



Jurisprudencia sobre Carga de la Prueba en Materia de Familia

Rama del Derecho: Derecho de Familia.	Descriptor: Proceso de Familia.
Palabras Claves: Carga de la Prueba, Prueba, Inversión de la Carga Probatoria, Reversión de la Carga Probatoria.	
Fuentes de Información: Normativa y Jurisprudencia.	Fecha: 29/01/20014.

Contenido

RESUMEN.....	2
NORMATIVA.....	2
Carga de la Prueba.....	2
JURISPRUDENCIA	2
1. Consideraciones Acerca del Abandono Voluntario y Malicioso del Hogar y la Carga de la Prueba	2
2. Carga de la Prueba en Materia de Familia y los Llamados Hechos Notorios o Públicos.....	4
3. Carga de la Prueba y la Exclusión de Bienes Gananciales	14
4. Inversión de la Carga de al Prueba en Materia de Familia	19
5. Aplicación Supletoria de la Legislación Procesal Civil en cuanto a la Carga de la Prueba en Materia de Familia.....	21
6. La Carga de la Prueba en el Proceso de Ejecución de Sentencia Referido a los Bienes Gananciales	22
7. La Reversión de la Carga de la Prueba en los Procesos de Pensiones Alimentarias.....	29
8. Carga de la Prueba en el Proceso de Impugnación de Reconocimiento	36

9. Carga de la Prueba en Asuntos de Violencia de Género.....	39
10. Carga de la Prueba y la Presunción de “Ganancialidad”	48
11. Teorías Doctrinarias sobre la Carga de la Prueba.....	51

RESUMEN

El presente documento contiene jurisprudencia sobre la Carga de la Prueba en Materia de Familia, considerando los supuestos del artículo 317 del Código Procesal, el cual es aplicación supletoria en materia de familia; sin obviar claro está, las particularidades del Derecho de Familia.

NORMATIVA

Carga de la Prueba

[Código Procesal Civil]ⁱ

Artículo 317. **Carga de la prueba.** La carga de la prueba incumbe:

- 1) A quien formule una pretensión (sic), respecto a las afirmaciones de los hechos constitutivos de su derecho.
- 2) A quien se oponga a una pretensión, en cuanto a las afirmaciones de hechos impositivos, modificativos o extintivos del derecho del actor.

JURISPRUDENCIA

1. Consideraciones Acerca del Abandono Voluntario y Malicioso del Hogar y la Carga de la Prueba

[Tribunal de Familia]ⁱⁱ

Voto de mayoría:

“III. SOBRE EL FONDO: Se ha dicho que la Separación Judicial es *“el estado de los cónyuges que no obstante conservar esta calidad, se hallan judicialmente dispensados de la vida en común que el matrimonio les imponía.”* (Brenes Córdoba, Alberto.

Tratado de las personas, Vol. II, No 88). El Código de **Familia** en su artículo 58 establece las causales por las cuales se puede decretar la separación judicial. Específicamente para el caso que nos ocupa, las causales invocadas por medio de la parte actora, es la causal establecida en el inciso 2) del artículo citado, que dispone que procede decretar la separación judicial cuando se ha dado “...*El abandono voluntario y malicioso que uno de los cónyuges haga del otro...*”. Y el inciso 3, que señala “... *La negativa infundada de uno de los cónyuges a cumplir los deberes de asistencia y alimentación para con el otro o los hijos comunes...*”

El artículo 317 del Código Procesal Civil es claro en indicar que “*La carga de la prueba incumbe: 1) A quien formule una pretensión, respecto a las afirmaciones de los hechos constitutivos de su derecho...*”. Esto no significa otra cosa que al plantearse un proceso, el actor debe proveer al juez las **pruebas** que demuestren los hechos que alega, y que funda su pretensión. El señor Eduardo Zúñiga Artavia presenta demanda de separación judicial con base en la causal de abandono voluntario y malicioso y la causal de incumplimiento de los deberes de asistencia y alimentación de parte de su esposa, el juez respectivo debe abocarse a determinar si se configuró o no dichas causales, claro está, con la **prueba** que se evacue durante el transcurso del proceso. En cuanto a la causal de abandono voluntario y malicioso ha de advertirse que cualquier abandono que uno de los cónyuges haga del otro se presume que el mismo fue voluntario y malicioso, y será al demandado (a), al que le corresponda demostrar que eso no fue así. En efecto, en este tipo de casos se invierte la **carga** de la **prueba**, y a la parte actora le corresponderá demostrar el abandono propiamente, y a la parte demandada, que ese abandono tenía alguna justificación, en este caso, tal y como debidamente doña Ivannia demostró, tenía una justificación para salir de su casa por cuanto era agredida psicológicamente por su esposo, por lo que no se configura el abandono voluntario y malicioso alegado y no probado por el actor.

En cuanto a la otra causal invocada por don Eduardo, sea la negativa infundada de doña Ivannia a cumplir con los deberes de asistencia y alimentación para con don Eduardo, tampoco lleva razón el apelante, porque tal y como se desprende del expediente a la hora de que doña Ivannia y Don Eduardo contrajeran matrimonio, llegaron al acuerdo que temporalmente doña Ivannia se mantendría trabajando en Grecia, mientras don Eduardo vivía en Bagaces, aún así doña Ivannia acudía a la casa que compartía con su esposo cada cierto tiempo, por lo que no puede pretender don Eduardo que ante un acuerdo por conveniencia de ambos, querer sacar provecho de eso para acusar a su esposa de incumplimiento de deberes y menos aún de abandono voluntario y malicioso, siendo que por orden judicial a doña Ivannia se le autoriza salir de su casa.

De la **prueba** recibida el día diez de julio del dos mil trece, tanto confesional de Ivannia Castro Hidalgo y de Eduardo Zúñiga Artavia, como la testimonial de Nury Arce Carballo,

Marisela Masís Coto, Nidia María Artavia Ugalde Hilber Soto Arana, de sus declaraciones no se llega a demostrar ninguna las causales invocadas, por lo que se debe proceder confirmando lo resuelto por el a quo.”

2. Carga de la Prueba en Materia de Familia y los Llamados Hechos Notorios o Públicos

[Tribunal de Familia]ⁱⁱⁱ

Voto de mayoría

I. La señora I impugna la sentencia n.º 1599-2011, de las 15 horas del 26 de setiembre del año anterior, mediante la cual el Juzgado de Familia del Primer Circuito Judicial de Heredia declaró prescrito su derecho al reembolso de los gastos de embarazo y maternidad de su hija A durante los doce meses posteriores al parto y resolvió este asunto sin especial condenatoria en costas. A su juicio, ese fallo contiene razonamientos incomprensibles, desproporcionados, impropios y confusos, que desconocen el criterio de este Tribunal vertido en el voto n.º 320-11, de las 9:30 horas del 8 de marzo de 2011 (folios 124-127 y 134-135).-

II. Se avala la relación de aseveraciones fácticas que se tuvieron como acreditadas en el proveído recurrido (considerando primero).-

III. Aunque le asiste razón a doña I cuando cuestiona la supuesta actitud conciliadora de don M, de la que da cuenta el juzgador *a quo* en los apartados primero y cuarto de su pronunciamiento, toda vez que, como ella acertadamente lo defiende, “(...) *al condicionarse el reconocimiento filial, al resultado del examen científico, implica que el demandado NO RECONOCIÓ ni (sic) temporalmente nada, o sea perdió en ese preciso momento, por el condicionamiento adoptado, todo mérito de haber prohijado una conducta "no contenciosa"; (...) toda vez que, si una prueba genética de esta naturaleza arroja resultados positivos, no es necesario ningún consentimiento inmediato de parte del progenitor cuestionado, el cual deberá sujetarse ineludiblemente a la ley, virtud al vínculo filial declarado, en dicho proceso contencioso.*” (Folios 124-125), a nada conduce modificar el elenco de aseveraciones fácticas declaradas como acreditadas a efecto de decidir este asunto. No huelga señalar, además, que, con su actuación durante la comparecencia (ver acta de folio 33), la misma recurrente admitió esa inconsistencia y que, en todo caso, también constituye un dato fundamental del fallo de primera instancia, visible del folio 40 al 42, que ahora es inmodificable y cuya ejecución aquí se analiza.-

IV. En el voto n.º 221 - 11, de las 8:55 horas del 22 de febrero, reiterado en el n.º 1073-11 de las 8:50 horas del 28 de setiembre, ambos de 2011, destacamos que no “(...) es posible admitir que el derecho a los gastos de embarazo y maternidad esté prescrito,

en razón del tiempo transcurrido entre la data de nacimiento (...) y la interposición de la demanda. Desde el voto n.º 1143-03, de las 11:10 horas del 20 de agosto de 2003 y, hasta ahora, con una excepción (ver el voto n.º 621-10, de las 8:10 horas del 18 de mayo de 2010), este Tribunal viene sosteniendo, casi siempre por unanimidad, el criterio de que, antes de la condenatoria al pago de esos extremos “No hay ninguna prescripción, porque el derecho lo declara la sentencia hasta este momento, de ahí que no ha transcurrido el plazo que señala el artículo 96 del Código de Familia, pues empieza a contar a partir de la firmeza de la sentencia que declara la existencia de esos derechos.” (Ver, en igual sentido, los n.ºs 1693-04, de las 8:20 horas del 29 de setiembre; 2019-04, de las 11:20 horas del 16 de noviembre, los dos de 2004; 524-05, de las 11:50 horas del 5 de mayo de 2005; 705-07, de las 8:30 horas del 23 de mayo de 2007; 2117-08, de las 9:40 horas del 2 de diciembre de 2008; 1303-09, de las 9:30 horas del 1º de setiembre de 2009; 98-10, de las 10:20 horas del 19 de enero; 470-10, de las 9:50 horas del 8 de abril [tiene voto salvado]; 673-10, de las 8:20 horas del 24 de mayo [tiene voto salvado]; 854-10, de las 8 horas del 29 de junio y 1081-10, de las 11:40 horas del 4 de agosto, los últimos de 2010). De ese modo, se le ha dado un contenido preciso a lo previsto en el párrafo primero del ordinal 96 del Código de Familia, luego de su reforma por la Ley de paternidad responsable, N.º 8101, de 16 de abril de 2001, a cuyo tenor “Cuando el Tribunal acoja la declaración de paternidad, este podrá condenar en la sentencia al padre a reembolsarle a la madre, según los principios de equidad, los gastos de embarazo y maternidad de la hija o el hijo (...). Estos rubros tendrán un plazo de prescripción de diez años.” Para nosotros resulta obvio que ese término fatal está previsto respecto del derecho efectivamente otorgado y no del que se podría conceder en la sentencia. En otras palabras, el precepto que lo contiene no se ocupa de la extinción de la acción, sino de la del derecho declarado en un fallo firme y definitivo. Y como es a partir de ese momento que la obligación es exigible, la tesis aquí defendida es congruente con lo estipulado en el artículo 874 del Código Civil, de acuerdo con el cual “El término para la prescripción de acciones comenzará a correr desde el día en que la obligación sea exigible.” (La negrita es agregada). Y es que, aun cuando se considerase como hecho generador el acto de procreación o generación —no el nacimiento—, lo cierto es que no puede tenerse certeza de quienes son los responsables de su ocurrencia si no se acredita como corresponde la existencia del nexo biológico y si, con base en ello, se declara la relación jurídica de filiación. Como apuntan los catedráticos españoles Luis DÍEZ-PICAZO y Antonio GULLÓN [Sistema de Derecho Civil, Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S. A.), octava edición, 2001, vol. IV, p. 229], “De algún modo puede decirse que una cosa es ser padre y otra cosa ser progenitor, palabra antes inhabitual, que comienza a ser utilizada cada vez más por la ley. Padre contiene una carga de sentido socio-cultural y jurídico de la que carece el término progenitor. En realidad, los términos paternidad, filiación, padre, hijo, expresan sobre todo categorías jurídicas estructuradas sobre roles culturales que encuentran una definición espontánea en nuestra sociedad. De esta

manera, la regla B es padre/madre de A significa que B tiene que cumplir respecto de A el conjunto de deberes —con el correlativo conjunto de derechos— o, si se prefiere, el conjunto de funciones o el conjunto de papeles que la sociedad y el ordenamiento jurídico esperan y definen con esa denominación.” Es obvio, entonces, que sin la declaratoria jurisdiccional del nexo jurídico de filiación, es imposible imponer el pago de los gastos de embarazo y maternidad y no puede existir obligación jurídica alguna de cancelarlos. En otras palabras, desde el punto de vista positivo, su exigibilidad surge a partir de ese pronunciamiento, no antes y, por eso, respecto de ella, tiene carácter constitutivo. Si bien se observa, mientras ese acto jurisdiccional no se produzca lo más que existiría es una obligación natural o, como se ha señalado en algunos de los votos citados, una simple expectativa de derecho respecto de la cual no podría correr plazo extintivo alguno. Hasta ahora, la Sala Segunda no ha tenido oportunidad de definir el momento a partir del cual se ha de computar ese plazo extintivo en este supuesto concreto. Sin embargo, en otros ha acotado que “(...) la aplicación de la prescripción presupone la existencia de una eventual obligación jurídica, cuyo plazo de cumplimiento se ha verificado, haciendo nacer un derecho para la contraparte. Por eso es que en el artículo 874 del Código Civil se indica que “El término para la prescripción de acciones comenzará a correr desde el día en que la obligación sea exigible.” No obstante, en el caso bajo análisis, no mediaba obligación alguna por parte del Fondo, cuyo cumplimiento pudiera ser demandado por el actor (...) y de ahí que no pueda determinarse una fecha concreta a partir de la cual el demandante hubiera podido exigir el cumplimiento de la obligación, a los efectos del cómputo de algún término de prescripción que pudiera discutirse como aplicable.” (Ver, entre muchos otros, los votos n.ºs 2006-436, de las 15:06 horas del 5 de junio; 2006-529, de las 9:54 horas del 23 de junio; 2006-608, de las 9:42 horas; 2006-609, de las 9:44 horas; 2006-610, de las 9:46 horas, los tres del 14 de julio; 2006-730, de las 10:34 horas; 2006-731, de las 10:36 horas; 2006-732, de las 10:38 horas y 2006-733, de las 10:40 horas, los últimos cuatro del 9 de agosto y todos de 2006). En el n.º 228, de las 9:30 horas del 21 de julio de 1995, reiterado en el n.º 2009-486, de las 9:30 horas del 12 de junio de 2009, ese mismo órgano estableció que “Por regla general, el término prescriptivo debe computarse a partir del momento en que el respectivo derecho puede hacerse valer (doctrina del numeral 874 ibídem). (...) La doctrina de la prescripción supone que existen actos eficaces (independientemente de su validez), que pueden servir, a través del transcurso del tiempo, para adquirir o para extinguir derechos. En el caso de las prescripciones extintivas, el momento inicial del cómputo de la prescripción, lo determina la posibilidad de hacer valer el derecho. Así, en las obligaciones que el deudor debe cumplir, el punto de partida es su exigibilidad (artículo 874 del Código Civil) y en el caso de la nulidad de actos o de contratos, en los términos del artículo 841 de ese mismo Código, en cuyos supuestos se toma en cuenta siempre la posibilidad de poderse ejercitar la pretensión (cesación de la violencia, conocimiento de los padres, madres o tutores del acto ejecutado o celebrado por el menor y la celebración en los

demás casos). Pero ha de insistirse que, esa disposición, hace referencia a actos o a contratos eficaces que puedan convalidarse, originando con ello la extinción de derechos. (...). La doctrina es clara en el sentido de que "...no son prescriptibles los derechos meramente eventuales..." porque "...siendo meras esperanzas, no son derechos, ni créditos, ni obligaciones, ni forman parte del patrimonio" (Giorgi, Jorge. Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno, Tomo VIII, Nº 226)." En los n.ºs 1, de las 15 horas del 3 de enero de 1990; 95-149, de las 15:20 horas del 5 de mayo de 1995 y 2003-402, de las 9:30 horas del 8 de agosto de 2003 explicó que "El autor nacional Víctor Pérez Vargas en su obra "Derecho Privado", Editorial Publitex, San José, Primera edición 1988, página 100, hace al respecto la siguiente explicación: "El tema del impedimento de la prescripción tiene íntima relación con lo relativo a su "momento inicial" ya examinado. Dice el artículo 874 del Código Civil: "EL TÉRMINO PARA LA PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES COMENZARA A CORRER DESDE EL DÍA EN QUE LA OBLIGACIÓN SEA EXIGIBLE". En esta norma encontramos, en forma implícita, lo que en doctrina se llama IMPEDIMENTO del curso de la prescripción, que significa que la prescripción no empieza correr (sic) hasta que el derecho pueda ser hecho valer". Por consiguiente, la prescripción de los gastos de maternidad y embarazo solo podría correr a partir de la declaratoria de la relación jurídica de filiación, pues antes de que se produzca no es concebible estimar que la obligación de pagarlos sea jurídicamente exigible. Es con la sentencia que la filiación produce efectos jurídicos, sin que pueda tener alguna incidencia la previsión, derivada del ordinal 31 del Código Civil, según la cual, en cuanto beneficie al hijo o a la hija, pueda reputarse como tal desde trescientos días antes de nacido, pues nunca podría aplicarse en su perjuicio. Recuérdese, por último, que todo el derecho alimentario se estructura a partir de la "(...) la directriz de responsabilidad en el cumplimiento de los deberes de familia." (Artículo 2 de la Ley de pensiones alimentarias. La negrita es agregada)." "A mayor abundamiento es preciso enfatizar que como lo indicó la Sala Constitucional en los votos n.ºs 2008-13850, de las 14:37 horas del 17 y 2008-14008, de las 10:17 horas del 19, ambos de septiembre de 2008, "Algunos institutos jurídicos no se entenderían sin referencia al principio de seguridad, pues aunque pueden provocar situaciones abiertamente injustas, son parte del ordenamiento jurídico. Tal es el caso de la prescripción. Sin apelar al principio de seguridad, sería injustificable que una situación irregular —el incumplimiento del deudor— se convierta en jurídicamente aceptable. Aunque beneficia al deudor, el instituto como tal no está diseñado para satisfacer sus intereses, sino el interés de la colectividad en evitar que situaciones litigiosas se prolonguen excesivamente. Por esta razón, no puede entenderse como un derecho, ni mucho menos como un derecho fundamental. Así lo ha aclarado este Tribunal, entre otras, en la sentencia No. 1797-97, de las 15:21 del 2 de abril de 1997. Por no tratarse de un derecho fundamental, «no existe ... ninguna norma constitucional que obligue al Estado a seguir determinadas reglas en cuanto a la prescripción de los derechos y obligaciones» (sentencia No. 2627-95, de las 15:51 horas del 23 de mayo de 1995), como reiteradamente lo ha sostenido

este Tribunal. Es decir, el legislador tiene un amplio margen para optar por las reglas que juzgue convenientes.”-” (Ver, en similares términos, el voto n.º 320 - 11, de las 9:30 horas del 8 de marzo de 2011).-

