

CERTEZA, INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y JUSTICIA EN LA DECISIÓN JUDICIAL

GUIDO LORIA BENAVIDES,
Profesor Adjunto de la Cátedra
de Ejercicios Jurídicos

I.—INTRODUCCION

El presente ensayo versa sobre la sentencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia N° 83 de las 16 horas del 27 de setiembre de 1963⁽¹⁾.

Ante el Juzgado Civil de Golfito la actora estableció, a nombre de sus cuatro hijos, una demanda de investigación de paternidad contra su ex-concubino (el demandado).

Los hechos del juicio fueron sencillos y bien demostrados, a saber:

- a) Que la actora y demandado llevaron vida marital de 1954 a 1959, en forma de unión pública, singular y estable y en el lugar donde radicaban se les consideraba como marido y mujer;
- b) Que de dicha unión nacieron cuatro hijos, así: Edgar, el 5 de abril de 1956; Florencio, el 11 de mayo de 1957; Alejandro, el 1° de enero de 1959 y Ana el 24 de diciembre de 1959;
- c) Que ante el respectivo Registrador Auxiliar del Registro Civil, el demandado declaró personalmente como hijos suyos y de la actora a Edgar y a Ana;
- d) Que Florencio y Alejandro fueron inscritos en el Registro Civil como hijos, únicamente, de la actora;
- e) Que la actora había contraído matrimonio con un tercero el día 12 de agosto de 1948. Se separó de su legítimo esposo, de hecho, aproximadamente en 1953. Ante el mismo Juzgado de Golfito, la actora y su cónyuge se divorciaron por senten-

(1) Páginas 451-462 del Tomo I del segundo semestre de la Colección de Sentencias de dicha Sala.

cia firme de fecha 12 de agosto de 1958. La acción de divorcio fue establecida en noviembre de 1957, y en ella se adujo que la esposa estaba separada de hecho del marido, que llevaba vida marital con otro hombre y que no habían habido hijos dentro del matrimonio. La sentencia de divorcio tuvo por bien probadas esas alegaciones.

Tales los hechos sobre los que giró la discusión judicial, en la cual no se empeñó mayor cuestión sobre hechos sino sobre el derecho aplicable.

II.—DERECHO INVOCADO POR LAS PARTES

La acción se fundó en los artículos 118, 124 y 127 del Código Civil. El primero de esos artículos dispone que pueden ser reconocidos todos los hijos habidos fuera de matrimonio; el segundo, regula los casos en los que la investigación de paternidad es permitida; y el tercero señala los derechos que tiene el hijo reconocido espontáneamente o por sentencia judicial.

El demandado se excepcionó con base en dos artículos que, por la importancia que tuvieron en la litis, consideramos conveniente citar y transcribir íntegramente: los artículos 100 y 104 del Código Civil, que dicen:

"Artículo 100.—Se presumen habidos en el matrimonio los hijos nacidos después de ciento ochenta días, contados desde su celebración o desde la reunión de los cónyuges legalmente separados, y también los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges judicialmente decretada. Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento".

"Artículo 104.—La paternidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio sólo puede ser impugnada por el marido personalmente o por apoderado especialísimo, y muerto o declarado ausente el marido, por sus herederos".

La litis, pues, quedó circunscrita a determinar si los hechos tenidos por bien probados conllevan a la aplicación de los artículos 118, 124 y 127 del Código Civil para declarar con lugar la demanda o si, por el contrario, las disposiciones de los artículos 100 y 104 idem constituyen una barrera infranqueable que impide jurídica-

mente que la acción pueda acogerse en sentencia, aun y cuando se den todos los presupuestos de hecho que condicionan la aplicación de las normas en que se funda la demanda.

III.—DECISIONES JUDICIALES DE INSTANCIA

El señor Juez a-quo, Lic. don Carlos Alvarado Soto, por sentencia de las 9 horas del 7 de enero de 1962, declaró con lugar en todos sus extremos la demanda. Al dictar su resolución, el señor Juez fijó, con acierto, su atención en el análisis de los hechos y sus consecuencias, dando especial importancia al medio social en el que ocurrieron.

Dice el señor Juez:

"...Con tales declaraciones y pruebas testimoniales de posesión notoria de estado, en criterio de este Juzgado, no existe duda en cuanto a la paternidad de dichos menores... La unión estable e íntima de los progenitores duró de [1954] a 1959, lapso durante el cual nacieron los cuatro hijos cuya paternidad se reclama. En el medio social donde se desarrollaron las relaciones carnales íntimas de las partes, ellas fueron consideradas como marido y mujer... lo que da pie para tener por hijos del demandado a los nacidos durante esa especie de 'cuasi-matrimonio' como lo denominó el Superior en una de sus sentencias sobre investigación de paternidad. No podrían hacer variar de criterio los hechos demostrados del matrimonio de [la actora] con el [tercero]... porque [la actora] no vivía con su marido, según se desprende de la certificación del escrito de demanda de divorcio..."

Seguidamente el señor Juez tuvo por comprobado que en la especie se estaba en presencia de los presupuestos de hecho que determinan la subsunción del caso bajo el artículo 124 del Código Civil.

Por apelación interpuesta por el demandado, conoció en alzada la Sala Primera Civil de la Corte Suprema de Justicia, integrada por los señores Magistrados licenciados don Juan Jacobo Luis, don Antonio Jiménez Arana y don Fernando Coto Albán.

