

89-118

# COMENTARIOS AL CODIGO DE FAMILIA

Prof. Eladio Vargas Fernández

Durante los años 1968 y 1969 la Asamblea Legislativa organizó una Comisión integrada por varios Diputados y por algunas personas que nos hemos interesado en el estudio del Derecho de familia, con el objeto de que elaborara un ante-proyecto de Código de Familia, que actualice esa importante rama del derecho patrio y que constituya a la vez un adecuado instrumento jurídico que ayude a resolver los numerosos y cada día más complicados y apremiantes problemas que afronta la familia en los tiempos que corren. La Comisión elaboró el anteproyecto que le fue encomendado y lo entregó al Directorio de la Asamblea Legislativa en el mes de mayo de 1970, quedando desde entonces sometido a estudio de ese alto Poder.

Como tuve el honor de trabajar en la confección de dicho anteproyecto al lado de distinguidas personas interesadas en tan importante labor, y como ya el referido anteproyecto se ha convertido en ley de la República, cuya vigencia se ha señalado para el 5 de agosto del corriente año, me parece conveniente hacer algunas observaciones relacionadas con ese Código, el cual acogió en parte la labor realizada por la referida Comisión, pero también desestimó otra parte e introdujo cambios e innovaciones que resulta de interés analizar.

Antes de hacer cualquier comentario acerca de las disposiciones que contiene el Código de Familia parece recomendable hacer algunas consideraciones previas sobre el Derecho de Familia y de la conveniencia de contar con un cuerpo de leyes que contenga todo lo relacionado con esa importante rama del Derecho.

Desde la promulgación del Código Civil en el año 1888 el derecho de familia costarricense formó parte de ese Código, en cuyo Libro Primero está la mayor parte de las disposiciones sobre esta materia. Existen, además, otras leyes promulgadas con posterioridad al Código Civil, las cuales contienen también importantes preceptos acerca del de Derecho de Familia, pero lo fundamental de éste se encuentra en el Código Civil.

El Derecho de Familia ha venido adquiriendo en las últimas décadas una gran importancia debido sin duda alguna a que la finalidad que persigue es proteger esa milenaria y estrecha agrupación

humana que recibe el nombre de familia, la cual tiene su origen en el vínculo de la sangre que tan hondamente liga a unos seres humanos con otros. Es probable que ninguna de las agrupaciones humanas que tutelan el derecho tenga tanta importancia como el núcleo familiar, si se toma en cuenta que éste ha sido considerado como la piedra angular de la sociedad humana, pues aparte de su función primaria de perpetuar la especie, ejerce, entre otras, una función educativa ya que en el seno de la familia se cultivan hábitos, sentimientos y principios que ayudan a forjar la personalidad del hombre, así como una función asistencial consistente en dar a sus miembros protección alimenticia, interpretada ésta con toda la amplitud que le otorga su acepción jurídica, y que comprende, no sólo las sustancias nutritivas, sino todas las prestaciones necesarias para el normal desenvolvimiento del ser humano, tales como habitación, vestuario, educación tratándose de menores, y protección amplia en caso de enfermedad o de desvalimiento por motivo de ancianidad. Si sólo tomáramos en cuenta estas trascendentales funciones desempeñadas por el núcleo familiar comprenderemos fácilmente por qué reviste tanta importancia para la sociedad una adecuada legislación que proteja a sus miembros.

Cobra mayor relevancia tal legislación si se considera que en los tiempos actuales debe enfrentar el grave problema de la desintegración de la familia, fenómeno este que los juristas contemporáneos señalan con verdadera alarma, en vista de la deplorable secuela de males que comporta y que incluye entre otros la creciente criminalidad juvenil. "Entre los terribles males que en la época moderna afligen a la humanidad, —ha escrito el destacado penalista Eugenio Cuello Calon—, uno de los más graves es, sin duda, la disgregación, la creciente decadencia de la familia"; y agrega "Los sociólogos, los juristas, moralistas, reiteradamente, con angustiosa voz de alarma, denuncian el peligro y las trágicas consecuencias del hundimiento del hogar familiar, entre otras la miseria, la prostitución, la criminalidad...".

Con el Derecho de Familia ha ocurrido en los últimos tiempos un fenómeno parecido al que ocurrió con el Derecho del Trabajo. Durante mucho tiempo los juristas consideraron que todo lo relacionado con el trabajo humano podía abarcarse en unos pocos artículos del Código Civil bajo el rubro de contrato de arrendamiento de servicios, tal como estuvo en la legislación costarricense hasta el año de 1943 en que se promulgó el Código de Trabajo.

En épocas anteriores se consideraba el trabajo del hombre como una mercancía, que al igual que todos los bienes muebles o inmuebles, podían regirse por disposiciones del derecho privado, similares a las que rigen la compraventa, el arrendamiento o cualquier otro contrato similar. Tal criterio fue abandonado tomando en cuenta que el trabajo del hombre es un bien de más elevada jerarquía que necesita nuevos y distintos instrumentos jurídicos que lo aprecien en su verdadero valor; y fue así como se desprendieron del viejo Código Civil unos cuantos infolios para dar nacimiento a una nueva legisla-

ción que reemplazara el antiguo concepto materialista del trabajo por otro más acorde con la dignidad humana.

Con el Derecho de Familia se ha dado una situación similar. Los brillantes juristas que elaboraron nuestro Código Civil, siguiendo las ideas entonces prevaletentes, contemplaron todo lo relacionado con el Derecho de Familia, como antes se dijo, en el Libro Primero de ese cuerpo de leyes, quedando desde luego tan importante materia sujeta casi totalmente a las prescripciones del derecho privado, en donde impera la voluntad de las partes. Pero actualmente ese criterio ha sido abandonado. Así como los juristas que crearon el Derecho de Trabajo rechazaron la idea de que la relación que liga al patrón con el obrero era similar a la que liga al comprador con el vendedor, y reclamaron y obtuvieron una concepción nueva y diferente para el vínculo obrero-patronal, así los juristas contemporáneos que elaboran el Derecho de Familia reclaman también una concepción nueva y distinta para la relación jurídica que liga al marido con la esposa, al padre con el hijo, al tutor con el pupilo, y a todas las demás personas que integran el núcleo familiar. Requieren también un nuevo concepto instituciones como el matrimonio, la adopción, la patria potestad, la tutela, etc., pues ninguna de éstas puede ser enfocada con el mismo criterio con que se enfocan las diversas instituciones del derecho privado. En estas últimas, la ley tutela fundamentalmente intereses particulares, en las últimas intereses sociales (no públicos) como son todos los intereses morales y aun materiales en la más antigua e importante de todas las agrupaciones humanas: la familia.

## II

Parece de indudable interés que sean algunos distinguidos juristas de reconocido prestigio internacional los que nos ofrezcan un concepto claro y preciso del Derecho de Familia, así como de su gran importancia.

Pero antes de transcribir sus autorizadas opiniones al respecto justo es decir que el derecho costarricense ya había dictado normas de esta importante rama del Derecho, antes de que fuera promulgado el Código de Familia. En efecto: La Constitución Política de 1871 adicionada por ley número 24 de 2 de julio de 1943, dispuso en su artículo 51 que el Estado debe procurar el mayor bienestar de los costarricenses, protegiendo de modo especial a la familia, base de la nación, y asegurando amparo a la madre y al niño.

Posteriormente, la Constitución del 7 de noviembre de 1949, que actualmente nos rige, estableció varias normas de gran trascen-

dencia que produjeron un cambio profundo en nuestro Derecho de Familia y que vino a colocarlo en una posición muy avanzada y plausible desde todo punto de vista.

Por ser pocas y breves esas normas, vale la pena reproducirlas. Son las siguientes:

“Artículo 51.—La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido”.

“Artículo 52.—El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges”.

“Artículo 53.—Los padres tienen con sus hijos habidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él. Toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres, conforme a la ley”.

“Artículo 55.—Se prohíbe toda calificación personal sobre la naturaleza de la filiación”.

Fue tan hondo el cambio que determinaron estas pocas disposiciones constitucionales, que posteriormente hubo de promulgarse la Ley número 1443 de 21 de mayo de 1952, con el único objeto de reformar 48 artículos del Código Civil para armonizarlos con los referidos preceptos constitucionales.

Leamos ahora la autorizada opinión de algunos juristas que como dije al principio, nos ofrecen un concepto claro y preciso de esta importante rama del derecho, así como de su gran importancia.

El Prof. Julien Bonnecase define el Derecho de Familia en el sentido amplio del término así: “Por Derecho de Familia entendemos el conjunto de reglas de derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia”. Y agrega lo siguiente “Durante siglos la familia se ha revelado como una realidad orgánica, constituida por la unión íntima y jerarquizada, de un grupo extenso de personas, y también como una comunidad de los bienes pertenecientes a ella; dotada de una vida específica de alcance colectivo, en la cual se absorbía más o menos totalmente la actividad particular de los individuos así reunidos. En otros términos, la familia constituía, bajo esta forma, una fusión de personas y de bienes, absorbiéndose en un todo, reglas de orden personal y patrimonial”. Luego expresa que aun cuando ha evolucionado el antiguo concepto de la familia: “La familia es, aun actualmente, no un conjunto de personas y voluntades individuales agrupadas arbitrariamente, sino un dato de la naturaleza, que se impone y traduce en un organismo especial de contornos precisos, animado de una vida colectiva propia, de la cual participan, necesariamente, tanto nuestra condición física y patrimonial, como nuestra existencia moral”. (La Filosofía del Código de Napoleón Aplicada al Derecho de Familia. Páginas 33 - 34 y 35. Traducción al cas-

tellano del Lic. José María Cajica. 1945. Editorial José María Cajica Jr. Puebla, México).