V. En definitiva, con absoluta independencia de si, tratándose de los gastos de embarazo y maternidad, se le atribuya a la madre o a la hija o hijo la condición de parte acreedora, lo cierto es que, conforme lo dispone en forma expresa el ordinal 96 del *Código de Familia*, el plazo de prescripción de esos rubros es de diez años y que, al tenor del 874 del *Código Civil*, corre “(...) desde el día en que la obligación sea exigible.” La diferencia de criterio con el señor juez de primera instancia, que lo lleva a imputarle a esta Cámara una supuesta confusión entre “(...) el plazo de prescripción del derecho que se puede conceder en una sentencia, con el plazo de prescripción del derecho que efectivamente fue concedido en la sentencia.” (Folios 108-123), encuentra su caldo de cultivo en el hecho de que, para él, el reembolso es “exigible” a partir del primer año de vida del hijo o de la hija, en tanto nosotros estimamos que mientras no se tenga certeza de quién sea el deudor aquel no puede reputarse como tal y, por lo tanto, no puede correr ningún término extintivo. Se está, pues, en presencia de un típico supuesto de *impedimento* del curso de este. En otras palabras, desde nuestra perspectiva, tal obligación no puede considerarse exigible antes de que se establezca, por los medios idóneos, la filiación paterna y es, entonces, a partir de ese momento que puede ejercerse en forma efectiva la correspondiente acción. Por lo demás, esa es la tesis que, *mutatis mutandi*, ha sostenido la Sala Primera en relación con el último precepto citado (ver los votos n.ºs 29, de las 14:30 horas del 14 de mayo de 1993 y 77, de las 15:30 horas del 12 de julio de 1995). Por consiguiente, debe revocarse la sentencia apelada en cuanto declaró prescrito el derecho de doña I al reembolso de los gastos de embarazo y maternidad de A, durante los doce meses posteriores a su nacimiento.-

VI. Es público y notorio que, tanto la gestación como el ulterior nacimiento de una persona, demandan múltiples gastos. Dentro de ellos destacan los que se hacen por concepto de controles prenatales, que abarcan no solo las consultas médicas, los análisis de laboratorio, los estudios de gabinete (ultrasonidos) y los medicamentos, vitaminas y suplementos alimenticios (por ejemplo, el ácido fólico), sino también los pagos por desplazamientos y alimentación fuera de la casa. Y, como es sabido, es recomendable una revisión mensual y, al finalizar el periodo de embarazo, se pueden haber practicado varios ultrasonidos. Además, ese estado obliga a la mujer a cambiar su dieta, su vestimenta y su calzado y a utilizar determinados productos para el cuidado de su piel (*verbi gratia*: las cremas antiestrías). Esos gastos, por demás significativos, se incrementan cuando sobreviene el parto. La persona recién nacida requiere de revisiones pediátricas, vacunas, el acondicionamiento de su lugar de descanso (moisés, cuna, colchón y sábanas), vestimenta (ropa, pijamas, pañales y calzones plásticos) y juguetes que la estimulen, entre otros productos. En sus tres

primeros meses de vida puede necesitar hasta ocho pañales diarios y aunque, a medida que crece, esa cantidad se reduce, también es cierto que el ritmo de sus cambios físicos hace que durante todo el primer año los desembolsos para adquirir su indumentaria pueden ser abrumadores. A ello hay que agregar los productos para la lactancia (biberones, beberitos, esterilizador y baberos), los de higiene (bañera, toallas, jabones, talcos, lociones, champúes, peines, cepillos y corta uñas) y los de protección epidérmica (toallitas húmedas, cremas, aceites, colonia y termómetro). Es público y notorio, asimismo, que tales gastos suelen ser altos, pues, por lo general, las prendas infantiles son más caras que las utilizadas por seres humanos de otras edades. En el voto n.º 2004-574, de las 9:30 horas del 14 de julio, reiterado en el n.º 2004-837, de las 10:10 horas del 1º de octubre, ambos de 2004, la Sala Segunda puntualizó que *“La paternidad y la maternidad son hechos naturales y sociales de gran trascendencia, que hacen surgir para los progenitores una serie de obligaciones –materiales y morales- en relación con los o las hijas que procreen. Muchas de esas obligaciones están debidamente regladas. El artículo 64 del Código de Familia establece las prestaciones que conlleva pagar alimentos y en ese sentido señala: “Se entiende por alimentos lo que provea sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación, diversión, transporte y otros...” Y en el inciso 2) del artículo 169, señala que tanto el padre como la madre están en la obligación de proveer alimentos a sus hijos (as) menores o incapaces. En el Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N° 7.739, del 6 de enero de 1.998, publicada en La Gaceta N° 26, del 6 de febrero siguiente, se introdujeron una serie de normas que vienen a fortalecer aquellas obligaciones contenidas expresamente en el primer código citado. Así, de manera general, en el artículo 29 se establece el derecho del niño o de la niña a gozar de un desarrollo integral, señalándose que “El padre, la madre o la persona encargada están obligados a velar por el desarrollo físico, intelectual, moral, espiritual y social de sus hijos menores de dieciocho años.” En el artículo 37 de ese mismo cuerpo de normas, se remite al Código de Familia y a las leyes conexas –Ley de Pensiones Alimentarias-, en cuanto a la materia alimentaria, al tiempo que amplía el concepto de alimentos, en el sentido que ahí se indica, al señalarle lo siguiente: / “Artículo 37º- Derecho a la prestación alimentaria. El derecho a percibir alimentos se garantiza en los términos previstos en el Código de Familia y las leyes conexas. / Extraordinariamente, la prestación alimentaria comprenderá, además, el pago de lo siguiente: / a) Gastos extraordinarios por concepto de educación, derivados directamente del estudio o la instrucción del beneficiario. / b) Gastos médicos extraordinarios, de necesidad notoria y urgente. / c) Sepelio del beneficiario. / d) Cobro del subsidio prenatal y de lactancia. / e) Gastos por terapia o atención especializada, en casos de abuso sexual o violencia doméstica. / Luego, en ese mismo código se prevén una serie de normas que, sin duda alguna, vienen a desarrollar normativa de mayor rango; en especial, la contenida en la Constitución Política y en la Declaración de los Derechos del Niño, vigente desde el 20 de noviembre de 1.959. La protección de las personas menores de edad constituye,*

entonces, un pilar fundamental del Estado, según se desprende de las normas 51, 53, 55 y 71 de la Carta Magna. En efecto, la primera norma citada señala que “La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido.” Tal y como se dispone en el artículo 53 constitucional, “los padres tienen con sus hijos habidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él.” Por consiguiente, en el caso bajo análisis, está clara la obligación que el accionado tenía respecto de su hijo. Se trata, sin duda, de una obligación compartida entre ambos progenitores, tal y como se señala en el inciso segundo del artículo 169 del Código de Familia.”-

VII. Precisamente por tratarse de hechos evidentes o notorios, el *Código Procesal Civil* exime a quien los alegue de la carga de acreditarlos. Así lo prevé en forma expresa su artículo 316 que le impone al órgano jurisdiccional la obligación de rechazar las pruebas que se refieran a ellos. *“De dicho numeral, se deriva en primer lugar, qué es lo que no se debe probar, y en esa categoría según el artículo estarían: (...) c) lo referido a hechos evidentes, es decir, a aquellos que en sí mismos patentizan su existencia. Son en general, los hechos naturales como, por ejemplo, que a mediodía existe luz o que no existe luz a medianoche (Tarigo, Enrique, Lecciones de Derecho Procesal Civil, citado en La prueba en materia civil, Antología, Escuela Judicial, p. 28); d) a hechos notorios, que son los “hechos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal de un determinado sector social al tiempo de pronunciarse la resolución” (Calamandrei, citado por Ovalle Favela, José: Derecho Procesal Civil, p. 130) (...).”* (Voto de este Tribunal n.º 580-05, de las 8:40 horas del 18 de mayo de 2005. Ver, en idéntico sentido, el n.º 1605-04, de las 13:50 horas del 14 de setiembre de 2004). De ahí que, esta Cámara haya señalado, en forma reiterada, que lo procedente es la fijación prudencial de los gastos de embarazo y maternidad, con base en criterios de equidad, razonabilidad y proporcionalidad (ver, por todos, los votos n.ºs 1885-04, de las 10:30 horas del 3 de noviembre de 2004; 1521-07, de las 11 horas del 31 de octubre de 2007, 1755-09, de las 9:40 horas del 24 de noviembre de 2009; 703-10, de las 9:40 horas del 26 de mayo y 1179-10, de las 10:10 horas del 24 de agosto, ambos de 2010). En el voto n.º 1460-08, de las 11 horas del 6 de agosto de 2008, se indicó lo siguiente: *“Desde luego que los gastos de embarazo y los de maternidad de los primeros doce meses son gastos que resultan obvios y que bien pueden calcularse en una media razonable. Antes bien se conculcaría el principio de razonabilidad y de proporcionalidad si se exigiera la prueba en estos acontecimientos de tanta trascendencia social y que no pueden cargarse desproporcionadamente solo a la madre. Una lectura rígida de las cargas probatorias al estilo de la tradición incluso superada del proceso civil establecería un sesgo contrario a los derechos fundamentales contenidos en los numerales 51 y siguientes de la Constitución Política. Sería como partir de que un niño no se alimenta o no cubre sus necesidades porque no hay prueba. Eso en el proceso de familia no se*

*justifica y por ellos (sic) es que el legislador ha introducido conceptos como el de la libertad en la interpretación de la prueba (artículo 8 del Código de Familia) o bien el de la equidad en esto de los gastos de embarazo y maternidad (artículo 96 ya citado).” Y ello es más cierto cuando se atiende al hecho de que A nació el [...](certificación de folio 5); es decir, hace más de 15 años, lo que torna difícil que su madre guarde los recibos y facturas que le permitirían acreditar documentalmente las erogaciones en que incurrió. En el voto n.º 2009-539, de las 9:50 horas del 24 de junio de 2009, la Sala Segunda avaló esos criterios: “(...) en empleo de las reglas de la sana crítica, que son las que le imponen a quien juzga la obligación de valorar las pruebas mediante una aplicación razonada de la lógica, del buen entendimiento humano, de la psicología y la sociología a la luz de la realidad de la vida y la experiencia humana, fue que los integrantes del órgano de alzada concluyeron sobre la procedencia de los montos concedidos por gastos de embarazo y manutención del niño durante sus primeros meses de vida. Debe tenerse en cuenta que en la sentencia se dejó (sic) clara las dificultades de la actora para aportar prueba en relación con dichos rubros, dado el tiempo transcurrido entre la gestación y nacimiento del niño y la fecha de presentación de la demanda, considerándose que por tratarse de hechos evidentes y notorios la demandante no estaba en la obligación de acreditar esos gastos, criterio que es avalado por esta Sala, con base en lo regulado en el artículo 316 del Código Procesal Civil, pues está claro que fue la madre del niño quien debió asumir esos gastos. De ahí que no puede acogerse el agravio de la recurrente, en el sentido de que se resolvió sin contarse con pruebas que justificaran la condena.” En conclusión, la ausencia de prueba de cada una de las partidas que conforman los gastos de embarazo y maternidad no implica la denegatoria de la pretensión incoada, en especial porque semejante consecuencia implicaría desconocer lo previsto por la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, cuyo preámbulo demanda el pleno reconocimiento de “(...) la importancia social de la maternidad y [de] la función tanto del padre como de la madre en la familia y en la educación de los hijos (...)” y exige, de los poderes públicos y de la comunidad en general, evitar “(...) que el papel de la mujer en la procreación [...sea...] causa de discriminación (...).”-*

VIII. En este caso, no cabe duda que tales gastos fueron asumidos íntegramente por la señora I y que, como tácitamente lo reconoció en sus primeros escritos (folios 72-76 y 88-91), el señor M se desentendió de cumplir en forma oportuna su obligación ética y jurídica de cubrir la proporción correspondiente en función de sus posibilidades económicas. Como lo indicó la Sala Segunda en un voto reciente, el n.º 2010-166, de las 11:40 horas del 29 de enero de 2010, *“La mujer, una vez que concibe lleva en su vientre al niño (a) durante los 9 meses que dura el embarazo; da a luz y en mayor medida, a partir de entonces, suministra a su hijo (a) la protección y cuidados que requiere. Esa situación especial de la madre, dispuesta por la naturaleza, no supone una inmunidad para el hombre, quien como copartícipe en la obra de la creación se*

encuentra llamado a asumir sus responsabilidades desde el instante mismo de la concepción, sin que la ley pueda menoscabar la realidad, propiciando "jurídicamente" una desigualdad en cuanto a los deberes de los padres (madres vrs padres) respecto de los hijos (as). No debe perderse de vista que el derecho es del hijo (a) a ser alimentado por su padre desde su nacimiento (...)." En uno anterior, el n.º 2009-539, ya citado, había señalado: "(...) la condena deriva de un hecho objetivo, precisamente el del nacimiento del niño y la paternidad del accionado, que lo obliga a cumplir sus deberes paterno filiales (artículo 169, inciso 2, Código de Familia), los cuales no le competían únicamente a la madre sino a ambos progenitores; razón por la cual, aspectos de índole subjetivo (que no fueron especificados y tampoco acreditados) no son válidos para pretender exonerarse de la obligación de reembolso (véase la sentencia número 547, de las 10:30 horas de 6 de noviembre de 2002). En relación con el derecho de la madre del niño a reclamar el reembolso de los gastos de maternidad y manutención, vale citar la sentencia de esta Sala número 574, de las 9:30 horas de 14 de julio de 2004, en la que se indicó: "Como se indicó, la obligación de brindar alimentos a los hijos o a las hijas, en el sentido amplio del término, constituye una obligación compartida entre el padre y la madre, según se desprende de la citada disposición legal. La responsabilidad por la procreación de un hijo, es entonces una de naturaleza compartida entre ambos progenitores, tanto en lo moral, como en lo material. Los artículos 96 y 172 del Código de Familia hacen referencia al cobro de alimentos en forma retroactiva. El primero señalaba que 'Cuando el Tribunal acoja la acción de declaración de paternidad podrá en la sentencia condenar al padre a reembolsar a la madre según principios de equidad, los gastos de maternidad y los alimentos del hijo durante los tres meses que han seguido al nacimiento'; y, actualmente, con posterioridad a la reforma introducida por la Ley de Paternidad Responsable, N° 8101, vigente desde el 27 de abril del 2001, dicho plazo se aumentó hasta doce meses después del nacimiento... El primer numeral refiere una situación de reembolso de gastos de un progenitor respecto del otro... La primera, que es la que en realidad al caso interesa, no excluye la posibilidad de exigir responsabilidad, un cónyuge al otro, con base en la aplicación plena del ordenamiento jurídico y la redacción de la norma lo que pretende es facilitar dicho cobro, por lo menos por el período ahí señalado, pero nunca excluir la posibilidad de plantear el reclamo, por otra vía procesal, cuando éste (sic) encuentra amparo en el orden legal,... En el caso concreto, está claro que la actora se vio compelida a asumir totalmente la obligación que derivó de la concepción y posterior nacimiento de su hijo. Consecuentemente, y dejando de lado lo que al campo de la formación integral se refiere, ella tuvo que asumir, por sus propios medios, la manutención del niño. El accionado, quien por ley debió compartir dicha obligación, no lo hizo sino hasta cuando judicialmente fue declarada su paternidad y se le fijó luego el deber de cancelar una cuota alimentaria. Con base en lo expuesto, se concluye que la actora está legitimada para demandar del accionado la indemnización de los gastos que a él le correspondían en forma proporcional y que ella debió asumir en su

totalidad; pues, sin duda, el accionado se vio beneficiado y el patrimonio de la actora empobrecido, sin causa alguna que justificara tal situación”.” Por eso, al amparo de la teoría del enriquecimiento sin causa y de los fundamentales principios de indemnidad y equidad, se justifica plenamente imponerle al ejecutado el pago de la indemnización reclamada, traída a valor presente. Esa reparación constituye una obligación de valor - y no dineraria - , lo cual significa que su determinación debe efectuarse tomando en cuenta los valores económicos reales existentes al momento de hacerlo y no los vigentes cuando se produjo el hecho generador del gasto. De ser otra la situación, se incurría en un gravísimo quebranto del principio de reparación integral del daño, reconocido en el numeral 41 de la *Constitución Política*, toda vez que, por efecto de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y del tiempo transcurrido, la parte acreedora se vería afectada con fijaciones desfasadas y hasta irrisorias (ver, en idéntico sentido, el voto n.º 1179-10, ya citado).-

IX. Aun cuando no desconocemos la condición de aporte difícilmente cuantificable del desgaste físico y de las dificultades emocionales y socio-laborales que pudo haber supuesto para doña I, la gestación, el parto y el ejercicio de la maternidad durante el primer año de vida de A, estimamos que tres millones quinientos mil colones - alrededor de ciento sesenta y seis mil setecientos por mes; es decir, poco más de cinco mil quinientos cincuenta por día - cubre la parte proporcional de las erogaciones en que ella pudo haber incurrido durante esas etapas de su vida y, por eso, le imponemos el pago de esa suma a don M. Debido a que él supo del embarazo y del posterior nacimiento de su hija e, incluso, mantiene con ella una relación afectiva (ver escrito de demanda y su contestación, de folios 1-3 y 29-31) y a que, en esas condiciones, no se ha ocupado de asumir, aunque fuese parcialmente, sus obligaciones, admitir su alegato de que ese monto, que representa la mitad del total reclamado, es excesivo constituiría, en el fondo, un premio a su propia irresponsabilidad, que esta Cámara no puede avalar. Han pasado varios años sin que se haya ocupado de honrar una obligación jurídica y moral de primer orden: el sostenimiento de su descendiente. Por la razón que sea, la señora I no incurrió en un comportamiento semejante; por el contrario, le hizo frente a su embarazo y al parto y se ha ocupado de cubrir las necesidades de la joven, ante lo cual no reconocerle una suma proporcional por esos gastos no solo sería contrario a la equidad sino que reforzaría los papeles tradicionales de los hombres y las mujeres en la crianza de los hijos y las hijas; es decir, que propiciaría la irresponsabilidad paterna y legitimaría que la maternidad continúe siendo una causa velada de discriminación; todo lo cual está proscrito, como ya se apuntó, por la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. Como quedó consignado en el expediente legislativo n.º 14064, correspondiente al proyecto que dio lugar a la *Ley de paternidad responsable*: “*En el plano económico, son considerables los gastos de manutención que demanda la crianza de una hija o un hijo; en este sentido, es injusto que la madre asuma este tipo*

de responsabilidades de forma individual, sin el apoyo del padre. La situación social que genera la irresponsabilidad paterna, afecta el cumplimiento efectivo de los derechos humanos económicos y sociales de las mujeres, sus hijos e hijas, reconocidos en el ordenamiento jurídico internacional y nacional. Sin duda, el incumplimiento de las obligaciones económicas por parte de los padres, es una omisión que implica pérdida de derechos y recursos económicos para las madres, sus hijos e hijas. En este sentido, puede considerarse una forma de violencia patrimonial, tal y como se define en el artículo 2, inciso e), de la Ley Contra la Violencia Doméstica.” Un motivo adicional para pronunciarnos en tal sentido es el hecho de que el objetivo de un asunto como este es el pleno restablecimiento del derecho de la persona ejecutante, ilegítimamente conculcado y ya declarado con la autoridad y la eficacia de la cosa juzgada material. Si la finalidad de este mecanismo jurisdiccional es resarcir en forma inmediata la lesión producida, es evidente la imposibilidad de fijar un monto o unas condiciones que entorpezcan o dificulten su plena y oportuna satisfacción.

