



**ESCUELA JUDICIAL**  
**“Lic. Édgar Cervantes Villalta”**

**PODER JUDICIAL DE COSTA RICA**

**ESCUELA JUDICIAL**

**Lic. Édgar Cervantes Villalta**

**“Fortaleciendo el futuro de la justicia en Costa Rica”**

**REVISTA N° 6**

**NOVIEMBRE 2008**

**Director Escuela Judicial:** Dr. Marvin Carvajal Pérez

**Subdirector Escuela Judicial:** Lic. Mateo Ivankovich Fonseca LLM

**Coordinador de la Revista Escuela Judicial:** Lic. Román Bresciani Quirós

**Jefa Área de Servicios Técnicos Escuela Judicial:** MBA Magdalena Aguilar Álvarez

**Diseño de portada:** Sr. Ronald Cole Leitón, Área de Servicios Técnicos, Escuela Judicial

**Revisión filológica:** ML Irene Rojas Rodríguez, Área de Servicios Técnicos, Escuela Judicial

**Diagramación, impresión y acabado final:** Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial

**El contenido de los artículos publicados es responsabilidad de su autor  
y no necesariamente reflejan la opinión del director o de la Escuela Judicial**

Hecho el depósito de ley  
Derechos reservados

ISSN 1409-4347

#### **ADVERTENCIA**

En conformidad con la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, se prohíbe la reproducción, transmisión, grabación, filmación total o parcial del contenido de esta publicación mediante cualquier sistema de reproducción, incluido el fotocopiado. La violación a esta ley por parte de persona física o jurídica, será sancionada penalmente.

Esta revista ha sido producida sin fines de lucro, de manera que está prohibida su venta.

#### **PODER JUDICIAL DE COSTA RICA ESCUELA JUDICIAL**

**Lic. Édgar Cervantes Villalta**

“Fortaleciendo el futuro de la justicia en Costa Rica”

Teléfono; 2295-4542 – 2295-4540

Fax: 2295-4542

Apdo.: 2285-3007

Dirección electrónica: [www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial](http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial)

San Joaquín de Flores, Heredia, Costa Rica

2008



Poder Judicial  
Departamento de Artes Gráficas  
B. 33516



## SUMARIO

<b>PRÓLOGO .....</b>	<b>5</b>
Dr. Marvin Carvajal Pérez	
<b>DERECHO DE PROPIEDAD VERSUS MEDIDAS DE PROTECCIÓN POR VIOLENCIA DOMÉSTICA.....</b>	<b>7</b>
Lic. Froylán Alvarado Zelada	
<b>NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL DERECHO ESPAÑOL.....</b>	<b>11</b>
Henar Álvarez Álvarez	
<b>COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA EN EL TEMA DE LA CONDENA O EXENCIÓN AL PAGO DE COSTAS EN LOS PROCESOS DE FAMILIA .....</b>	<b>29</b>
Mauricio Chacón Jiménez	
<b>DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL INMERSO EN EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO.....</b>	<b>57</b>
Lic. José Miguel Fonseca Vindas	
<b>LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO DE FAMILIA: los nuevos paradigmas para el siglo XXI.....</b>	<b>75</b>
Nora Lloveras Marcelo Salomón	
<b>RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE FAMILIA.....</b>	<b>103</b>
Me. Maria Aracy Menezes da Costa	
<b>VERDADES SOBRE LA AUTORIDAD PARENTAL.....</b>	<b>115</b>
Carlos E. Valverde Granados	
<b>ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE FAMILIA .....</b>	<b>121</b>
Licda. Shirley Víquez Vargas	





## PRÓLOGO

*Dr. Marvin Carvajal Pérez*  
*Director*  
*Escuela Judicial*

La investigación en el área del Derecho de Familia ha alcanzado un nivel de especial relevancia en el ámbito académico en las últimas décadas. Las transformaciones que ha experimentado la familia como núcleo esencial de la sociedad se han reflejado en respuestas más creativas y democráticas por parte del Derecho, en una mayor protección de la madre y las hijas e hijos, así como en una potenciación sin precedentes de la jurisdicción especializada en esta materia.

Producto de dicha evolución, la Escuela Judicial ha considerado oportuno dedicar esta sexta edición de su revista a temas actuales del Derecho de Familia. Para ello, hemos pedido sus aportes a destacadas y destacados especialistas, nacionales e internacionales, en esta dinámica área del saber jurídico.

A través de los artículos que se ofrecen, se plantea inicialmente el tema denominado: "Derecho de Propiedad versus Medidas de Protección por Violencia Doméstica", presentado por el juez laboralista costarricense Froylán Alvarado Zelada, quien nos brinda un interesante planteamiento de cómo se podría garantizar la protección de la víctima de violencia doméstica frente al derecho constitucional de la propiedad privada.

En relación con el tema anterior, en el segundo artículo, la jurista española Henar Álvarez Álvarez, plantea el tema "Naturaleza Jurídica del Derecho de Uso de la Vivienda Familiar en el Derecho Español," ofreciendo una visión sobre la atribución del uso de la vivienda y sus elementos complementarios, a favor del cónyuge no titular de la misma, derivado de los supuestos de la crisis matrimonial.

El juez de familia costarricense Mauricio Chacón Jiménez, estudia en el tercer artículo de la presente edición, la jurisprudencia sobre el tema de la condena o exención al pago de costas en los procesos de familia. El autor subraya que este merece un tratamiento acorde con la especial naturaleza de este ámbito jurisdiccional, por cuanto las disposiciones del Código Procesal Civil no resultan enteramente aplicables a dicho proceso en particular.

Se incluye un cuarto tema expuesto por el jurista costarricense José Miguel Fonseca Vindas sobre el "Derecho de Propiedad Intelectual inmerso en el Régimen Patrimonial del Matrimonio", en el que se plantea la interrogante acerca de si la propiedad intelectual constituye un bien propio o un bien ganancial de los cónyuges, punto del que parte para hacer un desarrollo interesante y provocador.

Se publica un quinto artículo, escrito por los expertos argentinos Nora Lloveras y Marcelo Salomón, quienes abordan el tema de “Los derechos humanos y el derecho de familia: Los nuevos paradigmas para el Siglo XXI”. Entre otros aspectos trascendentales, destacan la internacionalización de los valores jurídicos del “Derecho Humanitario”, plasmados especialmente en los tratados de Derechos Humanos, los cuales inciden en las relaciones familiares, así como hacen especial mención a aspectos del Derecho de Familia y del Derecho Constitucional de Familia.

El sexto tema, es una obra de la jueza brasileña ya retirada y actual abogada litigante, María Aracy Menezes de Costa, quien nos habla de “La responsabilidad civil en el Derecho de Familia”, centrando su investigación, entre otros aspectos relevantes, en la responsabilidad en la relación de conyugalidad y en las relaciones parterno-filiales, con énfasis en los nuevos desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales.

El séptimo tema de esta publicación, se denomina: “Las verdades sobre la autoridad parental”, conforme el cual, el juez de familia costarricense Carlos E. Valverde Granados, motiva su estudio clarificando la nomenclatura de “autoridad parental”, mediante el análisis de sus elementos y componentes.

En el octavo y último artículo de la presente Revista Escuela Judicial N°6, la jueza de familia y penal juvenil, Shirley Víquez Vargas, realiza “Algunas consideraciones sobre el artículo 96 del Código de Familia”. Su investigación se centra en la reforma de dicho artículo del Código de Familia costarricense, introducida por el artículo 3 de la Ley N°8101 de 16 de abril de 2001 -Ley de Paternidad Responsable-, en relación con los gastos de maternidad y embarazo y alimentos retroactivos.

Finalmente deseamos agradecer a quienes nos honraron con su esfuerzo, plasmado en la presente publicación, así como al MSc. Diego Benavides Santos, Juez del Tribunal de Familia, quien apoyo y colaboró decididamente con la Escuela Judicial para hacer posible la misma.

Queremos, con esta publicación, aportar un valioso instrumento de estudio y reflexión para quienes se dediquen o estén interesados en abordar temas del Derecho de Familia. Asimismo, marca el arranque de un proyecto más ambicioso, que esperamos culmine en el mediano plazo con la implementación de un Programa de Especialización en Derecho de Familia, como parte de la oferta formativa de la Escuela Judicial. Esperamos con ello contribuir en forma significativa al desarrollo de la disciplina jurídica, pero ante todo, al fortalecimiento de la función jurisdiccional especializada en temas atinentes a la familia, en beneficio del Poder Judicial y de nuestra sociedad.



# DERECHO DE PROPIEDAD VERSUS MEDIDAS DE PROTECCIÓN POR VIOLENCIA DOMÉSTICA

Lic. Froylán Alvarado Zelada  
Tribunal de Trabajo de Menor Cuantía de Cartago

[...] **Artículo 1.- Fines:** Esta ley regulará la aplicación de las medidas de protección necesarias para garantizar la vida, integridad y dignidad de las víctimas de la violencia doméstica [...] (Ley Contra la Violencia Doméstica n.º 7586).

[...] **Legitimación y orden de desalojamiento.** La demanda de desahucio podrán establecerla quienes comprueben tener derecho de propiedad o posesión de la finca, por cualquier título legítimo, y procederá contra el arrendatario, el subarrendatario, el cesionario, los ocupantes y los poseedores del inmueble, en precario o por pura tolerancia. Cuando, sin consentimiento del arrendador, el arrendatario permita que otras personas ocupen el inmueble, no será necesario que sean demandadas; será suficiente que se les notifique la sentencia [...].(Código Procesal Civil, numeral 449).

En nuestro país, a finales de la década de los noventa, como resultado de una necesidad pública y social, muy atinadamente nuestro legislador, en asocio con el Poder Judicial, creó la muy esperada Ley Contra la Violencia Doméstica, la cual tiene como meta primaria y efectiva, brindar apoyo y protección a la madre, a la esposa, al niño, al anciano, al cónyuge y al enfermo desvalido, quienes son víctimas actuales de abusos por malos tratos físicos y psicológicos, enarbolando de esa forma el numeral 51 de nuestra Constitución Política que nos invita a pensar en la familia como el elemento natural y fundamental de

la sociedad; lo que la hace acreedora de protección por parte del Estado.

Entonces, bajo esa premisa se establecen medidas de protección en la citada ley, mediante las cuales todas las presuntas víctimas que esta cobije pueden vivir de una forma digna y gratificante, libres de las personas que deseen emplear en su contra cualquier método que evite su felicidad. Así, la Ley contra la Violencia Doméstica le procura a quienes la requieren, la posibilidad de acudir a los juzgados de familia, violencia doméstica, o bien, contravencionales y de menor cuantía, a denunciar cualquier acto de violencia intrafamiliar en su contra.

Ahora bien, en la actualidad a criterio de este servidor, existe en dicha ley, y propiamente en las medidas de protección que pregona su artículo 3, una laguna jurídica que podría eventualmente favorecer, desde un punto de vista legal, a aquel agresor de violencia doméstica física o psicológica, que sepa aprovechar esa situación a su favor; esta laguna no es otra sino el principio y fundamento constitucional que regula el derecho de la propiedad civil en contravención al derecho que tiene la presunta víctima de seguir viviendo en la casa que cohabitaba con su presunto agresor.

Lo anterior, por cuanto debemos recordar que si bien es cierto dentro de la solicitud de medidas de protección por violencia doméstica se pueden identificar como sujetos activos

de las mismas a los cónyuges entre sí, a los convivientes de hecho, a los novios, o bien a los padres respecto de sus hijos y viceversa, por citar algunos ejemplos; la preocupación nace principalmente en los últimos dos casos, cuando quien exige la medida de protección no es el titular del derecho de propiedad de la casa que cohabita, sino que lo es el victimario, quien valiéndose del derecho de propiedad que le asiste, podría plantear eventualmente un desahucio por mera tolerancia en contra de su conviviente. Entonces, acá estamos hablando propiamente de los convivientes quienes aún no cumplen el requisito temporal para considerarse unión de hecho o que no son casados, o bien, de los convivientes que son hermanos, o padres en relación con sus hijos.

A manera de ilustración, si Ana y Juan son pareja y conviven en la casa de este último por un espacio de diez meses y Juan la agrede, la ley citada supra le permite a Ana acudir a los Tribunales de Justicia a solicitar las medidas de protección por violencia doméstica respectivas, dentro de las cuales, claro está, muy probablemente se le otorgue casi sin excepción la establecida en el numeral 3 inciso a) de dicha ley, en la cual se ordenaría al presunto agresor que salga inmediatamente del domicilio común, caso contrario, se utilizaría la Fuerza Pública, acción con la que en principio pareciera solucionarse el problema inmediato de Ana en su relación con Juan.

Sin embargo, allí es donde podría nacer una situación de índole legal que no previó la Ley Contra la Violencia Doméstica, al menos en su aplicación pura, en cuanto a la posibilidad que le otorga el derecho civil en el artículo mencionado, en el párrafo primero de esta sección, al poseedor o dueño legítimo de un bien inmueble que pretenda hacer valer dicho derecho en contra de un mero poseedor de hecho de su propiedad; ya sea por medio de un desahucio judicial o administrativo por mera tolerancia, o bien, con la venta a un tercero del inmueble en cuestión, lo cual le otorgaría

al nuevo propietario el mismo derecho de reclamar su nuevo inmueble.

Ahora bien, si se aplica lo anterior al ejemplo narrado, entonces Juan podría acudir a la vía civil a plantear un desahucio por mera tolerancia en contra de Ana con la finalidad de recuperar la posibilidad de vivir de nueva cuenta en su hogar, alegando que entre ambos no existe unión de hecho, ni matrimonio de por medio que le otorgue a esta el derecho que le correspondería por ganancialidad; por lo que la ocupación de Ana en su inmueble debe considerarse como una mera tolerancia y, por ende, la posibilidad de recuperar su propiedad es latente por la vía indicada, sin que Ana pueda alegar derecho alguno sobre esta.

Ahora bien, muy probablemente quien haya seguido estas líneas haya pensado de antemano que dicho desahucio se puede evitar mediante la medida de protección establecida en el numeral 3 inciso m) de la Ley Contra la Violencia Doméstica, que indica que se puede disponer embargo preventivo de los bienes del presunto agresor, por un plazo no mayor de tres meses, contado a partir de la fecha en que se ejecute la resolución que lo ordene, mas la aplicación de dicha normativa se da única y exclusivamente para respaldar la obligación alimentaria en favor de la persona agredida y los dependientes que correspondan, conforme a la ley. En consecuencia, allí es precisamente en donde la misma ley nos impone una limitante en cuanto a dicho embargo, como lo es la necesidad de cubrir alimentos; situación en el caso que pretendemos ilustrar (de Ana y Juan), dicha obligación de alimentos no existe pues Ana no cumple con los presupuestos formales para ser sujeto activo o acreedor de una obligación alimentaria por parte de Juan.

Dicho lo anterior, deberíamos entonces nosotros como administradores de justicia preguntarnos lo siguiente: ¿La aplicación del derecho civil en materia de desahucios por mera tolerancia podría violentar las medidas

de protección contra la violencia doméstica? ¿Debe admitir el juzgador civil este tipo de desahucio bajo estas circunstancias amparado en la ley? ¿Puede el presunto agresor disponer de dicha posibilidad legal como una continuación de la violencia doméstica cometida en perjuicio de su conviviente? ¿Se precipitó el legislador al momento de crear la Ley contra la Violencia Doméstica al dejar abiertos portillos como este en perjuicio de la presunta víctima? ¿Podría pensarse que esta modalidad de desahucio se extenderá a cónyuges que adquirieron su propiedad mucho antes de contraer matrimonio? ¿Está preparada la jurisdicción de familia para enfrentar un reto o caso similar al que se propone en esta discusión?

En lo personal creo que son muchas las interrogantes que genera este tema, en donde de inicio podríamos pensar que el juez civil está obligado única y exclusivamente a acatar las formalidades que la ley y su jurisdicción le exigen, en donde evidentemente no sería una causa de caso fortuito, fuerza mayor o exclusión o de oponibilidad vía excepción, la existencia de una violencia doméstica entre las partes que configuran el desahucio que él conoce bajo la modalidad en que se indicó líneas atrás, y que tendría como corolario evidente el desalojo legal de la presunta víctima; ya que, si bien es cierto no se aprecia justicia en dicho fallo, se estaría actuando legal y formalmente de acuerdo con los parámetros civiles de dicha situación.

Por lo tanto, cabe replantearnos la posibilidad de subsanar dicha laguna o portillo legal con la finalidad de evitar un mayor perjuicio a la presunta víctima, tomando en cuenta que la solución, ante los ojos de quien escribe, no se encuentra lejos para efectos de una práctica justa y legal; pues estamos enfrentado aquí el derecho constitucional de propiedad privada contra las medidas de protección que recoge la Ley contra la Violencia Doméstica.

Así, podríamos pensar en una reforma al numeral 3 inciso m) de la Ley contra la Violencia Doméstica, ampliando la limitación que este presenta en cuanto a la obligación de alimentos, con la finalidad de que también sea para efectos de garantizar el bienestar de la presunta víctima al menos hasta el momento de la audiencia entre las partes. Podría pensarse además en agregar otro inciso, en donde se establezca la posibilidad de anotar en el registro respectivo la existencia de la medida de protección en perjuicio del dueño del inmueble por el espacio de tiempo que dure dicha medida; dejando de lado, claro está, para efectos de protección a la víctima, la formalidad que nos señala nuestro Código Civil para efectos de anotaciones de este tipo.

Ahora bien, en el panorama legal que se nos presenta hoy día, el desahucio que acá se plantea debe ser acogido por el juez civil, el cual debe ordenar el desalojo de la presunta víctima; pero también creo firmemente en la posibilidad de que nosotros como juzgadores tenemos la imperiosa necesidad de crear mecanismos que nos permitan reconocer este tipo de laguna, a todas luces perjudicial, y fomentar la posibilidad de que exista una subsanación de esta para efectos de lograr una mayor paz social.

En conclusión, no debe ser nuestra indiferencia ni la del legislador, la que permita que se presenten aplicaciones de legalidad sobre la injusticia misma, sino que debemos apelar a esa madurez corporativa que nos exige nuestra labor diaria de escuchar, entender, estudiar y resolver; a efectos de identificar que ciertas aplicaciones legales podrían dar al traste con lo que hoy llamamos nuestro pilar fundamental de la sociedad, cuyo mejoramiento es nuestro deber primordial, esa base piramidal de nuestro ordenamiento jurídico que llamamos "familia" y de la que somos gallardos guardianes en nuestro diario accionar.





# NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL DERECHO ESPAÑOL

*Henar Álvarez Álvarez  
Profesora contratada, doctora en Derecho Civil  
Universidad de Valladolid, España*

## **SUMARIO**

### SINOPSIS

- 1 PLANTEAMIENTO
- 2 EL DERECHO DE USO SEGÚN LA DOCTRINA
  - a) Introducción
  - b) Derecho familiar
  - c) Derecho real
  - d) No es un derecho real
  - e) Derecho personal
  - f) Postura ecléctica
  - g) Recapitulación
- 3 NATURALEZA DEL DERECHO DE USO EN LA JURISPRUDENCIA



# NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL DERECHO ESPAÑOL

Henar Álvarez Álvarez  
Profesora contratada, doctora en Derecho Civil  
Universidad de Valladolid, España

## SINOPSIS

En los supuestos de crisis matrimonial puede producirse la atribución del uso de la vivienda a favor del cónyuge no titular de la misma, pero lógicamente tal atribución no recae tan solo sobre la vivienda, sino también sobre los elementos complementarios de esta. Este derecho de uso sobre la vivienda familiar es personalísimo, temporal, oponible a terceros, indisponible y judicial. Y a pesar de la dificultad que he encontrado a la hora de determinar la naturaleza jurídica de este derecho de uso, he llegado a la conclusión de que es un derecho real cuando la titularidad que tiene uno o ambos cónyuges sobre la vivienda también lo sea; mientras que, si la titularidad es personal, el uso tan solo implica un cambio de titularidad y no se creará un derecho real, y en los casos de precario, no surgirá ningún derecho nuevo.

## 1- PLANTEAMIENTO

El derecho de uso sobre la vivienda familiar tras la crisis matrimonial es personalísimo, pues se otorga por la ley *intuitu personae* al cónyuge separado o divorciado para que use de la vivienda y del ajuar junto con los hijos que están en su compañía. Es un derecho que no puede enajenarse ni transmitirse por ningún título, ya sea oneroso o lucrativo, y se extingue por la muerte del usuario<sup>1</sup>. Ahora bien, no será necesario acudir a los tribunales en los supuestos de crisis matrimonial, pues los cónyuges podrán pactar por convenio regulador o por acuerdo especial que el uso se atribuya en exclusiva a uno de los cónyuges, y podrán configurarlo como estimen más conveniente, es decir, como usufructo, como un derecho de habitación, etc.<sup>2</sup>

Con la atribución del derecho de uso a uno de los cónyuges sobre la vivienda familiar, se termina la situación de posesión compartida sobre la misma, y se produce una posesión exclusiva de aquel cónyuge al cual se le ha

1 Cfr. PONS GONZÁLEZ, M. y ARCO TORRES, M. A. del: *Separación, divorcio y nulidad matrimonial: régimen jurídico. (Teoría. Praxis judicial y Formularios)*, Comares, Granada, 1992, pág. 277. También considera que es un derecho intransmisible LÓPEZ LIZ, J.: *Bienes inmuebles y sociedad conyugal. Adquisición, administración y disposición, hipoteca y embargo, con particular estudio del derecho real de uso especial de la vivienda familiar*, Bosch, Barcelona, 1998, pág. 271.

2 Cfr. MONTERO AROCA (coord.): *Los procesos matrimoniales. Comentarios a la Ley 30/1981, de 7 de julio, sobre los procedimientos en las causas de nulidad, separación y divorcio. (Comentarios, jurisprudencia y formularios)*, VV. AA., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 547.

atribuido el derecho a usar la vivienda. Lo que sucede es que se asigna el uso de la vivienda familiar, pero permanecen inmutables tanto su titularidad, como sus cargas, derechos y obligaciones. En la doctrina no existe acuerdo sobre la naturaleza del derecho de uso, al igual que tampoco en la jurisprudencia.

Así las cosas, puedo adelantar que la doctrina mayoritaria considera que es un derecho de naturaleza real, aunque hay quien niega ese carácter. Y es que el inclinarse por una postura u otra trae consigo diferentes consecuencias jurídicas; pues si entendemos que el derecho de uso tiene carácter real, no podría modificarse la situación creada en la sentencia matrimonial, enervándose de esta manera hipotéticos derechos de los terceros. Por ello, la determinación de la naturaleza del derecho de uso no es baladí, puesto que si se considera que es un derecho real, se facilitará la defensa del derecho frente a terceros; debido a que tiene la posibilidad de inscripción en el Registro de la Propiedad, para así poder enervar la buena fe de un tercer posible adquirente. Por el contrario, si no es un derecho real, no cabe su acceso al Registro de la Propiedad, al impedirlo el artículo 5 de la Ley Hipotecaria, debiéndose establecer la defensa de este derecho a través de las vías posesorias o bien ejercitando la acción

de anulabilidad<sup>3</sup>. No obstante, algún sector doctrinal ha destacado que la publicidad que se otorga en estas situaciones con el Registro de la Propiedad no es aplicable a estas atribuciones del uso de la vivienda familiar, puesto que al emanar de la ley, tienen una publicidad por sí mismas superior a la que el Registro les pueda proporcionar, pues es una publicidad legal<sup>4</sup>. Además la inscripción en el Registro de la Propiedad no transforma automáticamente un derecho personal en real, tal y como sucede, por ejemplo, con el derecho de arrendamiento.

En lo que sí hay acuerdo en la doctrina española es en que es un derecho de carácter temporal, pues de lo contrario el titular sufriría un expolio. Asimismo, es un derecho familiar y judicial porque lo determina el juez, que goza de una fuerte protección frente a terceros, y puede tener acceso al Registro de la Propiedad. Por ello, desaparecidas las razones que motivaron el uso, deberá devolverse la posesión al verdadero titular de la vivienda familiar.

Estas características podrían aproximarlo a un derecho real pero ya he señalado que no hay acuerdo en este punto. Así las cosas, esta disparidad doctrinal quizá sea debida a que la voz "uso" es multívoca<sup>5</sup>, sobre todo en el artículo 96 del Código Civil español<sup>6</sup>; pues la

3 Cfr. MURCIA QUINTANA, E.: "La división de la vivienda familiar dejada en copropiedad tras la liquidación de la sociedad de gananciales de un matrimonio divorciado". (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de septiembre de 1988), ADC, 1989, págs. 1054 y ss.

4 Cfr. RODRÍGUEZ GARCÍA, C. J.: "EL sometimiento de un derecho a una norma de destinación: el artículo 1320 del Código Civil. Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 31 de diciembre de 1994 y a las RR DGRN de 30 y 31 de marzo de 1995", La Ley, 1995-4, pág. 794.

5 Así lo ha señalado CASTILLO DE SOTOMAYOR, al que hace alusión RAMS ALBESA, J.: *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 101.

6 Este artículo preceptúa lo siguiente: "En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponden a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse de que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial".

vivienda familiar de acuerdo con este precepto puede ser objeto de muy diversas titularidades, por lo que no existe un tratamiento uniforme y general del derecho de uso o de ocupación de la vivienda familiar. Incluso hay quien considera que este goce de la vivienda familiar es un derecho real *sui generis*<sup>7</sup>, a pesar de que se ha discutido en numerosas ocasiones sobre si los derechos reales son o no *numerus clausus*.

El problema surge porque el derecho de uso es un derecho que tiene acceso al Registro de la Propiedad y por ello es oponible a los posibles adquirentes de la vivienda, siendo estas dos características clásicas de los derechos de naturaleza real. Pero de lo que no cabe duda, tal y como ha puesto de manifiesto RAMS ALBESA, es que la configuración como derecho real de uso sobre la vivienda familiar tiene más ventajas que inconvenientes que si se crea un derecho *ex novo* a partir del artículo 96.1 del CC, tal y como hace buena parte de la doctrina, porque así se evita el arbitrio judicial, porque se fijan las funciones y facultades de cada una de las partes de la relación jurídica, aumentando con ello la seguridad jurídica<sup>8</sup>.

Asimismo, en los casos en los que el derecho de utilización de la vivienda se configura como real, implica su posible inscripción en el Registro de la Propiedad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 605 del Código Civil y en los artículos 1.1 y 2.2 de la Ley Hipotecaria<sup>9</sup>. Por ello actualmente, y teniendo en cuenta que las disposiciones vigentes (artículos 96 y 1320 del Código Civil) obstaculizan o condicionan la comisión de fraudes o errores perjudiciales por disposición unilateral, no parece dudoso que dicho uso deba configurarse como un

derecho oponible a terceros, que como tal debe tener acceso al Registro de la Propiedad, cuya extensión y contenido viene manifestado en la decisión judicial que lo autoriza en estos términos, y constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quiénes sean sus posteriores titulares; todo ello, sin perjuicio de la observancia de las reglas que establece el Derecho Inmobiliario Registral, aunque tomando en consideración que el adquirente a que se refiere el párrafo segundo del artículo 1320 no es propiamente el tercero hipotecario sino el primer adquirente fuera del círculo conyugal, es totalmente admisible la interpretación doctrinal que sostiene la naturaleza *sui generis* del derecho de uso.

Así las cosas, es evidente que cuando no existe ningún problema es en los casos en los que de acuerdo con lo previsto en el artículo 90 c) del Código Civil, en el convenio regulador se crean derechos reales de uso y disfrute a favor del cónyuge no titular de la vivienda familiar. Así, el uso al que se refiere este precepto podrá atribuirse expresamente a través de un derecho real de uso, de habitación e incluso un usufructo. La dificultad podría venir propiciada en estos casos por la inscripción en el Registro de la Propiedad, pues el convenio regulador no es necesario que se efectúe en escritura pública.

Pero esta cuestión queda solventada porque aunque el convenio regulador no precisa de escritura pública, sí requiere de homologación judicial, y se incorpora a la sentencia formando parte de esta, por lo que tiene acceso al Registro. De igual manera, se ha señalado que el titular de la vivienda puede constituir a

7 Cfr. MONTERO AROCA, J.: *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales. (La aplicación práctica del artículo 96 del Código Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 236.

8 Cfr. RAMS ALBESA: *Uso, habitación...*, óp. cit., págs. 119 y 120.

9 Cfr. LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, nueva edición, revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2002, pág. 111.

favor del cónyuge no titular no solo derechos reales sino también personales, tales como el comodato y el arrendamiento. En estos supuestos, es posible que se fije un canon o gratificación como contraprestación, pues de lo dispuesto en el artículo 90 c) del Código Civil no se deduce que el uso deba ser gratuito<sup>10</sup>.

El problema viene propiciado quizá por lo previsto en el artículo 96 del Código Civil, pues el legislador se preocupó más bien de establecer soluciones prácticas, sin tener muy en cuenta la titularidad de los bienes, y dejando además un amplio margen de actuación al arbitrio judicial. De esta cuestión se hace eco ROCA i TRÍAS, al señalar que el artículo 96 del Código Civil es uno de los de más difícil comentario de entre los artículos relativos a los efectos comunes a las situaciones de nulidad, separación y divorcio; pues ello se deriva sobre todo no por la oscuridad de la redacción del artículo, sino por las consecuencias que comporta la atribución de la vivienda a persona distinta del titular de la relación jurídica en virtud de la que se tiene derecho sobre el local que está destinado a estos efectos<sup>11</sup>.

No surgirá ningún problema sobre la titularidad del derecho de uso en los supuestos en los que se conceda tal uso al titular de la vivienda familiar, por lo que en estos supuestos realmente es discutible que tenga sentido la atribución de ese uso. Esto sucede con total independencia de cómo sea esa titularidad, pues no se refiere tan solo al derecho de propiedad, sino que engloba cualquier derecho según el cual se tenga la titularidad de la vivienda, por ejemplo, en virtud de

arrendamiento. En este sentido, si el uso se atribuye al cónyuge arrendatario, nada tendrá que comunicar al arrendador, a diferencia de lo que sucede en el supuesto contrario, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15 de la ley de arrendamientos urbanos. Es decir, el problema vendrá propiciado cuando el uso se atribuya al cónyuge no titular, con independencia de que la vivienda sea ganancial, común de los cónyuges, privativa del no titular del derecho de uso, y también en los casos en los que el titular de la vivienda arrendada no sea el beneficiario del derecho de uso.

## **2.- EL DERECHO DE USO SEGÚN LA DOCTRINA**

### **Introducción**

Ya he señalado que en los supuestos en los que el uso de la vivienda familiar se atribuye al cónyuge que es titular exclusivo de esta, no surge ningún problema, no siendo necesario además establecer ningún tiempo o plazo de duración del uso. Así, los problemas surgen cuando el uso se atribuye al cónyuge no titular de la vivienda, pues no hay unanimidad a la hora de caracterizar la naturaleza de ese derecho de uso.

Para un sector doctrinal, nos encontramos ante un derecho real, para otros ante un derecho personal y, finalmente, para otro sector, debido a las analogías que presenta tanto con los derechos reales como con los personales, consideran que se trata de un derecho *sui generis*.

---

10 Vid. en este sentido ROCA i TRÍAS, E.: "Comentario del artículo 96 del CC", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia. Ley 11/81, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, y Ley 30/81, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*, Volumen I, VV. AA., Tecnos, Madrid, 1984, págs. 554 y 555.

De lo que no hay duda es que la atribución del uso de la vivienda tiene carácter asistencial. De esta manera, si el titular de la vivienda lo es de un derecho real sobre ella, el uso que se atribuye al no titular, ¿tendrá el mismo carácter, es decir, naturaleza real, como un derecho real limitado atípico o reconduciéndole a alguna de las figuras tipificadas por el Código Civil o por el contrario no será un derecho real? Lo que está claro es que el artículo 96 del Código Civil tan solo se refiere al uso de la vivienda, pero no habla expresamente ni de derecho ni de derecho real de uso. Lo que quiero decir es que el artículo 96 del Código Civil no configura expresamente un derecho real de uso, sino que tan solo alude al uso de la vivienda, por lo que considero que mediante pacto los cónyuges podrán determinar un derecho dentro de los regulados en nuestro ordenamiento jurídico; pero para ello no será indispensable que se conceda el uso a través de un derecho real, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: el derecho que se otorga deberá tener una duración limitada en el tiempo, pudiendo estar determinada o no, pero esta última posibilidad es un tanto discutible, pues por lo menos deberá ser determinable en virtud de criterios objetivos, tales como “hasta que los hijos alcancen la independencia económica”; debe especificarse el carácter personalísimo, inalienable e inembargable del derecho de que se trate; y se hará constar registralmente para que tenga validez frente a terceros, no siendo posible la enajenación de la vivienda familiar por el cónyuge titular sin el consentimiento del otro<sup>12</sup>. Sin embargo, considero que es posible que se enajene la vivienda familiar, siempre y cuando el derecho de uso del cónyuge

adjudicatario sea respetado por el adquirente de la vivienda, pues lo fundamental en estos casos es que el derecho de uso sobre la vivienda familiar continúe vigente a pesar de la enajenación.