El Prof. Antonio Cicu, dice: “Dada la estructura de las relaciones del derecho de familia, radicalmente diversa, como se ha visto, de la de las relaciones de derecho privado, incluir en el derecho privado el derecho de familia, como se hace generalmente, está en pugna con los más elementales criterios de sistematización científica. Esencialmente diverso es, efectivamente, el objeto de la tutela jurídica en uno y otro campo: en el derecho privado se regulan conflictos de intereses, principalmente sobre la base de la voluntad y de la responsabilidad de los particulares interesados, mientras que en el derecho de familia se garantiza el interés superior frente a los intereses de los individuos. Con todo esto no queremos afirmar que el derecho de familia deba incluirse en el derecho público. La familia no es ente público, no porque no esté sujeta, como los entes públicos, a la vigilancia y a la tutela del Estado (no se ha garantizado todavía a la familia, frente al Estado, una libertad y una autonomía de la misma naturaleza que la privada), sino porque los intereses que debe cuidar no son, como los entes públicos, intereses de la generalidad, por lo cual no está organizada como éstos. Por tanto al derecho de familia se le podría asignar un lugar independiente en la distinción entre derecho público y derecho privado; es decir, que la bipartición podría ser sustituida por una tripartición que respondiera a los caracteres particulares que socialmente asume el agregado familiar frente al agregado político”. (La Filiación. Traducida del italiano por Fausto Jiménez Arnau y José Santacruz Teijeiro. Biblioteca de la “Revista de Derecho Privado”. Madrid. 1930).

El Prof. Francesco Messineo expresa: “Es innegable que el derecho familiar ocupa una posición absolutamente propia en la órbita del derecho privado, —el cual es predominantemente de naturaleza patrimonial—, porque las normas de que resulta, son imperativas o coactivas (denominadas de orden público)...

La índole peculiar del derecho de la familia se demuestra también por la circunstancia de que, por lo general, el ejercicio del derecho o del poder, por parte del sujeto investido de él, no está preordenado a la satisfacción de un interés del sujeto mismo, sino a la exigencia de que se satisfagan ciertos intereses generales...” (Manual de Derecho Civil y Comercial, tomo III, página 31. Editorial argentina Ejea. Traducción de la octava edición italiana por Santiago Sentis Meléndez).

El Prof. Rafael Rojina Villegas, dice: “Las características del derecho de familia permiten diferenciar esta rama de todo el derecho civil patrimonial, mercantil, obrero o agrario. En estas últimas manifestaciones existe el dato común de que el ordenamiento jurídico regula todo lo relacionado con intereses patrimoniales... De lo expuesto se desprende que existe como característica común en todas las citadas ramas del derecho la organización jurídica del patrimonio y la regulación, por lo tanto, de los derechos susceptibles de valorización

económica. En cambio, en el derecho de familia la nota principal se refiere a la regulación de los vínculos no patrimoniales que se crean por el parentesco, el matrimonio y la incapacidad de ciertos sujetos. Sólo de manera secundaria el derecho de familia regula relaciones patrimoniales tanto en lo que se refiere al régimen de los bienes en el matrimonio, como en lo que atañe a la administración de los intereses de los que están sujetos a patria potestad o tutela”.

### III

Antes de iniciar estos comentarios a algunos de los primeros cien artículos del Código de Familia me permito manifestar que tendrán un carácter exclusivamente interrogativo o aclaratorio, ya que no me ha sido posible obtener copia de las actas del plenario de la Asamblea Legislativa o de su Comisión de Asuntos Jurídicos, en donde seguramente constan las razones que hubo para hacer cambios de tanta importancia como los que me propongo señalar, pues es indudable que deben haberse producido extensos debates de gran interés cuando fue aprobado el referido Código, los cuales constituyen sin duda alguna la mejor y más satisfactoria respuesta a las dudas o preguntas que me permitiré formular.

Me limitaré a exponer el criterio de los diez miembros que integramos la Comisión Especial encargada de elaborar el anteproyecto que le sirvió de base a la Asamblea Legislativa para aprobar el actual Código de Familia. Tal criterio como es obvio, consta en el propio articulado de dicho anteproyecto y en las actas de las 163 sesiones que efectuó la Comisión Especial desde el mes de diciembre de 1968 en que inició sus labores hasta el mes de abril de 1970 en que las terminó haciendo entrega de su anteproyecto al Directorio de la Asamblea Legislativa. Debo agregar, en cuanto a las actas de la Comisión Especial, que lamentablemente en éstas no se pudo siempre consignar con la exactitud requerida todo cuanto ahí se dijo debido a desperfectos frecuentes en la máquina grabadora que recogió los debates que se produjeron.

Hechas las consideraciones anteriores, comenzaré con el artículo 10. El Proyecto que elaboró la Comisión Especial, que adelante designaré simplemente el Proyecto, para economizar espacio, modificó la doctrina del artículo 49 del Código Civil, el cual dispone que: “Los esposales no producen efecto alguno Civil”, adicionándolo con el siguiente párrafo: “Sin embargo, si con ocasión del incumplimiento de la promesa matrimonial se causaren daños o perjuicios, el responsable está obligado a repararlos”. El Código de Familia suprimió este último párrafo, el cual se conforma con la doctrina que al respecto susten-

tan otros Códigos y diversos tratadistas. Romper un compromiso de cualquier clase sin razón que lo justifique, es un acto de irresponsabilidad que debe ser sancionado en alguna forma, así sea de la manera leve como lo dispuso la Comisión Especial, esto es, obligando al incumplidor a pagar los daños y perjuicios causados, que es lo menos que se puede exigir.

Ya desde el año 1933, cuando el eminente jurista y recordado Prof. don Alberto Brenes Córdoba escribía su Tratado de las Personas, hacía ver que era admisible, en principio, que la parte que hubiera sufrido pérdidas por gastos hechos en razón del concertado matrimonio, pudiera exigir el reintegro de ellos y recordaba que en ese sentido contenían disposiciones expresas el Código Civil suizo y el español (véase la página 119 de dicho Tratado).

Actualmente el artículo 81 del Código Civil italiano y el 143 del Código Civil mexicano para el Distrito y Territorios Federales, mantienen igual criterio.

El tratadista argentino Alberto G. Spota, en el tomo II, del Volumen I de su Tratado de Derecho Civil, expresa que también hay disposiciones similares en el derecho alemán y en el inglés. (Véase página 351, número 47).

Los reputados civilistas franceses Planiol y Ripert en su conocida obra Tratado Práctico de Derecho Civil francés expresan que la jurisprudencia francesa reconoce derecho de indemnización en estos casos, cuando haya culpa del demandado, perjuicio del demandante y relación de causa a efecto entre la culpa y el perjuicio (véase tomo II, número 85, página 70).

Creo que es innecesario hacer mayor acopio de citas en defensa del criterio de la Comisión Especial porque las ya hechas son suficientes, dada la elevada jerarquía intelectual de sus autores. El artículo 11 lo redactó el Proyecto así:

“El matrimonio es la base esencial de la familia y se fundamenta en la igualdad de derechos de los cónyuges. Es perpetuo y tiene por objeto la procreación y el mutuo auxilio”.

El Código de Familia lo modificó en la siguiente forma:

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

Como podrá advertirse, se eliminó en primer término el importantísimo concepto de que dentro del matrimonio existe igualdad de derechos de los cónyuges, el cual tiene origen en el artículo 52 de la Constitución Política. No se podrá aducir en defensa de ese criterio que por figurar el concepto eliminado dentro de la Constitución Política, era innecesario repetirlo, porque tratándose de otras disposiciones también de origen constitucional, como son las de los artículos 53 - 54 y 55 de la Constitución Política, se repitieron en los artículos 3 - 4 y 5 del Código de Familia.

En segundo término se eliminó el concepto de que uno de los fines esenciales del matrimonio es la procreación, y se le sustituyó por el de cooperación.

El fin no sólo esencial del matrimonio, sino originario y más importante es precisamente el de la procreación, y es del todo inaceptable que se le reemplace por el de cooperación, el cual es propio de cualquier otra relación jurídica de tipo empresarial, laboral o mercantil.

Es tan de general aceptación el criterio del Proyecto que resulta innecesario hacer acopio de opiniones sobre el punto sobradamente conocidas de todos los que estudian esta materia. Sin embargo, me voy a permitir hacer la transcripción de las dos siguientes autorizadas opiniones:

“El matrimonio es una asociación entre los dos esposos, con obligaciones recíprocas. Pero su objeto esencial es la creación de la familia”. (Planiol y Ripert. Ob. citada. Tomo II. Número 70. Pág. 59).

Por su parte el Prof. Calogero Gangi, de la Universidad de Milán, en su obra Derecho Matrimonial, de la Editorial Aguilar, página 8, número 6, dice:

“Si se quiere considerar solamente el fin esencial del matrimonio, a saber, aquel que no puede faltar nunca en ningún caso, entonces se debe decir que es la unión legal del hombre y de la mujer para constituir una familia legítima...”

La inusitada eliminación de ese fin esencial del matrimonio, obligó a los autores del Código de Familia a crear en el inciso 6 del artículo 14 un nuevo impedimento que comprende a personas que siendo del mismo sexo, pretendan unirse en matrimonio. Este nuevo impedimento estaría sobrando si se hubiera mantenido como fin esencial del matrimonio la procreación, ya que ésta es imposible entre personas de un mismo sexo.

Por otra parte, la doctrina al referirse al matrimonio entre personas de un mismo sexo, que según los señores Planiol y Ripert nunca se ha presentado en la jurisprudencia francesa, manifiestan que podría considerársele como uno de los poquísimos casos en que se admite el matrimonio inexistente, pero en ningún caso lo incluyen o catalogan como un impedimento al matrimonio. (Ob. citada, números 255 y 258. Páginas 197 y 199).

