párrafos del Manifiesto Comunista de Marx y Engels⁽⁵⁾ y en la obra de este último sobre "El origen de la familia, de la propiedad y del Estado".

Tal tesis, en lo que nos interesa, puede sintetizarse en la forma siguiente:

- a) La estructura de la familia capitalista⁽⁶⁾ se fundamenta más que en el efecto, en una serie de relaciones de orden económico en las que predomina la voluntad de uno de sus componentes.
- b) Esta estructura de la familia en la sociedad capitalista coloca una de las partes (la mujer) al servicio de la otra (el hombre), en evidente posición de inferioridad. Tal posición de inferioridad de la mujer en la familia de la sociedad capitalista se proyecta sobre toda la sociedad, representando un sustancial impedimento en el proceso de emancipación de la mujer⁽⁷⁾.

No nos detendremos, por el momento, a analizar el grado de verdad que se encuentra en estas afirmaciones. Bastará constatar que

(5) En la crítica a la familia tradicional se expresa en el Manifiesto: "La burguesía desgarró los velos emotivos y sentimentales que envolvían las relaciones familiares y los redujo a simples relaciones de dinero". MARX-ENGELS, *Manifiesto Comunista*. Editorial Cultura, San José, 1962, página 27. En el mismo sentido se expresa el sociólogo polaco Bauman al afirmar que "en la sociedad dividida en clases, basadas sobre la propiedad, la familia conserva la función de determinar la posición social de las generaciones sucesivas." BAUMANN, Sygmunt. *Lineamenti di una sociologia marxista*. Editori riuniti. Roma. 1871, página 340. Sobre el tema V. MONTENEGRO, Walter. *Introducción a las doctrinas político-económicas*. Fondo de Cultura Económica. México, 1967, página 124.

(6) Al respecto se ha aclarado, con gran razón que: "no hay que concluir que Marx se muestra hostil a toda clase de institución familiar. Ataca directamente a la forma particular —criticable en más de un aspecto— que suelen tomar las relaciones familiares cuando intervienen las consideraciones económicas capitalistas y la primacía del dinero". CALVEZ, op. cit., supra 4, página 162. V. tam. CHEVALIER, J. J. *Los grandes textos políticos*. Aguilar. Madrid, 1965, página 198. Ya MARX en "La ideología alemana" hacía notar que "la familia debe ser tratada y explicada con base en los datos empíricos y no con base en el concepto de familia". Sobre este enfoque, MICHEL, Andrée. *Sociología della familia*. Il Mulino, Bologna, 1973, páginas 19128. Con relación a la circunsuntialidad del término "Familia" es interesante recordar que Engels criticaba al jurista que se crea una expresión jurídica estable y continua aplicándola sin modificaciones a situaciones que después de un tiempo no admiten tal aplicación. ENGELS, Friederich. *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato*. Prefacio a la cuarta edición de 1891. Paperbacks marxisti, 19 New comp-ton italiana. Roma, 1974, p. 37.

(7) Así sintetizados en NATOLJ, op. cit., pág. 4.

los juristas de los mismos países capitalistas han denunciado tal posición de subordinación⁽⁸⁾ y, en gran parte, la creciente ola de reformas (muchas de ellas verdaderas revoluciones) a la legislación familiar en todo el mundo responde a una inquietud de buscar solución a este problema⁽⁹⁾.

El Matrimonio y el Principio de Igualdad en los Países Socialistas

La más generalizada definición del matrimonio que nos ofrecen los juristas de los países socialistas responde a los siguientes caracteres: se trata de una unión voluntaria y libre entre hombre y mujer que se concluye mediante la declaración efectuada por ellos ante los órganos competentes del estado civil, fundada sobre el principio de la plena parificación de las partes, sobre el amor y el respeto recíproco y que tiene por fin la constitución de una familia⁽¹⁰⁾. El punto clave de esta concepción se encuentra en el principio de plena igualdad entre los cónyuges⁽¹¹⁾.

(8) En Francia el artículo 213 del Code Civil prevé la dirección conjunta de la familia por parte de ambos cónyuges. El presidente de la comisión de reforma explicó esta disposición diciendo que "la verdadera cohesión no depende de la autoridad de uno de los cónyuges; tal concepción autoritaria sólo puede conducir a conflictos; ella depende de la unión de los esposos". DOYEN JULIOT DE LA MORANDJER, propos cités par M. le Garde des Sceaux lops, des débats parlementaires. J. O. débats A.N. 9 avril 1970, cit., p. CAMELBEKE. *Les reformes du droit de la famille in France au cours de la dernière decennie*. Riv. Il diritto di famiglia e delle persone, N. 3 de 1974, Giuffrè-ed. Milano, pág. 794. En Francia también la misma reforma legislativa reciente de la materia del divorcio se encuentra fundamentada en este principio. GUICHARD, Alain. Aux Senat: *reformte du divorce: le texte du gouvernement coubent prefere a celui de l'assemble*. Le Monde, París. Periódico del día 18 de junio de 1975, pág. 9.

En la reforma italiana se pretende realizar el principio de igualdad moral y jurídica de los cónyuges con la cancelación de diversas normas que presuponían una supuesta inferioridad física y moral de la mujer y establecía una absoluta preponderancia del marido.

(9) Algunos ejemplos del proceso de revisión de los criterios tradicionales del Derecho de Familia se encuentran en el Código de Familia de Polonia de 1950 y en la Ley húngara de matrimonio y familia, también de 1950. Especial interés presentan las reformas introducidas en Francia por la ley de 13 de julio de 1965. Otros relevantes ejemplos se encuentran en el Código de Familia de Alemania Oriental de 20 de diciembre de 1965 y en el de la Unión Soviética de 30 de julio de 1969, así como en la ley de la República Federal alemana de 19 de agosto de 1969.

(10) PERGAMENT en GENGIN-BRATUS. *Sovietisches Zivilrecht*, Berlín. 1953, II, pág. 436, cit p. NATOLJ, op. cit., pág. 5.

(11) Reconocido en los diversos países socialistas. Art. 1 y 25 del Código de la Familia en Rumania aprobado con Ley de 4 de enero de 1954; artículo 14 del Código de la Familia Polaco, aprobado con ley de 27 de junio de 1950; art.

En el viejo Código del Imperio ruso se expresaba: "La mujer debe obedecer al marido como jefe de la familia, vivir con él con amor, respeto e incondicionada sumisión y mostrarle condescendencia y dedicación"⁽¹²⁾.

Actualmente, la nueva formulación afirma la autonomía que independientemente del vínculo familiar corresponda a ambos cónyuges

15 del Código de Familia Checoslovaco, aprobado con Ley de 7 de diciembre de 1949, art. 9 de la Ley de 1º de mayo de 1950, sobre el matrimonio, de la República Popular China, art. 13 de la ley para la tutela de la madre en la República Democrática alemana. También se habla de absoluta igualdad de derechos de hombre y mujer en el Código de Familia cubano (de 14 de febrero de 1975) art. 1º, art. 24.

- (12) En cuanto a las resoluciones personales entre los cónyuges también en nuestro propio ordenamiento se establecía el deber de la esposa de prestar obediencia al marido. Se decía: "La sumisión a la voluntad del marido es especialmente en cuanto fuere indispensable para que reine en el hogar el Orden, la disciplina". BREÑES, Alberto. *Tratado de las Personas*, Imprenta Trejos, San José, 1925, pág. 158. Esta idea encuentra un antecedente importante en el pensamiento enciclopédico-iluminista de Voltaire quien afirmaba: "Me parece que la mayor parte de los hombres ha recibido de la naturaleza bastante sentido común para legislar... Reunidos los simples y pacíficos agricultores de la tierra todos estarían de acuerdo en... que un padre de familia debe ser el jefe en su casa... en una hora harían treinta leyes de esta especie, todas útiles al género humano." *VOLTAIRE, Dizionario Filosofico*. Rizzoli-editori. Milano, 1966, pág. 226. El mismo Hegel admitía que la diferencia natural entre los sexos era una diferencia natural. *HEGEL G.F. Enciclopedia delle scienze filosofiche in compendio*. Trad. b. CROCE, Laterza Bari, 1951, pág. 463. En síntesis, nos encontramos frente a un tipo de familia jerárquica (sobre el tema de la estructura jerárquico-autoritaria de la familia v. *UNGARI, Paolo. Storia del diritto di famiglia in Italia*. Il Mulino, Bologna, 1974, en especial págs. 50, 55, y 67 y también *BESSONE, Mario. Il diritto di famiglia*. Génova, 1974, pág. 73), de corte Napoleónico. (El propio Napoleón Bonaparte asistió a las reuniones de redacción del Code Civil poniendo especial interés en la afirmación de la estructura jerárquica de la familia. En efecto, según el testimonio de *THIBAUDEAU*, Napoleón afirmó: "La naturaleza ha hecho de las mujeres nuestras esclavas. El marido tiene el derecho de decir a su esposa: Madame, Usted hoy no sale, Usted no va hoy a la comedia..." *THIBAUDEAU, Memoires sur le Consulat*, pág. 426. En el acta de reunión del 5 vendemmiaio del año X (27 de septiembre de 1801) el Primer Cónsul afirmó que "la obligación de la mujer de seguir al marido es absoluta y general" *FENET, Recueil complét des travaux preparatoires du Code Civil*, IX reimpresión de l'edition 1827, Osnabrück, 1968, pág. 73, opiniones que eran una confirmación de las tesis de juristas como *POTHIER (Traité du contrat de mariage*, Orléans-Paris, 1777, N. 382) y de *POTALIS* quien afirmaba que "la obediencia de la mujer es un tributo al poder del hombre que la protege" *POTALIS en LOCRE. Legislazione Civile, commerciale e criminale*, II, Napoli, 1840, pág. 526, y *DEMOLOMBE, Traité du mariage et de la separation de corps*, II, Paris, 1874, pág. 102. v. com. en *UNGARI*, op. cit., supra, pág. 127 y *LIPARI, Nicolo. Diritto Privato*. Una ricerca per l'insegnamento. Laterza. Bari, 1974, pág. 204. Sobre el tema v. *PEREZ, Víctor. Orientaciones del Derecho de Familia costarricense*. Instituto de Derecho Privado. Universidad de Costa Rica. San José, 1975, págs. 9, 10, 42 y 76.

en el desarrollo de la vida de la comunidad social, resolviendo las relaciones entre ellos sobre la base de igualdad de posiciones (no contratantes) tendientes a componerse en una unidad orgánica.