Por sentencia de las 8 horas y 15 minutos del 7 de junio de 1963, la Sala ad-quem confirmó la sentencia recurrida, con muy pequeñas variantes. En su decisión, el Tribunal de Alzada dedicó mayor atención al problema de la influencia que, sobre el juicio, podía tener la aplicación del artículo 100 del Código Civil. En un voto unánime, redactado por el licenciado Jacobo Luis, se dice:

"Dada la indubitable existencia de un juicio anterior de divorcio, seguido en el año 1957 en el mismo Juzgado de Golfito por el exmarido de la actora, ha quedado establecido de manera fehaciente en fallo firme que de la unión matrimonial... no hubo descendencia; que [la actora] desde tres o cuatro años antes de establecerse el relacionado juicio de divorcio no convivía con el que era su marido sino con el aquí demandado... y con quien procreó hijos. Estas circunstancias decisivas en el caso particular obligan poder afirmar a la Sala que no se dan los presupuestos restrictivos que informa la regla general contenida en el artículo 100 del Código Civil. Es decir, los reseñados antecedentes angulares mediatizados al través de una sentencia con carácter de cosa juzgada, opera a manera de una implícita impugnación de paternidad, oportunamente protestada por el ex-esposo de la actora por el cauce de la acción de divorcio que planteó, obtuvo e inscribió en el Registro Civil. En consecuencia, la presunción de legitimidad invocada por el demandado, atribuyéndole al ex-esposo de [la actora] la paternidad de los hijos procreados, queda lógica y jurídicamente neutralizada con vista en la entidad de la prueba preconstituida con mucha anterioridad de incoarse la presente demanda investigadora..."

"En el sub-lite que informamos, se presenta una situación de hecho que es diferente de la que sirve como supuesto a la norma jurídica contenida en el artículo 100 del Código; y al dejar de aplicarla por las razones expuestas, el Tribunal no está violando esa regla por falta de aplicación, pues lo que propiamente hace es fijar sus verdaderos alcances, inspirándose en las modernas doctrinas sobre la interpretación filosófica del derecho". (Las bastardillas son nuestras).

La Sala confirmó la sentencia de primera instancia, apoyándose expresamente en los artículos 121, 124 y 127 del Código Civil, entre otras normas.

IV.—SENTENCIA DE LA SALA DE CASACION

El demandado interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Sala ad-quem. A tal efecto alegó:

"No puede la actora intentar acción de investigación de paternidad sin que previamente haya un pronunciamiento recaído en juicio ordinario que declare expresamente que quien aparece o debe aparecer como padre legítimo en el Registro del Estado Civil no lo es; es preciso, pues, que exista sentencia ejecutoria en un juicio de impugnación de paternidad incoado por el marido o por los herederos de éste, si es que ha fallecido, para poder establecer luego juicio de investigación de paternidad. Tal es la correcta doctrina que se desprende de los artículos 100 y 104 del Código Civil..."

El recurrente acusó "violación, mala interpretación y falta de aplicación de los artículos 100, 104 y 105 del Código Civil". Es de hacer notar que no se acusó la violación, por aplicación indebida, de los artículos 121, 124 y 127 del Código Civil, expresamente invocados en la sentencia cuya nulidad solicitaba, omisión que en muchas oportunidades ha dado pie a la Sala de Casación para declarar sin lugar un recurso⁽²⁾.

La Sala de Casación acogió el criterio del recurrente, y en una decisión unánime cuyo voto redactó el señor Magistrado Quirós Salazar, se dijo:

"De los hechos tenidos por probados y de las consideraciones jurídicas de fondo de la sentencia de primera instancia, ampliadas las últimas por la Sala de Grado, se nota que el fallo de mérito viene sustentado en una tesis que contraría las disposiciones contenidas en los artículos 100 y 104 del Código Civil, que el recurso que se examina reclama como infringidos, por no haber sido observados debidamente, pues se acoge una investigación de paternidad contra un tercero, de niños nacidos dentro de la vigencia de un matrimonio, sin que el marido haya impugnado su condición de padre de los mismos, dejando en esa forma quebrantadas las disposiciones de las normas citadas, por lo que cabe la anulación del fallo recurrido y el rechazo de la demanda en cuanto atribuye dicha paternidad al accionado sobre los menores Edgar... Alejandro... y Florencio que nacieron durante el lapso que duró el matrimonio de la actora con [el tercero]. Al fallar el negocio en cuanto al fondo, sí procede mantener el pronunciamiento que tiene como hija del demandado a la menor Ana... esta niña sí está fuera de los alcances de las disposiciones contenidas en los artículos 100 y 104 del Código Civil".

(2) Por ejemplo, en la S. C. N° 45 de las 14:15 de 5 de mayo de 1965 se dijo: "El fundamento legal que usa la Sala de mérito para apoyar su confirmatoria de la sentencia de primera instancia es el que se desprende del artículo 49 de la Ley Orgánica, conforme al cual 'ningún tribunal puede evocar el conocimiento de causas pendientes ante otro...' ARGUMENTO Y NORMA a los cuales no se refiere el recurso que se atiende, POR LO QUE EL MISMO VIENE A SER INFORMAL, pues si no se DESTRUYE DICHO SOPORTE que viene a ser principal en el asunto, los demás razonamientos y alegaciones son baldíos" (pág. 754, Tomo I, Primer Semestre (las mayúsculas son del autor). Más aún, la formalidad se considera de tal importancia que ha servido de base al Tribunal de Casación para rechazar de plano recursos. Por ejemplo, el auto de las 8:15 horas del 6 de marzo de 1965, en el que se dijo: "Como reiteradamente lo tiene establecido este Tribunal, en los recursos extraordinarios de casación contra sobreseimientos definitivos, es NECESARIO que la demanda de nulidad contenga EXPRESAMENTE LA VIOLACION DE LA LEY QUE SIRVIO DE BASE para dictar aquella resolución, sea el artículo 362 del Código de Procedimientos Penales, requisito que no cumple el recurrente, MOTIVO POR LO QUE EL RECURSO DEBE RECHAZARSE. Por tanto: Se rechaza de plano el recurso de que se ha hecho mérito", pág. 1466, Tomo II, primer semestre (las mayúsculas son del autor).