#### IV

En el artículo 15, inciso 5, se crea un nuevo impedimento al matrimonio según el cual es anulable el matrimonio “cuando fuere celebrado ante funcionario incompetente”. La celebración de un acto jurídico de cualquier naturaleza ante un funcionario incompetente, es motivo de nulidad. Esto es así tanto tratándose de actos jurídicos

como el matrimonio, como en materia procedimental, en donde priva el principio de que toda actuación ante un Tribunal carente de competencia, es nula. Puede entonces decirse que el Código de Familia confunde un motivo de nulidad, con un impedimento al matrimonio, debido seguramente a que ambas situaciones jurídicas tienen un rasgo común consistente en que su inobservancia conduce a la ineficacia del acto jurídico de que se trate, sin que esto quiera decir en modo alguno que se trate de situaciones iguales.

La celebración de un matrimonio anulable como los previstos en el artículo 15 del Código de Familia, es un acto que además de ser nulo, aparece tipificado como una transgresión punible prevista por el artículo 180 del Código Penal.

Los impedimentos al matrimonio los define el Diccionario de Derecho Privado de la Editorial Labor, Tomo I, página 2192 así: “Son aquellas circunstancias existentes en el consentimiento, o en la persona o personas de los contrayentes, que se opongan a la celebración válida del matrimonio...”. El jurista chileno Alfredo Barros Errázuriz, en su Curso de Derecho Civil, Volumen IV, página 33, dice: “Es capaz de contraer matrimonio toda persona que la ley no declara incapaz. Las incapacidades para el matrimonio toman el nombre especial de impedimentos...”. Es decir, que los impedimentos al matrimonio se refieren a la persona o personas de los contrayentes, y la incompetencia al funcionario que lo celebra.

El Código Civil de 1888, aún vigente en esta materia, con su característica sistematización científica, trata tales temas en la forma que corresponde, esto es, en capítulos separados (véase en el Título IV, el Capítulo II, artículos 55 - 56 y 57 relativos a impedimentos, y en el Título IX del mismo capítulo el artículo 96, relativo a la nulidad por incompetencia del funcionario). Este notorio error en que incurre el Código de Familia, lo lleva a cometer otro de mayor importancia que es indispensable comentar. Me refiero a lo dispuesto por el artículo 64 de ese Código, correspondiente al 57 presentado por la Comisión redactora del Proyecto. Para mayor claridad del asunto vale la pena reproducir ambos artículos. El 57 del Proyecto dice:

“La nulidad del matrimonio legalmente imposible puede declararse aún de oficio. En el mismo caso se halla la nulidad que proviene de no haberse celebrado el matrimonio ante el funcionario debidamente autorizado por la ley para celebrarlo y el de la nulidad por haberse realizado sin la presencia de dos testigos idóneos”.

El artículo 64 del Código de Familia dice:

“La nulidad prevista en el artículo 14 puede declararse aún de oficio”.

Como podrá advertirse comparando ambas disposiciones, la reforma que se le introdujo al artículo 57 del Proyecto, consistió simplemente en mutilarlo, excepto en su primera fase. Es de suponer que esta lamentable mutilación se acordó porque ya se había dicho

en el inciso 5 del artículo 15, que era anulable el matrimonio celebrado ante un funcionario incompetente, y que con eso bastaba.

El autor o autores de esta reforma, si así puede llamarse, olvidaron que la celebración del matrimonio ante el funcionario debidamente autorizado por la ley, es un elemento consustancial e importantísimo de ese trascendente acto jurídico, motivo por el cual la doctrina lo considera absolutamente nulo cuando se celebra ante un funcionario incompetente, y que hasta ha llegado a considerársele como inexistente. El Código de Familia, en cambio, al declararlo anulable, permite su revalidación, como permite revalidar todos los restantes matrimonios a que se refiere el artículo 15; y más aún, deja la acción de nulidad únicamente en manos de los esposos, según lo dispone el artículo 65, inciso e). De esta manera si un guardia de Asistencia Rural, por ejemplo, o cualquier otro funcionario similar, celebra un matrimonio, y los esposos, de común acuerdo, no piden su nulidad, queda revalidado.

El principio de que es absolutamente nulo e irrevalidable el matrimonio efectuado ante un funcionario incompetente, es importantísimo. Debe mantenerse de modo inflexible, ya que su inobservancia sembraría el caos en esta materia tan importante.

Recurriendo de nuevo a los juristas de reconocido prestigio en esta materia, me permito reproducir algunas de sus autorizadas opiniones: "El matrimonio celebrado ante quien no es oficial público,—no tratándose del funcionario de hecho, o del funcionario usurpador—, carece de validez y no tiene efectos civiles, no obstante la buena fe de los contrayentes (artículo 14 de la Ley de Matrimonio Civil). La nulidad absoluta surge por violarse la ley imperativa, y para quienes consideran que la intervención del oficial público importa un requisito de forma sustancial, la nulidad absoluta también se desprende del artículo 1044, in fine... Se hallan previstas en la ley con esa sanción de nulidad absoluta, por lo tanto, las tres hipótesis clásicas de la pretendida inexistencia jurídica en materia de celebración del matrimonio: identidad de sexo, falta de celebración ante el oficial público y ausencia total de consentimiento..." (Spota. Ob. citada. Número 119. Páginas 708 y 709).

"La mejor clasificación de los elementos constitutivos del matrimonio es la efectuada desde el punto de vista de su sanción. Desde este punto de vista se distinguen: las condiciones requeridas so pena de inexistencia, de nulidad absoluta o de nulidad relativa. I. Las primeras son: 1º Diferencia de sexo; 2º El consentimiento de los futuros esposos; 3º La celebración del matrimonio ante el oficial del estado civil... Si de la diferencia de sexo pasamos a las otras condiciones de existencia, ninguna dificultad encontraremos en lo que se refiere a la celebración del matrimonio por un oficial del estado civil. Siendo clasificado el matrimonio entre los actos jurídicos solemnes ninguna existencia tiene sin la intervención de este último..." (Bonnecase. Ob. citada. Páginas 517 y 520, números 460 y 462. Tomo I).

Don Luis Fernández Clerigo en su obra *El Derecho de Familia en la Legislación Comparada*, páginas 96 y 97, refiriéndose a la nulidad del matrimonio, dice:

"Conviene, sin embargo recordar, que las nulidades absolutas revisten caracteres especiales, que no cabe desconocer y que las hacen perfectamente distintas de las meras anulabilidades. Así, vemos que esas nulidades absolutas no permiten confirmación ni subsanación y que la acción que originan está en cierto modo asimilada a las de carácter público..."

Los señores Colin y Capitant, reputados tratadistas franceses, en su obra *Curso Elemental de Derecho Civil*, Tomo I, página 394, señalan las cuatro nulidades absolutas del matrimonio a saber: Impubertad, bigamia, incesto, falta de publicidad o incompetencia. Refiriéndose a esta última expresan:

"En principio como es sabido, las nulidades absolutas, ya se hagan valer bajo forma de acción, ya se opongan bajo forma de excepción, pueden ser invocadas por toda persona interesada. En la materia que nos ocupa encontraremos aplicación de este principio... Todo matrimonio nulo, de nulidad absoluta, puede ser atacado, dice el artículo ciento ochenta y cuatro, ya por los esposos mismos, ya por todos los que en él tienen interés, ya por el Ministerio Público..." (Pág. 368).

Resumiendo todo lo anteriormente expuesto, se puede decir que el Código de Familia confunde un impedimento al matrimonio, con la incompetencia del funcionario autorizado para celebrarlo; y que si tal error se limitara sólo a esa confusión, no tendría tanta importancia el asunto. Lo grave es que al incluir tal clase de matrimonio en el artículo 15, los hizo revalidables, cuando la doctrina rechaza categóricamente ese concepto, ya que lo considera absolutamente nulo o irrevalidable, y hasta lo ha calificado de inexistente, en donde se admite la teoría de los actos jurídicos inexistentes. Igualmente grave es que se haya eliminado toda la teoría sobre la nulidad absoluta sobre esta clase de matrimonios, contenido en el artículo 96 del Código Civil y mantenida por el artículo 57 del Proyecto, con una importante reforma que se comentará en el artículo siguiente.