Igualdad jurídica y economía familiar en los países socialistas.

Esta igualdad de posiciones⁽¹³⁾ se plantea, con una particular problematicidad con referencia a la conducción de la economía doméstica la cual se encuentra sustancialmente basada sobre el acuerdo de los cónyuges y sobre el indispensable aporte de ambos⁽¹⁴⁾.

Si bien las relaciones patrimoniales tienen en la familia un carácter instrumental⁽¹⁵⁾ su regulación atenta se considera indispensable con el fin que mediante ellas no resulten burlados los objetivos de la nueva institución familiar basada en un diálogo entre iguales. Desde este punto de vista, la primera medida adoptada en los países socialistas fue la eliminación de la posibilidad de convenciones matrimoniales tendientes a instaurar un régimen patrimonial diverso del establecido por la ley⁽¹⁶⁾.

- (13) Tal igualdad de posiciones es simplemente consecuencia lógica del reconocimiento del ordenamiento del hombre y de la mujer como sujetos de derecho, ambos dotados de personalidad jurídica, esto es, de referibilidad genética (de todos) y potencial (posible) de los intereses o valores jurídicamente relevantes de un sistema. Sobre esta fundamentación del principio de igualdad v. *PEREZ, Víctor, Existencia y Capacidad de las Personas*. Instituto de Derecho Privado. Universidad de Costa Rica, 1974, pág. 57 y bibliografía ahí citada.
- (14) Esta línea de principio está, por ejemplo, claramente expresada en el Código de Bulgaria, artículo 31, según el cual "los cónyuges deben asegurar de común acuerdo y con el aporte común, el bienestar de la familia". En igual sentido el artículo 26 del Código de Rumania, el 15 del Código polaco y el 16 del Código checoslovaco, agregando estos dos últimos citados que en caso de desacuerdo la decisión es pedida a la autoridad judicial. Es interesante la formulación del Código de Familia cubano: Art. 27, "Los cónyuges están obligados a contribuir a la satisfacción de las necesidades de la familia que han creado con su matrimonio, cada uno según sus facultades y capacidad económica".
- (15) Puede, al respecto hablarse de una instrumental infraestructural, en conformidad con la idea de que "En la producción social que los hombres llevan a cabo, ellos entran en determinadas relaciones que son indispensables e independientes de su voluntad; estas relaciones de producción corresponden a un determinado estado de desarrollo de los poderes materiales de producción. La totalidad de estas relaciones de producción constituye la estructura económica de la sociedad, el verdadero fundamento sobre el cual se levantan las superestructuras jurídicas y políticas a las cuales corresponden determinadas formas de conciencia". *MARX, Karl. Preface to contribution to critique of political economy*, 1859. I. to. J. *HAMPSTEAD*. London, 1972, pág. 655. Sobre el tema v. *KUUSINEN, Otto. Manual de Marxismo-Leninismo*. Ed. Grijalbo, México, 1960, pág. 127.
- (16) Con este fin el artículo 30 del Código de Rumania establece la nulidad de las convenciones contrarias al régimen legal, el artículo 13 del Código soviético establece la prohibición de tales convenciones, la cual se deduce de la norma que marca los límites de validez a los acuerdos entre los cónyuges; en igual

Las anteriores limitaciones relativas a las convenciones matrimoniales no implican en modo alguno que no haya campo para la autonomía negocial de los cónyuges en la regulación de sus relaciones matrimoniales. Simplemente, tratándose de un matrimonio, se dispone que es esencial el acuerdo de los cónyuges para todo lo relativo a la conducción de la economía doméstica y por ello, también para la destinación de los bienes que constituyen en substrato⁽¹⁷⁾. También en caso de cesación del vínculo conyugal (en caso de divorcio) el acuerdo de los cónyuges es decisivo para la determinación de la regulación de las relaciones patrimoniales⁽¹⁸⁾.

Evolución de la Legislación Rusa en Tema de Relaciones Patrimoniales entre Cónyuges.

El presupuesto de la parificación de las posiciones de los cónyuges lo encontramos en Rusia por primera vez en el Código Soviético de la Familia (22 de octubre de 1918). Con el fin de obtener la consolidación de este principio, el Código soviético afirmaba como base para la regulación de las relaciones patrimoniales de la familia el régimen de la separación de bienes, sin distinguir acerca de si se trataba de bienes adquiridos anteriormente al matrimonio o durante el mismo. En otros términos, cada uno de los cónyuges conservaba intacta su esfera patrimonial, siendo la única modificación después del matrimonio la obligación de mantener el otro cónyuge en caso de necesidad. La razón política de la adopción de este régimen se encontraba en el intento de disminuir los peligros derivados del atraso cultural en que se encontraba la mujer rusa durante el tiempo de la revolución⁽¹⁹⁾. Se quería, en otros términos, impedir que el marido se apoderase de los bienes de la mujer perpetuando de hecho la situación del antiguo régimen. Además de ello, el abstracto, el régimen de la separación de bienes parecía responder mejor al principio de la parificación de los cónyuges⁽²⁰⁾.

Este régimen de separación de bienes (del Código soviético y de la citada ley polaca) presentaba otros inconvenientes que, en la práctica, parecía llevar a una progresiva disminución de los derechos patrimoniales de la mujer. En particular, las mujeres se encontraban

sentido encontramos el artículo 29 del Código checoslovaco y el artículo 28 del Código polaco. Es interesante observar que el citado artículo 13 del Código soviético legitima la negativa de uno de los cónyuges para la actuación de este tipo de acuerdos.

(17) Así art. 9 del Código soviético, artículo 31 del Código búlgaro, art. 26 del Código rumano, art. 15 del Código polaco y art. 16 del Código checoslovaco.

(18) Art. 22 del Código soviético, art. 23 de la ley china antes citada y art. 36 del Código rumano.

(19) Así, *NAJOLJ*, op. cit., pág. 7.

(20) El mismo régimen fue admitido en la primera ley polaca sobre la familia de 29 de mayo de 1946.

económicamente en una posición de desventaja por dedicar su actividad principalmente a los hijos y a los trabajos domésticos, teniendo por ello escasas posibilidades de obtener ganancias. El resultado concreto era que normalmente todo el patrimonio de la familia pertenecía al marido. Esta situación, además de acentuar la posición de subordinación económica de la mujer, tenía graves consecuencias en caso de disolución del vínculo matrimonial mediante divorcio, caso en el cual la mujer se encontraba desprovista de un patrimonio propio.

Frente a esta situación, los tribunales, reconociendo la preeminencia del principio (no meramente formal, ni meramente programático) de la paridad entre hombre y mujer, intentaron buscar nuevas soluciones; una de ellas fue la de colocar el trabajo doméstico de la mujer sobre el mismo plano que el trabajo desarrollado por el hombre en el proceso general de la producción⁽²¹⁾. La jurisprudencia comenzó a considerar el patrimonio adquirido por el marido durante el matrimonio como patrimonio común, en cuanto el trabajo desarrollado por la mujer en la conducción de la casa era considerado como un factor igualmente decisivo respecto al bienestar de la familia. Esta dirección jurisprudencial provocó la reforma introducida con el Código de 1926, todavía en vigor en lo que nos interesa, con algunas precisiones introducidas en 1944.

Análisis del Régimen Patrimonial Ruso Actual.

El régimen de relaciones patrimoniales entre los cónyuges se articula esencialmente sobre dos puntos.

- a) Separación de los bienes, en lo que se refiere a los que pertenecían a los cónyuges antes del matrimonio⁽²²⁾.
- b) Comunión de las adquisiciones hechas por uno u otro cónyuge durante el matrimonio⁽²³⁾.

Este sistema, así sintéticamente expresado, ha representado el modelo sobre el cual se han basado sucesivamente las diversas legis-

(21) La consideración de la esencial igualdad del trabajo del hombre y del trabajo de la mujer, con la crítica subyacente a la concepción tradicional, ha sido expresamente acogida en algunos Códigos. Así, art. 19 y 28 del Código checoslovaco y arts. 18 y 27 del Código polaco.

(22) Al respecto debe aclararse que el principio de separación de bienes se refiere según la doctrina soviética no solamente a los bienes que tenía cada uno de los cónyuges antes del matrimonio, sino también a los adquiridos por medio de ellos. Así, expresamente el art. 32 del Código de Familia cubano.