V.—ANÁLISIS DE LAS PREMISAS FUNDAMENTALES DE LAS DECISIONES JUDICIALES DE INSTANCIA Y DE CASACION

Tanto los Tribunales de Justicia como la Sala de Casación, partieron del concepto de la norma jurídica como un juicio hipotético, según el cual, dados ciertos hechos debe seguir determinada conclusión. Este tipo de juicio es representado generalmente, en lógica simbólica, así:

$$a \rightarrow x \quad (3)$$

$$a \supset x \quad (4)$$

$$Cax \quad (5)$$

A pesar de la aparente claridad de lo que se quiere significar por "norma legal", la expresión 'juicio hipotético' no está exenta de una gran ambigüedad, ya que en Lógica "juicio hipotético" puede significar: 1) implicación material; 2) implicación estricta; y 3) implicación formal, equivalencia o bicondicional⁽⁶⁾.

La ambigüedad de los juicios condicionales o hipotéticos, tiene origen en las llamadas "paradojas de la implicación", que a su vez nacen de las tablas de validez o matrices, cuyas bases fueron estudiadas y sentadas desde hace más de 2.000 años por Philo de Megara⁽⁷⁾.

Las soluciones propuestas para evitar esas paradojas (que omitimos citar en este ensayo por no ser un estudio de lógica), no han sido suficientes, excepto en cuanto a la implicación formal

(3) Simbología de David Hilbert y Wilhelm Ackermann y Alfred Tarski. Ver William y Martha Kneale, "The Development of Logic", Oxford at the Clarendon Press, 1962, pág. 521; Alfred Tarski "Introducción a la Lógica", traducción al castellano de T. R. Bachiller y J. R. Fuentes, Espasa Calpe, Argentina S. A., Buenos Aires, 1951, pág. 56.

(4) Simbología de Whitehead y Russell, "Principia Mathematica" Paperback Edition, Cambridge at the University Press, 1962, pág. 7. Ver William y Marta Kneale ib. sup.

(5) Simbología de Jan Lukasiewicz. Ver A. N. Prior, "Formal Logic", Oxford at the Clarendon Press, 2ª Edición, 1962, pág. 8.

(6) Eduardo García Maynez, "Lógica del Juicio Jurídico", Fondo de Cultura Económica, México, 1955, págs. 136 y ss.; A. N. Prior, op. cit., págs. 8-10, 18-21, 48, 49, 80-82 y 193-198; P. F. Strawson, "Introduction to Logical Theory", Methuen & Co. Ltd., Londres, primera reimpresión, 1960, págs. 33-40, 64-69, 82-95 y 217-223; Georg Henrik von Wright, "Logical Studies". Routledge & Kegan Paul, Londres, 1957, págs. 127-191.

(7) William y Martha Kneale, op. cit., págs. 129-130; P. H. Nidditch, "The Development of Mathematical Logic", Routledge & Kegan Paul, Londres, 1962; Alfredo Tarski, op. cit., pág. 44, nota 3.

o bicondicional, de la cual se ha logrado una tabla de verdad o matriz diferente⁽⁸⁾.

Los problemas de la definición de las normas legales como un juicio hipotético o condicional, no son objeto del presente ensayo, y simplemente nos limitamos a reseñar que, aparentemente, de tal concepto parten los tribunales en el caso en estudio.

En efecto, el señor Juez de primera instancia tuvo por demostrado que en la especie estaban demostrados los presupuestos de hecho que condicionaban la aplicación de las normas invocadas por la actora. La Sala de apelación va un poco más allá; tiene por demostrados esos mismos presupuestos y, además, tiene por demostrado que no se dan los supuestos que condicionan la aplicación del artículo 100 del Código Civil.

Por su parte la Sala de Casación únicamente tiene por demostrar que sí están demostrados los presupuestos de hecho

(8) Las tablas de verdad son las siguientes:

Implicación material

a	x	$a \rightarrow x$
V	V	V
I	V	V
V	I	I
I	I	V

Implicación formal o bicondic.

a	x	$a \equiv x$
V	V	V
I	V	I
V	I	I
I	I	V

En estas tablas, "a" es el antecedente o protasis, "x" es el consecuente o apodosis y " $a \rightarrow x$ " y " $a \equiv x$ ", la proposición. "V" significa "válido" o "cierto" e "I" "inválido" o "falso".

La tentativa de Ulrich Klug de llamar "implicación intensiva" a una proposición formulada como juicio hipotético en el cual se *invierte* la implicación material para afirmar que es en un juicio que únicamente es inválido cuando el antecedente es inválido, con lo que aparentemente trata de evitar las paradojas de la implicación, es falsamente ilusoria, pues trata de llegar a la conclusión de que "x" implica necesariamente "a", creando una tabla de verdad o matriz como esta:

a	x	$a \leftarrow x$
V	V	V
V	I	V
I	V	I
I	I	V

Lo anterior no es otra cosa que invertir los términos, y llamar consecuente lo que de otro modo sería antecedente y a la inversa. En otros términos, la implicación material no varía en su definición original, como lo expresan Whitehead y Russell, op. cit., pág. 16.

$$p \supset q = p/(q/q)$$

Sea "si p entonces q" o "p implica q", equivale a decir que "p" es incompatible con la negación de "q".

del artículo 100 citado, y con ello tiene suficiente para casar las sentencias de instancia y decidir que la demanda es sin lugar, excepto en cuanto a la menor Ana, nacida después de los 300 días de disuelto el matrimonio.