## V

El artículo 96 del Código Civil, cuyo texto desde luego mantuvo el proyecto, bajo el número 57, plantea el serio problema de decretar la nulidad absoluta del matrimonio por incompetencia del funcionario que lo celebra sin referirse a las distintas clases de in-

competencia que pueden producirla, comprendiendo, consecuentemente, todos los posibles casos de incompetencia sin hacer distinciones de ninguna especie, de acuerdo con el principio de que no se puede distinguir donde la ley no distingue. Según este criterio son igualmente nulos los matrimonios celebrados, por ejemplo, por un Gobernador que actúa fuera de su jurisdicción territorial, o cuando actuando dentro de ésta, ninguno de los contrayentes reside en ella, y el que celebra un funcionario que no tiene atribuciones legales para celebrar matrimonios. Los tres casos indicados son ciertamente de incompetencia, pero es indudable que tienen distinta gravedad. No es lo mismo que un Gobernador, —funcionario con capacidad legal para efectuar una boda—, actúe fuera de su jurisdicción territorial, o que celebre una boda dentro de ésta sin que ninguno de los contrayentes resida en su jurisdicción, que el caso figurado en el comentario anterior, de que un guardia de Asistencia Rural celebre una boda. La doctrina parece inclinarse por decretar la nulidad absoluta, o la inexistencia del matrimonio en su caso, —medida extremadamente grave—, sólo en el caso del funcionario que carece de atribuciones legales para celebrar matrimonios, mantener su validez en los otros dos casos. La reforma introducida por el Proyecto al artículo 96 del Código Civil se inspiró en esas ideas según lo expresan los siguientes expositores:

“La incompetencia del funcionario que celebra la boda puede serlo por razón de la persona (*ratione personae*), cuando ninguno de los esposos tiene en el lugar señalado por la ley, su domicilio real o una residencia suficiente para poder celebrarlo ahí; también puede ser incompetente por razón del lugar (*ratione loci*), cuando dicho funcionario se traslada fuera de su jurisdicción para efectuar el matrimonio, y finalmente, la incompetencia también puede ser por razón de funciones, esto es, cuando el funcionario carece de atribuciones legales para efectuar la boda. Aun cuando en todos estos casos se está en presencia de un funcionario incompetente, y la incompetencia no es susceptible de distinciones, ya que el funcionario es competente o no lo es, debe apreciarse la mayor o menor gravedad de la incompetencia, siendo posible que se declare la nulidad únicamente en caso de incompetencia por razón de funciones, y no en los otros casos, siempre que la celebración de la boda ante el funcionario incompetente no sea el resultado de mala fe de las partes, pues si hubiera mala fe la nulidad procedería en los tres casos. (Planiol y Ripert, tomo y ob. citada, números 274-275-276-277)”.

Como podrá advertirse, de todo lo anteriormente expuesto resulta claro que la caprichosa mutilación que el Código de la Familia hizo del artículo 57 del Proyecto correspondiente al 64 de ese Código, no sólo cometió el error de eliminar la nulidad absoluta para toda clase de matrimonios, aun de los funcionarios carentes de

atribuciones legales para efectuarlos, sino que los hizo revalidables, contrariando así lo recomendado por la doctrina, que los considera de manera categórica absolutamente nulos e irrevalidables. Y finalmente, también comete el error de eliminar una plausible reforma sobre esta materia que introdujo el artículo 57 del Proyecto, al artículo 96 del Código Civil, recomendada por la doctrina tal como la expresa la autorizada opinión de los señores Planiol y Ripert anteriormente transcrita.

## VI

En el artículo 16, inciso 1º, se incurre en una incongruencia en relación con lo dispuesto por el artículo 21. En efecto: expresa el referido inciso que es prohibido el matrimonio del menor de dieciocho años, sin el consentimiento previo y expreso de quien ejerza sobre él la patria potestad, salvo lo estipulado en el inciso a) del artículo 21; pero resulta que en este último artículo también se autoriza el matrimonio del menor, con prescindencia del consentimiento de quienes ejerzan sobre él la patria potestad en una nueva situación: “cuando el consentimiento se niegue y sea necesario para evitar que el menor sufra los perjuicios que podrá derivar de los delitos cuya pena o acción se extinguen con el matrimonio”. En consecuencia, para guardar la debida relación entre ambos artículos, debió decirse en el artículo 16 que es prohibido el matrimonio del menor de dieciocho años, sin el consentimiento previo y expreso de quien ejerza sobre él la patria potestad o la tutela “salvo lo dispuesto en el artículo 21”, o en su lugar “salvo lo dispuesto en los incisos a) y b) del artículo 21 de este Código”.

El Proyecto en su artículo 21 autoriza al Patronato Nacional de la Infancia para dispensar el consentimiento de los padres en los casos ahí figurados “previa información específica y por medio de resolución debidamente razonada”; y también, en el artículo 22 se otorga igual facultad a esta institución, cuando el tutor niegue el consentimiento sin aducir motivos razonables.

El Código elimina la intervención del Patronato Nacional de la Infancia en ambos casos, como en otras situaciones que adelante serán objeto de examen, sustituyéndola por una “información sumárisima” del Tribunal, sin precisar el trámite de tal información.

La comisión que hizo el Proyecto creyó que la institución que está más vinculada con los problemas del Derecho de Familia, y que mayor experiencia tiene en esta materia, es actualmente, el Patronato Nacional de la Infancia. Por ese motivo en los casos mencionados, y en muchos otros de parecida o mayor importancia, le dio la

más amplia intervención posible. No obstante, los autores de las reformas comentadas, inexplicablemente, la eliminan para confiar esas delicadas funciones a los Juzgados o Alcaldías Civiles, tan recargados de trabajos sobre materias muy distintas al Derecho de Familia. La comisión que hizo el Proyecto tuvo el criterio de que mientras no se establezcan en el país, los Tribunales de Familia, que fue una de sus aspiraciones no logradas, los problemas familiares deben contar con una mayor participación del Patronato Nacional de la Infancia, del cual, bien puede decirse que es hoy la única institución especializada en el tratamiento de esa clase de problemas y que es el único laboratorio, —valga la expresión—, sobre Derecho de Familia que hay en el país.

En el artículo 24 se agrega un requisito innecesario y extraño: exigirle al notario conservar en su protocolo de referencias una copia del acta de la celebración del matrimonio que ya consta en su protocolo general. Es innecesario porque el artículo 31 obliga al notario a entregarle copia firmada de la misma acta a los contrayentes y porque, además, este mismo artículo en su párrafo final, también obliga al funcionario que celebra la boda, a enviar, dentro de los ocho días siguientes a la celebración del matrimonio, otra copia de dicha acta con los documentos adicionales, al Registro Civil. Por otra parte, el artículo 57 de la Ley Orgánica del Registro Civil impone igual obligación, la cual debe cumplirse dentro del mes siguiente a la celebración de la boda, siendo punible, de acuerdo con el Código Penal, el retraso en el envío de la referida copia (véase el inciso 2 del artículo 381 de ese cuerpo de leyes).

Es extraño el requisito porque si el acta del matrimonio consta en el protocolo general del notario, además ya los contrayentes tienen copia de la misma (debió ordenarse una certificación) y también el acta debe ser inscrita en el Registro Civil, ¿cuál es el objeto de agregar una copia más en el protocolo de referencias del notario? En el artículo 25 se reduce la publicación de edictos previos a la celebración del matrimonio, de dos a uno, lo cual no parece conveniente, pues la publicidad previa en esta clase de actos jurídicos tiene mucha importancia.

Finalmente ese mismo artículo le impone a los contrayentes la obligación de indicar los nombres de los hijos procreados por ellos antes de la boda, lo cual es inaceptable, ya que nadie puede ser obligado a legitimar un hijo, por ser este acto, lo mismo que el reconocimiento, de naturaleza absolutamente voluntaria o facultativa. Si el padre o los padres se niegan injustificadamente a legitimar o reconocer a un hijo, éste tiene el derecho de recurrir a los Tribunales y obtener, mediante el ejercicio de la acción, hoy llamada de investigación de paternidad, la declaratoria correspondiente a su favor. El Proyecto elaborado por la Comisión no obliga a los padres a hacer la legitimación, simplemente los autoriza a hacerla si ellos quieren legitimar al hijo o hijos procreados antes del matrimonio.

Finalmente, en este mismo artículo 24 se eliminó la sanción específica contra los notarios que celebran bodas sin cumplir con las formalidades que establece el Código de Familia. Tal sanción, que trae el Proyecto, consistente en la suspensión durante un año del ejercicio de sus funciones, tiene el propósito de proscribir una pésima práctica bastante generalizada, consistente en celebrar los llamados "matrimonios por contrato" que es una verdadera burla a la institución del matrimonio.

Es verdad que el Código de Familia sometió a los notarios a la sanción establecida por el Código Penal. Pero esta sanción, que es bastante leve por cierto, se explica por la escasa preparación que hasta hoy se les ha exigido a los funcionarios autorizados para celebrar matrimonios, pero tratándose de notarios que por obligación deben ser abogados también, la sanción penal debe tener, además, otra de carácter civil de mayor severidad porque en ellos resulta inexcusable el desconocimiento de la ley en estos casos.

En el artículo 27 se dispone que "si se probare impedimento legal a juicio del celebrante éste suspenderá la celebración del matrimonio hasta tanto sea dispensado legalmente el impedimento".

Contiene este artículo el error de autorizar al funcionario que celebra la boda para que ante él se pruebe la existencia de un impedimento legal. Esta atribución es inconveniente si se recuerda que de la demostración de si existe o no un impedimento legal, depende la celebración de la boda, y supone el conocimiento de toda la teoría de los impedimentos dirimentes y prohibitivos, motivo por el cual el Código de Procedimientos Civiles contiene una detallada tramitación al respecto ordenando, entre otros requisitos, que el punto se resuelva mediante una sentencia apelable en ambos efectos, previa la correspondiente apertura a pruebas (véase artículo 718 del Código de Procedimientos Civiles).

Debe tenerse presente que de conformidad con lo que dispone el Código de Familia están autorizados para celebrar matrimonios, los Guardias de Asistencia Rural, los Gobernadores y los Notarios, aparte de los Jueces y Alcaldes Civiles.

Creemos que los referidos funcionarios administrativos, por la naturaleza de sus funciones, carecen de los conocimientos necesarios para hacer un pronunciamiento como el que se requiere; y en cuanto a los notarios, porque éstos carecen de jurisdicción para hacerlo.

Por otra parte, si ya el impedimento legal está demostrado a juicio del celebrante de la boda y éste tiene competencia para hacer el pronunciamiento respectivo, carece de sentido suspender el matrimonio, pues lo único que debería disponerse en ese supuesto, es que la boda no puede llevarse a cabo.

