



La presunción legal sobre la filiación familiar

Rama del Derecho: Derecho de Familia.	Descriptor: Filiación.
Palabras Clave: Presunción legal de paternidad, Prueba de ADN, Formas de desvirtuarse, Reconocimiento de hijo de mujer casada.	
Fuentes: Normativa y Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 10/06/2013.

El presente documento contiene normativa y jurisprudencia sobre la presunción legal de la filiación familiar en Costa Rica. Se citan los artículos 69 y 70 del Código de Familia que hablan de esta presunción de paternidad, además el artículo 85 del mismo código que establece el reconocimiento por medio de juicio. La jurisprudencia hace referencia a este tipo de procesos.

Contenido

NORMATIVA	2
ARTÍCULO 69.-	2
ARTÍCULO 70.-	2
ARTÍCULO 85.- Reconocimiento mediante juicio.....	2
JURISPRUDENCIA	3
1. Análisis sobre la presunción legal de paternidad por inasistencia a la prueba de ADN	3
2. Filiación: Análisis histórico sobre el principio de presunción de paternidad	7
3. Presunción legal en materia de familia: Análisis sobre las formas en que puede desvirtuarse.....	12
4. Reconocimiento de hijo de mujer casada: Análisis normativo y formas de efectuarlo	14
5. Impugnación de paternidad: Análisis jurisprudencial sobre la presunción legal de filiación por inasistencia a la práctica de la prueba de ADN.....	16
6. Análisis de la presunción legal: Padre que se entera que la menor no es su hija 14 años después de su nacimiento	19

7. Impugnación de paternidad: Menor inscrita como hija del actor en virtud de la presunción legal	21
8. Análisis de la presunción legal: Valor probatorio y efectos de la negativa de someterse a prueba de ADN	23

NORMATIVA

ARTÍCULO 69.-

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 separados judicialmente y también los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges judicialmente decretada.

Se presumen igualmente hijos del matrimonio los nacidos dentro de los ciento ochenta días después de su celebración, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Si el marido, antes de casarse, tuvo conocimiento del embarazo de su mujer;
- b) Si estando presente consintió en que se tuviere como suyo al hijo en el acta de nacimiento inscrita en el Registro Civil; y
- c) Si de cualquier modo lo admitió como tal.

ARTÍCULO 70.-

En contra de la presunción del artículo anterior, es admisible prueba de haber sido imposible al marido la cohabitación fecunda con su mujer en la época en que tuvo lugar la concepción del hijo.

El adulterio de la mujer no autoriza por sí mismo al marido para desconocer al hijo; pero si prueba que lo hubo durante la época en que tuvo lugar la concepción del hijo, le será admitida prueba de cualquiera otros hechos conducentes a demostrar su no paternidad.

ARTÍCULO 85.- Reconocimiento mediante juicio.

En un proceso de impugnación de paternidad, podrá reconocerse a la hija o al hijo aún protegidos por la presunción de paternidad citada en el artículo 69, de este Código o al hijo o hija cuya paternidad conste en el Registro Civil; pero ese reconocimiento tendrá efecto solamente cuando la impugnación sea declarada con lugar.

También podrán reconocerse la hija o el hijo concebidos cuando la madre esté ligada en matrimonio; sin embargo, para que el reconocimiento surta los efectos legales consiguientes, es necesario que hayan sido concebidos durante la separación de los cónyuges; que el hijo no esté en posesión notoria de estado por parte del marido y que el reconocimiento haya sido autorizado por resolución judicial firme. Para este efecto,

quien desee efectuar el reconocimiento presentará la solicitud correspondiente ante el Juez de Familia de su domicilio, con el fin de que el acto sea autorizado según los trámites previstos en los artículos 796 siguientes y concordantes del Código Procesal Civil.

El proceso se tramitará con la intervención de los cónyuges que figuren como padre y madre en el Registro Civil, del albacea si está en trámite un juicio sucesorio, del PANI si el hijo o la hija es una persona menor de edad, del hijo o la hija que se pretende reconocer si es persona mayor de edad.

Cuando el padre que indica que el Registro Civil sea desconocido o no puede ser encontrado para notificarle la audiencia respectiva, o si se ignora su paradero, se le notificará por medio de un edicto que se publicará en el Boletín Judicial.

De existir oposición de cualquiera de las partes mencionadas en el tercer párrafo de este artículo, la tramitación judicial se suspenderá para que las partes ventilen el caso de acuerdo con el procedimiento común abreviado, previsto en el Código Procesal Civil.

Si no existe oposición, una vez comprobadas sumariamente las condiciones expresadas, se autorizará el reconocimiento. El notario o el funcionario dará fe, en la escritura respectiva, de estar firme la resolución que lo autoriza e indicará el tribunal que la dictó y la hora y la fecha de esa resolución.

(Así reformado por el artículo 1 de ley No. 7538 del 22 de agosto de 1995)

JURISPRUDENCIA

1. Análisis sobre la presunción legal de paternidad por inasistencia a la prueba de ADN

[Tribunal de Familia]¹

Voto de mayoría:

“**TERCERO:** Se constata con la lectura de los autos que la prueba de ADN no fue posible realizarla debido a que la demandada y su menor hijo M.Q. no se hizo presente a la cita conferida por el laboratorio de Ciencias Forenses y no justificó tal inasistencia. De ahí que es importante mencionar el análisis que la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia ha hecho sobre las consecuencias de tal inasistencia que “De lo anterior resulta admisible la acción sólo en cuanto al artículo 98 del Código de Familia, que versa sobre la prueba científica, con el objeto de verificar la existencia o inexistencia de la relación de parentesco dentro del proceso de investigación de paternidad.

III.- De la presunción de la paternidad.- En relación con los reclamos de inconstitucionalidad señalados por el recurrente referente a que la consecuencia ante la negativa a presentarse para que la prueba de marcadores genéticos se realice, sea

la presunción de la paternidad, y con ese único fundamento se declare la filiación; esta Sala advierte que mediante la sentencia 2001-2050 de las 15:54 horas del 14 de marzo del 2001 que resolvió la Consulta legislativa facultativa de constitucionalidad respecto del proyecto de "Ley de Paternidad Responsable", señaló que resulta plenamente razonable la consecuencia jurídica de la presunción que se asigna por la negación de someterse a la prueba de marcadores genéticos y aprovechar la oportunidad de manifestarse sobre la situación jurídica que se le atribuye; ya que tal prueba constituye un medio científico de comprobación de un vínculo que, a diferencia de otras pruebas previstas en el ordenamiento, arroja información irrefutable; siendo contrario a la lógica y a la economía procesal que, pudiendo definirse la situación jurídica con base en una prueba tan certera, se exija acudir a otras fuentes probatorias testimoniales o documentales que distan mucho de poseer ese atributo. Como consecuencia de lo anterior, específicamente en cuanto a la violación del derecho de defensa y debido proceso de los artículos que establecen tal presunción de pleno derecho de la paternidad, por negarse a someterse a la prueba genética, textualmente dispuso este Tribunal: **"IV.- Violación al principio de defensa.** Estiman los consultantes que el hecho de que no apersonarse para atender el traslado de la declaración hecha por la madre del menor, así como el negarse a que se lleve a cabo la prueba genética, se constituyan en plena prueba para declarar la paternidad administrativamente bajo la aplicación de una presunción, genera una violación al principio de valoración razonable de la prueba, y consecuentemente al principio de defensa y debido proceso. En lo que hace a la prueba de marcadores genéticos, como ya se dijo en el considerando anterior, constituye un medio científico de comprobación de un vínculo que, a diferencia de otras pruebas previstas en el ordenamiento, arroja información irrefutable. Resultaría contrario a la lógica y a la economía procesal que, pudiendo definirse la situación jurídica con base en una prueba tan certera, se exija acudir a otras fuentes probatorias testimoniales o documentales que distan mucho de poseer ese atributo. Es entendible que en cualquier otro tipo de proceso judicial se pueda acudir a una diversidad de medios de prueba, justamente porque no se tiene al alcance otro mecanismo médico o científico para acreditar los hechos en disputa. De manera que más bien resulta acorde con la razonabilidad en la apreciación de la prueba, las consecuencias jurídicas que el proyecto pretende asignarle a los análisis de ADN. Por otro lado, en lo que atañe a la aplicación de la presunción cuando el supuesto padre -estando debidamente notificado- se niega a atender la audiencia conferida, estima el Tribunal que se trata de un mecanismo jurídico que lejos de constituir una novedad, es una consecuencia que el ordenamiento válidamente puede hacer recaer sobre aquel que se niega a aprovechar la oportunidad de manifestarse sobre la situación jurídica que se le atribuye. Ninguna violación al principio de defensa se causa si tanto la audiencia como la cita para la prueba son oportunidades procesales a favor del presunto padre, a fin de que con toda certeza pueda demostrar –si así fuere- que no le une el vínculo con el menor como lo afirma la madre de éste. Es un principio general de derecho que nadie puede favorecerse de su propio dolo o negligencia, de modo que si la persona desatiende las oportunidades que el ordenamiento pone a su disposición para esclarecer los hechos, no puede ampararse en ello para pretender de ese modo negar los derechos del menor a conocer la identidad de su progenitor y recibir el apoyo –cuando menos económico- a que tiene derecho. Es decir, el derecho constitucional al debido proceso no puede convertirse en un refugio o una especie de consagración de la impunidad, con desconocimiento de

las cargas y deberes resultantes de una conducta que trasciende al plano de los vínculos familiares. No está de más agregar que, como bien se aprecia de las nutridas discusiones que al respecto constan en el expediente legislativo, la experiencia judicial en procesos de investigación de paternidad demuestra de manera fehaciente que el postergar una y otra vez la comparecencia a las audiencias o a las citas para practicar las pruebas de sangre, se utiliza dolosamente como un mecanismo dilatorio del proceso, que en su mayoría tarda más de tres años, todo lo cual se vuelve oneroso y sumamente desgastante para la madre, que incluso en muchos casos desiste de la acción judicial. Por ello algunos sectores afirman que este proceso tiende más a revictimizar a la madre, y lo más grave es que esas tácticas procesales conllevan principalmente la violación de los derechos fundamentales del menor involucrado, quien no puede consolidar su derecho a conocer la identidad de su progenitor y contar con el apoyo económico necesario para satisfacer sus necesidades básicas de vestido, alimento, educación, recreación y todos los demás derechos que le asisten a la niñez. Como se señala en la exposición de motivos del proyecto, y se reitera en la discusión que ha acompañado la iniciativa, en los últimos años, en el país se ha producido un aumento considerable del número de nacimientos fuera del matrimonio (51,5%) y de padre sin registrar, cifra que alcanzó los 23.845 casos en 1999, estadísticas muy representativas frente a las cuales se torna apremiante la necesidad de encontrar soluciones prácticas que hagan efectiva la protección de los derechos de los menores (ver folio 2 del expediente, que recoge las estadísticas elaboradas por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos). No menos importante resulta comprobar que tales cifras muestran una tendencia sostenida al aumento, toda vez que para 1968 el porcentaje de menores nacidos fuera del matrimonio fue de un 27%, entre 1985 y 1990 el porcentaje aumentó al 38%, en 1991 al 40.3%, para 1993 ya había pasado a un 42.8%, para 1994 pasó a un 45% hasta llegar al 51,5% en la actualidad (ver folios 153 y 154 del expediente legislativo). Asimismo, la práctica judicial ha logrado demostrar que en un 98% de los casos el padre declarado resultó ser el progenitor, tanto así que para 1999 del total de denuncias presentadas, a excepción de dos, todas fueron confirmadas (véanse folios 63 y 72 del expediente legislativo). Bajo esta perspectiva, la declaración administrativa de paternidad se perfila como una solución deseable para que en un corto plazo todos los menores nacidos en el país, al cumplir un año de edad, estén debidamente inscritos con los apellidos de ambos progenitores, y recibiendo los recursos económicos que les deben sus padres como una obligación ineludible: el niño no tiene por qué esperar para obtener una efectiva protección de sus derechos fundamentales, a cuenta de los inconvenientes y vicisitudes de un proceso formal. Como también se ha discutido ampliamente en el proyecto, este trámite administrativo definitivamente arrojará una sensible disminución de los procesos judiciales de investigación de paternidad, con el consecuente ahorro de recursos que eso apareja, y, lo que es más importante, una celeridad y efectiva protección de los derechos del menor, habida cuenta de que no se permitirá a los padres desatender sus obligaciones en perjuicio de sus descendientes. Se habla del principio de defensa, pero, bien mirado, la consecuencia más "gravosa" que puede llegar a tener la norma respecto del presunto padre, no es más que la declaración y exigencia de obligaciones que tienen asidero en el propio texto constitucional. Lo anterior, aunado al hecho de que la aplicación de la **presunción** opera únicamente en el caso de que la persona por su propia voluntad no haya querido atender las oportunidades procesales tendientes a la acreditación de los hechos, ninguna violación al principio de defensa