Por otra parte, la teoría que concibe a la norma legal como un juicio hipotético o condicional, es la que más se acerca a la teoría política, predominante, de la división tripartita de los poderes, en la que el Poder Judicial queda relegado a un simple aparato mecánico de aplicación de normas, como lo expresara el Barón de la Brede et de Montesquieu:

"Plus le gouvernement approche de la république, plus la manière de juger devient fixe... Dans le gouvernement républicain, il est de la nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi... Les juges de la nation ne sont que la bouche, qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur"⁽⁹⁾.

Basta la lectura del artículo 194 de la Constitución Política de Costa Rica, en relación al artículo 11 *ibidem*, para sentir la influencia del pensamiento político citado⁽¹⁰⁾.

Sin embargo, la "teoría política" ha estado bastante alejada de la realidad de las necesidades sociales. Pareciera que se echa en olvido que a los hombres organizados políticamente en Estado se les prohíbe hacerse justicia por mano propia o, en los términos del artículo 41 de la Constitución Política costarricense, que:

"Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse *justicia* pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes". (Las bastardillas son del autor).

Así, los ciudadanos tienen derecho a que se les haga "**justicia**" conforme a las leyes y no **injusticia** conforme a las leyes. Por eso el tribunal superior del Poder Judicial se llama Corte Suprema de

(9) "Esprit des lois", citado por François Géný, "Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif", Tomo I, 2ª Edición, pág. 76, 1919. Cf. Prof. Edwin W. Patterson, "Jurisprudence", Brooklin, 1953, pág. 566; Luis Recasens, "Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho", México, 1956, pág. 184.

(10) Artículo 11 de la Constitución Política: "Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes... "Artículo 194 *ibidem*: "Juráis a Dios y prometéis a la Patria observar y defender la Constitución y las leyes..."

JUSTICIA. Esta función estatal de resolver conflictos de intereses entre sus ciudadanos por medio del Poder Judicial, a veces queda superada por un fetichismo legal, como si las normas legales fueran un fin en sí mismas y no un medio para hacer justicia. Por ejemplo, en la sentencia de la Sala de Casación de 10:45 horas del 7 de junio de 1947, considerando VII, se dijo:

"... el recurso de casación es un recurso que se da en primer término en beneficio de la ley y en el cual el interés de las partes ocupa lugar secundario".

El considerando transcrito anteriormente, en forma parcial, refleja, sin lugar a dudas, la "mejor" doctrina y teoría procesal sobre las funciones de la Sala de Casación, como institución que corresponde a la estructura del Estado moldeada por la Revolución Francesa⁽¹¹⁾.

Pero esa doctrina de la función del Poder Judicial, fraguada en un mundo de conceptos ideales, apriorista, olvida uno de los problemas fundamentales de la administración de justicia, a saber: la adecuación de la norma preestablecida al caso concreto.

Desde Aristóteles al problema citado quedó planteado —y resuelto— en los siguientes términos:

"Lo equitativo y lo justo son una misma cosa; y siendo buenos ambos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es mejor aun. La dificultad está en que lo equitativo, siendo lo justo, no es lo justo legal, sino que es una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal. La causa de esa diferencia es que la ley necesariamente es *siempre general*, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales. Y así, en todas las cuestiones respecto de las que es absolutamente inevitable decidir de una manera puramente general, sin que sea posible de hacerlo bien, la ley se limita a los casos ordinarios, sin que disimule los vacíos que deja. La ley no es por esto menos buena; la falta no está por entero [en la ley ni en el legislador] sino en la naturaleza misma de las cosas, porque ésta es, precisamente, la condición de todas las cosas prácticas. Por consiguiente, cuando la ley dispone de una manera

(11) Decreto orgánico de 16-24 de agosto de 1790 y sus reformas. Dice Géný: "Sous ce rapport, notre attention doit s'arrêter, principalement et avant tout, aux institutions positives, organisées par les dispositions légales, que je résumais tout à l'heure. On a vu que ces institutions se ramènent essentiellement à deux: d'une part, le référé législatif... limitant le domaine de l'interprétation judiciaire...; d'autre part, le rôle régulateur du Tribunal de cassation, combiné avec la règle qui n'admet sa censure que pour méconnaissance formelle de la loi", (p. cit., pág. 85, T. 1).

general, y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla o que se ha engañado por haber hablado en términos absolutos, es imprescindible corregirle y suplir su silencio y hablar en su lugar, como él mismo lo haría si estuviera presente; es decir, haciendo la ley como él la hubiera hecho, si hubiera podido conocer los casos particulares de que se trata... Lo propio de lo equitativo consiste precisamente en restablecer la ley en los puntos en que se ha engañado a causa de la fórmula general de que se ha servido... Tratándose de cosas indeterminadas, la ley debe permanecer indeterminada como ellas, igual a la regla de plomo de que se sirven en la arquitectura de Lesbos, la cual, como es sabido, se amolda y se acomoda a la forma de la piedra que mide y no queda rígida, pues de este modo el decreto especial se acomoda a los diversos negocios que se presentan"⁽¹²⁾.

Más de dos mil años después de Aristóteles, el jurista francés Portalis, al iniciarse la era de la codificación moderna, presentaba el Código civil francés con un discurso en el que decía:

"Les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaire de la vie. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts son si multipliés, et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout... Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat... Une foule de choses son donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges. L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du Droit, d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et aut jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application... Car, si la prévoyance des législateurs est limitée, la nature est infinie, elle s'applique à tout ce qui peut intéresser les hommes... Ce serait donc une erreur de penser qu'il pût exister un corps de lois, que eût d'avance pourvu à tous les cas possibles, et qui cependant fût à la portée du moindre citoyen... Dans cette immensité d'objets divers, qui composent les matières civiles, et dont le jugement, dans les plus grand nombre des cas, est moins, l'application d'un texte précis, que la combinaison de plusieurs textes, qui conduisent à la décision bien plus qu'ils ne la renferment, on ne peut pas plus se passer de jurisprudence