Debo aclarar finalmente en relación con este punto que el Proyecto en su artículo 27, dispuso mantener lo mismo que al respecto establece el artículo 63 del Código Civil, que dice así: "Si se denunciare impedimento legal se suspenderá la celebración del ma-

trimonio, mientras no sea dispensado el impedimento o no sea declarada por sentencia firme la improcedencia o falsedad de la denuncia”.

La única variante que introdujo el Proyecto fue eliminar la sanción que obliga al autor de la denuncia de un impedimento al matrimonio, a pagar daños y perjuicios, cuando la denuncia fuere declarada maliciosa, pero en ningún momento dispuso quitarle a los jueces civiles la importante atribución de resolver un asunto tan delicado, como es el de declarar si existe un impedimento para la celebración de un matrimonio mediante una sentencia, de la cual depende, si no se da en forma adecuada la invalidez del matrimonio, con todas sus lamentables consecuencias.

## VII

El artículo 28 del Código al señalar o indicar los requisitos que se necesitan para contraer matrimonio, dice en el inciso 2º que deben presentarse los documentos que demuestren haberse obtenido el correspondiente consentimiento, cuando se trate de personas que lo necesiten. La reforma, en relación con el Proyecto se limitó a cambiar la palabra “permiso” por “consentimiento” y aparentemente tal modificación carece de importancia, pero si se tiene presente que el consentimiento, en el matrimonio, como en todos los actos jurídicos es la esencia misma del acto, se advertirá que el cambio implica error, pues el consentimiento para celebrar el matrimonio sólo pueden darlos contrayentes, tal como expresamente lo dispone el artículo 13 del Código de Familia. Si lo que se quería era eliminar la palabra “permiso” se la pudo sustituir por autorización o cualquier otra similar, pero de ninguna manera por consentimiento, ya que los padres, ni los tutores pueden consentir en la celebración de una boda.

En el inciso 3 del mismo artículo 28, se suprimió la posibilidad, establecida por el Proyecto, de demostrar la edad de los contrayentes en defecto de acta del Registro Civil por medio de “cualquier otra prueba que demuestre competencia por razón de edad”. Se estableció esta posibilidad, —o mejor dicho se mantuvo porque así lo dispone el artículo 64 del Código Civil—, en vista de que por defectos de sobra conocidos, existe gran deficiencia en la inscripción de las actas de nacimiento, así como de casi todas las demás actas inscribibles en esa importante institución, especialmente las procedentes de lugares lejanos. Además, la prueba supletoria para todas las actas del Registro Civil, está aceptada por la doctrina y por la propia Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil, tal como lo dispone el artículo 46 que textualmente dice

“No hallándose registrados los actos referentes al estado civil o no estándolo en debida forma, se admitirá cualquier especie de prueba conforme lo disponga la ley”.

El conocido jurista argentino Alfredo Orgaz en su obra *Personas Individuales*, dice al respecto en la página 107, número 17: “La prueba del nacimiento de las personas con las circunstancias accesorias que lo califican, se hace exclusivamente por la Partida del Registro Civil o de los libros parroquiales, en su caso, como se ha dicho. Ni otros documentos, ni la prueba de testigos, así sean fehacientes en el más alto grado, pueden excusar la prueba legal establecida. Esta afirmación es absoluta, desde luego, en su plano lógico; pero cuando la partida no existe o no está en debida forma, por cualquier motivo, es claro que la ley tiene que aceptar otros medios de prueba para justificar un hecho, que, como el nacimiento, constituye la raíz y el fundamento del estado civil de las personas. Esta otra prueba admitida accesoriamente y sólo en defecto de aquella es la llamada supletoria del nacimiento. Para que esta prueba sea admisible, por tanto, es necesario que se acredite previamente la condición que la hace procedente, esto es, la inexistencia o imperfección de la partida...”.

Este mismo artículo 28 del Código de Familia, que corresponde al 30 del Proyecto, elimina el certificado médico prenupcial, que se trató de implantar. Concedora la Comisión que hizo el Proyecto de las dificultades que su establecimiento implica, creyó conveniente implantarlo en forma flexible y gratuita, disponiendo lo siguiente:

“Este requisito podrá dispensarse por Decreto del Poder Ejecutivo en aquellos lugares en donde sea imposible obtenerlo”. (Inciso 5 del art. 28 del Proyecto).

También agregó lo que sigue en el artículo 29:

“Los laboratorios y médicos oficiales están obligados a practicar los exámenes que sean necesarios para la expedición del certificado médico prenupcial gratuitamente, y sólo el extendido por ellos tendrá valor”.

Esto también lo suprimió el Código de Familia.

El certificado prenupcial es un avance importante que debe restablecerse y aún mejorarse en cuanto a la forma como lo propuso el Proyecto, pero jamás eliminarlo.

Lo establece el Código Civil Mexicano para el Distrito y Territorios Federales, en el artículo 97 inciso 4, el cual obliga a los contrayentes a presentar, entre otros documentos “un certificado suscrito por un médico titulado que asegure, bajo protesta de decir verdad, que los pretendientes, no padecen sífilis, tuberculosis, ni enfermedad alguna crónica e incurable que sea, además, contagiosa y hereditaria”. La legislación argentina también estableció la obligatoriedad del Certificado médico prenupcial.

En el artículo 31 se sustituye la expresión "testigos idóneos", aplicables a los de asistencia de la celebración del matrimonio por "testigos mayores de edad". El cambio de esta expresión tiene mucha importancia porque un testigo puede ser mayor de edad, pero carecer de idoneidad, como ocurre en los dementes, los ciegos, los sordo-mudos y otras personas igualmente incapacitadas ya sea por motivos de enfermedad como los indicados, como por otros motivos tales como el de haber sido condenados por perjurio o delitos similares, o por parentesco cercano de los contrayentes, con el funcionario que celebra la boda, o con los futuros esposos. Como en este caso los testigos desempeñan una función similar a la de los testigos instrumentales, suele entenderse como testigo idóneo para el caso, aquel a quien no comprendan las incapacidades señaladas por el artículo 734 del Código Civil. Tiene tal importancia el punto, que el artículo 96 del Código Civil considera absolutamente nulo el matrimonio celebrado sin la presencia de dos testigos idóneos, y permite que la declaratoria respectiva pueda hacerse aún de oficio.

El artículo 32 del Código de Familia varía en forma muy inconveniente el artículo 33 del Proyecto, que corresponde al 69 del Código Civil, en el cual se introdujo una modificación considerada recomendable. Se trata de lo siguiente: El Código Civil dispone hoy que por justa causa puede dispensarse la publicación de uno o de los dos edictos ordenados por el artículo 61; y agrega que tal dispensa se otorgará mediante el pago de una suma de dinero que no excederá de doscientos cincuenta colones, ni será inferior a cincuenta, debiendo hacerse la solicitud de la dispensa a la autoridad superior de la provincia o comarca. No obstante, la realidad es que en la mayoría de los casos nadie alega siquiera, ni menos prueba, la justa causa para obtener tal dispensa; y que las partes se limitan a acompañar a la documentación respectiva, la constancia de haber pagado la suma de doscientos cincuenta colones, y el matrimonio se celebra.

Como ya se dijo antes, la publicación de los edictos es muy importante y, en consecuencia, su dispensa también lo es, debiendo por lo mismo, como lo dispone el artículo 69, otorgarse únicamente cuando se demuestre una causa justa.

El cambio que introdujo el Proyecto al artículo 69 consistió en suprimir lo relativo al pago de una suma de dinero para obtener la dispensa, obligando al funcionario que celebra la boda a dictar una resolución motivada otorgando la dispensa, si la considera procedente por haberse demostrado en forma satisfactoria la causa alegada. De esta manera se quiso eliminar la pésima práctica tan extendida de prescindirse de la publicación de edictos sin siquiera mencionar y menos demostrar, una justa causa que justifique tal proceder.

— El Código de Familia echó por tierra todo lo anterior, disponiendo, en cambio, que el funcionario ante quien se tramiten las diligencias previas al matrimonio, podrá bajo su responsabilidad hacer la dispensa, si de los documentos que se le presentan resulta que los contrayentes no tienen impedimento para contraer matrimonio. Pero

resulta que los documentos que exige el artículo 28 para contraer matrimonio, consisten en la declaración de dos testigos sobre libertad de estado de los contrayentes, autorización para celebrar la boda en caso de menores, certificación del acta de nacimiento y de libertad de estado, expedidas por el Registro Civil y tratándose de la mujer, fecha de la disolución del anterior matrimonio.

Ahora cabe preguntar, ¿cómo es posible esperar que en tan escasa y simple documentación consten los impedimentos precisamente más graves para la celebración del matrimonio, a fin de que el funcionario pueda otorgar la dispensa de la publicación de los edictos? En esos pocos documentos no puede constar, por ejemplo, si los contrayentes son ascendientes y descendientes por afinidad, si se trata del autor o cómplice del homicidio de uno de los cónyuges y el excónyuge sobreviviente, si se trata de un caso de error, violencia o miedo grave, etc. La publicación de edictos tiende precisamente a instar a los interesados que conozcan la existencia de tales impedimentos, y otros que también señala la ley, a ponerlos en conocimiento del funcionario que celebra la boda a fin de que suspenda su celebración si se presentan y espere que los Tribunales competentes resuelvan si el impedimento es procedente o no. Por ese motivo precisamente es que la dispensa de la publicación de edictos, tiene mucha importancia, y sólo debe otorgarse cuando se prueba su justa causa, pues cuando no se publican edictos, se está prescindiendo del medio más importante de que dispone el funcionario para saber si existen o no impedimentos para llevar a cabo el matrimonio; y por tal motivo es que los artículos 711 y 712 del Código de Procedimientos Civiles instan y obligan a formular oposiciones a la celebración de matrimonios cuando existen impedimentos para su celebración.