3. Carga de la Prueba y la Exclusión de Bienes Gananciales

[Sala Segunda]^{iv}

Voto de mayoría

“VI. Según la jurisprudencia, nuestro sistema jurídico contempla un régimen de participación diferida en los bienes gananciales, de conformidad con el cual, cada uno de los cónyuges puede disponer libremente de los bienes que consten en su patrimonio -de los que tenía al contraer matrimonio y de los que por cualquier título adquiriera durante la existencia del vínculo-. Es entonces al declararse disuelta o nula la unión matrimonial, al disponerse la separación judicial y al celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales, cuando cada uno adquiere el derecho de participar en la mitad del valor neto de los bienes que con ese carácter jurídico sean constatados en el patrimonio del otro (artículos 40 y 41 del Código de Familia, citados en el recurso como quebrantados). El calificativo de ganancial, en su filosofía y en el ordenamiento jurídico positivo, hace referencia a un determinado bien adquirido durante la existencia del vínculo matrimonial, mediante el esfuerzo y la cooperación real y efectivos de ambos cónyuges. Ese esfuerzo común de los cónyuges se desprende de su colaboración no solo en lo material, sino también en lo moral y en la entrega de ambos por satisfacer las necesidades del hogar y debe partirse siempre, salvo prueba fehaciente en contrario, de que ambos cónyuges velan y se esfuerzan, en la medida de sus posibilidades, por el mejoramiento de las condiciones de la familia. En ese orden de ideas, se presumen gananciales los bienes que adquieran durante la vigencia plena de su matrimonio. El artículo 41 del Código de Familia excluye el carácter ganancial de algunos bienes, así: “...Únicamente no son gananciales los siguientes bienes, sobre los cuales no existe el derecho de participación: 1) Los que fueren introducidos al

matrimonio, o adquiridos durante él, por título gratuito o por causa aleatoria; 2) Los comprados con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales; 3) Aquéllos cuya causa o título de adquisición precedió al matrimonio; 4) Los muebles o inmuebles, que fueron subrogados a otros propios de alguno de los cónyuges; y 5) Los adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges” (énfasis suplido).

VII. Para resolver los puntos sometidos a conocimiento de la Sala debe partirse de lo dispuesto en las instancias precedentes, en relación con los bienes gananciales. Así, según se dijo, el punto 4) de la parte dispositiva de la sentencia de primera instancia confirmada por el tribunal, textualmente expresa: *“4) Que como bienes gananciales se declaran las diez acciones que posee don S.D.S. en la sociedad I.D.S.A., cédula de persona jurídica número [...], por lo que la actora tiene derecho de participar del 50% del valor de las mismas. La liquidación respectiva tendrá que hacerse en la etapa de ejecución de sentencia tomando en cuenta todo el patrimonio de la sociedad. De igual forma, son gananciales las fincas del Partido de Guanacaste, matrículas números [...], [...], [...], [...], [...] y [...], por lo que la actora tiene derecho a participar del 50% del valor neto de las mismas, lo cual tendrá que ser liquidado en la etapa de ejecución de sentencia”*. La parte recurrente le niega carácter ganancial a estos últimos inmuebles adquiridos, debido a que la respectiva inscripción se realizó cuando la pareja estaba separada de hecho y porque la posesión de las fincas por parte del demandado es anterior al matrimonio. En el voto de esta Sala número 911 de las 9:40 horas del 29 de setiembre de 2006 se consideró: *“...Si la posesión fue la causa por la cual la señora M.U. adquirió el derecho de propiedad de los mencionados dos inmuebles, para desvirtuar la condición de gananciales debió aportar la prueba pertinente; o sea, que el hecho de la posesión, con las características indicadas, se había alcanzado de previo al inicio de la unión de hecho, cosa que sí hizo mediante la prueba testimonial traída a los autos, donde no quedó acreditada una participación previa del demandante en dicha posesión. Esta Sala, en un asunto similar, dejó claro que si la posesión se concretiza antes de la unión de hecho, el bien pierde su carácter de ganancial”* (ver en igual sentido la sentencia número 588 de las 9:40 horas del 22 de noviembre de 2002). Según se tuvo por probado y no se cuestiona ante la Sala, las partes contrajeron matrimonio el 20 de diciembre de 1980 y las fincas del Partido de Guanacaste, números [...], [...], [...], [...], [...], [...] el 4 de setiembre de 2007 se inscribieron a nombre del accionado con base en la resolución dictada en un proceso de información posesoria (ver hechos tenidos por demostrados por la sentencia de primera instancia, prohijados por el tribunal, identificados con los números 1, 5, 6, 7, 8, 9 y 10). Ahora bien, de conformidad con el hecho tercero de la demanda y su contestación, a la fecha de la interposición de ese juicio (20 de noviembre de 2009), las partes ya tenían cuatro años de estar separadas; es decir, se separaron de hecho aproximadamente en el mes de noviembre del año 2005. Mas, ello no implica que deba acogerse el reclamo

planteado. En primer término porque la indicada inscripción no puede verse como constitutivo del derecho de propiedad, pues este se ha configurado desde antes. Obsérvese que en la información posesoria se otorga un título inscribible del que carece un poseedor con requisitos para haber madurado la propiedad (artículo 1° de la Ley de Informaciones Posesorias). Luego, según puede apreciarse del sello de recibido, los trámites de información posesoria se iniciaron el 20 de octubre de 2006 (folios 121 y siguientes), casi un año después de la separación entre las partes. Mas, en la resolución del Juzgado Civil de Mayor Cuantía de Liberia de las 10:56 horas del 6 de agosto de 2007, mediante la cual se aprobó la información posesoria, se tuvo por acreditado -entre otros hechos- los siguientes: “... 2) *El titular la adquirió de G.V.P., mediante compra venta, traspasándole la posesión por más de diez años, ejercido en forma quieta, pública, pacífica e ininterrumpida, a título de dueño (documento de folio 17 al 20 frente, testimonios de E.V.B., R.O.M.M. Y R.A.E.).- ... 4) El promovente ha poseído personalmente el fundo objeto de este trámite por más de diez años...*”. A propósito de esa posesión de los fundos, se consideró: “*Cuando el titular no haya tenido la posesión decenal, puede aprovechar la ejercida por sus transmitentes, tal es lo dispuesto en el artículo 863 del Código Civil –inciso g) del artículo primero de la Ley de Informaciones Posesorias-. Con las declaraciones testimoniales de 29, 30 y 31 frente, así como el documento mediante el cual el titular adquirió el inmueble (folio) de, se desprende que él y sus anteriores transmitentes ha poseído el fundo en forma quieta, pública, pacífica e ininterrumpida, a título de dueño durante más de diez años...*” (sic) (folios 70 a 72). En esa resolución y en el resto del material probatorio no consta expresamente la fecha exacta de la negociación entre el demandado y el señor G.V.P., como tampoco el carácter gratuito de la adquisición. Por otro lado, también está claro que la posesión tomada en cuenta para darle la razón al promovente de la información posesoria, fue también la ejercida por él. Luego, los testimonios de E.V.B., R.O.M.M. y R.A.E. evacuados en ese otro proceso en fecha 22 de febrero de 2007 son contestes en cuanto a que han conocido a don S.D.S. “*en los últimos años*” como el único dueño de los lotes. Es importante aclarar que aún y cuando don E.V.B. hizo referencia a que desde hacía veinte o veinticinco años conocía los lotes que se pretendían inscribir, ello en modo alguno significa que desde ese momento el demandado los tuviera en su posesión, porque de esa declaración fácilmente se colige que, dicho conocimiento proviene del hecho de que primero eran de una tía suya y luego de otra persona (folios 137 a 140). Conforme a lo anterior, a la Sala no le cabe la menor duda de que al momento de la separación de hecho de las partes (verificada como se dijo aproximadamente en el año 2005), dichos bienes podían constatarse en el patrimonio del esposo. La carga de demostrar que a su respecto se estaba en uno de los supuestos de exclusión contemplados en el referido artículo 41, a efecto de negarles su naturaleza ganancial, le correspondía a la parte demandada; la que no fue cumplida, puesto que ni la fecha exacta de la adquisición ni la gratuidad de la negociación fueron

debidamente comprobadas. Por consiguiente, el agravio contenido en el recurso no es de recibo.

VIII. En la sentencia de primera instancia, en lo que interesa, se tuvo por acreditado lo siguiente: *“13. Que el demandado es el dueño del cien por ciento (100%) del capital social de I.D.S.A. S.A (ver certificación notarial de folio 215); 14.- Que el demandado donó a I.D.S.A. el día diez de junio de dos mil tres, las siguientes fincas de su propiedad: del partido de Alajuela, matrícula número [...]; del Partido de San José, matrículas números [...], [...], [...], [...] y [...]; siendo que las referidas fincas del partido de San José, fueron adquiridas originalmente por el accionado antes del matrimonio (certificaciones de folios 219 a 304 y 349 a 372)”*. Para otorgarle naturaleza ganancial a las mencionadas acciones, el a quo consideró: *“... el análisis de ganancialidad que se está haciendo, lo es en referencia a las acciones de la sociedad y no a los bienes específicos que se aportaron al patrimonio social. De tal suerte, el hecho de que los inmuebles hayan sido originalmente propiedad del accionado, desde antes de casarse, no implica que las acciones de la sociedad no deban ser valoradas en la totalidad de su patrimonio. A partir del momento en que se hizo el aporte, los bienes incrementaron el patrimonio de la sociedad y por ende el valor real de las acciones como títulos representativos de la participación de los socios en la misma... Se hace hincapié en el hecho de que la constitución de sociedades anónimas conlleva la ficto juris (ficción jurídica) de crear una persona comerciante con una esencia económica intrínseca. De aceptarse la tesis de don S.D.S. se estaría admitiendo que la sociedad es un simple “casarón” sin utilidad alguna, lo cual constituiría un abuso de derecho no sustentado por el ordenamiento jurídico (ver artículos 19 a 22 del Código Civil)”*. Por su parte, el tribunal -además de mantener los hechos tenidos por demostrados así como los no acreditados- externó el criterio de que al resolverse la negociación entre los hermanos S.D.S. e I.D., los inmuebles regresaron al patrimonio del primero, por lo cual éste le pagó una suma al segundo y que si bien es cierto, luego los donó a la sociedad *“... no se puede considerar ese traspaso que hizo el esposo a título gratuito a la sociedad anónima I.D.S.A. como una forma de exclusión de los inmuebles, porque está acreditado que el señor S.D.S. ha sido desde su constitución, el socio casi totalitario, suscribiendo y pagando cuarenta y nueve de cincuenta acciones que componían la totalidad del capital social. De manera tal que, en otras palabras, el traspaso fue, bajo una ficción legal, a él mismo, máxime que la relación de pareja ya se encontraba en plena crisis, al punto que desde el mes de marzo de ese mismo año, dos mil tres, su esposa había solicitado medidas de protección por violencia doméstica en su contra, en este contexto histórico de la pareja, los bienes deben ser considerados gananciales”*. En el recurso se cuestiona la ganancialidad de los inmuebles del Partido de San José, matrículas [...], [...], [...], [...] y [...]. A su respecto se argumenta que los tres primeros fueron adquiridos por el demandado estando soltero y en esa condición se los traspasó sólo formalmente a su hermano I.D.; el penúltimo también lo adquirió estando soltero

y en 1979 lo traspasó temporalmente al señor A.F.L. y luego lo recuperó; y, el último fue segregado en cabeza de su dueño de esa otra finca [...]. Además, dio cuenta de que todas esas fincas fueron donadas a I.D.S.A. Efectivamente de las probanzas se desprende que don S.D.S. adquirió las fincas matrículas [...], [...] y [...] estando soltero y en esa misma condición el 12 de setiembre de 1980 se las traspasó a su hermano I.D., negociación que se resolvió el 10 de junio de 2003 por acuerdo de partes, es decir, las cosas volvieron a su estado anterior dada la desaparición de esa negociación, de manera tal que debe interpretarse que los inmuebles no salieron de su patrimonio (artículo 692 del Código Civil). También es un hecho acreditado que el inmueble matrícula [...], del cual se segregó la finca [...] igualmente lo adquirió antes del matrimonio y que antes de casarse hizo una negociación respecto de él con el señor A.F.L. y que por sentencia judicial fechada 13 de setiembre de 1994 recuperó la propiedad. Mas, debe tomarse en cuenta que, en las instancias precedentes no se declaró la ganancialidad de esos bienes considerados en sí mismos, sino, de las acciones de la sociedad I.D.S.A. (aspecto que no se cuestiona), de las que don S.D.S. es el dueño, dejándose claro en el fallo de primera instancia prohijado por el tribunal que, en la respectiva liquidación del valor del derecho de la actora en relación con ellas, debía tomarse en cuenta todo el patrimonio de la sociedad. Ahora bien, si el demandado –como en efecto lo hizo– donó los inmuebles a la sociedad sin condicionamiento alguno, la adquisición por parte de dicha entidad, sin que tenga importancia la causa de adquisición, incrementó su patrimonio y, por consiguiente, el valor de las acciones; por lo que, si al momento de la separación de las partes en el mes de noviembre de 2005 permanecían a nombre de la sociedad, evidentemente el valor de las acciones para efectos de la determinación del derecho a gananciales sobre éstas, debe necesariamente considerarlos. De acuerdo con el numeral 1404 del Código Civil, la donación tuvo como efecto transmitir la propiedad de los inmuebles de don S.D.S. a la sociedad, con lo cual, por su voluntad, no sólo se acrecentó el patrimonio de esta última, sino también dejó de tener atributos sobre los bienes donados y, en consecuencia, la exclusividad del propietario. Todos esos atributos pasaron a la sociedad. El tema de la ganancialidad de las acciones radica en la fecha y forma de constitución de la sociedad. Como se dijo, eso no se discute. Su valor, obviamente, está determinado por el patrimonio societario, sin que tenga importancia la forma en que llegó a la sociedad, la cual puede ser onerosa, por azar e incluso en forma gratuita, cuando alguna persona determina donar o regalar a la sociedad algún bien patrimonial. El hecho de que el donante sea el dueño de las acciones, no puede afectar a quien resulte acreedor de ese titular, pues en tal caso el patrimonio perseguible no está constituido directamente por los inmuebles, sino por las acciones (doctrina del artículo 981 de dicho Código). Por lo expuesto, el tema relativo a si al momento de verificarse la donación de las fincas a la sociedad, la relación de las partes estaba en crisis deviene irrelevante, pues, se insiste, el derecho declarado a favor de la actora se

establece por la separación, momento para el cual las acciones de la sociedad creada durante el matrimonio eran constatables como bienes patrimoniales.

IX. [...] La parte recurrente niega naturaleza ganancial a los vehículos, con el argumento de que el señor S.D.S. los adquirió a nombre de la sociedad después de la separación de hecho entre los cónyuges. Se repite una vez más que en este asunto lo que se declaró ganancial fueron las acciones que posee don S.D.S. en la Sociedad I.D.S.A. y para efecto de la respectiva liquidación se ordenó tomar en cuenta todo el patrimonio de la sociedad, como parte del cual, según las probanzas se encuentran dichos bienes muebles. Ya la Sala ha externado criterio en el sentido de que para la liquidación del derecho de gananciales sobre acciones, el valor de éstas es el que tienen al momento de la separación de los esposos. Así en el voto número 1064 de las 9:30 horas del 30 de julio de 2010 consideró: *“De haber sido adquiridas durante la vigencia del matrimonio, es claro que el valor neto al que tendría derecho la demandada nunca podría calcularse con base en el valor nominal con el que fueron adquiridas esas acciones, sino conforme al valor real y actual. Por esa razón, la declaración hecha por el tribunal, al asignarle el derecho a participar en el cincuenta por ciento del valor neto del posible incremento del valor real que hayan tenido esas acciones desde el momento del matrimonio hasta su separación es correcta; y no infringe el numeral 41 del Código de Familia sino que, por el contrario, es una decisión conforme con el régimen implantado en esa disposición”* (énfasis suplido). Como de acuerdo con las probanzas esta se produjo aproximadamente en el mes de noviembre de 2005, con excepción del vehículo placa [...], los otros dos automotores no pueden tomarse en cuenta para dichos efectos.

X. Conforme con lo que viene expuesto procede estimar parcialmente el recurso, anular el fallo impugnado y revocar el de primera instancia en cuanto dispuso en forma general que para la liquidación del derecho a gananciales sobre las acciones que posee el demandado en la Sociedad I.D.S.A. se debe tomar en cuenta todo el patrimonio de la sociedad. En su lugar, se debe ordenar que para dicha liquidación debe considerarse su valor de conformidad con todo el patrimonio de la sociedad al momento de la separación de hecho de los cónyuges en noviembre del año dos mil cinco, debiendo excluirse para dichos efectos los vehículos placas números [...] y seiscientos [...]. En lo demás objeto de agravio se debe desestimar el recurso.”

4. Inversión de la Carga de al Prueba en Materia de Familia

[Tribunal de Familia]^v

Voto de mayoría

“IV. SOBRE CARGA DE LA PRUEBA: Acusa el impugnante que no se ha logrado determinar la cantidad de ganado que él tenía para el día catorce de julio de dos mil dos, lo cual es carga de la ejecutante y si ella no logró probarlo debió declararse sin

lugar la ejecución. Además, señala que se utilizó prueba pericial que se refiere a períodos distintos al establecido en sentencia.

Al respecto, hay que recordar que el numeral 317 del Código Procesal Civil, ciertamente, establece el principio de que quien formule una pretensión sobre un hecho constitutivo de un derecho ha de probarlo. Sin embargo, hay que entender que el espíritu de tal norma descansa en el hecho de que la parte tenga el pleno dominio de la prueba para asignarle la carga respectiva. En caso de producirse esa imposibilidad, se daría la inversión de la carga de la prueba. Sobre el particular, la doctrina nacional ha dicho:

"Esa figura se da en los casos donde la ley establece una distribución de la carga probatoria diferente a la establecida por el numeral 317 del Código Procesal Civil. En esos supuestos, el legislador entiende que, si se aplican los principios generales indicados en ese artículo, puede provocar una imposibilidad de probar, por lo que establece reglas especiales para evitarlo" (énfasis suplido) (Olaso Álvarez, Jorge. La Prueba en materia civil. Editorial Jurídica Continental. San José, 2007, página 66).

Por supuesto que el autor de cita está haciendo referencia a casos en los que el ordenamiento ha previsto la inversión de la prueba, mas la esencia doctrinaria es aplicable al caso concreto.

Veamos que es el recurrente quien tiene el pleno dominio de la prueba referente a la cantidad de cabezas de ganado que tenía a su haber al catorce de julio de dos mil dos; ello por cuanto está acreditado que se dedicaba a la venta de ganado y es obvio que él es la persona que tiene la posibilidad de acceso a la prueba necesaria. Bien apunta la jueza de instancia que la falta de transparencia en la contabilidad del ejecutado sólo le puede perjudicar a él, no siendo admisible que la ejecutante soporte tal situación la cual no le es achacable

Ahora ante tal situación la jueza a-quo no invirtió la carga de la prueba, sino simplemente echó mano de prueba pericial, la cual utilizó utilizó facturas de diferentes subastas ganaderas, así como los reconocimientos judiciales que se hicieron del ganado para arribar a un monto del valor del ganado existente hasta el día catorce de julio de dos mil dos. No lleva razón el apelante al decir que en la pericia se utilizaron períodos no adecuados (ver folios 335 a 340 legajo de ejecución). Bien quedó explicado en la sentencia recurrida que hay dos peritajes: uno suscrito por C y otro por W, siendo que el utilizado es éste último, ya que sí se ajusta a la fecha límite del catorce de julio de dos mil dos.

La mencionada prueba posiblemente se quedó corta en cuanto a la verdadera cantidad de ganado existente, mas se trata de una aproximación lo más objetiva posible dadas las difíciles circunstancias probatorias ya apuntadas.

De ahí que no es de recibo el agravio del impugnante, en el sentido de que no se demostró la cantidad de ganado que poseía, por lo que se rechaza el mismo.”