(23) La adquisición que cae dentro del régimen de comunión (en ruso: *nasd chitoe*) es la que resulta de una actividad del adquirente (la cual es identificada con el trabajo). De este modo, escapan de la comunión todos los bienes que son adquiridos dentro del matrimonio sin una actividad del cónyuge adquirente (así, por ejemplo, los obtenidos por medio de donación o por sucesión).

laciones de los demás países socialistas⁽²⁴⁾, con excepción del ordenamiento de Bulgaria que mantiene el régimen de separación con algunas atenuaciones en lo que se refiere a las hipótesis de disolución del matrimonio⁽²⁵⁾.

El fundamento de las disposiciones que establecen la comunidad de bienes se encuentra en la existencia de una comunidad de esfuerzo para la producción o adquisición de esos bienes. Esto ha llevado al Código de Ucrania (artículo (125) a sostener que el patrimonio común de los cónyuges está constituido por lo que es adquirido con su trabajo durante el matrimonio, quedando por fuera cualquier otra adquisición.

La jurisprudencia soviética ha llegado a conclusiones análogas en la determinación según las circunstancias de los bienes en comunidad para los efectos de su distribución en el momento de la cesación del vínculo conyugal mediante divorcio⁽²⁶⁾.

Con los datos positivos examinados se puede constatar la existencia de una tendencia en los países socialistas a limitar a lo indispensable el régimen de la comunión. Una ulterior confirmación se encuentra en el proyecto del Código de Familia de la República Democrática alemana, según el cual caen en comunión solamente los bienes adquiridos durante el matrimonio, con tal de que estén destinados a un uso común, o si no con tal de que sean empleados en la conducción común de la economía doméstica.

Disciplina Jurídica del Régimen de Comunión de Bienes en los Países Socialistas.

Según la doctrina socialista⁽²⁷⁾ la comunión de bienes durante el matrimonio representa una hipótesis de propiedad colectiva, distinta de la copropiedad: mientras ella dura los cónyuges no tienen

(24) Art. 30, 31 Código rumano, art. 22 Código checoslovaco, art. 21 Código polaco, art. 10 y 23 de la ley china citada, art. 29 Código de Familia cubano (14 de febrero de 1975).

(25) Art. 55 Código búlgaro.

(26) *NATOLI*, op. cit., pág. 10. En Costa Rica la jurisprudencia ha determinado que el fundamento de la división a mitad de los bienes se encuentra en el esfuerzo común, y cuando éste falta, como en el caso de la separación de hecho de los cónyuges, la comunidad carece de razón de ser. En este sentido las siguientes sentencias de la *SALA DE CASACION*: N° 54 de 16 hrs. de 2 de junio de 1964, sem. I, tomo II, pág. 617. 13:50 hrs. de 23 de noviembre de 1905; N° 100 de 16:45 hrs. de 18 de agosto de 1959, tomo I, II sem. pág. 659; N° 13 de 14 y 30 hrs., de 18 de enero de 1961. I tomo, I sem. pág. 115; N° 110 de 15 hrs. de 29 de octubre de 1965, tomo I, II sem. pág. 578; N° 126 de 16 hrs. 30 m. de 14 de diciembre de 1967, tomo II, II sem. pág. 1.130. N° 95 de 16 hrs. 15 m. de 8 de noviembre de 1966, tomo II, II sem. pág. 513.

(27) PERGAMENT. op. cit. supra 10, pág. 465.

derecho a una cuota determinada del patrimonio común, teniendo cada uno de ellos igual derecho a la totalidad. En consecuencia, no siendo una hipótesis de copropiedad no es posible disponer de la propiedad cuota. Se admite, que uno solo de los cónyuges pueda, en determinadas hipótesis comprometer todo el patrimonio común⁽²⁸⁾.

Es interesante la norma que se encuentra en el Código rumano relativa a la responsabilidad del patrimonio común; hay cuatro categorías de obligaciones de las que responde la comunidad: los gastos de administración de los bienes comunes, las obligaciones contraídas conjuntamente, las obligaciones contraídas singularmente para satisfacer las necesidades de la familia, el resarcimiento de los daños causados por cualquiera de los cónyuges a la propiedad pública cuanto de ello derive el enriquecimiento del patrimonio común. El Código polaco (artículo 23 párrafo segundo) afirma que en todo caso debe tratarse de acreedores cuyo derecho haya surgido durante el matrimonio y que no tenga su causa en fines o exigencias extrañas a la comunión.

Lo descrito hasta el momento es la condición de los bienes comunes mientras la comunión no se disuelva.

La Condición de los Bienes a Partir de la Disolución de la Comunión.

La disolución de la comunión ocurre normalmente con la cesación del vínculo conyugal mediante divorcio⁽²⁹⁾. Sin embargo, excepcionalmente se admite que pueda ocurrir la disolución de la comunión aún durante el matrimonio por motivos graves, cuando los acreedores particulares de los cónyuges (individualmente considerados) lo solicitan para poder satisfacer sus créditos (ya que no podrían actuar sobre el patrimonio común)⁽³⁰⁾.

En caso de divorcio la regulación de la comunión puede ser hecha de acuerdo por los interesados⁽³¹⁾. La determinación judicial ten-

(28) Así en Rusia el "Codice Sovietico della famiglia, a cura di MATTEUCI", Roma, 1947, pág. 90, establece que los bienes comunes responden de las deudas contraídas, durante el matrimonio, tanto conjuntamente como singularmente por los cónyuges. El Código rumano art. 35, establece, en general, la necesidad de la administración conjunta, pero pone —salvo con relación a lo que se refiere a la disposición de derechos inmobiliarios— una presunción de consentimiento del otro cónyuge. El Código de Familia cubano, contrariamente, establece en su art. 36: "Ninguno de los cónyuges podrá realizar actos de dominio en relación con los bienes de la comunión matrimonial sin el previo consentimiento del otro, excepto los de reivindicación para la comunión."

(29) Para el Código polaco, art. 24 y el checoslovaco, art. 25, también en caso de interdicción judicial.

(30) Así en el Código rumano, art. 36.

(31) Art. 22 Cód. soviético, art. 36 Cód. rumano, y art. 23 Ley China.

drá lugar solamente si falta al acuerdo. La jurisprudencia ha establecido en esta materia la tendencia según la cual, teniendo los cónyuges el mismo derecho sobre los bienes comunes éstos deben ser divididos en partes iguales⁽³²⁾. El fundamento que se pone para esta disposición es la abierta consideración del trabajo doméstico de la mujer como equivalente al del marido (en forma expresa en los Códigos de Ucrania y de Bielorusia). En algunos Códigos se permite, sin embargo, la posibilidad de que uno de los cónyuges sea atribuida una porción menor, en consideración a su diverso aporte al patrimonio común⁽³³⁾. La misma jurisprudencia soviética ha establecido que es admisible que se atribuya una parte menor al cónyuge que haya conscientemente colaborado menos o que con su comportamiento haya acarreado perjuicio a la comunidad⁽³⁴⁾. Otra de las razones que facultan una desigual distribución se encuentra en el interés de los hijos, en particular, en consideración al principio de poner al cónyuge que de ellos se ocupará, en posibilidad de asegurar las condiciones indispensables para el mantenimiento y educación de los hijos, reconociéndose así un gran margen de discrecionalidad para el juez.

Disposiciones Particulares de Algunos Ordenamientos.

Especial interés presenta la Ley China, sustancialmente inspirada en los mismos principios expuestos, pero con especial énfasis en la necesidad de asegurar una mayor tutela a la mujer en caso de divorcio. El art. 23 de la misma indica al juez que debe tener especialmente en cuenta los intereses de la mujer.

El sistema búlgaro, por otro lado, tiene una posición particular, separándose de las soluciones acogidas en los otros países. La característica principal de esta regulación, contenida en el Código de las personas y de la familia, de 9 de agosto de 1949 es que ella excluye la comunidad, afirmando, en cambio, el régimen de la separación de bienes. El artículo 32 establece expresamente que "cada uno de los cónyuges conserva la propiedad de sus bienes y sobre ellos tiene las facultades de administración y goce". La misma ley, sin embargo, en su artículo 31 afirma que ambos cónyuges deben contribuir al bienestar de la familia uniendo sus esfuerzos. Con base en esta afirmación se ha establecido la responsabilidad solidaria del cónyuge para satisfacer las necesidades de la familia.

(32) Así también en el Código polaco, art. 25 y en el checoslovaco, art. 26.

(33) Art. 27 Cód. polaco y 28 Código checoslovaco.

(34) V. *NAJOLJ*, op. cit., pág. 13.

*
* *
PONENCIA

Ponente: *Patronato Nacional de la Infancia*

CONSIDERANDO:

- 1) Que en el artículo 14 del Código de Familia, al indicar cuales matrimonios son legalmente imposibles, dice en su inciso 5): "Entre el autor, coautor o cómplice del delito de homicidio de uno de los cónyuges y el excónyuge sobreviviente.

CONSIDERANDO:

- 2) Que en la Sección II del Título III del Código Penal, con el subtítulo de: Autores y Cómplices, se refiere ese cuerpo legal, en el artículo 45, a los "autores y coautores" del hecho punible; el artículo 47, a los "cómplices" del delito; y el artículo 46, al instigador, que es quien "intencionalmente determine a otro a cometer el hecho punible".