Así, lo más lógico es entender que estaremos ante un derecho real en los casos en los que la titularidad que tienen uno o ambos cónyuges sobre la vivienda también lo sea, mientras que cuando sea una titularidad personal, el uso tan solo implica un cambio de titularidad, y en los casos de precario, lógicamente no surgiría ningún derecho nuevo. Además, para un sector doctrinal lo mejor es considerar que el derecho de uso sobre la vivienda familiar es un derecho atípico, que tiene tanto características de derecho real como de derecho personal<sup>13</sup>.

Pero veamos estas cuestiones con mayor detenimiento.

### ***Derecho familiar***

Para ROCA i TRÍAS, cuando los cónyuges regulen cuál es el destino de la vivienda mediante convenio regulador, podrán establecer sobre la vivienda familiar los derechos reales o de crédito que estimen pertinentes, siendo lo más corriente crear un derecho de habitación a favor de los que continúan ocupando la vivienda, aunque también será posible crear un arrendamiento, un comodato o incluso un precario<sup>14</sup>. Asimismo, si el inmueble está arrendado, podrá hacerse una cesión definitiva, una subrogación o incluso una cesión del uso.

11 fr. ROCA i TRÍAS: “Comentario del artículo 96 del CC”, en *Comentarios a las reformas...*, óp. cit., pág. 607.

12 Cfr. CÁMARA, M. de la: *El sistema legal del matrimonio en el Código Civil*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 249 y 250.

13 Cfr. ELORRIAGA DE BONIS F.: *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 510 y 516.

14 La idea del contrato de arrendamiento la encontramos recogida expresamente en el artículo 285.1 del Código Civil francés, donde se establece que tras la separación o el divorcio podrá fijarse un contrato forzoso de arrendamiento de la vivienda familiar, cuyo titular es el cónyuge o ex cónyuge que tenga la custodia de los hijos.

Además, cuando la vivienda sea propiedad de uno de los cónyuges y en la liquidación del régimen económico matrimonial se atribuya definitivamente al otro cónyuge, la atribución no será automática, puesto que el artículo 1406.4 del Código Civil determina la preferencia sobre la vivienda que sirviese de residencia habitual cuando el régimen económico matrimonial de gananciales se liquida por causa de muerte. Y a las mismas soluciones se llegarían cuando la vivienda familiar fuese copropiedad de ambos cónyuges.

Pero donde realmente surgen los problemas es en los casos en los que la atribución del uso la realice el juez, pues se duda sobre la naturaleza que tiene este derecho. Podría configurarse un comodato, sobre la base de la gratuidad de la relación, pero esto no será siempre así, pues podrá acordarse el pago de prestaciones, y porque si se considera al comodato como un contrato nuevo, no cumpliría los requisitos del consentimiento previstos en el artículo 1261 del CC.

Por lo que respecta a la configuración como un derecho real de habitación, ROCA i TRÍAS considera que si esto fuera así, podría modificarse el contenido del derecho de propiedad debido a la función social que debe cumplir de acuerdo con la Constitución Española, que señala en el artículo 39 que debe protegerse a la familia; pues supondría una expropiación de una parte del derecho, por lo que será precisa una voluntad expresa de las partes para la constitución de este derecho.

Pero analizados todos estos supuestos, ROCA i TRÍAS no comparte ninguna de las posibilidades anteriores sobre la naturaleza del derecho que ostenta el cónyuge o los hijos no titulares de la vivienda familiar, y considera que el uso es un derecho de naturaleza estrictamente familiar, cuya naturaleza debe ligarse con lo previsto en el artículo 1320 del Código Civil, y partiendo de la consideración de que durante la vida del matrimonio existe una coposesión de los cónyuges, aunque la vivienda sea de titularidad exclusiva de uno de ellos. Y así, considera que cuando por acuerdo de los cónyuges en convenio regulador o bien por disposición judicial se atribuye a uno de los cónyuges el uso de la vivienda familiar excluyendo al otro, no implica que se cree un nuevo derecho real o de crédito a favor de los hijos o del cónyuge adjudicatario, sino que se elimina la situación de posesión compartida para pasar a una posesión exclusiva de aquel al que se le ha atribuido el uso de la vivienda; es decir, su título no ha cambiado, tan solo en la forma de poseer, porque de una posesión compartida se ha pasado a una posesión exclusiva, por lo que el artículo 96 del Código Civil sería una consecuencia de lo previsto en el artículo 1320 del Código Civil<sup>15</sup>. Así, el uso exclusivo de la vivienda conyugal no constituiría ni un derecho de habitación ni un derecho de crédito. Pero sucederá en los casos en los que los cónyuges o el juez se limitan a atribuir al cónyuge no titular los derechos de uso del inmueble, pues será posible que los cónyuges como consecuencia de la autonomía de la voluntad, creen en un convenio regulador unos derechos reales o de crédito a favor del cónyuge no titular<sup>16</sup>.

---

15 El artículo 1320 del Código Civil establece que "Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial.

La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe".

16 Vid. más ampliamente ROCA i TRÍAS: "Comentario del artículo 96 del CC", en *Comentarios a las reformas...*, óp. cit., págs. 609 y ss.

## Derecho real

En cuanto a la doctrina que considera que el derecho de uso sobre la vivienda familiar creado al amparo del artículo 96 del Código Civil es un derecho real, encontramos a LUNA SERRANO, quien considera que la mayor efectividad del artículo 96 se logra mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho real de uso constituido sobre la vivienda, así como mediante una anotación preventiva por analogía con el artículo 26 de la Ley Hipotecaria<sup>17</sup>.

Para LÓPEZ LIZ, se trata de un verdadero derecho real de uso especial. Ahora bien, si la titularidad sobre la cual la familia ocupa la vivienda es de carácter personal, no puede hablarse de un derecho real de uso<sup>18</sup>.

También entiende que es un derecho real ISAC AGUILAR, para quien el cónyuge no titular de la vivienda atributivo del uso sobre esta es un poseedor legítimo de ella y de los muebles del ajuar familiares, pero no solo eso, sino que además de tener una posesión legítima, es titular de un auténtico derecho real, que será por ello inscribible en el Registro de la Propiedad<sup>19</sup>. Y para MÉNDEZ PÉREZ se trata de un derecho real de habitación<sup>20</sup>.

Dentro de esta corriente doctrinal hay quien considera que son más sólidas las posiciones

doctrinales que entienden que prima el contenido real sobre el personal en el derecho de uso sobre la vivienda familiar, debido al objeto de tal derecho y a las consecuencias prácticas inmediatas. Así, se trataría de un derecho real atípico, porque no se ajusta exactamente a los parámetros exigidos en esta calificación jurídica, que requiere una afectación de los derechos dominicales, y además en esta cuestión sería definitivo el contenido de la sentencia matrimonial, pues establecerá el alcance y contenido de tal derecho, decantándose bien por considerar que es un derecho real, o bien por un derecho personal<sup>21</sup>.

Se ha dicho también que el derecho de uso sobre la vivienda familiar es un derecho real limitado o peculiar, puesto que no otorga a su titular las mismas facultades que un derecho real ordinario; por lo que esa configuración solo sería posible cuando el título en virtud del cual se dispone de la vivienda tenga naturaleza real. Así, sería incongruente pensar que de un título de carácter personal, como lo es el arrendamiento, se pudiese obtener uno real. Es decir, no es lógico que si se posee la vivienda en arrendamiento el derecho de uso que sobre ella recaiga tenga naturaleza distinta a aquel, esto es, que sea real y no personal como el arrendamiento. De esta manera, se dice que es un derecho peculiar, sobre cosa ajena, sin que terceras personas, ni siquiera el titular de

17 A esta opinión de LUNA se refiere CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral, Tomo 5, Derecho de Familia, Volumen I, relaciones conyugales*, Reus, Madrid, 12ª ed., 1994, pág. 1148. De la misma opinión es GAVILÁN LÓPEZ, J.: *Matrimonio: nulidad canónica y civil, separación y divorcio. Aspectos sustantivo y procesal conforme a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, VV. AA., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, pág. 622.

18 Cfr. LÓPEZ LIZ, J.: *Bienes inmuebles y sociedad conyugal. Adquisición, administración y disposición, hipoteca y embargo, con particular estudio del derecho real de uso especial de la vivienda familiar*, Bosch, Barcelona, 1998, págs. 268 y 274.

19 Cfr. ISAC AGUILAR, A.: "Las consecuencias registrales de la separación matrimonial y del divorcio: El uso de la vivienda conyugal", RCDI, nº 577, 1986, págs. 1730 y ss.

20 Cfr. MÉNDEZ PÉREZ, J.: "La atribución judicial de la vivienda a uno de los cónyuges en los procesos de nulidad, separación o divorcio", RGD, nº 519, 1987, pág. 6304.

21 Así lo ha considerado ROBLEDÓ VILLAR, A.: "La *actio communi dividundo* ejercitada por el copropietario de una vivienda familiar que está privado de su uso por sentencia matrimonial. Mención especial a la STS (Sala 1ª) de 14 de julio de 1994", La Ley, 1995-4, pág. 984.

la vivienda, puedan menoscabar ese goce. En estos casos, el titular del derecho de uso, que es el cónyuge no titular de la vivienda, es un poseedor legítimo, por lo que puede hacer valer su condición mediante cualquiera de los medios de defensa utilizados en los supuestos ordinarios de posesión. Es un derecho que recae sobre cosa ajena de forma inmediata, y es oponible frente a terceras personas. Además, es un derecho inscribible en el Registro, pronunciándose en este sentido el Tribunal Supremo español en la sentencia del 11 de diciembre de 1992<sup>22</sup>, en la que señala que “[...] *no parece dudoso que dicho uso deba configurarse como un derecho oponible a terceros que como tal debe tener acceso al registro de la propiedad*”<sup>23</sup>.

En relación con esta cuestión, este acceso al Registro de la atribución del uso de la vivienda familiar no tendrá lugar en los casos en los que falte el tracto sucesivo o en los casos también de falta de legitimación. Tal cosa sucederá, por ejemplo, cuando se pretenda la inscripción del derecho de uso determinado en sentencia de separación judicial sobre una finca registral en la que no figuran como titulares los esposos, sino sus padres, disfrutando los hijos separados de la finca en precario. En estos casos, el derecho de uso no tendrá acceso al Registro porque con la atribución del uso de una situación como el precario no puede derivarse un título legítimo de posesión de la vivienda familiar<sup>24</sup>.

En consonancia con el planteamiento anterior, sobre la naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar, O’CALLAGHAN entiende que si la titularidad sobre la vivienda es real (propiedad o copropiedad, habitación o usufructo), la ocupación de la misma será un derecho de naturaleza real, que no está tipificado en ninguno de los tipos previstos en el ordenamiento jurídico, tratándose de un derecho real que tiene naturaleza autónoma a pesar de tener claras analogías con el derecho de habitación; pero se diferencia de él en que el de habitación se constituye negocialmente y se limita a las piezas que son indispensables para la vivienda, mientras que el derecho de ocupación abarca toda la vivienda familiar, no solo las piezas necesarias para vivienda. Este derecho real será un derecho de ocupación, subjetivo, autónomo y accesorio respecto al del derecho real del titular y se podrá inscribir en el Registro de la Propiedad. Por el contrario, si la ocupación de la vivienda es en virtud de un derecho personal, habrá una cesión de la misma, esto es, se producirá una transmisión de dicha titularidad. Asimismo, si no hay titularidad, como sucede en los casos de precario, no habrá derecho de ocupación ni habrá cesión.

Pero RAMS ALBESA no comparte del todo esta opinión, pues considera que sí sería posible mantenerla en el caso del primer párrafo del artículo 96 del Código Civil, pero no así para el apartado tercero<sup>25</sup>. En este punto

---

22 RJ 10136.

23 Cfr. SERRANO GÓMEZ, E.: *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Tecnos, Madrid, 1999, págs. 23 y ss., 52 y ss. y 65 y ss.

24 Cfr. GARCÍA CUECO, E. y TORNO SANTONJA, M.: “Uso sobre la vivienda familiar. Inscripción”, BCRE, nº 16, junio 1996, pág. 1511.

25 Cfr. RAMS ALBESA: *Uso, habitación...*, óp. cit., pág. 107; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales”, AC, nº 19, semana 5 – 11 de mayo de 1986, págs. 1331 y 1332; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “La vivienda familiar durante el tratamiento de las crisis matrimoniales”, en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, VV. AA., Edición coordinada por PEDRO-JUAN VILADRICH, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1986, pág. 184, y también la obra de O’CALLAGHAN, X.: *Compendio de Derecho civil, Tomo IV, Derecho de familia*, EDESA, Madrid, 5ª ed., 2001, pág. 93.

discrepo de RAMS ALBESA, pues al igual que O'CALLAGHAN considero que la vivienda ocupada en virtud de precario no dará lugar a la creación de un derecho de ocupación sobre la misma. Así las cosas, es evidente que en el caso en el que el uso de la vivienda se atribuye a quien no es titular, es decir, a quien no era propietario, ni titular de derecho real, ni arrendatario, se separa titularidad y posesión. En términos similares a O'CALLAGHAN se ha pronunciado algún sector doctrinal que ha entendido, sobre todo debido a la falta de unidad jurisprudencial en la materia, que el derecho de uso es de naturaleza jurídica cambiante y no tiene una naturaleza autónoma, pues está condicionado por el tipo de derecho preexistente que tenga el cónyuge al que se le priva judicialmente de seguir ocupando la vivienda. Así, si el uso sobre la vivienda familiar es consecuencia de un acuerdo entre los cónyuges plasmado en convenio regulador aprobado judicialmente, deberemos estar a lo querido por los interesados en cuanto a su configuración. En caso de no existir convenio, si la vivienda se disfrutaba antes de la crisis en virtud de un derecho real, el derecho de uso otorgado por la autoridad judicial tendrá también ese carácter, mientras que no lo tendrá en caso contrario<sup>26</sup>.

A continuación, voy a analizar más pormenorizadamente los derechos que se crean al amparo del párrafo primero del artículo 96 del Código Civil. En efecto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 96 del Código Civil, en el caso de que no exista acuerdo de los

cónyuges sobre el uso de la vivienda familiar, los derechos que se derivan de la atribución judicial del uso sobre esta dependen de la caracterización de la clase de titularidad que el cónyuge no atributivo ostente sobre esta, es decir, titularidad en propiedad ganancial, en propiedad privativa del no usuario, propiedad en comunidad ordinaria de ambos cónyuges, en usufructo, uso o habitación, en arrendamiento ordinario, en arrendamiento por destinación y en precario.

Pero veamos estas cuestiones más detenidamente, sobre todo siguiendo lo expresado por O'CALLAGHAN<sup>27</sup> al respecto:

*-Vivienda familiar de titularidad ganancial.* En este caso tan solo hay derecho de uso sobre el conjunto en las medidas que se adoptan con carácter provisional antes de que recaiga sentencia. En cambio, en las medidas definitivas la ganancialidad ya no existe, pues se procede a la disolución de la sociedad de gananciales tras la resolución de nulidad, separación o divorcio. Lo más adecuado en estos casos sería un derecho de atribución preferente sobre la vivienda a favor del cónyuge en cuya compañía queden los hijos en plena propiedad o bien con un derecho de uso.

En términos similares, RAMS ALBESA ha señalado que debería existir una previsión en el Código Civil según la cual en la liquidación de la sociedad de gananciales se previese un derecho potestativo de atribución preferente sobre la vivienda familiar, a favor del cónyuge en cuya compañía queden los hijos<sup>28</sup>.

26 Cfr. LUQUE TORRES, G.: *Crisis matrimoniales. Consecuencias registrales y sucesorias*, Comares, Granada, 2002, págs. 39 y ss.

27 Vid. más ampliamente O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: "El derecho de ocupación de la vivienda en las crisis matrimoniales", AC, nº 19, semana 5 – 11 de mayo de 1986, págs. 1333 y ss.

28 Cfr. RAMS ALBESA: *Uso, habitación...*, óp. cit., pág. 110. De acuerdo con Rams Albesa está en este punto LUCINI CASALES, A.: "La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivo sobre la misma", RCDI, nº 596, 1990, pág. 99.

-*Vivienda familiar en pleno y privativo dominio del cónyuge no usuario.* A través del convenio regulador realizado entre los cónyuges, o bien por decisión judicial, surge un derecho real limitado sobre cosa ajena. Se trataría, a juicio de O'CALLAGHAN, de un derecho real atípico. En cambio, para RAMS ALBESA nos encontramos ante un derecho real de uso, porque el derecho de uso no tiene por qué recaer en cosas fructíferas, no siendo a su juicio un derecho de habitación como dice LUNA SERRANO. En efecto, para LUNA la naturaleza del derecho de uso del cónyuge no titular de la vivienda es de difícil calificación jurídica, aunque el uso sobre la vivienda podría considerarse como un derecho de habitación temporal no vitalicio constituido por decisión judicial. Pero dejando aparte las discrepancias doctrinales, el problema es que el legislador español no tuvo presente, como dice O'CALLAGHAN, que ha creado un nuevo derecho real sin saberlo, pues no se dio cuenta de la pluralidad de supuestos de titularidad a los que es aplicable el artículo 96.1 del Código Civil. En cambio, en este caso, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN consideran que si la vivienda es de propiedad privativa del cónyuge no favorecido con el uso, la decisión judicial es oponible *erga omnes*, pero no generadora de un derecho real, que debe ser respetada, pero sin que se impida la enajenación, siempre y cuando sea compatible con el derecho de uso. También LUCINI CASALES considera que es un derecho personal y no real a pesar de la publicidad registral y su eficacia "erga omnes", basándose sobre todo en el sustrato personalísimo de la relación matrimonial<sup>29</sup>.

-*Vivienda familiar que es condominio de los cónyuges, es decir, ambos cónyuges son*

*copropietarios de la vivienda, en copropiedad romana.* Esta titularidad de la vivienda en condominio puede ser originaria o bien consecuencia de la liquidación y partición de los bienes gananciales. De esta manera, el usuario tiene una doble titularidad: en pleno dominio sobre su mitad indivisa y derecho de uso sobre la restante mitad. Mientras dure el uso, no se podrá disolver la comunidad romana u ordinaria. Así, conviven dos regímenes jurídicos en la gestión y administración ordinarias de la vivienda familiar<sup>30</sup>.

-*Titularidad de la vivienda familiar por medio de un derecho real limitado de goce.* En estos casos hay que hacer dos matizaciones, distinguiendo entre el régimen del usufructo del previsto para el uso y la habitación. En primer lugar, en el caso de que el cónyuge no usuario sea titular de un derecho de usufructo, es posible crear un derecho de uso sobre el de usufructo. Este derecho de uso se extinguirá por las causas inherentes a la razón de concesión y por las del artículo 513 del Código Civil, a excepción de la renuncia del usufructuario prevista en el apartado cuarto de este precepto; puesto que esa renuncia sería fraude de ley, privando ilegítimamente al concesionario del derecho y a los hijos de su derecho de uso. Se trata de una indisponibilidad del derecho. Y extinguido el usufructo por sus causas normales, es decir, las de los artículos 513 y siguientes del Código Civil, se extinguirá a su vez el derecho de ocupación, pues este seguirá siempre la suerte del usufructo.

En segundo lugar, en el caso de titularidad en uso o habitación, RAMS ALBESA, a diferencia de lo que señala O'CALLAGHAN, entiende que no se puede atribuir en uso a persona

29 Cfr. LUNA SERRANO, A.: *El nuevo régimen de la familia. I. Matrimonio y divorcio*, VV. AA., Civitas, Madrid, 1982, pág. 358; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil, volumen IV*, Tecnos, Madrid, 7ª ed., 1997, págs. 138 y 139; LUCINI CASALES: "La vivienda familiar...", óp. cit., págs. 100 y 101.

30 En sentencias del Tribunal Supremo del 14 de julio de 1994 (RJ 6439) y 22 de septiembre de 1988 (RJ 6852) se permite el ejercicio de la acción de división de la vivienda familiar.

distinta de su titular, por el personalismo de la atribución, que también se da en el usufructo, y también por el goce directo, que no se daría en este supuesto. En este sentido, LUCINI CASALES considera también que no es posible atribuir el derecho de ocupación sobre la vivienda al cónyuge no titular del derecho de uso o habitación, debido también al carácter personalísimo de la atribución y de los derechos de uso y habitación. Por el contrario, O'CALLAGHAN considera que sí es posible crear un derecho real de ocupación sobre la base del derecho de habitación, puesto que en el párrafo segundo del artículo 524 del Código Civil incluye las necesidades de "las personas de su familia", por lo que si ocupa la vivienda su cónyuge, realmente no se produce una transmisión del derecho de habitación, pues el cónyuge y los hijos ocuparán la vivienda por ser personas de su familia<sup>31</sup>.

*-Vivienda familiar arrendada.* El arrendador no puede hacer nada ante la alteración de los sujetos en la persona del arrendatario. En este sentido, existen dudas sobre si nos encontramos ante un caso de cesión o de subrogación, pues el artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos tan solo establece que en los casos de nulidad, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario puede continuar en el uso de la vivienda arrendada si le es atribuida según lo previsto en los artículos 90 y 96 del Código Civil. O'CALLAGHAN entiende que es una cesión "de ida y vuelta", ya que el titular no usuario no cesa en la titularidad, que puede recuperar en el momento de extinción del derecho del usuario. Lo que no suscita ninguna duda es que en estos casos no puede hablarse de la

existencia de un derecho real de ocupación que se derive de un derecho de arrendamiento. En este punto, LACRUZ considera que el cónyuge no titular del arrendamiento al que se le otorga el uso no puede considerarse como precarista, pues su situación jurídica está amparada por una decisión judicial. Asimismo, entiende que podríamos estar ante un supuesto de subrogación temporal, por lo que las relaciones frente al arrendador durante el tiempo de la atribución en uso de la vivienda ya no corresponderían al cónyuge primitivo arrendatario, evitándose algunos riesgos para el ocupante de la vivienda, sobre todo el de verse desahuciado por falta de pago del alquiler por parte del otro esposo<sup>32</sup>.

En los casos de vivienda familiar arrendada, GUILARTE GUTIÉRREZ ha considerado que la atribución judicial del derecho de uso no crea un título específico "ex novo", sino que tan solo produce una concentración de facultades a favor de uno de los cónyuges, al cual se le otorga la facultad exclusiva de utilizar la vivienda que antes ambos compartían; por lo que si la detentación previa lo era en función de un contrato de arrendamiento, la atribución judicial del uso no puede sobrepasar las facultades que se integraban en el título arrendaticio. En efecto, en estos casos la resolución judicial no puede atribuir al adjudicatario del uso de la vivienda familiar facultades que antes no existían, por lo que el arrendador podrá hacer valer las causas de resolución del contrato, entre ellas la de expiración del término, aunque la atribución del uso en la resolución judicial fuese mayor<sup>33</sup>.

*-Tenencia de la vivienda en precario.* RAMS ALBESA y O'CALLAGHAN están de acuerdo

31 Cfr. LUCINI CASALES: "La vivienda familiar...", óp. cit., pág. 103; O'CALLAGHAN MUÑOZ: "La vivienda familiar...", óp. cit., págs. 185 y 186; RAMS ALBESA: *Uso, habitación...*, óp. cit., págs. 109 y ss.

32 Cfr. LACRUZ BERDEJO: *Elementos...*, IV, óp. cit., pág. 111.

33 Cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: "Comentario del artículo 15 de la LAU", en *Arrendamientos Urbanos, Vol. I*, VV. AA., Lex Nova, Valladolid, 1997, págs. 178 y 179.

en entender que el cónyuge que se queda en la vivienda ocupará sin más apoyo que el precario, y el otro cónyuge antes precarista quedará sin derecho alguno, puesto que tampoco antes lo tenía. El ocupante no tiene un derecho de ocupación subjetivo, autónomo y real, sino que tiene una posición subordinada al precario. Es por ello, claro, que no se crea un derecho nuevo porque ningún derecho existía antes. Así, el precario podrá finalizar en cualquier momento, cuando el propietario del bien lo decida, porque el precario es una situación posesoria meramente tolerada por el propietario. Y podrá finalizar tanto si el derecho de ocupación lo tiene el primitivo precarista, como si el nuevo precarista es el cónyuge que antes no lo era<sup>34</sup>.

*-Vivienda familiar ocupada por razón del cargo.* En este supuesto, O'CALLAGHAN destaca con razón el personalismo que concurre en la creación de la titularidad y en el desempeño de determinadas funciones, por lo que no puede llegar a nacer el derecho a favor del cónyuge teórico usuario. De esta manera, según O'CALLAGHAN, a pesar de que se trata de un derecho personalísimo y en principio solo podrá continuar ocupando la vivienda el cónyuge que fue atributivo de la misma en razón de su empleo o cargo, podrán existir casos especiales<sup>35</sup>.

### **No es un derecho real**

A continuación, en lo que respecta a la doctrina que considera que nos encontramos ante un derecho que no es real, ZARRALUQUI entiende que sin lugar a dudas el derecho de

uso de la vivienda familiar no es un derecho real, pues puede adjudicarse cuando el título de ocupación no es real, sino personal, ya sea en arrendamiento, subarriendo, precario o comodato, y cuando es intransferible, en el caso del derecho de habitación, siendo posible adjudicar el uso al propio titular del dominio sobre el inmueble. Por todo ello, entiende que es un derecho personal, derivado de la relación personal, pero que en realidad de lo que se trata es de la exclusión de uno de los cónyuges, y no la concesión de un derecho nuevo, pues no se concede nada nuevo a uno de los esposos, ya que con anterioridad era poseedor del inmueble donde los esposos tenían su vivienda familiar. Lo que se produce es la exclusión de uno de los cónyuges del derecho de uso, y no se crea un derecho a favor del cónyuge que se queda en la vivienda porque ya está legítimamente en ella. Es decir, se confirma la posesión a uno y se excluye al otro cónyuge, por lo que la posesión compartida se transforma en posesión exclusiva<sup>36</sup>.

También considera que no estamos ante un derecho real RODRÍGUEZ CHACÓN, para el cual, debido a que la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar comporta dos consecuencias fundamentales: a uno de los esposos se le priva de la vivienda familiar y la atribución del derecho de uso se utiliza como un pago *in natura* de la aportación que debe satisfacer el cónyuge titular por el concepto de contribución a las cargas familiares o para hacer efectiva la pensión compensatoria; la atribución del derecho de uso no supone la constitución de un derecho real ni tampoco la transferencia de titularidad

34 Cfr. RAMS ALBESA: *Uso, habitación...*, óp. cit., págs. 109 y ss.; O'CALLAGHAN MUÑOZ: "La vivienda familiar...", óp. cit., págs. 188 y 189.

35 Vid. más ampliamente O'CALLAGHAN MUÑOZ: "El derecho de ocupación...", óp. cit., págs. 1333 y ss. A O'CALLAGHAN sigue en este punto LUCINI CASALES: "La vivienda familiar...", óp. cit., pág. 104.

36 Cfr. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *El uso de la vivienda familiar en las crisis familiares*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1998, pág. 51; ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA, L.: "Efectos de la extinción de la pareja de hecho: la vivienda familiar", Cuadernos de Derecho Judicial, nº 20, 1997, págs. 644 y 645.

alguna, sino que implica el establecimiento de una situación general o *sui generis* basada en el “ius possidendi”<sup>37</sup>.

Asimismo, se ha considerado que no es un derecho real y por tanto no puede inscribirse en perjuicio de tercero, sosteniendo que la protección jurídica de la familia en nuestro ordenamiento jurídico no va más allá de las personas que la forman, sin trascender por ello a terceros, porque nace el derecho de una relación personal y no de la relación real con el inmueble; por lo que no tendría más alcance que frente a los titulares y nunca frente a los terceros<sup>38</sup>.

Otro argumento por el cual se ha considerado que el derecho de uso no es un derecho real, es aquel que estima que la atribución a uno de los cónyuges y a los hijos de la vivienda familiar, realmente constituye un acto de destinación que establece la autoridad judicial, pero que no tiene por objeto crear un derecho real, sino más bien, es una destinación que primero hace la ley y después la autoridad judicial corrobora<sup>39</sup>.

### **Derecho personal**

También se ha argumentado que la atribución del uso de la vivienda familiar debe considerarse como un derecho personal, puesto que no es admisible que la sentencia matrimonial

afecte a los que no han sido parte procesal en un procedimiento de nulidad, separación o divorcio, y ello a pesar de la importancia del principio de protección de la vivienda familiar, pues el derecho que se concede al cónyuge beneficiario no puede tener más contenido y alcance que el que ostentaba frente a los terceros el cónyuge no beneficiario<sup>40</sup>.

Pero el problema que surge en estos planteamientos que consideran que la atribución del uso sobre la vivienda familiar es un derecho personal, es que los efectos de tal atribución se reducirán al ámbito estrictamente familiar.

### **Postura ecléctica**

Finalmente, como postura ecléctica, se ha señalado que la atribución del uso de la vivienda familiar no puede ser configurada ni como un derecho real ni como un derecho personal, sino más bien como un derecho *sui generis*, porque tiene analogías tanto con los derechos reales como con los personales, por lo que para GARCÍA CANTERO es un derecho atípico de habitación de carácter personal o de crédito<sup>41</sup>. Igualmente, se ha argumentado que el derecho de uso del cónyuge no titular no es un derecho real; estaría inculcado dentro de la contribución a las cargas familiares, ya que es personal e intransferible. Pero tampoco sería un derecho personal, sino más bien

37 Cfr. RODRÍGUEZ CHACÓN, R.: “La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar”, RDF, nº 2, 1999, págs. 26 y 27.

38 Cfr. VICENTE DÍAZ, M.: “Cuestiones sustantivas y procesales de los bienes gananciales en la crisis matrimonial”, AC, nº 5, semana 1 – 7 febrero 1988, pág. 270. También ha considerado que no es un derecho real ROJO ALONSO DE CASO, J. C.: “La vivienda ganancial en uso atribuido a un cónyuge en la liquidación de bienes gananciales: procedimiento de liquidación y criterios de división”, AC, nº 34, 16 – 22 septiembre 1996, pág. 768.

39 Cfr. BLANDINO GARRIDO, M. A.: “Régimen jurídico de los actos de gestión sobre la vivienda familiar de naturaleza ganancial, I y II”, La Ley, 1998-1, Diarios 4518 y 4519, del 13 y 14 de abril de 1998, pág. 1.967; RODRÍGUEZ GARCÍA: “El sometimiento...”, óp. cit., pág. 799.

40 Cfr. GARCÍA-MAURIÑO, S. y CARPIO FIESTAS, V. del: “Atribución de uso de vivienda familiar y “actio communi dividundo”, AC, nº 5, 31 de enero – 6 de febrero de 1994, pág. 81.

41 Cfr. GARCÍA CANTERO, G.: “Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español”, en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, VV. AA., Edición coordinada por PEDRO-JUAN VILADRIK, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1986, pág. 83.

un derecho que sí tiene algún rasgo de los derechos reales<sup>42</sup>.

Dentro de esta línea argumental, se considera que la atribución del uso de la vivienda familiar constituye un derecho real *sui generis*, cuyo contenido vendrá determinado por la propia sentencia matrimonial que lo declare, siendo un derecho inscribible que produce eficacia real, salvo en los casos en los que la vivienda familiar sea propiedad de un tercero, pues en estos casos tal eficacia será relativa, puesto que los derechos dominicales no pueden verse afectados por esa atribución<sup>43</sup>.

En relación con esto, DÍEZ-PICAZO ha considerado que el derecho de ocupación de la vivienda familiar no constituye ni un derecho real ni un derecho personal, y que tampoco puede incardinarse dentro de las categorías jurídicas tradicionales. Estaríamos ante una situación original y con características propias, que puede calificarse como una situación jurídica *sui generis*<sup>44</sup>.

## Recapitulación

Vistas las posturas doctrinales sobre la naturaleza de la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar, considero que la más acertada es la defendida por O'CALLAGHAN, esto es, si la titularidad de uno de los cónyuges sobre la vivienda familiar es de naturaleza real: la ocupación que se produzca sobre la vivienda familiar por el cónyuge atributivo del derecho de uso será también de naturaleza real. Por el contrario, si la ocupación de la

vivienda es en virtud de un derecho personal, con la atribución del uso en ningún momento se constituirá un derecho real *ex novo* sobre la vivienda familiar a favor del cónyuge beneficiado por la medida. Finalmente, en los supuestos en los que no exista ninguna titularidad sobre la vivienda familiar, como es en el caso de tenencia de la misma en precario, no habrá derecho de ocupación. Esto en los casos en los que la atribución del uso sea decretada por la autoridad judicial, pues si existe un convenio regulador entre las partes aprobado judicialmente y las partes establecen expresamente la naturaleza jurídica del derecho de uso sobre la vivienda familiar, deberá respetarse la voluntad de los cónyuges en torno a esa naturaleza del derecho de uso.

## 3.- NATURALEZA DEL DERECHO DE USO EN LA JURISPRUDENCIA

La cuestión de la naturaleza del derecho de uso no es pacífica en la doctrina, y en la jurisprudencia tampoco existe un tratamiento uniforme de la cuestión. En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español es contradictoria, pues hay sentencias que asignan al derecho de uso el carácter de derecho real, mientras que otras lo niegan.