configura en los términos consultados" .(Voto 2001-2050 de las 15:54 horas del 14 de marzo del 2001). También ha dicho dicha Sala que: "Consecuente con la jurisprudencia transcrita, no resulta violatorio de los principios alegados por el accionante las consecuencias jurídicas asignadas en el artículo 98 del Código de Familia cuestionado por la negativa a someterse a la prueba de marcadores genéticos, toda vez que la presunción opera únicamente en el caso de que la persona por su propia voluntad, no haya querido atender las oportunidades procesales tendientes a la acreditación de los hechos, dentro del proceso de investigación o impugnación de paternidad (o maternidad) que se tramita ante los tribunales de justicia, según lo dispuesto en el artículo 98 del Código de Familia. En razón de lo expuesto, al no existir motivos que justifiquen reconsiderar nuevamente este tema, procede rechazar por el fondo la acción..." (Voto 2002-00849 dictado a las quince horas con cincuenta y nueve minutos del treinta de enero del dos mil dos). Por su parte la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha dicho sobre la valoración de la prueba de ADN así como de la carga de la prueba en procesos como el que nos ocupa que: "...Ante las dificultades que se presentan, a la hora de la realización de la prueba, como lo es la falta de presentación de las partes a quienes, necesariamente, hay que extraerles muestras de sangre, para su posterior análisis; el legislador previó esa situación e introdujo, en el propio texto de la norma, una solución de talante jurídico. Si una parte, sin fundamento razonable, se niega a someterse a la prueba ordenada por el Tribunal su actuar podrá ser considerado como malicioso. Como la negativa a someterse a esa prueba científica, impide esclarecer la verdad real y biológica de la filiación, dispuso el legislador, que tal conducta podrá ser tenida como un claro indicio de veracidad, de lo que se pretende demostrar. Ante circunstancia como las que ahora nos ocupa, frente a la norma relacionada, resulta indispensable analizar el tema de la carga de la prueba; porque, en estos casos, hay que redistribuirla, por la imposibilidad que tiene el interesado de aportarla, al no poder ejercer compulsión física, sobre la otra parte, que se niega a someterse a las pruebas y a los peritajes científicos, con los cuales pretende demostrar el hecho aquí trascendente. Se violentaría el principio del debido proceso, si se permitiera que, una parte, pueda impedir que se reciba la prueba que le interesa a la contraria, sin sanción alguna; tema que entonces regula, hipotizando el supuesto, forma acertada, dicho numeral 98 del Código de Familia (En ese sentido el voto 639-03 de las 9:25 minutos del 5 de noviembre del 2003, y también el número 416-02 de las 9:40 horas del 22 de agosto del 2002).-

Nótese cómo la jurisprudencia constitucional conceptualiza a la prueba científica como un medio de comprobación de un vínculo que, a diferencia de otras pruebas previstas en el ordenamiento, *arroja información irrefutable*; siendo contrario a la lógica y a la economía procesal que, pudiendo definirse la situación jurídica con base en una prueba tan certera, se exija acudir a otras fuentes probatorias testimoniales o documentales que distan mucho de tener ese atributo. De esta manera el artículo 98 del Código de Familia ha de leerse en su correcto sentido en una forma sistemática con el bloque jurídico de Niñez y Adolescencia, entendiendo que la prueba que actualmente se realiza es la que en sí da una serie de información de comparación de marcadores de ADN, generalmente entre quince y diecinueve, y que luego ante la confrontación con información estadística general de la población de este país, hace que tengamos una información que da conclusiones certeras y de mucha fortaleza probatoria, y por ende, la presunción que debe aplicarse, ha de serlo en proporción y

razonabilidad a dicho grado de certeza y fortaleza demostrativa. Pero en este caso concreto aparte de la inasistencia de la demandada a la realización de la prueba de ADN tenemos que al contestar la demanda insiste en que efectivamente el actor no es el padre de su hijo M.Q.”

2. Filiación: Análisis histórico sobre el principio de presunción de paternidad

[Tribunal de Familia]ⁱⁱ

Voto de mayoría

“II.- El señor B recurre del fallo y el punto medular de su inconformidad lo que el despacho de primera instancia no se pronunció acerca de la calidad de los hijos que habían nacido en el matrimonio, especialmente lo referido al menor de edad E, que nació luego de la separación de la pareja y que no es su hijo biológico, sino que es producto de la relación de la señora D con otro hombre; por lo que - dice el apelante - de debió hacer indicación en el fallo de que ese menor de edad no era su hijo al no existir matrimonio, por lo que no debería ser que él tenga que acudir a otra vía para impugnar esa paternidad.-

III.- Los reclamos no son procedentes y la decisión de este Tribunal se fundamento en el análisis de los efectos que tiene la declaratoria de nulidad de matrimonio. Cuando un matrimonio se declara nulo por haber ocurrido una de las causas taxativas establecidas en la legislación con hechos dados previos a la boda, en este caso el hecho de que la contrayente D ya tenía un matrimonio anterior sin disolver; el acto asume las consecuencias derivadas de la teoría general de nulidad de los actos jurídicos, sea que los actos jurídicos se vienen considerando válidos en tanto la nulidad no hay sido reclamada y admitida en juicio; esto es que en tanto existió el matrimonio, el mismo fue válido y surgieron de él todas las consecuencias legales de rigor, entre ellas la aplicación del llamado principio de presunción de paternidad.- La existencia de la causal de nulidad de matrimonio por si sola no pueda causar la derogatoria en el caso concreto, del principio señalado, porque es evidente que las relaciones humanas de la pareja en matrimonio pueden ser diversas de las relaciones jurídicas que allí puedan ocurrir, lo que hace que no se pueda desvirtuar un principio cuando se pueden dar situaciones fácticas que lo validan. Dentro de las pretensiones que las partes expusieron en el proceso, no se hizo alguna referida exclusivamente a la desvirtuación del principio de la presunción de paternidad para que de declarara que un hijo nacido en ese matrimonio no era hijo del marido; no fue planteada y procesalmente no podría ahora el tribunal considerarlo.-

Cuando se habla de nulidad de matrimonio, absoluta o relativa, se está refiriendo la doctrina a la existencia de un hecho específico anterior al matrimonio que produce una patología en la cual se ponga en entredicho su validez, siendo el órgano jurisdiccional el encargado de demostrar el hecho y decretar aquella nulidad, pero en tanto - como se dijo - no lo haga el matrimonio es válido para sus efectos y no podría, menos en contra de los intereses del cónyuge que no contribuyó con sus actos a esa nulidad, ser

perjudicial en situaciones jurídicas consolidarse, incluso no podría estar por encima de principios jurídicos fundamentales

IV.-DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD.- Cuando se estudia este principio, es necesario hacer referencia al hecho, según el axioma histórico, de que la madre es siempre cierta por cuestión del alumbramiento o parto (*lo que ahora se pone en duda a raíz de los métodos de filiación asistida*), incluso desde los tiempos mas remotos de la civilización humana se ha considerado este hecho como básico en el estudio general de las relaciones familiares, por lo que no ha existido problema histórico en definir la maternidad como un hecho tangible de prueba directa; pero la cuestión de la paternidad está sujeta al reconocimiento que el padre lleve a cabo del hijo. En los tiempos antiguos se conoce que la paternidad devenía del aceptamiento de quién ejercía la potestad familiar y el ingreso del hijo en la familia. Ya en Roma y Grecia se concebía una ceremonia en la cual el padre, poco después del nacimiento (*9 días en Roma, 10 en Grecia y 10 u 11 en la India*), reunía a la familia y llevaba a cabo una serie de ritos respecto del niño, con lo cual se daba aquel reconocimiento de paternidad que daba lugar a esa filiación paterna. Claro está que para que ello fuera posible, debía tratarse de hijos de los cuales las ordenanzas admitieran esa posibilidad, excluyendo aquellos hijos producto de relaciones no admitidas, como podrían ser las adulterinas o incestuosas.- Surge entonces el estudio de la llamada Filiación Legítima como aquella dada en relación a un hijo cuyos padres tienen un vínculo legítimo de matrimonio, ya sea anterior a la concepción o, al menos, al nacimiento o posterior a ello y haya operado la legitimación subsiguiente por el matrimonio.-

Parte esta filiación de una presunción general antigua en el sentido de que se considera que el padre de los hijos de una mujer casada es su esposo y descansa en tres elementos básicos, como son 1) La Maternidad, que supone la demostración de dos hechos dados: a El parto en el cual una mujer da a luz un ser (hecho visible) y b Que se acredite la identidad como hijo de esa mujer, sea que es el mismo nacido;2) El matrimonio, sea la existencia de un vínculo matrimonial de esa mujer con el supuesto padre.- y 3) La paternidad o existencia del esposo como padre del niño, ya que si bien se presume, es posible desvirtuarla al ser una presunción "iuris tantum". En realidad, como se dijo antes, no existía en los tiempos remotos una verdadera asociación de paternidad, esto es de vínculo entre hijo y quién engendró a la mujer para dar como resultado el embarazo de ésta.- Mas bien en tiempos primitivos, según los sociólogos, no existe conciencia de que el acto sexual fuera precedente al nacimiento, sea una relación entre él y el embarazo de la mujer; sino que existía una ignorancia total del papel del hombre en la fecundación, ya que ello se le atribuía a otras circunstancias, como el espíritu de los antepasados, obra de los dioses o consecuencia de fenómenos astrológicos o atmosféricos y no es sino hasta con la evolución misma que el hombre toma conciencia de su rol en la paternidad, tanto en su forma biológica como en su forma social, naciendo la filiación legítima.- Se tiene noticia de que los primeros informes de una fundamentación jurídica de la relación de paternidad se dan en en los Estatutos de Oriente (*como en el Código de Lipit-Ishtar con la obligación del padre a alimentar a los hijos*) o en el Código de Hammurabi (*se da ya una distinción de hijos del esposo e hijos de otro hombre, aunque aún sin una presunción de paternidad*) .-