5. Aplicación Supletoria de la Legislación Procesal Civil en cuanto a la Carga de la Prueba en Materia de Familia

[Tribunal de Familia]^{vi}

Voto de mayoría

“CUARTO: Analizada la prueba documental aportada a los autos así como las declaraciones de las partes, los suscritos jueces/a concluimos que en realidad no se acreditó la veracidad de los actos de violencia denunciados por doña E. Ni siquiera se desprende algún elemento de prueba objetivo o indicio que nos genere duda en cuanto a su veracidad. En consecuencia no es posible aplicar el Indubio Pro Agredido. A la audiencia celebrada en autos no se hizo llegar prueba testimonial, de ahí que únicamente se recibieron las manifestaciones de ambos intervinientes. Doña E mantuvo la veracidad de los hechos denunciados, mientras que don C negó dicha veracidad. Del análisis de los mensajes de texto ofrecidos por don R no se desprenden actos de violencia. En cuanto a la copia de la solicitud de protección planteada por el hijo de don R contra éste, la cual fue aportada por doña E, no contribuye a constatar la violencia denunciada. Así las cosas, no existe en los autos indicios, y mucho menos prueba, que genere duda sobre la veracidad de la violencia investigada. Preocupan a este Tribunal las manifestaciones de la señora jueza de primera instancia en cuanto trae a colación la aplicación del artículo 317 del Código Procesal Civil en lo tocante a la carga de la prueba, atribuyéndole al presunto agresor la obligación de demostrar que no es verdad que no llegó en la madrugada en estado de ebriedad agrediendo en forma verbal a su esposa. Debemos recordar que en esta materia la aplicación del Código Procesal Civil debe ser en forma subsidiaria, únicamente en la medida que la Ley contra la Violencia Doméstica o la restante normativa familiar no provea una regulación concreta. En ese sentido también debemos recordar que en buena parte de los procesos familiares se impone averiguar la verdad real, a fin de hacer valer derechos fundamentales y principios primarios como lo son, por ejemplo, la preeminencia del interés superior del niño, la equidad de género, la protección a las personas en estado de vulnerabilidad, etc. Por ello es que principios como el de la universalidad de la prueba se impone cada vez más en la materia, sobre todo en procesos tutelares, cuya finalidad es brindar protección cuando opera violencia o es posible que la misma se dé. Dicha aclaración es importante para entender por qué no se debe imponer la carga probatoria al presunto agresor por la simple razón de ocupar dentro del proceso el papel de “posible agresor”. En la materia que nos ocupa la prueba debe ser aportada por quien tiene la posibilidad real de aportarla. Aunque el proceso que nos ocupa se caracteriza por ser informal, ello no implica que se respalde

la violación al debido proceso. Imponer la carga de la prueba a don C en los términos que lo hace el a quo podría conllevar una violación al derecho de defensa. Así las cosas, al no existir prueba que acredite la violencia denunciada ni generarse duda alguna sobre la misma, los suscritos jueces/a concluimos que la sentencia venida en alzada debe ser revocada, por lo que se dejan sin efecto las medidas de protección dictadas interlocutoriamente.”

6. La Carga de la Prueba en el Proceso de Ejecución de Sentencia Referido a los Bienes Gananciales

[Tribunal de Familia]^{vii}

Voto de mayoría

“III. Cuando, como suced e en este asunto, se está en presencia de la concreción de una sentencia estimatoria del derecho de participación de uno de los cónyuges o convivientes sobre los bienes gananciales, suele suceder que, de previo a despachar la ejecución propiamente dicha, es necesario dilucidar aspectos fácticos tales como los referidos a la identificación y especificación de cada uno, su valor actualizado, las cargas y gravámenes que soportan y su plusvalía o depreciación. Eso supone tanto la aportación de alegatos y de elementos probatorios particulares, como el deber de emitir un pronunciamiento que, en función de lo resuelto en el fallo que se ejecuta y de lo discutido en esta etapa, establezca el haber patrimonial que ha de liquidarse, con indicación de cada uno de los gananciales, así como la cuantificación del derecho del o de la ejecutante. Para ello, teniendo como marco lo decidido en firme en la fase de conocimiento, el órgano competente ha de atenerse a los presupuestos fácticos introducidos por las partes en sus respectivos escritos iniciales de la ejecución, debe necesariamente evacuar las probanzas ofrecidas por ellas de manera oportuna y emitir el correspondiente proveído debidamente fundamentado, en el cual ha de enlistar los hechos probados y no probados pertinentes, hacer el análisis de fondo apreciando la prueba recabada en los términos establecidos en el numeral 8 del Código *de* Familia y, con base en criterios de equidad y legalidad, determinar la existencia de lo reclamado y establecer la cantidad líquida y exigible en que se concreta el derecho por concepto de gananciales de quien la planteé. Además, en esa resolución se ha de prevenir que el o la ejecutada proceda a su pago efectivo en un plazo determinado y acordar cualquier otra previsión que se estime procedente (ver, en similar sentido, los votos de este Tribunal n.^{os} 276-04, de las 15 horas del 19 de febrero; 1408-04, de las 9:50 horas del 17 de agosto, ambos de 2004; 1370-05, de las 11 horas del 7 de setiembre de 2005; 1900-06, de las 9:40 horas del 28 de noviembre; 1951-06, de las 8:35 horas del 5 de diciembre, los dos de 2006 y 874-09, de las 15:40 horas del 2 de junio de 2009). Una vez acaecido ese acto procesal y ante el incumplimiento de la prevención realizada, suponiendo que se haya hecho, resultan aplicables los procedimientos propios de la

ejecución de sentencia previstos en la legislación vigente: artículos 21, 629 y 692 del *Código Procesal Civil*, 167 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial*, 41 del *Código de Familia* y *Ley de cobro judicial* (ver, en igual sentido, nuestros votos n.ºs 78-10, de las 8:40 horas del 14 de enero; 92-10, de las 9:20 horas del 19 de enero; 1222-10, de las 14:30 horas del 31 de agosto, los tres de 2010; 605-11, de las 16:11 horas del 17 de mayo; 715-11, de las 16:02 horas del 31 de mayo y 910-11, de las 13:54 horas del 22 de julio, ambos de 2011).-

IV. Como suele suceder en la mayoría de legislaciones, el *Código de Familia* no establece qué debe entenderse por “*bienes gananciales*”. Tampoco enuncia las características necesarias para poder calificar alguno como tal. Se limita a indicar cuáles no revisten esa condición. En su párrafo final, su artículo 41 dispone que no lo son y que sobre ellos “(...) *no existe el derecho de participación: 1) Los que fueren introducidos al matrimonio, o adquiridos durante él, por título gratuito o por causa aleatoria; / 2) Los comprados con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales; / 3) Aquéllos (sic) cuya causa o título de adquisición precedió al matrimonio; / 4) Los muebles o inmuebles, que fueron subrogados a otros propios de alguno de los cónyuges; y 5) Los adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges.*” Gerardo TREJOS, con la colaboración de Diego BENAVIDES y Marina RAMÍREZ, señala con acierto que “(...) *conforme a nuestra legislación bienes gananciales son todos aquellos adquiridos a título oneroso dentro del matrimonio [o de la unión de hecho], mediante el trabajo, el esfuerzo y la cooperación de ambos cónyuges [o convivientes] en su comunidad de vida y que han significado un aumento en el patrimonio de cada uno de ellos, respecto del que se aportó al constituirse el matrimonio [o la unión de hecho]. Observamos así que los bienes gananciales son aquellos que implican un aumento de capital, un acrecentamiento patrimonial, forjado mediante el esfuerzo común de los esposos [o convivientes].*” [*Derecho de la Familia*, San José: Editorial Juricentro, 2010, p. 235]. En otro momento, sostiene que “(...) *en la naturaleza de este instituto jurídico subyace una idea fundamental, conforme a la cual se incluye en el concepto todos aquellos bienes que, adquiridos durante el matrimonio [o la unión de hecho], hayan venido a aumentar el patrimonio de alguno de los esposos [o convivientes] (...), por presumir la ley que en ese aumento patrimonial ha habido colaboración de ambos cónyuges [o convivientes], sea directa, con el aporte material, o indirecta, a través del apoyo moral, los cuidados, el hábito de ahorro y demás formas de cooperación personal que puede brindar el cónyuge [o conviviente] no propietario. / De ahí que en los casos en que esta presunción de colaboración y auxilio entre los cónyuges no opera, los bienes adquiridos quedan fuera del concepto de gananciales.*” [*Op. cit.*, pp. 229-230]. Se parte, entonces, de que ambos miembros de la pareja velan y se esfuerzan, en la medida de sus posibilidades, por el mejoramiento de sus condiciones comunes, sin que en ningún caso resulte de interés si su colaboración económica fue poca o mucha, pues lo

trascendente es que haya habido alguna (sobre el particular conviene ver los votos de la Sala Segunda n.^{os} 2003-170, de las 10:40 horas del 9 de abril de 2003; 2004-116, de las 9:40 horas del 25 de febrero de 2004 y 2006-1038, de las 9:40 horas del 10 de noviembre de 2006) y, por esa razón, se presume la ganancialidad de los bienes adquiridos por cualquiera de ellos durante su convivencia (ver, entre muchos otros, los votos de la Sala Segunda n.^{os} 318, de las 9 horas del 12 de diciembre de 1997; 278-98, de las 10:10 horas del 18 de noviembre de 1998; 2001-592, de las 10:30 horas del 28 de setiembre de 2001; 2003-646, de las 10 horas del 5 de noviembre de 2003; 2004-898, de las 10:35 horas del 27 de octubre de 2004; 2005-1010, de las 10:30 horas del 2 de diciembre de 2005; 2006-929, de las 9:35 horas del 6 de octubre de 2006; 2006-1038, de las 9:40 horas del 10 de noviembre de 2006; 2009-1135, de las 9:40 horas del 30 de setiembre de 2009 y 2010-1064, de las 9:30 horas del 30 de julio de 2010). Como apuntan los autores y la autora citados, el cambio de redacción del precepto de comentario, introducido por Ley n.º 5895 de 23 de marzo de 1976, “(...) *(eliminación del artículo que establecía la presunción de comunidad)*, tiene relación con el fundamento doctrinario del derecho a gananciales de los cónyuges, mas no con los aspectos probatorios dentro del proceso judicial, donde la presunción sigue operando en cuanto los tribunales exigen a quien niega la calidad de gananciales a determinados bienes, la prueba de ello, que si no se aporta, permite tener el bien como adquirido a título oneroso dentro del matrimonio y por tanto sujeto a liquidación. Podemos afirmar así, que en lugar de una presunción de comunidad de bienes, lo que se da ahora es una presunción de ganancialidad de esos bienes.” [Op. cit., p. 235]. Por eso y de conformidad con la genérica noción de *onus probandi*, recogida en el artículo 317 del Código Procesal Civil, a quien demanda la declaratoria de su derecho de participación sobre el valor neto de un bien determinado le incumbe acreditar su existencia, así como la titularidad de su consorte o conviviente sobre él (ver el voto de la Sala Segunda n.º 2006-183, de las 10:25 horas del 24 de marzo de 2006). Por su parte, quien pretende dejar sin sustento aquella presunción legal y, por ende, lograr la desestimatoria de la pretensión formulada por su pareja o expareja, debe hacer lo propio respecto de las circunstancias fácticas que permitirían concluir que se encuentra en uno de los supuestos de exclusión (ver, en igual sentido, los votos de la Sala Segunda n.^{os} 199, de las 15:20 horas del 4 de setiembre de 1997; 2001-202, de las 10:10 horas del 4 de abril de 2001; 2002-451, de las 10:40 horas del 6 de setiembre de 2002; 2002-641, de las 9:20 horas del 13 de diciembre de 2002; 2003-435, de las 11:20 horas del 13 de agosto de 2003; 2004-478, de las 10:10 horas del 11 de junio de 2004; 2004-538, de las 14:40 horas del 24 de junio de 2004; 2004-599, de las 9:40 horas del 21 de julio de 2004; 2006-976, de las 9:30 horas del 25 de octubre de 2006; 2007-867, de las 11:20 horas del 14 de noviembre de 2007; 2009-153, de las 14:40 horas del 18 de febrero de 2009; 2009-647, de las 14:40 horas del 18 de febrero de 2009; 2010-46, de las 10:15 horas del 13 de enero de 2010; 2010-454, de las 10:14 horas del 26 de marzo de 2010; 2010-1110, de las 11:30 horas del 6 de agosto de 2010 y 2010-1122, de

las 12:18 horas del 6 de agosto de 2010). Y no puede obviarse que las excepciones previstas en la norma citada son las únicas admitidas, por cuanto *“(...) no le es permitido a los jueces [y a las juezas] introducir otras distintas con el propósito de excluir bienes no contemplados en ella.”* (Voto de la Sala Segunda n.º 82, de las 9 horas del 15 de junio de 1990). En la sentencia n.º 2000-642, de las 9:40 horas del 30 de junio de 2000, reiterada en la n.º 2002-451, de las 10:40 horas del 6 de setiembre de 2002, la Sala Segunda lo resumió así: *“(...) todos los bienes adquiridos durante la vigencia del matrimonio o de la unión de hecho se presumen gananciales, presunción que admite prueba en contrario, caso en el cual, el interesado deberá acreditar la existencia de alguna de las situaciones contempladas en el numeral 41 del Código de Familia como excluyentes de ganancialidad (...). La norma indica claramente que solamente esos bienes pueden considerarse como no gananciales, es decir, la situación alegada para excluir la ganancialidad debe calzar, forzosamente, en alguno de esos incisos.”* En conclusión, cuando se corrobora que el bien o los bienes fueron adquiridos a título oneroso, durante la vigencia del matrimonio o de la unión de hecho y suponen un incremento patrimonial de alguno o de ambos miembros de la pareja y, al propio tiempo, la parte interesada omite acreditar de manera fidedigna que se configuran los elementos fácticos de alguna de las hipótesis de exclusión, se debe declarar su ganancialidad; es decir, que son producto de ese esfuerzo conjunto (ver, en idéntico sentido, los votos de esta Cámara n.ºs 1586-10, de las 10 horas del 17 de noviembre de 2010 y 691-11, de las 11:44 horas del 30 de mayo de 2011).-

V. Es cierto que, en esta materia la prueba debe ser apreciada de conformidad con lo dispuesto por el párrafo segundo del artículo 8 del *Código de Familia*, a cuyo tenor, *“(...) los jueces [y las juezas] (...) interpretarán las probanzas sin sujeción a las reglas positivas de la prueba común, atendiendo todas las circunstancias y los elementos de convicción que los autos (sic) suministren; pero, en todo caso, deberán hacerse constar las razones de la valoración.”* Eso significa, en lo que aquí interesa, que el órgano competente no está sujeto a ninguna de las reglas de la prueba tasada, recogidas en la legislación civil. Por el contrario, rigen en este ámbito el principio de libertad probatoria, el de comunidad, adquisición o unidad de la prueba y, por supuesto, los parámetros de la sana crítica. Así lo ha puesto en evidencia la Sala Segunda en repetidas ocasiones . En el voto n.º 2005-20, de las 10:10 horas del 26 de enero de 2005, reiterado, entre otros, en los n.ºs 2010-262, de las 9:50 horas del 19 de febrero; 2010-960, de las 14:36 horas del 30 de junio y 2010-1558, de las 10:38 horas del 24 de noviembre, los tres de 2010, ese órgano destacó que *“(...) el artículo 8 citado introdujo una modificación en el sistema de apreciación y valoración de las pruebas distinto al vigente según las normas del Derecho Civil. De acuerdo con esta disposición, en la jurisdicción familiar las pruebas deben valorarse sin sujeción a las reglas positivas de la prueba común, atendiendo todas las circunstancias y los elementos de convicción que los autos suministren y haciendo constar las razones de valoración. Corresponde*

entonces al juez [o a la jueza] de familia, un ejercicio intelectual en la apreciación de las probanzas, en el cual le sirven de apoyo las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia cotidiana en un marco de referencia dado; lo cual excluye cualquier arbitrariedad, siempre ilegítima y espuria.” En el n.º 2007-931, de las 14:35 horas del 4 de diciembre de 2007, puntualizó que *“En primer término debe decirse que en materia de familia no rige un sistema de pruebas tasadas, o sea con valores previamente establecidos por el ordenamiento a los que los juzgadores deban sujetar su actividad intelectual de valoración del material probatorio, sino un método más libre, no sujeto a las reglas positivas de la prueba común, aunque sí, al hacerlo, deben atenderse todas las circunstancias y los elementos de convicción que los autos suministren, debiendo dejar constancia de las razones de la valoración (artículo 8 del Código de Familia). De esta manera las violaciones que se reclaman en el recurso de normas, criterios o aforismos propios de un sistema tasado no son atendibles.”* Finalmente, en el n.º 2009-647, de las 9:27 horas del 29 de julio de 2009 señaló que *“A la luz de lo dispuesto en esa norma no rigen en esta materia las reglas de valoración de la prueba previstas en el derecho común y, por esa razón, tampoco ha de aplicarse la prueba tasada prevista en esa otra normativa que parte de valores previamente establecidos por el ordenamiento a los que los juzgadores [y las juzgadoras] deban sujetar su actividad intelectual de valoración del material probatorio. No obstante, quien juzga no está en total libertad para valorar los elementos de prueba, sino que, además de hacerlo con base en parámetros de sana crítica, debe realizar la valoración en forma integral y exponer las razones que justifiquen sus conclusiones. (...). En ese entendido, al interpretarse la normativa concerniente a esta rama del Derecho, siempre debe tomarse en consideración aquellos intereses que se estatuyen como principios fundamentales y exponer los motivos base de la conclusión a la que se arribe. Con fundamento en estas premisas, debe realizarse el análisis de la prueba constante en el expediente; con la indicación, a la luz de las expresadas consideraciones, que no le asiste razón a la parte demandada al invocar el quebranto de los artículos 351, 353, 369 y 370, todos del Código Procesal Civil, precisamente, porque en esta materia las pruebas se valoran conforme con las reglas de la sana crítica, sin sujeción a las reglas contenidas en el derecho común.”* (Ver, además y a modo de ejemplo de las implicaciones de ese cambio legislativo, los votos n.ºs 2007-867, de las 11:20 horas del 14 de noviembre de 2007; 2009-35, de las 9:40 horas del 16 de enero y 2009-1135, de las 9:30 horas del 6 de noviembre, ambos de 2009).-

VI. No obstante, la historia registral de la finca del partido de San José, matrícula de folio real [...], que ocupa los folios 524 a 621 y fue ordenada por este órgano para mejor proveer, confirma que, como lo acotó el juzgador de primera instancia, el señor M. la adquirió de su hermano J.A., a título oneroso, durante la vigencia de su unión de hecho con la señora L. No solo debe destacarse que, según esa documentación y la aportada en primera instancia (ver, en especial, la de folios 138-147), el vendedor

actúa en su condición personal y dispone del bien en su calidad de dueño, sin que exista la más mínima referencia a la supuesta repartición del patrimonio paterno, sino también que ninguno de los testimonios aportados logra desacreditar la presunción de ganancialidad de ese bien. Las manifestaciones del señor J. no son contundentes ni dan cuenta de los detalles de la transacción referida, amén de que es notable su propósito de favorecer a quien lo propuso, al punto que, a pesar de estar en presencia de un aspecto precluido, niega la existencia de la unión de hecho, así como la participación de doña L. en el incremento pecuniario de su pareja. Así las cosas, no puede menos que concluirse que su testimonio es complaciente y, por eso, frente a la prueba mencionada, lo propio es avalar las conclusiones contenidas en el fallo apelado y mantener incólume la declaratoria de ganancialidad del inmueble en cuestión, sin que, bajo ninguna óptica, pueda estimarse como acreditado que provenga de una liquidación de algún eventual derecho sucesorio. A mayor abundamiento, no sobra señalar que lo relativo a su posesión previa como elemento a tener en cuenta para decidir este asunto, suponiendo que pudiese tenerse como debidamente probado, constituye un argumento que no fue planteado, como correspondía haberlo hecho, en el libelo de contestación de la demanda de ejecución (ver folios 190-194). De ahí que, como consecuencia de los derechos fundamentales al debido proceso y de defensa, ahora no pueda ser considerado.-