Así, el Tribunal Supremo partió en un primer momento (en la sentencia del 11 de diciembre de 1992<sup>45</sup>) de la naturaleza *sui generis* del derecho de uso sobre la vivienda familiar,

42 Cfr. MURCIA QUINTANA, E.: *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar. (Artículo 1320 del C.c.)*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 251.

43 Cfr. JUANES PECES, A. y GALVÁN ARIAS, J. R.: "Naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial", *RJC*, 1992, pág. 153.

44 Cfr. DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L.: "La situación jurídica del matrimonio separado", *RDN*, 1961, nº XXXI, enero-marzo, págs. 33 y ss.

45 RJ 10136.

entendiendo que el contenido de la situación jurídica especial del ocupante debe integrarse de acuerdo con los principios generales del derecho en armonía con el interés que la ley intenta proteger. Por ello, a pesar de que el cónyuge propietario puede ejercitar sus facultades dispositivas, si enajena la vivienda, el tercer adquirente la recibe con la carga de la ocupación, y el ocupante, es decir, el cónyuge no titular, será considerado como un poseedor legítimo. De esta manera, no se amparan posibles actos fraudulentos del cónyuge titular que podrían vulnerar el derecho de uso otorgado al cónyuge no titular. Es decir, en esta sentencia se establece que no parece dudoso que el uso deba configurarse como un derecho oponible frente a terceros, que como tal debe tener acceso al Registro de Propiedad.

Pero el Tribunal Supremo en sentencia del 22 de diciembre de 1992<sup>46</sup> dotó de carácter real al derecho de uso, pues hace oponible a los terceros adquirentes el derecho que confirió el juez a uno de los cónyuges sobre la vivienda. Asimismo, en la sentencia del 20 de mayo de 1993<sup>47</sup> se estimó que el derecho de uso era un derecho de uso y habitación previsto en los artículos 523 y siguientes del Código Civil, derecho real de disfrute limitado, que es compatible con la existencia del derecho de propiedad sobre la vivienda familiar.

Pero existe una jurisprudencia contradictoria. En efecto, en la sentencia del 29 de abril de

1994<sup>48</sup> el Tribunal Supremo negó al derecho de uso sobre la vivienda familiar el carácter de derecho real, al entender que se puede conceder igualmente cuando la vivienda está arrendada y no pertenece a ninguno de los cónyuges; por lo que no reconoce naturaleza real al derecho o atribución de uso en sí mismo considerado. No obstante, posteriormente el Alto Tribunal en la sentencia del 18 de octubre de 1994<sup>49</sup> consideró de nuevo que el derecho de uso sobre la vivienda familiar es un derecho real familiar, siendo un derecho oponible a terceros, por ser un derecho real de eficacia total, afectado de la temporalidad a que se refiere el último párrafo del artículo 96 del Código Civil y subordinado al derecho de propiedad. En este sentido, obviamente la oponibilidad *erga omnes* de este derecho es una característica propia de los derechos reales.

En cambio, la sentencia del Tribunal Supremo del 4 de abril de 1997<sup>50</sup> consideró que la atribución a uno de los cónyuges de la vivienda familiar no es un derecho de usufructo, derecho real en principio vitalicio y disponible, sino un derecho de ocupación, provisional y temporal, que es oponible a terceros, “sin que sea unánime” (ni tiene por qué serlo, ni tiene trascendencia práctica), la opinión acerca de si es derecho real. En este sentido, el Tribunal Supremo señaló en la sentencia del 23 de enero de 1998<sup>51</sup> que la adjudicación del uso de la vivienda familiar es un medio legal de

---

46 RJ 10684.

47 RJ 3807.

48 RJ 2945.

49 RJ 7722.

50 RJ 2636.

51 Revista de Derecho de Familia, nº 2, enero 1999, págs. 175 y 176.

dar satisfacción a la necesidad de vivienda de quien merece mayor tutela, y en ningún caso cabe hablar de derecho de usufructo, aunque alguna sentencia de esta Sala ha apreciado en la atribución alguna forma de derecho real.

Finalmente, la Dirección General de los Registros y del Notariado también se ha pronunciado sobre esta cuestión tempranamente, pues en su Resolución del 25 de octubre de 1999<sup>52</sup> ha considerado que la inscripción del derecho de uso es posible en el Registro tras la separación matrimonial, sea o no tal uso y disfrute un derecho real; puesto que es una

limitación que produce efectos *erga omnes* y debe tener acceso al Registro, incluso aunque la finca se adquiriese después de la separación. En cambio, con anterioridad a esta resolución, GUILARTE GUTIÉRREZ afirmaba que la sentencia de separación o divorcio que determine la adjudicación a uno de los esposos del uso de la vivienda familiar es "*res inter alios acta*", pues la sentencia no crea por sí un título de ocupación ejercitable "*erga omnes*", ni origina la aparición de un título de adquisición originario del que surja un derecho real u obligacional que faculte para el uso de la vivienda<sup>53</sup>.

---

52 Boletín del Colegio de Registradores de España, nº 55, enero 2000, págs. 36 y ss. y RDF, nº 10, enero 2001, págs. 224 y ss.

53 Cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: "Efectos patrimoniales que respecto de terceros produce la situación de crisis matrimonial", Cuadernos de Derecho Judicial (Derecho de familia), 1993, Base de datos del CGPJ, pág. 8.

# COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA EN EL TEMA DE LA CONDENA O EXENCIÓN AL PAGO DE COSTAS EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

*Mauricio Chacón Jiménez  
Juez de Familia de Heredia*

El proceso familiar presenta características especiales que provocan que no siempre resulten enteramente aplicables las disposiciones que contiene el Código Procesal Civil. El tema de la condena o exención al pago de costas procesales y personales merece un tratamiento acorde con esa especial naturaleza.

Lo ideal sería diseñar reglas claras en un cuerpo adjetivo específico, dejando siempre un margen flexible para que el/la juez(a) tenga la posibilidad de fundamentar la decisión con base en los aspectos propios que presenta el caso concreto.<sup>1</sup> Por ahora, al no tener todavía un instrumento procesal independiente, lo procedente es ir delineando los conceptos a través de los pronunciamientos judiciales.

En este sentido, yo no comparto muchos de los lineamientos que se han ido trazando sobre este particular pues los considero incorrectos o, cuando menos, confusos. La principal objeción que tengo es porque, para mí, la relación que se establece entre el principio de gratuidad y la repercusión económica de la actividad procesal, no es del todo absoluta.

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia, en sentencia N°522/94, pronunciada el 22 de noviembre de 1994<sup>2</sup>,

explicó el fundamento constitucional del principio de gratuidad de la justicia laboral, fundamento que comparto y además, por tratarse del llamado "derecho social", me parece perfectamente aplicable a la justicia familiar:

No existe una norma constitucional que expresamente consagre la gratuidad del servicio de justicia que presta el Estado, pero por vía legislativa aparece reconocido el principio de gratuidad de la justicia, aun cuando con algunas limitaciones, en los Códigos de Procedimiento Laboral y Civil.

De la Constitución se puede inferir el principio de gratuidad de la circunstancia de que la justicia constituye uno de los pilares o fundamentos esenciales para lograr la convivencia, la paz y un orden justo que haga realidad la igualdad jurídica y material, enmarcado dentro de la filosofía y el realismo del Estado Social de Derecho, justicia cuya aplicación, operatividad y eficacia se hace efectiva cuando las instituciones procesales creadas como instrumentos para asegurar su vigencia, arbitran los mecanismos idóneos para que puedan acceder a ellas todas las personas en condiciones de igualdad. La gratuidad es, en esencia, la condición para hacer realidad el acceso a la justicia en condiciones de igualdad,

<sup>1</sup> Para mí, lo menos indicado es que la legislación resulte exageradamente rígida, pues cuando eso sucede, el/la juzgador(a) ve cercenada su independencia de criterio.

<sup>2</sup> Recuperado el 6 de febrero de 2008 de <http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1994/Tutela/T-522-94.htm>

pues la situación económica de las partes no puede colocar a una de ellas en situación de privilegio frente a la otra ni propiciar, por consiguiente, la discriminación.

El principio de gratuidad de la justicia en materia laboral, tiene un arraigo constitucional mucho más acentuado, porque la Constitución considera al trabajo como un valor y un derecho fundamental, consustancial al Estado Social de Derecho (preámbulo, arts. 1, 25 y 53).

El trabajo si bien tiene como principal objeto afirmar la dignidad y el bienestar del individuo, ofrece el carácter de ser común a grandes esferas sociales, motivo por el cual trasciende de su órbita estrictamente individual hacia el ámbito de lo social o comunitario. Esta circunstancia determina que las controversias y conflictos que su aplicación suscita, tengan por lo general, una repercusión que en muchos casos alcanza a afectar notablemente, los intereses políticos, económicos y sociales de un país. Igualmente hay que considerar que es en las relaciones laborales donde con más intensidad se produce el contraste entre la igualdad jurídica como ideal y la desigualdad económica como realidad, imponiendo al Estado la obligación de atenuar o eliminar los efectos de ésta para alcanzar aquélla [...]

La doctrina y la jurisprudencia laboral han interpretado las diferentes disposiciones relativas a la gratuidad en las actuaciones de los procesos laborales, en el sentido de que el principio no opera de manera absoluta sino relativa. Es así como la gratuidad no exonera a las partes de la obligación de cubrir determinados gastos, como son: los necesarios para el desplazamiento de los funcionarios que deban realizar notificaciones; la indemnización que el juez puede decretar en favor del testigo, según el art. 221 del Código de Procedimiento Civil; los honorarios de los auxiliares de la justicia; los gastos necesarios para el registro

de embargos en las competentes oficinas del registro de instrumentos públicos y en las cámaras de comercio; la utilización de medios técnicos para la grabación de las actuaciones de las audiencias públicas y, en general, todo gasto que propiamente no se encuentre comprendido dentro de las actuaciones a que alude el art. 39, antes transcrito.

El principio de gratuidad, básicamente, permite acceder a la justicia en igualdad de condiciones; valga decir, permite que una persona no se vea impedida de buscar la protección o reconocimiento de sus derechos por no poder sufragar los costos que genera la interposición y posterior tramitación de un proceso judicial.

Por otro lado, el solo hecho de presentar una demanda en la sede judicial conlleva la necesidad de contar con una adecuada asesoría jurídica, necesidad que tienen tanto la persona que gestiona como la persona contra quien se gestiona. Definitivamente no es con la auto postulación procesal que se garantiza el acceso a la justicia. En mi criterio, el costo que genera la satisfacción de esa necesidad no está contemplado en el principio de gratuidad. Conviene recordar que existe un principio general de derecho que sostiene que la ley no ampara el abuso del derecho ni el ejercicio antisocial de este, de tal forma que no parece razonable que, como norma de principio, una persona pueda accionar con plena garantía de que su gestión estará exenta de condena al pago de los gastos que le provocó a la contraria.

Me parece que no es importante referirme ahora al por qué yo considero un error el haber eliminado el beneficio de pobreza que contemplaba el Código Procesal Civil, pero sí estimo adecuado recordar que ese beneficio permitía a la parte litigar sin necesidad de rendir garantía de costas, permitiéndosele además

apelar la sentencia de primera instancia; pero ello no implicaba que se viera exonerado de la condena al pago de las costas.

Una vez expuesta mi opinión sobre ese particular, procedo a continuación a examinar algunos pronunciamientos judiciales que se refieren al tema de la condena o exención al pago de las costas personales y procesales. Para facilitar la lectura, me parece conveniente dividirlos en las siguientes áreas: Procesos en los que figuran como parte las personas menores de edad, La buena fe procesal, Exención “por razón de la materia” y Rebeldía. Al final, haré referencia a dos temas afines: Los Consultorios Jurídicos y el Cálculo de los honorarios cuando el proceso tiene repercusión económica.

### **a) Procesos en los que figuran como parte las personas menores de edad**

El Código de la Niñez y la Adolescencia introdujo una norma relacionada con la repercusión económica de la actividad procesal, sin haber tenido en cuenta “pienso yo” la diversidad de situaciones que podrían presentarse. La norma dice así:

#### **ARTÍCULO 106.-**

##### **Exención del pago**

Las acciones judiciales que intente una persona menor de edad o su representante estarán exentas del pago de costas y especies fiscales de todo tipo.

De la literalidad del artículo, se desprende lo siguiente:

- a) La norma contempla a la persona menor de edad solo en la posición de parte actora (“las acciones judiciales que intente”).

- b) No indica que será la persona menor de edad la que estará exenta del pago de las costas, sino que hace una referencia genérica (“Las acciones judiciales [...] estarán exentas del pago de las costas y especies fiscales de todo tipo”).
- c) No se especifica qué tipo de acciones judiciales, de tal forma que además de las familiares, podrían ser civiles, laborales, agrarias, comerciales, etc.
- d) Queda claro que la parte es la persona menor de edad y que esta puede actuar por medio de representante.

Mi primera opinión, entonces, es que la norma resulta exagerada e inconvenientemente amplia. Ahora vamos a ver cómo es que la jurisprudencia la ha interpretado.

Desde que entró a regir la disposición, el Tribunal de Familia —que en aquel entonces estaba conformado por tres integrantes— comenzó a sostener, por mayoría, que solo la persona menor de edad puede beneficiarse de esta norma. El integrante minoritario emitió votos salvados en los que explicaba ampliamente, a partir del principio constitucional de igualdad, por qué esta norma debe ser aplicada a ambas partes del proceso (a manera de ejemplo, voto n.º 502-2000, pronunciado a las 9:00 horas del 17 de mayo). Aquella posición inicial mayoritaria del Tribunal de Familia se fortaleció con un pronunciamiento de la Sala Segunda del año dos mil uno.

A partir de entonces ese fundamento se consolidó, al extremo que ya casi ni se incluye un razonamiento sobre el particular, pese a que las circunstancias han variado notablemente, no solo en la integración del Tribunal, sino también con el advenimiento de nuevos instrumentos procesales.

**Sala Segunda de la Corte  
Suprema de Justicia  
Voto 342-2001**

**10:00 horas del 22 de junio**

**X.- COSTAS.-** Reclama el recurrente que, la condena en costas, de la que fue objeto, viola el artículo 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia, norma que establece la exención de su pago, a las acciones judiciales que intente una persona menor de edad o su representante. El accionado pretende, en virtud de esa norma, así como del artículo 33 constitucional, que tutela el principio de igualdad, beneficiarse con la norma especial del Código de la Niñez y la Adolescencia, para que se le exima del pago de costas. Lo anterior no resulta de recibo, toda vez que, el proceso de investigación de paternidad, como derecho que otorga la Constitución Política a todas las personas, debe conocerse mediante un proceso abreviado, regulado en el Código de Familia. No es procedente, aplicarle a un adulto, leyes especiales, creadas para dar protección al menor. Así las cosas, aquí resultan ineludiblemente aplicables los artículos 221 y 222 del Código Procesal Civil. El Código de la Niñez y la Adolescencia, al desarrollar el artículo 51 constitucional, define un marco jurídico mínimo, para la protección integral de las personas menores de edad. Establece los principios fundamentales de los procesos judiciales, que involucren los derechos y las obligaciones de estas personas. Las normas, como la que pretende desaplicar el recurrente, que desarrolla el artículo 51 constitucional, nacen precisamente con la clara intención de poner en un plano de igualdad a quien, por esencia y normalmente, se encuentra en una situación desigual, dándose así justo cumplimiento del artículo 33 de la Carta Magna. La Sala Constitucional, en su Voto 5061-94, da una respuesta a la inquietud del recurrente,

al indicar que, en virtud del principio de igualdad, se acuerda un trato igual a situaciones iguales, y se posibilita un trato diferente a situaciones y categorías personales, también diferentes. Por las razones expuestas, resulta igualmente infundado el argumento del recurrente; debiéndose en consecuencia, confirmar lo resuelto en cuanto a las costas.

Aunque mi opinión coincide con la del criterio de minoría expresado desde el principio, podría aceptar que en ese momento histórico la fundamentación resultaba comprensible y por ende que la decisión podría considerarse acertada. En aquel tiempo el ordenamiento nacional no permitía una alternativa distinta al establecimiento de un proceso judicial para emplazar la paternidad. Es decir, era indispensable contratar los servicios de un profesional en derecho para presentar la demanda y, al resultar victoriosa la parte actora, se estimaba justo que la parte demandada fuera condenada al pago de las costas.

El proceso dentro del cual se emitió la sentencia de casación había iniciado antes de entrar en vigencia la Ley 8101, Ley de Paternidad Responsable. Con la entrada en vigencia de esta ley se hizo posible la investigación de paternidad en la sede administrativa, en donde el trámite no requiere asistencia letrada.

En aquel momento se creó una comisión para implementar la aplicación de la ley, y esta interpretó que en vía administrativa solo se podía investigar la paternidad de los(as) niños(as) nacidos(as) después del 27 de abril de 2001, fecha en que entró a regir la Ley 8101, y además que era indispensable que la madre indicara el nombre del supuesto padre en el momento de declarar el nacimiento, pues si no lo hacía en ese momento, el trámite necesariamente debía realizarse ante la sede judicial.

Actualmente, esa institución ha evolucionado en su interpretación y ahora no solo acepta el trámite administrativo para personas nacidas antes del 27 de abril de 2001, sino que también permite que el proceso de investigación de paternidad se inicie después de que fue declarado el nacimiento de la criatura. Incluso existe un caso en el que el niño nació bajo la presunción de paternidad del marido de su madre. Se hizo el trámite judicial para desplazar la paternidad y una vez removida la filiación matrimonial, se realizó el proceso administrativo de investigación de paternidad.<sup>3</sup> Lo que no permite la sede administrativa —ni antes ni ahora— es que se realice el trámite cuando existen dos o más probables padres de la criatura.

La necesidad de acudir a la sede judicial queda reservada entonces para aquellos casos en que se ha ordenado el archivo del proceso administrativo, lo cual ocurre precisamente cuando, sin justificación aceptable<sup>4</sup>, la madre no ha comparecido o no ha llevado al(a) niño(a) a la cita que se le concede para tomar las muestras necesarias para llevar a cabo la prueba científica, o bien, para aquellos casos en que la madre señala a más de un hombre como posible padre de su hijo(a).

Queda claro entonces que, en el primer caso, es el incumplimiento de la madre el que provoca la necesidad de iniciar el trámite judicial y que en el segundo caso —sin desconocer en forma alguna el derecho del(a) niño(a) a conocer su origen ni de cuestionar o reprochar

la conducta de la madre—, la duda que se genera no puede repercutir en contra de quien en definitiva sea el padre de la criatura.

Esta variación de las circunstancias permitirían que en los procesos de investigación de paternidad, el artículo 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia fuera interpretado LITERALMENTE, llegándose a la conclusión de que cuando una persona menor de edad o su representante formula este tipo de procesos, simplemente no existe condena en costas.

Lamentablemente, hasta el día de hoy no he logrado ubicar alguna sentencia que me permita apreciar que estos cambios han sido tomados en cuenta a la hora de imponer la condenatoria en costas. No importa si el resultado de condenatoria se mantiene, lo que lamento es no conocer que se haya emitido algún pronunciamiento reconociendo la variación de las circunstancias.

El otro problema que se presenta con el artículo 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia, es que se limitó a indicar que la exención del pago de costas era para *“aquellas acciones que intente una persona menor de edad o su representante”*. Atendiendo al claro contenido, la disposición se ha aplicado aunque la demanda haya sido declarada sin lugar. El voto 765-03 del Tribunal de Familia lo ilustra:

III.- Por otra parte, el numeral 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia preceptúa lo siguiente:

3 Registro Civil. Resolución de las 8:38 horas del 15 de junio de 2006. El detalle del caso fue citado en el artículo “Ley de Paternidad Responsable y Registro Civil”, de la Lcda. Irene Montanaro Lacayo y el Lic. Luis Bolaños Bolaños, publicado en la 4ª edición de la Revista de Derecho Electoral del Tribunal Supremo de Elecciones. [http://www.tse.go.cr/revista/art/bolanos\\_num4.doc](http://www.tse.go.cr/revista/art/bolanos_num4.doc)

4 El Tribunal Supremo de Elecciones ha conocido de recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones dictadas por el Registro Civil en las que se ordena el archivo del proceso administrativo y ha valorado las razones por las que la madre no acudió a la cita. Si encuentra justificación, ordena que se realice una nueva (ej 2018-IP-2002); si no la encuentra, confirma la decisión del Registro Civil (ej. 2037-IP-2002).

*“[...] Las acciones judiciales que intente una persona menor de edad o su representante estarán exentas del pago de costas y especies fiscales de todo tipo”*

Esta norma, entonces lo que dispone es la exención de costas, en casos como el que nos ocupa, en el cual el acto de iniciación procesal que le correspondía a la persona menor de edad, lo ha promovido precisamente su representante legal, como lo es su madre. Así las cosas, en aplicación de esta premisa de la normativa de niñez y adolescencia de nuestro país, la resolución recurrida ha de revocarse en el punto objeto de impugnación, para en su lugar resolver sin especial condenatoria en costas.

Sin embargo, en otras ocasiones han existido integraciones que desconocen el contenido del artículo 106, y han condenado a la parte actora —confundiendo a la persona menor de edad con su representante— al pago de costas. El voto mayoritario 2210-04 del Tribunal de Familia, que confirma una decisión de primera instancia, permite comprobarlo:

**IV.-** Reiteradamente el Tribunal ha resuelto que no es necesaria comprobar la existencia de una relación amorosa de las partes de un proceso especial de filiación, lo cual es muy corriente en nuestra sociedad machista, sino que la prueba idónea es la científica o de ADN y marcadores genéticos realizada por el Organismo de Investigación Judicial, en la Sección de Bioquímica. El resultado de dicha prueba comprobó en forma indubitable la no paternidad del demandado con respecto a la joven A.L.M. El alegato que hace en cuanto a que es un derecho que tiene el hijo o sus descendientes de plantear el proceso para saber quién es su padre, no es de recibo, pues si bien el derecho está otorgado en los tratados internacionales, en nuestra Constitución Política y en el Código de Familia, pero ello no autoriza

a presentar demandas para averiguar si el demandado puede o no, ser el padre del hijo o hija cuya paternidad se investiga. *Si la madre tiene duda, la ley no la faculta a demandar a quien no es el padre, la condenatoria también hubiere operado si el accionado resultara haber engendrado a A, de ahí que conforme lo prescribe el artículo 221 del Código Procesal Civil, el que resulte perdidoso en el proceso debe pagar las costas personales y procesales ocasionadas, tal y como ocurrió en la especie.* Por lo anterior, en consecuencia, se confirma en lo apelado, el fallo recurrido.

De otro modo, aunque el numeral 106 no contempla a la persona menor de edad en la posición de parte demandada, algunos pronunciamientos han dado un efecto extensivo a esta disposición para aplicarla también a esos casos. Así, por ejemplo, en un proceso de impugnación de reconocimiento, el Tribunal de Familia, en voto 51-05, dijo lo siguiente:

Sobre el tema de la buena fe y las costas, lo cierto es que el artículo 106 del Código de Familia dispone que no existe condenatoria en costas al representante de un niño o adolescente, y Ana Lucrecia Ramírez Pizarro interviene en este proceso precisamente porque es la madre de T.A.y su representante. Por ende, no debe existir en este proceso condenatoria en costas, como lo ha dispuesto la sentencia de primera instancia aún y cuando con otro argumento. Así las cosas, lo que procede es confirmar en lo apelado la sentencia venida en alzada.

Mi opinión final sobre este punto es que el artículo 106 del Código de Familia debe ser reformado en un sentido que permita al(a) juez(a) adoptar la decisión de condenar o de eximir a quien resulte vencido del pago de las costas. En forma expresa, la norma debe contener la facultad de condenar a dicho pago

a la persona que actúa en representación de la persona menor de edad. Así, por ejemplo, cuando una madre establece un proceso de investigación de paternidad sabiendo que el demandado no es el padre de la criatura, ella podría ser condenada al pago de las costas personales y procesales; pero cuando el proceso lo instaura porque creía válidamente que el padre de su hijo(a) era el demandado, aunque el resultado de la prueba científica lo descarte, el asunto debería resolverse sin especial condenatoria en costas. En el mismo sentido, si un hombre contesta la demanda negando cualquier posibilidad de ser el padre de la criatura, pero sí lo es, debería ser condenado al pago de las costas; pero cuando lo único que pide es que la relación biológica se verifique con la prueba científica, debería ser eximido.

### **b) La buena fe procesal**

Otro aspecto interesante que se desprende de muchos pronunciamientos que condenan al pago de costas, es que se suele adoptar esa decisión como una sanción por la conducta anterior al establecimiento de la demanda, lo que en mi opinión no es acertado.

Es indispensable tener claro que, aun habiendo sido vencida, la parte perdedora podría ser eximida del pago de costas si ha actuado con evidente buena fe (artículo 222 del Código Procesal Civil). Para esa determinación, lo que resulta relevante es examinar la conducta de la parte vencida DENTRO DEL PROCESO, y no aquella conducta que desplegó fuera de este. Yo considero que si lo que se pretende es que la persona sea sancionada económicamente por su mala conducta pasada, lo que procede es un reclamo de daños, que es muy distinto a una condena al pago de las costas.

Los siguientes ejemplos ilustran la fundamentación de la condena al pago de las costas en la conducta pasada del(a) litigante.

### **Sala Segunda Voto 204-2005**

**10:10 horas del 15 de marzo**

**VI** . Finalmente el recurrente señala que litigó de buena fe, por lo que se le debió eximir del pago de costas y que al no hacerlo, se desaplicó el numeral 223 del Código Procesal Civil. El artículo 223 cuya inaplicación echa de menos el recurrente establece los supuestos en los que se estima que no hay buena fe. En este caso el demandado ha intentado eludir la responsabilidad que como padre biológico de la menor le corresponde, haciendo recaer sobre la madre toda la responsabilidad de crianza, educación y manutención de la menor, violando de esta manera responsabilidades filiales que le son inherentes a todo hombre que engendra una criatura. Al grado de traer este asunto a la Sala, con el claro afán de retardar la declaratoria de la obligación filial, ello a pesar de contar con prueba testimonial que es clara y contundente en afirmar la existencia de la relación amorosa que el recurrente sostuvo con la actora en la época en que la menor fue concebida y durante el periodo de gestación, motivo por el cual, lejos de merecer la calificación de litigante de buena fe, se puede calificar, sin ninguna dubitación, que se trata de un litigante de mala fe, que ha tratado de obstaculizar la administración de justicia, por lo que el recurso no es de recibo en cuanto objeta la condenatoria en costas.

Este caso fue interesante, ya que el reclamo del casacionista fue que la pretensión de reembolso de gastos estaba prescrita, pues fue gestionada más de diez años después del nacimiento de la hija cuya paternidad fue declarada. Era un tema interesante y, aunque la decisión hubiera sido confirmar la condena, yo no podría entenderla como una maniobra tendiente a dilatar el resultado del proceso.

**Sala Segunda**  
**Voto 96-2000**

**10:00 horas del 2 de febrero**

**III.-** El reclamo, en esta tercera instancia rogada, se limita a la pretensión reiterada del recurrente para que se proceda a exonerarlo del pago de las costas. Al respecto, cabe indicar que, en virtud del artículo 428, del Código Procesal Civil, resultan de aplicación las normas dispuestas para el proceso ordinario, relativas a esa materia. Del artículo 221 ídem, se desprende la regla de que, al vencido, se le debe condenar al pago de las costas personales y procesales; pronunciamiento éste que ha de hacerse de oficio; no obstante, el numeral 222 establece que, el juez, **puede** eximirlo del pago de las costas personales y aún de las procesales, cuando - haya litigado con evidente buena fe, cuando la demanda o contrademanda comprendan pretensiones exageradas, cuando el fallo acoja solamente parte de las peticiones fundamentales de la demanda o reconvencción, cuando el fallo admita defensas de importancia invocadas por el vencido, o cuando haya vencimiento recíproco- ; señalando, en el artículo siguiente, los casos en que no puede estimarse que ha habido buena fe. En el caso que se analiza, como se expuso, la accionante pretendía que se declarara la paternidad del demandado, respecto de su hijo. El accionado, al contestar su demanda, dejó sujeta la pretensión de la actora, al resultado de la prueba científica: razón por la cual, no puede considerarse —tal y como él lo pretende— que, de su parte, haya habido un allanamiento a las pretensiones deducidas en la demanda; pues, la consecuencia directa de un verdadero allanamiento, hubiera sido el dictado de la sentencia sin más trámite, debido a la plena conformidad —sin condición alguna— mostrada por el demandado, respecto de lo pretendido por la promovente (artículo 304, Código Procesal Civil). En efecto,

el allanamiento es el acto por el cual la parte demandada admite, más que la exactitud de los hechos, la legitimidad de las pretensiones de la parte actora; lo cual, puede hacerse en cualquier estado del proceso. El allanamiento es expreso, cuando la parte accionada reconoce categóricamente los hechos y el derecho invocado en la demanda, es tácito o implícito, cuando la parte demandada deposita la cosa o ejecuta y cumple con el acto que se le reclama. También puede ser parcial o total. En el primer caso, el juez puede dictar sentencia de inmediato —salvo que intuya la existencia de un fraude procesal, en cuyo caso ordenará la evacuación de las pruebas pertinentes— y, en el segundo, el proceso debe proseguir respecto de lo concerniente a las diferencias subsistentes. **-El allanamiento total debe ser incondicionado y efectivo,** de modo que comprenda todos los extremos de la demanda y ponga fin al litigio, lo cual no exime al juez de la obligación de dictar sentencia-. (ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, III Juicio Ordinario, Buenos Aires, Editorial Sociedad Anónima Editores, segunda edición, 1.961, pp. 186-187). (La negrita y el subrayado no son del original). Por esa razón, se considera que no es cierto lo argumentado y reclamado por el recurrente; pues, en realidad, lo que constituye la esencia misma de su exposición, en el sentido de que él se allanó a las pretensiones de la actora, aquí no se dio. A criterio de esta Sala, no existe razón suficiente para variar la regla de que el vencido debe correr con el pago de las costas; pues, de las pruebas documental, testimonial y científica, traídas al proceso, se desprende, con toda claridad, la paternidad investigada; pese a ello, ante el comportamiento omisivo del demandado, la accionante se vio obligada a recurrir a la vía jurisdiccional, a los efectos de que se declarara la paternidad del accionado, respecto del hijo de ambos. Por esa razón, se estima que no tiene por qué cargar con los gastos del juicio. Téngase presente que, la

respuesta condicionada, ha debido tener y tejer una especie de duda, para los jueces y para el accionado, en el sentido aparejado de un - tal vez es mi hijo- ; cuando, en realidad, sí lo era.

En este caso es claro que la Sala interpretó que la buena fe únicamente existe cuando la persona que es señalada como padre, acepta sin discusión alguna la paternidad. La Sala Constitucional, en su voto 2050-2001 hizo una interpretación acorde con la realidad social de nuestro país —y en general con el mundo occidental— indicando que si la persona que era señalada como padre únicamente solicitaba que se realizara la prueba científica, esa petición no se debía entender como una negativa a reconocer a la criatura y, por consiguiente, no sería excluido del ejercicio de la autoridad parental. Si tal consecuencia traía para el instituto de la patria potestad, ¿cómo considerar esa actitud como de mala fe?

El voto de la Sala Segunda que recién se indicó es anterior al voto de la Sala Constitucional, por lo que podríamos aceptar que tiene un vicio de “inconstitucionalidad sobreviniente”. Lo que resulta realmente incomprensible es que después del pronunciamiento tan claro de la Sala Constitucional, esa actitud de solicitar la prueba científica siga siendo interpretada como un acto de mala fe. Sobre este particular, obsérvense los siguientes pronunciamientos:

***Tribunal de Familia***  
***Voto 1487-02***

***8:10 horas del 5 de noviembre***

III. En este caso, es evidente que la duda alegada por el recurrente en cuanto al hecho biológico de la paternidad, no puede ser considerada como un fundamento para calificarlo como litigante de buena fe, pues no existe justificación alguna para que hayan transcurrido más de diez años desde el nacimiento de su hijo y, no fue sino hasta

que fue notificado de la demanda establecida por la madre del niño, que el demandado se interesó por determinar si el menor era o no su hijo. La duda que él alega en su defensa, bien pudo evacuarse desde el nacimiento del niño practicando privadamente la prueba correspondiente. En autos no consta prueba alguna que permita afirmar que el accionado haya tenido siquiera el interés por determinar su paternidad con respecto al niño M.G.. Es evidente entonces que la paternidad logró establecerse no por iniciativa del demandado sino por la gestión establecida por la madre del niño, lo cual no puede considerarse como buena fe por parte del accionado. En este sentido, conocer que un posible hijo suyo se gestaba y que había nacido incluso, sin prestar atención a la determinación de su paternidad, es un hecho que no tiene justificación. Si bien es cierto, a cualquier sujeto le asiste el derecho de dudar de su paternidad, ello no puede ser empleado como excusa para permanecer en la incertidumbre. Por el razonamiento dado, en lo que ha sido objeto del recurso, se confirma la sentencia apelada.