Nace entonces el Principio de la Presunción de la Paternidad y con las Leyes de Manú en donde se inserta por primera vez una norma relativa a esta presunción al expresar que el hijo pertenece a quién ejerce poder sobre la madre.- En la antigua Grecia no se conoció antecedente de esta presunción, la paternidad quedaba a la voluntad del padre en el reconocimiento.-

Ya en Roma si existe un gran avance sobre la figura, pues si bien existía aquella presentación, si se daba la figura de la presunción dentro del matrimonio, con fundamento en los principios del matrimonio de cohabitación, fidelidad, nacimiento en tiempo hábil del matrimonio y plazo legal de la gestación. En la edad Media, por los principios del derecho canónico, era evidente la figura de la presunción, en España se conocía la misma desde el Fuero Juzgo y en las Siete Partidas se manifiesta de los hijos legítimos los nacidos de madre y padre casados verdaderamente como manda la Santa Iglesia.-

Al llegar al Código de Napoleón se establece una **presunción** como la conocemos hoy día, la cual tiene distintos fundamentos según momentos histórico-sociológicos ciertos como 1) Teoría Dominical, por el pretendido derecho de propiedad que tenía el marido sobre la esposa y, en consecuencia, sobre los hijos fruto de su esposa; el marido tenía dominio sobre todo lo que producía la esposa. 2) Teoría basada en fidelidad o inocencia de la esposa, que es una teoría que parte de una fidelidad natural de la esposa, en una inocencia en el delito de adulterio y su obligación de fidelidad para con su esposo. 3).- Teoría fundada en la cohabitación y Fidelidad, que menciona que si la cohabitación y fidelidad son obligaciones subsidiarias al matrimonio que se presumen en esas uniones, entonces se parte de que la concepción es producto de esa cohabitación, no ya por una inocencia atribuida a la mujer, sino por un hecho real de la convivencia matrimonial.-

Es al teoría mas aceptada y en la que descansan las legislaciones actuales de Occidente.- De acuerdo a esta **presunción**, se ha seguido tres principales sistemas de establecer y regular esa presunción 1) Las que siguen el sistema napoleónico, sea dando en forma estricta plazos legales para acreditar la paternidad o no, sea en forma objetiva dentro de esos plazos.- 2) Los que, aún cuando siguen el sistema Francés, no hay sometimiento estricto a esos plazos rígidos, sino que se puedan variar en cada caso.- 3) Los que de ninguna forma se someten a plazos rígidos, sino que en cada caso deber verificarse la convivencia matrimonial para acreditar la paternidad.- Los plazos generales adoptados en el Código Francés, mismos del Código nacional y de otros países como El Salvador o Cuba (*En este país no se indica el plazo posterior al matrimonio, solo dice que se presume el nacido durante el matrimonio y se soluciona el problema con el impedimento de matrimonio antes de 300 días a la disolución del anterior*), tienen su origen histórico (*de los 300 días posteriores a la disolución y el nacimiento y 180 días posteriores al matrimonio para el nacimiento*) en una consulta técnica médica pedida por Napoleón al sabio médico y naturalista Fourcroy, quién estableció el nacimiento tardío en 286 días y el precoz en 186 días.-

Con estos mínimo y máximo el legislador quiso sentar las bases para resolver prácticamente en casos determinados si la concepción se realizó o no dentro del

matrimonio; por la posibilidad de que un hijo nacido dentro del matrimonio, antes de esos 180 días luego de la celebración fuera concebido por padres distinto al no estar supuestamente la mujer casada aún o si nace después de pasados esos 300 días posteriores al matrimonio, no podría ser concebido en el matrimonio.- En Costa Rica, como parte de la necesidad de amoldar el derecho de Familia en este tema de filiación a una verdad biológica, es que la presunción pasó, con la promulgación del Código de Familia, de ser una presunción absoluta (*únicamente se podía desvirtuar demostrando que existía imposibilidad física del marido para tener relación con la madre durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento; imposibilidad física que se detectaba por ausencia, reclusión - hoy discutido por las visitas conyugales que desvirtuar esa imposibilidad - enfermedad grave, impotencia u otro; pero entonces no era posible desvirtuar la presunción de paternidad si no existía impedimento físico del marido; sea que la infidelidad de la mujer sin imposibilidad del hombre no podía provocar esa impugnación de la presunción*), a una presunción relativa, aunque el Código nuestro mantiene la norma de que el solo adulterio de la mujer no es causa definitiva de rompimiento de la mujer (Artículo 70), diciendo que si se prueba ese adulterio se puede demostrar que fue en la época de la concepción se admite cualquier prueba para ello, dando campo a la ahora prueba definitiva de comparación de marcadores genéticos.-

Nuestro Código sigue el sistema francés (Artículo 69) estableciendo esos plazos para la presunción de paternidad; pero, con alguna variante, da a conocer otros hechos que asumen, aunque fuera de los plazos, oportunidades de considerar la presunción, relativos a voluntad del padre a un reconocimiento tácito; como es que antes del matrimonio el marido tuviera conocimiento del embarazo, que consintió el nacimiento como producto suyo al nacer en el Registro Civil (*pero ya con matrimonio, solo que efectuado antes de los 180 días del nacimiento*) y si lo admitió como hijo de cualquier forma.-

Estos plazos se toman no solo con la disolución (por muerte, divorcio o nulidad), sino también con la separación judicial, a menos que haya posesión notoria de estado del hijo, pues de lo contrario esa posesión notoria de estado deviene en admisión de paternidad a pesar de la separación judicial.- Siendo entonces así, resulta claro que el principio de **presunción** de paternidad, por su carácter de presunción no puede ser objeto de derogatoria por el simple hecho de ocurrir una actividad jurídica (nulidad de matrimonio), únicamente puede ser rebatido en todo caso mediante la convocatoria de parte interesada al análisis judicial de los presupuestos que ameritan esa destrucción de la presunción, mediante las pretensiones necesarias para ello, sería el caso de la impugnación de paternidad que pueda interponer el marido que considera que el hijo de su esposa no es su hijo o la declaratoria de hijo extramatrimonial que interpone el propio hijo para que se le declare hijo no matrimonial de su madre. Por eso es que no se podría, como alega el recurrente, que el despacho debió indicar en el fallo que el menor de edad E. no podía seguir siendo hijo matrimonial y por tanto no sería su hijo, pues las consecuencias de la nulidad matrimonial no tienen la capacidad de llevarnos a esa decisión por si sola, pues no es un hecho aislado ni extraordinario que a pesar de la causa de la nulidad del matrimonio, los hijos si tengan una filiación real respecto de la verdad biológica, como parece suceder con su otro hija de nombre Ericka; pues entonces si sería diferente considerar lo que la doctrina ha hablado acerca de la teoría

de la inexistencia del matrimonio para otros casos de afectos, pero que en materia de filiación también pueden tener los mismos interrogantes.-

V.- DE LA INEXISTENCIA DEL MATRIMONIO.- Dentro del contexto del consentimiento, es necesario hacer referencia a un instituto de interés que acrecenta el estudio de una patología del matrimonio en forma inicial, como lo es la llamada Teoría de la Inexistencia del Matrimonio, la cual fue propuesta por Zachariae Von Lingental quién señaló que debía distinguirse entre la falta de condiciones esenciales del matrimonio (consentimiento de la partes, capacidad civil y capacidad física) y la falta de condiciones esenciales de la validez del acto (requisitos de validez como libertad de estado, etc); que a falta de alguna de las primeras no habría matrimonio y no es necesario siquiera la acción para decretarlo así, en tanto a falta de las segunda lo que existía era un vicio que debía ser alegado para la nulidad del matrimonio. De acuerdo a ello no existe el matrimonio cuando se da una ausencia de consentimiento por no haber sido expresado o por estado de demencia; la muerte civil que priva la capacidad civil y que algunos la han incluido en la expresión solemne en el acto o cuando la voluntad no fue expresada de ningún modo, como puede ser la falsificación de una firma en el documento de matrimonio para hacer aparecer a la persona como casada sin que supiera absolutamente nada del asunto. Esta teoría tuvo un desarrollo importante en la doctrina francesa a partir del artículo 146 del Código de Napoleón y la mayor parte de la doctrina argentina se ha inclinado por la inexistencia del matrimonio, pero quienes la rechazan aducen que existe una especialidad de régimen de nulidades dentro del sistema, por lo que se estaría reconociendo supuestos de nulidad no expresamente contemplados en la ley. Quienes la apoyan en la doctrina argentina dicen que al estar presente un artículo que dice expresamente que "es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo" (Artículo 172 del Código Civil de ese país) da la luz para considerar que existen situaciones de inexistencia, sea identidad física (mujer y hombre), identidad civil (expresado personalmente), ausencia de consentimiento (pleno y libre consentimiento ante el funcionario competente) y, mas aún, el hecho de que el apartado siguiente establece que el acto ocurrido contra ese precepto no tiene efectos civiles aunque haya existido buena fe.-

Evidente es la diferencia entre matrimonios nulos o anulables y los inexistentes, ya que los primeros producen efectos hasta su declaratoria en tanto los segundo nunca los producen. Por ejemplo se dan las siguientes diferencias: a) El matrimonio inexistente no produce efectos jurídicos en tanto el nulo los produjo hasta su decreto. b) la nulidad requiere una sentencia judicial en tanto la inexistencia no la requiere porque nunca existió, ya que si se plantea únicamente verifican y se expresa su inexistencia. c) El acto inexistente no es saneable ni convalidado, lo que si ocurre con las nulidades (las relativas), d) La inexistencia solo se alega como excepción (aunque podría hacerse por acción) en tanto la nulidad se puede plantear tanto como acción como por excepción. e) La inexistencia aprovecha a toda persona sin distinción en cambio la nulidad produce efectos con relación a la partes en cuyo favor se decretó, y entonces surge la idea de que considerada una inexistencia del matrimonio pueden surgir algunas de estas consecuencias: a) No existe emancipación del menor que se casó en estas condiciones. c) No existirá matrimonio putativo. d) No hay delito de bigamia. e) No existe plazo de viudez. f) No hay necesidad de demanda de divorcio.

g) No existe herencia entre contrayentes. h) No existe infidelidad. y la discusión que interesa acerca de si los hijos podrían tener la calidad de matrimoniales o no, semejante a lo relativo a la nulidad de matrimonio, pero que en este caso al decirse que se dio una inexistencia del matrimonio, no existió nunca y los hijos no pueden tener ese carácter, pero eso con independencia de la verdad biológica que debe pronunciarse en otra vía. En Costa Rica existe un artículo (13 del Código de Familia) que estipula que para que exista matrimonio el consentimiento de los contrayentes debe manifestarse legal y expreso y podría tratarse de una apertura a la teoría de la inexistencia del matrimonio por cuanto habla de que no podría considerarse existente (diferente a nulidad) el matrimonio de quién no dio su manifestación de voluntad en forma legal (ante funcionario competente por ejemplo y como lo estipula la legislación) y expreso (sea para el acto determinado).-

VI.- SOBRE LA IMPOSIBILIDAD DE LA DECLARACIÓN PEDIDA. - Entonces, siendo que se ha pedido considerar que el fallo contenga esta declaratoria de que el menor de edad E. no sea considerado hijo del recurrente por no tener, al producirse la nulidad del matrimonio, la calidad de hijo matrimonial o por no ser hijo biológico suyo, este Tribunal, según lo que se ha considerado, no puede hacerlo por cuanto no es consecuencia de la declaratoria de la nulidad de matrimonio esa decisión, tampoco estamos en presencia de actos que puedan producir la inexistencia del mismo y, especialmente porque desde la óptica procesal no ha sido ni una pretensión deducida formalmente en el proceso, pero tampoco litigada en el proceso; lo que hace que la vía no sea la correcta, debiendo entonces dirigirse el recurrente al proceso respecto para , si así lo considera y los hechos lo respalden, impugnar esa paternidad por no corresponder a la presunción de paternidad estudiada en el fallo.-

Entonces, el fallo se debe confirmar en lo apelado.”