(12) *Moral, a Nicomaco*. En términos generales se ha seguido la traducción de Patricio de Azcárate, 4ª Edición, Colección Austral, Buenos Aires, 1952, págs. 178-179. Se han introducido algunas variantes de acuerdo al texto original y la versión al castellano conforme a la edición bilingüe de María Araujo y Julián Marias, Instituto de Estudios Filológicos, Madrid, 1960, págs. 86 y 87, y la versión al inglés de J. A. K. Thompson, the Penguin Classics, reimpresión de 1961, pág. 167.

que de lois. Or, c'est à la jurisprudence que nous abandonnons les cas rares et extraordinaires, qui ne sauraient entrer dans le plan d'une législation raisonnable, les détails trop variables et trop contentieux, qui ne doivent point occuper le législateur, et tous les objets que l'on s'efforcera inutilement de prévoir..."⁽¹³⁾.

Veintidós siglos después de Aristóteles, Portalis volvía a plantear el mismo problema y le daba la misma solución. Sin embargo, de la misma manera como las palabras de Aristóteles fueron acalladas por la aparente perfección del Derecho romano después de Justiniano, así también las palabras de Portalis quedaron perdidas en la acogida triunfal con la que el Código napoleónico fue aceptado, ya que, como bien dice el profesor René David:

"...les codes devaient être la ratio scripta de l'univers et, grâce à la conquête et au prestige napoléoniens, il a pu paraître que cet idéal n'était pas loin d'avoir été réalisé"⁽¹⁴⁾.

Luego, la Escuela Exegética, dentro del mismo molde de los glosadores y los posglosadores, sentó sus reales, apoyada idológicamente en el empirismo positivista de Auguste Comte y capitalizando a su favor el descubrimiento de Neptuno por Lavarrier, descubrimiento el cual se interpretó como la confirmación de que los acontecimientos físicos se ajustaban estrictamente a determinadas leyes. Luego, si la razón humana era capaz de descubrir las leyes inmutables del Universo, ¿por qué, entonces, no podía también descubrir las leyes que regulan el destino de los hombres?⁽¹⁵⁾

(13) Citado por F. Gény, op. cit., Tomo I, págs. 98-100. Cfr. Luis Recasens Siches, *Nueva Filosofía de la Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1956, págs. 187-194.

(14) *Le droit français*. París, 1960, Tomo I, págs. 12-13.

(15) Cfr. Oliver W. Holmes, en su discurso *The Path of the Law*: The fallacy to which I refer is the notion that the only force at work in the development of the law is logic... The postulate of which we think about the universe is that there is a fixed quantitative relation between every phenomenon and its antecedents and consequents... The condition of our thinking about the universe is that it is capable of being thought about rationally, or, in other words, that every part of it, is effect and cause in the same sense in which those parts are with which we are more familiar... The danger of which I speak is not the admission that the principles governing other phenomena also govern the law, but the notion that a given system... can be worked out, like mathematics from some general axioms of conduct... This mode of thinking is entirely natural. The training of lawyers is a training in logic. The processes of analogy, discrimination and deduction are those in which they are most at home. The language of judicial decision is mainly the language of logic. And the logical method and form flatter the longing for certainty and for repose which is in every human mind. But certainty generally is illusion, and repose is not the destiny of man". Reproducido por Max Lerner, *The Mind and Faith of Justice Holmes*, The Modern Library, New York, 1954, págs. 79-80.

Tal modo de pensar, consciente o inconscientemente, sigue haciéndose sentir hasta nuestros días, en el campo jurídico, aun en contra de los muchos esfuerzos para refrenar esa tendencia y liberar a los jueces, funcionarios públicos y abogados, del lastre de cargar con un pesado saco de falsa seguridad, como, por ejemplo, las obras de Ihering, Gény, Kantorowicz, Ehrlich, Del Vecchio, Kunlenbeck, Stammler, Radbruch, Heck, Rümelin, Cossio, Recasens Siches y tantos otros.

IV.—COMENTARIOS SOBRE LA DECISION DE LA SALA DE CASACION

La decisión de la Sala de Casación, deja una extraña sensación: intuitivamente se percibe —por lo menos así ocurre en el presente autor— que la resolución fue **injusta**, aun y cuando se aceptara que es ajustada a derecho (lo que como veremos luego, parece que tampoco lo es).

Llama especialmente la atención que la Sala de Casación no hiciera uso de un instrumento a su mano para no incurrir en lo que sentimos como injusticia: ese instrumento no es otro que el rechazo del recurso, por informal, como antes se dijo, por no haber indicado el recurrente los artículos utilizados como base por la Sala Primera Civil en la resolución impugnada (ver supra, pág. 87, nota 2).

La primera crítica a la citada resolución la hace la propia Sala Primera Civil, en un caso posterior, que, por extraña coincidencia, presentaba los mismos elementos básicos de hecho, solo que en este caso el demandado **no** se opuso a la demanda, y por el contrario la contestó afirmativamente.

No obstante, el señor Juez de primera instancia, licenciado don Edgar Cordero Arias, declaró **SIN LUGAR** en todos los extremos la demanda, citando en su apoyo, entre otras, la resolución de la Sala de Casación objeto del presente ensayo.

Conociendo del negocio por apelación interpuesta por la actora, la Sala Primera Civil revocó la sentencia recurrida, y en un voto unánime redactado por el señor Magistrado licenciado don Fernando Coto Albán, dijo:

"Que el señor Juez Tercero Civil fundamenta su fallo en importantes citas de doctrina y jurisprudencia, para inclinarse por la tesis de que la demanda de investigación resulta improcedente porque los menores... nacieron cuando la actora aun se hallaba unida en matrimonio con...