***Tribunal de Familia***  
***Voto 1387-05***

***10:20 horas del 12 de setiembre***

II.- El demandado J.M.M.A. apela del fallo, para que se revoque la resolución recurrida en cuanto se le condena al pago de ambas costas del proceso. Se desprende de todas las probanzas que ha litigado de buena fe, pues dadas las circunstancias en que se desarrolló la relación con la actora, él mantenía la duda razonable sobre la paternidad del menor que solo se podría dilucidar con este proceso judicial donde la prueba científica determinaría tal circunstancia. La actora nunca le solicitó el reconocimiento, como consta en la prueba confesional evacuada. Por ello, solicita, se le exima del pago de costas.

III.- Reiteradamente el Tribunal ha resuelto que no es necesario comprobar la existencia de una relación amorosa de las partes de un proceso especial de filiación, lo cual es muy corriente en nuestra sociedad machista, sino que la prueba idónea es la científica o de ADN y marcadores genéticos realizada por el Organismo de Investigación Judicial, en la Sección de Bioquímica. El resultado de dicha prueba comprobó en forma indubitable la paternidad del apelante con respecto al niño A.F.R. El alegato que hace en cuanto a que de todas las probanzas que ha litigado de buena fe, pues dadas las circunstancias en que se desarrolló la relación con la actora, y por ello, mantenía la duda razonable sobre la paternidad del menor que solo se podría dilucidar con este proceso judicial donde la prueba científica determinaría tal circunstancia, y que, la actora nunca le solicitó el reconocimiento, como consta en la prueba confesional evacuada pues no sabía de la existencia de su hija al momento de plantearse el proceso, tampoco es de recibo, pues obligó a la madre a buscar patrocinio legal para que en sentencia se le otorgara a su hija el derecho fundamental de saber que su padre es el demandado. Además, conforme lo prescribe el artículo 221 del Código Procesal Civil, el que resulte perdidoso en el proceso debe pagar las costas personales y procesales ocasionadas, tal y como ocurrió en la especie. Si bien pretende hacer ver a este Tribunal que “contribuyó” en la investigación, ello no es óbice para que la condenatoria opere. Por lo anterior, en consecuencia, se confirma en lo apelado, el fallo recurrido.

***Tribunal de Familia***  
***Voto 686-06***

***11:20 horas del 24 de mayo***

IV.- Por otro lado, si bien se realizó la audiencia oral y privada a las ocho horas y cincuenta minutos del veintiocho de setiembre del dos mil

cinco, y las partes acordaron que el proceso quedara sujeto al resultado de la prueba de marcadores genéticos a la cual ambas partes asistieron (folio 23), ello no significa que no debía dictarse la sentencia y eximir en costas al apelante, pues el asunto debió llevar a la etapa procesal de la sentencia estimatoria, y nunca se acordó que se desistía del proceso, lo cual, en todo caso, tratándose de la investigación de paternidad de una persona menor de edad, no es permitida tal figura (artículo 119 del Código de la Niñez y Adolescencia).

V.- En punto a las costas, ha de avalarse el criterio vertido por la autoridad de primera instancia, en el sentido de que resulta muy cómodo esperar a que se establezca la demanda, y de esa forma, sólo por medio de la demanda pudo establecerse la paternidad, de manera que los costos del proceso deben recaer en el demandado, como lo establece el numeral 221 del Código Procesal Civil, y como reiteradamente ha interpretado este Tribunal. También debe confirmarse la sentencia en este rubro.

***Tribunal de Familia***  
***Voto 242-07***

***8:50 horas del 14 de febrero***

Al respecto estima este Tribunal que no lleva razón el apelante y en consecuencia no es de recibo su argumentación, pues si bien es cierto consta en autos que no hubo “acuerdo” alguno por parte de los progenitores del adolescente para concurrir al reconocimiento mediante trámite regular, acorde con las previsiones del artículo 84 del Código de Familia, el padre demandado, ante la certeza que ha alegado siempre de la filiación que lo une a S, la que se constata con su reticencia de cumplir con la prueba científica según consta en autos, bien pudo acudir a la figura de la afirmación de paternidad que contempla la

doctrina que informa la materia y así, a través de ese procedimiento, la autoridad judicial competente, resuelve la gestión acorde con el interés superior protegido, cual es el de la persona menor, en cuyo caso no hubiere requerido la señora Sánchez Vásquez de la apertura de este proceso que conlleva como efecto para el perdidoso, la condenatoria en costas según lo dispone el artículo 221 del Código Procesal Civil.

Obsérvese, en este caso, que el demandado ni siquiera solicitó la prueba científica y aceptó la paternidad reclamada. En el voto se le reprocha no haber instaurado la demanda de afirmación de paternidad, proceso que ha sido una creación jurisprudencial desconocida incluso por muchos abogados.

Es difícil de comprender que la fundamentación para determinar la buena fe se sustente en acciones u omisiones pasadas de la parte, y no en su conducta dentro del proceso. Es evidente la contradicción de conceptos, pues en otras ocasiones el mismo tribunal ha señalado claramente para esta calificación debe dejarse por fuera situaciones ajenas al proceso.

***Tribunal de Familia***  
***Voto 1086-03***

***10:40 del 6 de agosto***

Del estudio de los autos se desprende que la parte demandada contestó la demanda en forma afirmativa dentro del término conferido para tal efecto. En consecuencia es evidente la buena fe con que litigó la demandada, razón por lo cual, con fundamento en el artículo 222 del Código Procesal Civil, se considera que bien hizo el señor juez de primera instancia en resolver sin especial condenatoria en costas. Se entiende que la buena o mala fe, se refiere a la aptitud desplegada en el proceso en concreto, dejando por fuera situaciones

ajenas al proceso. Por tal razón carece de asidero legal la argumentación del recurrente en cuanto a la alegada fe de la demandada.

Otro pronunciamiento que me parece representativo de la contradicción del tribunal es el que consigno a continuación, ya que fue redactado por la misma persona que redactó el anterior. Me llama la atención, además, no solo la contundencia con que se regaña al demandado (forma de resolver que no comparto), sino la fecha de emisión, sumamente reciente. Aclaro que la decisión me parece justa pues el demandado negó la paternidad sobre la hija, pero estimo que eso pudo decirse sin necesidad de mezclar los demás elementos.

***Tribunal de Familia***  
***Voto 764-07***

***9:10 horas del 5 de junio***

La disconformidad del demandado recurrente es únicamente con respecto al extremo de las costas, toda vez que la sentencia apelada lo condena a su pago. Efectivamente nuestra legislación procesal en los artículos 221 y 222 del Código Procesal Civil recompensa al litigante de buena fe con exonerarlo del pago de costas. Con base a ello el recurrente solicita se revoque la sentencia en el extremo relativo a costas, a fin de ser exonerado de su pago. Para determinar la procedencia de dicha petición es necesario avocarnos al análisis de la actuación del demandado, en el sentido de si la misma puede ser considerada de buena fe. Para ello es indispensable tener presente el tipo de proceso de que se trata, el cual es un Proceso Especial de Filiación con el que se busca investigar la paternidad de la menor J, la cual según el dicho de la actora recae en el demandado, quien se ha negado a reconocer legalmente como hija a la menor. Negativa que se comprueba con la sola observación de la fecha de nacimiento de la menor J.

(veintiocho de diciembre de mil novecientos noventa y dos) y la fecha de interposición de la demanda (dieciocho de marzo del dos mil cinco), habiendo transcurrido doce años y tres meses, período de tiempo durante el cual la niña no pudo llevar el apellido de su padre por la negativa del mismo. Tal negativa no solo implicó no llevar el apellido del padre, sino además le impidió ejercer toda una gama de derechos y posibilidades que tienen las personas que ostentan el apellido de su padre, como por ejemplo entablar un proceso judicial para el cobro de alimentos, lo que en buena medida contribuye a un adecuado desarrollo integral del niño, pues el dinero juega un papel preponderante para la provisión de las necesidades de cualquier niño. El demandado recurrente aceptó que mantuvo una relación con la actora, pero que la misma finalizó mucho tiempo antes del embarazo de dicha señora, negando entonces la paternidad de la persona menor y solicitó se practicase la prueba de ADN. El demandado negó brindar ayuda económica para la menor J. a pesar de afirmar la actora que dicho señor le da ayuda económica, pero que la misma resulta insuficiente por estar J. estudiando. No obstante la posición radical del demandado de negar la paternidad, la prueba de ADN da un resultado de su paternidad prácticamente absoluto, lo cual nos permite concluir sin lugar a dudas que el demandado sabía que J. era su hija o por lo menos suponía que era posible tal paternidad. A pesar de ello el demandado no procedió como correspondía para despejar tal duda, sino que se espera más de doce años hasta que la actora se ve obligada a interponer esta demanda ante su negativa de reconocer a J, lo que sin duda alguna causó un grave perjuicio tanto a la niña como a la misma actora, toda vez que le correspondió hacer frente sola a la crianza de su hija. Esta integración del Tribunal interpreta el lapso de tiempo indicado como un fiel reflejo de la irresponsabilidad del demandado recurrente, quien siendo padre

biológico de una niña permite que transcurran más de doce años sin reconocerla como hija. Este Tribunal comprende que en algunos casos los progenitores pueden tener duda sobre su paternidad, pero desde hace más de una década en Costa Rica se cuenta con la tecnología y preparación científica necesaria para realizar la prueba de ADN. Desde hace varios años la Universidad de Costa Rica realiza dicha prueba a un precio módico, e incluso también varios laboratorios privados practican la prueba en cuestión, todo lo cual le pudo permitir al demandado recurrente despejar dudas si realmente hubiera tenido la intención de despejarlas, pero lo más fácil para los hombres que niegan una paternidad es atenerse a que las madres asuman la crianza de los niños y olvidarse de su responsabilidad. Se constata entonces la paternidad del demandado lo cual es negado por éste, lo que significa que dicho señor es perdidoso y no demuestra en autos una causal que permita calificar su proceder como de buena fe. No es posible calificar de buena fe la actitud negligente del recurrente que obligó a la actora a movilizar el aparato judicial con todos los gastos y molestias que ello implica para la actora, pero también el costo económico para el Poder Judicial. Así entonces bien hizo la señora jueza de primera instancia en condenar al demandado al pago de las costas del proceso, pero no compartimos el fundamento de dicha juzgadora en el punto apelado, pues para este Tribunal se le condena al pago de costas por ser la parte perdidosa y por no demostrar una causal que nos permita concluir que su proceder en el litigio de buena fe. En consecuencia se confirma la sentencia en lo que fue apelado pero por las razones aquí señaladas.

Siempre dentro del mismo contexto de examinar la buena fe procesal como aquella conducta que despliega la parte vencida durante el proceso, me parece interesante

traer a colación que ha habido oportunidades en las que se condena a la parte al pago de las costas, ignorándose que una forma de terminar el conflicto judicial es por la satisfacción extraprocesal de la pretensión. En la siguiente cita de jurisprudencia, además de desconocer esta forma de terminación del proceso, el pronunciamiento es muy preocupante, pues realiza una afirmación temeraria en relación con el principio de gratuidad en los procesos familiares. (Insisto, eso sí, en que es incorrecto hacer una relación entre el principio de gratuidad y la repercusión económica de la actividad procesal).

**Tribunal de Familia**  
**Voto 759-05**

**9:10 horas del 21 de junio**

**II.-** Apela el gestionante únicamente en lo que se refiere a la condena en costas, alegando que no ha ocasionado costas a su esposa, que en esta materia reinta el principio de gratuidad y que desistió del proceso porque llegó a un entendimiento con la demandada. Solicita se le exima de pagar costas.-

**III.-** El artículo 206 del Código Procesal Civil estipula que declarado por resolución el desistimiento, el que desiste pagará las costas y los daños y perjuicios que hubiere ocasionado a la contraria.-

**IV.-** Consta que el recurrente gestionó su demanda en sede judicial el veintiuno de enero del dos mil cinco (razón de recibido de folio 5), se notifica a la demandada de la resolución inicial, el siete de febrero del dos mil cinco (acta de notificación de folio 12 vuelto), contestó la demanda el catorce de febrero del año en curso (folios 13 a 15), y, el gestionante presenta su desistimiento el once de febrero, de manera que su demanda hizo operar al mecanismo judicial, el cual hizo

que la demandada contestara aquélla, de ahí que al ser una sanción procesal, la gratuidad no es un principio que opere en los procesos propios del Código de Familia, pues al existir un Código Procesal Civil que rige para los asuntos de familia, y no estar vigente ningún código procesal de familia, no queda más que aplicar la normativa vigente y confirmar lo apelado por el señor M.S.-

\*\*\*\*\*En la actualidad, el Código Procesal Civil dispone en su artículo 206 que *“el que desiste será condenado al pago de las costas y de los daños y perjuicios que hubiere ocasionado a la parte contraria”*. Curiosamente, si el proceso termina por sentencia, existe posibilidad de condenar al pago de costas, pero no al de daños y perjuicios. (Art. 221) Con los ejemplos anteriores, me parece claro que en muchos casos se condena al pago de costas, pero teniendo en mente una condena al pago de daños. En mi opinión, un cuerpo procesal de familia podría contemplar que en sentencia se pueda (no se deba) condenar al vencido al pago de las costas y de los daños y perjuicios que hubiere ocasionado a la parte contraria; sin que necesariamente una condena dependa de la otra. Hay que aclarar que la condenatoria al pago de daños y perjuicios habría de ser por aquellos que se ocasionaron a raíz del establecimiento del proceso judicial, pues si lo que se pretende es una condena por actos pasados, esa particular pretensión debe ser debatida durante el contradictorio, garantizándose el derecho de defensa.

**c) Exención del pago de costas, “por razón de la materia”**

En los procesos alimentarios, puede afirmarse que los juzgados de primera instancia han venido resolviendo el tema de la repercusión económica de la actividad procesal con base en una norma no escrita, y lo que

generalmente se consigna en las sentencias es: *“Por razón de la materia, se resuelve sin especial condenatoria en costas”*.

El Tribunal de Familia también ha considerado que en materia de violencia doméstica los procesos se resuelven sin especial condenatoria en costas. El principal razonamiento que se ha hecho sobre este particular se refiere a que si se permitiera la condena al pago de las costas, se podría generar un efecto perverso, el cual sería que las personas se abstengan de acudir a la sede jurisdiccional en defensa de sus derechos por el temor de tener que llegar a cancelar los honorarios del(a) abogado(a) de la parte contraria. En otras ocasiones, el fundamento ha sido que por ser aplicable un principio de gratuidad, la condena al pago de las costas es simplemente improcedente.

**Tribunal de Familia**  
**Voto 1154-04**

**11:00 horas del 8 de julio**

Pero independientemente de que dicho señor no haya actuado de mala fe desde el punto de vista procesal, tenemos que la Ley contra la Violencia Doméstica por la naturaleza del proceso y por el objetivo a lograr, no permite la condenatoria en costas, pues por el contrario, tal como ya se dijo, establece la gratuidad entendiendo dentro de dicho principio la no necesidad de patrocinio letrado. Así las cosas, bien hizo el señor juez de primera instancia en resolver este asunto sin especial condenatoria en costas, motivo por el cual procede confirmar en lo apelado la sentencia venida en alzada. Yo no comparto esta posición pues lo que se puede generar es, más bien, la sensación de existe absoluta libertad para demandar, así sea con la más clara mala fe y el más evidente abuso

del derecho y/o ejercicio antisocial de este, pues en ninguno de esos procesos la persona será condenada al pago de las costas.

Por esta razón, cuando la doctora Eva Camacho Vargas y yo redactamos el Libro IV del que se pretendía que fuera Código General del Proceso, el tema de costas y de gastos procesales lo abordamos en los siguientes términos:

**ARTÍCULO (X+61). Pronunciamiento sobre costas.**

**(X+61).1 Condenatoria en costas y exención.**

En toda resolución que ponga fin al proceso, de oficio, se condenará al vencido al pago de las costas personales y procesales. No obstante, se podrá eximir total o parcialmente en forma razonada, cuando:

- a) La parte vencida haya actuado de buena fe en el proceso. No podrá estimarse que hay buena fe en el vencido que hubiere negado pretensiones evidentes de la demanda o de la contrademanda, que el proceso indique que debió aceptarlas al contestar la demanda o reconvenición; ni en el litigante que hubiere ofrecido documentos falsos o testigos falsos o sobornados; ni a aquél que no hubiere aducido ninguna prueba, sin motivo disculpable, para justificar su demanda o sus excepciones, si se fundaren en hechos disputados.<sup>5</sup>
- b) Alguna de las partes, o ambas, han litigado sin patrocinio letrado.
- c) Alguna de las partes, o ambas, han litigado con asistencia letrada gratuita.
- d) La parte demandada no se haya apersonado al proceso, siempre que esta actitud no pueda considerarse como

<sup>5</sup> Se recogen los conceptos contemplados en los artículos 222 y 223 del CPC.

una forma de entorpecer el desarrollo del mismo.

- e) La demanda o la contrademanda comprendan pretensiones exageradas.
- f) El fallo admita defensas de importancia invocadas por el vencido, que modifiquen sustancialmente lo pretendido.
- g) Haya vencimiento recíproco trascendente sobre pretensiones, defensas o excepciones.

Si no hubiere condenatoria en costas, cada parte pagará las que hubiere causado, y ambas partes las que fueren comunes.

**(X+61).2 Condena en costas en caso de pluralidad subjetiva.** Cuando exista pluralidad de condenados en costas, la condena será solidaria.<sup>6</sup>

Cuando la condena fuera a favor de varios sujetos, el monto de la condena aprovechará a todos por partes iguales, salvo que se justifique una distribución diferente.

**ARTÍCULO (X+62) Gastos de transporte, hospedaje y/o alimentación.** Cuando los titulares del órgano jurisdiccional deban trasladarse a otro territorio para practicar actuaciones indelegables, y se permita el pago de transporte, de alimentación y/o de hospedaje, se deberá fijar un monto prudencial y prevenir su depósito a las partes interesadas antes de su celebración, con expresa indicación de la parte correspondiente a cada uno. Si las

partes son de escasos recursos económicos, los gastos correrán por cuenta del Estado.<sup>7</sup>

Si la parte de escasos recursos económicos debe trasladarse a otro lugar para la práctica de alguna diligencia judicial en la que sea necesaria su presencia, los gastos también correrán por cuenta del Estado.<sup>8</sup>

#### **d) Rebeldía**

Tal como se ha indicado con anterioridad, el artículo 222 del Código Procesal Civil permite que el proceso se resuelva sin especial condenatoria en costas cuando el vencido ha litigado con evidente buena fe. Sin embargo, el numeral 223 señala que no se puede estimar que existe buena fe cuando el vencido haya sido declarado rebelde y no se hubiere apersonado en primera instancia.

En el mismo sentido, el artículo 72.1 del que se pretendía que fuera Código General del Proceso establecía lo siguiente:

#### **ARTÍCULO 72. Pronunciamiento sobre costas.**

##### **72.1. Condenatoria en costas y exención.**

En toda resolución que le ponga fin al proceso, de oficio, se condenará al vencido al pago de costas personales y procesales. No obstante, se podrá eximir, total o parcialmente en forma razonada, cuando:

6 El artículo 72.2 del Código General del Proceso, contenido en el Libro I, indicaba:

**72.2. Condena en costas en casos de pluralidad subjetiva.** Cuando exista pluralidad de condenados en costas, atendidas las circunstancias, se determinará si la condena es solidaria o divisible. En caso de condena divisible el juzgador deberá indicar cómo se distribuye la responsabilidad entre los vencidos.

Cuando la condenatoria fuera a favor de varios sujetos, el monto de la condena aprovechará a todos por partes iguales, salvo que se justifique una distribución diferente.

Nos apartamos de esa disposición porque, por ejemplo, puede pensarse el caso de una persona física sin bienes y una sociedad comercial poderosa condenadas al pago de las costas. ¿Por qué el victorioso no puede cobrarle todo a la sociedad comercial?

7 Se relaciona con el párrafo primero del artículo 432 PRPLCR.

8 Por ejemplo: la persona que vive en un lugar muy alejado y debe apersonarse al Complejo Médico Forense.

- a) La demanda o contrademanda comprendan pretensiones exageradas.
- b) El fallo admita defensas de importancia invocadas por el vencido, que modifiquen sustancialmente lo pretendido.
- c) Haya vencimiento recíproco trascendente sobre pretensiones, defensas o excepciones.

Si no hubiere condenatoria en costas, cada parte pagará las que hubiere causado, y ambas partes las que fueren comunes.

En la redacción del Libro IV, la doctora Camacho y yo incluimos una causa para exonerar al vencido del pago de las costas:

- h) La parte demandada no se haya apersonado al proceso, siempre que esta actitud no pueda considerarse como una forma de entorpecer el desarrollo del mismo.

El fundamento que tuvimos fue porque, en materia civil, las personas tienen derecho de resolver sus conflictos de manera totalmente autocompositiva, de tal forma que cuando se acude a la vía judicial, es porque no fue posible resolverlo de esa forma. En materia de familia la situación varía porque aunque las partes estén absolutamente de acuerdo, en ciertos casos no queda otra alternativa más que acudir a tribunales, pues la ley no faculta la solución autocompositiva. El caso más claro es para lograr el divorcio: Solo la autoridad jurisdiccional puede decretarlo, aun cuando se trate de un divorcio por mutuo consentimiento.

Poniendo como ejemplo la causal de separación de hecho, la parte actora tiene interés en que se disuelva el vínculo matrimonial y por ello presenta demanda. Si la parte demandada reconoce la procedencia de la causal, sería absurdo que fuera obligada a contratar los servicios de un(a) abogado(a) y contestar la demanda afirmativamente, solo para que no

se decrete su rebeldía y, por consiguiente, que no sea condenada al pago de las costas.

Al día de hoy, el Tribunal de Familia ha emitido pronunciamientos dictados en procesos de divorcio por causal remedio sin oposición del demandado en los que, a pesar de haberse decretado la rebeldía, se ha eximido al "vencido" al pago de las costas. Esas decisiones las comparto completamente.

## **e) Dos temas afines**

### **1. Los consultorios jurídicos.**

En nuestro país, ante la ausencia de acciones afirmativas concretas por parte del Estado para garantizar el derecho de todo(a) ciudadano(a) de contar con un adecuado patrocinio letrado, se ha acudido a otras opciones menos confiables, como vienen a ser los curadores procesales (que tienen que ser seleccionados de una lista que confecciona el Poder Judicial sin ningún criterio de especialización o tan siquiera de idoneidad), los(as) defensores(as) públicos(as) que muchas veces solo conocen de materia penal y los consultorios jurídicos de algunas universidades que imparten la carrera de Derecho. En este último caso, los particulares son atendidos por estudiantes de Derecho, que supuestamente cuentan con la asesoría de un(a) profesional en Derecho, aunque, paradójicamente, podría ser que este tampoco cuente con preparación adecuada para la atención del asunto.

Los Consultorios Jurídicos brindan sus servicios a las personas que pueden ocupar la posición procesal de parte actora o de parte demandada. Independientemente de la posición procesal que ocupen, lo cierto es que se ha considerado que el hecho de litigar con este patrocinio no es una razón que exonere al vencido del pago de las costas personales y procesales.

**Tribunal de Familia**  
**Voto 1027-04**

**13:30 horas del 22 de junio**

La resolución venida en alzada declaró desierto el proceso y condenó a la actora al pago de las costas personales y procesales causadas. Apeló de esa resolución la actora, únicamente en el extremo de la condena en costas, expresando como motivo del recurso que ha litigado con buena fe y bajo la dirección judicial de los Consultorios Jurídicos, y por su Ley de creación, N° 6369 de 5 de setiembre de 1979, se litiga exento de cualquier clase de timbres, impuestos o derechos. Al respecto, ha de decirse que la condenatoria en costas es una consecuencia de naturaleza legal cuando se decreta una deserción dentro de un proceso, es decir es un imperativo legal y no un criterio judicial, y esa consecuencia legal en nada se ve afectada por las disposiciones contenidas en la Ley de Consultorios Jurídicos, ya que la exención solo alcanza lo dicho por la recurrente, es decir, timbres, tasas e impuestos pero no las costas, pues una parte puede ser condenada al pago de las costas independientemente de que litigue o no a través de los Consultorios Jurídicos. En consecuencia, ha sido bien resuelto el auto apelado y por consiguiente se confirma el mismo.

El otro extremo en que puede encontrarse la persona que litiga a través de los Consultorios Jurídicos es en el de vencedora del proceso y, por ende, que la parte contraria sea condenada al pago de las costas personales y procesales. Como es bien sabido, las costas personales comprenden los honorarios del(a) abogado(a) y la indemnización del tiempo invertido por la parte en asistir a diligencias del proceso en que fuere necesaria su presencia. Existe entonces una relación indubitable entre “costas procesales” y “honorarios de abogado(a)”. Aquí

cabe preguntarse: ¿Se puede presentar, en la liquidación de costas personales, el rubro que corresponde a los honorarios de abogado(a)? Habiendo consultado las bases de datos, no he encontrado pronunciamiento alguno de órganos de alzada que se refieran a este tema. Por esta razón, no me queda otra alternativa más que presentar una resolución que yo emití en primera instancia:

**Juzgado de Familia de Cartago**

**13:37 horas del 12 de agosto de 2003**

[...] El Código Procesal Civil regula la repercusión económica de la actividad procesal y define las costas personales como los honorarios de abogado y la indemnización de tiempo invertido por la parte en asistir a diligencias del proceso, en las que fuere indispensable su presencia. Los demás gastos del proceso se consideran costas procesales. (Art. 226) En el numeral 237, el mismo cuerpo normativo establece que los honorarios del abogado pertenecen a éste y que cuando la parte en persona haya seguido el proceso, tendrá derecho a que se le reconozcan los mismos honorarios que habría devengado un abogado. Con relación a ese mismo tema, el Código de Moral Profesional del Abogado —al regular las relaciones del abogado con su cliente—, establece en el artículo 39 que “el abogado debe ajustar la estimación y cobro de sus honorarios a las disposiciones legales del Arancel de Profesionales en Derecho. / Cuando el Arancel y otras disposiciones legales no lo prohíban y la naturaleza del proceso o asunto lo permitan, el profesional podrá convenir con el cliente un aumento en la suma de sus estipendios legales, a través del contrato de servicios profesionales. / Constituye falta a la moral la contravención a estas disposiciones.” Del análisis de estas normas es posible concluir que los honorarios profesionales son producto de la relación que

existe entre el abogado y su cliente. Cuando en un proceso judicial se condena al pago de costas personales, en realidad eso no implica en sentido lato una sanción para el perdedor (no es “un castigo” por sí mismo), sino que es el mecanismo mediante el cual el ganancioso se resarce de los honorarios que él ya ha cancelado a su abogado; o bien, la forma en que el abogado de la parte gananciosa logra la cancelación de sus honorarios por los servicios prestados, en caso de que su cliente no lo hubiere hecho con anterioridad. [...]

III. La Ley de los Consultorios Jurídicos establece que “las personas que, por el monto de sus ingresos anuales no estén obligadas a presentar declaración, según establezca la Ley del Impuesto sobre la Renta, tendrán derecho a obtener servicios gratuitos de abogacía y notariado en los consultorios jurídicos que ha establecido y establezca la Universidad de Costa Rica, de acuerdo con la reglamentación que al efecto se dicte.” (Artículo 1) Es claro que la atención de estos asuntos no se lleva a cabo directamente por un abogado, sino que los usuarios son atendidos por estudiantes de Derecho, claro está, debidamente asesorados y bajo la responsabilidad de un abogado. Sobre este particular, el numeral 4 dispone que “Los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica que, conforme al reglamento respectivo, estuvieren asistiendo a un consultorio jurídico, podrán comparecer a las diligencias de prueba y debates de los juicios de cualquier clase, que estén a su cargo y representar allí a la parte cuyos intereses defiende el consultorio. Actuarán con las mismas atribuciones del Director del Consultorio a quien la parte le haya otorgado poder o designado abogado defensor. Los estudiantes acreditarán su carácter, con certificación extendida por el Director del Consultorio, bajo su responsabilidad. El documento será extendido para cada juicio y podrá ser revocado en cualquier momento

por el Director.” La gratuidad del servicio no sólo está contemplada en el artículo 1) antes transcrito, sino que también se reitera en el numeral sexto. (“La Universidad de Costa Rica reglamentará esta ley, en la forma que lo considere conveniente, tomando en cuenta, fundamentalmente, la extensión social y la gratuidad del servicio, así como la formación profesional de los estudiantes.”) En este mismo orden de ideas, es conveniente señalar que la Sala Constitucional, en voto número 5420, de las quince horas con dieciséis minutos del veinte de junio del dos mil uno, indicó lo siguiente: “**IV.- Acerca de la Ley 4575 modificada por la Ley 6369.** En el año de mil novecientos sesenta y siete la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica estableció el servicio de Consultorios Jurídicos como una forma de extensión a la comunidad, con un doble propósito, dar al estudiante enseñanza gratuita y cumplir con el deber de solidaridad social. De ese modo, la actividad de los Consultorios tiene profunda relación con los valores de una democracia participativa. En ese orden de ideas, debe entenderse que el ejercicio de los Consultorios Jurídicos nació como opción para brindar a los estudiantes de Derecho una valiosa oportunidad para su aprendizaje y la experiencia en la práctica profesional de la abogacía. Dentro de los objetivos de los consultorios, está el de funcionar como un estudio jurídico sin fines de lucro y como una nueva alternativa de enseñanza del derecho en el país. Este se constituyó mediante la Ley 4575 que luego en el año mil novecientos setenta y nueve fue modificada por la número 6369, haciendo referencia exclusiva a la Universidad de Costa Rica porque a ese momento era la única casa de enseñanza de Derecho existente. No se comparte el criterio de los accionantes al señalar que la Ley cuestionada otorga un privilegio académico a favor de los estudiantes de la Universidad de Costa Rica, que además se incumple con la obligación del Estado de

procurar el bienestar de sus habitantes y que por una omisión en la previsión de estas normas dejó excluida la posibilidad de que otros consultorios jurídicos puedan intervenir. En criterio de este Tribunal la Ley que se cuestiona más que otorgar un privilegio a la Universidad de Costa Rica, le impone una obligación de prestar el servicio de consultorios jurídicos tomando en cuenta principalmente la extensión social y la gratuidad del servicio. Por otra parte, tampoco encuentra este Tribunal que del texto de la ley se desprenda la prohibición de prestar ese servicio por parte de cualquier institución de enseñanza superior distinta a la Universidad de Costa Rica, solo que al no estar regulados expresamente en esa Ley, ni en otra, la prestación del servicio a que se hace referencia, es facultativa y quedará a criterio de cada casa de enseñanza superior determinar si lo realiza o no. Además debe tomarse en cuenta que, contrario a lo que afirman los accionantes, la ley que nos ocupa busca garantizar a las personas de escasos recursos económicos la asesoría especializada en el área del Derecho, cumpliendo de esa forma el Estado con la obligación de procurar el bienestar de sus habitantes, obligando a una institución pública a darla, pero —conforme ya se apuntó— sin imposibilitar que otras públicas o privadas puedan también prestarlo.” (Lo destacado corresponde a este juzgador)

**IV.** Con base en esta plataforma legal y jurisprudencial, es posible concluir lo siguiente: a) Entre la persona que busca la asistencia de los Consultorios Jurídicos y el Director de éstos, no surge la típica relación de cliente y abogado. b) Para los efectos del artículo 237 del Código Procesal Civil, no puede equipararse la situación de un ciudadano que tramita un proceso personalmente, con la de un ciudadano que litiga bajo el patrocinio de los Consultorios Jurídicos, pues en este segundo caso sí obtiene patrocinio letrado. c) El usuario de los Consultorios Jurídicos no debe

cancelar honorarios al abogado que autentica los escritos que él presenta, pues el servicio es gratuito. c) Si las costas personales están constituidas básicamente por los honorarios de abogado, no existe razón para que la persona que pierde un proceso deba resarcir o cancelar unos honorarios profesionales que no se han cancelado y/o que no se deben. d) Los honorarios del abogado le pertenecen a éste, no a la institución para la cual presta sus servicios. Debe tomarse en cuenta que en estos casos, los abogados reciben un salario y las costas personales no están concebidas como una forma de retribución a la institución que contrata un abogado para que preste sus servicios gratuitamente a terceras personas.

## ***2. Cálculo de las honorarios, cuando el proceso tiene repercusión económica***

Siguiendo con el tema de la relación que existe entre “costas personales” y “honorarios de abogado(a)”, conviene tener presente que en algunos procesos que todavía se encuentran en trámite la fijación de honorarios se realiza conforme al decreto 20307-J y en los que se iniciaron a partir del cinco de agosto de dos mil cinco, el decreto aplicable es el 32493-J.

En el primero de ellos se regula que en los procesos de familia, los honorarios mínimos son de veinte mil colones y que si existe trascendencia económica, los honorarios se incrementan de acuerdo a esa trascendencia. Las normas son las siguientes:

## **CAPÍTULO IV Honorarios de abogado en asuntos de derecho de familia**

Artículo 28. —En procesos de separación o divorcio por mutuo acuerdo. El abogado devengará como honorarios la suma mínima de veinticinco mil colones, cuando en el convenio de separación o divorcio no hubiere

liquidación de gananciales. Sin embargo, si existiere liquidación de gananciales, se podrá cobrar el 50% de la tarifa notarial, establecida en el artículo 70 y siguientes.