3. Presunción legal en materia de familia: Análisis sobre las formas en que puede desvirtuarse

[Tribunal de Familia]ⁱⁱⁱ

Voto de mayoría

“**CUARTO:** Sobre el tema de la impugnación de paternidad y la valoración de la prueba científica la Jurisprudencia ha sostenido lo siguiente: “ III.- El artículo 69 del Código de Familia, presume -iuris tantum- que son hijos de matrimonio, los habidos o procreados dentro de éste. Ese numeral enuncia una serie de hipótesis que tienden a tutelar situaciones especiales, como lo son el nacimiento prematuro y las gestaciones retardadas, siempre bajo lapresunción dicha; la cual, en términos generales, no admitía prueba en contrario, salvo dos excepciones, a saber: la imposibilidad del cónyuge para poder procrear y el caso del adulterio de la mujer. Con la entrada en vigencia del Código de Familia, ahora es admisible prueba de conformidad con el artículo 70 de ese Código. Esa norma señala que, tal presunción, puede legítimamente desvirtuarse, cuando se demuestre el haberle sido imposible, al marido, la

cohabitación fecunda con su mujer, en la época en que se produjo la concepción de los menores, cuya paternidad se impugne; y sólo será admitida prueba de cualesquiera otros hechos, conducentes a comprobar la no paternidad, si se demuestra que la mujer cometió adulterio, durante la época en que se dio aquella concepción, dado que el adulterio, por sí mismo, no legitima al marido para desconocer a sus hijos o hijas, en su caso. Así tenemos que, si entre los esposos se da la normal cohabitación, durante el período de la concepción, se ha de presumir que esa unión natural ha sido fecunda; y, por ende, que quien nace de ella es su fruto, aún y cuando se demuestre el adulterio de la mujer, durante ese mismo período, pues el vástago o retoño puede natural y perfectamente ser del propio marido. Se podría decir, entonces, que tal presunción de paternidad, únicamente cede ante la prueba de haberle sido imposible, al marido, la cohabitación con su mujer, en la época de la concepción; porque sólo es admisible cualesquiera otra prueba, si se acredita que, la mujer, cometió adulterio en esa época; no así en el supuesto de cualquier otra relación adulterina, que no pueda ser acreditada o que aún siéndolo, no pueda ser circunscrita, con precisión, a la época indicada. Si se interpreta, gramaticalmente, esa norma, a todo cónyuge que sin tener prueba alguna del adulterio de su esposa, se enterara de su infidelidad, ya sea porque ella se lo manifiesta, y le hace saber, que él no es el padre biológico de la criatura, o porque de los rasgos somáticos y de los genotípicos del niño procreado, se desprende la indubitable prueba del adulterio; no podría admitírsele ninguna otra prueba conducente, a demostrar su no paternidad. Lo anterior no es legal ni razonablemente aceptable; por lo cual, de **conformidad con el artículo 10 del Título Preliminar del Código Civil, creemos que, la interpretación gramatical dicha, es evidentemente contraria a una correcta hermenéutica jurídica**. La solución acertada se ha de obtener relacionando el artículo 70 con el 98, también del Código de Familia, reformado por Ley 7689, del 21 de agosto de 1997; que, en lo que interesa, establece: “ En todo proceso de investigación o impugnación de paternidad o maternidad, es admisible la prueba científica con el objeto de verificar la existencia o inexistencia de la relación de parentesco...” . Así se puede determinar la verdad biológica, en las filiaciones matrimonial y extramatrimonial, y se puede llegar a establecer la verdad real. Por ello, es preciso hacer una interpretación coherente de tales normas, atendiendo fundamentalmente el espíritu del legislador y a la finalidad propia de aquellas, según las realidades social y científica de nuestros tiempos. Por ende, para desvirtuar la presunción legal de paternidad e impugnar la misma, en casos como los indicados u otros similares, **considera la Sala que basta con demostrar la exclusión del nexo biológico, por medio de prueba científica admisible, con el objeto de verificar la existencia o inexistencia de la relación de parentesco. Así, en forma inequívoca se excluiría, o no, de ese vínculo biológico y jurídico, a quien impugna la filiación...**” (el destacado es del redactor, ver Res: 2002-00416.SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas cuarenta minutos del veintidós de agosto de dos mil dos).”

4. Reconocimiento de hijo de mujer casada: Análisis normativo y formas de efectuarlo

- **Presunción legal en materia de familia: Análisis sobre su impugnación en reconocimiento de hijo de mujer casada**

[Tribunal de Familia]^{iv}

Voto de mayoría

“**CUARTO:** Antes de analizar la prueba recibida es necesario tener presente la línea jurisprudencial de este Tribunal en el tema del reconocimiento de hijo de mujer casada: *“La segunda forma es mediante la actividad judicial no contenciosa de reconocimiento de hijo de mujer casada, y la tercera forma es en la vía especial de filiación cuando ha existido oposición en la no contenciosa. Ahora bien, nuestro trámite es esta segunda forma de actividad judicial no contenciosa y no el sumario como erradamente se consignó en la parte dispositiva de la sentencia, situación que hubiese sido correcta antes de la reforma de los artículos 84 y 85 del Código de Familia ocurrida en el año de 1995. En este tipo de asuntos, han de concurrir los presupuestos de que el es necesario que el hijo haya sido concebido durante la separación de los cónyuges y que el hijo no esté en posesión notoria de estado por parte del marido. La posesión notoria de estado para estos casos está definida en el numeral 80 del Código de Familia: “ARTICULO 80.- La posesión notoria de estado del hijo consiste en que sus padres lo hayan tratado como tal, dándole sus apellidos, proveyendo sus alimentos y presentándolo con ese carácter a terceros; y éstos y el vecindario de su residencia, en general, lo hayan reputado como hijo de aquéllos. “ En nuestro caso queda acreditado con la prueba testimonial y documental que K. nació en Estados Unidos de América cuando doña... convívían allá, lugar al cual se trasladaron tiempo antes de que doña... quedara embarazada de K. También queda claro que don ... no ha dado a K. posesión notoria de estado, y al contrario don ..., sí se ha comportado en todo momento como el padre de K., y conforme con los numerales 12 de la Convención sobre Derechos del Niño y 105 del Código de la Niñez y la Adolescencia, el Juzgado en forma acertada entrevistó a K., quien señaló que para ella su papá era don ... y que no conocía a don ..., lo que desde una perspectiva moderna del derecho que nos ocupa, es la parte más importante de la posesión notoria de estado que es la introyección del niño. Así las cosas, lo que corresponde entonces es acoger la presente solicitud de reconocimiento de hijo de mujer casada, que conforme con lo que se desprende de los artículos 3 y 8 de la Convención sobre Derechos del Niño, y 5, 23, 24 y 29 del Código de la Niñez y la Adolescencia, y el mismo artículo 2 del Código de **Familia**, ha de aplicarse actualmente en el sentido de que se ordene directamente al Registro Civil inscribir a K. como hija de don ..., puesto que el hecho de autorizar a un solicitante para que reconozca al niño, da la posibilidad de que la persona no lo haga con la consecuente incertezapara la persona menor de edad, y con la concomitante conculcación de sus derechos fundamentales que ello puede representar, ya que si no lo hace en el Registro Civil quedaría como padre al que de alguna forma mediante este trámite se estableció que no lo era. Así las cosas y dando prevalencia al interés superior de la persona menor de edad lo que ha de ordenarse”*

es directamente la inscripción de don ...como padre de K., para lo cual se expedirá la ejecutoria respectiva por la autoridad de primera instancia, a la firmeza de esta resolución. En la parte dispositiva se incluirán las citas de inscripción del nacimiento de K. Así las cosas y de acuerdo con lo dicho ha de revocarse la resolución venida en alzada, **para acoger la solicitud que interesa y ordenar como se dijo al Registro Civil la respectiva modificación del asiento de inscripción”** (VOTO N°1839-03. TRIBUNAL DE FAMILIA.- San José, a las once horas del quince de diciembre del dos mil tres).-

QUINTO: En este caso concreto se ha establecido con la prueba testimonial recibida en esta instancia para mejor proveer en aras de la búsqueda de la Verdad Real y la tutela efectiva del interés Superior de la persona mejor de edad que el menor xxxx no es hijo del señor xxx, quien figura como padre registral, en realidad es hijo del promovente, pero figura con el apellido del señor Arguedas por una ficción legal, pues la madre del menor se encuentra ligada en matrimonio con ese señor. En este tipo de asunto, el acuerdo de las personas involucradas no es suficiente para acceder a una pretensión relativa a la filiación, se trata de un tema delicado que debe ser visto con mucho cuidado, por eso se exige la demostración de los presupuestos fácticos que la ley establece para acceder a un reconocimiento como el formulado. El artículo 85 del Código de **Familia** permite este reconocimiento siempre y cuando el menor haya sido concebido durante la separación de los cónyuges y no este en posesión notoria de estado de parte del marido. Esos presupuestos han sido acreditados en forma satisfactoria con las declaraciones de los testigos recibidos, nótese que la testigo Ana Julia Pastran declaró: "*Mi hermano y la señora Lillian viven juntos, tienen unos cinco o seis años de vivir juntos, **estando viviendo juntos fue que ella quedó embarazada y nació xxxx. Ellos dos nunca se han separado y mi hermano es quien ha velado por el menor, todas las cosas que el niño necesita, como por ejemplo ropa y comida. Conozco al señor Edwin y no se si ha tenido alguna relación con xxx***". En igual sentido el señor José Felix Blanco Godínez afirmó: "*Ellos dos, Róger y Lillian viven juntos hace tiempo, no puedo precisar el tiempo, como pareja, siempre juntos, bajo el mismo techo. **Fue durante esta convivencia que ella quedó embarazada y nació xxx . El señor Róger ha sido la única persona que se ha comportado como el padre del menor, yo he visto que él ha sido el encargado de las necesidades del menor, incluso me quedé una temporada en la casa de ellos y por eso lo vi personalmente**". Finalmente el señor GERARDO CASCANTE NÚÑEZ, sostuvo: "*Róger y Lillian viven juntos como marido y mujer, tienen como cinco años aproximadamente de vivir juntos, ellos han tenido un hijo en común, xxx. **El señor Róger es el único que se ha comportado públicamente como el padre del menor***" (el destacado es del redactor). Los testigos fueron claros y precisos al destacar la relación de pareja del promovente y la señora xxx, de la cual nació el niño que se pretende reconocer, además manifestaron que el promovente ha sido quien siempre se ha comportado para todos los efectos como su padre. Por lo expuesto se revoca la sentencia y en su lugar se acoge la solicitud y se declara que el señor xxx es el padre del menor xxxx, por eso el menor tiene derecho a llevar su primer apellido con todas las consecuencias legales correspondientes (alimentos y sucederle ab intestato). [...]"*