VII. En abono de lo indicado, ha de tenerse en cuenta que, como consecuencia del principio de aportación, que rige también en los procesos de familia, por regla general y salvo disposición expresa en contrario, además de fijar el *petitum*, a las partes les incumbe, de modo exclusivo, introducir y definir los hechos sobre los cuales ha de versar la controversia —la *causa petendi*— y la de producir las pruebas que estimen pertinente para acreditarlos —doctrina de los numerales 305, 316 y 317 del *Código Procesal Civil*—. Por consiguiente, para alcanzar su propósito, quien acciona debe alegar y demostrar los aspectos fácticos constitutivos del derecho reclamado y, quien figura como accionado o accionada, ha de hacer lo propio respecto de aquellos que tengan carácter extintivo, obstativo o excluyente de él. El cumplimiento de esas cargas se hace, justamente, en el respectivo escrito inicial. Con esos actos se fija el “*thema decidendum*”; es decir, el objeto —fáctico y jurídico— del debate, el cual constituye un límite para la autoridad competente (principio de inmutabilidad del litigio). Sobre el particular, en la sentencia n.º 2004-524, de las 10:05 horas del 24 de junio de 2004, reiterada en la n.º 2006-16, de las 9:55 horas del 25 de enero de 2006, la Sala Segunda señaló que “(...) en forma reiterada se ha indicado que con la demanda y la contestación queda trabada la litis; razón por la cual, con posterioridad, no resultan admisibles las propuestas que las partes no plantearon en forma oportuna; pues ello, sin duda, iría en contra de una de las partes, con lo que se violentaría la garantía fundamental del debido proceso y el derecho de defensa, en el tanto en que no contaría con la posibilidad de realizar las argumentaciones de hecho o jurídicas que estimara

pertinentes, en defensa de sus derechos (En ese sentido, pueden consultarse, entre las más recientes, las sentencias de esta Sala, números 13, de las 9:50 horas del 21 de enero; 44, de las 9:30 horas del 30 de enero; 107, de las 9:40 horas; 108, de las 9:50 horas, ambas del 20 de febrero; y, 119, de las 10:00 horas del 27 de febrero, todas de este año 2.004).” Además, la parte afectada “(...) se vería impedida para argumentar lo pertinente y para aportar la prueba en que apoyara su eventual nueva posición; quedando, entonces, en una situación de indefensión, violentándose así el derecho de defensa en juicio (En un sentido semejante, pueden consultarse las sentencias, de esta Sala, N^{os} 423, de las 9:50 horas, del 1^o de agosto del 2001; 54, de las 10:10 horas, del 13 de febrero; 103, de las 14:45 horas, del 13 de marzo; 292, de las 10:10 horas, del 14 de junio, estas últimas del 2002; y 204, de las 14:10 horas del 30 de abril del 2003).” (Voto n.º 2006-790, de las 15:25 horas del 16 de agosto. Ver también el n.º 2006-149, de las 9:40 horas del 10 de marzo, ambos de 2006). Por supuesto, lo indicado no desconoce la facultad de ordenar prueba para mejor resolver, pero sí tiene en cuenta que, en todo caso, esta solo puede versar sobre los aspectos fácticos introducidos, oportuna y debidamente, por las personas contendientes, en relación con los cuales no haya habido reconocimiento tácito o expreso, ni pueda presumirse un fraude procesal —ordinales 304, 316, 325 y 331 del *Código Procesal Civil*— (ver, en similar sentido, los votos de la Sala Segunda n.ºs 215-99, de las 10 horas del 30 de julio y 1999-363, de las 10:10 horas del 19 de noviembre, ambos de 1999). En concordancia con lo anterior, el artículo 99 *ibídem* prohíbe a las autoridades jurisdiccionales pronunciarse sobre cuestiones no debatidas respecto de las cuales la legislación vigente exige la iniciativa de parte (ver el voto n.º 265-07, de las 9 horas del 23 de febrero de 2007). Con base en esos principios y preceptos y en otros conexos —ordinales 153 y 155 del *Código Procesal Civil*—, el órgano llamado a resolver una ejecución no puede otorgar cosa distinta o más de lo pedido, ni menos de lo resistido (principio de congruencia). La sentencia debe, entonces, condenar o absolver a la parte accionada según el estado de las cosas existente en la época en que quedó integrada la litis. Cuando se incumple esa exigencia se incurre en el vicio de incongruencia —*citrapetita*, *extrapetita* o *ultrapetita*— que da lugar a una nulidad absoluta, por cuanto produce indefensión a una o a ambas partes. Ni el interés del Estado y de la colectividad social de solucionar equitativamente los conflictos jurídicos surgidos en su seno, reconocidos en la actualidad por la doctrina, la legislación —artículos 1º, 3º, 97, 98 y 132 del *Código Procesal Civil*— y la jurisprudencia, rompen con esas exigencias mínimas derivadas del principio dispositivo (ver el voto de la Sala Segunda n.º 98-90, de las 10 horas del 25 de marzo de 1998) y que tiene como principal referente los derechos fundamentales al debido proceso y de defensa (ver, entre otros, los votos de la Sala Segunda n.ºs 2005-351, de las 9:30 horas del 13 de mayo de 2005; 2007-387, de las 10:35 horas del 20 de junio; 2007-576, de las 14:55 horas del 22 de agosto; 2007-887, de las 9:35 horas del 21 de noviembre, los últimos de 2007 y 2008-219, de las 9:40 horas del 12 de marzo de 2008; así como los de este Tribunal n.ºs 78-10, de las 8:40 horas del 14 de

enero; 92-10, de las 9:20 horas del 19 de enero; 938-10, de las 9:30 horas del 8 de julio; 1283-10, de las 8:40 horas del 13 de setiembre; 1695-10, de las 8:30 horas del 7 de diciembre, todos de 2010; 195-11, de las 8:40 horas del 16 de febrero; 379-11, de las 8 horas; 380-11, de las 8:30 horas, ambos del 18 de marzo y 537-11, de las 11:05 horas del 26 de abril, los últimos de 2011).-

VIII. Se equivoca la parte ejecutante cuando pretende que se admita su tesis sobre la carga de la prueba. Tratándose, como en efecto sucede, de un aspecto meramente patrimonial, era a ella y no a l ejecutado a quien le incumbía acreditar el monto de los alquileres que reclama. De ahí que, en aras de poder pronunciarnos sobre la eventual procedencia de esa pretensión, en esta instancia se procuró enderezar lo actuado y, por eso, mediante la resolución de las 13 horas del 25 de febrero de 2010, se le ordenó a l perito A. ampliar su dictamen a efecto de establecer cuál porción de esos réditos se debe imputar al terreno y cuál a la construcción propiamente dicha. Ese profesional cumplió con lo prevenido , pero circunscribió su respuesta a un periodo que no corresponde a aquel que abarcaría el extremo solicitado (ver ampliación de folios 431-435 y 436-440). Luego, p or petición de don M. (folios 448-449), se pidió una nueva ampliación (folios 487 y 493-494). Más tarde, el 22 de marzo de los corrientes, por resolución de las 13 horas, se ordenó realizar un peritaje que abarcase el periodo comprendido entre el 1° de enero de 2005 y la data actual y se le previno a doña L. el depósito, en el plazo de 5 días , de la suma de cincuenta mil colones por concepto de honorarios provisionales del perito (folios 505-506). Ella pidió la revocatoria de ese proveído (folios 509-510), que fue rechazada oportunamente (folio 518). Sin embargo, no cumplió con lo ordenado en razón de su *“(...) imposibilidad económica de sufragar los honorarios de dicho perito (...)”* (Folio 628). En tales circunstancias y como se está en presencia de la última fase de este proceso, a nada conduciría establecer si los frutos en cuestión son o no gananciales, pues, de considerarlos como tales, resultaría imposible establecer con base en prueba idónea, el monto al que ascenderían. Por ello, no queda otra salida que avalar lo resuelto en el pronunciamiento impugnado.-

IX. Como corolario de lo expuesto, se deben desestimar los agravios formulados por ambas partes y, en lo que fue objeto de recurso, mantener incólume el fallo venido en alzada.”

7. La Reversión de la Carga de la Prueba en los Procesos de Pensiones Alimentarias

[Tribunal de Familia]^{viii}
Voto de mayoría

“II. Ya la Sala Constitucional ha puntualizado que *“(...) el derecho a la prestación alimentaria se deriva de los vínculos familiares que impone ya sea el matrimonio, la*

patria potestad o bien el parentesco, y tiene como objeto asegurar al beneficiario alimentario el suministro de aquellos extremos necesarios para su normal desarrollo físico y psíquico. Así, la obligación de dar alimentos tiene sustento tanto en los artículos 51 y 52 de la Constitución Política, como en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que con su satisfacción se le garantiza al acreedor alimentario el disfrute de una serie de derechos humanos indispensables para su subsistencia y desarrollo integral, entre los que se incluyen, entre otros, el derecho a la vida, a la salud, a la vivienda y a la educación (ver en este sentido las sentencias número 2001-07517 de las catorce horas con cincuenta minutos del primero de agosto del dos mil uno y 2003-15392 de las quince horas con cincuenta y ocho minutos del diecinueve de diciembre del dos mil tres). Es justamente ese carácter fundamental de la obligación alimentaria el que justifica que se prevea la fijación de una pensión provisional mientras se conoce de una demanda de alimentos -a fin de que los acreedores alimentarios puedan satisfacer de forma inmediata sus necesidades básicas mientras se tramita y resuelva la respectiva demanda-, así como que su pago se pueda garantizar por medio del apremio corporal, conforme a lo establecido en los artículos 165 del Código de Familia, 21 y 24 de la Ley de Pensiones Alimentarias (ver en este sentido sentencia número 2003-8604 de las dieciséis horas con cuarenta minutos del diecinueve de agosto del dos mil tres). En cuyo caso, este Tribunal ha resuelto que no resulta inconstitucional la orden de apremio corporal dictada por autoridad judicial competente, contra el deudor que hubiese incumplido su obligación alimentaria, por así permitirlo la Constitución Política, en el párrafo segundo de su artículo 39. Lo que resulta compatible con lo dispuesto en el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que se refiere al derecho de la libertad personal, en relación con la detención motivada en deuda, y al efecto establece: / "Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios."

/ Como corolario de lo anterior, este Tribunal ha resuelto de forma reiterada que la fijación de una pensión alimentaria responde a la protección de valores constitucionales y de derechos humanos, que obligan a su pago, inclusive mediante el apremio corporal (ver en este sentido sentencias número 2794-96 de las doce horas del siete junio de mil novecientos noventa y seis y 2000-00198 de las diez horas dieciocho minutos del siete de enero del dos mil)." (Votos de la Sala Constitucional n.ºs 2008-8645, de las 17:36 horas del 21 de mayo; 2008-10461, de las 14:40 horas del 24 de junio; 2008-12101, de las 15:08 horas del 15 de agosto y 2008-13010, de las 15:57 horas del 27 de agosto, todos de 2008. La negrita es agregada). Tratándose de la obligación alimentaria entre cónyuges, ese mismo órgano apuntó que "El artículo 52 de la Constitución Política establece que el matrimonio es la base esencial de la familia, y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges. El artículo 51 del mismo Cuerpo de Leyes, define a la familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad e

indica que como tal, tiene derecho a la protección del Estado. Como desarrollo de esos preceptos constitucionales, el legislador estableció en el Código de Familia que el matrimonio es la base esencial de esa institución y tiene por objeto la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio (artículo 11). El artículo 34 de ese Código refiere que los esposos están obligados a respetarse, a guardarse fidelidad y a socorrerse mutuamente. De esa obligación de socorro mutuo surge la obligación alimentaria que está prevista en el artículo 169 inciso 1) del Código de Familia, el cual indica que se deben alimentos los cónyuges entre sí. De manera que si bien es cierto, es posible afirmar que el derecho a ser alimentado y su correlativo deber de proveer los alimentos, no está establecido en forma directa por la Constitución Política, deriva en forma indirecta de los preceptos constitucionales señalados y reviste el carácter de derecho humano fundamental (...).” (Voto n.º 2001-7517, de las 14:50 horas del 1º de agosto de 2001. La negrita es agregada).-

III. De acuerdo con los artículos 21 de la *Ley de Pensiones Alimentarias* y 168 del *Código de Familia*, en el auto inicial de cualquier proceso alimentario, una vez comprobado el parentesco, se debe establecer una cuota provisional a cargo del obligado preferente. Como esa fijación tiene lugar cuando se le da curso, el monto correspondiente no se puede determinar con base en todos los elementos de juicio necesarios, ni en una valoración de los aportados hasta ese momento propia del pronunciamiento final, sino que ha de echarse mano a la apariencia de buen derecho, deducida de los que consten en el expediente, de lo argumentado por la persona gestionante y, por supuesto, de la prudencia, tomando en cuenta, por una parte, las necesidades y el nivel de vida habitual de la (s) persona (s) beneficiaria (s), para su adecuado desarrollo físico y psicológico y, por la otra, que, conforme lo dispone el numeral 164 del *Código de Familia*, el término alimentos comprende aquello que “(...) provea sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación, diversión, transporte y otros, conforme a las posibilidades económicas y el capital que le pertenezca o posea quien ha de darlos.” En resumen, para hacerla es necesario constatar, aunque sea de manera presuntiva o por aplicación de las reglas de la carga de la prueba, tres condiciones o presupuestos básicos: a) la relación de parentesco que, de acuerdo con la normativa vigente, da derecho a percibir alimentos; b) las posibilidades materiales de la persona obligada a pagarlos y c) las necesidades y el nivel de vida de la persona beneficiaria. Como lo apuntó la Sala Constitucional en el voto n.º 2010-9775, de las 14:31 horas del 1º de junio de 2010, “(...) debe quedar claro que el monto provisional de la pensión alimentaria no debe cuantificarse únicamente en relación con los ingresos económicos del deudor alimentario, sino que debe establecerse un juicio de ponderación en que se han de tomar en cuenta tanto las condiciones de quien tiene a cargo la obligación alimentaria como de los beneficiarios.” Por último, al tratarse de una fijación prudencial, tanto los ingresos de quien debe cubrirla como los requerimientos de la acreedora o las acreedoras se determinan de

manera preliminar, con medios probatorios escasos y, en particular, prestando especial atención a los alegatos de la o del solicitante. De ahí que esté sujeta a variación, ya sea mediante los recursos que se planteen contra el proveído que la establece o por la sentencia de fondo que, en definitiva, resuelva el asunto cuando se haya instruido debidamente.-

IV. Para esta Cámara, el nivel de vida del grupo familiar que conformaban el señor A, la señora G y los hijos de ambos, M y MA, de 4 y 5 años de edad respectivamente (ver copias de folios 79-91 y 92-105), puede ser caracterizado como holgado y hasta suntuoso. Ello supone, por un lado, satisfacer determinadas necesidades, inusuales para muchas personas y, por el otro, ingresos altos. Así lo confirman algunos hechos fundamentales sobre los cuales no parece haber mayor controversia: 1) residen en una casa de ..., construida en un amplio lote de dos mil setecientos cincuenta y siete metros cuadrados , que cuenta, incluso, con piscina (certificación de folios 297-300, documental de folios 34-35, 70-71, 72, 73 y fotografías de folios 149-162) ; 2) ambos niños asistían al Instituto Preescolar Contemporáneo, un centro que “ (...) se dedica a la educación preescolar atendiendo a niños de 1 a 5 años, de un nivel socioeconómico medio alto y alto. ” (Constancia de folio 43) ; 3) don A se ha desempeñado como empresario (hecho no controvertido); 4) él tiene participación en varias sociedades anónimas (certificación de folios 125-126); y 5) hasta fecha reciente, doña G se ha ocupado fundamentalmente de las labores de cuidado de sus hijos. De esos aspectos fácticos es posible inferir que, además de los cuidados y la atención pertinentes, sus hijos demandan un gasto significativo para satisfacer sus necesidades y mantener el estilo de vida al que están acostumbradas y, en particular, que el señor A, obligado preferente, ha contado con las posibilidades económicas para ofrecerles a quienes continúan siendo sus descendientes en primer grado condiciones materiales similares a aquellas de las que disfrutaban antes de la ruptura de la relación de pareja. Si a ello se agrega que, en esta sede, él pretende que se tenga como demostrado un cambio dramático en su situación económica, lo que amerita un mayor investigación y debate, pues la documentación en que se apoya solo da cuenta de una importante deuda tributaria y con la seguridad social (documental de folios 235-236, 238 y 240) y de que Importadora de Corbatas, Sociedad Anónima, aparece desinscrita como contribuyente (ver constancia de folio 233), lo que bien podrían estar orientadas, como lo alega la señora G, a evitar su cabal cumplimiento, sin que se aclare, por ejemplo, qué sucedió con el inventario y los activos de la empresa, no parece posible atender, por ahora, su agravio, sin detrimento de que la sentencia que en definitiva se emita establezca lo pertinente. La certificación de movimientos migratorios de folios [...], aportada por la señora G, permite poner en duda que haya pasado de ser un empresario exitoso para convertirse en un simple asalariado, con un ingreso tan bajo (seiscientos mil colones mensuales). Sus constantes viajes fuera de Costa Rica en los últimos años no registran un cambio dramático como para suponer que su situación económica se ha visto

notablemente desmejorada. Nótese que a folio 448 consta su solicitud de autorización de salida del país entre el 19 y el 27 de julio pasado, gracias a la cual viajó a Shanghai (folios [...]). Obviamente, el costo de ese periplo y, en particular, el depósito del monto correspondiente a 14 cuotas mensuales (folio [...]), dan cuenta de su solvencia. Ni siquiera su manifestación de que ese dinero le fue facilitado en calidad de préstamo (ver memorial de folio [...]) permite desvirtuar, por ahora, ese aserto porque, aun cuando así fuese, es obvio que un asalariado medio no suele tener acceso a un crédito tan alto con tal facilidad y, mucho menos, puede darse el lujo de cubrir un viaje oneroso y dejar su trabajo por más de una semana. Recuérdese que, como ya se apuntó, lo propio en esta etapa es que la pensión provisional se fundamente en presunciones sobre las necesidades de las personas acreedoras y las posibilidades del obligado. Si algún asidero pudiese tener su objeción, lo cierto es que el tiempo transcurrido desde la imposición de la provisional y sus propias actuaciones parecen confirmar que su situación financiera le permite hacerle frente a la cuota impuesta. De ahí que no puede estimarse como irracional y desproporcionada y, por ello, resulta improcedente rebajarla.-