## VIII

En el artículo 37 se incurre en el grave error de permitir que las capitulaciones matrimoniales se celebren durante la existencia del matrimonio, y no con anterioridad a éste, lo cual es contrario a la teoría más generalizada acerca de esta clase de convenios. El motivo que se aduce para disponer que dichas capitulaciones se lleven a cabo antes de la boda, es el de que solamente en esta oportunidad ambos cónyuges disponen de absoluta libertad para acordar lo que a bien tengan. Después de efectuado el matrimonio, un cónyuge, generalmente el varón, le impone el criterio a la esposa, y el convenio deja ya de ser el reflejo fiel de la voluntad de las partes, como debe serlo toda clase de actos jurídicos.

Calogero Gangi en su citada obra Derecho Matrimonial dice al respecto:

“El tercer principio fundamental, finalmente, también acogido por el Código precedente, es que las convenciones matrimoniales estipuladas antes de la celebración del matrimonio no pueden ser mudadas después de la celebración. Este principio está expresamente establecido en el artículo 162, párrafo 2º, que reproduce, salvo una ligera modificación de forma, el artículo 1385 del Código anterior. Ahora bien, esto supuesto, ¿cómo se explica y cómo debe entenderse este principio, que es precisamente el principio de la inmutabilidad de las convenciones durante el matrimonio? Las razones que sirven de base a este principio y que lo han hecho surgir son la necesidad de evitar que durante el matrimonio uno de los cónyuges abuse del afecto y de la confianza del otro para cambiar o deshacer las convenciones que han sido libremente pactadas antes de la celebración del matrimonio, y esto con eventual daño del otro cónyuge o de toda la familia...” (Página 289 y 290).

En el artículo 38 se le quita al contrayente la facultad de suscribir las capitulaciones asistido por la persona cuyo permiso sea necesario para celebrar el matrimonio; y se continúa expulsando al Patronato Nacional de la Infancia de la intervención que le señala el Proyecto, sustituyéndolo por el Tribunal.

En el artículo 39 se hace lo mismo con el Patronato Nacional de la Infancia. El Proyecto exigía que para autorizar el cambio, el Patronato debía actuar “en resguardo de los intereses familiares” y esta frase, que es muy importante, fue suprimida. Se trataba, con la inclusión de esa frase, de que si había cambio de alguna naturaleza en las capitulaciones, no se contemplara ya solamente el interés de los cónyuges, sino de todo el grupo familiar.

El artículo 40 del Código que corresponde al párrafo primero del artículo 39 del Proyecto se copió equivocadamente, pues en este punto se mantuvo la redacción del artículo 76 del Código Civil. Consecuentemente hizo bien el Código de Familia en corregir dicho error del Proyecto, reproduciendo, como era, el verdadero criterio de la Comisión redactora, el citado artículo 76, el cual dispone que “Si no hubiere capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge queda dueño y dispone libremente de los bienes que tenía al contraer matrimonio, y de los que adquiera durante él por cualquier título y de los frutos de unos y otros”.

Pero en este artículo el Proyecto introdujo, en su párrafo segundo, una de las reformas de mayor trascendencia, la cual fue eliminada del todo, posiblemente por ser muy controversial.

Para no alargar mucho estos comentarios, me limitaré a resumirla en el menor número posible de palabras.

Se trata de lo siguiente: en la actualidad, como es de conocimiento de los que estudian esta materia, el régimen patrimonial de los esposos está regido, en ausencia de capitulaciones matrimoniales, por lo que dispone el artículo 77 del Código Civil, según el cual

todos los bienes adquiridos durante el matrimonio, con el esfuerzo de ambos cónyuges, se consideran comunes y se reparten por mitades al disolverse el matrimonio. Se excluyen de esa comunidad los bienes aportados al matrimonio por cualquiera de los cónyuges, los adquiridos durante él por título lucrativo, los que se obtengan durante el matrimonio pero cuya causa o título de adquisición fue anterior al matrimonio, los adquiridos con dinero expresamente destinado a ello en las capitulaciones matrimoniales y, finalmente, los llamados bienes subrogados, que son aquellos que se adquieren durante el matrimonio, pero que vienen a reemplazar otros que son de la exclusiva propiedad de uno de los cónyuges.

Este sistema de régimen patrimonial del matrimonio ha funcionado así desde la promulgación del Código Civil en el año de 1888, pero en los últimos tiempos se ha prestado a verdaderas burlas y a tremendas injusticias, que no encontrarán remedio mientras no se reforme el artículo 77 del Código Civil.

La burla y la injusticia consisten en disponer que cada cónyuge tiene un derecho a la mitad en los bienes habidos con el esfuerzo común durante el matrimonio, pero cuando el cónyuge a cuyo nombre figuran tales bienes (generalmente el varón) desea burlar ese derecho, lo hace con un simple traspaso de dichos bienes a favor de otra persona que se los devuelve apenas quede disuelto el matrimonio, si se trata de un divorcio; y que aun, en caso de disolución por causa de muerte, también le es permitido dejar al otro en completa indigencia, con sólo traspasarlos a personas escogidas a su libre arbitrio, sin tomar en cuenta al otro cónyuge que con su esfuerzo hizo posible la formación de aquel patrimonio.

Son numerosos los casos en que el cónyuge que incurre en una causal de divorcio y que sabe que se prepara una demanda en contra suya se apresura a realizar un traspaso, naturalmente simulado, a favor de un pariente o una persona de su confianza, y cuando la demanda de divorcio llega al Tribunal y éste ordena anotarla en el Registro Público sobre el bien o bienes en los cuales el cónyuge inocente tiene su pretendido derecho a la mitad, ya éste no existe por haber sido enajenados con anterioridad por medio de un traspaso, que se sabe ficticio, pero que no puede atacarse con buen éxito por constar en un instrumento público. El Proyecto trató de ponerle fin a esta tremenda injusticia estableciendo el principio de que aquellos bienes que deben considerarse comunes al disolverse el matrimonio, no pueden enajenarse, ni gravarse durante el matrimonio, sin el consentimiento del otro cónyuge, que es lo menos que se debe exigir cuando la ley le está garantizando a una persona un derecho sobre bienes ganados con su esfuerzo. El Proyecto condensó estas ideas, agregándole a su artículo 39, lo siguiente:

“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 persona-

les, sólo podrán ser subastados o adjudicados en la mitad, considerándose desde ese momento que la otra mitad le pertenece al cónyuge no accionado”.

Este párrafo tan importante fue eliminado por el Código de Familia, manteniéndose así la burla e injusticia a que antes he hecho referencia, generalmente en perjuicio de la mujer.

Si la solución que el Proyecto le dio al problema planteado no era del agrado de quienes la suprimieron, creo que tenían el deber de buscar otra solución distinta, pero jamás mantener la situación imperante.

Si a esta supresión agregamos la reforma ya comentada de permitir que las capitulaciones matrimoniales puedan hacerse durante el matrimonio, parece que la igualdad de derechos de los cónyuges, establecida por el artículo 52 de la Constitución Política, que es un verdadero avance en esta materia, ha sido derogado de hecho, al menos en su aspecto patrimonial. En la página 32 del Tomo I de la obra de Spota antes citada, manifiesta este eminente jurista que dada la situación del hogar moderno en donde la madre tiende a asumir tareas fuera del hogar que significan una mayor base de sustentación para la familia, debe conducirnos a que se medite si no ha llegado la oportunidad de que para la disposición de los bienes comunes se requiera el común acuerdo de los cónyuges. Y en la nota número 58 y siguiente de la misma página de Spota recuerda que en alguna oportunidad Biblioni propuso que la disposición, no sólo de los bienes gananciales, sino aun de los propios de cada cónyuge, no pudiera realizarse sin el acuerdo de ambos esposos, o por medio de autorización judicial. La voluntad común de los esposos para disponer de los bienes gananciales aparece como jurídica y moralmente conforme con los fines que la familia debe alcanzar. Luego dice que cuando ello se agrega aún a los bienes propios, la cuestión ofrece mayores dificultades, ante el peligro de una administración perturbada por la necesidad de la voluntad coincidente de los cónyuges, pese a que resulta el medio de frenar una ruinosa disposición en perjuicio de la familia. Biblioni consideraba que la necesidad del acuerdo de ambos cónyuges, estrecha los vínculos que la sociedad conyugal crea, haciendo conocer a la esposa el estado de las cosas, y obligándola a participar en los actos graves de realización o afectación de los bienes que de una u otra manera constituyen los capitales que forman el haber del matrimonio. De esta manera, dice Spota, se consiguen dos ventajas evidentes: 1º mayor cohesión familiar; 2º mayor protección del patrimonio de la familia.

## IX

El 16 de diciembre de 1968 se promulgó la Ley N° 4277 y se le dio el nombre, absolutamente impropio, de Ley de Patrimonio

Familiar, la cual produjo tantos problemas y complicaciones, particularmente en las operaciones bancarias, que tuvo que ser derogada posteriormente.

Aparte de tales problemas y complicaciones, la referida Ley produjo el daño de dejar un mal recuerdo acerca del Patrimonio Familiar, ya que a éste se le considera desde entonces como el causante de esos problemas, lo cual es absolutamente injusto ya que la Ley 4277 no configuró, ni remotamente, la institución que la doctrina define como Patrimonio Familiar.

Para colaborar en la tarea de hacer que desaparezca ese mal recuerdo y del daño que en el futuro pueda hacerle a tan útil institución, me parece conveniente recordar que en el derecho patrimonial del matrimonio, deben distinguirse dos regímenes completamente distintos: A) el régimen patrimonial conyugal que regula y protege las relaciones económicas de los esposos; y B) el Patrimonio Familiar, que protege a todos los miembros de la familia, dotándolos de una casa de habitación cuando se trate de trabajadores urbanos y de una pequeña heredad, cuando se trate de trabajadores rurales. La referida Ley 4277 afectó el régimen patrimonial conyugal, pero nada dispuso en cuanto al Patrimonio Familiar.