5. Impugnación de paternidad: Análisis jurisprudencial sobre la presunción legal de filiación por inasistencia a la práctica de la prueba de ADN

[Tribunal de Familia]^v

Voto de mayoría

“ **CUARTO:** Después de dar una valoración a los autos y a la prueba evacuada bajo el lente contemplado en el artículo 8 del Código de Familia, se llega a la conclusión que la sentencia de primera instancia debe ser revocada debido a que el actor lleva razón en su pretensión. En autos se cuenta con la declaración testimonial de Maritza Garbanzo Leitón (folio 57) quien sostiene ser la madre del actor, y declara que su hijo mantenía una relación sentimental con la demandada cuando ésta engendró al menor L. F, y considera que su hijo tenía certeza de que el niño era de él al momento de reconocerlo como hijo ante el Registro Civil. Tal prueba se complementa con la presunción que confiere el artículo 98 bis del Código de Familia para la parte que sin razón justificada no se presenta a la realización de la prueba de ADN, pues tenemos que ni la demandada ni el menor L. F. se apersonaron al Laboratorio Forense en la fecha señalada en autos. Además la demandada en realidad no afirma ni niega que el menor L. F. sea hijo del actor, ni que éste lo haya reconocido bajo error o engaño; simplemente afirma que acudirá a la prueba de ADN para esclarecer la paternidad del niño, no obstante, como se dijo, no se presentó al Laboratorio. Tal actitud negativa es vista en el artículo 98 bis del Código de Familia como un indicio de la veracidad de lo que se pretende demostrar, pero también como una presunción. Efectos estos últimos ampliamente analizados por la doctrina de la Sala Constitucional y de la Sala Segunda, quienes entre otras cosas han señalado que: “De lo anterior resulta admisible la acción sólo en cuanto al artículo 98 del Código de Familia, que versa sobre la prueba científica, con el objeto de verificar la existencia o inexistencia de la relación de parentesco dentro del proceso de investigación de paternidad.

III.- De la presunción de la paternidad.- En relación con los reclamos de inconstitucionalidad señalados por el recurrente referente a que la consecuencia ante la negativa a presentarse para que la prueba de marcadores genéticos se realice, sea la presunción de la paternidad, y con ese único fundamento se declare la filiación; esta Sala advierte que mediante la sentencia 2001-2050 de las 15:54 horas del 14 de marzo del 2001 que resolvió la Consulta legislativa facultativa de constitucionalidad respecto del proyecto de "Ley de Paternidad Responsable", señaló que resulta plenamente razonable la consecuencia jurídica de la presunción que se asigna por la negación de someterse a la prueba de marcadores genéticos y aprovechar la oportunidad de manifestarse sobre la situación jurídica que se le atribuye; ya que tal prueba constituye un medio científico de comprobación de un vínculo que, a diferencia de otras pruebas previstas en el ordenamiento, arroja información irrefutable; siendo contrario a la lógica y a la economía procesal que, pudiendo definirse la situación jurídica con base en una prueba tan certera, se exija acudir a otras fuentes probatorias testimoniales o documentales que distan mucho de poseer ese atributo. Como consecuencia de lo anterior, específicamente en cuanto a la violación del derecho de defensa y debido proceso de los artículos que establecen tal presunción de pleno de

derecho de la paternidad, por negarse a someterse a la prueba genética, textualmente dispuso este Tribunal: **"IV.-Violación al principio de defensa.** Estiman los consultantes que el hecho de que no apersonarse para atender el traslado de la declaración hecha por la madre del menor, así como el negarse a que se lleve a cabo la prueba genética, se constituyan en plena prueba para declarar la paternidad administrativamente bajo la aplicación de una presunción, genera una violación al principio de valoración razonable de la prueba, y consecuentemente al principio de defensa y debido proceso. En lo que hace a la prueba de marcadores genéticos, como ya se dijo en el considerando anterior, constituye un medio científico de comprobación de un vínculo que, a diferencia de otras pruebas previstas en el ordenamiento, arroja información irrefutable. Resultaría contrario a la lógica y a la economía procesal que, pudiendo definirse la situación jurídica con base en una prueba tan certera, se exija acudir a otras fuentes probatorias testimoniales o documentales que distan mucho de poseer ese atributo. Es entendible que en cualquier otro tipo de proceso judicial se pueda acudir a una diversidad de medios de prueba, justamente porque no se tiene al alcance otro mecanismo médico o científico para acreditar los hechos en disputa. De manera que más bien resulta acorde con la razonabilidad en la apreciación de la prueba, las consecuencias jurídicas que el proyecto pretende asignarle a los análisis de ADN. Por otro lado, en lo que atañe a la aplicación de la presunción cuando el supuesto padre -estando debidamente notificado- se niega a atender la audiencia conferida, estima el Tribunal que se trata de un mecanismo jurídico que lejos de constituir una novedad, es una consecuencia que el ordenamiento válidamente puede hacer recaer sobre aquel que se niega a aprovechar la oportunidad de manifestarse sobre la situación jurídica que se le atribuye. Ninguna violación al principio de defensa se causa si tanto la audiencia como la cita para la prueba son oportunidades procesales a favor del presunto padre, a fin de que con toda certeza pueda demostrar -si así fuere- que no le une el vínculo con el menor como lo afirma la madre de éste. Es un principio general de derecho que nadie puede favorecerse de su propio dolo o negligencia, de modo que si la persona desatiende las oportunidades que el ordenamiento pone a su disposición para esclarecer los hechos, no puede ampararse en ello para pretender de ese modo negar los derechos del menor a conocer la identidad de su progenitor y recibir el apoyo -cuando menos económico- a que tiene derecho. Es decir, el derecho constitucional al debido proceso no puede convertirse en un refugio o una especie de consagración de la impunidad, con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que trasciende al plano de los vínculos familiares . No está de más agregar que, como bien se aprecia de las nutridas discusiones que al respecto constan en el expediente legislativo, la experiencia judicial en procesos de investigación de paternidad demuestra de manera fehaciente que el postergar una y otra vez la comparecencia a las audiencias o a las citas para practicar las pruebas de sangre, se utiliza dolosamente como un mecanismo dilatorio del proceso, que en su mayoría tarda más de tres años, todo lo cual se vuelve oneroso y sumamente desgastante para la madre, que incluso en muchos casos desiste de la acción judicial. Por ello algunos sectores afirman que este proceso tiende más a revictimizar a la madre, y lo más grave es que esas tácticas procesales conllevan principalmente la violación de los derechos fundamentales del menor involucrado, quien no puede consolidar su derecho a conocer la identidad de su progenitor y contar con el apoyo económico necesario para satisfacer sus necesidades básicas de vestido, alimento, educación, recreación y todos los demás derechos que le

asisten a la niñez... Se habla del principio de defensa, pero, bien mirado, la consecuencia más "gravosa" que puede llegar a tener la norma respecto del presunto padre, no es más que la declaración y exigencia de obligaciones que tienen asidero en el propio texto constitucional. Lo anterior, aunado al hecho de que la aplicación de la **presunción** opera únicamente en el caso de que la persona por su propia voluntad no haya querido atender las oportunidades procesales tendientes a la acreditación de los hechos, ninguna violación al principio de defensa configura en los términos consultados". (Voto 2001-2050 de las 15:54 horas del 14 de marzo del 2001). También ha dicho dicha Sala que: "..., no resulta violatorio de los principios alegados por el accionante las consecuencias jurídicas asignadas en el artículo 98 del Código de Familia cuestionado por la negativa a someterse a la prueba de marcadores genéticos, toda vez que la presunción opera únicamente en el caso de que la persona por su propia voluntad, no haya querido atender las oportunidades procesales tendientes a la acreditación de los hechos, dentro del proceso de investigación o impugnación de paternidad (o maternidad) que se tramita ante los tribunales de justicia, según lo dispuesto en el artículo 98 del Código de Familia. En razón de lo expuesto, al no existir motivos que justifiquen reconsiderar nuevamente este tema, procede rechazar por el fondo la acción..." (Voto 2002-00849 dictado a las quince horas con cincuenta y nueve minutos del treinta de enero del dos mil dos). Sobre la valoración de la prueba de ADN y de la carga de la prueba en procesos como el que nos ocupa ha dicho la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia que: "...Ante las dificultades que se presentan, a la hora de la realización de la prueba, como lo es la falta de presentación de las partes a quienes, necesariamente, hay que extraerles muestras de sangre, para su posterior análisis; el legislador previó esa situación e introdujo, en el propio texto de la norma, una solución de talante jurídico. Si una parte, sin fundamento razonable, se niega a someterse a la prueba ordenada por el Tribunal su actuar podrá ser considerado como malicioso. Como la negativa a someterse a esa prueba científica, impide esclarecer la verdad real y biológica de la filiación, dispuso el legislador, que tal conducta podrá ser tenida como un claro indicio de veracidad, de lo que se pretende demostrar. Ante circunstancia como las que ahora nos ocupa, frente a la norma relacionada, resulta indispensable analizar el tema de la carga de la prueba; porque, en estos casos, hay que redistribuirla, por la imposibilidad que tiene el interesado de aportarla, al no poder ejercer compulsión física, sobre la otra parte, que se niega a someterse a las pruebas y a los peritajes científicos, con los cuales pretende demostrar el hecho aquí trascendente. Se violentaría el principio del debido proceso, si se permitiera que, una parte, pueda impedir que se reciba la prueba que le interesa a la contraria, sin sanción alguna; tema que entonces regula, hipotizando el supuesto, forma acertada, dicho numeral 98 del Código de Familia (En ese sentido el voto 639-03 de las 9:25 minutos del 5 de noviembre del 2003, y también el número 416-02 de las 9:40 horas del 22 de agosto del 2002).

CUARTO: Así las cosas, con vista del testimonio de la madre del actor, la misma contestación de la demanda y la no asistencia de la demandada a la cita para realizar la prueba de ADN, se llega a la conclusión que efectivamente el actor reconoció al menor L. F. por falsedad, pues creyó que era su hijo, pero en realidad no lo es. Por tal razón se revoca la sentencia recurrida, y en su lugar se declara que Fernando De La Peña Garbanzo no es el padre del menor L. F. d. L. P. D, de ahí que no debe llevar el apellido "De La Peña", ni sucederle ad intestato ni a ser alimentado por él. Se resuelve

este asunto sin especial condenatoria en costas. Firme esta sentencia inscribese en el Registro de Nacimientos del Registro Civil, Provincia de San José, tomo: mil seiscientos noventa y tres, página: doscientos seis, asiento: cuatrocientos once.”