CONSIDERANDO:

- 3) Que comparando lo que dice el Código de Familia, indicado en el Considerando 1), y lo dicho en el Considerando 2), vemos que hubo olvido en el primer cuerpo legal, al no incluir, entre las imposibilidades legales del matrimonio, al INSTIGADOR, que es tan responsable como el autor, el coautor y los cómplices. Debe reformarse pues el artículo 14 del Código de Familia, completando el cuadro de las personas que hayan intervenido en el delito a que dicho artículo se refiere, incluyendo al "instigador".

EN CONSECUENCIA:

Se propone la siguiente reforma del indicado inciso 5): Reformarse... etc., para que diga así:

- 5) Entre cualquiera de las personas que hayan participado en el delito de homicidio de uno de los cónyuges, con el cónyuge superviviente".

BASES PARA UNA PONENCIA DEL CONGRESO JURIDICO NACIONAL. REFORMA A LOS ARTICULOS 39 Y 41 DEL CODIGO DE FAMILIA.

Ponente: *Lic. Eladio Vargas Fernández.*

— I —

El artículo 39 del Código de Familia autoriza la modificación de las Capitulaciones Matrimoniales, después de celebrado el matrimonio. Esto permite transformar, generalmente en perjuicio de la mujer, las Capitulaciones que precisamente deben otorgarse antes de la celebración de la boda, a fin de que ella tenga libertad absoluta para disponer sobre sus intereses de la manera que más le convenga. Puede, además, obtener asesoramiento profesional y familiar previo para estar capacitada a la hora de firmar la escritura respectiva.

Durante el matrimonio la esposa puede ser objeto de presiones de orden moral y de muy diversa índole, de parte del marido, para transformar las Capitulaciones en favor de este último, lo cual implica una notoria desigualdad jurídica, contraria a lo dispuesto por el artículo 52 de la Constitución Política.

El proyecto elaborado por la Comisión decía en lo conducente:

“Artículo 38.—Las Capitulaciones Matrimoniales pueden ser modificadas después del matrimonio, con la autorización motivada del Patronato Nacional de la Infancia, que actuará en resguardo de los intereses familiares. . .”.

— II —

El artículo 41 del Código de Familia, reproduce, con ligeras variantes de escasa importancia, el derogado artículo 77 del Código Civil, al amparo del cual se cometieron enormes injusticias, generalmente en perjuicio de la mujer, ya que en esas disposiciones legales se establece lo que ha dado en llamarse la sociedad conyugal, en la que la mujer, tiene derecho a la mitad de los bienes, ganados con el esfuerzo común, cuando el matrimonio se disuelve. Sabido es que casi siempre los bienes están a nombre del varón, y que cuando éste incurre en una causal que da lugar al divorcio, se apresura a traspasar ficticiamente todos los bienes, de tal manera que cuando la esposa plantea su demanda de divorcio y reclama la mitad que le corresponde de acuerdo con la ley, dichos bienes ya han sido enajenados y ella se ve burlada en sus derechos. Luego el marido, ya divorciado, recoge los bienes nuevamente y nada ha perdido. Para corregir semejante abuso, la Comisión que elaboró el proyecto, propuso modificar el antiguo artículo 77, en los siguientes términos:

“Artículo 39.—Si no hubiere capitulaciones matrimoniales cada cónyuge queda dueño y dispone libremente de los bienes que tenía al contraer matrimonio y de los que adquiriera luego a título gratuito. Aquellos bienes que a la disolución del matrimonio deban considerarse comunes, no podrán ser arrendados por más de cinco años, enajenados ni gravados sin el consentimiento del otro cónyuge; y si fueren perseguidos por acreedores personales, sólo podrán ser subastados o adjudicados en la mitad, considerándose desde ese momento que la otra mitad le pertenece al cónyuge no accionado. Lo dispuesto en este artículo no incluye las obligaciones civiles provenientes de delitos o cuasidelitos”.

La Asamblea Legislativa, sin que se conozca ninguna explicación al respecto, derogó la transcrita reforma, y reprodujo, como ya se dijo, con ligeras variantes de escasa importancia, lo dispuesto por el artículo 77 del Código Civil, manteniendo, en consecuencia, abierta la puerta para que se siga cometiendo el indicado abuso.

Sobre el fundamento doctrinario de la reforma propuesta por la Comisión y una más detallada crítica en relación con lo expuesto, puede leerse uno de los artículos que publiqué en el diario *La Nación* el año pasado, en mi calidad de co-autor del Proyecto de Código de Familia de que conoció la Asamblea Legislativa. Dichos artículos aparecen reproducidos en la *Revista de Ciencias Jurídicas* de la Facultad de Derecho y del Colegio de Abogados, número 25, correspondiente a los meses Enero-Abril de 1975.

El artículo que aquí se hace referencia es el número VIII y figura en las páginas 107 y 110.

*
* *

Contrapuesta y Réplica a una Recomendación del Departamento Legal del Patronato Nacional de la Infancia, Tendiente a Reformar el Artículo 111 del Código de Familia.

PONENCIA

Ponente: *Dr. Gerardo Trejos.*

El nombre patronímico posee indudablemente un sentido que lo aproxima al concepto de estado de familia, pues constituye el signo exterior distinto de la cualidad del estado de las personas que

resulta de la filiación. "En atención a este aspecto —como bien señala José Alberto Rodríguez, Profesor Adjunto de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid—⁽¹⁾, el nombre del adoptado en cuanto se conforme por los apellidos del adoptante o adoptantes, es el primero y tímido intento legislativo de aproximar el contenido de la relación adoptiva al de la relación de jubilación legítima.

El artículo 111 del Código de Familia señala que "el adoptado usará los apellidos del adoptante". La interpretación estricta de esta norma ha dado lugar a situaciones —justo es reconocerlo— inconvenientes. Así, por ejemplo, si en un matrimonio se ha procreado un hijo, y luego se produce la disolución del vínculo matrimonial, o bien la mujer enviuda y luego contrae segundas nupcias, y desea, más tarde, unificar los apellidos de los hijos del primero y segundo matrimonio, la interpretación literal del artículo 111 de que hablábamos anteriormente, veda tal posibilidad, pues al adoptar el segundo cónyuge al hijo habido en primer matrimonio, éste pierde el apellido de la madre puesto que el menor deberá llevar los dos apellidos del adoptante.

Tan estricta interpretación del artículo 111 conduce a situaciones aún más absurdas, que sus críticos no han señalado. Así, por ejemplo, cuando una mujer adopta los hijos que su marido lleva al matrimonio, éstos adquirirán los apellidos de la madre adoptiva y perderán los de su progenitor.

La misma situación se ha producido en el Derecho Español, donde en los supuestos de adopción del hijo extramatrimonial reconocido, al hijo de matrimonio y del hijo adoptivo del otro cónyuge, caso de que la adopción sea conjunta, quien adopta transmite sus apellidos al adoptado, el cual pierde los que hasta el momento tenía como propios.

Para solucionar este mal se han propuesto remedios de curandero, de conformidad con los cuales resulta peor la medicina que la enfermedad. Así por ejemplo, el Licenciado Adán García Céspedes, en un proyecto de Ley que lleva el N° 7263, publicado en el Alcance a La Gaceta N° 117 de fecha 22 de julio de 1975, propone que se modifique el artículo 111 del Código de Familia para que en adelante se lea así:

"El adoptado usará los dos apellidos del adoptante, si éste fuere soltero, viudo o divorciado. Si fuere casado, usará el primer apellido del marido y, a continuación, el primer apellido de la esposa. En el caso de adopción conjunta, usará como primer apellido el primero de la adoptante. Si el Tribunal lo autorizare, podrá en la misma escritura cambiarse el nombre de pila del adoptado".

(1) En su obra "La Persona Adoptada", Editorial Montecorvo, S. A. Madrid, 1973, pág. 60.

Esta misma solución es la que propone el Departamento Legal del Patronato Nacional de la Infancia.

La solución propuesta es descabellada y nos hace retroceder al sistema vigente antes de la promulgación del Código de Familia. En efecto, la Ley de Adopción de 1934 había dictado las primeras normas sobre el apellido de las personas adoptadas al disponer que el menor adoptado debería usar el apellido del adoptante anteponiéndolo al de sus padres consanguíneos (artículo 14). La reforma de 1953, mediante Ley 1.563 de ese año, dispuso que el adoptado usaría los apellidos del adoptante si éste fuere soltero, viudo o divorciado, y si éste fuere casado, el primer apellido del marido y a continuación el de la esposa.

El proyecto original del Código de Familia mantuvo sobre este particular las disposiciones de las reformas de 1953, a pesar de que eran deficientes, puesto que se obligaba al adoptado a usar los apellidos de una persona (la esposa del adoptante) que no tenía vínculo de parentesco con él.

Este absurdo jurídico, en el que ahora quieren reincidir don Adán García y el Departamento Legal del Patronato Nacional de la Infancia, lo habíamos criticado en las "Observaciones al Proyecto de Código de Familia", que nos permitimos presentar en 1972 a la Asamblea Legislativa⁽²⁾, por su parte el Lic. Carlos José Gutiérrez⁽³⁾, en una oportuna intervención en el seno de la Comisión Redactora del Proyecto del Código de Familia, señaló la anomalía consistente en que el adoptado usara, tal y como lo mandaba la legislación derogada y el proyecto en el artículo 100, el apellido de una persona que no había adoptado (que era, simplemente, la esposa del adoptante) y que por consiguiente no tenía ningún vínculo con el menor adoptado⁽⁴⁾.