V. Los alegatos planteados por el señor A en esta sede no son de recibo. No cabe duda que si se atiende únicamente a su edad, la señora G bien podría trabajar. Sin embargo, si, como está acreditado, ella es actriz, no se ha visto compelida a mantenerse incorporada en forma permanente al mercado de trabajo y tiene dos hijos pequeños y si el medio costarricense no garantiza a quienes tienen su misma profesión estabilidad y condiciones laborales básicas, sus posibilidades de desarrollar esa actividad económica son reducidas y, a la postre, no constituiría un medio adecuado para disminuir las cargas económicas que supone la manutención del otrora grupo familiar, pues conllevaría generar otros gastos -por ejemplo, los relacionados con el cuidado de sus hijos- cuyo costo no es desdeñable. Es incuestionable que un hijo o una hija pequeña demanda dedicación, atención y cuidados de quien, a raíz de la ruptura del vínculo de pareja, asume su guarda, crianza y educación. También lo es que, generalmente, el otro progenitor suele desconocer el valor y la trascendencia de ese trabajo para el desarrollo de su prole y, en particular, el tiempo que reclama, así como el desgaste físico y las dificultades emocionales y socio-laborales que supone (ver el voto n.º 703-10, de las 9:40 horas del 26 de mayo). No obstante y por más difícil que sea cuantificarlo, este Tribunal no puede admitir que no se reconozca ese aporte y se haga caso omiso de esa carga, sobre todo si con ello se pretende objetar el alcance de la responsabilidad directa o indirecta del obligado alimentario. En sociedades como la costarricense, *“(...) la maternidad se tiende a vivir desde dos formas que se alternan o se acompañan: una, como realización personal concreta y vicaria a la vez, ya sea porque se cumple con lo esperado o porque efectivamente se crea un vínculo especial en el proceso de la crianza y más allá de esta; y otro, como una situación de una gran responsabilidad cargada de tareas interminables, miedos a fallar, culpas por no cumplir*

con lo esperado, incertidumbre, esperanzas y otros sentimientos más o menos felices que la acompañen.” [QUIRÓS, Edda y ZAMORA, Alicia (s.f.), “No sólo pies para caminar... también alas para volar”. Módulo de Identidad “Abriendo mis alas para volar”, INAMU: Manual en Módulos para el fortalecimiento personal y social de niñas y adolescentes embarazadas y madres. Recuperado de http://www.inamu.go.cr/index.php?option=com_content&task=view&id=294&Itemid=840]. Por eso mismo, es un asunto como este, es inadmisibles argumentar que la beneficiaria trabaja en forma remunerada sin reparar en el hecho de que está cumpliendo personalmente con esa obligación jurídica de primer orden. En este momento histórico, la incapacidad de valorar las implicaciones cotidianas del ejercicio de la maternidad y del maternazgo, máxime cuando se debe acompañar a hijos de tan corta edad, constituye un comportamiento reprochable, pero, sobre todo, una forma de violencia simbólica contra las mujeres. A mayor abundamiento, conviene reiterar que el preámbulo de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* destaca, de modo expreso, “(...) el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la función de los padres en la familia y en la educación de los hijos (...)” e insiste en que “(...) el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres (...)”. Esto último no es más que la consecuencia del principio de igualdad de derechos, de la cooperación y del mutuo auxilio que, en virtud de lo dispuesto en los numerales 2, 11 y 34 del *Código de Familia*, conforman la plataforma básica de las relaciones de pareja y, por extensión, de las que subsisten entre quienes lo fueron a raíz de los vínculos de filiación.-

VI. A mayor abundamiento, no puede dejarse de lado que, al tenor de lo previsto en el ordinal 7 de la *Ley de pensiones alimentarias*, “Para interpretar esta ley, se tomarán en cuenta, fundamentalmente, el interés de los alimentarios y los principios establecidos en el artículo 2 (...)”; es decir, “(...) las características de la obligación alimentaria: perentoria, personalísima, irrenunciable, y prioritaria, así como la directriz de responsabilidad en el cumplimiento de los deberes de familia.” (La negrita es agregada). Como se desprende de lo expuesto, este último principio estructura la regulación vigente en la materia (ver, al respecto, los votos n.os 1766-05, de las 10 horas del 16 de noviembre de 2005 y 277-11, de las 8:40 horas del 2 de marzo de 2011). Tampoco debe obviarse que, en razón de su edad y de su condición social de especial vulnerabilización, los derechos fundamentales de MA y M, sus dos hijos, están por encima de los suyos y de los de cualquier adulto, en virtud del medular principio del interés superior de la persona menor de dieciocho años, recogido, entre otros instrumentos internacionales, en el numeral 3 de la *Convención sobre los derechos del niño*. Tampoco es factible obviar que, como lo dispone el artículo 2 de la *Ley de*

pensiones alimentarias, el principio de responsabilidad estructura la regulación vigente en esta materia. Buena muestra de ello es que el 27 *ibídem* establezca que *“Para evitar el pago de la pensión alimentaria, no será excusa atendible que el obligado no tenga trabajo, sueldo ni ingresos; tampoco el que sus negocios no le produzcan utilidades (...).”* (Ver, al respecto, el voto n.º 1766-05, de las 10 horas del 16 de noviembre de 2005). Por consiguiente, ninguna autoridad jurisdiccional puede avalar que un padre deje de solventar la porción que siempre ha cubierto y recargue en la madre la mayor parte o toda la responsabilidad por su prole. Como lo que está en juego es la satisfacción de algunas necesidades básicas de las niños -justamente, las que se pueden satisfacer con dinero- ese alegato no solo es inadmisiblesino que resulta francamente reprochable por el adultocentrismo que revela. En todo caso, es ilegítimo que las decisiones de las personas adultas provoquen que ellas experimenten dificultades para ejercer en forma efectiva sus derechos fundamentales, como lo son, por ejemplo, el pago de los víveres, de los servicios básicos y de sus actividades de ocio, recreación y socialización. En el expediente legislativo n.º 14064, correspondiente al proyecto que dio lugar a la *Ley de paternidad responsable*, se dejó consignado que *“En el plano económico, son considerables los gastos de manutención que demanda la crianza de una hija o un hijo; en este sentido, es injusto que la madre asuma este tipo de responsabilidades de forma individual, sin el apoyo del padre. La situación social que genera la irresponsabilidad paterna, afecta el cumplimiento efectivo de los derechos humanos económicos y sociales de las mujeres, sus hijos e hijas, reconocidos en el ordenamiento jurídico internacional y nacional. Sin duda, el incumplimiento de las obligaciones económicas por parte de los padres, es una omisión que implica pérdida de derechos y recursos económicos para las madres, sus hijos e hijas. En este sentido, puede considerarse una forma de violencia patrimonial, tal y como se define en el artículo 2, inciso e), de la Ley Contra la Violencia Doméstica.”* En tales condiciones, acceder a la gestión del incidentado tendría, además, un efecto prohibido, cual es reforzar los papeles tradicionales de los hombres y las mujeres en la crianza de los hijos y las hijas; es decir, que propiciaría la irresponsabilidad paterna y legitimaría que la maternidad continúe siendo una causa de discriminación; todo lo cual vulnera lo previsto en la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (ver, en igual sentido, el voto n.º 1179-10, de las 10:10 horas del 24 de agosto de 2010). A mayor abundamiento, es imperativo destacar lo indicado en el voto n.º 522-10, de las 10:30 horas del 20 de abril de 2010, reiterado en el n.º 609-11, de las 16:02 horas del 17 de mayo de 2011 , *“Semejante concepción hace caso omiso no solo de que el interés primordial al que debe atenderse a la hora de resolver un asunto como este es el del hijo o de la hija, sino también toda la histórica lucha por la igualdad de género que impide atribuir derechos y responsabilidades en atención a la diferencia sexual entre los hombres y las mujeres. Un instrumento internacional de primer orden como lo es la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer demanda de quienes operamos con el Derecho impedir que el papel de*

las mujeres en la procreación sea causa de discriminación, entendida esta, en el caso concreto, como la atribución desigual de la responsabilidad en la crianza de los hijos e hijas. También nos exige implementar las medidas necesarias a efecto de "(...) modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia (...)" (preámbulo)."-

VII. Por otra parte, como se hizo en los votos n.^{os} 1617-10, de las 8:40 horas del 24 de noviembre de 2010; 337-11, de las 9:15 horas del 9 de marzo y 609-11 de las 16:02 horas del 17 de mayo, ambos de 2011, es preciso señalar que en este tipo de procesos opera una especie de reversión de la carga de la prueba, en virtud de la cual incumbe a la parte demandada demostrar cuáles son sus entradas y gastos, así como su periodicidad y sus prioridades y, en caso de que las primeras hayan sufrido una trascendente desmejora o los segundos hayan aumentado en forma considerable, brindar una explicación razonable sobre su situación financiera, justificar debidamente a qué obedece y acreditarlo con prueba idónea. Partir de la regla contraria, implicaría colocar a quien acciona en una situación de difícil o imposible cumplimiento y quebrantar su derecho a la tutela judicial efectiva, pues, en general, los elementos de convicción que permitirían demostrar esos aspectos suelen ser inaccesibles o, cuando menos, de acceso restringido por estar referidos a la esfera privada. Esa lectura de las reglas civiles de la carga de la prueba es la que tiende a la efectiva satisfacción de las necesidades básicas de la persona titular del derecho a alimentos, en tanto garantía de su también fundamental derecho a un desarrollo físico y psíquico adecuado. Tal finalidad justifica y se refleja en el hecho de que la obligación alimentaria no participe de las características propias de una deuda civil, pues no busca enriquecer ni indemnizar, sino sufragar los gastos básicos de la persona beneficiaria. Por eso es prioritaria, perentoria, de renovación continúa, intransmisible, de cobro privilegiado, inembargable y está fundada en el principio básico de responsabilidad en el cumplimiento de los deberes de familia."

8. Carga de la Prueba en el Proceso de Impugnación de Reconocimiento

[Tribunal de Familia]^{ix}
Voto de mayoría

"II. La infracción que reclama, por falta de aplicación de los artículos 310 y 311 del Código Procesal Civil no es de recibo. El artículo 44 del Código Civil dispone que los derechos de la personalidad, dentro de los cuales está a no dudarlo la filiación, están fuera del comercio. Esto significa que los particulares no están autorizados a llegar a acuerdos o a definir conforme a sus propios intereses, la filiación de una persona, normalmente menor de edad. Esa limitación comprende la imposibilidad que tienen las partes de transar, aún en la vía judicial, bien de manera expresa o tácita - como sería el caso de la rebeldía- la filiación de una persona. Acorde con esa limitación es

que la confesión judicial, a pesar de probar plenamente contra quien la hace, no vale cuando se trata de hechos relativos a derechos indisponibles. Por eso es que en esta materia, la rebeldía no puede tener –ni ha tenido nunca- el efecto que le pretende asignar el recurrente, es decir, la confirmación o aceptación de los hechos mencionados en la demanda. Tampoco la inasistencia de la demandada a evacuar la prueba de marcadores genéticos reviste en este caso trascendencia alguna, aún cuando se le aplicaran los efectos dispuestos por el artículo 98 del Código de Familia, es decir, valorarla como un indicio de veracidad de que las menores no son hijas del actor. Tal y como lo resolvió el tribunal, en materia de impugnación de reconocimiento existe una línea jurisprudencial claramente definida de respeto a lo dispuesto por el artículo 87 del Código de Familia. De acuerdo con esta disposición el reconocimiento es irrevocable, es decir, que una vez que una persona reconoce legalmente a otra como hija suya no puede revocar o dejar sin efecto esa declaración. Sin embargo, atendiendo también al artículo 86 ídem que dice que *el reconocimiento podrá ser impugnado por el reconocido o por quien tenga interés, cuando ha sido hecho mediante falsedad o error*, se ha admitido que en tales casos quien efectúa un reconocimiento puede impugnarlo pero únicamente bajo esos específicos supuestos, es decir, que el reconocimiento fue efectuado habiendo mediado un vicio de la voluntad: falsedad o error, como resulta -por ejemplo- cuando el reconocimiento se efectúa bajo el convencimiento de haber procreado a la persona reconocida. Lo anterior significa que el ordenamiento jurídico no tutela ni autoriza a disponer indiscriminadamente de la identidad o personalidad de otra, según convenga a los intereses de quien reconoce. Por eso es que en procesos de esta naturaleza resulta ineludible la comprobación de la existencia de alguno de esos vicios; porque de lo contrario, es decir, si el impugnante no logra demostrar la existencia del vicio en la voluntad, se entiende que el reconocimiento fue libre y voluntario, con todas sus consecuencias, lo cual implica la posibilidad de que la persona reconocida no fuera efectivamente hija suya, pues este no es un supuesto necesario para el reconocimiento. Es más, expresamente se ha dicho que en los procesos de impugnación de reconocimiento ninguna relevancia tiene la sola demostración de que la persona reconocida no fue concebida por el padre registral. Sobre este particular en el voto n° 618-2004 de 9:50 horas de 30 de julio de 2004, se dijo:

En aplicación de esas normas, no se ha accedido a la impugnación de reconocimiento del padre registral, aún cuando se tenga conocimiento cierto de que el padre biológico no es éste, cuando en esa declaración unilateral de voluntad no ha mediado error o engaño. Así, en el Voto número 427, de las 14:50 horas, del 21 de diciembre de 1995, se expresó cuanto sigue “...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". Mas, la irrevocabilidad de reconocimiento responde en primer término a la necesidad de seguridad jurídica respecto de la filiación y, por supuesto, viene a tutelar el interés del reconocido. De esa manera se ha estimado que no puede admitirse pura y simplemente el arrepentimiento del padre registral, como fundamento para que prospere una impugnación de reconocimiento por inexistencia de la paternidad biológica que ya conocía. El reconocimiento produce efectos jurídicos (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 el reconocido como de la familia a la cual se incorpora en virtud del reconocimiento. En tal sentido, el reconocimiento es una manifestación unilateral de voluntad que afecta a terceros. Ese acto hace nacer el derecho del reconocido a ser alimentado por el padre registral, a llevar sus apellidos, 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. Por lo anterior, la persona que realiza el reconocimiento no puede disponer de todos esos derechos pues no es su titular; los que en todo caso son derechos indisponibles (artículo 78 del Código de Familia); de hacerlo, se estaría atentando como se dijo, contra el principio de seguridad jurídica en materia de filiación y, además, contra el interés superior de los menores garantizado por instrumentos internacionales.

Por esa razón, se ha dicho que en este tipo de procesos, el padre registral que intenta 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 haber sido declarada en rebeldía la accionada ya que, según se dijo, no procede tener demostrados los hechos de la demanda por versar el juicio sobre derechos indisponibles. Tampoco se puede tener por demostrado el fundamento de la demanda con las declaraciones de la testigo A. porque esa testigo da cuenta de que el actor conocía que las menores no eran hijas suyas; que al parecer, las reconoció para hacerle un favor a la demandada; que el actor nunca había tenido una relación sentimental con la demandada; que él está seguro de que las menores no eran hijas suyas, lo que resulta coherente con las manifestaciones del actor en el sentido de que él nunca les dio trato ni fama de hijas suyas, es decir, que siempre fue consciente de que no habían sido procreadas por él. De esas manifestaciones se desprende entonces que el actor reconoció a las menores con pleno conocimiento de que no eran hijas biológicas suyas, por lo que ahora, en

virtud de la limitación contenida en el artículo 87 del Código de Familia no puede revocar esa decisión, al no demostrar tampoco, alguna de las situaciones que de manera excepcional lo autorizaban para ello, según el numeral 86 ídem.”

9. Carga de la Prueba en Asuntos de Violencia de Género

[Tribunal de Familia]^x

Voto de mayoría

“VII. *ONUS PROBANDI* Y VIOLENCIA DE GÉNERO . En la prohibición de la discriminación y la violencia de género, la cuestión de su prueba ocupa un lugar estratégico, sobre todo si se toma en cuenta que, en términos generales, se está en presencia de comportamientos ilegítimos socialmente *invisibilizados* y *naturalizados* y que, quien incurre en ellos, suele tomar una serie de previsiones para no dejar evidencia de su ocurrencia o, simplemente, para desvirtuarlos y restarles trascendencia. De ahí que para poder sancionarlos y erradicarlos sea necesario enfrentar, en particular, las estrategias de ocultación de su autor, lo que no puede depositarse en la víctima pues eso significaría perpetuar la vulneración de sus derechos fundamentales. Por eso, la doctrina especializada y los Estados han elaborado una serie de reglas y principios en relación con el *onus probandi*, que parte de la evidente desigualdad social entre las partes que media en tales supuestos. En el ámbito de la Unión Europea, por ejemplo, las directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE establecen que, en materia civil, la persona que se considere víctima de una discriminación debe acreditar únicamente aquellos hechos que permiten presumir su existencia, en tanto que a la parte demandada le incumbe demostrar que no ha infringido el principio de igualdad de trato. A nuestro juicio, esas reglas son de aplicación en asuntos como este, no solo porque pueden considerarse como un desarrollo de lo previsto por el numeral 317 del *Código Procesal Civil*, sino también porque así lo exige una correcta exégesis de la normativa internacional aplicable en Costa Rica. Por consiguiente y tratándose, como en efecto sucede, de la violación más severa a los derechos humanos que se registra en el país, se debe partir de la presunción de veracidad de la demanda y aplicar aquí la redistribución de la carga de la prueba. Redistribuir es atribuir de modo diverso y hacer recaer el peso de la prueba de modo diferente al tradicional, considerando la disparidad en la que se encuentran quienes conforman una relación de pareja cuando media una dinámica de violencia en perjuicio de uno de sus miembros. La posición social de inferioridad de la víctima es notoria y, por eso, se ha de procurar corregir ese desequilibrio atribuyendo al agresor una mayor carga probatoria. Como consecuencia de ello, el traslado de la demanda se traduce en un apercebimiento de tener por cierto su contenido si la persona accionada no la contesta y, en caso de que no dé respuesta específica a cada uno de sus extremos, esa falta de contradicción expresa implica un reconocimiento tácito de su parte. A quien acciona le incumbe únicamente la carga de

probar la existencia del vínculo y algún elemento indiciario de la violencia endilgada, sin que ello implique, por supuesto, impedimento ni exoneración absoluta de demostrar de forma complementaria los diversos hechos que afirma. A la persona demandada le corresponde desacreditar la credibilidad o el relato de la accionante y, en caso de duda, se debe optar por lo más favorable a la tesis de la víctima. Como bien ha apuntado la Sala Tercera, en una materia tan restrictiva como la penal, *“(...) la violencia intrafamiliar es un problema de primer orden en nuestro país, que constituye todo un reto para el quehacer jurisdiccional que interviene en dicha problemática. Esto no significa más que debe valorarse cada episodio a la luz de las reglas de la experiencia y la psicología, que en este campo tienen reglas especiales, que se han ido construyendo gracias a estudios y al aporte de las víctimas y de personas que se han dedicado a atender esta problemática. Lo dicho significa que debe haber una lectura especial de los acontecimientos que es precisamente aquella que le deviene del propio contexto en que se produce, a saber, la violencia intrafamiliar, las relaciones de poder y dominación, el componente socio cultural que existe detrás de cada episodio y que permite visualizar un patrón de control, de dominación –que contribuye a comprender y valorar la conducta del agresor- y un rol de receptor (a) de la agresión –que contribuye a comprender y valorar la conducta de las víctimas-. Indiscutiblemente detrás de cada evento de agresión hay factores sociales, culturales, políticos, que están presentes y que deben ser visualizados y tomados en consideración por los juzgadores. Con lo dicho (...) se advierte la necesidad tener (sic) en cuenta la situación propia de violencia y ver más allá, buscar el trasfondo de los hechos, cuáles son sus antecedentes, qué tipo de relación existe y precedió el evento que se analiza, cómo se han manifestado las relaciones de poder entre los involucrados y cómo todos estos factores son útiles para juzgar correctamente el caso, como producto de un contexto determinado por los propios actores y la relación que media entre ellos. Por supuesto que un episodio de agresión intrafamiliar no puede ser valorado con los mismos criterios que los de un pleito callejero, ocurrido entre extraños o desconocidos y esto es lo que la Sala [y este Tribunal] quiere resaltar, a propósito del reclamo que se conoce.”* (Voto n.º 2003-982, de las 10:05 horas del 31 de octubre de 2003).-)

[...]