6. Análisis de la presunción legal: Padre que se entera que la menor no es su hija 14 años después de su nacimiento

[Tribunal de Familia]^{vi}

Voto de mayoría

III.- El primer aspecto que debe revisarse en este asunto, es el relativo a la caducidad de la acción decretada por el juez a quo en este proceso. Respecto a este punto concreto, y con base en la prueba que se ha incorporado a los autos por orden de este Tribunal, la mayoría de esta integración llega al convencimiento de que el actor se entera formalmente de que la menor M.L. puede no ser su hija hasta octubre del año dos mil cuatro. En efecto, este Tribunal ordenó como prueba para mejor proveer, por un lado la prueba confesional de la demandada, y por otro lado la prueba testimonial de Rebeca y Lee Mary ambas de apellidos García Carmona, y esta prueba fue muy clara en ese sentido. Veamos. Al realizarse la prueba confesional de la demandada, la señora María de los Ángeles Carmona Cascante fue muy clara en indicar que “...*El actor se dio cuenta de que no era el padre de la menor catorce años después del nacimiento de la niña, por medio de las dos hijas mayores de las partes...*”. Lo anterior se ve ratificado con la prueba testimonial rendida, así la testigo Lee García Carmona indica en lo que interesa: “...*Nosotras, mi hermana Rebeca y yo le dijimos a mi padre que si el estaba enterado de que M.L. no era hija de él, para esa fecha a mi padre le entró la duda y quiso averiguar si era cierto, esto fue para el año dos mil cuatro, para esta fecha mi madre estaba viviendo con el señor Enrique Álvarez que es el padre biológico de M.L...En el año dos mil cuatro fue cuando mi hermana Rebeca y yo le dijimos, creo que fue un año antes de que se hiciera la prueba de marcadores genéticos...*”, lo cual también ratifica la testigo Rebeca García Carmona. Con todo esto, el panorama es totalmente diferente al planteado con anterioridad al dictado de la sentencia impugnada, y se llega a constatar que efectivamente, es hasta finales del año dos mil cuatro cuando se entera el señor Antonio García Pérez que la menor M.L. podría no ser hija suya, por ende, no sería procedente declarar la caducidad de la acción que establece el artículo 73 del Código de Familia, ya que este proceso se instaura el día once de febrero del año dos mil cinco, sea una cuatro meses después de que el señor García Pérez se enteró de esa posibilidad. En virtud de lo anterior, se debe entrar a conocer el fondo del asunto, lo que a continuación se hace.-

IV.- Dispone el artículo 69 del Código de Familia que “*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 separados judicialmente y también los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges judicialmente decretada...*”. En este caso, la menor M.L.G.C. nace el día dos de octubre del año mil novecientos noventa, estando

casados sus padres registrales, ya que ellos se divorcian hasta el día veintidós de noviembre del año de mil novecientos noventa y cinco, por eso se presume que es hija del matrimonio. No obstante lo anterior, al tenor del artículo 70 del mencionado Código, esa presunción legal admite prueba en contrario. En efecto, dicho artículo establece literalmente en lo que interesa: *“...En contra de la presunción del artículo anterior, es admisible prueba de haber sido imposible al marido la cohabitación fecunda con su mujer en la época en que tuvo la concepción del hijo...”*. Ahora bien, analizando el material probatorio que consta en autos tenemos que a la audiencia oral ordenada de conformidad con el artículo 98 bis del Código de Familia si bien es cierto la parte actora se presentó, no se aportó prueba testimonial alguna, siendo que posterior a dicha audiencia se dicta la sentencia que ahora es impugnada. Al presentarse la apelación en esta instancia, este Tribunal ordenó prueba para mejor proveer, la cual consistió en la prueba confesional de la demandada, y en la prueba testimonial de las hijas de las partes, Rebeca y Lee Mary ambas de apellidos García Carmona. Del análisis de la prueba confesional se demuestran varias cosas importantes, por un lado, la existencia de un amorío que tuvo la demandada durante su relación matrimonial, y por otro, la separación que tuvieron las partes durante su vida matrimonial, lo cual incluso ratifica el actor en la audiencia oral al exponer sus conclusiones indicando claramente que durante la vida matrimonial si tuvieron una serie de separaciones cortas (Folios del 32 al 35). Indicó la demandada en esa probanza *“...Yo tuve un amorío desde hace unos dieciocho años pero eso se terminó, hacía como un año y resto antes de que quedara embarazada de la chiquita, yo seguí viviendo con él, en la misma casa. Cuando nació la niña todavía vivíamos juntos y seguimos viviendo juntos, aún después de que el supo que yo había tenido ese amorío...Nos separamos dos años después del nacimiento de la niña, y nunca hubo diferencia con los hijos, y es la única hija menor que hay...”*. Estas manifestaciones de la actora en el sentido de la relación sentimental que tuvo con otra persona, es ratificada por las testigos Rebeca y Lee Mary ambas de apellidos García Carmona (Folios del 92 al 96). Además de lo anterior, tenemos el resultado de la prueba científica, concretamente el resultado de la prueba de marcadores genéticos, el cual es muy claro, y de ahí se constata claramente que durante la concepción no existió cohabitación fecunda entre las partes, ya que concreta y verazmente se llegó a determinar que el actor no es el padre biológico de la menor. Dicha prueba indicó que *“...El estudio de los diversos marcadores genético-moleculares utilizados ha demostrado la existencia de 11 exclusiones en los sistemas..., lo que ha permitido excluir GARCÍA PÉREZ ANTONIO como padre de G.C. M.L. 2. Para pruebas de paternidad se acepta internacionalmente que 3 o más marcadores genéticos que excluyan al presunto padre, descartan su paternidad con relación al menor en cuestión...”*. Con base en lo anterior, e interpretando el resultado de las mencionadas pruebas, de conformidad con el artículo 8 del Código de Familia, la mayoría de esta integración no tiene ninguna duda de que el señor ANTONIO GARCÍA PÉREZ no es el padre biológico de la menor M.L.G.C, y así debe declararse.

V.- En virtud de lo expuesto, debe tenerse que la menor M.L.,G.C. inscrita con los apellidos G.C. no es hija del señor ANTONIO GARCÍA PÉREZ. Entonces, se debe revocar la sentencia venida en alzada, y en su lugar debe declararse con lugar el presente proceso especial de filiación (Impugnación de Paternidad). Debe ordenarse que se haga la corrección correspondiente ante el Registro Civil en lo que corresponde

a los apellidos de la menor *M.L.G.C.* a efecto de que se elimine el apellido paterno, al margen del **tomo MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y TRES, pagina TRESCIENTOS, ASIENTO QUINIENTOS NOVENTA Y NUEVE** citas de la Sección de Nacimientos de la **Provincia de San José**. Se debe resolver el proceso sin especial condena en costas.-"

7. Impugnación de paternidad: Menor inscrita como hija del actor en virtud de la presunción legal

[Sala Segunda]^{vii}

Voto de mayoría

"II.- Los Tribunales de instancia no violentaron el artículo 79 del Código de Familia, porque en este proceso, contrario a lo que establece esa norma, no se pretende probar la filiación de la menor P.M, con las actas de nacimiento inscritas en el Registro Civil, la posesión notoria de estado o cualquier otro medio ordinario de prueba. Lo que se pretende, es impugnar la paternidad o presunción del numeral 69 del Código de Familia. Tampoco violentaron el artículo 86 de ese cuerpo normativo, porque el presente asunto trata de una impugnación de paternidad no de una impugnación de reconocimiento. Manifiesta el recurrente, que la posesión notoria de estado consiste, en que se haya dado trato de hijo o hija, o dado los apellidos, o proveído alimentos, o presentado como tal a terceros y estos y el vecindario de su residencia, en general, lo hayan reputado como hijo o hija, lo que apreciará el juez discrecionalmente -artículo 93 del Código de Familia-, y que como nunca ha vivido con la menor, ni la ha presentado como su hija, ni el vecindario la ha reputado como tal, no se puede tener por probado que ésta haya estado en posesión notoria de estado. Esta Sala en forma reiterada ha dicho que, para que se dé la posesión notoria de estado, no es requisito sine qua non, que comprenda la totalidad de las modalidades a que se refiere el artículo 93 del Código de Familia; esto es: el nombre, el trato y la fama. Basta, para tener por cierta la posesión notoria de estado, que se dé una sola de esas condiciones, porque en dicha norma la vocal "o", es claramente disyuntiva. Apreciando la prueba constante en los autos como lo haría el común de los hombres, según las reglas del correcto entendimiento humano –sana crítica racional-, se llega a la conclusión a que llegaron los juzgadores de instancia, de que el demandado dio trato de hija a la menor P.M; quien, a folio 30, dijo: "...este señor que tengo a la par es don Aníbal Barrantes Barrantes y él es casi mi papá. ...desde que yo estaba chiquita el me crió y después se fue y no volvió más, ...Si yo vi una vez a Aníbal que fue en la móvil a recoger una gente en el barrio y yo lo saludé, le dije "Hola papi y le di un beso". Si yo se para que estoy aquí, es que este señor Aníbal me quiere quitar sus apellidos y además la pensión, pero yo quiero que él me quite la pensión pero no sus apellidos, porque mis hermanos tienen sus apellidos y yo quiero llevar su mismo apellido, ya que él siempre me ha tratado muy bien, siempre que iba a la casa me trataba como a todos los demás hermanos míos, me saludaba y me daba plata, el me trataba como un papá a una hija, me preguntaba como me iba en la escuela y así.- Ese día que íbamos a hacer mandados con mi hermana Karla, Aníbal me llevaba de la mano.". Con esa