[el tercero], a quien tiene como padre de aquellos de acuerdo con la máxima "pater is est quem nuptiae demostrant", que el Código Civil recoge en su artículo 100, todo lo cual lleva a la conclusión, según se afirma en la sentencia, de que no es posible atribuir otra paternidad a los menores mientras la que se deriva de esa presunción legal, o sea, en tanto no se produzca una impugnación que les permita investigar quien es su verdadero progenitor. Pero ni el señor Juez ni esta Sala pueden dejar de advertir que ese fallo es notoriamente injusto y que al amparo del artículo 100 se está consagrando un absurdo jurídico, tan absurdo que por ese medio se atribuye a unos hijos una paternidad que es evidentemente falsa, fundamentada en una disposición que la jurisprudencia viene interpretando superficialmente, con una lógica de carácter matemático que no ve más allá del sentido literal del precepto y que al aplicarse así lleva a resultados que el legislador no pudo querer cuando incorporó al Código Civil ese principio del Derecho Romano".

Nótese de los párrafos en bastardilla, que lo son por este autor, dos puntos de gran importancia: el énfasis de administrar **justicia** y el principio de que el Código no es un concepto matemático que regula **todas** las situaciones jurídicas. Obsérvese como, en otros términos, se plantea el mismo problema que Aristóteles planteara en su "Ética, a Nicomaco". Sigue diciendo la Sala:

"Los jueces deben obediencia a las leyes y son impotentes ante la ley injusta, pues no tienen el poder de dejar de aplicarla al considerar que su aplicación no producirá los efectos buenos que el legislador se propuso al emitirla. Pero sí pueden los Jueces desentrañar el sentido de la norma, no sirviéndose simplemente de la lógica tradicional sino tratando de ir más hacia el fondo del problema, para averiguar cuáles son los supuestos de la ley y si esos supuestos son precisamente los del caso concreto a la vista; porque la norma jurídica, aunque se formula en términos generales, siempre responde a un juicio de valor que se hace teniendo presente un cierto tipo de casos, es decir, de casos puramente ideales que surgen en su imaginación; y ese tipo de casos es el que se propone solucionar cuando dicta una de esas reglas jurídicas, mediante las cuales pretende alcanzar un resultado que presume justo. Ahora bien, si los hechos del caso concreto coinciden con los que sirven de supuesto y justificación a la norma jurídica, el Juez no tendrá otra alternativa que la de aplicarla, pues no puede ponerse en rebeldía con el derecho positivo, so pena de incurrir en responsabilidades. Pero si los hechos difieren de la situación abstracta que previó el legislador, entonces el Juez sí tiene potestad para dejar de aplicar esa norma cuando el resultado de su aplicación sea injusto, lo cual lo llevará a la búsqueda de otra regla para resolver problema, si la hubiera, que de lo contrario aplicará otra por analogía o fallará el pleito con arreglo a los principios generales de derecho, en falta de ley aplicable. La Filosofía del Derecho viene en auxilio del jurista para ayudarle a resolver estos deli-

cados problemas de la interpretación y aplicación de las leyes; y en esa Filosofía se inspira esta Sala para enunciar las ideas que han quedado expuestas, debiéndose advertir que toda esa doctrina interpretativa ha sido objeto de una elaboración cuidadosa y paulatina, que empezó a cobrar mayor auge a partir de fines del siglo pasado, con la contribución de grandes jurisconsultos y profesores, y también de ilustres jueces, entre ellos Holmes, Brandeis y Cardozo, de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica (sic) quienes ya vislumbraron cuál debía ser la esencia de la interpretación judicial de las leyes, hasta llegar a nuestros días, entre otros con Carlos Cossio, Eduardo García Maynez y Luis Recasens Siches, especialmente el último, quien dedica una monografía al estudio y exposición integral de esa doctrina, dirigiéndose especialmente a los Jueces, para quienes explica el propósito de esa obra en los siguientes términos: 'El Juez tenía clara conciencia de lo que debía hacer y lo hacía, pero no lograba encontrar las razones teóricamente justificadas para apoyar su decisión, y entonces trataba de disfrazar esta decisión con sutilezas dialécticas, para darle una falsa apariencia de haber sido deducida por inferencia de los textos vigentes. Lo que espero aportar con este libro, sigue diciendo el autor, es la aclaración que permita a los jueces valientes, cuando se enfrentan con tales problemas, seguir haciendo lo que ya solían hacer —no siempre en Costa Rica, advierte la Sala— pero hacerlo a la luz del día, sin subterfugios ni encubrimientos, fundándolo justificadamente sobre razones pertenecientes esencialmente a la índole del Derecho positivo. Y con ello a los jueces timoratos, que no se atrevían a obedecer exigencias de justicia cuando éstas parecían tropezar con textos establecidos, se les ofrecerá facilidades para vencer esos temores que sentían, y consiguientemente, para cumplir con su deber. Permítaseme —agrega luego— que nada de lo que voy a sugerir en las páginas ulteriores de este libro se opone al principio de la obediencia que los juristas, en tanto que tales juristas, deben al orden jurídico positivo. En modo alguno voy a tratar de poner al juez por encima del Derecho positivo. No se trata de emancipar al jurista de su deber de fidelidad al Derecho positivo. Se trata de otra cosa. Se trata de mostrar cuál es la esencia necesaria de la función del juzgador, y de mostrar cuál es, de acuerdo con esa esencia, el ámbito y la índole de sus facultades' ('Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho', Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1956, pág. 29). Pues bien, en tanto los integrantes de esta Sala no conozcan una mejor doctrina, sus decisiones habrán de inspirarse en esas corrientes filosóficas que a su juicio solucionan de una manera satisfactoria ese grave problema de la interpretación de las leyes, pues ponen en mano de los jueces un instrumento valioso para resolverlo, apartándose del llamado 'fetichismo legalista' y de la lógica matemática que con asaz frecuencia lleva a lo absurdo.