Por todo lo antes expuesto, proponemos al Congreso Jurídico no aceptar la propuesta del Departamento Legal del Patronato Nacional de la Infancia, y en su lugar dirigirse a la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa para que rechace el proyecto de don Adán García Céspedes.

Proponemos además, que se sugiera a la Asamblea Legislativa sustituir el artículo 111 del Código de Familia vigente por el texto siguiente, que vendrá a solucionar las críticas que se han apuntado al texto en vigor:

(2) Vid. Gerardo Trejos S. "Observaciones al Proyecto de Código de Familia" —Asamblea Legislativa— 1972, págs. 34-40.

(3) Vid. Comisión Redactora, Acta N° 92 Pág. 1.

(4) Recuérdese que los casos a que nos estamos refiriendo no son supuestos de adopción conjunta.

"Artículo 111.—El adoptado usará los apellidos del adoptante. En el caso de adopción conjunta, usará como primer apellido el primero del adoptante y como segundo el primer apellido de la adoptante.

En caso de que un consorte adoptare al hijo de su cónyuge, el adoptado usará como primer apellido del adoptante o padre consanguíneo y conservará como segundo apellido el primer apellido de la madre consanguínea o adoptiva. Si el Tribunal lo autorizare, podrá en la misma escritura cambiarse el nombre de pila del adoptado".

*
* *

Réplica a una Recomendación del Departamento Legal del Patronato Nacional de la Infancia, tendiente a reformar el Código de Familia para que el adoptado plenamente pueda, dentro de los dos años siguientes a su mayoría de edad, impugnar la adopción.

Ponente: Dr. Gerardo Trejos.

Introducción.—

La propuesta del Departamento Legal del Patronato Nacional de la Infancia se apoya en la sorprendente afirmación de que el artículo 126 del Código de Familia es —según ellos— contrario al artículo 53 de la Constitución Política, que establece el derecho de toda persona a saber quiénes son sus padres, conforme a la ley.

Para rebatir tan peregrina idea haremos en primer lugar algunas referencias a la idea general de parentesco adoptivo en los textos legales de Derecho Comparado, para pasar luego a examinar la tesis de la inconstitucionalidad en relación con nuestro ordenamiento jurídico.

a) Idea general de parentesco adoptivo en los textos legales de Derecho Comparado.

Muchos países que consagran en sus constituciones el derecho de todo hijo a saber quiénes son sus padres o que han ratificado tratados internacionales que contienen una norma similar, consagran la inimpugnabilidad de la adopción plena.

El artículo 356 del Código Civil de Francia confiere al menos una filiación que sustituye a la filiación de origen: el adoptado deja de pertenecer a su familia por la sangre; los ascendientes del

adoptado, convertidos en verdaderos extraños, no podrán incluso ni ejecutar un derecho de visita sobre él. El adoptado, como bien señala Carbonnier⁽¹⁾ se introduce en su nueva familia, "en la que se encuentra como si hubiera nacido del matrimonio de los adoptantes, pero el caso de adopción conjunta, o en el caso de una adopción individual, de manera más insólita, como si, hijo natural, hubiera sido objeto de una adopción por rescripto". El artículo 359 del Código Civil Francés consagra la irrevocabilidad e inimpugnabilidad de la adopción plena.

Lo propio sucede en el derecho belga, y en muchos ordenamientos jurídicos, cuya finalidad es, según nos dice Vieujen,⁽²⁾ "copiar punto por punto los efectos de la legitimación por subsiguiente matrimonio. El adoptado es hijo legítimo de los esposos que le legitimen por adopción, pariente de sus parientes, afín de sus afines, con todas las obligaciones que estos vínculos suponen, particularmente en tema de derechos sucesorios y de alimentos. En el Derecho Italiano la adopción es especial, sólo puede ser revocada por alguno de los motivos que permiten la revocación de las sentencias en grado de apelación o en único grado (art. 314-27, Párr. 1). Esos motivos son: 1) solamente de una de las partes en daño de la otra. 2) Si el Tribunal ha sentenciado sobre la base de pruebas reconocidas o declaradas falsas después de la sentencia, o que la parte perjudicada ignoraba haber sido reconocidas o declaradas como tales antes de la sentencia; y 3) Si la sentencia es efecto del dolo del Juez (art. 399, números 1, 2 y 6 del Código de Procedimiento Civil).

En Portugal (artículo 1.986 del Código Civil) la adopción plena es, en principio, irrevocable. Sólo puede revisarse la sentencia que ha decretado la adopción cuando se cumplen *acumulativamente*, una serie de circunstancias que el mismo artículo 1.986 señala.

El artículo 177 del Código Civil de España, reformado por la ley de 4 de julio de 1974, declara que la adopción es irrevocable.

b) La presunta inconstitucionalidad del artículo 126 del Código de Familia.

Conforme a la pintoresca tesis de la inconstitucionalidad del artículo 126 del Código de Familia (si se puede llamar tesis a una ofuscación contraria a los más elementales principios y nociones del derecho de familia y el sentido común, y que sólo puede servir para poner en evidencia a quien se atreva a propugnarla), el Código de Familia impone a una persona (el adoptado) una condición civil que tendrá que soportar contra su propia voluntad y aun cuando en el

(1) Vid. *Droit Civil*, tomo 11, 8 ed., página 296.

(2) En *Crónica del Derecho Belga*. Revista trimestral de Derecho Civil Núm. 4. 1969, página 909.

transcurso del tiempo posterior a la adopción ocurran situaciones que hagan imperiosa (sic) para esa persona buscar su filiación natural. . .”.

La norma contenida en el artículo 126 del Código de Familia no es inconstitucional por múltiples razones. En primer término, cuando el artículo 53 de la Constitución Política emplea la palabra “padres” no se refiere únicamente a los padres consanguíneos sino también a los adoptivos, puesto que el parentesco y, por consiguiente la paternidad, es un vínculo que liga a unas personas con otras, vínculo que pudiendo proceder de diferentes causas —y no solo de causas biológicas— da origen a distintas clases de parentesco⁽³⁾.

No vemos por qué razón sea inconstitucional declarar irrevocable la adopción plena, al igual que muchas legislaciones extranjeras. En el fondo lo que aducen los señores miembros del Departamento Legal del Patronato Nacional de la Infancia es un dato biológico (la sangre).

El razonamiento de los distinguidos colegas del Patronato antepone consideraciones biológicas a valoraciones éticas. Olvida un elemento esencial en el fenómeno de la paternidad: El amor y las preocupaciones paternas, dato básico inclusive para el análisis de la paternidad consanguínea.

Los padres del menor adoptado plenamente son sus adoptantes. Por ello no alcanzamos a ver qué tenga que ver en este asunto la norma constitucional que concede a todo hijo el derecho a saber quiénes son sus padres, conforme a la ley. A no ser —y pedimos excusas por adelantado si ese es el caso— que el Departamento Legal se refiere a una reforma constitucional, que desconocemos, que haya instaurado en Costa Rica un originalísimo juicio de investigación de paternidad adoptiva.

*
* *

PONENCIA

Propuesta de modificación a la recomendación presentada por el Licenciado Carlos José Gutiérrez.

Ponente: *Dr. Gerardo Trejos.*

El objeto de esta propuesta es agregar dos considerandos más a la recomendación del Licenciado Gutiérrez, y sustituir el *acuerdo* por el contenido en este documento:

(3) Noción que puede ser consultada en cualquier manual de Derecho Civil.

V. Que es también necesario mejorar nuestro Derecho Procesal Civil para hacer realidad el principio constitucional que concede a toda persona el derecho de obtener justicia pronta y cumplida.

VI. Que modernamente la elaboración de Códigos y Leyes importantes se confía a un solo especialista, para que le de al Código la unidad de orientación y de estilo.

Esto es lo que han hecho, entre muchos otros países, Francia, quien encomendó al Decano Jean Carbounier la revisión del Libro I del Código Civil; Suiza, quien encargó a un eminente Jurisconsulto, el profesor Eugenio Huber, preparar un proyecto que se convirtió en el Código Civil Suizo; Holanda, quien confió a uno de los civilistas de mejor reputación, el profesor Meijers, la tarea de elaborar un anteproyecto de revisión del Código de 1838; en el siglo pasado Chile confió a Andrés Bello la elaboración de un Código Civil y en el presente siglo Líbano encargó al Profesor Jossierand la elaboración de un Código Civil; Etiopía al profesor René David, y Egipto al Doctor Sanobri.

En el campo procesal ha sucedido exactamente lo mismo. En 1937, el Ejecutivo de la Provincia de Córdoba comisionó al Profesor Alfredo Vélez Mariconde para que elaborase un Código Procesal Penal con destino a la misma. El código en cuestión que sirvió de modelo para nuestro nuevo Código ha sido *reconocido por los especialistas como el mejor de su clase en América*. En la esfera del procedimiento civil merece señalarse el Código Procesal Civil de Mendoza, debido a J. Ramiro Podetti, sancionado en 1953 y vigente desde el 11 de febrero de 1954, el cual se basa en el proyecto que el propio autor compuso en 1949 para la capital y justicia federales.