prueba y aunque el resultado del estudio comparativo de marcadores de ADN – microsatélites STRs del Ácido Desoxirribonucleico-, practicado a Aníbal Barrantes Barrantes, María Blanco Méndez y P.M.B.B.-prueba científica solicitada por la Sala como prueba para mejor proveer, efectuada con las muestras de sangre tomadas a las partes y la menor, a las 8:30 horas del 30 de julio del 2002, en la Sección de Bioquímica, Departamento de Laboratorio de Ciencias Forenses, del Organismo de Investigación Judicial-, excluyó como padre biológico de esta última al primero, se debe declarar caduca la acción del actor, para impugnar la paternidad -sobre quien ejerció no solo la posesión notoria de estado sino la patria potestad-, dado que la acción se interpuso años después de la fecha en que, éste tuvo conocimiento de los hechos que le sirven de fundamento, para la impugnación, toda vez que, según lo manifiesta en la demanda, desde antes que él y la señora Blanco firmaran el divorcio por mutuo –el 28 de marzo de 1988-, ella se encontraba en unión libre con otro hombre, de nombre Juan Carlos Barrantes Porras, con quien pudo haber procreado a la menor P.M. quien naciera el 17 de marzo de 1989 –trescientos cincuenta y cuatro días posteriores a la firma del convenio de divorcio y dos meses y dieciocho días después de que se declaró la disolución del vínculo matrimonial-, período en el cual, no acepta el actor, haber cohabitado o mantenido relaciones íntimas con María Blanco Méndez, por lo que, desde antes de que naciera P.M, tenía conocimiento de que no era su padre biológico. Por ende, desde entonces, era conocedor de los hechos en que sustenta su demanda de impugnación de paternidad. Por otro lado, a sabiendas de que no era el progenitor de la menor y de que registralmente se había inscrito como suya, por haber nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del vínculo de matrimonio, Aníbal Barrantes Barrantes ejerció posesión notoria de estado respecto de P.M.B.B, no sólo, porque la trataba como a todos sus demás hermanos – hijos del impugnante-, le daba dinero, se preocupaba de cómo le iba en la escuela y cuando salían de compras la llevaba de la mano (ver manifestación de la menor a folio 30), o porque la ayudaba, la trataba bien y en forma aislada la llevó a pasear y a comprar algo o le regaló alguna cosa -según manifestó el actor en el recurso-, sino, porque éste, además de ejercer la patria potestad de la menor junto con su madre, ha pagado en forma ininterrumpida desde junio de 1992, una pensión alimenticia a favor de P.M, en el expediente de pensión Alimentaria del Juzgado Contravencional de Pérez Zeledón, número 76-80 de María Blanco Méndez contra Aníbal Barrantes Barrantes, que en resolución de las 10:00 horas del 22 de junio de 1992, resolvió incidente de aumento de la cuota alimentaria e inclusión de nueva beneficiaria –la menor cuya paternidad se impugna-. En esa resolución, como el señor Aníbal Barrantes, se opuso a la incidencia argumentando entre otras cosas, que la menor P.M.no era su hija –negando su paternidad-, en el considerando III SOBRE EL FONDO, en lo que interesa se le indicó: “...Y en cuanto al reclamo que hace el incidentado respecto de la paternidad sobre la menor P.M.puede apreciarse en la certificación del Registro Civil visible a folio 2 vto que dicha menor es hija del demandado, por lo que si existe alguna objeción del demandado hacia la paternidad citada, ésta de todas maneras no es la vía procesal adecuada para dilucidar ese asunto.”. No obstante habérsele señalado que aquella vía no era la adecuada para dilucidar el asunto, el actor no presentó la impugnación de paternidad en la vía correspondiente, sino hasta el 4 de mayo de 1999 –seis años, diez meses y doce días después de aquella resolución-. En razón de ello, y habiendo mantenido el actor, en posesión notoria de estado a la menor P.M.–por haberla alimentado, dado trato de hija

y compartido con su madre biológica la patria potestad-, debe entenderse, que el plazo de un año que comenzó a correr desde que tuvo conocimiento de los hechos que le sirven de fundamento para la impugnación, se dio a partir del 17 de marzo de 1989 – fecha de nacimiento de la menor- o en su defecto desde el 22 de junio de 1992 –data en que se le impuso el pago de pensión alimenticia-, y de conformidad con el numeral 73 del Código de Familia, al momento de plantear la presente acción, su derecho había de sobra caducado.-

IV.- El artículo 73 del Código de Familia, textualmente dice: “*La acción del marido para impugnar la paternidad podrá intentarse en cualquier tiempo y deberá plantearse en la vía ordinaria. **Se exceptúa el caso en que el hijo estuviere en posesión notoria de estado, en cuyo supuesto la acción deberá intentarse dentro del año siguiente a la fecha en que el marido tuvo conocimiento de los hechos que le sirven de fundamento para la impugnación...**” (el subrayado y la negrita no son del original). La existencia de ese plazo de caducidad en esta materia, respecto del hijo que estuviere en posesión notoria de estado, responde a la necesidad de seguridad jurídica y estabilidad, acerca de la filiación de las personas. La ley otorga, a la persona menor, protegida por la presunción de paternidad (artículo 69 del Código de Familia), el derecho a ser alimentada por su padre registral, a llevar sus apellidos, y a heredarlo, entre muchos otros. En ese supuesto, cuando no se acciona para impugnar la paternidad dentro del plazo establecido por la ley -dentro del año siguiente a la fecha en que el marido tuvo conocimiento de los hechos que le sirven de fundamento para la impugnación-, los derechos adquiridos se vuelven indisponibles, pues tal es el carácter que les otorga el artículo 78 del Código de Familia. De no ser así, se atentaría contra el principio de seguridad jurídica en materia de filiación y, a la vez, contra el interés superior de la persona menor, garantizado por instrumentos internacionales. En consecuencia, no incurrió en error el Tribunal, al denegar la demanda y por ende, el fallo impugnado debe confirmarse.”*

8. Análisis de la presunción legal: Valor probatorio y efectos de la negativa de someterse a prueba de ADN

[Sala Segunda]^{viii}

Voto de mayoría

"III-. RESPECTO DE LAS CONSECUENCIAS DE LA REBELDÍA EN ESTE TIPO DE PROCESOS: Según lo manifiesta el demandante, él interpuso este proceso por expresa solicitud de la accionada, cuya anuencia se colige del hecho de no haber dado contestación a la demanda, lo que obliga a tener por admitidos los hechos en que ésta se funda. Sin embargo, la jurisprudencia ha señalado que la confesión ficta no opera cuando se trata de derechos indisponibles, como sucede con la filiación: “*El primer motivo de su recurso, consiste en que se debió tener por confesa a la accionada, ante la declaración en rebeldía -confesión ficta-. El Juzgado de Familia y Tutelar de Menores de Heredia, por resolución de las 13:10 horas, del 10 de enero de 1996, en cumplimiento del artículo 310 del Código Procesal Civil, declaró rebelde a la*

accionada y tuvo por contestada, afirmativamente, la demanda en cuanto a los hechos (folio 16). Por esta situación, el recurrente señala que, la demandada, debe tenerse por confesa, ante esa ficción jurídica. El argumento no es de recibo, dado que, a la ficción jurídica de tener por afirmativamente contestada la demanda, por la no contestación oportuna de ésta -confesión tácita o ficta-, no puede otorgársele el valor de plena prueba, que pareciera es lo que pretende el accionante. La no contestación de la demanda, dentro del emplazamiento, al igual que la no comparecencia a rendir confesión, sin tener justa causa, conllevan el efecto de tener como ciertos los hechos sobre los cuales versa la demanda o la confesión, siempre y cuando no se trate de derechos indisponibles. De ahí que, a la no contestación de la demanda, entrándose de derechos indisponibles, también le sea aplicable, el último párrafo del artículo 338 del Código Procesal Civil, que señala, de manera expresa, que ² No vale como confesión la admisión de hechos relativos a derechos indisponibles²; como lo son, precisamente, los que se están discutiendo en este pleito. Es más, aún en casos en los que se conteste la demanda afirmativamente o se rinda efectivamente la confesión relativa a este tipo de derechos, el juez tiene plena potestad para desacreditar ambas, cuando llegue a la convicción de que, la parte que contestó la demanda o rindió la confesión, no dijo la verdad, inclusive en su propio perjuicio. Por ello, en el presente asunto, no se pueden tener por ciertos los hechos de la demanda” (Voto de esta Sala N° 294 de las 10:50 horas del 17 de marzo del 2000; en igual sentido puede verse el N° 47 de las 10:05 horas del 12 de enero del mismo año). Dada la indisponibilidad de los derechos que aquí se discuten, tampoco resultan atendibles los otros alegatos expuestos en el recurso, en el sentido de que esta demanda se interpuso por expresa solicitud de la madre. **IV-. SOBRE LA IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD:** Manifiesta el recurrente tener fundadas dudas acerca de si es el padre biológico de María José Aguirre Miranda, porque, pese a haber nacido durante su matrimonio con la demandada, ésta en varias oportunidades le ha indicado que ella es hija de su actual compañero, con quien se involucró mientras aún se mantenía casada con él, precisamente por la época en que la menor fue concebida. Además, considera que se le dejó en estado de indefensión, al no haberse exigido la comparecencia de la demandada y de la menor cuya paternidad se impugna a la práctica de la prueba de marcadores genéticos, por él ofrecida, constituyendo ése el único medio existente para poder esclarecer sus dudas. Según quedó comprobado, María José nació el 22 de febrero de 1996, esto es, estando todavía vigente el vínculo matrimonial que ligó a los litigantes, el cual se extendió del 5 de diciembre de 1992 al 25 de noviembre de 1997, por lo cual se encuentra amparada por la presunción que establece el ordinal 69 del Código de Familia, cuyos alcances -y la manera de desvirtuarlos- fueron explicados en la resolución que a continuación se transcribe: **“El artículo 69 del Código de Familia, textualmente indica: ²Se presumen habidos en el matrimonio los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde su celebración o desde la reunión de los cónyuges separados judicialmente y también los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges judicialmente decretada. Se presumen igualmente hijos del matrimonio los nacidos dentro de los ciento ochenta días después de su celebración, cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias: a) Si el marido, antes de casarse, tuvo conocimiento del embarazo de su mujer; b) Si estando presente consintió en que se tuviera como suyo al hijo en el acta de nacimiento en el Registro Civil; y c) Si de cualquier modo lo admitió como tal.²**

Por su parte el artículo 70 señala: ² **En contra de la presunción del artículo anterior, es admisible prueba de haber sido imposible al marido la cohabitación fecunda con su mujer en la época en que tuvo lugar la concepción del hijo. El adulterio de la mujer no autoriza por sí mismo al marido para desconocer al hijo; pero si prueba que lo hubo durante la época en que tuvo lugar la concepción del hijo, le será admitida prueba de cualquier otros hechos conducentes a demostrar su no paternidad.**². Esta última norma permite desvirtuar la presunción, cuando se demuestre que ha sido imposible, la cohabitación fecunda del marido con su esposa, en la época en que tuvo lugar la concepción del menor, cuya paternidad se impugne. De acuerdo con los numerales transcritos, la cohabitación de los cónyuges, durante el período de la concepción, se ha de presumir fecunda, y por ende que, quien nace es fruto de ella, aunque se demuestre el adulterio de la mujer, durante ese mismo período, pues el hijo bien podría ser del marido, como algo normal y natural. La presunción de paternidad, únicamente cede ante una demostración fehaciente de haberle sido imposible, al marido, aquella cohabitación, en la época de la concepción; y sólo es admisible cualesquiera otra prueba, si se acredita que, la mujer, cometió el adulterio en esa época” (Voto N° 740 de las 9:55 horas del 4 de agosto del 2000). Revisado el material probatorio que fue aportado a los autos, se concluye que no fue debidamente acreditado que, para la época de concepción de la menor cuya paternidad se investiga, doña Flor María se hubiese involucrado sentimentalmente con otro hombre (en la demanda no se alegó el otro supuesto, sea el de haber sido imposible la cohabitación fecunda). La testigo Virginia Alfaro Navarro indicó haber visto a la accionada comportándose como pareja de otro sujeto, pero no ubicó en el tiempo ese hecho, por lo que no se sabe a ciencia cierta si ello ocurrió durante o después del matrimonio (folio 13); por su parte, la información suministrada por la testigo Fanny Giselle Granados Solano tampoco sirve para tener por demostrado ese hecho, pues la deponente manifestó: “Recién dejada de Sergio la vi con otro señor a Flor se podía decir que era una pareja la relación de ella con ese otro señor” (folio 14 vuelto), de donde se colige que esa otra relación tuvo lugar después de disuelto el vínculo con el actor; por último, el testimonio que al respecto rindió Sonia Morales Méndez carece de valor probatorio, por ser de mera referencia (folio 14). Por su parte, el documento de folio 37 (dictamen pericial psicológico clínico forense), ofrecido en segunda instancia, no puede tomarse en cuenta, debido a que no fue debidamente incorporado al proceso por el Tribunal. Ahora bien, atendiendo a lo dispuesto por el numeral 98 del Código de Familia, en el Voto N° 740-00 antes citado se indicó que, no obstante lo dicho en el artículo 70 de ese cuerpo normativo, para desvirtuar la presunción legal de paternidad bastaría con demostrar la exclusión del nexo biológico, por medio de prueba científica admisible; con la cual no se cuenta en el caso concreto. Ciertamente, la prueba de ADN ordenada en autos no se pudo evacuar por culpa de la accionada, quien, injustificadamente, no se presentó con su hija a la diligencia para la cual había sido debidamente citada, pero ello constituye un mero indicio que, por carecer de respaldo en otro tipo de prueba, no permite descartar sin más la paternidad del señor Aguirre Soto. No procede forzar a la accionada a someterse a ese examen porque no lo dispuso así el legislador, sino que éste optó por introducir en el texto del artículo 98 del Código de Familia una solución jurídica, para el caso de que una parte, sin fundamento razonable alguno, se negase a someterse a la prueba ordenada por los tribunales de justicia, estableciendo que su actuar podrá ser considerado malicioso y constituir, a la vez, un claro indicio de veracidad respecto de lo que se pretende