III.—Que es oportuno advertir, volviendo de nuevo al problema planteado en este juicio, que una de las dos sentencias de Casación que el señor Juez cita en su fallo (la de las 16 horas del 27 de setiembre de

1963) se produjo en un caso que esta Sala resolvió aplicando esa tesis jurídico-filosófica. Al fallar ese asunto el Tribunal puso de relieve que los cónyuges vivían separados desde años atrás, y que durante todo ese tiempo la mujer hizo vida maridable con otro varón; que posteriormente se planteó el juicio de divorcio, y que allí se tuvo por cierto que no había habido descendencia del matrimonio. **TODO ELLO CON LA IDEA DE SEÑALAR QUE SE TRATABA DE UN CASO ESPECIAL** en que no existía unidad familiar y en que la sentencia de divorcio operaba a manera de una implícita impugnación de paternidad, 'oportunamente protestada por el ex-esposo de la actora por el cauce de la acción de divorcio que planteó'. Con base en esos antecedentes, y poniendo énfasis en que 'en el sub-lite se presenta una situación de hecho que es diferente a la que sirve de supuesto a la norma jurídica contenida en el artículo 100 del Código Civil' y que 'al dejar de aplicarla por las razones expuestas, el Tribunal no está violando esa regla por falta de aplicación, pues lo que propiamente hace es fijar sus verdaderos alcances, inspirándose en las modernas doctrinas sobre la interpretación filosófica del derecho', la Sala se inclinó por acoger la demanda de investigación de paternidad *creyendo que así desechaba lo absurdo*, que resolvía el caso con *justicia* y que no violaba la regla del artículo 100. El asunto llegó a Casación y ese Tribunal, sin entrar a examinar la tesis de interpretación en que se inspiraba el fallo, declaró con lugar el recurso, *aplicando literalmente* esa norma jurídica. No expusieron los señores Magistrados de Casación ninguna mejor doctrina de interpretación de las leyes, y en su sentencia, con su extremo laconismo, simplemente resuelve que violaron los artículos 100 y 104 del Código Civil porque los hijos nacieron durante la vigencia del matrimonio, sin que el padre 'legal' (el marido de la madre) impugnara la paternidad de los mismos. *Esta Sala persiste en la misma tesis que motivó ese fallo*, y considera que en el presente caso también median razones que la obligan a resolver como entonces lo hizo, pues si la regla del artículo 100 del Código Civil está inspirada en la necesidad de proteger al hijo y de reforzar la solidez de la familia constituida bajo la forma de un matrimonio (ver Planiol y Ripert, Tratado de Derecho Civil, tomo II, págs. 605 y 611, Edición de La Habana), de ello se desprende que la ley está suponiendo *la existencia de una familia o de un matrimonio que necesite esa protección, y de un hijo que requiera de ella*; pero si los cónyuges se han separado tiempo antes, desapareciendo así toda necesidad de amparar una solidez que ya no existe, entonces desde ese momento se excluye uno de los supuestos de la norma, quedando tan sólo la protección del hijo. Pero aquí cabe preguntar si al desaparecer uno de los supuestos de la ley, ¿bastará el otro para aplicar esa regla jurídica? No necesariamente, pues el problema debe resolverse conforme a las circunstancias de cada caso, es decir, determinando si se justifica atribuir al hijo una paternidad legal, o si la protección más bien consiste en hacer posible que el hijo tenga como padre al verdadero, para que cobre realidad el principio de que todos los hijos tienen derecho a saber quiénes son

sus padres. La Sala considera que la solución que se impone en el presente caso es la que se indica en segundo término, pues se protege de mejor manera a los dos hijos de la actora atribuyéndoles la paternidad 'natural' que les corresponde, ésto es, la del [demandado], quien los reconoce como suyos y les da amparo, que teniendo ficticiamente como padre al que en verdad fue esposo de la madre, pero que nunca ha pretendido ser el progenitor de ellos ni ha cumplido las consiguientes obligaciones; y así a todo lo dicho se agrega que también concurre otro elemento de carácter singular, que le da al problema una fisonomía especial que no encaja dentro de la norma del artículo 100, pues la actora y su esposo declararon en el juicio de divorcio que los hijos del matrimonio son otros, sin hacer ninguna alusión a los dos menores que la actora procreó cuando aún existía ese matrimonio; y si en esas condiciones se produjo una sentencia judicial que sólo tiene como hijos comunes a los cuatro menores que los cónyuges indicaron en el referido juicio de divorcio; entonces por este otro camino se llega también al mismo resultado, pues no existe pugna de paternidad ni posibilidad de que se produzca; y porque tampoco existe interés actual en que el marido de la madre promueva una demanda para desconocer una paternidad que ninguna persona le está atribuyendo".

En los términos expuestos se pronunció la Sala Primera Civil en su resolución N° 227 de las 10:15 horas de 22 de mayo de 1964, resolución la cual fue reproducida parcialmente en el Boletín Informativo N° 105, setiembre, 1964, págs. 14-17. (Las bastardillas y mayúsculas son del autor). En este segundo fallo de la Sala Primera Civil, sobre un mismo punto, se pueden apreciar, fácilmente, su técnica para resolver el caso, que podríamos sintetizar así:

- 1) La solución al caso es **injusta**, si se aplica ciegamente el artículo 100 del Código Civil;
- 2) La aplicación de una norma está condicionada a que se den los supuestos de hecho en que la misma se inspira, sea, que la estructura de la norma es un juicio hipotético o condicional;
- 3) El Juez debe obediencia a la ley, cuando y sólo cuando se dan esos supuestos que condicionan la aplicación de la norma, sin ningún otro elemento extraño, lo que equivale a decir que si la norma está expresada así

$$(a + b + c) \rightarrow x$$

y sólo se da "b", o "a" y "c" o cualquier otra combinación en la que se da uno o más supuestos de hecho de la norma, pero no su totalidad, la norma no es aplicable.