**Artículo 29.**—En procesos contenciosos de divorcio, separación judicial, procesos de investigación de paternidad, suspensión de patria potestad, reivindicación de estado y otros similares del Derecho de Familia, el abogado tendrá derecho a un mínimo de veinte mil colones de honorarios por proceso terminado. Tales honorarios se incrementarán, cuando tuvieren trascendencia económica, en proporción a esa trascendencia y conforme a la tarifa que señala el artículo 17 y de acuerdo con las etapas del artículo 18;

**Artículo 30.** —En procesos por pensión alimenticia, incidentes de aumento o disminución. El honorario mínimo será la suma de cinco mil colones. Podrá dicho mínimo incrementarse en consideración al importe de la pensión reclamada y a la complejidad del asunto;

**Artículo 31.** —En incidentes sin contenido económico y en diligencias de carácter administrativo o judicial. Se fijan los honorarios en cinco mil colones que podrán incrementarse en un 50% cuando la gestión revista una especial complejidad; y

**Artículo 32.**- En cualquier otra diligencia no incluida en las anteriores disposiciones, los honorarios se fijan en un mínimo de dos mil colones la hora efectiva de labor profesional;

**Artículo 33.**- En procesos de adopción los honorarios mínimos serán de quince mil colones.

En el segundo decreto se establecen montos máximos cuando no existe trascendencia económica y, cuando sí existe, lo que se

dispone es que se aplicarán las tarifas y etapas procesales que señala el artículo 18, sin que su importe sea inferior al mínimo establecido. Las disposiciones de ese segundo decreto son las siguientes:

### **Capítulo III** **En asuntos de Familia**

**Artículo 30.-** En procesos de separación judicial o de divorcio por mutuo acuerdo sin que medien gananciales, el profesional devengará como honorarios la suma máxima de setenta y cinco mil colones.

En procesos de separación judicial o de divorcio por mutuo acuerdo en que medien gananciales, el profesional devengará como honorarios la suma máxima de cien mil colones.

**Artículo 31.-** En procesos contenciosos de separación judicial o de divorcio pero sin contención sobre gananciales, de investigación de paternidad, de suspensión de patria potestad, de reivindicación de estado, de adopciones, el abogado devengará como honorarios la suma máxima de cien mil colones por proceso.

En procesos contenciosos de separación judicial o de divorcio con contención sobre gananciales, se aplicarán las tarifas y las etapas procesales que señala el artículo 18 del presente Arancel, sin que su importe sea inferior al mínimo establecido.

**Artículo 32.-** En procesos por pensión alimenticia, o en incidentes por aumento o disminución de pensión alimenticia, el abogado devengará como honorarios, máximo, la suma de cincuenta mil colones.

**Artículo 33.-** Tratándose de incidentes sin contenido económico, o de cualquiera otra diligencia judicial no señalada en las anteriores

disposiciones, el abogado devengará como honorarios, máximo, la suma de veinticinco mil colones, independientemente de su grado de complejidad.

**Artículo 34.-** Tratándose de diligencias de adopciones en sede administrativa, el profesional devengará como honorarios, máximo la suma de cien mil colones por cada adopción.

La regulación actual de establecer montos máximos de honorarios, no parece razonable. Se trata el tema con absoluto desprecio a la especialidad familiar y además con la falacia de que todos los asuntos son iguales. El desconocimiento a la diversidad de situaciones que se pueden presentar es patente. Lo procedente, desde mi perspectiva, es gestionar una modificación del decreto; o bien, que algún/alguna interesado(a) directo(a) pida la declaratoria de inconstitucionalidad, precisamente por irracional. Con una normativa así, no se estimula a los(as) abogados(as) capaces y competentes para que asuman la dirección profesional en esta materia.

Lo que me interesa traer a colación, por ser un análisis de jurisprudencia, es la distinta interpretación que yo hice cuando integré interinamente el Tribunal de Familia, en el tema del “incremento” de los honorarios cuando el proceso tiene trascendencia económica. Como he mencionado, se trata de un análisis que hice en un voto salvado y por ello, para que no se tergiverse la posición mayoritaria y para no añadir un fundamento distinto a lo que entonces pronuncié, lo que me parece apropiado es transcribir ambas posiciones<sup>9</sup>:

**Tribunal de Familia**  
**Voto 420-06**

**8:10 horas del 5 de abril**

II .- Costas Personales: El tema que conoce éste tribunal es el relacionado con las costas personales y procesales aprobadas por el A Quo, siendo el único recurrente el licenciado Eduardo López Arroyo, apoderado especial Judicial de la parte actora por lo que la revisión que de las partidas se haga no puede llevarse a cabo hacia la baja. La resolución que se conoce aprueba cosas partiendo de dos etapas bien determinadas y que son la de conocimiento en las cuales se decide por una cantidad prudencial y la de ejecución donde se echa mano de la trascendencia económica de lo logrado por la ex esposa en sentencia. Para resolver el tema considera ésta cámara necesario hacer dos precisiones en torno al tema de las costas personales. Primero, que los procesos de familia no son ajenos a las regulaciones del arancel de honorarios de Abogados y concretamente al decreto 20307-J de cuatro abril de 1991, vigente al momento en que se devengaron las costas que se conocen ahora. Esto implica que por más que en nuestra materia la trascendencia económica pueda ser menos importante que la pretensión de orden extra patrimonial, a la hora de calcular el estipendio por la labor profesional necesaria para llevar a un buen término un asunto, se deba de partir del hecho de que el norte de las costas es en principio, el valor económico de lo logrado en sentencia. Así viene estructurado éste arancel en todas las materias y el Juez de lo familiar no puede escapar de tales reglas pues se trata de normativa de orden

9 Me interesa destacar que en este tema tampoco encontré pronunciamientos diversos al que consigno. El tema me parece importante y no me queda otra alternativa más que presentar una sentencia en la que yo participé.

público, reguladora de la labor de todos los que ejercen a favor de sus clientes la labor de representación en contienda judicial. En segundo lugar, resulta importante tener en cuenta que la prudencialidad en la apreciación de las costas personales solamente puede regir mientras no exista cuantificación de lo obtenido en sentencia para el ganancioso pues en el momento que la exista para la mayoría de nosotros, el tema monetario subsumirá toda prudencialidad. Para abordar el tema conviene citar los artículos 28 y 29 del mencionado arancel, hoy derogado.

“Artículo 28. —En procesos de separación o divorcio por mutuo acuerdo. El abogado devengará como honorarios la suma mínima de veinticinco mil colones, cuando en el convenio de separación o divorcio no hubiere liquidación de gananciales. Sin embargo, si existiere liquidación de gananciales, se podrá cobrar el 50% de la tarifa notarial, establecida en el artículo 70 y siguientes.

Artículo 29.—En procesos contenciosos de divorcio, separación judicial, procesos de investigación de paternidad, suspensión de patria potestad, reivindicación de estado y otros similares del Derecho de Familia, el abogado tendrá derecho a un mínimo de veinte mil colones de honorarios por proceso terminado. Tales honorarios se incrementarán, cuando tuvieren trascendencia económica, en proporción a esa trascendencia y conforme a la tarifa que señala el artículo 17 y de acuerdo con las etapas del artículo 18”.

Una correcta inteligencia éstas disposiciones que regulan la materia, tomando en cuenta las características particulares del proceso de familia, en los cuales se presenta o puede presentarse una combinación de aspectos patrimoniales y extrapatrimoniales, nos lleva a encontrarle sentido a la idea de que la trascendencia económica es el punto

medular para fijar las costas personales y no el paso de la sentencia del proceso a la fase de determinación de esa trascendencia económica. La sentencia tiene como fin obligado el nacimiento y declaración de los derechos gananciales abstractos. La trascendencia económica se determina después de ésta declaratoria cuando se requiere utilizar los mecanismos procesales existentes para obtener el monto de una cantidad líquida, cosa que no debe técnicamente asumirse como una ejecución de sentencia sino como extensión o prolongación de la etapa de conocimiento. La verdadera ejecución, comienza cuando el obligado conociendo de la suma que debe pagar y prevenido al efecto no lo hace, imponiendo así al acreedor la necesidad de ejecutar para obtener el cumplimiento forzoso. Es a ésta etapa que se refiere el artículo 19 del mencionado arancel al precisar que en las ejecuciones de sentencia los honorarios no serán inferiores al 50% de las tarifas indicadas en el artículo 17. Ergo, el cincuenta por ciento por la fase de ejecución solamente podrá aplicarse cuando se lleven a cabo los medios de apremio patrimonial para cobrar lo que el condenado es renuente a pagar y no desde que el expediente empieza materialmente con el trámite de cuantificación de lo declarado. La prudencialidad, reinará siempre y cuando el asunto termine antes de la concreción patrimonial del litigio, para la determinación de los honorarios del abogado que asesoró al cliente (caso de la mutua solicitud de fijación de honorarios contemplada por el artículo 235 del Código Procesal Civil), no existan bienes con calidad de gananciales o bien la demanda haya sido declarada sin lugar. De igual manera, el aspecto no patrimonial del litigio podría llegar a absorber el meramente monetario, pero ello tendría lugar solamente en el evento de que la trascendencia económica tuviera un matiz de mínima relevancia frente a la labor ejecutada para demostrar la existencia de la causal de divorcio o separación judicial. Podríamos

citar a simple título de ejemplo el caso en el que el único bien ganancial hubiera sido una motocicleta de poco valor pero el litigio se hubiera centrado en demostrar una sevicia o una causal de tentativa de corrupción de los hijos menores de edad. Por supuesto, a la hora de concretar la trascendencia económica, habrá que tener en cuenta el hecho de que en tratándose de procesos abreviados las tarifas aplicables son del setenta y cinco por ciento de las vigentes para procesos ordinarios y que, el cálculo de lo obtenido en sentencia, no puede llevarse a cabo tomando simplemente los valores asignados por el perito en su momento sino releyendo lo declarado en sentencia que será en la gran mayoría de los casos, el derecho al cincuenta por ciento del valor neto del bien, y no el valor de todo el bien como lo entiende el apoderado de la actora. Entrando en el caso concreto, se tiene que la liquidación original fue por la cantidad de novecientos nueve mil colones con setenta y cinco céntimos partiendo como se vio, del valor total que dio el perito al bien declarado como ganancial (folio 295) y de cuatrocientos treinta y cuatro mil quinientos treinta y siete colones cincuenta céntimos por la fase de ejecución. Implica esto que, como ya está claro que el Juzgado Primero de Familia determinó a cuanto dinero tiene derecho la actora, hay que basarse en la sentencia de las diez horas del veinticuatro de mayo de dos mil cinco que concedió la suma de dos millones novecientos diez mil colones cincuenta céntimos por gananciales y dos millones quinientos mil colones por daño moral, para cuantificar la tan citada trascendencia económica. Suman estas partidas CINCO MILLONES CUATROCIENTOS DIEZ MIL COLONES. De aquí, aplicando el artículo 17 del arancel de honorarios se obtiene que por el primer millón hay que asignar doscientos cincuenta mil colones, sobre el exceso de un millón y hasta dos millones de colones, ciento ochenta mil colones, sobre el exceso de dos millones y hasta cinco millones cuatrocientos

veinte mil colones y sobre el exceso de cinco millones y hasta cinco millones cuarenta y un mil colones para un total de OCHOCIENTOS NOVENTA Y UN MIL COLONES costas que por tratarse el litigio de un abreviado y no de un ordinario deben ser rebajadas aplicando un porcentaje del setenta y cinco por ciento sobre esta suma. Hecha esa operación se obtiene un total de SEISCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS CINCUENTA COLONES, suma que corresponde a las costas personales a las que tiene derecho la parte ejecutante por la etapa de conocimiento y la prolongación hasta la determinación de la suma que le corresponde en concepto de derechos gananciales. La nulidad pedida en cuanto al tema no tiene sentido toda vez que por un lado el apoderado apelante no precisa siquiera cual es la violación al debido proceso acaecida y no se aprecian vicios invalidantes en la tramitación.

**III .-** Costas Procesales: En cuanto a esta partida, se utilizaron criterios de prudencialidad que con respeto, considera el tribunal no son aplicables al caso, pues el asunto se analiza únicamente determinando cuales fueron los gastos absolutamente necesarios para ayudar a la decisión jurisdiccional a favor de la parte actora, doctrina del artículo 226 del Código Procesal Civil. Así entonces, por más que se haya recurrido a la certificación notarial para demostrar ciertos hechos no puede aprobarse como costas procesales una partida por los honorarios que tal labor notarial ameritó ya que, no era absolutamente necesario recurrir a esa forma para demostrar la existencia del matrimonio, la de procesos anteriores o cuestiones similares sino que podía la parte interesada pedir los documentos necesarios a las entidades públicas cubriendo solamente lo correspondiente a especies fiscales y fotocopias. No puede eliminarse la partida porque como se dijo al principio, el único apelante es el apoderado de la parte actora

y de procederse así se estaría reformando en perjuicio del único apelante. En cuanto al reclamo por falta de consideración de los honorarios periciales se tiene que lo que se conoció en primera instancia es la liquidación de folio 295 y en el aparte de costas procesales por la fase de ejecución se liquidaron ciento veintidós mil colones. Se concedieron en sentencia cincuenta mil colones por ese concepto y la alzada va dirigida a que se conceda todo lo pedido. Lo que se puede ver es que el escrito de apelación de folio 315 hace ver el agravio tanto por el tema de las costas personales como por el de las procesales. El Juzgado A Quo nombró peritos actuario matemático y experto en bienes raíces para cuantificar lo concedido en sentencia. Si bien el primero era absolutamente innecesario pues de vieja fecha se sostuvo que el Juez es perito de peritos en materia de daño moral. Lo cierto es que la parte contraria se conformó con la designación y aceptó, sabiendo que pesaba sobre ella condena al pago de ambas costas, la designación de éste profesional y los honorarios que por treinta y ocho mil colones se le fijaron. Si ello es así, justo es que se le cancelen estos honorarios a la parte victoriosa y además los del ingeniero Edgar Acuña que valoró los gananciales. Estas cantidades implican treinta y ocho mil colones por el actuario matemático y setenta y cuatro mil por el experto en bienes raíces (treinta y ocho mil más la readecuación de cuarenta y seis mil colones prevenida) y no los cincuenta y ocho mil colones que en total y por toda la tramitación, se llegaron a aprobar en el auto recurrido. Debería entonces modificarse el auto apelado y dejar aprobadas las costas procesales en CIENTO VEINTIDOS MIL COLONES CIENTO CINCUENTA Y SIETE COLONES, lo que sumado a los seiscientos sesenta y ocho mil doscientos cincuenta colones nos da por costas personales y procesales por lo tramitado hasta este momento un total de setecientos noventa y mil

cuatrocientos siete colones. Ahora bien, dicha suma total que comprende ambas costas es inferior a los ochocientos doce mil quinientos treinta y siete colones con cincuenta céntimos que aprueba en total y también por ambas costas la resolución recurrida. Dado que la ejecutante es la única apelante, y no es posible reformar en perjuicio debe confirmarse como en efecto se confirma la resolución recurrida.

### **POR TANTO**

Se confirma la resolución recurrida

**Licda. Olga Martha Muñoz González**

**Lic. Oscar Corrales Valverde**

**Lic. Mauricio Chacón Jiménez**

**Voto salvado**

**Redacta el juez chacón jiménez; y,**

### **CONSIDERANDO**

I. El recurrente se muestra inconforme con la decisión adoptada por el Juzgado Primero de Familia de San José, pues considera que la fijación de las costas personales del proceso de conocimiento no puede ser hecha de manera prudencial, toda vez que ya se ha determinado la trascendencia económica del divorcio y en tal virtud, lo que procede es determinar el monto correspondiente a sus honorarios tomando en cuenta esa trascendencia económica. Además se muestra inconforme con la suma concedida por concepto de costas procesales, ya que estima que no fue tomado en cuenta el costo de los honorarios de los peritos que fueron nombrados en los autos. En forma expresa, dijo estar de acuerdo con la suma concedida por concepto de costas personales de la etapa de ejecución. (Cfr : folios 315 y 320)

II. Según el artículo 226 del Código Procesal Civil, las costas personales comprenden los honorarios del abogado y la indemnización

del tiempo invertido por la parte en asistir a diligencias del proceso en que fuera necesaria su presencia. En procesos abreviados, los honorarios del abogado se calculan en un setenta y cinco por ciento de la tarifa establecida para los procesos ordinarios, de acuerdo al numeral 234 ibídem. El artículo 29 del Decreto 20307-J, aplicable a este caso por cuanto la labor profesional fue desplegada durante su vigencia, establece que “en procesos contenciosos de divorcio, separación judicial, en procesos de investigación de paternidad, suspensión de patria potestad, reivindicación de estado y otros similares del Derecho de Familia, el abogado tendrá derecho a un mínimo de veinte mil colones de honorarios por proceso terminado. Tales honorarios se incrementarán, cuando tuvieren trascendencia económica, en proporción a esa trascendencia y conforme a la tarifa que señala el artículo 17 y de acuerdo con las etapas del artículo 18”.

En el caso presente, en sentencia dictada a las once horas del diecinueve de noviembre de dos mil tres, se decretó el divorcio de las partes, se concedió a los cónyuges el derecho de participar en bienes gananciales, declarándose como tales un bien inmueble, un vehículo y el menaje de casa y disponiéndose que también existiría derecho de participación si llegara a existir alguno otro susceptible de ser ganancial. La sentencia se adicionó en resolución de las nueve horas del nueve de diciembre de dos mil tres, condenándose al demandado al pago de los daños y perjuicios ocasionados a la actora. ( Cfr : folios 135 a 144 y 148)

Posteriormente, mediante resolución dictada a las diez horas del veinticuatro de mayo de dos mil cinco, se condenó al demandado a cancelar a la actora la suma de dos millones novecientos diez mil colones con cincuenta céntimos por concepto de los gananciales, y dos millones quinientos mil colones por daño moral. (281 a 292) En las dos resoluciones se condenó al demandado al pago de ambas costas.

La parte actora presentó su liquidación de costas después de que las dos resoluciones antes dichas adquirieron firmeza, esto es, después de que fue determinada en firme la trascendencia económica que tuvo el proceso de divorcio.

III. Es conveniente determinar cuál es el valor de los bienes gananciales y cuál es el monto que el cónyuge propietario debe cancelar al no propietario, después de que existe una sentencia firme que decreta el divorcio, pues a partir de la firmeza del fallo es que, conforme al artículo 41 del Código de Familia, surge a la vida jurídica el derecho de participación del cónyuge no propietario en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro. La determinación de cuáles bienes son gananciales puede realizarse en la sentencia que dispone el divorcio, pero nada obsta que se realice posteriormente.

Esta conveniencia puede apreciarse desde distintas perspectivas. En primer lugar, la discusión sobre la ganancialidad o no ganancialidad de determinado bien no es el tema central de un proceso de divorcio. Es posible que tal discusión sea exhaustiva y al final resulte intrascendente porque el divorcio no se decreta, trayendo como consecuencia que el derecho de participación dicho no surja. Por eso es que la determinación de cuál bien es ganancial se puede realizar después de la sentencia que decreta el divorcio. Sin embargo, también es posible que, como en el caso presente, cuando se ha evacuado prueba en ese sentido, la sentencia que decreta el divorcio también disponga cuáles bienes son gananciales. En segundo lugar, si la valoración de los bienes se realiza en la etapa de conocimiento del proceso de divorcio, es probable que dicho monto resulte desactualizado al momento en que deba ser ejecutado, siendo necesario realizar una

nueva valoración pericial y, por consiguiente, ello se traduzca en un costo adicional para los litigantes. En tales casos, sería necesario cancelar en dos oportunidades distintas los honorarios de los peritos. El tercer argumento tiene relación con la determinación del monto de los honorarios del abogado. Si el estipendio fuera la motivación principal del profesional al asumir el proceso, quizás procuraría que toda la discusión sobre gananciales —incluyendo la valoración de los bienes— se realice en esa etapa primaria, pudiéndose atrasar así la decisión sobre la continuación o la ruptura del vínculo matrimonial; y todo ello porque si la determinación del monto de gananciales se realiza “en etapa de ejecución”, sus honorarios se reducirían a la mitad, de acuerdo con el párrafo final del artículo 234 del Código Procesal Civil.

**IV.** Este Juzgador comparte con la mayoría de esta integración del Tribunal el criterio de que los procesos de divorcio presentan la particularidad de que cuando la sentencia del principal concede en abstracto el derecho de participación en bienes gananciales, la determinación concreta del monto que uno de los cónyuges debe cancelar al otro —que se realiza posteriormente— no debe asumirse técnicamente como la etapa de ejecución, sino que en realidad es una prolongación de la etapa de conocimiento. La fase de ejecución, propiamente, se iniciará cuando, una vez establecidos cuáles bienes son gananciales, cuál es el valor de los mismos y cuál es el monto que el propietario debe cancelar al no propietario, el obligado no cancele voluntariamente al otro el monto que le corresponde por su derecho de participación, y sea necesario entonces utilizar medios coercitivos para lograr el pago. También coincide en el hecho de que para la determinación del monto de costas personales en un proceso de divorcio debe tomarse en cuenta la trascendencia económica del

proceso y no fijar la suma de manera absolutamente prudencial.

En lo que no coincide este integrante es en la interpretación del artículo 29 del Decreto 20307-J. De acuerdo al criterio de mayoría, cuando el proceso de divorcio tiene trascendencia económica, los honorarios del abogado se calculan en un setenta y cinco por ciento de la tarifa indicada en el numeral 17, tomando como base únicamente esa trascendencia, subsumiéndose en dicho cálculo el monto prudencial que le correspondería si el asunto no hubiera tenido repercusión económica. En otras palabras, la mayoría de esta integración considera que si existe trascendencia económica, el profesional devengará como honorarios tan solo el monto que corresponde por esa trascendencia económica.

**V.** Este Juzgador considera que cuando los procesos de divorcio tienen trascendencia económica, la determinación del monto de honorarios debe incluir la suma que se fija prudencialmente más la suma que implica la repercusión económica. Es decir, la segunda no subsume a la primera. Las razones son las siguientes:

El artículo 29 del decreto señala que los honorarios mínimos del abogado en procesos de divorcio son de veinte mil colones y que esos honorarios se incrementan cuando el proceso tiene trascendencia económica, en proporción a esa trascendencia y conforme a la tarifa que señala el artículo 17 y de acuerdo con las etapas del artículo 18. De acuerdo a la vigésima segunda edición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, consultada en la dirección electrónica [www.rae.es](http://www.rae.es), el verbo “incrementar” se define así: “aumentar (ll acrecentar)” Por su parte, el verbo “aumentar”, en su primera acepción, se define así: “dar mayor extensión, número o materia a algo”.

En el numeral 29 no se indica que con el incremento por la trascendencia económica, los honorarios del profesional se limiten a ésta o, como interpreta la mayoría, que subsuman el monto que debe fijarse prudencialmente.

**VI.** Los procesos de divorcio contemplan aspectos patrimoniales y no patrimoniales. El aspecto no patrimonial más relevante obviamente es la continuación o la disolución del vínculo matrimonial, pero también existen otros, como por ejemplo la determinación de cuál de los progenitores conservará la custodia o guarda de los hijos menores de edad. El aspecto patrimonial más relevante lo constituye el derecho de participación en bienes gananciales, pero también existen otros, como podría ser los daños y perjuicios que un cónyuge deba pagar al otro. Si se estima que los honorarios deben ser fijados únicamente con base en la trascendencia económica que tenga el proceso, la labor del profesional relacionada con los aspectos no patrimoniales no sería remunerada. Este integrante no puede compartir el criterio de la mayoría porque considera que eso no es justo.

Los asuntos puestos en conocimiento de la autoridad jurisdiccional pueden presentar múltiples variables. Supóngase que en dos procesos de divorcio se presente una discusión muy parecida respecto a los bienes gananciales, pero que en uno de ellos, no se produzca contienda sobre la causal invocada para la disolución del vínculo y la custodia de los hijos, y en el otro sí. Por ejemplo, en uno se expone que los esposos tienen ocho años de encontrarse separados y que los niños siempre han permanecido con la madre; y en el otro se expone que los esposos residen en la misma casa de habitación y que la madre agrede a los hijos. En el primer caso, la discusión que se vislumbra sobre la causal y sobre la guarda de los hijos sería mínima, mientras que en el

segundo caso, sería previsible que la contienda sobre la sevicia y sobre la asignación de la custodia de los hijos fuera ardua. Si en ambos casos la trascendencia económica del litigio fuera similar, siguiendo la tesis mayoritaria, ambos profesionales devengarían el mismo monto de honorarios, y no se reconocería económicamente el esfuerzo del profesional que atiende el segundo caso, sobre los aspectos no patrimoniales del proceso.

**VII.** La fijación de las costas personales hecha en primera instancia se realizó con un criterio puramente prudencial, para lo que llamó “costas personales del proceso de conocimiento.” Las costas personales del que llamó “proceso de ejecución de sentencia”, las calculó en la suma de quinientos cuarenta y un mil colones, pero las fijó en cuatrocientos cincuenta y cuatro mil quinientos treinta y siete colones con cincuenta céntimos, por haberlas limitado la actora a esa cantidad.

El recurrente apeló únicamente las costas personales del “proceso de conocimiento”, mostrándose conforme con las que se fijaron para el “proceso de ejecución.”

El Tribunal en pleno ha considerado que la determinación de la trascendencia económica de este proceso se realiza en una ampliación de la etapa de conocimiento, y no en fase de ejecución, la cual, como se reitera, tiene reglas específicas con relación a los honorarios que corresponden en dicha etapa. La fijación hecha por la mayoría contempla únicamente la trascendencia económica del proceso, pues han estimado que ésta subsume a la otra.

En criterio de este juzgador la fijación debe hacerse de acuerdo a las reglas sobre honorarios que corresponden a la etapa de conocimiento, pero incluyendo tanto la suma que se fija prudencialmente por la labor del profesional en los aspectos no patrimoniales

de la contienda, como la suma que resulta aplicable de acuerdo a la tarifa por la trascendencia económica del proceso. Como el a-quo ha establecido un monto de costas personales para la etapa “de conocimiento” y otro monto para la etapa “de ejecución”, y en virtud de que el recurso interpuesto por el recurrente únicamente se refiere a las primeras, no podría en segunda instancia modificarse el monto total sin afectar el monto no reclamado.

Por todas las razones antes expuestas, en voto de minoría, anulo la resolución venida en alzada.

**POR TANTO**

**SE ANULA** la resolución recurrida.

**LIC. MAURICIO CHACÓN JIMÉNEZ**



# DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL INMERSO EN EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO

*Lic. José Miguel Fonseca Vindas*

## SUMARIO:

- 1.- INTRODUCCIÓN
- 2.- RÉGIMEN PATRIMONIAL CONVENCIONAL Y DE PARTICIPACIÓN
- 3.- CONCEPTO DE GANANCIAL
- 4.- DERECHO DE AUTOR, CONTENIDO MORA Y PATRIMONIAL
  - a.- Derecho de autor
  - b.- Contenido moral del derecho de autor
  - c.- Contenido patrimonial del derecho de autor
- 5.- DERECHO COMPARADO
  - a- Clásicos jurisprudenciales franceses
  - b.- Caso jurisprudencial en la Argentina
  - c.- Normativa y criterio jurisdiccional de España;
  - d.- En Costa Rica
- 6.- SOLUCIONES POSIBLES A LA CALIFICACIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR. EFECTOS Y CONSECUENCIAS;
  - A.- Derecho de autor es propio
    - a. Durante la vigencia del matrimonio
    - b. Al momento de la disolución del matrimonio, por divorcio
    - c. Al momento de la disolución por muerte
  - B.- Derecho de autor es ganancial
    - a. Durante la vigencia del matrimonio
    - b. A la disolución por divorcio
    - c. Consecuencias
- 7.- INTERPRETACIONES INTERMEDIAS:
  - A. Considerar gananciales a los derechos de autor pero atribuibles en la partición al autor
  - B. Teoría que considera que el derecho de autor es propio y que lo producido por este es ganancial salvo, la enajenación total de la obra que se subroga en el derecho de autor y tiene por ende características propias
  - C. Teoría que estima que el derecho de autor es propio pero que lo producido por este durante la vigencia del matrimonio es siempre ganancial
- 8.- CONCLUSIONES
- 9.- ANEXO
- 10.- BIBLIOGRAFÍA



# DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL INMERSO EN EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO

*Lic. José Miguel Fonseca Vindas*

## 1.- INTRODUCCIÓN

No siempre los derechos de autor tuvieron igual trascendencia económica y política; pues hace algunos años eran muy poco relevantes en el aspecto microeconómico e intrascendentes en el orden macroeconómico. Hoy vivimos un momento de creciente expansión de la importancia patrimonial de los derechos de autor y de sus derechos conexos, que viene avanzando a partir de la década del 50, época en que comienza el mayor desarrollo de las comunicaciones. La extensión de la tutela del derecho de autor a los programas de ordenador (*o programas de computación o de cómputo o soportes lógicos*) contribuyó a incrementar la significación de los bienes culturales en el balance comercial. Se puso de relieve la importancia económica del derecho de autor y su trascendencia política y social al estimular la creatividad, asegurar las inversiones y fomentar la difusión de bienes culturales. Ello nos convence de la necesidad de replantear la relación existente entre la propiedad intelectual y el régimen patrimonial del matrimonio, en especial la determinación de si estos constituyen un bien propio o un bien ganancial de los cónyuges, ya que a partir de allí daremos respuesta a una serie de cuestiones, como por ejemplo la relativa a si se requiere del asentimiento conyugal para la disposición del derecho de autor por tratarse este de un derecho registrable, o hasta cuando el cónyuge divorciado tiene derecho al producido de los derechos gananciales del otro cónyuge, o si deben existir diferencias de trato cuando la obra artística se realiza en calidad de dependiente

y se cobra un sueldo por ello o cuando la obra artística es enajenada en su totalidad. Al margen de las cuestiones sentimentales, hay que esolver los temas económicos, pues durante el matrimonio se han obtenido o generado ingresos, plusvalías, rendimientos en capital, aportaciones de bienes, que hay que repartir.

## 2.- RÉGIMEN PATRIMONIAL CONVENCIONAL Y DE PARTICIPACIÓN

Nuestro régimen económico matrimonial —y ahora también el de la unión de hecho regular— (Art. 242 Código de Familia) es en primer lugar el convencional de capitulaciones matrimoniales (Arts. 37 a 39 del Código de Familia), el cual raramente es usado en nuestro país. A falta de este, opera un régimen de libre disposición —no absoluta— durante la vigencia del matrimonio (numeral 40 *ibidem*), mas al disolverse —sea por muerte o por divorcio—, o bien al declararse la separación judicial, al declararse nulo el matrimonio, al decretarse la liquidación anticipada de los bienes gananciales o al celebrarse capitulaciones matrimoniales después de las nupcias sin acordar sobre los bienes ya adquiridos, cada cónyuge adquiere al derecho de participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro.

Este **derecho es de tipo personal**, es un derecho a una suma de dinero, es decir de crédito; por lo cual se debe interpretar

que como requisito “sine qua nom”, que tal derecho deviene de la generación o traducción dineraria de este. Jurisprudencialmente se ha dicho que la liquidación de esos bienes con vocación ganancial es o son los residuos de la liquidación de la *sociedad conyugal*, proceso complejo que comprende la liquidación que se puntualiza de manera muy abierta en la normativa costarricense, que trata sobre la *disolución de la sociedad conyugal y de la partición de gananciales*: esto es el inventario y tasación de los bienes sociales, el acervo imaginario divisible del haber social, la restitución de los bienes propios de cada cónyuge y el pago de los saldos, precios recompensas y abonos a que hubiere lugar entre los cónyuges entre sí y con respecto a la sociedad conyugal que se liquida.

En la **Sociedad de Gananciales**, el marido y la mujer, al disolverse el matrimonio, harán suyos por mitades las ganancias o beneficios obtenidos durante este. El “ganancial” es todo lo que adquieren los cónyuges durante la comunidad, estando juntos, a título oneroso y todo lo que durante el mismo tiempo proviene de la actividad física o intelectual de ellos y “gananciales” es lo que queda después de pagadas las deudas de la sociedad conyugal y hechas las demás deducciones que establece la ley. Los gananciales son el remanente líquido de los bienes resultantes de la gestión social, luego de deducidos los bienes propios y recompensas de los cónyuges; mientras que “ganancialidad” es todo recurso material o monetario con calidad de beneficio y que entra por tanto al activo social.