demostrar. En otro orden de ideas, los juzgadores de instancia en ningún momento se refirieron a la posesión notoria de estado para fundamentar su decisión, por lo que cualquier agravio al respecto carece de asidero jurídico. **V-**. EN CUANTO A LA IMPUGNACIÓN DEL RECONOCIMIENTO: El demandante indica que, cuando se casó con la accionada, reconoció a su hijo José Luis y, tiempo después, a Michael David. Señala que lo hizo a sabiendas de que no habían sido procreados por él, en virtud de las presiones y de los chantajes a que lo sometió su entonces esposa, a los que tuvo que ceder en aras de la armonía familiar. Sobre las específicas causales que hacen procedente la impugnación de un reconocimiento se ha explicado: *“En el sub-júdice nos encontramos ante un reconocimiento voluntario, tal y como lo ha sostenido el actor durante todo el proceso. Esta Sala, en su Voto número 427, de las 14:50 horas, del 21 de diciembre de 1995, estableció las características de este tipo de reconocimiento, al indicar: **“El reconocimiento voluntario tiene varias características que se presentan en diferentes ordenamientos jurídicos: Es declarativo del derecho, no constitutivo y por ello sus efectos se retrotraen al momento de la concepción. Es unilateral, no necesita la aceptación de quien es reconocido. Es individual, sólo puede ser realizado por la persona interesada y no por indicación de un tercero. Es irrevocable, una vez que se lleva a cabo no se puede impugnar excepto en casos muy calificados (Ver Guillermo A. Borda, Manual de Derecho de Familia, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1988, p. 87)... El primer aspecto que destaca de ambas disposiciones es que la norma general es la irrevocabilidad del reconocimiento, no sólo por su naturaleza declarativa, sino también por razones de seguridad jurídica necesarias para la estabilidad referida a la filiación de las personas, que no puede ser variado caprichosamente. De acuerdo con el numeral 86 citado, el reconocimiento puede ser impugnado por el reconocido o por "quien tenga interés", de manera que aquél que reconoció, también puede impugnar el reconocimiento. Sin embargo, esta no es una disposición amplia, sino restrictiva, deben existir motivos fundados para retroceder en un acto de tal trascendencia y no razones que respondan únicamente a un deseo o cambio de voluntad. En este sentido, la impugnación del reconocimiento contenida en el artículo 86 citado, es la excepción a la norma general del artículo 87 del Código de Familia”***. Siguiendo esta línea de pensamiento jurídico, habría que concluir que, la naturaleza de irrevocable del acto de reconocimiento, se basa, en primer término, en la necesidad de una plena seguridad jurídica, respecto de la filiación. Aunado a esto, el propio acto del reconocimiento, genera efectos jurídicos –llámense derechos u obligaciones- con independencia de la voluntad de quien lo emite y no sólo respecto de la parte que exterioriza la manifestación de voluntad, sino, también, por disposición de la ley, tanto para el reconocido como para la familia a la cual se incorpora, y todos son titulares de los mismos. Por ende, el reconocimiento es una manifestación unilateral de voluntad, que aprovecha a terceros. Ese acto hace nacer el derecho del menor a ser alimentado, por quien lo reconoció –su padre registral-, a crecer y a desarrollarse a su lado, a llevar sus apellidos y a heredarlo, entre muchos otros; todo lo cual, viene a conformar su identidad, que es un derecho fundamental suyo y, como tal, merecedor de tutela. Es por esto, que no se violentaron los artículos 53, de la Constitución Política; 30, del Código de la Niñez y la Adolescencia; y, el 7, inciso 1, de la Convención de Derechos del Niño, ni pueden ser interpretados de la forma como lo pretende el recurrente. El mismo numeral 8, de esa Convención, textualmente expresa: **“1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a**

preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.”. Así las cosas, si los apellidos los adquiere, el reconocido, por la vía de la filiación, generando la relación de éste con una familia determinada; la persona que realiza el reconocimiento no puede, después de efectuado el acto de reconocimiento, disponer -suprimiéndolos- de todos esos derechos, que nacen a favor del reconocido; puesto que él no es el titular de tales derechos; los cuales, en todo caso, son indisponibles (artículo 78, del Código de Familia). De lo contrario se atentaría contra el principio de seguridad jurídica, en materia de filiación y, además, contra el interés superior de los menores, expresamente garantizado inclusive por instrumentos internacionales. En razón de la naturaleza irrevocable del reconocimiento, por parte de quien lo hizo, éste sólo puede accionar para dejarlo sin efecto alguno, intentando su nulidad, por vicio de uno de los requisitos esenciales, de cualquier acto jurídico; en este caso, ante un eventual vicio de la voluntad; esto es, por error o por engaño; acción que entonces deberá fundarse en la normativa general del Código Civil (artículos 627, 835 y siguientes). En conclusión, para la estimación de la presente impugnación y pretendida nulidad del reconocimiento, debe acreditarse, sin lugar a dudas, que en la realización del acto, la voluntad del demandante estuvo gravemente viciada (...). En consecuencia, el actor no logró demostrar la supuesta existencia de vicios en la voluntad, al efectuar el acto de reconocimiento; únicos supuestos previstos en el ordenamiento jurídico para estimar una demanda de impugnación de reconocimiento, instaurada por quien llevó a cabo ese acto. La circunstancia de que la menor no sería también biológicamente la hija del actor, carece de importancia o de trascendencia jurídica, dado que el reconocimiento es una declaración voluntaria e irrevocable; razón por la que no puede estar sujeta a los cambios emocionales de quien lo hace; precisamente, porque respecto de la filiación de las personas, se requiere de plena estabilidad” (Voto de mayoría de esta Sala N° 613 de las 10 horas del 12 de octubre del 2001; en igual sentido, consúltese el N° 79 de las 10:20 horas del 31 de enero del mismo año). Por otro lado, en el Voto N° 293 de las 10:10 horas del 1 de junio del 2001, se hizo referencia a la regla de la carga de la prueba que opera en esta clase de procesos: “El artículo 86 del Código de Familia expresa: **“El reconocimiento podrá ser impugnado por el reconocido o por quien tenga interés, cuando ha sido hecho mediante falsedad o error (...)”.** La **falsedad** y el **error** son, entonces, los dos presupuestos que hacen posible la impugnación, por lo que, en este tipo de proceso, resulta ineludible la comprobación de la existencia de alguno de ello (...). La regla es que el padre registral que intente impugnar el reconocimiento, tiene la carga procesal de demostrar el vicio de la voluntad en que funda su pretensión (inciso 1) del artículo 317 del Código Procesal Civil) -regla que resulta aplicable en el caso concreto, pese a haber sido declarada en rebeldía la accionada, ya que no procede tener por contestada afirmativamente la demanda, por versar el juicio sobre derechos indisponibles (artículo 338 in fine del mismo Código)-.” En el caso concreto, se acreditó, con los testimonios de Virginia Alfaro Navarro y Fanny Giselle Granados Solano, que los niños Michael David y José Luis nacieron antes de ligarse en matrimonio los litigantes y que, en verdad, no son hijos biológicos de don Sergio. La primera deponente declaró: “ Cuando eran novios ya ella tenía un hijo ahora podrá tener como diez años más o menos, se presentaron

algunos problemas porque ella tenía otro hijo y Sergio lo desconocía ese niño tenía como tres años (...). Flor tiene en total cuatro hijos, dos ella los tenía cuando se casaron y los otros dos cuando estuvieron casados". La segunda narró: "*Flor cuando la conocí ya llevaba un niño ella ese niño anda como en los doce años, después cuando vi apareció con otro bebé Flor y conversando con ella el segundo bebé lo tenía como regalado con una señora, luego Sergio y la niña nacieron estando casada con Sergio".* No obstante haberse demostrado que esos dos infantes no son verdaderamente hijos del accionante, resulta imposible acoger la impugnación del reconocimiento que a su favor realizó el demandante, dado que él mismo confiesa que no medió en ese acto falsedad o error algunos, pues él era plenamente consciente de la inexistencia del nexo biológico. El motivo que le sirve de base a su acción es un supuesto chantaje al que se vio sometido, el cual, en primer lugar, no fue debidamente comprobado (las dos testigos antes mencionadas se refirieron a este hecho; sin embargo, la primera es una testigo de oídas que conoció de esa situación porque el actor se la contó, mientras que la segunda no dio razón alguna de su dicho, lo que les resta cualquier valor probatorio), amén de que ese motivo no está contemplado en nuestra legislación como causal de impugnación de reconocimiento, ya que si bien en casos extremos una condición de esas puede viciar la voluntad de quien lo hace, no implica un desconocimiento de la verdad, que es el supuesto que expresamente tutela la norma 86 del Código de Familia."

ⁱ Sentencia: 490. Expediente: 10-000352-0187-FA. Fecha: 12/04/2011. Hora: 10:35 AM. Emitido por: Tribunal de Familia.

ⁱⁱ Sentencia 1422. Expediente: 05-000600-0187-FA. Fecha: 17/09/2009. Hora: 10 AM. Emitido por: Tribunal de Familia.

ⁱⁱⁱ Sentencia: 496. Expediente: 08-400290-0421-FA. Fecha: 24/03/2009. Hora: 8:50 AM. Emitido por: Tribunal de Familia.

^{iv} Sentencia: 2096. Expediente: 07-401058-0421-FA. Fecha: 27/11/2008. Hora: 9:20 AM. Emitido por: Tribunal de Familia.

^v Sentencia: 587. Expediente: 05-000004-0187-FA. Fecha: 27/03/2008. Hora: 9:20 AM. Emitido por: Tribunal de Familia.

^{vi} Sentencia: 1815. Expediente: 05-000232-0186-FA. Fecha: 09/11/2006. Hora: 8:20 AM. Emitido por: Tribunal de Familia.

^{vii} Sentencia: 600. Expediente: 99-400147-0196-FA. Fecha: 21/07/2004. Hora: 9:50 AM. Emitido por: Sala Segunda de la Corte.

^{viii} Sentencia: 325. Expediente: 00-400353-0421-FA. Fecha: 28/06/2002. Hora: 9:30 AM. Emitido por: Sala Segunda de la Corte.