Francisco Klein, Ministro de Justicia y Profesor de la Universidad de Viena, padre de la moderna oralidad, es el autor de legislación procesal de su país, calificada por muchos autores como la mejor del Continente europeo.

El gobierno boliviano encomendó en 1941 a dos exiliados españoles la renovación de sus códigos civiles y penales, tanto substantivos como adjetivos. A don Angel Ossorio Gallardo, el insigne abogado, le encargó redactar la Ley de organización judicial, el código civil y el procesal civil: dio cima a los anteproyectos correspondientes a la primera y al segundo e ignoro en qué estado dejase el del tercero al fallecer en 1946. A su vez, a Manuel López-Rey y Arrojo, catedrático de Derecho Penal, se le asignó la tarea de componer el código penal y el de menores.

La importante ley española de la jurisdicción contencioso administrativa de 27 de diciembre de 1956, se debe al Profesor Jesús González Pérez.

El 14 de setiembre de 1963, en Guatemala, se promulgó el nuevo Código Procesal Civil, vigente desde el 1 de julio de 1964, y que

sustituyó al de "Enjuiciamiento civil y mercantil" de 1934. Redactado principalmente por el profesor Mario Aguirre Godoy.

En México se encargó la redacción del Código Federal de Procedimientos Civiles, al Profesor Adolfo Maldonado (Código vigente a partir del 27 de marzo de 1943, basado en el que el mismo autor redactó en 1934 para el Estado de Guanajuato).

En Portugal se encomendó al Profesor José Alberto Dos Reis la elaboración de un Código Procesal Civil, en vigor desde el 1 de octubre de 1935.

En Uruguay se encomendó al Profesor Eduardo J. Couture la elaboración de un proyecto de código de Procedimientos Civiles, construido según la mejor técnica legislativa, según dicen los entendidos en esta materia.

Podríamos seguir dando ejemplos para demostrar los mejores Códigos, en todos los continentes, han sido elaborados por un solo especialista, altamente calificado en la materia de que se trata, y no por vastas comisiones. Pero los ejemplos que hemos dado son suficientes para demostrar la verdad de nuestro acerto.

Por todo lo expresado anteriormente proponemos desechar la parte resolutive de la propuesta del Lic. Carlos José Gutiérrez y colocar, en su lugar, la siguiente:

El Congreso Jurídico Nacional, Acuerda:

Instar a la Corte Suprema de Justicia y a la Asamblea Legislativa para que se aumente el presupuesto de aquélla para el año 1976, con una partida que permita al Poder Judicial contratar los servicios de un procesalista de reconocida competencia, para que elabore un proyecto de Código Procesal Civil y los Libros II y III del Código de Familia dedicados, respectivamente, al procedimiento administrativo y judicial en materia de familia.

Dicho proyecto, antes de ser presentado a la Asamblea Legislativa, deberá ser sometido a conocimiento del Colegio de Abogados, de la Corte Suprema de Justicia y de la Facultad de Derecho, para que estas instituciones formulen las observaciones pertinentes.

El procesalista encargado de esta tarea deberá elaborar también un texto explicativo del Código —una vez aprobado por la Asamblea Legislativa de Costa Rica— que sirva como obra básica de consulta para estudiantes y abogados costarricenses.

Ofrecer al procesalista que se encargue de la elaboración del proyecto la colaboración del Colegio de Abogados para realizar esas tareas.

*
* *

Contrapropuesta y réplica a una sugerencia tendiente a reformar el artículo 106 de la Constitución Política a fin de elegir los diputados por distritos electorales.

Ponente: Dr. Gerardo Trejos.

Introducción.—

A partir del momento en que los gobiernos democráticos son considerados como los únicos verdaderamente legítimos, ha sido necesario encontrar procedimientos que permitan a los gobernados participar en la toma de decisiones políticas. Por consiguiente, las reformas a los sistemas electorales, presentan, entre otros, el siguiente problema técnico: se trata, esencialmente, de encontrar las fórmulas que hagan perfecta la representación de los gobernados en el seno de los órganos del Estado, y que los asimilen a los gobernantes.

Tres respuestas han sido dadas, básicamente, para la solución de ese problema: el escrutinio proporcional por medio de listas electorales, el escrutinio mayoritario por medio de distritos electorales y los sistemas electorales mixtos.

A) *El escrutinio proporcional por medio de listas*

Este sistema tiene, además de los inconvenientes que señala en su ponencia el señor Manuel Ventura, la desventaja de que las listas electorales son elaboradas por los dirigentes de los partidos políticos, quienes las utilizan para promover a sus favoritos —o favoritas— colocándolas a la cabeza de las listas.

Más en favor de la representación proporcional se puede, en primer término, avanzar un argumento de equidad: es absolutamente cierto que cuando el número de "curules" obtenidas por los diferentes partidos es proporcional a su fuerza electoral, su representación proporcional atribuye a cada partido un número de mandatos proporcional a su fuerza numérica.

B) *El escrutinio mayoritario por medio de distritos electorales*

Se trata de un modo de escrutinio de conformidad con el cual el candidato que obtiene el mayor número de votos sale electo.

Tiene la ventaja de un mejor conocimiento de los candidatos por los electores, quienes verdaderamente eligen a sus representantes.

Sin embargo, el escrutinio mayoritario es injusto y, a menudo, inmoral. Resulta, además excesivamente oneroso.

Veamos un ejemplo sacado no de mi fantasía sino de la realidad. En Francia en una elección de diputados en tres circunscripciones que llamaremos A, B y C, se presentaron dos partidos políticos, uno de derecha y otro de izquierda y obtuvieron los siguientes resultados:

PARTIDOS	CIRCUNSCRIPCIONES			RESULTADOS
	A	B	C	
Derecha	30.000	5.000	20.000	2 Diputados
Izquierda	5.000	60.000	10.000	1 Diputado

El partido de derecho obtuvo, por consiguiente, dos diputados, con un total de 55.000 votos y el partido de izquierda eligió un solo diputado con un total de 75.000 votos.

Puede suceder, por consiguiente, que un partido electoralmente mayoritario, obtenga un menor número de diputados. Esto fue lo que ocurrió en Gran Bretaña en 1951, fecha en que el Partido Laborista, con el 48.8% del total de sufragios eligió únicamente 295 diputados, mientras que el Partido Conservador, con el 48% de los sufragios obtuvo 321 diputados.

En 1954 en Turquía, donde también existe el escrutinio por distrito Electoral, el Partido Demócrata obtuvo el 93% de las "curules" con el 58% de los sufragios.

La elección de diputados por distritos electorales propicia el bipartidismo y tiende a eliminar a los partidos pequeños, especialmente a los grupos de izquierda. Es por lo tanto un sistema anti-democrático y peligroso. Si ese es el sistema que recomienda el señor Ventura Robles para la elección de todos los diputados, considero descabellado que el Congreso Jurídico Nacional recomiende una reforma en ese sentido al artículo 106 de la Constitución Política.

C) *El sistema mixto*

Como una alternativa a la propuesta del Lic. Manuel Ventura me permito someter al Congreso Jurídico Nacional una idea que semanas atrás expuse al Diputado Juan José Echeverría, quien la acogió con entusiasmo y la expuso por medio de la prensa. El es además, coautor de la idea.

El sistema que proponemos, —que, según me informaron recientemente, se practica en Puerto Rico—, pretende aprovechar las ventajas de los sistemas de escrutinio mayoritario y de distrito electoral, y paliar sus inconvenientes.

Nuestra idea —que fue apoyada por el periódico Excelsior en un editorial publicado el 20 de agosto del año en curso— tiende a

que un grupo de diputados sean electos mediante el sistema de distrito o circunscripción electoral, y otros mediante una papeleta de carácter nacional. Los primeros diputados serían electos mediante escrutinios mayoritarios; los segundos mediante escrutinio proporcional. Para tal efecto se computarían los votos que obtenga cada partido en cada circunscripción electoral.

De esta manera se lograría un equilibrio entre los intereses populares y los intereses técnicos, necesarios en todo cuerpo legislativo.

Este sistema tiene la indiscutible ventaja de no eliminar a los partidos pequeños. En efecto, el Partido que no elija diputados en los distritos electorales, puede perfectamente elegir algún diputado de su lista nacional, mediante el sistema de cocientes, subcocientes que se aplican en Costa Rica en el escrutinio proporcional.

En un principio habíamos pensado —cifra tentativa— que treinta y cinco diputados podrían ser electos por treinta y cinco circunscripciones y veintisiete mediante la lista nacional. Posteriormente, y con el objeto de dar a uno todavía mayores posibilidades a los partidos pequeños, he llegado a la conclusión de que el ideal sería elegir solamente treinta diputados mediante el sistema de distritos electorales, y veintisiete por lista nacional. En efecto, con un padrón electoral de cerca de un millón de electores, distribuidos entre veintisiete diputados, se obtendría un cociente ligeramente superior a los treinta y cinco mil votos, cifra bastante baja si se tiene en cuenta el total de electores.

*
* *

*Comentario a la ponencia presentada por el Patronato
y perspectivas de modificación de la misma.*

Ponente: *Dr. Víctor Pérez.*

Con relación a la ponencia presentada por el Departamento Legal del Patronato Nacional de la Infancia (al Congreso Jurídico Nacional), tanto la buena lógica, como el valor de las inquietudes presentadas (en cuanto ellas encuentran firme apoyo en la experiencia diaria), imponen algunas consideraciones.