Con una revisión de las notas de los numerales 40 y 41, ambos del Código de Familia, nos acercamos a una visión de la lectura que se ha hecho en nuestro régimen, no obstante, es importante destacar un aspecto que se debe desarrollar. La doctrina ha identificado el sistema patrimonial matrimonial de Costa Rica

como pionero en el **modelo de participación** o mixto, ya que desde el Código Civil de 1888 estipuló este sistema como el legal, antecedido únicamente por la costumbre húngara y por el Código Polaco de 1825 que lo tuvo como opcional (Zatjaj, Imre – Vaz Ferrería, Eduardo; Contribución al estudio de los regímenes matrimoniales de participación, Montevideo 1950, pp. 3 y 4. Vidal Taquini, Carlos H.; Regimen de bienes en el matrimonial. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978, pp. 21-22, 158, 159). En su momento dicho modelo fue identificado como el modelo prototipo de la igualdad de los cónyuges.

Sin embargo, debe decirse que el sistema costarricense ha sido criticado puesto que se presta fácilmente al abuso del derecho de libre disposición en perjuicio de los derechos gananciales de los cónyuges, principalmente en perjuicio de las esposas, por los escenarios de estructuras de poder típicos en la sociedad, a favor de los varones. Hay muchas posibilidades de regular el régimen económico-matrimonial, pero para resumir y ya que el tema no es en cuestiones de Derecho de Familia propiamente, al final se trata de distinguir entre bienes privativos (de cada uno de los cónyuges) o bienes de la sociedad conyugal (del conjunto, ya se llamen gananciales, comunes o de conquista).

### **3.- CONCEPTO DE GANANCIAL**

Si tomamos en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico establece como régimen de participación diferida (puesto que sería ilógico analizar el sistema convencional, ya que las capitulaciones matrimoniales resultan un convenio entre los mismos contrayentes o cónyuges, entendido este a su conveniencia), que al disolverse o declararse nulo el matrimonio y al declararse la separación judicial, cada cónyuge adquiere el derecho de

participaren la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro (Artículo 41 del Code Familia). Se debe destacar dos cosas importantes: la primera que la norma es abierta y no distingue a cuáles clase de bienes se refiere; la segunda, en que tampoco determina cuáles son o deben ser gananciales. Al respecto, solamente existen las excepciones de lo que no es ganancial, llámense así entonces: los que fueron introducidos al matrimonio o adquiridos durante él por título gratuito o por causa aleatoria; los comprados con valores propios de uno de los cónyuges destinados a ello en las capitulaciones; aquellos cuya causa o título de adquisición precedió al matrimonio; los muebles e inmuebles que fueron subrogados a otros propios de alguno de los cónyuges; y por último, los adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges. (Incisos 1, 2, 3, 4 y 5 del numeral de cita).-

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, reales y efectivas, de ambos cónyuges. En relación con su significado, se ha indicado que "*bienes gananciales*" son todos aquellos a título oneroso dentro del matrimonio, mediante el trabajo, el esfuerzo y la cooperación de ambos cónyuges 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.

Así, podemos observar que los bienes gananciales son aquellos que implican un aumento de capital, un acrecentamiento patrimonial, forjado mediante el esfuerzo de los esposos (Trejos Salas Gerardo, Derecho de Familia Costarricense, Tomo I, San José, Editorial Juricentro, primera edición, 1990, p. 180). 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 ir, día con día, satisfaciendo 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; por esta razón, se presumen gananciales los bienes que adquieran durante la vigencia plena de su matrimonio. Como se dijo en líneas atrás, de conformidad con la reforma introducida al artículo 41 del Código de Familia, por la Ley n. ° 7689 del 21 de agosto del año 1997, ambos cónyuges adquieren el derecho a participar en los bienes gananciales, que se constaten en el patrimonio del otro, con absoluta independencia del calificativo de inocente o de culpable, dentro de un proceso que concluya con la disolución del vínculo matrimonial.

Dentro del mismo orden de ideas, del libro titulado *Tratado de los Bienes*, escrito por don Alberto Brenes Córdoba, se rescata la siguiente idea:

El que una cosa sea útil, no es bastante, sin embargo, para darle cabida entre los bienes, es preciso que sea una utilidad representativa de un valor económico, apreciable y que se trate de algo capaz de ser enajenado. (Editorial Juricentro, Séptima edición, pp. 26).

Para nosotros los juriconsultos solo son bienes aquellas cosas que pueden entrar en el patrimonio para aumentarlo o enriquecerlo.. (Cita de don Alberto a DEMOLOMBE).

Por su parte, en el libro *Derecho Privado* de Víctor Pérez, al respecto señaló que: "*El patrimonio es una abstracción y representa mas bien, la aptitud de poseer, es una consecuencia de la personalidad*". (Editorial Juricentro, Tercera Edición, pp. 76). Asimismo,

para completar la idea, el artículo 253 del Código Civil costarricense establece que los bienes consisten en cosas que jurídicamente son muebles o inmuebles, corporales o incorporales.

Por consiguiente, si tomamos en cuenta que la propiedad intelectual, ya sea como “*derechos de autor*” o “*propiedad industrial*”, según la concepción que al respecto ha realizado la propia Ley de Propiedad Intelectual, se distingue la vertiente personalísima de la propiedad intelectual en los derechos morales, siendo los derechos de explotación perfectamente transmisibles y sin duda fruto del trabajo del artista o creador/inventor. Desde ese punto de vista, los derechos con contenido económico generados durante el matrimonio, según entiendo, deberían ser gananciales.

#### **4.- DERECHO DE AUTOR, CONTENIDO MORAL y PATRIMONIAL**

##### **a.- Derecho de autor**

Nadie duda de que los derechos sobre las obras creadas con anterioridad al matrimonio pertenecen exclusivamente al autor, ni que gracias al derecho irrenunciable, como el personalísimo, inalienable y perpetuo, denominado derecho moral; el cual es independiente de los derechos patrimoniales, incluso después de su cesión, el autor conservará sobre la obra este derecho. Así, según lo determina el ARTÍCULO 13 de la **Ley sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos**), son siempre privativos o “contrario sensu”, no son gananciales, incluso los correspondientes a las obras creadas durante el matrimonio. Lo conflictivo son los derechos de explotación generados a partir de entonces. A los fines de nuestro estudio nos interesa señalar cuál es el objeto del derecho de autor,

ello por cuanto muchas veces cuando se habla de derechos intelectuales se piensa solamente en los derechos sobre la obra escrita, cuanto esta es solo una mínima parte de las obras que se consideran propiedad intelectual.

De esta forma, en doctrina se discute si el derecho de autor es uno solo o si existe un derecho de autor moral y un derecho patrimonial de autor; empero, en Costa Rica la Ley Sobre Derechos de Autor y derechos Conexos, en su artículo primero señala que “*Los autores son los titulares de los derechos patrimoniales y morales sobre sus obras literarias o artísticas*”, por lo que se infiere un solo derecho en dos acepciones: la moral y la patrimonial. En este sentido, podemos decir que la propiedad intelectual comprende dos aspectos: uno es el denominado DERECHO MORAL DEL AUTOR, que se configura por la potestad de decidir si la obra debe ser publicada o no, el derecho de reivindicar su paternidad si aparece sin su firma o es objeto de plagio falsificación o imitación, el de oponerse a las deformaciones o alteraciones que pudieran hacerse a la obra en su publicación, y el de modificarla; desde este punto de vista, el autor ejerce un derecho absoluto, intransferible y perpetuo. El otro aspecto es el PECUNIARIO, que se traduce en la facultad de disponer de la obra, publicarla, ejecutarla, representarla, adaptarla, etc. En este sentido la propiedad intelectual es enajenable y temporaria. En consecuencia, suele afirmarse que el derecho MORAL del autor, por su carácter personalísimo es necesariamente un bien PROPIO.

##### **b.- Contenido moral del derecho de autor**

El derecho moral comprende el “derecho de divulgación” “el derecho de paternidad” “el derecho al respeto y a la integridad de la obra” y “el derecho de retracto o arrepentimiento”. Estos derechos pueden ser clasificados en positivos y negativos: son positivos el derecho

de poner la obra en circulación (divulgación) y el derecho de retracto; mientras que se consideran negativos el derecho de paternidad, que es el derecho que tiene todo autor de ser conocido como el creador de una obra y que se ve claro en los autores que trabajan en relación de dependencia (como los periodistas o los que trabajan en empresas de software), quienes —cuando la creación es individual— tienen derecho a ser reconocidos como los autores de la obra; aún cuando trabajen a sueldo o aún cuando hayan cedido toda la parte patrimonial de su obra. (BORDA, Guillermo “Tratado de derecho Civil”, Derechos Reales, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 534).

El derecho moral del autor es considerado inalienable, irrenunciable e inembargable, inejecutable e inexpropiable a favor del autor más allá de la negociación que hubiera efectuado de su obra, lo cual es considerado como normas absolutas e inherentes a las personas; por lo tanto inderogable por acuerdo de parte.

En la Ley Sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, título I, capítulo II, numerales 13, 14 y 15, se establece que el derecho moral del autor sobre su obra lo es, independientemente de sus derechos patrimoniales, además de ser personalísimo, inalienable e irrenunciable y perpetuo.

#### **b. Contenido patrimonial del derecho de autor**

El contenido patrimonial del derecho de autor comprende toda forma de explotación patrimonial del derecho de autor, entre ellos la facultad de reproducción, en cualquiera de las múltiples formas posibles, por ejemplo, mediante la cesión parcial o total de la obra. También dentro de los derechos de autor se encuentra el derecho de comunicación

pública, que se da por ejemplo mediante la autorización de exposición o de muestra de las obras pictóricas o escultóricas. En otras legislaciones forma parte del derecho patrimonial de autor el “droit de suite”, que es el derecho de recibir un porcentaje de las ganancias de sus obras originales siempre que se realice en pública subasta o a través de agentes comerciales. Este derecho tiende a proteger a los autores jóvenes que venden sus obras a muy bajo precio y después estas adquieren gran notoriedad y aumentan notablemente de precio sin que su creador perciba ningún beneficio. A partir de estos conceptos vamos a ver cuáles han sido las respuestas dadas por los tribunales al interrogante relativo al carácter del producido de los derechos de autor ante la disolución de la sociedad conyugal por muerte o divorcio.

De la Ley 6683, en numerales que van del 16 al 19 inclusive, se establecen los derechos patrimoniales del autor sobre su obra. Ahí se determina entonces que al autor de la obra literaria o artística le corresponde el derecho exclusivo de utilizarla.

## **5. DERECHO COMPARADO**

### **A.- CLÁSICOS JURISPRUDENCIALES FRANCESES**

#### **EL CASO “LECOCK”**

LECOCK fue un músico célebre francés que escribió durante su matrimonio importantes obras. Cuando el músico se divorció de su esposa por culpa de su mujer, esta solicitó que las obras fueran consideradas gananciales. Sometida la cuestión a la decisión de los tribunales, la Corte de Apelación de París —contrariando la doctrina dominante en ese momento— decidió que el derecho de autor era de característica personal inherente a la personalidad del autor y que por lo tanto era

propio. Esta sentencia fue revocada por la Corte de Casación que resolvió que las obras eran gananciales y que por lo tanto la esposa divorciada por su culpa, tenía derecho a la mitad de las obras de su marido.

### **CASO MERCIÉ**

El célebre escultor Mercié, casado, tuvo que reconocer a los herederos de su esposa, el derecho a la mitad de las obras creadas durante el matrimonio. Mercié contrajo nuevas nupcias que se disolvieron por divorcio. Tuvo que reconocer a su segunda esposa la mitad, de la mitad, que le había quedado. El autor solo conservó la cuarta parte del valor que había creado, y los extraños a él, que no eran sus herederos, ni su esposa, tuvieron las tres cuartas restantes.

### **B.- CASO JURISPRUDENCIAL EN LA ARGENTINA**

#### **EL CASO “ARLT”**

El escritor Roberto Arlt, autor de numerosas novelas, cuentos, aguas fuertes (notas periodísticas) y piezas de teatro se casó en el año 1921 con Carmen Antinucci, con quien tuvo una hija —Electra M.— quien nació en 1923. En 1940 falleció Carmen Antinucci y Roberto Arlt se casó en 1942 con Elizabeth Shine, con quien tuvo un hijo póstumo llamado Roberto. En octubre de 1942 falleció Arlt y su hija inició el juicio sucesorio. El único haber del sucesorio era la obra literaria del escritor que había sido realizada en su casi totalidad durante la vigencia de la primera sociedad conyugal. La segunda esposa y su hijo sostuvieron que todos los derechos de autor eran bienes propios de Roberto Arlt, a repartirse por partes iguales entre sus tres herederos; mientras que la hija del primer matrimonio consideraba que la mitad de los derechos intelectuales de las obras editadas durante la vigencia de la

sociedad conyugal Arlt-Antinucci forman el acervo hereditario de la sucesión de su madre, por tratarse de bienes de carácter ganancial, siendo, en consecuencia, la única beneficiaria en su condición de hija de la premuerta y que la otra mitad entra en la sucesión de su padre que también se integra sobre las obras cuya primera edición se realizó después de la celebración del segundo matrimonio, perteneciendo la segunda mitad de este grupo de obras a la señora Shine de Arlt como gananciales en su calidad de socia de la última sociedad conyugal. En primera instancia se decidió que el derecho de autor era un bien propio y que los beneficios obtenidos por la explotación de las obras intelectuales como frutos de los bienes propios pertenecen a la sociedad conyugal y, en consecuencia, dio la razón a lo sostenido por la segunda cónyuge y su hijo (Sala A Cámara Nacional en lo Civil de la Capital E.D. 16-634 y LL 124-533). Por otro lado, la Cámara de Apelaciones consideró que la mitad de los derechos intelectuales de las obras de Roberto Arlt editadas durante la vigencia de la primera sociedad conyugal forman el acervo hereditario de la sucesión de Carmen Antinucci de Arlt y que la otra mitad entra en la sucesión de Roberto Arlt. El Tribunal dijo que:

Pese a la especial naturaleza jurídica del derecho intelectual y a la interdependencia que existe entre el derecho moral y el pecuniario, una vez que la obra —por su publicación, representación, etc.— ha ingresado al ámbito patrimonial, con la posibilidad jurídica de su enajenación a terceros por medio de su cesión, no puede desconocerse que, de acuerdo con nuestro régimen legal de la sociedad conyugal, en principio es un bien que entra dentro de la categoría de los gananciales. Nada hay en nuestra ley que se oponga a que el derecho de propiedad intelectual ingrese como ganancial en la sociedad conyugal. Por el contrario, autoriza su inclusión en esa comunidad no sólo

al admitir expresamente la negociabilidad del derecho de autor, sino, asimismo, porque tal propiedad se rige también por las disposiciones del derecho común en cuanto no se opongan a las condiciones y limitaciones establecidas por la ley 11723.

Dentro de la normativa del Código Civil de Argentina, establece el inciso o) del numeral 457 que son bienes propios de cada uno de los cónyuges la propiedad intelectual, artística o industrial, si la obra intelectual ha sido publicada o interpretada por primera vez, la obra artística ha sido concluida, o el invento, la marca o el diseño industrial han sido patentados o registrados antes del comienzo de la comunidad. Dentro del mismo cuerpo legal, en el inciso a) del artículo 458, se dice que son bienes gananciales, los creados, adquiridos por título oneroso o comenzados a poseer durante la comunidad por uno u otro de los cónyuges, o por ambos en conjunto, siempre que no estén incluidos en la enunciación del artículo anterior. En su párrafo infine, este inciso manifiesta que el derecho moral sobre la obra intelectual es siempre personal del autor.

### **C.- NORMATIVA Y CRITERIO JURISDICCIONAL DE ESPAÑA**

En el CAPÍTULO IV DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES, SECCIÓN PRIMERA, DISPOSICIONES GENERALES, **Artículo 1344 del Código Civil Español, dice que** mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella. Por su parte el numeral **1345 del mismo cuerpo legal, dice que** la sociedad de gananciales empezará en el momento de la celebración del matrimonio o, posteriormente, al tiempo de pactarse en capitulaciones; lo que en concordancia con

el numeral 1346 inciso 5) *ibidem*, el cual establece que serán privativos “*los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles inter vivos*”; por lo tanto, resulta atendible pensar que los derechos patrimoniales derivados del derecho de propiedad intelectual, sean como derechos de autor o de propiedad industrial, podrían someterse dentro del régimen de gananciabilidad.

Según la perspectiva romántica del derecho de autor, en el que la obra es el resultado de una creación individual y personalísima, parece imposible separar la vertiente económica de los derechos morales.

Sin embargo, en sentencia número 147/2007 de la Audiencia Provincial de Madrid, dictada por la Sala de lo Civil, Sección 25, que en lo conducente dijo:

[...] Carácter privativo o ganancial que tienen los derechos patrimoniales de autor. El planteamiento doctrinal favorable a la inclusión del componente patrimonial de los derechos de autor en la masa ganancial alude a la específica previsión del 1346.5 Código Civil. No se trata de reproducir una escisión entre componente moral y patrimonial del derecho de autor y centrar este segundo aspecto en su afectación ganancial por contener una posible cuantificación económica. Cuando se concreta un derecho como patrimonial y se vincula a la persona es porque a la actividad exclusivamente creativa se añade aquella otra trascendencia económica porque de lo contrario la norma no habría calificado el derecho inherente a la persona [...]

Se colige entre líneas que se refiere a la titularidad del derecho, no así, sobre los rendimientos de estos a la hora de su explotación, puesto que no se discute el que sean gananciales. No obstante, no estoy de

acuerdo con ese criterio y creo que es una interpretación forzada de una norma que en realidad no está pensada para la propiedad intelectual sino para otro tipo de percepciones que se obtienen en interés la persona y no derivan de su trabajo (determinadas indemnizaciones y pensiones), y que es consecuencia de un planteamiento de la propiedad intelectual centrado excesivamente en el autor y no en la explotación de los derechos.

#### **D.-EN COSTA RICA**

Como único antecedente del Tribunal de Familia, en proceso ordinario de liquidación anticipada, se determinó en primera instancia que:

[...] los siguientes bienes muebles son gananciales: 1) [...] 6) tres cuadros, [...] 25) un cuadro [...]”. En segunda instancia el Tribunal resolvió que: “III.- La demandada se mostró inconforme con la declaratoria de ganancialidad de algunos bienes muebles. Su cuestionamiento es el siguiente: “[...] b) El declarado como 6: “tres cuadros” y 25: “un cuadro”, por cuanto los mismos son de mi autoría, lo que consta en las mismas y en consecuencia son propiedad intelectual personal mía, no pueden ser bienes gananciales [...] Finalmente, con relación a los cuatro cuadros que fueron declarados como gananciales en los puntos 6) y 25), la prueba recabada en el proceso demuestra que no fueron obras adquiridas por causa onerosa, sino que fueron pintados por la demandada. En tal sentido, al ser de su autoría, son de su exclusiva propiedad [...] (VOTO 245-06 del TRIBUNAL DE FAMILIA a las nueve horas cuarenta minutos del ocho de marzo del año dos mil seis).

## **6. SOLUCIONES POSIBLES A LA CALIFICACIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR. EFECTOS Y CONSECUENCIAS**

Nos proponemos analizar cuáles son las posibles soluciones al problema de la naturaleza de los derechos de autor.

### **A. DERECHO DE AUTOR ES PROPIO**

Dentro de una posición extrema se puede sostener que el derecho de autor es siempre propio, en toda su extensión, tanto en su faz personal, como en su faz patrimonial. Esto tendría las siguientes consecuencias en un régimen de comunidad de bienes obligatorios como es el que prima en nuestro país:

#### **a. Durante la vigencia del matrimonio**

El producido de los derechos de autor estaría siempre bajo la órbita de administración y disposición de su titular, y los bienes que se compraran con su producido tendrían el carácter de propio.

#### **b. Al momento de la disolución del matrimonio, por divorcio**

Los derechos de autor no serían partidos al momento de la disolución del matrimonio; así como tampoco se partirían los bienes que ingresasen al matrimonio por compra con el producido de los derechos de autor, porque estos tendrían el mismo carácter propio que aquellos. (FASSI, Santiago-BOSSERT, Gustavo “Sociedad conyugal”, T. 1, pág. 365).

#### **c. Al momento de la disolución por muerte**

Si quien muere es el cónyuge del autor de la obra, los derechos de autor no entrarían en la sucesión ya que no tiene ningún derecho

sobre ellos. Si quien muere es el autor, por ser un bien propio, el cónyuge y los hijos tendrían derechos hereditarios sobre ellos con la extensión y en los límites señalados por la ley de propiedad industrial.

## **B. DERECHO DE AUTOR ES GANANCIAL**

La otra postura extrema parte de considerar que el derecho de autor es en principio ganancial, lo que tiene las siguientes consecuencias.

### **a. Durante la vigencia del matrimonio**

Todo lo que ingrese por derecho de autor es ganancial y en consecuencia los bienes comprados con el producido del derecho de autor son también gananciales.

### **b. A la disolución por divorcio**

A la disolución por divorcio, toda la propiedad intelectual del autor debería ser partida por igual con su cónyuge, quien además tendría derecho al 50% del producido de los derechos de autor que se hubieran realizado durante la vigencia del matrimonio. Así por ejemplo si durante la vigencia del matrimonio se escribió un libro que se vendió durante 30 años posteriores a la disolución del matrimonio, la cónyuge (culpable o inocente) tiene derecho al 50% del producido de la venta, durante las 3 décadas posteriores a la separación. Si la cónyuge se vuelve a casar el producido del derecho de autor y la obra de su ex cónyuge entra como bien propio a la nueva sociedad conyugal, y si la ex cónyuge muere el nuevo marido y la descendencia del segundo matrimonio heredan el producido de los derechos de autor del primer marido.

### **c. Consecuencias**

La postura de la ganancialidad irrestricta admite las siguientes críticas:

- Genera inconvenientes el aceptar una co-propiedad sobre los derechos de autor entre el autor y la cónyuge o los herederos de esta y los derechos morales del autor, los que no son transmisibles en vida del autor.
- Aparece como injusto que la culpable o no del divorcio reciba la mitad de los derechos de autor de su ex cónyuge máxime cuando no colabora a generarlo. Esta crítica también es relativa porque no es una injusticia frente a los derechos de autor sino producida por el régimen ganancial, porque al igual que el autor debe dividir el producido de su obra con su ex cónyuge del divorcio, también debe hacer lo mismo el empresario exitoso o el profesional laborioso. Aunque también esta crítica admite una réplica el derecho de autor, no es igual al trabajo común, las consecuencias de este no son inherentes al ser humano sino solo a los autores y a que en este está involucrada la personalidad misma del autor, su pensamiento y su fama creadora, por lo que resulta inaceptable que sea totalmente ganancial.

## **7. INTERPRETACIONES INTERMEDIAS**

### **A. CONSIDERAR GANANCIALES A LOS DERECHOS DE AUTOR PERO ATRIBUIBLES EN LA PARTICIÓN AL AUTOR**

Los sostenedores de la ganancialidad como principio no pueden dejar de advertir los conflictos que esta produce en lo relativo a los derechos morales del autor y por ello proponen que los derechos de autor sean considerados gananciales, pero que en la partición sean atribuidos al cónyuge propietario y que este se obligue a indemnizar al otro cónyuge. Esta tesis se basa en que por la atención

a la naturaleza compleja de los derechos intelectuales, se haría inconveniente mantener un desdoblamiento de su titularidad; en caso de sobrevivir el cónyuge autor (*supuestos de divorcio, premuerte del otro cónyuge, etc.*) es aconsejable adjudicar la totalidad del derecho intelectual a quien ya le corresponde la titularidad de su contenido moral, o sea al creador de la obra. Deberá pagar indemnización por el contenido pecuniario que pertenecía a la comunidad que se liquida. En virtud de esta regla especial, fundada en la naturaleza compleja de los derechos intelectuales, estos quedarían exceptuados del principio de división en especie.

**B. CONSIDERAR QUE EL DERECHO DE AUTOR ES PROPIO Y QUE LO PRODUCIDO POR ESTE ES GANANCIAL, SALVO LA ENAJENACIÓN TOTAL DE LA OBRA QUE SE SUBROGA EN EL DERECHO DE AUTOR Y TIENE POR ENDE CARACTERÍSTICAS PROPIAS**

Esta es la tesis que fue sostenida en el derecho argentino por Bibiloni y continuada por Borda en la actualidad. Parte de considerar que el derecho de autor es uno solo aun cuando tiene connotaciones morales y patrimoniales, donde lo ingresado durante la vigencia del matrimonio es ganancial, pero si la obra se vende completamente esta se subroga en el bien que es propio y por ende el precio es propio.

Esta teoría parte de considerar que el monopolio de la explotación está unido al creador de la obra y que, por ende, si se vende esta en su totalidad, es propia.

**C. TEORÍA QUE ESTIMA QUE EL DERECHO DE AUTOR ES PROPIO PERO QUE LO PRODUCIDO POR ESTE DURANTE LA VIGENCIA DEL MATRIMONIO ES SIEMPRE GANANCIAL**

Quienes sostienen esta tesis consideran que el derecho de autor es propio, siempre y cuando el autor no se haya desprendido de su obra, y estiman que si el autor se desprende de su obra esta se desvincula de la personalidad del autor y por ende el precio de la enajenación tiene características gananciales; sin que exista justificación alguna para atribuirle carácter de propio, ya que no se lo puede considerar subrogado en la obra enajenada. Existe una diferencia entre los que sostienen esta tesis porque para algunos si la obra fue realizada durante el matrimonio y se vende con posterioridad, el producido es siempre ganancial; mientras que para otros solo es lo que se perciba durante la vigencia del matrimonio, no lo que se perciba con posterioridad a este. Fassi y Bossert participan de la posición antes descrita y exponen algunos ejemplos que permiten entender claramente esta tesis, señalan:

[...] que si un escultor vende su estatua y el derecho de reproducirla durante la sociedad conyugal, todo el precio será ganancial. Si vende la estatua, pero conserva el derecho de reproducirla, el derecho de autor por las reproducciones que hiciera durante la sociedad conyugal, también será ganancial. Disuelta la sociedad conyugal, serán gananciales las sumas que se perciban por derechos de autor correspondientes a obras vendidas con anterioridad a la disolución y pendientes de pago. Pero si se hacen nuevas ediciones, nuevas reproducciones, nuevos contratos, todo ingreso futuro será propio del autor. Aclararemos con un ejemplo. Si se ha firmado un contrato de edición, cobrando tanto por ejemplar de cada libro que se venda, es

ganancial el derecho de autor por los libros vendidos durante la sociedad conyugal, se haya percibido su importe o los deba el editor. Será del autor, el derecho correspondiente a los ejemplares que se vendan después de disuelta la sociedad conyugal. Y será aporte propio, el crédito contra el editor, por los libros que se hubieren vendido antes del comienzo de la sociedad conyugal. (LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Estudios de Derecho Privado común y foral. T III- familia y otros temas*. p. 512. 22/ FASSI BOSSERT. Óp. cit.).

En consecuencia, el llamado derecho de autor, derechos de artistas, intérpretes y ejecutantes son privativos de su titular, de manera que las decisiones concernientes a estos: si se publica o no la obra intelectual, si se reimprime, la comercialización o no de una imagen, etc., todas estas decisiones solo corresponden al cónyuge titular de los mismos y no a la comunidad, aun cuando se haya hecho la obra en materiales pertenecientes al consorcio —una escultura sobre mármol consorcial— o a costa de fondos comunes. En el supuesto de obras creadas constante matrimonio, hemos de advertir que todos los productos pecuniarios que se obtengan de ellas se harán comunes, como bienes que los cónyuges obtienen de su trabajo o actividad; por esta misma razón, serán comunes también los productos que se obtengan por la cesión total o parcial del monopolio de explotación. Ahora bien, hemos de tener en cuenta que a la disolución de la comunidad el autor recupera todos los derechos sobre el monopolio de explotación que queda privativo, y que alcanza a todas las rentas que produzcan sus obras, incluidas los beneficios que generen las creadas constante matrimonio (al igual que sucede con el salario, al que cabe equiparar estos beneficios intelectuales).

## 8. CONCLUSIONES

Los derechos intelectuales, patentes de invención o diseños industriales son propios del autor o inventor, pero son gananciales las utilidades durante la sociedad conyugal.

Se ha tratado de brindar una reseña de los precedentes jurisprudenciales, de las diferentes soluciones doctrinarias dadas en abstractos y de las interpretaciones realizadas autorales sobre el sentido dado a la naturaleza de lo ganancial en relación con esa personalidad de la propiedad intelectual. Al respecto, se concluye que:

- El derecho de autor en sí es un bien propio.
- El aspecto moral de la propiedad intelectual es siempre propio del autor o creador.
- El producido económico que ingrese en virtud del derecho de autor, durante la vigencia de la sociedad conyugal, es ganancial.
- Los bienes que se compren con el producido de los derechos de autor durante el matrimonio son gananciales.
- Si el derecho de autor se vende o se cede totalmente durante la sociedad conyugal, el producido es propio porque se subroga en el bien que viene a ocupar, que es de naturaleza propia.
- A la disolución del matrimonio por muerte del autor las obras no vendidas ni cedidas, es decir aquellas que se encuentren en el patrimonio del causante, son heredadas según las reglas de los bienes propios.
- A la disolución del matrimonio por muerte del cónyuge del autor las obras no vendidas, ni cedidas, es decir aquellas que se

encuentren en el patrimonio del autor, no son parte del caudal relicto por ser propios del sobreviviente.

- A la disolución del matrimonio por divorcio, las obras no vendidas ni cedidas no son divididas según las reglas de la comunidad, por ser un bien propio del autor.
- A la disolución del matrimonio por divorcio, son gananciales las sumas que se

perciban por derecho de autor correspondientes a obras editadas con anterioridad a la disolución y pendientes de pago.

- No se requiere el asentimiento conyugal para la disposición del derecho de autor.
- El derecho de autor no puede ser ejercido abusivamente en perjuicio de su cónyuge.

## 9. ANEXO

### CASO ROBERTO ARLT SUCESIÓN DE BIENES INTELECTUALES

Setiembre 7, 1967. Arlt Christophersen, Roberto y otra.

#### 1ra. instancia

Buenos Aires, mayo 30 de 1966. Considerando: Electra M. Arlt, hija del primer matrimonio del causante, sostiene que las obras producidas durante la vigencia de la sociedad conyugal formada por Roberto C. Arlt y Carmen Antinucci son bienes gananciales y, por tanto, la mitad de dichas obras integran el acervo hereditario de su madre. Por su parte, Elizabeth M. Shine de Arlt, cónyuge supérstite del segundo matrimonio del causante, manifiesta que la propiedad intelectual es un derecho exclusivo, un bien propio del que ha producido la obra; en cambio, las rentas devengadas pertenecen a la sociedad conyugal en que se producen. Muy variadas son las doctrinas que se han sustentado al respecto. Sin embargo pueden agruparse en tres tendencias o sistemas: a) del derecho patrimonial; b) del derecho de la personalidad ; c) del derecho propio o especial.

El derecho intelectual de los autores consiste esencialmente en el monopolio o privilegio exclusivo de explotación a favor de su titular. Este es un carácter particularísimo que impide confundirlo con otra clase de derechos, al punto que el derecho está ligado al ejercicio por parte del titular de una actividad personal y no vale sino en la medida en que se ejerce esa actividad.

La obra literaria es el resultado de una particular elaboración intelectual —una creación del espíritu— que constituye por sí misma una unidad ideológica. Mediante

este esfuerzo imaginativo de exteriorización de su pensamiento, el autor imprime su característica personal a la obra, dándole valor y distinguiéndola de las demás; en ella pone una parte de su personalidad.

El derecho moral es el aspecto del derecho intelectual que concierne a la tutela de la personalidad del autor como creador y a la tutela de la obra como entidad. Constituye una emanación de la personalidad del autor, que le permite crear la obra y hacerla respetar, defender su integridad en la forma y en el fondo. En suma, podemos decir que es un derecho inherente a su persona y de carácter extrapatrimonial. Tiene por objeto defender la personalidad del autor de las posibles lesiones a su capacidad o calidad creadora, y se funda en el principio de que la personalidad humana es intangible, y trata de evitar que se perjudiquen en lo esencial los intereses personales o artísticos del autor.

El derecho pecuniario no tiene, como emolumento de un oficio, un valor que pueda fijarse en el momento de la disolución de la comunidad. Este valor depende únicamente de la explotación de la obra por el autor, y el autor explota su obra a voluntad, por causa de su derecho moral. De este modo, el derecho pecuniario depende del derecho moral, y resulta inconcebible que pueda ser afectado a la comunidad mientras el derecho moral permanece como propio.

**FALLO:** En mérito de los argumentos vertidos precedentemente, entiendo que no es de aplicación en la especie, el principio del art. 1271 del Cód. Civil. En cambio, por aplicación del art. 1272, los beneficios obtenidos por la explotación del derecho pecuniario, como frutos civiles de bienes propios, pertenecen a la sociedad conyugal. En suma, y con respecto a la cuestión debatida en autos, oído el Apoderado Fiscal ha de concluirse que los

derechos intelectuales o propiedad intelectual de Roberto Arlt, en sus dos aspectos, moral y pecuniario, son bienes propios del mismo y que al fallecimiento de su primera esposa, Carmen Antinucci, el acervo hereditario de ésta lo constituía la mitad de los beneficios obtenidos durante esa sociedad conyugal, por efecto de los contratos que Arlt hubiere concluido para la explotación comercial de su obra, todo lo cual así se declara.