IX. LA SEVICIA COMO CAUSAL DE DIVORCIO. Como fundamento de su demanda, la actora alegó la causal de sevicia, prevista en el inciso cuarto del artículo 48 del *Código de Familia*. Eso hace necesaria la calificación de los hechos probados, para lo cual es preciso delimitar, en primer término, los alcances de ese concepto jurídico indeterminado. Tanto en la doctrina [ver, por todos, TREJOS, Gerardo (1982). *Derecho de Familia costarricense*. San José: Editorial Juricentro, S. A., pp. 271-273] como en la jurisprudencia nacionales [ver, entre otros, los votos de la Sala Segunda N.ºs 131, de las 9:30 horas del 27 de junio; 143, de las 16:10 horas del 4 de julio; 213, de las 10 horas del 24 de setiembre, los tres de 1997; 2001-119, de las 9 horas del 16 de febrero de

2001; 2005-324, de las 9:08 horas del 11 de mayo de 2005; 2006-1160, de las 9:50 horas del 22 de diciembre de 2006 y 2007-769, de las 9:05 horas del 12 de octubre de 2007] es habitual encontrar referencias a la crueldad del trato y a la intención o propósito de hacer sufrir como elementos clave de esa noción. El énfasis en esos aspectos refleja, sin duda, una determinada concepción sobre el matrimonio y los roles sociales atribuidos a las mujeres casadas. Como bien indican Gerard COLL-PLANAS, Gloria GARCÍA-ROMERAL MORENO, Carmen MAÑAS RODRÍGUEZ y Carmen NAVARRO-VARAS [Cuestiones sin resolver en la Ley integral de medidas contra la violencia de género: las distinciones entre sexo y género, y entre violencia y agresión. *Papers: Revista de Sociología*, Barcelona: 87, I cuatrimestre, 2008, 187-204], "*Esta aproximación [de casos extremos] contribuye a la consolidación y reproducción de la posición de hombres y mujeres, porque individualiza el problema, ocultando su raíz estructural, y la reifica, al presentarlas como insuperables, como si se explicara por la "naturaleza" de hombres y mujeres en vez de por una determinada configuración de las relaciones entre los sexos que es posible cambiar.*" De ahí que resulte imperioso superarla porque, sin duda, es tributaria de una idea de la relación matrimonial y, en general, de la de pareja que, en lugar de tener a los derechos fundamentales de quienes participan de ella como su referente ético básico, pone el acento en la depositación, por lo general en las mujeres, de la responsabilidad de preservar los vínculos afectivos aún a costa de su propia integridad y dignidad. La evolución objetiva y subjetiva que ha experimentado el derecho de los derechos humanos hace impostergable exigir el pleno y cabal respeto entre ambos cónyuges como elemento esencial de la vida y de la estabilidad conyugal y redefinir la sevicia para entenderla vinculada, por un lado, con el derecho de toda mujer y, en forma más amplia, de toda persona a vivir libre de cualquier forma de violencia, reconocido, en el caso de la primera, en la *Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*, que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y, por su contenido en materia de derechos humanos, integra el parámetro de constitucionalidad que los jueces y las juezas debemos aplicar prioritariamente (artículo 48 de la *Constitución Política*) y, por el otro, con el constructo "violencia contra la mujer", cuyo desarrollo en los últimos tiempos ha ocupado a distintas disciplinas. En su artículo 3, ese instrumento internacional dispone textualmente que "*Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.*" De esa manera se establece un derecho fundamental a favor de las mujeres, que obliga al Estado a brindarles una protección inmediata y efectiva ante todo acto de violencia cometido en su contra e impide, por un lado, justificarlo en cualquier hipótesis y, por el otro, dejar de otorgarle su indiscutible trascendencia social y jurídica pretextando, por ejemplo, que resulta insignificante. El ordinal 4 *ibídem* establece que "*Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos*

comprenden, entre otros: a. el derecho a que se respete su vida; b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; c. el derecho a la libertad y a la seguridad personal; d. el derecho a no ser sometida a torturas; e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia; f. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley; g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos (...)." Esas normas deben encontrar un importante desarrollo tanto en la legislación ordinaria como en la interpretación y aplicación que de ella se haga; actividades todas que no pueden obviar el hecho de que la violencia es una típica violación de los derechos fundamentales de las personas, concretamente, de los derechos a la vida, a la salud y a la integridad física y psicológica, con vocación de provocar daños irreversibles a quienes la viven en posición de víctimas. En otras palabras y para lo que aquí interesa, la concepción al uso de la sevicia no se acomoda al principio de dignidad humana y al reconocimiento de la condición de persona de todos y todas, propios de este momento histórico y obvia que la relación de pareja y la vida familiar deben ser espacios para el encuentro, la realización, la autonomía y el adecuado desarrollo de los seres humanos, antes que un instrumento para someterlos a vejámenes de cualquier clase so pretexto de la cercanía afectiva y de la preservación de los vínculos. Como apunta Encarna ROCA [*Familia y cambio social (de la "casa" a la persona)*]. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., 1999, p. 86], "(...) hay que concluir que en un sistema basado en la protección y consiguiente eficacia de los derechos fundamentales, la función del Derecho de familia debe ser la de evitar que los conflictos que se producen en el interior del grupo puedan llegar a lesionar los derechos fundamentales de alguno de sus miembros. Porque el pertenecer a una familia no implica la pérdida ni la disminución de ningún derecho. Ésta (sic) es la principal justificación de las normas y también lo es de sus características: la imperatividad y la intervención del Juez como forma de control de la efectividad del sistema."

Como consecuencia de todo ello, en la actualidad es preciso centrar el concepto de sevicia en la agresión misma y, sobre todo, en el principio de que nada justifica incurrir en esa reprochable conducta, en lugar de enfatizar en la intención conciente ("dolo") de su autor o en la cuantía del daño producido ("excesiva crueldad"). Si no se actúa de ese modo se estarían valorando las agresiones contra las mujeres de manera abiertamente sexista, perpetuando, entre otros, el orden de género imperante [véase FERNÁNDEZ VILLANUEVA, Concepción (1990). El concepto de agresión en una sociedad sexista. En Virginia Maqueira y Cristina Sánchez (compiladoras). *Violencia y sociedad patriarcal*. Madrid: Editorial Pablo Iglesias, pp. 17-28].-

X. CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS DEMOSTRADOS. Desde la perspectiva indicada, es preciso concluir que fueron acreditadas tanto las aseveraciones sobre los hechos en que doña M. fundó su pretensión como que ha sido víctima de sevicia psicológica. Su gravedad e intensidad son incuestionables. En consecuencia, al haber padecido

comportamientos reiterados, progresivos, sistemáticos y pluriofensivos, cometidos por su esposo, es ilegítimo que el Estado le niegue sus derechos a desvincularse legalmente de quien la ha tratado de ese reprochable modo y a recuperar su libertad de estado. Así las cosas, le asiste razón a la impugnante cuando reprocha que, en aras de mantener la unidad familiar, el Juzgado de primera instancia parezca exigirle soportar las palabras mortificantes utilizadas por su esposo para referirse a ella y haya obviado que es titular de los derechos fundamentales al respeto de su honra y a su dignidad humana. Lo procedente es, entonces, decretar el divorcio conforme se solicita y ordenar la inscripción de esta sentencia en el Registro de Matrimonios de la Provincia de Alajuela, en el tomo xxx, folio xxx, asiento xxx, lo cual debe verificarse mediante ejecutoria una vez que haya alcanzado firmeza. También se debe declarar al accionado como cónyuge culpable de la sevicia acusada y, por disposición expresa del numeral 173 del *Código de Familia*, exonerar a su esposa de la obligación de proporcionarle alimentos. Por las razones que se explican en los apartados siguientes, un fundamento adicional para la declaratoria de la disolución del vínculo entre las partes lo constituye el que, en su escrito de contestación, el señor B. expresó lo siguiente: *"En virtud de las desavenencias y diferente forma de pensar entre la actora y mi representado no existe ningún inconveniente en que se declare disuelto el vínculo matrimonial tal y como se solicita."* (Folio 99) . Esa manifestación fue reiterada en su alegato de conclusiones, visible a folios 357-359.-

XI. EL DERECHO FUNDAMENTAL A CONTRAER MATRIMONIO Y SU CONTENIDO ESENCIAL. Como respuesta a las exigencias del consentimiento familiar contenidas en los Códigos Civiles del siglo XIX y corolario de la necesidad de ir eliminando las trabas irracionales para su prestación, el derecho a contraer matrimonio alcanza la condición de fundamental luego de la Segunda Guerra Mundial. En su numeral 16, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, reconoce que *"Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio."*

El 17 de la *Convención americana sobre Derechos Humanos*, aprobada por Ley N.º 4534 de 23 de febrero de 1970, se expresa en similares términos y le impone a los Estados el deber de adoptar las medidas apropiadas para asegurar el derecho, así como la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante él y en caso de su disolución. Por último, el 23 del *Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos*, aprobado mediante Ley N.º 4229 de 11 de diciembre de 1968, "2. (...) reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de

responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio, y en caso de disolución del mismo (sic). En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos."

Es en Estados Unidos, a partir del caso *Loving vs. Virginia* (388 U.S. 1, 12 [1967]), que se introduce de forma más clara la teoría del derecho a contraer matrimonio como fundamental. En ese asunto, la Corte Suprema declaró que "(...) *la libertad de contraer matrimonio ha sido largamente reconocida como uno de los derechos personales vitales, esencial para la búsqueda ordenada de la felicidad por los hombres (sic) libres. El matrimonio es uno de los derechos fundamentales del hombre (sic). De acuerdo con la Constitución, la libertad de casarse o no casarse con una persona (...) se encuentra en los individuos y no puede ser infringida por el Estado.*" [Citado por ROCA, Encarna (1999). *Familia y cambio social (De la "casa" a la persona)*. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., p. 94]. En Costa Rica, a partir de lo dispuesto en las normas internacionales citadas y en el artículo 52 de la Carta Política, la Sala Constitucional le ha reconocido esa condición y ha establecido que no puede ser impedido u obstaculizado de modo irrazonable por el Estado (votos n.^{os} 3693-94, de las 9:18 horas del 22 de julio de 1994 y 4287-95, de las 15:15 horas del 3 de agosto de 1995). Si ello es así, los principios hermenéuticos *pro ser humano* y *pro libertate* obligan siempre a interpretar las normas que lo regulan de la manera más favorable a su titular y a su plena vigencia. Por otra parte, como señaló el magistrado Adrián Vargas Benavides en su valiente voto salvado contenido en la sentencia de la Sala Constitucional n.º 2006-7262, de las 14:46 horas del 23 de mayo de 2006, "(...) *no debe dejarse de lado que la progresividad es una cualidad inherente a los derechos fundamentales, consagrada positivamente en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que ha sido reconocida por la Sala en varias oportunidades, por lo que resulta necesario interpretar las normas que reconocen derechos fundamentales en forma amplia y prospectiva, sin que en esta materia se permitan los retrocesos.*" El derecho fundamental a contraer matrimonio deriva, en última instancia, del derecho a la libertad; se configura como individual, subjetivo e instrumental respecto del libre desarrollo de la personalidad, afectividad y sexualidad y se manifiesta en diversas consecuencias, tales como la de la libre elección del propio cónyuge, la de la forma en que ha de constituir el vínculo y la de no seguir casado o casada [LABACA ZABALA, M^a Lourdes (2007). El derecho a contraer matrimonio en la Constitución española. *Ambito Jurídico*, Rio Grande: 39, 31 de marzo. Recuperado el 16 de junio de 2008, de http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?_n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1722 y ROCA, *op. cit.*, p. 99]. De todo ello se deduce que el ordenamiento jurídico concederá una protección especial y privilegiada al matrimonio, siempre que contribuya realmente a la realización personal de los esposos en libertad e igualdad y sea el cauce a través del cual puedan desarrollarse sus derechos fundamentales. En ese contexto, ya desde el Derecho ateniense, junto a su función como mecanismo sancionatorio

necesario frente a la culpabilidad de uno de los cónyuges, la disolución del vínculo se concibe también como una válvula de escape frente a una situación matrimonial crítica, manifestada en una desunión irreparable, que pretende solucionarse. Conforme lo indica Emiliano J. BUIS (Matrimonios en crisis y respuestas legales: el divorcio unilateral o de común acuerdo en el derecho ateniense. *Faventia: Revista de filología clásica*, Barcelona: vol. 25, N.º 1, 2003, 9-29. Recuperado el 9 de junio de 2009, de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=645785>) “(...) los matrimonios en crisis resultan una problemática inocultable que todo sistema jurídico, arcaico o actual, se propone regular.” El divorcio aparece así como esa respuesta jurídica ineludible que, a diferencia de la mera separación de hecho, produce dos efectos fundamentales: por un lado, extingue las relaciones legales del matrimonio disuelto y, por otro, permite que los antiguos cónyuges sujeten una eventual relación futura a las reglas del matrimonio civil, con lo cual, además de formar parte de su contenido esencial, es, también, instrumental respecto del derecho de comentario.-

XII. LA LIBERTAD DE ESTADO COMO DERECHO DISPONIBLE. Ciertamente, el artículo 1376 del *Código Civil* continúa disponiendo que “No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre la validez del matrimonio; mas sin que la transacción importe adquisición o pérdida del estado, sí puede transigirse sobre los derechos pecuniarios que de la declaración del estado civil pudieran deducirse a favor de una persona.” Sin embargo, es obvio que esa norma, cuando se analiza desde la óptica del derecho fundamental a contraer matrimonio y, en particular, desde la realidad social imperante, no puede ser aplicada en los términos en que está redactada. La introducción del divorcio y de la separación judicial por mutuo consentimiento en la legislación familiar supuso su primera modificación tácita, pues, de otra manera, no sería posible reconocer la posibilidad de los cónyuges de disponer, como lo hacen, de su estado civil. La necesidad de cumplir ciertos requisitos para hacerlo no deja sin efecto esa conclusión. A idénticos resultados se llega si lo que se considera es el derecho a solucionar los conflictos de manera pacífica y la práctica de la conciliación en esta materia. Si el estado civil fuese, en verdad, indisponible no cabría admitir ese modo de concluir un litigio y, por supuesto, sería imperativo erradicar toda actividad jurisdiccional que lo promocionase o lo permitiese. Por último, el reconocimiento del derecho a la libertad de estado como integrante del derecho fundamental a contraer matrimonio le dio una gran estocada a esa idea, lo cual adquiere visos definitivos con la citada Ley N.º 7532, de 8 de agosto de 1995, que adicionó el inciso 8) al numeral 48 del *Código de Familia* e introdujo la separación de hecho como causal de divorcio. Como apunta con acierto Eduardo A. ZANNONI (*Derecho de Familia*, Buenos Aires: Editorial Astrea, tercera edición, tomo I, 1998, p. 66) “(...) el juicio de divorcio –o separación personal– que se funde en la alegada interrupción voluntaria de la convivencia sin voluntad de unirse, queda excluido del clásico proceso inquisitorial que la doctrina procesalista reconocía como el más apto para dirimir controversias que

atañen al estado de las personas, porque la relación sustancial se reputó indisponible para las partes. El reconocimiento de los hechos, y la confesión, como pruebas suficientes del hecho de la separación alegada por el actor (sic) significa que la relación sustancial misma es disponible. Parafraseando las enseñanzas tradicionales podemos sostener que en este juicio el objeto litigioso corresponde a un derecho material del cual los cónyuges pueden disponer libremente. Y en esto, de rondón, se muestra un ámbito significativo que ha ganado para sí, dentro del derecho matrimonial, la autonomía privada para la solución del conflicto conyugal". Por consiguiente, en nuestro criterio es suficiente para tener por demostrada la causal de divorcio alegada en este asunto que la parte demandada se allane, que se produzca su rebeldía o que se le tenga por confesa. Debe quedar claro, eso sí, que esa posibilidad de disolver el vínculo matrimonial por voluntad de los cónyuges no se traduce en una ruptura total con el concepto de orden público sino en su resignificación. Lo que continúa siendo indisponible son los derechos de los hijos y las hijas menores de dieciocho años, así como la atribución legal de deberes y obligaciones respecto de ellos y ellas [Cfr.: GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián(2005). *El orden público en el Derecho familiar mexicano*. México, D. F.: ponencia presentada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, en el marco del Congreso Internacional de Derecho de Familia: Culturas y sistemas jurídicos comparados, 22 al 24 de noviembre, 33 pp. Recuperado el 20 de octubre de 2007, de <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/familia/pdf/15-147s.pdf>]. De ahí la intervención del Estado a través del proceso jurisdiccional.-

XIII. LA INDISPONIBILIDAD DEL ESTADO CIVIL EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO. Un comentario aparte merece el origen de la clásica idea de indisponibilidad del estado civil, que, a pesar de lo apuntado, continúa siendo mayoritaria en los órganos jurisdiccionales costarricenses. Sin duda, se trata de un resabio de la indisolubilidad matrimonial, elevada a la categoría de dogma por el derecho canónico en la tardía Edad Media y defendida, aún hoy, por la iglesia católica. Si ello es así, la confusión entre el plano jurídico y el religioso resulta más que evidente e insostenible en un Estado que está imposibilitado de imponerle a la población una moral determinada si está comprometido y regido por el principio democrático y por el derecho fundamental a la libertad de culto. En Chile, en el marco de la discusión que se abrió cuando, en fecha reciente, se reguló el divorcio vincular, Enrique BARROS BOURIE (La Ley Civil ante las rupturas matrimoniales. *Estudios públicos*, Chile: 85, verano, 2002, pp. 6-15. Recuperado el 17 de junio de 2008, de http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_3017.html) se pronunció con envidiable agudeza en los siguientes términos: *"Una antigua doctrina del derecho natural, que ha sido reiteradamente invocada en la discusión acerca del divorcio, establece en esencia que en materias fundamentales para la convivencia la ley civil debe estar fundada en los principios morales que proveen al bien de la sociedad y de las personas. En*

correspondencia, el matrimonio es concebido como una institución de derecho natural en un doble sentido: porque no ha sido creado por la ley civil, sino es preexistente a la organización del Estado; y porque favorece el perfeccionamiento de los cónyuges y de los hijos y contribuye al bien general de la sociedad. / A partir de estas premisas se ha inferido una doctrina más fuerte, como es que el matrimonio es indisoluble de acuerdo con el derecho natural, pues sólo (sic) de ese modo podría cumplir sus fines. En una dimensión sacramental, esta regla ha sido sostenida enérgicamente desde tiempos tempranos por el derecho canónico, clara diferencia de la Iglesia Católica con las otras iglesias cristianas, incluida la griega ortodoxa. De ello se ha seguido, casi mecánicamente, que el reconocimiento del matrimonio como una institución esencial para la felicidad y el perfeccionamiento humanos, excluye la aceptación del divorcio por la ley civil. (...) Ante todo, en una sociedad pluralista, donde el matrimonio carece de la dimensión sacramental que le confiere el derecho canónico, es inevitable cierta diferenciación entre lo legal y lo moral. Ello se muestra en que nada atenta más directamente contra una auténtica religiosidad que su politización. Por eso, no se debe pretender que el derecho civil sea reflejo exacto de las convicciones más fuertes. A ello se agrega que esta pretensión es también riesgosa, porque una vez aceptada surge la amenaza de que las costumbres queden entregadas al control extenso del aparato público (lo que por naturaleza es el ideal fundamentalista o totalitario, según esa pretensión tenga fundamento religioso o puramente político). (...) De ahí que por fuertes que sean nuestras convicciones normativas respecto de la institución del matrimonio, la tarea del derecho no puede limitarse a expresar esas creencias. Su típica función es más bien proveer de reglas para resolver los conflictos que se siguen de la ruptura, del abandono y de otros males indeseados. De la realidad usualmente desoladora de la ruptura se sigue la necesidad de normas justas y eficaces que regulen la tuición de los hijos, los deberes económicos de los cónyuges separados y los efectos legales de la formación de nuevas parejas que aspiren a ser permanentes. (...) En definitiva, la pregunta es si la ley civil debe observar como principio axiomático la indisolubilidad, como lo ha hecho hasta ahora (infructuosamente, por lo demás). O si, por el contrario, debe partir de la constatación de que por falta de lucidez o simplemente porque el hombre (sic) suele fracasar en sus empresas más delicadas, la ruptura matrimonial es un mal recurrente, que arriesga, una vez producido, con devenir en un mal mayor. Mi inclinación es a pensar, desde una perspectiva normativa, que el derecho civil debe limitarse a favorecer que el mal de la ruptura matrimonial no se acreciente. La mantención (sic) de una cáscara legal carente de contenido relacional dificulta que la ruptura, que antecede a cualquiera interferencia del derecho, se produzca con el mínimo de costo humano.” Tratándose de un derecho fundamental, el razonamiento final del autor citado encuentra respaldo en el denominado debido proceso sustantivo, del que deriva la exigencia de razonabilidad de cualquier norma, acto, práctica o interpretación jurídica. Bien ha apuntado la Sala Constitucional que un “Un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición:

debe ser necesario, idóneo y proporcional. La necesidad de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad -o de un determinado grupo- mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable, y por ende constitucionalmente válida. La idoneidad, por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción a ser adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. La inidoneidad de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos que en mejor manera solucionen la necesidad existente, pudiendo algunos de ellos cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión. Por su parte, la proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad. De los dos últimos elementos, podría decirse que el primero se basa en un juicio cualitativo, en cuanto que el segundo parte de una comparación cuantitativa de los dos objetos analizados. (Voto n.º 8858-98, de las 16:33 horas del 15 de diciembre de 1998, reiterado en el n.º 2001-378, de las 14:37 horas del 16 de enero y en el n.º 2001-3192, de las 10:10 horas del 25 de abril, ambos de 2001).