En Italia lo introdujo el Código Civil de 1942. Se le llama así porque beneficia a la familia, y no porque le pertenezca a ésta, ya que la familia no es un sujeto de derecho... Al terminar el patrimonio familiar, si los bienes eran propiedad de un tercero que lo constituyó, vuelven a él; si eran de uno de los cónyuges, o de ambos, vuelven a éstos. (Messineo. Ob. citada. Tomo III. Págs. 109 y 111).

En el derecho norteamericano existe una institución similar llamada homestead, que consiste en la cesión de determinadas extensiones de tierra a título de propiedad, en las que se reúnen las tres cualidades siguientes: servir de domicilio a la familia, ser su residencia habitual, y su lugar de trabajo. Tales bienes son inembargables, y no pueden ser hipotecados, ni enajenados por uno de los cónyuges, sin el consentimiento del otro.

Existen instituciones similares en Alemania, Canadá y Finlandia; en Suiza en donde se le llama asilo de familia, y en Francia, en donde se le llama bien de familia. (Diccionario de Derecho Privado. Editorial Labor. 1950. Tomo II. Pág. 2942).

El patrimonio familiar o bien de familia como también se le llama, es un inmueble urbano o rural que por disposición de la ley está destinado al servicio de la familia, suministrándole habitación y subsistencia, sin que se proponga una finalidad de enriquecimiento del núcleo familiar, sino de darle asiento o lugar de habitación. Es un bien que se distingue de todos los demás por su función específica y exclusiva, y por la protección que la ley establece en su favor. Se trata de una institución jurídica diferente de todas las otras figuras del derecho inspiradas en el mismo plausible propósito, tales como el seguro familiar, las sociedades y fundaciones de familia, el régimen dotal, la copropiedad familiar, etc., ya que se encuentra

dotada de tres características mínimas y esenciales que son la inembargabilidad, el régimen restringido de enajenación y el régimen especial de transmisión por causa de muerte. También se caracteriza por la exención o disminución de cargas tributarias.

El bien objeto de este régimen puede llegar al núcleo familiar por transmisión que del mismo haga su propietario, en virtud de donación, herencia o de traspaso del dominio en cualquier forma, y fuera de esos casos de excepción, el bien continuará perteneciendo a su dueño o constituyente, pero sometido a un régimen especial de propiedad que lo coloca fuera del comercio.

En los casos en que el patrimonio se desafecte de su finalidad, regresa íntegramente al patrimonio de su constituyente y vuelve a formar parte de su patrimonio personal o acervo hereditario. Los beneficiarios tienen un derecho personalísimo, no susceptible de traspaso y que no acrecienta su patrimonio como prenda común de sus acreedores. Tal derecho se concreta a hacer servir el inmueble a la función de vivienda y sustento mediante el ejercicio de prerrogativas fijadas por la ley y su especial naturaleza jurídica; y el derecho del constituyente o dueño del bien, salvo los casos en que se desprende del dominio, es un derecho de propiedad sometido a un régimen especial que consiste, fundamentalmente, como antes se dijo, en la inembargabilidad del bien, su inalienabilidad relativa, tratamiento impositivo favorable y régimen sucesorio especial.

De acuerdo con la legislación argentina, la afectación del inmueble destinado a bien de familia, es voluntaria o facultativa para el constituyente, y sólo se permite darle ese destino a un solo inmueble. El derecho de los beneficiarios y del titular del dominio son irrenunciables, y el bien no puede ser materia de transacción.

La desafectación o extinción del régimen de bien de familia produce el efecto de reintegrar el inmueble a la categoría de cosa dentro del comercio, haciendo cesar desde luego su inembargabilidad e indisponibilidad. En consecuencia, el bien vuelve al patrimonio particular del constituyente o de sus herederos, si éste hubiere muerto, pero naturalmente sin ninguno de los privilegios anteriores.

La desafectación cesa por motivos expresamente señalados por la ley, dentro de los cuales se incluye la expropiación por causa de utilidad pública, la reivindicación del bien; el incumplimiento de la obligación de habitar el bien o de explotarlo por cuenta propia; en caso de fallecimiento del último beneficiario; cuando exista motivo grave como en el caso de explotación degradante, irracional o abiertamente antieconómica del bien; cuando haya evidente mal empleo de los frutos del bien; en el caso reiterado de incumplimiento de la obligación de prestar alimentos a los familiares, etc.

La mayoría de las legislaciones fija un valor mínimo al bien de familia, ya sea indicando su extensión máxima, especialmente tratándose de inmuebles rurales, ya confiando la determinación de ese valor al criterio de los Tribunales de Justicia en cada caso, o señalando un valor monetario al bien. El propósito de esta fijación es

eliminar toda posibilidad de que dentro del patrimonio familiar se incluyan bienes de considerable valor o de lujo, pues la finalidad de la institución de que se trata, no es sustraer bienes valiosos del patrimonio general de las personas, con el objeto de colocarlos fuera del alcance de los acreedores, sino el de darle una adecuada protección a la familia, que sin colocarla dentro de los límites estrechos, excluya la construcción de casas de lujo o la formación de fincas de un costo elevado.

## X

La facultad de administrar el bien corresponde a quien sea titular del dominio, y en caso de incapacidad, ausencia o presunción de muerte, se estará a lo que disponga la legislación común.

Si el administrador del bien no lo atiende convenientemente, o no emplea sus frutos al servicio de la familia, la legislación italiana permite confiar la administración al otro cónyuge, o a otra persona idónea elegida preferentemente entre los parientes más cercanos, pues los beneficiarios del bien tienen el derecho de aprovecharse de los frutos en la medida en que sea compatible con el derecho de los demás beneficiarios.

El constituyente del bien de familia en la mayoría de los casos, es el propio jefe de familia; y si a ésta se la protege frente a los acreedores con la inembargabilidad; y hasta contra la imprudencia del propio constituyente o dueño mediante la indisponibilidad, también es indispensable que se la proteja frente a la muerte del jefe de la familia, por la honda repercusión que tiene en el seno de la misma, un hecho de tanta importancia, y por ser uno de sus más dolorosos efectos, el desamparo en que queda la familia. Contradictoria sería la ley si en semejante situación, el bien de familia desapareciera conjuntamente con su dueño o constituyente.

El derecho sucesorio adquiere en este caso una nueva orientación mediante la cual el fenómeno de la transmisión hereditaria, que abarca la totalidad del patrimonio del causante, no incide sobre el bien de familia, permitiendo que éste subsista a pesar de la muerte del constituyente y hasta tanto no cumpla con los fines económicos y sociales que se propone satisfacer. Requiere pues, el bien de familia un régimen especial por causa de muerte que mantenga la indivisión forzosa del bien, normas especiales sobre administración, y exención de cargas tributarias de toda índole, propias de la transmisión por causa de muerte.

La subsistencia del bien de familia en este caso excluye toda clase de trámites procedimentales, sin que sea necesaria la reinscripción del bien en el registro respectivo, ni la manifestación de los beneficiarios de ser su voluntad seguir acogiéndose al régimen a que dejó some-

tido el bien, su constituyente ya fallecido. (Bien de Familia. Elías P. Guastavino, págs. 206 - 207 - 222 - 226 - 257 - 307 - 308 - 309 - 311 - 312 - 411 - 423 - 426 - 444 - 445 - 452 - 581).

El patrimonio familiar ciertamente sacrifica intereses, pero tal sacrificio se justifica plenamente en aras de un interés superior: el interés familiar.

La inembargabilidad significa el sacrificio de los intereses de los acreedores al verse privados de uno de los elementos del patrimonio de su deudor; la indisponibilidad del bien implica el sacrificio del interés del propio titular del dominio, puesto que si quiere beneficiarse con el bien sometido a este régimen, pierde el derecho de realizar actos de disposición entre vivos o por causa de muerte, a menos que los realice con las restricciones y condiciones que la ley establece.

Y hasta el propio Estado sacrifica sus intereses fiscales, concediendo al bien de familia exenciones tributarias o reduciendo éstas lo más posible.

El citado tratadista argentino Elías P. Guastavino define el bien de familia así:

“El bien de familia es una institución jurídica del Derecho de Familia Patrimonial y por lo tanto del derecho civil, concerniente a un inmueble urbano o rural, ocupado o explotado por los beneficiarios directamente; limitado en su valor, que por destinarse al servicio de la familia goza de inembargabilidad, es de restringida disponibilidad, se encuentra desgravado impositivamente y subsiste en su afectación después del fallecimiento del titular del dominio”. (Obra citada, pág. 256).

El profesor de la Universidad de Jerusalén, Guido Tedeschi dice acerca del patrimonio familiar:

“Más precisamente se lo concibe como ánora de salvación de la familia contra las adversidades o también contra la poca prudencia de quien debería tener entrañable como ninguna otra cosa la suerte económica de dicha familia... A diferencia de la dote y de la comunidad de bienes entre cónyuges, no siempre cesa el régimen ni agota su función el patrimonio familiar con la disolución del matrimonio. Si hay hijos menores, sólo se disuelve el vínculo al llegar a la mayoría de edad el último de los hijos...”. (El Régimen Patrimonial de la Familia. Guido Tedeschi. Páginas 83, 84 y 85).