## **2da. instancia**

Pese a la especial naturaleza jurídica del derecho intelectual y a la interdependencia que existe entre el derecho moral y el pecuniario, una vez que la obra —por su publicación, representación, etc.— ha ingresado al ámbito patrimonial, con la posibilidad jurídica de la “enajenación” a terceros por medio de su cesión (arts. 2° y 51, ley 11.723), no puede desconocerse que, de acuerdo con nuestro régimen legal de la sociedad conyugal (arts. 1271 y 1272, y, en general, todo el contexto de este título del código), en principio ese bien entra dentro de la categoría matrimonial de gananciales. Esa obra intelectual es el resultado del trabajo de uno de los cónyuges. Esto es innegable. Hay genio o talento, gracia o don, pero sin el trabajo no hay obra. Y si la

sociedad conyugal es, en lo fundamental, una asociación de trabajo, puesto que tiene por base el esfuerzo común y la colaboración de los esposos, parece lógico que se incorporen a ella todas las consecuencias o productos de sus recíprocas actividades, cualesquiera sean sus formas y características. Para que alguna de ellas quede excluida, se necesita una norma expresa, salvo si se da una excepcionalísima situación particular de absoluta incompatibilidad, que, como se verá al final, no se plantea en el caso examinado.

**FALLO:** Por tales fundamentos, y en cuanto fue materia apelada, se revoca la resolución apelada y, en consecuencia, se declara que la mitad de los derechos intelectuales de las obras de Roberto Arlt editadas durante la vigencia de la sociedad conyugal Arlt-Antinucci forman el acervo hereditario de la sucesión de Carmen Antinucci de Arlt, en carácter de gananciales, y que la otra mitad entra en la sucesión de Roberto Arlt, que también se integra con la mitad de los derechos sobre las obras cuya primera edición se realizó después de la celebración del segundo matrimonio, perteneciendo la otra mitad de este grupo de obras a la viuda, Elisabeth Mary Shine de Arlt, en carácter de gananciales.

## **10.- BIBLIOGRAFÍA**

CÓDIGO DE FAMILIA COSTARRICENSE

CÓDIGO CIVIL COSTARRICENSE, ARGENTINO Y ESPAÑOL

LEY SOBRE **DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS**

Trejos Salas, Gerardo. *Derecho de Familia Costarricense*. Tomo I, San José, Editorial Juricentro, primera edición, 1990.

Brenes Córdoba, Alberto. *Tratado de los Bienes*. Editorial Juricentro, Séptima edición.

BORDA, Guillermo. *Tratado de derecho Civil, Derechos Reales*. Abeledo Perrot, Buenos Aires.

Sala A, Cámara Nacional en lo Civil de la Capital E.D. 16-634 y LL 124-533.

FASSI, Santiago-BOSSERT, Gustavo. *Sociedad conyugal*. T. 1.

LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Estudios de Derecho Privado común y foral*. T III- familia y otros temas, p. 512. 22 FASSI – BOSSERT. Óp. cit.

[www.todoelderecho.com](http://www.todoelderecho.com)

[www.gracielamedina.com](http://www.gracielamedina.com)

[www.poder-judicial.org.go](http://www.poder-judicial.org.go)

[www.intercodex.com](http://www.intercodex.com)

[www.luisbonilla.org](http://www.luisbonilla.org)





# LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO DE FAMILIA

## *Los nuevos paradigmas para el siglo XXI*

Nora Lloveras<sup>1</sup>  
Marcelo Salomón<sup>2</sup>

*A los juristas costarricenses, por su labor constante en la construcción  
de un mundo más humano y un “Continente” más justo*

### Sumario

1. LOS DERECHOS HUMANOS COMO EXPRESIÓN JURÍDICA
2. LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS RELACIONES FAMILIARES:  
UNA PERSPECTIVA ACTUAL
  - 2.1. El Derecho Constitucional de Familia
  - 2.2. Los nuevos paradigmas del Derecho Constitucional de Familia
3. LAS NORMAS DEL DERECHO DE FAMILIA FRENTE AL NUEVO PARADIGMA  
CONSTITUCIONAL FAMILIAR
  - 3.1. La recepción de la autonomía de la voluntad
  - 3.2. De la “familia matrimonial” a las “diversas formas familiares”
  - 3.3. La filiación: verdad biológica y transparencia
  - 3.4. De la “Patria Potestad” a la “Responsabilidad Parental”
  - 3.5. El Principio del Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente
    - 3.5.a. El interés superior del niño: principio global y rector de la CDN
    - 3.5.b. El interés superior del niño: el concreto interés del NNA
  - 3.6. Los deberes y derechos del matrimonio
4. LOS OPERADORES DEL DERECHO DE FAMILIA FRENTE AL NUEVO PARADIGMA  
Constitucional Familiar
5. CONCLUSIONES

---

1 Lloveras, Nora. Profesora Titular de Derecho Privado VI (Familia y Sucesiones). Agregada a la cátedra de Derecho Constitucional. Investigadora Categorizada SECyT. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Ex Vocal de la Cámara 5ta de Apelaciones Civil y Comercial Córdoba. Poder Judicial Córdoba. Mail: noval@arnet.com.ar

2 Salomón, Marcelo. Docente de Derecho Constitucional. Docente de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Investigador Categorizado SECyT. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Juez de Conciliación de la Provincia de Córdoba. Argentina.



# LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO DE FAMILIA

## *Los nuevos paradigmas para el siglo XXI*

Nora Lloveras<sup>1</sup>  
Marcelo Salomón<sup>2</sup>

### **1. Los Derechos Humanos como expresión jurídica**

Los Derechos Humanos constituyen el escenario de un permanente debate, construcción y reflexión, desde la segunda mitad del siglo XX al presente; en especial, se persigue elaborar el contenido sustancial de los principios que logren la efectivización de los derechos humanos, tanto en su faz estática como dinámica.

Asimismo, el clásico principio de la no intervención en los asuntos internos de los Estados comienza a dejarse de lado cuando gobiernos locales torturan, asesinan o discriminan a su población por razones políticas, sociales, raciales o culturales, originándose fácticamente la fiscalización externa. Como respuesta, se consolida la concepción de que se debe facultar a los organismos internacionales para intervenir en cuestiones internas de los Estados, cuando se vean violados o fuertemente comprometidos los Derechos Humanos.

A partir de ese cambio de concepción mundial, se genera una creciente corriente de integración entre los Estados del orbe, reflejada en lo que se ha llamado los “tratados de integración humanitaria”. Paralelamente a los mencionados tratados, se han creado diferentes organismos y estamentos internacionales para procurar y acrecentar la

protección de estos derechos denominados “esenciales” y “universales”<sup>3</sup>.

El espectro temático de esta corriente de integración respeto de los Derechos Humanos se viene profundizando en forma creciente. Obsérvese que cada vez son más los tratados de Derechos Humanos que prescinden de contingencias bélicas o análogas, tratando — por ejemplo— de focalizar, contener y proteger las diferentes etapas biológicas del ser humano, las distintas inserciones sociales de este en su vida diaria de interrelación, de las que derivan los derechos del niño, los derechos de la edad avanzada, los derechos de la mujer, el derecho a ser diferente, entre otros.

En este sentido, utilizamos la voz “Derechos Humanos” que es autosuficiente para comprender a todas las personas titulares de derechos en general y en las relaciones familiares.

La nueva concepción de los Derechos Humanos constituye la base o el pilar del denominado “Derecho Humanitario”, que expresa un consenso progresivo en el mundo sobre el contenido de los Derechos Humanos y, en especial, sobre la construcción de principios rectores que fundan la interpretación de estos.

Desde esta nueva construcción del “Derecho Humanitario”, la defensa de los Derechos Humanos comporta inexorablemente un

3 Cf: Diez de Velosio, Manuel, Las Organizaciones Internacionales, Ed. Tecnos, Madrid, 1997.

cambio paradigmático que sitúa a la persona como sujeto de derechos y que conlleva una necesaria reformulación de todos los sistemas jurídicos.

En esta línea, se perfila el principio “Pro homine” que contempla un conjunto de pautas y criterios que el operador y el intérprete jurídico (institucional, gubernamental, judicial, entre otros) deben observar al aplicar una norma, al resolver un caso, o al diseñar y aplicar políticas públicas; a fin de encontrar la solución que sea más beneficiosa para el desarrollo pleno de la persona a la que se le destina la norma, la solución o la política trazada y que, a su vez, la aplicación de dicha norma, solución o política, coadyuve a la consolidación institucional y social del sistema de Derechos Humanos.

El maestro Bidart Campos, al referirse al Principio Pro Homine, enseñaba que

[...] este principio indica que el intérprete y el operador han de buscar y aplicar la norma que en cada caso resulte más favorable para la persona humana, para su libertad y sus derechos, cualquiera sea la fuente que suministre esa norma —internacional o interna—<sup>4</sup>.

El principio “Pro Homine” y sus derivados<sup>5</sup> son directrices jurídicas para hacer efectivos los derechos humanos de cada persona, tanto frente al Estado como en la trama de sus relaciones sociales, entre las que se encuentran las relaciones familiares.

Así, ponemos de realce que uno de los aspectos claves a destacar de la concepción

del Derecho Humanitario es que la protección de los derechos humanos se torna exigible por parte de cualquier individuo, de cualquier persona y respecto de cualquier sujeto pasivo.

Además, esta concepción del Derecho Humanitario trata de propender al desarrollo pleno de la personalidad y del proyecto individual de vida de cada uno de los ciudadanos, dentro de un marco de tolerancia y respeto que debe imperar en un genuino Estado social y democrático de Derecho.

El “Derecho Humanitario” adquiere cabal importancia a partir de la internacionalización de los valores jurídicos que se plasman en los tratados internacionales, especialmente los tratados de Derechos Humanos y que impactan directamente en los ordenamientos jurídicos locales. Este dato —no menor— no puede ser soslayado en el análisis que efectuamos.

Los Derechos Humanos reconocidos internacionalmente conforman un mínimo fundamental, primario, común y comprensivo de los órdenes nacionales e internacionales.

Este reconocimiento internacional y la consolidación de los Derechos Humanos en las legislaciones internas de cada país, y de los bloques regionales y/o continentales, abre una nueva perspectiva jurídica en el análisis de las relaciones de familia.

Por ende, las constituciones nacionales de los países firmantes de los tratados de Derechos Humanos establecen —en la gran mayoría— la recepción interna de esos tratados internacionales, expresando de esta forma: los valores, principios y normas que reflejan

4 Bidart Campos, Germán J., Las fuentes del Derecho Constitucional y el principio “Pro Homine”, En: El Derecho Constitucional del Siglo XXI, Diagnóstico y Perspectiva, Coordinadores: Bidart Campos, Germán J.; Gil Domínguez, Andrés, Ed. Ediar, Bs. As., 2000, p. 12.

5 Entre otros, el “Principio Pro Active”, el “Principio de Progresividad de los Derechos Humanos”, el “Principio de la Irreversibilidad de los Derechos Humanos”, el “Principio Favor Debilis”, etc.

la esencia del proceso asociativo comunitario, estableciendo “mínimos inesquivables” por los integrantes y operadores de la comunidad.

Estas normas fundamentales sirven, así, de regla de reconocimiento para todo el sistema normativo; lo que nos encamina al plano de la validez de las normas.

En el caso argentino, es a través del art. 75 inc. 22 CN por el cual ingresan los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico argentino y por él se establece el rango jerárquico, constitucional o supralegal, según el caso. No obstante, debemos destacar que los tratados no son leyes: son tratados internacionales con jerarquía superior a las leyes o con jerarquía constitucional, según el caso<sup>6</sup>.

Por esta norma —75, inc. 22 Constitución Nacional<sup>7</sup>—, en el Derecho Argentino se otorga textura constitucional a la “jerarquía normativa”<sup>8</sup> de los tratados allí mencionados y de los que en el futuro devengan con ese rango por el procedimiento que se establece en la Constitución Nacional, otorgando así firmeza y autonomía ante posibles cambios de criterio jurisprudencial.

Esta recepción constitucional de los tratados de Derechos Humanos es una bocanada de aire fresco y renovado a los ordenamientos jurídicos internos de cada país, lo que

demanda y exige una revisión amplia y vasta de sus instituciones.

El acogimiento constitucional de los principios, valores e instrumentos del derecho internacional provoca un fortalecimiento del derecho interno y le otorga completitud axiológica a los Derechos Humanos regulados por el ordenamiento local.

A modo ejemplificativo, la “vida argentina” constitucional de los tratados de Derechos Humanos incidió directamente en la supremacía constitucional configurada por la Constitución Argentina; en tanto que se agregó a la Constitución como norma suprema el denominado “bloque de constitucionalidad” compuesto por los tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional: la CN y los Tratados de Derechos Humanos —el “Bloque”— componen un conjunto renovador y pujante hacia un derecho diferente de valores, principios y garantías que redefinen todo el orden jurídico<sup>9</sup>.

En síntesis, la acogida constitucional de un número destacado de tratados de Derechos Humanos, en los ordenamientos jurídicos de los países firmantes, significa un avance axiológico y un puente hacia la reformulación de la supremacía constitucional valorativa del Derecho de Familia con base en el principio pro homine que emana del Derecho Humanitario y se perfila como faro paradigmático de las legislaciones actuales.

6 Cfr.: Ekmekdjian, Miguel Angel, Manual de la Constitución Argentina, Lexis Nexis, 6ta. Ed., Bs. As., 2007, p. 37. Examinando el tema de la supremacía constitucional en el marco del art. 31 C.N.

7 Para mayor abundamiento, véase: Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina, LL, 3era. ed., Bs. As., 2006, Comentario al art. 75 inc. 22 C.N., p. 710 y ss.; Gómez, Claudio Daniel, Constitución de la Nación Argentina, Mediterránea, Córdoba, 2007, Comentario al art. 75 inc. 22 C.N., p. 607 y ss.; Sagües, Néstor Pedro, Elementos de Derecho Constitucional, Astrea, 3era. ed., Bs. As., 2003, p. 259, n° 284.

8 Sobre el tema ver, entre otros, Vega, Juan C. y otros, Jerarquía constitucional de los tratados internacionales, Ed. Astrea, Bs. As., 1996. Colautti, Carlos, Los tratados internacionales y la Constitución Nacional, Ed. La Ley, Bs. As., 1998.

9 Para estudiar la problemática y realidad normativa que se deriva del “bloque de constitucionalidad” recomendamos, por la profundidad en el análisis, Manili, Pablo L., El bloque de constitucionalidad, La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino, Ed. La Ley, Bs. As., 2003.

## **2. Los Derechos Humanos en las relaciones familiares: una perspectiva actual**

El impacto de los Derechos Humanos en las relaciones familiares se observa a partir de la visión de la persona como eje de protección y no a la institución de la familia en sí.

Con este giro, la “familia” no es el centro de la protección legislativa, sino que es la “persona” en sus diversas relaciones familiares la que debe contemplarse en la tutela.

Estos cambios sociales, históricos, axiológicos, científicos—entre otros—deben ser legislados, reconocidos y receptados por las sociedades, en tanto, en general, existe consenso en que el “derecho” de una sociedad debe reflejar la realidad —los valores— que hay en ella<sup>10</sup>.

Es decir que el derecho positivo como creación social no puede permanecer ajeno a los fenómenos sociales que se gestan y se exteriorizan en la sociedad que regula. Entiéndase bien lo que puntualizamos: no propiciamos que el derecho positivo recete todo lo que acontece en la realidad social de una comunidad; sino que, como compendio de reglas básicas de esta, refleje el conjunto de valores, principios y creencias que la

conciencia social media tiene internalizada y asume como sentimiento y razón propias.

Desde esta perspectiva, la reglamentación jurídica de la “familia”, o con mayor acierto de las “relaciones familiares”, tiene su justificación en la protección de los Derechos Humanos de los individuos que la componen, acrecentados en el ámbito internacional por diversos factores<sup>11</sup>.

Estos factores que —como ya dijimos— provocaron el reconocimiento de los Derechos Humanos, la reformulación de las relaciones familiares y el cambio, en general, de concepción respecto de la persona, fueron principalmente —a nuestro entender— sociales y científicos o tecnológicos, sin desconocer que influyeron factores económicos, entre otros<sup>12</sup>.

Uno de los factores relevantes que disparó el nuevo diseño de las relaciones familiares fue y es el factor social, que motivado por el proceso de globalización, trajo la aceptación del fracaso matrimonial, la tolerancia de otras formas familiares, la modificación de la fuente laboral que en numerosas oportunidades reconoce distancias importantes, la supresión de fronteras, la inclusión de la mujer en el mercado laboral, la asunción por parte de los hombres de funciones que antes eran

10 Roca Trias, Encarna, Derechos humanos y Derecho de Familia, En: X Congreso Internacional de Derecho de Familia, “El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas”, Mendoza, Argentina, 20 al 24 de septiembre de 1998, Libro de Ponencias, p. 10, Universidad Nacional de Cuyo, Facultad de Ciencias Económicas, Facultad de Derecho, Universidad de Mendoza, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

11 Cfr.: Lloveras, Nora, La filiación en la Argentina y en el MERCOSUR, Costa Rica y el Perú, Editorial Universidad, Bs. As., 2007, p. 35 y ss.

12 Respecto del Derecho Francés, calificada doctrina destaca que la última reforma al derecho de familia francés indicó, como motor de cambio, tres mutaciones o evoluciones relevantes: por un lado la evolución social, exteriorizada por divorcios, uniones libres, y recomposiciones familiares, fenómenos que conforman una especie de “desmatrimonialización”, y que demandan una mayor autonomía familiar y una mayor responsabilidad del individuo miembro de la pareja; por otro lado la evolución biológica – científica –, que impacta en la mayor duración de la vida humana y de las parejas, conjuntamente con la coexistencia de varias generaciones, amén de los procesos de procreación asistida; y finalmente la evolución jurídica, como proceso de cambio operado por la influencia de las convenciones internacionales en los ordenamientos jurídicos internos (Bellucio, Augusto César, Nuevas bases para la reforma del derecho de familia francés, LL 2000-B-1293).

encomendadas socialmente a la mujer, la sensibilización de la sociedad respecto de determinados temas, el rol del Estado frente a los Derechos Humanos, entre otros.

Otro factor de importancia, que coadyuvó a delinear las pertenencias familiares, lo constituye el avance científico y técnico, que genera el acceso a conocimientos que desbordaron con creces las legislaciones vigentes. En este sentido, ponemos de relieve el impacto que origina el descubrimiento del ADN que permite el ingreso a la verdad biológica o la identidad biológica y que conlleva al planteamiento de la verdad objetiva; también las técnicas de fertilización asistida, la clonación en diversas áreas, la extensión de la vida por el progreso de la medicina, la revolución en las comunicaciones vía Internet, celular, satelital, la evolución de los medios de transporte, entre otros puntos.

Estas transformaciones sociales, técnicas o científicas, y el creciente reconocimiento internacional de los Derechos Humanos fomentan en mayor medida el cambio jurídico en las relaciones familiares.

Ahora bien, podemos destacar que la construcción internacional de estándares o mínimos morales o éticos respecto de los Derechos Humanos exteriorizan la necesidad de cambio en la visión o abordaje de las pertenencias familiares<sup>13</sup>.

Frente a todas estas transformaciones, no alcanza con reconocer que existen cambios sociales y científicos o técnicos, sino que es necesario generar un ámbito jurídico que constituya una “piedra de toque” para avanzar sobre los mínimos necesarios, a fin de asentar las futuras regulaciones del derecho de familia, es decir de las relaciones familiares. Y es que, por sí solos los factores sociales y científicos, sin el debate jurídico internacional, hubieran devenido insuficientes para generar el cambio de paradigma de la regulación de las relaciones familiares. El ámbito más propicio para el debate y génesis de las propuestas transformadoras es la comunidad internacional<sup>14</sup>.

Conforme a la nueva realidad que estos factores generan y que se exteriorizan en la comunidad internacional, a modo de ejemplo y avanzando primariamente nuestras reflexiones, se nos presentan diversos interrogantes generales<sup>15</sup>:

¿Cuál es la respuesta que el Derecho debe darles a las familias? ¿Qué incidencia ostenta la protección de los derechos humanos por un lado y la protección de las familias como grupos intermedios entre el Estado y los seres humanos por otro? ¿Qué implicancias tiene la libertad de los individuos en la constitución de formas familiares no contempladas en la familia protegida por las legislaciones? ¿Cuál es la extensión jurídica de la pertenencia familiar? ¿Cuál es el mapa de regulación

13 Véase: Lloveras, Nora; Monjo, Sebastián, La curatela: ¿“compartida”?, Publicado en: Actualidad Jurídica de Córdoba, Febrero de 2008 – Año III – Vol. 46, Cba, 4944; Lloveras, Nora; Monjo, Sebastián, El adoptado pleno frente a la sucesión del abuelo biológico como un llamado más, Publicado en: LLLitoral 2008 (abril), 273. Fallo comentado: Juzgado de 1a Instancia en lo Civil y Comercial nº 8 de Paraná (JCivComParana) (nº 8) ~ 2006/04/07 ~ T., M. E. y otro.

14 Se expresa desde la doctrina que “la globalización reina en los ámbitos espacial, temporal y material, eliminando todas las diferencias posibles, y alcanza asimismo a la propia doctrina jurídica; aunque cada campo lejos está de poder desenvolverse con libertad: de una u otra manera, todo aparece condicionado por los poderes del mercado y los medios de comunicación de masas. Sin embargo, y a pesar de lo expuesto, la señalada globalización jurídica ha permitido un conocimiento a escala mundial de los derechos fundamentales que asisten a los sujetos” Mizrahi, Mauricio Luis, Globalización, familia y derechos humanos, LL 2005-A, 1005.

15 Cfr.: Fanzolato, Eduardo Ignacio, Derecho de Familia, Advocatus, Córdoba, 2007, t. 1, p. 43 y ss. Se explyra sobre el concepto jurídico de la familia en el mundo occidental.

de la vida familiar que debe imperar en una sociedad determinada?<sup>16</sup>.

Tomando como base los interrogantes precitados, se plantean diversos cuestionamientos en punto de la conceptualización de la familia<sup>17</sup>, de los grupos familiares, de la clasificación de los grupos familiares, de la aceptación de estos o de su rechazo, de las bases que regulan tales grupos, de la tendencia legislativa asumida por el Estado (regula, no regula, abstiene, sanciona, entre otras), del criterio a adoptar sobre las minorías, entre otras controversias<sup>18</sup>.

Entendemos que un punto de inicio para arribar a algunas respuestas globales a esos y a otros interrogantes, lo constituye la necesidad de analizar e identificar, en cada momento histórico y social, la existencia de los consensos éticos-jurídicos respecto de las nuevas valoraciones de los comportamientos familiares que requieren legislarse<sup>19</sup>.

En esta línea de razonamiento, el Derecho de Familia debe ajustarse a la realidad social, amoldarse al cambio social operado, en tanto no puede desconocer que la familia no es un sujeto jurídico, sino que la familia es el seno, el importante ámbito del desarrollo del proyecto vital de la persona humana y, por ende, de la materialización de los Derechos Humanos de cada uno de sus integrantes<sup>20</sup>.

Es decir, al no ser la familia una institución autónoma e independiente de sus integrantes, el constante enaltecimiento y reconocimiento de los Derechos Humanos de estos —niño, mujer, anciano, persona con discapacidad, individuo—, nos inclina a repensar el concepto de la familia, de las relaciones familiares y del efectivo cumplimiento de los Derechos Humanos de cada uno de los integrantes en las diferentes relaciones familiares que puedan gestarse.

Más claramente: estamos obligados a repensar los esquemas de regulación de los Derechos Humanos en las relaciones familiares, buceando, entre otros, en el rol jurídico de la intimidad personal, en la intervención del Estado y su medida, en el criterio de autoridad, en la extensión y contenido de la solidaridad familiar, en el rol de la autonomía de la voluntad, entre muchos otros aspectos.

## 2.1.El Derecho Constitucional de Familia<sup>21</sup>

Antiguamente las constituciones eran la fuente del derecho público y tutelar de la relación entre el individuo y el Estado, en tanto el derecho privado —regulado por el Código Civil, Código de Familia, o instrumentos similares— reglamentaba exclusivamente las relaciones de los particulares. Esta línea divisoria diferenciaba en forma tajante la

16 Cfr.: Belluscio, Augusto Cesar, Manual de Derecho de Familia, Astrea, 8va ed., Bs. As., 2006, T. I, p. 7 y ss n° 2; Sobre la protección a la familia Ver: Cafferata, José Ignacio, Derecho de Familia, Mediterránea, Córdoba, 2005, t. 1, p. 315 y ss.

17 Cfr.: Azpiri, Jorge O., Derecho de Familia, Hammurabi, Bs.As., 2000, p. 27, n°1. Se explyaba sobre el concepto de familia, su esencia jurídica, los orígenes y la evolución histórica, y la relación entre el estado y la familia.

18 Cfr.: Zannoni, Eduardo A., Derecho Civil, Derecho de Familia, Astrea., 3ra ed. Bs.As., 1998. t. I, p 30, n° 9 y ss.

19 Fleitas Ortiz de Rozas, Abel; Roveda, Eduardo G., Manual de Derecho de Familia, Lexis Nexis, Bs. As., 2004, p. 14 y ss. Aluden a la constitucionalización y a la protección de la familia en las convenciones Internacionales.

20 Cfr.: Córdoba, Marcos, Director; Vilma R. Vanella, Coordinadora, Derecho de Familia, Parte General, LL. Bs. As., 2002, p. 1 y s.

21 Lloveras, Nora; Salomón Marcelo, El paradigma constitucional familiar: análisis a una década de su reformulación. J.A. 2005-II-888. Lexis Nexis, Bs. As., Argentina. Citar Lexis N° 0003/01120605 .

relación persona-persona (derecho privado), y persona-Estado (derecho público).

La internacionalización de los Derechos Humanos y el principio de la centralidad de la persona como se concibe actualmente, provocan cambios en las instituciones jurídicas, en tanto los derechos de la persona comienzan a tener una nueva entidad logrando articular el Derecho Público (que aporta su teoría de los Derechos Humanos) y el Derecho Privado (que aporta su teoría de los Derechos Personalsísimos)<sup>22</sup>.

Así, y en forma progresiva, se perfila un mayor diálogo o relación entre el derecho público y el derecho privado, configurándose lo que se llama el “derecho privado constitucional” que intenta armonizar, complementar, relacionar, integrar la Constitución con las normas del derecho privado.

La expresión “Derecho Constitucional Privado” apunta a señalar lo que se ha denominado un

giro copernicano en la historia del Derecho y de las constituciones modernas, en tanto se intenta tutelar de modo prioritario a la persona humana<sup>23</sup>.

En suma, el Derecho Privado Constitucional o el Derecho Constitucional Privado<sup>24</sup> refieren a una interrelación entre la Constitución y el Derecho Privado, acentuado aún más por la inclusión de numerosas materias de derecho privado a la Constitución por vía de la inserción de los tratados de Derechos Humanos<sup>25</sup>.

El campo del Derecho de Familia es un campo propicio y fértil para reconceptualizar las viejas valoraciones y amoldarlas a los nuevos parámetros que emanan del Derecho Constitucional Privado Familiar<sup>26</sup>, tales como: las uniones de hecho de diverso sexo o de tendencia sexual análoga, los derechos de la mujer y de los niños y adolescentes, las normas del matrimonio en su vastísimo campo, el abordaje de las vicisitudes de las parejas tanto matrimoniales como de las nominadas de “hecho”, la noción de “culpa” en

22 Lorenzetti, Ricardo Luis, El Derecho Privado como protección del individuo particular, En: Revista de Derecho Privado y Comunitario, Derecho Privado en la Reforma Constitucional, nº 7, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 54.

23 Mosset Iturraspe, Jorge, Los nuevos derechos: ¿meras declaraciones o derechos operativos? La cuestión frente a la reforma constitucional. El rol de los jueces, En: Revista de Derecho Privado y Comunitario, Derecho Privado en la Reforma Constitucional, nº 7, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 54.

24 Ya sea que se hubiere operado la privatización del derecho público o la constitucionalización del derecho privado, más allá de que los nominemos indistintamente. Sobre esta dicotomía, expone Rivera que “es una pregunta que ha sido desarrollada por numerosos doctrinarios: determinar si existe un Derecho Constitucional Civil o un Derecho Civil Constitucional, es decir, si las disposiciones que tratan cuestiones de Derecho Privado en la Constitución son normas de Derecho Privado o si son normas de Derecho Público. Se expresa ante este cuestionamiento que aún constitucionalizados, los principios de Derecho Civil no dejan de ser Derecho Civil, y éste debe ser interpretado conforme a sus principios, so riesgo de desnaturalizarlo” (Rivera, Julio César, El derecho Privado Constitucional, En: Revista de Derecho Privado y Comunitario, Derecho Privado en la Reforma Constitucional, nº 7, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 36). Desde otro sector se expresa que “El derecho constitucional civil parte de la base de que el contenido material o marco genérico lo aporta el derecho constitucional, y que lo civil arroja una connotación configuradora de complementariedad de la base o plataforma que genera lo constitucional. Por lo tanto, es la Constitución como norma jurídica fundamental, la que establecerá mediante su fuerza normativa los principios axiales que servirán de cimiento para que el derecho civil realice el correspondiente aporte”. Gil Domínguez, Andrés, El concepto constitucional de familia, RDF 1999-15-31, Lexis nº 0029/000281 ó 0029/000286

25 Cfr. en un tema novedoso y debatido: Lloveras, Nora; Salomón, Marcelo, La filiación “presuntiva” y la filiación “verdadera”: la constitucionalidad de la obligatoriedad de las pruebas biológicas. En: Revista de Derecho de Familia. Marzo/abril 2007, p. 111. nº 36. Dirección: Cecilia P. Grosman. Lexis Nexis. Bs. As. 2007.

26 Lloveras, Nora; Monjo, Sebastián, El adoptado pleno frente a la sucesión del abuelo biológico como un llamado más, Publicado en: LLLitoral 2008 (abril), p. 273. Fallo comentado a: Juzgado de 1a Instancia en lo Civil y Comercial nº 8 de Paraná (JCivyComParana)(Nro8) ~ 2006/04/07 ~ T., M. E. y otro.

las relaciones familiares, la responsabilidad parental, la procreación médicamente asistida, las cuestiones de género<sup>27</sup>, la aplicación de la teoría general del daño a las relaciones familiares especialmente en la vida doméstica o interna, el régimen filiatorio<sup>28</sup>, entre otros<sup>29</sup>.

Se perfila sistemáticamente en los ordenamientos jurídicos de la mayoría de los países, una visión crítica de las regulaciones atinentes al Derecho de Familia<sup>30</sup>, teniendo a la vista el nuevo paradigma constitucional del Derecho de Familia emergente del Bloque de Constitucionalidad: las viejas instituciones y soluciones no se adecuan a la nueva valoración de intereses admitida por las constituciones a partir de la incorporación de los tratados de Derechos Humanos<sup>31</sup>.

Así, verbigracia, se lee —entre otros— en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 6) que: “Toda persona tiene derecho a constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ello”; en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 16.3) se expresa que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”; la Convención Americana sobre Derechos

Humanos (art. 17.1) reza que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10.1) se menta que

[...] se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea posible del cuidado y la educación de los hijos a su cargo [...]

Igualmente, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23.1) se indica que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”; y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (art. 16.1) se estatuye que

[...] los Estados parte adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres[...]<sup>32</sup>.

27 Sobre género: Lloveras, Nora; Cantore, Laura, Género, Diversidad Sexual y Derechos Humanos, Revista Jurídica del Perú. Pionero de Doctrina de Normas Legales. Derecho Privado. Fascículo nº 7, Julio 2007, Lima, Perú, p. 219, Editorial Gaceta Jurídica S.A, Lima, Perú, 2007; Lloveras, Nora; Cantore, Laura, Género y Derechos Humanos. Su recepción en los Tratados Internacionales, En: Revista Sociodisea, Año V, nº 8, noviembre-diciembre, Inecip, Córdoba, 2007, p. 22.

28 Cfr. Sobre el sistema vigente: Grosman, Cecilia P., Colaboradores: Arianna, Carlos; Ilundain, Mirta; Iñigo, Delia B.; En: Código Civil y Normas complementarias, Dirección: Alberto J. Bueres; Coordinación: Elena I. Highton; T. I-B, Familia, comentario a los arts. 240 y ss., Hammurabi, Bs.As, 2006, 1era ed., 1era reimpr.

29 Para quien pretenda profundizar en el estudio de la problemática constitucional de diferentes institutos del Derecho de Familia, puede verse con provecho: Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria; Herrera, Marisa, Derecho Constitucional de Familia, Ed. Ediar, Bs. As., 2006, t. I y t. II.

30 Cfr: Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria; Herrera, Marisa, Derecho Constitucional de Familia, Ediar, Bs.As., 2006, T.I, p. 705. Sobre el derecho de identidad se exhiben en numerosos casos, buceando en una posición crítica.

31 Lloveras, Nora; Monjo, Sebastián, El adoptado pleno frente a la sucesión del abuelo biológico como un llamado más, Publicado en: LLLitoral 2008 (abril), p. 273. Fallo comentado: Juzgado de 1a Instancia en lo Civil y Comercial nº 8 de Paraná (JCivyComParana) (nº8) ~ 2006/04/07 ~ T., M. E. y otro.