En cuanto a la primera ponencia:

Lo que en ella se ataca básicamente es el carácter genérico de la disposición "el adoptado usará los apellidos del adoptante". Frente a una disposición así, la experiencia del Patronato diaria recuerda casos concretos que *parecen* escapar tendencialmente a la regla; es el caso —en particular— de que uno de los cónyuges adopte hijos del otro.

Frente a esta expresión de la diaria experiencia, varias son las alternativas:

Pensar en la solución jurídica del problema (y no su solución meramente legal) para luego ver si guarda relación de conformidad con la forma de las normas.

No parece existir discusión acerca de que la solución jurídica en este caso es, evidentemente, la de que "Si el adoptante fuere casado, el adoptado usará el primer apellido del marido y a continuación el primer apellido de su esposa —pero debe aclararse, y no lo hace la ponencia al hacer la nueva formulación posible para el artículo 111 que— ello será así, en el caso de que uno de los cónyuges adopta los hijos de su consorte (lo que fue precisamente el punto de partida del razonamiento. Extrañamente no se formula en la propuesta de reforma legal).

En síntesis, caso de acogerse la proposición del Departamento Legal del Patronato, creo que los mismos redactores estarían de acuerdo en esta aclaración que debe constar en la expresión, en la forma, de la ley.

Otra alternativa que se nos presenta frente al anunciado que existe en el actual Código de Familia de que "el adoptado usará los apellidos del adoptante" es la siguiente: La disposición en examen tiene carácter genérico. Cubre las distintas hipótesis de la teoría jurídica del nombre. La materia relativa al nombre de las personas ha adquirido tutela jurídica debido al hecho de que presenta una relevancia jurídica que por razones de "interés de la comunidad" se destaca de la relevancia normal de los actos de autonomía privada. Este interés de la comunidad es esencialmente de seguridad y de justicia con coincidentes valoraciones de aceptación, en cuanto a ambos ideales (aunque no sé si de contenido variable o de esencia inmutable), en materia de regulación jurídica del nombre, han obtenido un mecanismo jurídico de tendencial realización. Pues bien, lo relativo al apellido del adoptado (como lo relativo al apellido de cualquier sujeto de derecho) es necesario, lógicamente, según lo dicho, que esté regulado por normas inderogables que impongan la solución aceptada como "jurídica" y por ello convertida en norma legal (aunque lo mismo se aplica a normas de cualquier rango).

La referida solución jurídica del problema puede encontrarse acudiendo a los principios generales obtenidos por generalización creciente de las normas jurídicas que son de carácter fundamental (en cuanto contienen principios) en materia familiar. Tales principios fueron formalizados en la misma letra de la ley, según el Art. 2º del Código de Familia que dice: "La unidad de la familia, al interés de los hijos, el de los menores y la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges, han de ser los principios fundamentales (se entiende que en ningún caso sobre principios de rango constitucional) para la aplicación e interpretación de este Código".

La solución propuesta por los compañeros del Departamento Legal del Patronato es conforme con las directivas de nuestro sistema

jurídico familiar; favorece la unidad de la familia en cuanto elimina discriminaciones internas derivadas de simples razones de denominación, de apellidos; favorece también al segundo valor formalizado en la disposición en examen: el interés de los hijos, interés que resulta favorecido por el hecho de común apellido; y finalmente, favorece la igualdad conyugal, en cuanto los apellidos corresponde a la normalidad (tal normalidad es la de que los niños que viven con una pareja normalmente llevan los apellidos del señor y la señora con quienes viven, lo cual es una observación elemental de nuestra realidad). La igualdad radica, pues, en este caso, en lo que los psiquiatras podrían considerar un instinto, o una tendencia obtenida de comportamientos anteriores, o de complejos sexuales, etc.: radica en un sentimiento (que hasta en este caso límite se demuestra) de propiedad y más que de propiedad, de apoderamiento del hombre dentro de su medio. Sentimiento, que tutela al Derecho... (este es un ejemplo de "ciertos" tipos de cosas que tutelan el derecho, al menos, el positivo). En síntesis se justifica igualmente para el hombre como para la mujer el apoderamiento (de un ancla de continuidad del ser) de sus hijos, por medio de la imposición de su propio apellido). Bueno, pero, dado que estos son los valores de nuestro sistema la técnica jurídica permite, sin embargo, trabajar con ellos; desde este punto de vista la propuesta presentada que estamos analizando es correcta y merece aprobación.

Un último punto queda por examinar respecto a la concreta propuesta:

Es el relativo a si la solución propuesta no está ya contenido en nuestro Código (caso en el cual no hay ninguna necesidad de cambiar el respectivo artículo).

Veamos:

Expresa la norma: "El adoptado usará los apellidos del adoptante. En el caso de adopción conjunta usará como primer apellido el primero del adoptante y como segundo, el primer apellido de la adoptante".

Mi criterio es: "El caso en que uno de los cónyuges adopta a los hijos de su consorte, es un caso de adopción conjunta y en materia de apellidos se regula por las reglas que en éste rigen".

Propongo en concreto que se recomiende la adición al artículo 111 en los términos referidos.

En cuanto a la segunda ponencia:

La adopción plena está equiparada en nuestro sistema con la paternidad, en cuanto según al texto correspondiente del Código de Familia "crea los mismos vínculos jurídicos que ligan a los padres

con los hijos" . . . "además los adoptados entrarán a formar parte de las familias consanguíneas para todo efecto".

Pero se podrán referir a esta hipótesis también los efectos relativos a la impugnación de paternidad (concretamente el derecho para impugnar la paternidad).

A mi juicio tienen razón los miembros del Departamento Legal del Patronato en cuanto a que la adopción deben entenderse los principios generales de la paternidad (por supuesto principalmente si la adopción es plena) sin embargo, la extensión de principios debe hacerse de conformidad con las circunstancias (un problema análogo se presenta por cierto en materia de posibilidad —o de imposibilidad— de impugnación de la paternidad del que ha sido concebido mediante inseminación artificial, máxime con la existencia de la prueba de sangre). A mi juicio, a este caso la aplicación extensiva para efectos de legislación coherente, debe hacerse pero también *deben determinante sus presupuestos de hecho con claridad*. Evidentemente, los presupuestos de hecho de la adopción plena, de la paternidad mediante inseminación artificial y los de la paternidad legal son distintos, a pesar de la valoración común en que todos resultan comprendidos, y por ello, distinta ha de ser la solución que a ellos se dé.

Invito por este motivo a los compañeros de comisión a analizar el problema de la aplicación extensiva de los principios que rigen la paternidad con relación al tema de la adopción plena.

En este sentido acepto como correcta la moción planteada "que le permita al adoptado, dentro de los dos años siguientes a su mayoría de edad, impugnar su adopción" pero, ello no basta.

Y aquí de nuevo tiene eco la moción del Lic. Gutiérrez:

Es necesaria la regulación de los mecanismos procesales para la agilización del Código de Familia.

Es necesario, concretamente, que sea regulado el procedimiento para la adopción plena, sus presupuestos procesales y sustanciales, su recurribilidad, sus términos, etc. mientras ello así no se haga, la proposición del Departamento Legal del Patronato no podrá tener efectividad.

Invito en este sentido a los compañeros a examinar la problemática procesal; al menos, los puntos indispensables para ampliar con alguna esperanza de efectividad la idea propuesta.

En cuanto a la tercera ponencia:

Frente a la ponencia podemos realizar algunas consideraciones. No es acaso el interés de los menores uno de los principios de nuestra legislación familiar, tal como lo hemos examinado? ¿Por qué limitar el derecho a recurrir en este caso? La razón es simple: La lógica de los hechos señala los pasos del conflicto de patria potestad; de

paso, nos señala los sujetos del conflicto. Si a ellas agregamos el representante de la comunidad en la materia (El Patronato de la Infancia) parece claro que son partes (con lo que ello significa en materia de recursos) el otro sujeto del conflicto y el Patronato. La solución propuesta en la ponencia es, desde este punto de vista, correcto. Las razones en que se fundan son coherentes con los postulados de nuestro sistema jurídico familiar. La analogía con el artículo 139 es correcto.

Lo expuesto hasta aquí ya nos revela algo: *Falta una regulación procesal de la materia familiar*.

El estudio que hagamos en la comisión puede resolver algunos de los problemas procesales que nos presentan los compañeros del Patronato; sin embargo, será siempre poco en relación con un estudio serio (y con ello quiero decir también que sea estable, continuado y, por supuesto, financiado) como el que propone el Lic. Gutiérrez. Por ello, si insistimos en la tesis del Lic. Gutiérrez, podremos esperar más. La poca disponibilidad cronológica en un Congreso, no nos impide, sin embargo plantearnos en estos días problemas procesales concretos, que sin duda serán factores fuertemente condicionantes del trabajo posterior de la comisión para la preparación de un Código Procesal Familiar.

*
* *

PONENCIA

Análisis de varias ponencias de la Comisión de Igualdad ante la Ley.

Ponente: *Dr. Víctor Pérez*

En cuanto a los distritos electorales:

La ponencia del Lic. Ventura nos presenta otra de las contradicciones entre forma y substancia operativa de nuestro sistema.

La situación de hecho que nos presenta como antijurídico es, en síntesis, la existencia en Costa Rica de una geografía electoral, tan marcada que, según se demuestra solamente ciertas áreas geográficas eligen representantes, lo que es incoherente respecto a los principios que rigen un sistema democrático (como pretende serlo el nuestro).