Comentadas brevemente en el artículo anterior y en el presente las características del Patrimonio Familiar, así como los principios que lo regulan, se advierte fácilmente la razón por la cual el Proyecto no pudo redactar un capítulo relativo a esa importante institución, ya que tal labor es bastante delicada y requería un estudio amplio y cuidadoso, y necesitaba un tiempo con el cual no contaba la Comisión redactora del Proyecto. Por ese motivo prefirió abste-

nerse de incluirlo como parte de su labor, no obstante que reconoció siempre la trascendencia de la institución de que se vio obligada a prescindir.

En consecuencia, los seis artículos que sobre esta materia aparecen en el Código (42 a 47) son obra exclusiva de la Asamblea Legislativa.

Lamentablemente, quizá por la misma razón de falta de tiempo para hacer el estudio amplio que lo complejo de la materia exige, la Asamblea Legislativa incluyó esos seis artículos sobre el Patrimonio Familiar, bastante incompletos y defectuosos.

En un seminario sobre Derecho de Familia que organizó la Facultad de Derecho, en el Colegio de Abogados durante el mes de mayo de 1973, cuando el actual Código de Familia era aún Proyecto pendiente de aprobación, fui invitado a participar en ese Seminario, y cuando me correspondió referirme a este tema me permití comentar las omisiones y defectos que contenían los mencionados seis artículos, pero desafortunadamente de nada sirvieron mis observaciones, ya que quedaron iguales, no obstante que tampoco fueron refutadas por uno de los distinguidos miembros de la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, que asistió a dicho Seminario.

Voy a permitirme reproducir brevemente aquellas observaciones. El artículo 42 permite gravar y enajenar el bien de familia con el consentimiento de ambos cónyuges, así como perseguirlo por acreedores con base en deudas contraídas por los esposos. Lo que se recomienda, en cambio, es impedir que el bien pueda ser gravado, enajenado o perseguido por acreedores antes de que cumpla la función básica para la cual fue establecido: darle habitación a la familia beneficiaria. Es posible venderlo o permutarlo, pero con permiso del Juez y siempre que no haya oposición del cónyuge no divorciado o separado de hecho. Se le coloca fuera del alcance de los acreedores aun en caso de quiebra o insolvencia. El artículo 44 se limita a establecer la exención tributaria en caso de traspaso inter vivos o mortis causa, a favor del cónyuge o hijos. Pero la idea es mantener la indivisión y el traspaso del bien aun en caso de muerte del propietario, hasta que cumpla su referida finalidad económico-social. El artículo establece la posibilidad de traspasar el bien inter vivos. Pero si se quiere establecer esa posibilidad debe determinarse expresamente en qué casos puede autorizarse, ya que aun en caso de muerte se impide dicho traspaso de manera inmediata, con la cual se introduce un cambio fundamental en el derecho sucesorio de la familia, según el cual, de acuerdo con el concepto clásico, apenas fallecido el dueño todos sus bienes pasan al acervo sucesorio y se reparten dentro de sus herederos. La tendencia es mantener la indivisión y la afectación del inmueble no obstante el fallecimiento de su dueño. Las normas de derecho sucesorio en realidad no se derogan, sino que se posponen hasta que el bien de familia cumpla su finalidad.

Dentro de las causas de desafectación del bien no debe figurar el fallecimiento de uno de los cónyuges, por las razones antes dichas, tal como se dispone en el artículo 47; tampoco el divorcio o la separación de los esposos. El bien debe permanecer afectado especialmente en esta situación difícil. El Código Civil italiano permite mantener la indivisión del bien aún en caso de separación; y es posible, que ahora que ha sido admitido recientemente el divorcio en ese país, se disponga lo mismo en caso de disolución del matrimonio por motivo de divorcio.

Nada se dispone en cuanto a quiénes son los administradores del bien de familia, ni cómo se sustituyen en caso de que falten, ni quiénes son los beneficiarios de dicho bien.

## XI

Como los comentarios que he venido haciendo resultan ya demasiado extensos y apenas comprenden los primeros cuarenta y siete artículos del Código de Familia, y son doscientos veintiocho, no deseo abusar de la hospitalidad que a estos comentarios le ha brindado el periódico "La Nación". Por tal motivo creo que debo suspenderlos, sin que esto signifique que ya nada queda por comentar, pues muy al contrario, faltan innumerables observaciones que hacer, y si posteriormente el señor Director de este periódico me brinda más espacio, continuaré la labor emprendida.

No obstante, voy a concluir o suspender estas publicaciones, sin seguir el orden numérico de los artículos que he observado hasta el momento, para referirme al artículo 84 del Código de Familia que resulta un verdadero laberinto procedimental y una muestra de confusión que producirá muy serios problemas a los Tribunales cuando tengan que aplicarlo.

El citado artículo 84 se refiere a los hijos habidos fuera del matrimonio, cuya situación jurídica fue mejorada notablemente por la actual Constitución Política en sus artículos 53 y 55, estableciendo a favor de dichos hijos, iguales derechos que los correspondientes a los hijos habidos dentro del matrimonio, permitiéndoles investigar la paternidad sin las odiosas limitaciones que antes tenían y prohibiendo toda calificación sobre la naturaleza de la filiación. Estos principios tan sabios, claros y trascendentes, se mezclaron en el artículo 84 con un laberinto procesal que en nada los mejora, y que quizá más bien los perjudica.

Comenzaremos por decir que el Capítulo IV del Código, denominado Hijos habidos fuera del matrimonio, se inicia precisamente con ese artículo, y que desde el principio hasta el fin incurre en el deplorable e inexplicable error de mezclar lo relativo a la investiga-

ción de paternidad, —acción que corresponde única y exclusivamente a los hijos habidos fuera del matrimonio, con la impugnación de paternidad de hijos habidos dentro del matrimonio—, acción que corresponde única y exclusivamente al padre, quien protesta una falsa paternidad por causa de adulterio de la esposa.

Acciones tan distintas como inconfundibles deben figurar como estaban en el Código Civil de 1888, en Capítulos diferentes.

Aparte de este error metodológico que por sí solo induce a confusión, se incurre en otro error gravísimo consistente en autorizar a cualquier extraño para reconocer como suyo a un hijo nacido dentro de un matrimonio, con solo que se inicie el juicio de impugnación de paternidad. Examinemos el contenido de los párrafos procedimentales impropriamente agregados al artículo 84, que convierten ese artículo en un verdadero laberinto:

*Primero:* Apenas planteado el juicio de impugnación de paternidad y sin saberse qué suerte va a correr, se le permite a un extraño que reconozca como suyo al hijo objeto del juicio, no obstante que ese hijo figura en el Registro Civil, como tiene que figurar, con su filiación de hijo del marido de su madre, pues nació siendo casados sus padres. La única salvedad que se hace en este párrafo es que tal reconocimiento tendrá validez sólo en caso de que prospere la demanda de impugnación.

La más elemental lógica aconseja que en un caso como el figurado, se espere que concluya el juicio, para saber si se puede o no reconocer al hijo, según prospere o no la demanda de impugnación de paternidad.

Sigue diciendo el párrafo primero del artículo 84, que para darle a un extraño esa atrevida facultad de reconocer como suyo a un hijo de matrimonio, desconociendo así al padre que la ley señala por tratarse de un hijo de los que antes se llamaban legítimos, lo único que se necesita es promover un incidente por los trámites señalados en el Código de Procedimientos Civiles para los incidentes comunes, en el domicilio del extraño incidentista. No se le exige siquiera que lo haga ante el mismo Juez que conoce de la demanda de impugnación. En consecuencia, si por ejemplo, en un Juzgado Civil de San José se tramita un juicio de impugnación de paternidad, en cualesquiera otros lugares de la república, se pueden hacer tantos incidentes reconociendo como suyo a aquel hijo, como extraños haya interesados en su paternidad, y Juzgados Civiles existan para darle curso al incidente. Y si la acción de impugnación prospera, ¿cuál incidentista será el padre? Y si la acción fracasa se mantendrá como padre al marido de la madre, pero ésta y el hijo quedarán en un mar de confusión y descrédito, proporcional al número de presuntos padres adulterinos que hayan formulado el inusitado incidente.

*Segundo:* También apenas iniciado el referido juicio, se autoriza el reconocimiento por parte de un extraño, del hijo por nacer

que vaya a dar a luz una mujer casada, siempre que se prueben las siguientes circunstancias: a) que la concepción se produjo durante la separación de los cónyuges; b) que el hijo no se encuentre en posesión notoria de estado por parte del marido; c) que el reconocimiento se haya autorizado por resolución judicial firme. Todo esto, —que como fácilmente se advierte es propio de un juicio ordinario—, debe probarse dentro del trámite correspondiente a los incidentes comunes, que consiste como se sabe en una sencilla gestión dentro de la cual la parte demandada, sólo tiene una audiencia de tres días para contestar.

Resulta, además, extremadamente grave que en este caso no se advierta, como al final del párrafo primero, que el insólito reconocimiento del hijo por nacer “tendrá efecto solamente cuando sea declarada con lugar la demanda de impugnación”, con lo cual queda establecido que basta el simple incidente para que el reconocimiento adquiera plena validez.

De esta manera ha quedado falseada en forma absolutamente inaceptable, la posición jurídica del hijo nacido dentro del matrimonio, a la cual la ley otorga la mayor firmeza posible, salvo en los casos muy calificados y bien definidos por la propia ley, en que cabe la impugnación de la paternidad de los hijos nacidos durante el matrimonio.

Mientras la Constitución Política nuestra y el Derecho de Familia avanzan plausiblemente en el sentido de dar la mayor protección posible a los hijos nacidos fuera de matrimonio, el Código de Familia, paradójicamente, debilita y falsea la de los hijos nacidos dentro del matrimonio.

## CODIGO DE FAMILIA

LEY No. 5476