A nuestro juicio es obvio que la lectura que se ha hecho sobre la prueba de las causales de divorcio, además de contraria a un derecho fundamental, no responde a ningún parámetro de razonabilidad que pueda justificar su limitación. Por consiguiente, nos apartamos de lo que tradicionalmente se ha venido resolviendo, lo cual, en todo caso, no resulta jurisprudencia vinculante (artículo 13 de la *Ley de la Jurisdicción Constitucional*).”

10. Carga de la Prueba y la Presunción de “Ganancialidad”

[Sala Segunda]^{xi}
Voto de mayoría

“III. CASACIÓN POR EL FONDO: Lleva razón la recurrente al mostrar inconformidad con la valoración de la prueba testimonial con la cual se concluyó que su derecho a gananciales es sobre las edificaciones hechas hace diecinueve años con exclusión de los supuestos aposentos construidos por don Marco Antonio Salas Pérez. Para arribar a esa conclusión, el Tribunal de Familia se fundamentó en la declaración testimonial del señor Luis Antonio Sánchez Arrostequi con desprecio absoluto de las otras declaraciones testimoniales que ayudan a visualizar y configurar el panorama, en torno a la construcción de lo que fue la casa de habitación de las partes y de sus hijos. Ciertamente, el testigo Sánchez Arrostequi se refirió a las mejoras construidas por él a

ese inmueble, unos diecisiete o diecinueve años antes a su declaración. Sin embargo, esa no fue la única enmienda introducida aparte de lo que en ese inmueble había construido el señor Marco Antonio Salas Pérez. El hijo mayor de las partes, al referirse a los trabajos realizados por el señor Arrostegui, dijo: “Tenía [el declarante] como doce o trece años cuando se hizo *la última construcción*, eso fue hace unos diecisiete o dieciocho años... La casa se hizo por partes, lo que había era un galerón viejo con latas podridas, luego mi mamá le daba el dinero que ganaba en su trabajo a mi papá y con lo que él también aportaba poco a poco iba haciendo mejoras. Don Luis Sánchez *fue el último constructor*. Anteriormente participaron José Ángel Valerio y Carlos Alfaro. José Ángel fue quien cambió todo el techo e hizo algunas de las paredes de block, conforme se iba pudriendo algo de lo que había se iba cambiando [...] Mi abuelo no puso nada de dinero para la construcción, estoy seguro de eso porque él tiene mucho dinero y si hubiera dado para la construcción de la casa, ésta se hubiera hecho de una sola vez y no por partes con diferentes constructores” (folios 95 y 96). Es decir, que las mejoras introducidas por el señor Sánchez, no fueron las únicas hechas al inmueble. Este aspecto también lo aclara la declaración del testigo Heriberto Jiménez Pérez -padre del actor- quien dijo: “La casa que terminó mi yerno era de madera[...] Cuando se va mi yerno Marcos, llegan a vivir a esa casa Nelly y William, el hijo mío le pone un planché, después quitó tabiques y puso concreto[...] El medidor de agua está a nombre mío, al principio no había luz, cuando hubo luz se puso a nombre de William porque yo no vivía en esa casa, era él quien la iba a disfrutar” (ver folio 89). En igual sentido el propio cuñado del actor, señor Marco Antonio Salas Pérez, dijo: “Las únicas personas que vivieron en esa casa luego de yo irme fueron Nelly y William. La casa la agrandaron. Las mejoras en las casa se hicieron años después de haberme ido. Construí la casa hace más de treinta y cinco años [...] la casa que yo construí fue totalmente de madera,[...] no tenía baño cuando la construí,[...] no estaba forrada por dentro[...] La casa en la actualidad por fuera es de cemento y por dentro de madera[...] Cuando hice la casa no había luz eléctrica ni durante el tiempo en que yo viví ahí” (folios 87 y 87). Esas declaraciones aclaran el testimonio del señor Luis Sánchez Arrostegui, cuando dijo: “Lo que había cuando yo empecé a reparar estaba construido de block, y eran como tres piecitas, uno era cuarto y otra se usaba como cocina y no había baño[...] No supe quién había construido esas tres piezas” (folio 94). Ese cúmulo de circunstancias, todas plenamente coherentes, permiten entender las declaraciones del hijo menor de las partes al indicar que la casa se hizo por partes y que previamente lo que había era una edificación vieja, pues efectivamente, previamente la construcción de las paredes de cemento, lo que había construido el cuñado del actor en ese lugar, era de madera, sin planché, ni luz, ni baño. El argumento del actor, en el sentido de que esa casa fue construida con dinero de su papá, no puede ser admitido para desconocer el derecho a gananciales que tiene la demandada sobre la totalidad de la casa construida: primero, porque la única prueba de ese dicho son las declaraciones de su padre y de un cuñado suyo las cuales, por el mismo parentesco y por el interés personal que por lo menos al

primero de ellos le puede asistir, no le merecen mayor credibilidad a esta Sala, si no existe ninguna otra prueba que las respalde. En segundo término, porque siendo los esposos los principales obligados a compartir la responsabilidad y el gobierno de la familia; a regular los asuntos domésticos y sufragar los gastos que demande la familia - dentro de los cuales se sitúa a no dudarlo, la necesidad de vivienda- no es posible pensar en un total desinterés y falta de aporte de ambos cónyuges en la edificación del albergue suyo y de sus hijos. Si bien es cierto, en muchas ocasiones los padres brindan a sus hijos e hijas un aporte inicial con el cual les pretenden colaborar en el inicio de su vida conyugal y familiar, la existencia de ese aporte debe ser acreditada pues de lo contrario debe entenderse, según la filosofía de la ganancialidad, que todos los bienes ingresados al patrimonio de los cónyuges fue y ha sido, por el esfuerzo común que ambos cónyuges han aportado con miras a la convivencia común y el mutuo auxilio. La indebida apreciación del tribunal estriba en concluir que las mejoras efectuadas por el señor Sánchez Arróstegui, fueron las únicas hechas al inmueble; y que la cocina, el comedor y el cuarto existentes, habían sido edificados por el señor Marco Antonio Salas Pérez, desconociendo el conjunto de las declaraciones de este mismo testigo en el sentido de que lo edificado por él -hacía más de treinta y cinco años- era de madera y que actor y demandada le hicieron mejoras, siendo que en la actualidad, la casa es por fuera de cemento y por dentro de madera. Según el testigo Sánchez Arróstegui, lo que había en el lugar, cuando él realizó las mejoras, era de concreto, es decir, no eran las mismas edificaciones construidas por don Marco. A lo anterior se suma lo declarado por el papá del actor en el sentido de que luego de la salida de su yerno, el actor y la demandada llegaron a vivir a esa vivienda y su hijo le puso planché, quitó tabiques y puso concreto (folio 89). Bajo ese estado probatorio, resulta plenamente atendible el agravio de indebida apreciación de la prueba atribuido al fallo del tribunal. Contrariamente a lo resuelto por el tribunal, con el conjunto de las declaraciones referidas se arriba a la clara conclusión de que la totalidad de la casa habitada por el actor y la demandada junto con sus hijos, construida en la finca n° 227921-000 de la provincia de Alajuela, fue edificada con el esfuerzo común de ambas partes durante el matrimonio y como tal, le asiste el derecho al actor y demandada a participar en la totalidad de su valor neto. Consecuentemente, debe acogerse el recurso de casación para anular el fallo del tribunal en cuanto declaró ganancial la edificación hecha hace diecinueve años y excluyó la cocina, el comedor y el cuarto construidos por don Marco Antonio Salas Pérez. En su lugar, debe declararse ganancial la totalidad de la casa construida en la finca del partido de Alajuela matrícula número 227921- 000; y por consiguiente, el derecho del actor y demandada a participar en la mitad del valor neto de esa edificación, lo que se liquidará en la etapa de ejecución de sentencia. Por la forma como se resuelve este asunto, cada parte cargará con el pago de sus costas personales y procesales (artículo 222 del Código Procesal Civil).”

11. Teorías Doctrinarias sobre la Carga de la Prueba

[Tribunal de Familia]^{xii}

Voto de mayoría

“CUARTO: El punto esencial en este asunto es el de la carga de la prueba, por esa razón es oportuno reiterar algunas de las consideraciones más relevantes que este Tribunal ha establecido en forma reiterada. Este tema ha logrado una evolución importante. Recordemos aquellos axiomas del Derecho Romano entre los que figuran “Ei incumbit probatio qui dicit non qui negat”, “Necitas probandi incumbit ei qui agit”, “Per rerum naturam factum negantis probatio est” y “reus in excipiendo fit actor”. Dichas fórmulas fueron cuestionadas por la doctrina moderna entendiéndolas como insuficientes, incompletas e imprecisas. La evolución ha tendido a la precisión terminológica y a buscar nuevos rumbos que respondan a una mejor justicia. En la parte terminológica y conceptual, se han desarrollado diversas tesis respecto al tema de si es obligación o si se trata efectivamente de una carga, siendo clásicos los tratados de Rosemberg y de Micheli. Siguiendo a Devis Echandía podemos exponer en primer término aquélla tesis según la cual la carga es una categoría de obligación , respecto de la cual no se sanciona pena o resarcimiento de daños, sino una mera decadencia. También está la tesis que considera la carga como un vínculo jurídico impuesto para la protección del interés público, construida dentro del derecho público como un poder deber. Otra tesis es la que define la carga de la prueba como un deber libre, que casi implica el deber para consigo mismo. Luego está la tesis que radica la noción de carga en la titularidad del interés que existe en su observancia, en el sentido de que la obligación se cumple en beneficio ajeno y la carga en beneficio propio. También está la enarbolada por Carnellutti, Kisch, Augenti y Fenech, que es la tesis que diferencia la carga de la obligación y que, no obstante, la coloca en el grupo de las relaciones jurídicas pasivas como acto jurídicamente necesario, pero en el interés propio, cuya inejecución, siendo lícita acarrea sanción económica. La tesis distingue la obligación de la carga y estructura su noción sobre cuatro bases: “a) el carácter del acto necesario (jurídicamente) de ésta, en oposición al del acto debido que tiene aquella; b) el distinto interés (ajeno o propio) en que se cumple el acto, es decir, la carga se cumple en interés propio y la obligación en interés ajeno (del acreedor); c) la diferente sanción que acarrea el incumplimiento (jurídica para la obligación y simplemente económica para la carga: la consecuencia adversa que sufre el sujeto) y d) el carácter ilícito del incumplimiento de la obligación y lícito de la inobservancia de la carga. Luego está la tesis de Couture y Eisner que distingue la carga de la obligación y el diferente interés que en ellas radica, le da mayor realce a la libertad del sujeto de la primera. Se distingue de la anterior porque en vez de considerar la carga como un acto necesario, la califica de imperativo del propio interés. Tenemos también la tesis de Micheli y de Rosemberg que consideran la carga como una facultad o poder de obrar libremente en

beneficio propio, siendo lícito abstenerse de hacerlo y, por lo tanto, sin que haya coacción o sanción, y sin que exista un derecho de otro a exigir su observancia. Los autores de los tratados célebres sobre el tema llegan a esa conclusión luego de analizar los diferentes autores del tema. La doctrina actualmente en este particular entonces ha ido evolucionando a entender que se trata de un poder o facultad de ejecutar libremente ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables (Devis Echandía, Hernando: Teoría General de la Prueba Judicial, Fidenter, Buenos Aires, Tomo I, páginas 393 a 510). Así encontramos como se evoluciona del concepto de obligación de probar a carga de la prueba. Para concluir que la misma es sustitutiva puesto que reemplaza a la prueba en el momento de la decisión, en virtud de que la prueba faltó o resulta insuficiente. El autor colombiano Devis Echandía desarrolla los *dos aspectos de la carga* de la prueba así: “1° por una parte, es una regla para el juzgador o regla de juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2° por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada uno le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria... para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones...” (Ibid, página 424). Así el autor que hemos escogido para exponer este tema concluye con un *concepto de carga de la prueba* de la siguiente forma: “Carga de la prueba es una noción procesal que contiene la regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables (pág. 426). La doctrina también realiza un desdoble entre la *carga de la afirmación* y la *carga de la prueba*, ambos conceptos de todas maneras íntimamente relacionadas, porque la primera delimita el campo en que opera la segunda. No obstante en virtud del principio de comunidad de prueba no importa a partir de cuál prueba se demuestren los hechos, de lo que se deriva que la carga no determina quién debe probar, sino quién debe evitar que falte la prueba. En la parte de buscar nuevos rumbos para una mejor justicia, los desarrollos teóricos a veces toman direcciones insospechadas. Por ejemplo, las doctrinas de la normalidad, facilidad y flexibilización probatoria en armonía con el caso concreto. La doctrina de la normalidad se puede resumir en que quien actúa frente al estado normal de las cosas o situaciones de hecho o de derecho ya producidas debe probar el hecho impidiendo de la constitución válida del derecho que reclama o su extinción. Es decir si algo se repite, o sucede, con cierta frecuencia se convierte en normal, por lo

que el acaecimiento contrario se considera anormal, y debe probarse. El principio de la normalidad se constituiría en una manifestación de las máximas de la experiencia humana. La doctrina de la flexibilidad se sintetiza en la idea de que las normas de la carga de la prueba pueden interpretarse con cierta flexibilidad. La doctrina de la facilidad probatoria valora las posibilidades concretas de las partes desplazando la carga de una a otra según criterios de mayor facilidad o dificultad. (Al respecto consúltese: Corbal Fernández, Jesús Eugenio: La adquisición procesal y la carga de la prueba, en La prueba en el Proceso Civil, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pp. 147 a 238). Esa situación se refleja en nuestra jurisprudencia de la materia, sobre todo a partir de la reforma que se hiciera al artículo 8 en el año de mil novecientos noventa y siete. Nótese como por ejemplo, se utiliza el concepto de redistribución de carga de la prueba: "...Ante circunstancias como las que ahora nos ocupan, 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, en forma acertada, dicho numeral 98 del Código de Familia ..." (voto 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) Es de esta manera, que ha de concluirse que esta evolución lleva a aplicar las máximas de la experiencia, de la lógica, de la razonabilidad, para lograr un acertado análisis del caso. No obstante a que el proceso familiar comparte normas con el proceso civil, ha de realizarse la reflexión de que se trata de dos sistemas diferentes y de que las normas compartidas aún y cuando son las mismas en su literalidad, resulta que cuando se refieren al sistema procesal de familia, la direccionalidad es diferente pues corre en dichas venas otra sangre, y las soluciones pueden y deben ser diferentes. A veces la modificación es por sistema y a veces por norma expresa. Por ejemplo en cuanto al *thema probandum*, que para el proceso civil está regulado en el numeral 316 del Código Procesal Civil. No obstante, el ingrediente dispositivo resulta atemperado con el interés público y social, (y ha de aceptarse también como un factor que la teoría de los derechos humanos se ha convertido en el motor del desarrollo actual del derecho de familia). Aquí está presente esa variación sistemática. No obstante, también ha de tomarse en cuenta que el artículo 8 del Código de Familia en lo que interesa señala: "...Sin embargo, los jueces en materia de familia interpretarán las probanzas sin sujeción a las reglas positivas de la prueba común, atendiendo todas las circunstancias y los elementos de convicción que los autos suministren; pero en todo caso, deberán hacerse constar las razones de la valoración..." Ahora bien, qué significa que las pruebas se interpretarán sin sujeción a las reglas de la prueba común. Ello implica otro

distanciamiento del proceso civil, puesto que en primer término han de zzzarse aquellas normas que dan una valoración específica a las pruebas como lo son los artículos 338, 370, 379 del Código Procesal Civil, e incluso podría significar una modificación a los numerales 330 y 417 del mismo Código (aunque en este caso –como lo veremos- viene a situarse en el mismo lugar pues la sana crítica es la base del sistema), para lograr un sistema diferente de valoración y apreciación de la prueba, que definitivamente incluye también una sustracción de las reglas del artículo 317 del Código Procesal Civil, que enuncia la concepción tradicional de las reglas de la carga de la prueba. Así ha de concluirse, entonces que dicha flexibilidad en cuanto a la situación concreta que se presenta ha de obedecer a la aplicación de las reglas de la sana crítica y la razonabilidad, pero ha de concluirse también que la flexibilidad en la apreciación (en forma lata) de la prueba -incluyendo esa flexibilidad el tema de la carga de la prueba- existe en el sistema de derecho procesal de familia.”

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

ⁱ ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 7130 del dieciséis de agosto de 1989. **Código Procesal Civil**. Vigente desde 03/11/1989. Versión de la norma 9 de 9 del 04/12/2008. Publicada en: Gaceta N° 208 del 03/11/1989. Alcance: 35.

ⁱⁱ TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia 809 de las catorce horas con treinta y seis minutos del veinticinco de septiembre de dos mil trece. Expediente: 13-000259-0938-FA.

ⁱⁱⁱ TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia 247 de las trece horas con dieciocho minutos del trece de marzo de dos mil doce. Expediente: 09-000756-0364-FA.

^{iv} SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 140 de las diez horas del diecisiete de febrero de dos mil doce. Expediente: 09-001477-0186-FA.

^v TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia 25 de las once horas con catorce minutos del trece de enero de dos mil doce. Expediente: 01-400134-0186-FA.

^{vi} TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia 1088 de las nueve horas con cuarenta y nueve minutos del veintidós de noviembre de dos mil once. Expediente: 11-003641-0674-VD.

^{vii} TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia 1076 de las nueve horas con cinco minutos del veintiocho de septiembre de dos mil once. Expediente: 05-400398-0196-FA.

^{viii} TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia 973 de las trece horas con cincuenta y un minutos del veintitrés de agosto de dos mil once. Expediente: 11-000283-0187-FA.

^{ix} TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia 586 de las once horas con cinco minutos del veintiuno de abril de dos mil diez. Expediente: 09-000750-0338-FA.

^x TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia 33 de las trece horas con cuarenta minutos del seis de enero de dos mil diez. Expediente: 04-400202-0300-FA.

^{xi} SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1019 de las diez horas del veintiocho de noviembre de dos mil ocho. Expediente: 05-001496-0292-FA.

^{xii} TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia 317 de las ocho horas del veintisiete de febrero de dos mil ocho. Expediente: 06-000138-0638-FA.