En realidad este punto que marcamos con 3), significa, en Lógica Formal, que la norma es un "bicondicional" o implicación formal (supra, pág. 88, nota 6). En nuestra opinión la tesis es correcta, y encaja bien dentro de la Lógica Formal, si es que se desea seguir utilizando ese tipo de lógica en la explicación de la estructura del derecho. Tiene la ventaja de que el operador bicondicional si implica deducibilidad, y en nada interfiere con la interpretación judicial de la ley en los casos que se presentan en un altísimo porcentaje en los tribunales, pues realmente son raros, los casos judiciales en los que, dándose todos y cada uno de los supuestos de la norma jurídica, y nada más, se empeeñe cuestión judicial, excepto que la declaración judicial sea necesaria para compeler al prestatario a cumplir su obligación.

Con todo, existe otro argumento que, inexplicablemente, no fue contemplado en ninguna de las decisiones comentadas, y que en nuestra opinión crea una fuerte duda en cuanto a la legalidad de la decisión de la Sala de Casación sosteniendo que los artículos 100 y 104 del Código Civil habían sido violados, al permitirse la investigación de paternidad durante la vigencia de un matrimonio conforme al Registro Civil. Sin decirlo en forma expresa, la Sala de Casación acoge la tesis sostenida en Costa Rica por don Alberto Brenes Córdoba, según la cual

"la presunción de legitimidad de los hijos nacidos dentro del período legal, es absoluta, iuris et de iure..."⁽¹⁶⁾

Con el mayor respeto para tan distinguido tratadista, como para los señores Magistrados que acogieron esa tesis, consideramos totalmente equivocada la afirmación de don Alberto, por la sencilla razón de que si fuera cierto que el artículo 100 del Código Civil constituye una presunción absoluta, iuris et de iure, ¿para qué, entonces, existen los artículos 112, 113 y 114 del Código Civil?

Dichos artículos constituyen el Capítulo II, del Título V del Código Civil, de la "PRUEBA DE LA FILIACION DE LOS HIJOS DE MATRIMONIO", y el artículo 112 es bien claro cuando dice:

"La filiación de los hijos habidos en matrimonio se prueba por las actas de nacimiento, inscritas en el Registro Civil. En defecto de ellas, o si fueren incompletas o falsas, se PROBARA LA FILIACION POR LA POSESION NOTORIA DE ESTADO o por cualquier medio ordinario de

(16) Tratado de las Personas, San José, 1933, pág. 186.

prueba. Sin embargo, la testimonial SOLO se admitirá cuando haya principio de prueba por escrito, o cuando las presunciones o indicios que arrojen los hechos constantes desde luego sean bastante graves para determinar su admisión...

Cabe advertir que el anterior texto transcrito no fue modificado, excepto en cuanto la terminología de "hijos legítimos" sustituida por la de "hijos de matrimonio", cuando fuera reformado.

Es evidente que el propio Código Civil EXIGE que cuando las actas del Registro Civil no existan o sean incompletas o sean falsas, al hijo de matrimonio le corresponde demostrar su filiación, y lógicamente no puede decirse que el artículo 100 sea una presunción absoluta, pues, si así fuera, el hijo no tendría que demostrar nada más que sus padres eran casados.

Para demostrar que el artículo 100 no es una presunción absoluta, además del argumento antes expuesto, bastaría con someter los mismos hechos del caso en comentario para comprobar que no hay tal presunción absoluta, como exponemos a continuación.

Dijo la Sala de Casación que se quebrantaron los artículos 100 y 104 del Código, "...pues se acoge una investigación de paternidad contra un tercero, de niños nacidos dentro de la vigencia de un matrimonio, sin que el marido haya impugnado su condición de padre de los mismos..."

Cabe preguntarse, ¿quién es el padre de esos niños? ¿Lo es acaso el marido de su madre que como tal figura en el Registro Civil? Supongamos que esos niños soliciten alimentos del ex-marido de su madre, ¿COMO PRUEBAN SU FILIACION? Las actas del Registro Civil indican que el primero es hijo del concubino de su madre y de ésta, y el segundo y el tercero aparecen únicamente como hijos de ésta. Luego, necesariamente, habrá que aceptarse que, cuando menos, las actas son incompletas o falsas, pero definitivamente no pueden admitirse como prueba de la paternidad del ex-marido, y para cualquier acción de esos niños contra aquel, tendrán que probar su filiación, y para ello necesitan, nada menos, que demostrar SU POSESION NOTORIA DE ESTADO, que el artículo 113 indica en los siguientes términos:

"La posesión notoria de estado del hijo de matrimonio consiste en que sus padres lo hayan tratado como tal, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente o presentándolo con ese carácter a sus deudos y amigos, y que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, lo hayan reputado como hijo de aquéllos".

¿Pueden, acaso, los niños del caso en comentario, probar esa posesión notoria de estado, cuando, por el contrario, se ha tenido por demostrado hasta la saciedad que la madre vivía separada de su ex-marido, y que los hijos gozaban de posesión notoria de estado en punto al concubino de su madre, el demandado, y no en relación al marido de su madre?

¿Cuál es, en consecuencia, la situación de esos menores, a quienes se les dijo que no podían intentar demanda de investigación de paternidad por cuanto se quebrantaba el artículo 100? Pura y simplemente, que por resolución judicial, quedaron legalmente sin padre, puesto que, por una parte, se les dice que no pueden investigar la paternidad porque se los impide el artículo 100, pero, si trataran de vindicar su estado como hijos de matrimonio, se van a encontrar con que los artículos 112 y 113 les impiden, también, ejercer esa acción.