Creo que el hecho planteado es innegable y la contradicción que el mismo revela es manifiesta. Tenemos conciencia, gracias al estudio del Lic. Ventura de la significación del problema.

Tal como quedó demostrado ayer con la participación de todos la verdadera actividad jurídica es la de buscar soluciones a los problemas de la vida social. El hecho que nos demuestra el señor Ven-

tura es, como se ha visto, un problema que exige al jurista una solución a esta Comisión.

Se trata pues de buscar la solución.

Existen varias alternativas posibles.

Se nos propone en la ponencia recomendar la reforma del artículo 106 de la Constitución Política. Se nos propone también recomendar la creación de un distrito electoral.

Veamos separadamente las dos proposiciones:

En cuanto a que se reforme el artículo 106 de la Constitución Política me parece encontrar una pequeña contradicción en el razonamiento; sigamos los pasos del mismo:

Según el Lic. Ventura: (copio textualmente): "este párrafo estatuye que los diputados serán elegidos por provincias. Pero la realidad es otra". Esta afirmación ya nos hace ver una cosa: que lo que anda mal es la realidad, esto es, el hecho de que en la práctica el diputado costarricense se elige por cantón. Existiendo contraste entre norma y realidad y siendo esta última la que en la práctica es antidemocrática es ésta última la que debe corregirse y no la norma constitucional. La corrección de la realidad puede hacerse mediante mecanismos que hagan efectivo el principio contenido en la Constitución (y por ello vigente sin necesidad de reformas) de que "Los diputados tienen ese carácter por la Nación". Esto es lo que se trata de hacer efectivo para evitar el peligro que nos hace ver la ponencia presentada de que: "la mayoría de los diputados en la realidad, son nombrados como representantes cantonales y (lo que creo grave) operan como tales.

En síntesis, la corrección de una práctica antijurídica (en este caso, en cuanto antidemocrática) debe hacerse mediante efectivos mecanismos de realización pero no mediante la reforma de la disposición constitucional que es precisamente el principio al cual quiere darse efectividad.

En cuanto a la creación de un distrito electoral como único medio de que se generalice realmente la representación política a nivel legislativo a todo el territorio nacional y se acabe con la discriminación que actualmente existe), debo manifestar que comparto el ideal que la anima (que se generalice realmente la representación política) pero no tengo claro el mecanismo de funcionamiento de este distrito electoral; por ejemplo en lo relativo a su delimitación (o serán los actuales distritos?).

La expresión "distrito electoral" puede pensarse que la ponencia pretende que los diputados sean elegidos por los representantes distritales y dentro de estos cuerpos. Puede también pensarse en el sentido de que cada distrito elija un diputado (independientemente

de su composición numérica interna), caso en el cual se democratizaría el proceso pero se aumentaría el número de los diputados. Contra esto último no tengo objeción. Si alguna significación política puede tener la delimitación distrital, cada una de estas unidades debe tener posibilidades de tener voz en el cuerpo legislativo. El proceso se justificaría porque daría como resultado una mayor participación popular en la Asamblea Legislativa (y no solamente la de ciertos sectores de "cierto nivel". Todo ello implicará una serie de problemas conexos de muy diversa índole (financieros, de mecanismos de debate, de modos de elección, etc.). Un proceso del género tendría tal vez también algunos aspectos negativos (?) favorecería el caudillismo en cuanto se produciría necesariamente su proliferación (del cantón al distrito) y la misma idea de ser elegido por el distrito condicionaría mentalmente la actitud del representante alejándolo del principio Constitucional de que "Los diputados tienen ese carácter por la Nación".

El mecanismo de efectividad del principio constitucional debe buscarse a nivel nacional y no a nivel distrital pues ello acentuaría los valores particulares de cada circunscripción geográfica haciendo olvidar a los intereses nacionales.

Creo que debe darse solución al problema que plantea la ponencia en examen, pero no me parece coherente la situación de hecho presentada con las soluciones propuestas. Creo que es posible pensar en otros mecanismos de representación que no dependan de razones geográficas. Si ahora tenemos una geografía política cantonal del país (en cuanto que sólo ciertos cantones eligen diputados), luego tendríamos una desintegración geográfica del país en intereses parciales (de distritos) que individualmente tratarían de imponerse a los intereses de la misma comunidad en caso de contraste.

¿No se podría pensar en otras formas distintas? En particular si entendemos políticamente el distrito como centro de intereses políticos comunes; hay otros centros de intereses políticos comunes (ya la Edad Media nos lo demostró con la existencia de los gremios).

Creo que nuestra misión aquí es la de recomendar básicamente lo siguiente:

Que la Asamblea Legislativa (o el Tribunal de Elecciones, o el cuerpo conveniente) estudie la forma de hacer efectivo el principio constitucional de que "Los diputados tienen ese carácter por la Nación".

Se trata de buscar cuáles son los "centros sociales de intereses políticos comunes" que corresponden a la realidad de la Costa Rica de nuestros días. Una vez conocidos, se trata simplemente de darles representación legislativa. No creo que tales centros políticos de intereses comunes sean de nuestro medio los distritos. La verdadera fuerza política se encuentra en los grupos de presión sociales, religiosos, económicos, etc.

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

En cuanto a las ponencias relativas a la participación de las mujeres en el Poder Legislativo y en las Municipalidades puede hablarse separadamente, sin embargo, dado que el problema que plantean es único y la solución en ambos casos es idéntica, lo que se diga de una de ellas es referible igualmente a la otra.

Estructuralmente analizadas las referidas ponencias nos presentan una situación de hecho que es la siguiente: "en los cuerpos representativos —legislativos y municipales— la mujer siempre se ha encontrado en desigualdad numérica".

Se pretende con las ponencias que este hecho implica una des aplicación efectiva del principio de igualdad ante la ley. Se dice en ellas precisamente que "la situación de facto no marcha al lado de la iura".

El principio de igualdad significa que, en lo que nos interesa, que las normas positivas no pueden hacer distinciones entre hombres y mujeres, entre indios y blancos, entre católicos y miembros de otras creencias. A todos, por el hecho de ser sujetos de derecho está potencialmente atribuida la posibilidad genérica de ser destinatario de los intereses tutelados por el sistema. Ello se realiza eliminando los obstáculos que de hecho impiden tal igualdad.

De hecho tal posibilidad existe en nuestro sistema con relación a la ocupación de puestos políticos. Lo que ha ocurrido es que por razones sociales en los cuerpos representativos se ha producido la preponderancia numérica de alguna de las categorías (en el caso concreto la preponderancia numérica masculina).

Ello depende de un proceso —en curso todavía— de incorporación de la mujer a la vida del país. Proceso que, depende de una mentalidad generalizada "machista" que lo obstaculiza. Este es precisamente el punto a combatir. La incorporación de la mujer a la vida social deriva del avance en este proceso, de lo que denominé Egenori incorporación en la actividad laboral y educativa.

Ahora bien, estando de acuerdo en este sentido en la desigualdad de hecho (en cuanto desigualdad cuantitativa) no creo que la solución se encuentre en una formalización de igual composición cuantitativa desde el punto de vista sexual de los cuerpos representativos.

La lógica contenida en la ponencia nos podría llevar a conclusiones que parecen absurdas: sería necesario determinar que también los otros criterios de igualdad (los raciales, los religiosos, los económicos) tienen que tener igual número de representantes en los cuerpos políticos. Siguiendo el mismo razonamiento sería necesario también recomendar que la Asamblea Legislativa o las municipalidades tienen que tener igual número de blancos y de indios, y del mismo modo, que tienen que tener igual número de católicos que de representantes de otras creencias, igual número de gente de clase rica, media y pobre, etc.

La desigualdad de hecho en la composición de mujeres y de hombres, de blancos e indios, de pobres y ricos, de católicos y de

otras ideas religiosas, depende del grado en que cada uno de estos sectores por razones de "mercado político" logre mayor representación. Pero ello es, necesariamente, de acuerdo a los postulados del sistema, un proceso libre en el que la participación está determinada por múltiples factores (carisma político, influencia personal, etc.).

El creciente número de mujeres en los cuerpos políticos en los últimos veinticinco años nos revela avances en el proceso, como también avances pequeños son observables con relación a los otros criterios de no discriminación (como el económico, religioso, racial).

Si la mujer, como lo creo personalmente, tiene igual capacidad política ello se irá imponiendo paulatinamente, de hecho.

No me parece correcta la propuesta de que haya necesariamente igual número de mujeres que hombres; y por qué no pensar también en el hecho (perfectamente posible) de que el proceso de participación de la mujer en la vida social lleve a la situación de que en un momento dado haya más mujeres que hombres (como nos cuenta Don Carlos José Gutiérrez que ocurrió en una de las comisiones de preparación del Código de Familia)? La "demanda" de hombres o mujeres, blancos o indios, católicos o acatólicos, etc. depende de las exigencias concretas del momento histórico y de los valores humanos que en ese momento adquieran relieve, sin interesar si son hombres o mujeres, si son blancos, o si son católicos. Serán estos valores humanos emergentes los que vayan determinando la composición numérica de los cuerpos políticos, en plano de igualdad de oportunidades. Estas son las razones de mi inconformidad con las ponencias examinadas.

RESPONSABILIDAD MEDICA