32 A ello debemos sumar otra gran cantidad de normas que emanan de estos y otros tratados internacionales e instrumentos sobre Derechos Humanos que hacen expresa alusión a la situación que reviste una persona dentro de las relaciones familiares, sea como hijo/a, como padre/madre, abuelo/a, guardador/a, esposo/a, etc., normas cuyo análisis y desarrollo abordaremos a lo largo de esta obra.

Este nuevo paradigma fomentado por los tratados de Derechos Humanos modifica la concepción del Derecho de Familia en tanto que ya no se trata de un derecho privado ajeno al derecho público, sino que es Derecho Constitucional integrado a las normas propias del Derecho de Familia.

Esta mixtura del Derecho Constitucional y el Derecho de Familia merece y exige una revisión y un ajuste técnico desde la perspectiva de los Derechos Humanos que venimos desarrollando.

Reflexionar sobre la regulación de las familias desde el Derecho Constitucional es pretender plasmar la realización efectiva y concreta de los Derechos Humanos de cada uno de los integrantes, que redundará en la salud social de la comunidad.

La incorporación de los tratados de Derechos Humanos, con rango constitucional en algunas legislaciones y con rango supralegal en otras, plantea una serie de interrogantes en particular, que enunciaremos solo a título ilustrativo: ¿La patria potestad y la capacidad progresiva son compatibles?, ¿transitamos desde la patria potestad hacia la responsabilidad parental?, ¿qué rol juega la autonomía de la voluntad de cónyuges?, ¿puede hablarse de “la” familia o de la familia en sus diversas formas y en su caso la situación de la persona de los NNA?,

¿la filiación biológica y la filiación adoptiva se ven afectadas por los tratados Internacionales de Derechos Humanos y en particular por la CDN<sup>33</sup>?, ¿los alimentos responden al principio de solidaridad familiar?, ¿cómo debería entenderse el interés superior de los Niños, Niñas y Adolescentes -en adelante NNA-<sup>34</sup>?, ¿debe pensarse en un régimen económico de la familia que contemple especialmente al niño, niña o adolescente?

Todos estos interrogantes podrían originar que se sostenga que existe un vacío legal en el derecho de familia escrito —es decir en el régimen de las relaciones familiares<sup>35</sup>—.

Sin embargo como venimos de reseñar, en los tratados Internacionales de Derechos Humanos deben encontrarse las respuestas a numerosos interrogantes que se dirimen de modo continuo<sup>36</sup>.

Así, el Derecho Constitucional de Familia<sup>37</sup> se presenta como un conjunto de principios, creencias y valores que como mínimo inescusable (fruto del orden público constitucional) debe ser observado por los poderes públicos al regular y aplicar las normas que estructuran las relaciones familiares.

Como instrumento relevante mencionamos a la CDN, que importa un tránsito fundamental del Estado intervencionista al Estado garantista,

33 Cfr. Sobre el derecho de identidad: Lloveras, Nora, El derecho de familia y el derecho de identidad en el MERCOSUR, En: Hacia una armonización del derecho de familia en el MERCOSUR y países asociados. Directora: Cecilia P. Grosman. Coordinadora: Marisa Herrera. Bs. As. 2007. Lexis Nexis. p. 211.

34 Cfr.: Lloveras, Nora, La filiación en la Argentina y en el MERCOSUR, Costa Rica y el Perú, Editorial Universidad, Bs.As., 2007, p. 50 y ss.

35 Véase una interpretación en esta línea: Lloveras, Nora; Salomón, Marcelo, La inconstitucionalidad de usufructo paterno- materno. Una mirada desde el derecho humanitario, 12/12/2007. Lexis Nexis. Número especial: Protección de la Familia. JA 2007 – IV, fascículo 11. p. 48.

36 Cfr.: Lloveras, Nora, Las acciones de filiación y el principio de la cosa juzgada, Actualidad Jurídica. Familia y Minoridad. Córdoba. Noviembre 2007. Año III. Vol. 42. Revista 43. p. 4534. Córdoba - Argentina.

37 Referimos y utilizamos en la presente obra, la expresión el “Derecho Constitucional de Familia”, a pesar de entender claramente que se trata del “Derecho Constitucional de las Familias”, por haberse constituido la primera de las locuciones, en un punto habitual de identificación del tema, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

que aglutina los principios constitucionales e internacionales humanitarios, destacando la función de las familias, posicionando al NNA como sujeto de derecho y como eje de protección.

Por ello, las relaciones familiares deben ser observadas, analizadas, diagnosticadas, interpretadas, dirimidas y, en general, examinadas desde el Bloque de Constitucionalidad, que conforman los nuevos paradigmas del Derecho de Familia<sup>[38]</sup>: más claro, los tratados de Derechos Humanos no son una abstracción y los operadores jurídicos deben aplicar los imperativos constitucionales.

El Derecho Constitucional de Familia, entonces, conlleva la necesidad de contrastar o compatibilizar armónicamente las regulaciones legales de segundo grado con los derechos, valores y principios que emanan de la Carta Magna como “conjunto normativo”, es decir, como unidad sistemática de normas que se correlacionan y coordinan las unas con las otras y que por claro imperativo de supremacía constitucional se irradian de manera vinculante hacia las normas infraconstitucionales<sup>39</sup>, entre las que se encuentra el Derecho de Familia<sup>40</sup>.

Más allá de las dudas y temores que puede plantear la aplicación efectiva de los Derechos

Humanos, tal como acontece en casi la totalidad de los países del mundo, debe actualizarse y adecuarse a la perspectiva que irradia la doctrina del derecho humanitario, con especial atención y cuidado al nuevo Paradigma Constitucional Familiar —que conlleva y puede desplegarse en un sinnúmero de “paradigmas” circunscriptos a temas y áreas diferentes—<sup>41</sup>.

No dudamos en afirmar de manera categórica que la búsqueda de la efectiva materialización de los Derechos Humanos es el motor de la evolución —y en algunos casos de la revolución— del Derecho de Familia en la nueva e inexorable perspectiva constitucional<sup>42</sup>.

La evolución, el cambio, la reforma —y para algunos casos la revolución<sup>43</sup>—, tanto social, como biológica, científica, axiológica, sociológica y jurídica, y la incorporación y desarrollo de los Derechos Humanos al ordenamiento jurídico interno, provocan la necesidad de repensar, reformular, rehacer y modificar las regulaciones de las relaciones familiares, con la nueva mirada constitucional.

En suma: la evolución social en las sociedades y en el pensamiento “social”, acompañados del avance en los conocimientos técnicos y científicos, además de la creación de mínimos

38 Cfr.: Garzón, María, El derecho a la identidad de los menores adoptados durante el período 1975/1983, en: Miradas Alternativas, Directora: María de los Ángeles Bonzano de Saiz, Centro de Documentación Histórica del Archivo del Poder Judicial, Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Córdoba, 2005, Año 2, n° 3, p. 33 y ss.

39 Así lo hemos expresado: Lloveras, Nora; Monjo, Sebastián, La curatela: ¿“compartida”?, Actualidad Jurídica de Córdoba, Febrero 2008 – Año III – Vol. 46, Córdoba, 2008.

40 Para un análisis más detallado véase: Belluscio, Augusto C., Incidencia de la reforma constitucional sobre el derecho de familia, LL 1995-A, 936.

41 Desde hace tiempo bregamos por la consolidación de esta nueva doctrina. Cf: Lloveras, Nora; Salomón, Marcelo, El derecho de familia y los Derechos Humanos: una perspectiva obligatoria, en: Libro Homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, Santa Fe, 2001.

42 Cfr: Lloveras, Nora; Salomón, Marcelo, La “nueva” norma de la Carta Orgánica de Villa Carlos Paz. La Unión Civil entre personas de igual o distinto sexo. Una mirada desde el Derecho Constitucional de Familia, Diario Comercio y Justicia. Leyes y Comentarios. Jueves 20 de diciembre de 2007. Córdoba. p. 3.

43 Cfr. en el derecho extranjero: Lloveras, Nora; Orlandi, Olga. Costa Rica. Revisión de la cosa juzgada en las sentencias de filiación. Constitucionalidad del art. 98 bis, inc. m), del Código de Familia de Costa Rica. Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. 2008-I, p. 196. Directora: Cecilia P. Grosman, Bs.As., Lexis Nexis.

jurídicos inderogables y consensuados a nivel mundial respecto de la protección de los Derechos Humanos y la incorporación de esos mínimos inderogables a los distintos ordenamientos jurídicos, provocan la imperiosa necesidad de repensar el Derecho de Familia o de las familias, para concebirlo como un “Derecho Constitucional de Familia” y no como una simple manifestación, rama, especialidad o materia derivada del tradicional Derecho Privado -tal como lo expusimos más arriba-.

Finalmente, el desafío y la función del “Derecho Constitucional de Familia” consiste en receptor la nueva visión de las relaciones familiares que se observan en la realidad, demarcando en el ordenamiento jurídico argentino andariveles, itinerarios, marcos referenciales; así, dentro de estos rumbos y derroteros, los operadores jurídicos —muy especialmente el Congreso Nacional— deben diseñar, instrumentar, aplicar y garantizar a través de las diferentes normas reglamentarias y las políticas sociales básicas, el efectivo cumplimiento de los Derechos Humanos de cada una de las personas que interactúan en las relaciones familiares.

## **2.2.Los nuevos paradigmas del Derecho Constitucional de Familia**

El Derecho Constitucional de Familia o de las Familias, como método jurídico de análisis, es un prisma que persigue revelar la observancia al orden constitucional por parte del derecho reglamentario de familia actual contenido en los códigos civiles o códigos de familia y en las leyes reglamentarias. Por ende, sostenemos convencidos que el nuevo Paradigma Constitucional Familiar contiene expresas instrucciones que deben observarse al momento de reglamentarse las relaciones familiares, entre las que se destacan:

- a. En cuanto a la familia, la necesidad de regular las diferentes formas familiares con base en la libertad de elección y a la no discriminación.
- b. En orden a los diferentes sujetos titulares de las relaciones familiares, la equiparación total del hombre y de la mujer, como titulares de esas relaciones jurídicas familiares tanto en los derechos cuanto en las obligaciones.
- c. En orden a la vinculación de los sujetos titulares de relaciones familiares y al contenido de los derechos y deberes de que devienen titularizados, debe consagrarse la solidaridad familiar, la que muchas veces puede exceder los vínculos sanguíneos más próximos.
- d. En orden a la patria potestad, más modernamente “responsabilidad parental”, establecer mecanismos alternativos —incluidos los judiciales— para que el hijo menor adulto pueda debatir la decisión de sus padres o de su progenitor ejerciente, en torno a los actos que impacten de modo decisivo en sus derechos humanos fundamentales, conforme a la capacidad progresiva de los menores, en lo cual se debe tomar en cuenta su grado de madurez, principalmente.
- e. En orden a la filiación, la observancia del principio de transparencia en su determinación, así como el del respeto a la identidad que corresponda tanto en su faz estática como dinámica, evitando en la determinación, como en la búsqueda filiatoria —referida en el sistema de acciones—, todos los caminos y procedimientos que se exhiben como obstáculos para obtener aquella transparencia mencionada.

- f. En cuanto al régimen económico de la familia fundada en el matrimonio, instaurar el principio de la libertad de opción del régimen patrimonial matrimonial, siempre observando el sistema de tutela económica para los menores, incapaces y adultos requirentes de auxilio.
- g. En cuanto a la vivienda familiar, debe reglamentarse un régimen propicio a la estabilidad del “techo” familiar; instaurar la inmunidad jurídica de la vivienda, sin perjuicio de establecer sistemas en que también la vivienda como único bien valioso del núcleo familiar autoriza a posicionarse como requirente de un crédito.
- h. En orden a los sujetos más débiles que integran el sistema familiar, instrumentar acciones positivas para la protección amplia y efectiva de sujetos destinatarios de amparo especial como el niño, la mujer, las personas de edad, las personas con capacidades diferentes, etc.
- i. En el mismo sentido, cada vez son más frecuentes y habituales las voces que se levantan en el derecho global para reclamar modificaciones en el derecho interno, o resaltar la concreción de los derechos humanos ya sea en el derecho reglamentario de familia o en las manifestaciones jurisprudenciales que los expresan<sup>44</sup>.

### **3. Las normas del Derecho de Familia frente al nuevo Paradigma**

#### **Constitucional Familiar**

Teniendo como norte el paradigma constitucional que emana del Derecho Constitucional de Familia, abordaremos someramente: la recepción de la autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia; la necesidad de tolerar diversas formas familiares; el rol de los deberes personales y el régimen de bienes del matrimonio; la concepción de la responsabilidad parental; el interés superior y prevaleciente de la niñez; y el principio de verdad y transparencia en la filiación.

#### **3.1. La recepción de la autonomía de la voluntad**

En primer lugar, entendemos que las normas del Derecho de Familia deben reconfigurarse con base en el principio de autonomía de la voluntad, que tienen como sustento la nueva axiología del “nuevo” orden público familiar.

La autonomía de la voluntad configura un marco de actuación de los individuos exenta de interferencias e intervenciones, bien por el Estado o por otros individuos, pero limitadas a valores sociales esenciales y comprometidos, que connotan aquel margen de actuación. Desde el punto de vista jurídico, esta limitación a la autonomía de voluntad se encuentra configurada por los llamados principios de orden público<sup>45</sup>.

44 Véase: Roca Trias, Encarna, Derechos humanos y derecho de familia; Wills Rivera, Lourdes. Protección de los derechos constitucionales de la familia; Losing Norberto. Discriminación o diferenciación? Los derechos humanos en la pareja del mismo sexo. En: X Congreso Internacional de Derecho de Familia. El derecho de familia y los nuevos paradigmas, Mendoza, 1998, Libro Profesores Invitados.

45 Sobre la relación e influencia del orden público en la reglamentación de los derechos véase: Lloveras, Nora; Salomón, Marcelo; Derecho de Familia y Derecho Constitucional, en prensa, Editorial Universidad, Bs.As, 2008.

En concreto, “autonomía de la voluntad” indica “poder de decisión”. Este “poder de decisión”, esta posibilidad de disponer sobre ciertos aspectos de la vida personal transcurre y se manifiesta en los diferentes ámbitos del desarrollo personal. Pero este desarrollo personal se encuentra limitado jurídicamente por las disposiciones deliberadamente calificadas por el Estado como de “orden público”.

Entonces, en contraposición al concepto de autonomía de la voluntad, se sitúa un conjunto de valores socialmente “aceptados” que pretende otorgar un ámbito de reserva a la actuación de los particulares (los límites a la autonomía de la voluntad lo constituyen, esencialmente, el derecho imperativo, el orden público y las buenas costumbres). Este conjunto de valores resguardados socialmente configura el contenido de los principios de orden público.

Así, podemos indicar que existe una función inversamente proporcional entre los conceptos de orden público y autonomía de la voluntad; ya que, de aumentar el contenido del orden público, se disminuye la potestad de actuación de la autonomía de la voluntad, y si se aminora el contenido de los principios del orden público, se amplía, en consecuencia, el “poder de decisión” que implica ejercer la autonomía de la voluntad.

Los ciudadanos gozamos de potestades y facultades para desarrollar nuestros proyectos de vida —los incluyen la elección íntima y personal de las relaciones familiares a cultivar— sin que el Estado pueda interferir en estos de manera discrecional, ya sea acotando, limitando, impidiendo o restringiendo el contenido del ejercicio de la autonomía personal.

Con esta afirmación, y desde una concepción interdisciplinaria, debemos tener también en cuenta que

[...] la preponderancia en la búsqueda de autonomía e individualización, como indicador de madurez y bienestar, trasciende las fronteras del género masculino, provocando transformaciones en las relaciones intrafamiliares [...]

Y de la misma forma se llega a la conclusión de que

[...] se desbarata una forma de estructuración de la familia tradicional: la familia patriarcal, en la cual el jefe de familia tiene poder de control y decisión sobre los otros miembros<sup>46</sup>.

En consecuencia, este cambio se comienza a materializar en el Derecho de Familia; por lo cual se expresa en este sentido que

[...] el derecho de familia contemporáneo no se concibe como dirigido a imponer modelos de virtud personal; vale decir que no es admisible que obstruya la libre elección y materialización de los proyectos y estilos de vida de los individuos<sup>47</sup>.

La formación de un proyecto de vida auto referencial, dibujado en todos sus contornos por los propios “partícipes” del proyecto de vida, es la plena recepción de la realidad imperante. Por esto, permitir por la ley a los miembros de las diversas formas familiares crear su proyecto de vida, es una opción sana que el legislador debe autorizar.

En conclusión, se debe otorgar más espacio a la autonomía de la voluntad en las relaciones

46 Grinfeld, Gabriela; Racana, María Fernanda, El surgimiento de nuevas voces. Una aproximación a las dinámicas familiares en la posmodernidad, En: Revista de Derecho de Familia, Abeledo Perrot, Bs. As., 1999, n° 15, p. 129 y ss.

47 Mizrahi, Mauricio Luis, Familia, matrimonio y divorcio, Astrea, Bs. As., 2001, p. 72.

familiares con base en el reconfigurado orden público familiar.

### 3.2. De la “familia matrimonial” a las “diversas formas familiares”

En este sentido, debe tenerse claro que, a la luz de los Derechos Humanos la familia — desde el punto de vista jurídico—, no tiene en sí misma ningún reconocimiento legal superior del que se atribuye a los individuos que forman parte de ella; que la familia como tal no es una “institución” ni un “centro de imputación jurídica con autonomía”; que las bases de cualquier regulación son los derechos fundamentales de los ciudadanos que no cambian de condición de estar integrados en un grupo familiar<sup>48</sup>.

Así, la regulación de la familia que se presenta fundada solamente en la “familia matrimonial”, no observa más allá de algunas normas ocasionales, regulaciones sobre las diversas formas familiares como las uniones de hecho, la familia ensamblada, uniones de idéntico o análogo sexo, grupos convivenciales, entre otros<sup>49</sup>.

Si se observa con detenimiento las legislaciones de la mayoría de los países occidentales, el derecho concebía una forma familiar: la familia matrimonial entre un hombre y una mujer, otorgando consecuencias disvaliosas a otras formas familiares como por ejemplo el “concubinato”.

Actualmente la tendencia mundial es la tolerancia de otras formas familiares como

la recepción de la familia matrimonial entre dos hombres, entre dos mujeres, la familia ensamblada, la familia monoparental, las uniones de hecho o convivenciales de distinto o igual sexo y otras formas familiares.

Con ello queremos destacar que las constituciones y el derecho humanitario llaman al derecho reglamentario a respetar, tolerar y admitir el proyecto de vida autoreferencial de cada persona y la configuración de diferentes formas familiares.

### 3.3. La filiación: verdad biológica y transparencia

Este principio de verdad y transparencia —clásicamente enunciado solo como de “verdad”— expresa básicamente la exigencia y necesidad de estructurar en el derecho reglamentario (jurídicamente) las relaciones familiares con nitidez, sin modificar la realidad de su origen ni de su desarrollo, de suerte tal que si operan cambios en la relación familiar, estos cambios se transparenten y la persona pueda acceder siempre a conocer tanto el origen, como la evolución de esa relación familiar determinada.

La sinceridad y conformidad de la relación familiar con la realidad de su génesis y evolución tiene una doble orientación: se dirige tanto a fortificar los vínculos establecidos entre las personas, cuanto a posibilitar el conocimiento completo de la fractura o quiebre de la relación familiar. Estas dos caras del principio de verdad y transparencia en las relaciones

48 Cfr: Roca Trias, Encarna, Derechos humanos y Derecho de Familia, En: X congreso internacional de Derecho de Familia, “El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas”, Mendoza, Argentina, 20 al 24 de septiembre de 1998, Libro de Ponencias, p. 14, Universidad Nacional de Cuyo, Facultad de Ciencias Económicas, Facultad de Derecho, Universidad de Mendoza, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

49 En cambio, si se observa un lento reconocimiento a las diversas formas familiares en normas del ámbito previsional o de la seguridad social, y muchas de estas modificaciones son fruto de claros precedentes jurisprudenciales. Véase, entre otros: Grosman, Cecilia; Martínez Alcorta, Irene, Familias ensambladas, Universidad, Bs. As., 2000, p. 31 y ss; Gil Domínguez, Andrés, El concepto constitucional de Familia, En: Revista Derecho de Familia, n° 15. Kemelmajer de Carlucci, Aída, El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas. (Dirección). T. I, II, III. Edit. Rubinzal Culzoni.

familiares desembocan necesariamente en la visión de una sociedad más fuerte, en tanto la verdad y transparencia de los lazos e historias individuales y comunes, ayudarán a promover y consolidar la salud general de todos.

La verdad y transparencia debe operar como principio rector constitucional, tanto en la constitución de las relaciones familiares y cuasi familiares —como la tutela, la curatela—, cuanto en la modificación de esas relaciones familiares, es decir en su evolución, en las vicisitudes que se presenten —como el divorcio, etc. —, entre otras situaciones.

El principio de la verdad es el prisma desde el que se observa el derecho a la identidad personal, fundamentalmente en el aspecto filiatorio.

La identidad integra el núcleo central de los llamados derechos personalísimos del ser humano, y dicha identidad se constituye con una multiplicidad de aspectos vinculados entre sí.

El abordaje interdisciplinario claramente expone, de manera sintética, los contenidos de la identidad en tres grandes grupos: biológicos, sociales y jurídicos.

Una equilibrada ponderación de estos factores biológicos, sociales y jurídicos lleva inexorablemente a reconocer y dar una regulación normativa a la realidad biológica, psicológica y emocional del hombre, y es en ese contexto donde se inserta la filiación jurídica como consecuencia directa e inseparable de la identidad personal.

Sostenemos convencidos de que no es viable la construcción de la identidad personal, familiar y social, si la misma no se basa, fundamenta y consolida en la verdad histórica personal de cada uno de nosotros.

La verdad histórica personal no debe ser presumida, estimada, diseñada, manipulada o ignorada; la verdad histórica —por dolorosa, disvaliosa, inaceptable o rechazable que se la pueda considerar— es el punto inicial de la construcción sana y genuina de la identidad personal.

Un sistema jurídico que priorice la búsqueda, vigencia y consolidación del Derecho Constitucional Humanitario, no puede establecer normas que impidan o contradigan la construcción de la identidad personal —tanto en su faz estática como en su faz dinámica— de cada uno de sus integrantes<sup>50</sup>.

A nuestro modo de ver, desde este paradigma debe ser vista y diseñada la filiación jurídica. Más claramente: la verdad histórica, en su manifestación biológica, debe constituir el pilar central del enclave normativo de los vínculos filiales<sup>51</sup>.

La verdad como axioma y principio rector excede largamente la pertenencia íntima e individual de cada uno de nosotros; mientras que el acceso a la verdad, la búsqueda de esta, la ponderación y estima de ella, constituye un valor y un derecho que pertenece a la sociedad toda y que esta debe proteger y fortalecer<sup>52</sup>.

La verdad histórica es la base de la identidad personal, familiar y social de toda la comunidad

50 La faz estática comprende aspectos de la personalidad tales como el origen, el sexo, el estado civil, la filiación, la imagen, etc.; mientras que la faz dinámica engloba aquellos aspectos que definen la personalidad proyectada hacia el exterior, tales como el bagaje intelectual, político, social, cultural, profesional, etc.

51 Lo hemos sostenido desde hace tiempo: Lloveras, Nora. La identidad personal: lo dinámico y lo estático en los derechos del niño. En: Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia. Revista nº 13, Abeledo Perrot, Bs. As., 1998, p. 65 y ss.

52 Sobre las consecuencias patrimoniales del derecho a la verdad. Ver: Famá, María Victoria; Herrera, Marisa, Un leading case sobre responsabilidad civil en materia de filiación. ¿Es resarcible la falsa atribución de la paternidad patrimonial?, JA 2004-III-392.

y, como tal, es obligación del Estado y sus operadores darle la regulación jurídica que permita su efectivo desarrollo.

Se observa, verbigracia, que el sistema de filiación biológica y adoptiva que ha sufrido importantes cambios en las últimas dos décadas<sup>53</sup> y, no obstante, no contiene ni resuelve situaciones como la necesaria reformulación de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial de cara al derecho de identidad del hijo (art. 259, 260 C.C.)<sup>54</sup>, ni la procreación médicamente asistida y todas sus exigencias y consecuencias, ni la instrumentación del derecho de identidad (328 C.C.)<sup>55</sup>, ni el problema de la irrevocabilidad de la adopción plena<sup>56</sup>, o la calificación de quienes pueden gozar del carácter de adoptantes, entre otros temas.

Con este norte, debe consolidarse la prueba biológica que asegure la paternidad cierta y no “presumida”. Por lo tanto, la extracción del material biológico para la obtención de la prueba en el juicio de filiación, no exige en la actualidad ninguna conducta abusiva, incómoda, degradante o humillante de la persona que no quiere someterse a la prueba.

En el actual esquema axiológico, normativo y procesal, los jueces de los procesos de filiación están autorizados a ordenar, realizar y de ser necesario recurrir a la fuerza pública, para recaudar la prueba pertinente; ya que la prueba biológica debe ser dirimente en todo juicio de filiación, y las personas estarán obligadas a someterse a ellas, por lo que el juez podrá y deberá ordenar el sometimiento a tales pruebas<sup>57</sup>.

Por otra parte, no puede desconocerse que en la filiación por naturaleza o biológica, el derecho a la identidad se debe preservar, ya que están en juego el derecho del hijo a conocer su origen y preservar su identidad,

[...] junto al deber de la sociedad de garantizar el emplazamiento filial con el objeto de asegurar las responsabilidades de los progenitores, que se priorizan frente a la libertad e inviolabilidad de la persona que puede esgrimir quien es imputado como padre, que en todo caso no puede conculcar el derecho del hijo a que se declare su filiación<sup>58</sup>.

Por consiguiente, la identidad biológica importa el derecho a conocer la fuente de donde proviene la vida, la dotación cromosómica y

53 Para analizar la regulación de la filiación, véase, con provecho para todos: Mendez Costas, Josefa, La filiación después de la reforma constitucional, LL1995-E-1034; Medina, Graciela, La adopción, T. I, p. 29 y ss, Santa Fe, 1998, Rubinzal Culzoni.

54 Cf. Bidart Campos, Germán, La legitimación de la madre para impugnar la paternidad del marido: ¿y los derechos del niño?, La Ley, Suplemento Constitucional, 17/03/00; Gil Domínguez, Andrés, ¿Existe una familia basada en la hipocresía?: La discriminación prevista en el artículo 259 del Código Civil y un fallo de la Corte Suprema que llama a la reflexión, La Ley, Suplemento Constitucional, 17/03/00.

55 Cfr.: Loyarte, Dolores; Rotonda, Adriana, Procreación Humana artificial: un desafío bioético, Depalma. Bs. As. 1995, p. 285 y ss.

56 Cf. Salomón, Marcelo J., Fuentes Juan, Heredia Luis, Revocación de la adopción plena: un debate pendiente, J.A. Ed. Esp. “La nueva Ley de Adopción”, 16/09/98.

57 Véase en Costa Rica: la Ley 8101/2001. Ley de Paternidad Responsable. Esta ley 8101 cambia la política pública en cuanto a la investigación de la paternidad, aprobada el 16 abril de 2001; tiene como principal objetivo facilitar la investigación de la paternidad, y la declaración de tal, evitando los tediosos procesos. El pilar de la nueva normativa es la certeza del ADN y la obligatoriedad de la realización y sometimiento a esta. Cfr.: Lloveras, Nora, La filiación en la Argentina y en el Mercosur, Costa Rica y Perú, Universidad, Bs.As., 2007, p. 297 y ss.

58 Grosman, Cecilia; Ariana, Carlos, Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial, LL 1992-B-1193 y ss.

genética particular así como los transmisores de esta —los progenitores o padres— y el entorno del medio en que se expresan los genes, que importa la definición del contexto histórico y cultural del nacimiento o aparición en el mundo externo y social de la persona.

No puede el derecho reglamentario imponer restricciones, trabas o frenos a la búsqueda de la verdad biológica y a la transparencia en la filiación.

Por lo tanto, entendemos que son inconstitucionales las restricciones a la legitimación en las acciones de filiación así como también entendemos que son inconstitucionales los plazos de caducidad de las acciones que obstruyan, impidan, restrinjan la búsqueda de la verdad biológica y de la transparencia de las filiaciones.

### **3.4. De la “Patria Potestad” a la “Responsabilidad Parental”**

La capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes como elemento esencial en la ponderación de intereses, la condición de sujetos de derechos y el interés superior de los NNA, presentan necesariamente una reformulación del contenido de la “patria potestad”, hacia una “responsabilidad parental” en donde el NNA sea el centro de atribución de derechos, y la función de los padres consista en que el NNA se desarrolle para poder ejercerlos más correctamente.

En este juego de intereses y de ejercicio del “poder de decisión” que implica la autonomía de la voluntad, debemos hacer las siguientes aseveraciones: la autonomía de la voluntad de los padres está restringida por el interés superior del menor, y la autonomía de la voluntad de los niños, niñas y adolescentes deben ser tenidas esencialmente en cuenta conforme su capacidad progresiva.

En este razonamiento, los padres no son “libres” para ejercer plenamente la autonomía de la voluntad y su “poder de decisión” por sobre los NNA, sino que están condicionados a ejercerla exclusivamente para salvaguardar los intereses preferentes y prioritarios de los NNA.

Los NNA, por su parte, ejercerán la autonomía de la voluntad —antes impensado—, a fin de “administrar” sus propios intereses, siempre teniendo en mira el grado de madurez alcanzado conforme el desarrollo físico, psíquico y espiritual del menor.

La responsabilidad parental concibe la plena “igualdad” de los padres y la “no discriminación de ninguno de ellos, en el deber de educación de los hijos”.

Por lo tanto, la responsabilidad parental tiene su eje en las siguientes premisas:

- a igualdad de los padres y no discriminación de ninguno de ellos
- b. interés superior de los NNA
- c la capacidad progresiva de los NNA
- d. reemplaza la facultad de corrección por el deber de educación y formación

### **3.5. El Principio del Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente**

La tendencia mundial hace emerger de las entrañas del derecho el interés superior del niño como determinante de las decisiones judiciales.

El art. 3 de la CDN dispone que en todas las medidas concernientes a los niños que adopten las instituciones públicas, privadas, los tribunales, los órganos legislativos o las autoridades administrativas, deberá atenderse

primordialmente al interés superior de los niños, niñas y adolescentes<sup>59</sup>.

Este interés superior del niño plasmado en numerosas disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3º, incs. 1; 9º incs. 1 y 3; 18, inc. 1; 20 inc. 1; 21, 37, c y cc.), también es objeto de debate a propósito de su eventual confrontación con el interés de la familia, proponiéndose desde algún sector de opinión que opere en su reemplazo la cláusula de interés familiar—concepto también complejo—, no como dicotomía con el interés individual, sino ciertamente humanizado y concretado en el propio interés del sujeto<sup>60</sup>.

Sostiene Azpiri<sup>61</sup> que

[...] es posible que “el interés superior del niño” quede como una idea un tanto abstracta, pero no es dable concretarla más porque perdería el carácter de principio rector para la resolución de los derechos en pugna.

La doctrina, la jurisprudencia y las leyes, en general, exhiben una amplitud sobre este interés superior del niño, que en numerosas oportunidades este interés superior pareciera ser diferente, es decir se habla de diferentes contenidos. En función del interés superior del niño, se arriba a soluciones, propuestas, políticas públicas, que parecieran no comprender ese interés del NNA.

En la presente obra, nos ceñimos a expresar nuestra forma de pensar, que importa una doble visión, especialmente en función del derecho constitucional: la conceptualización del interés

superior del niño y la implementación práctica de tal interés, es decir, como se realiza.

### **3.5.a. El interés superior del niño: principio global y rector de la CDN**

El interés superior del niño es un principio rector de la CDN, que enuncia que ese interés está primero en el orden de jerarquía, es decir antes que el interés de los padres biológicos, antes del interés de los hermanos, antes del interés de los guardadores, antes del interés de los tutores, antes de todo otro interés.

La primacía del interés del menor, o del NNA, se sobrepone al interés de todos, como resultado de que ese interés del NNA se emplaza como prioridad en toda cuestión a decidir sobre los sujetos de derecho que son los NNA. Y no solo es un interés superior en referencia a otros intereses en juego, sino que además, es el mejor interés del NNA.

Este interés del NNA que está “primero”, además es el “mejor” interés que le corresponde a la vida del NNA de que se trate, conforme a todas las circunstancias singulares que rodean su vida: por eso está “primero”, antes que otros intereses, y es “superior” porque es el mejor interés para la protección y desarrollo de su vida.

Esta visión exige que no se invoque retóricamente el amparo del NNA a través de la protección de su interés superior—solamente—, sino que se protejan sus derechos. Es decir, que el interés superior del niño, que es el prisma desde el cual se canaliza

59 Mizrahi, Mauricio Luis, Familia, Matrimonio y divorcio, Astrea, Bs. As., 2001, p. 150 y ss.

60 Mizrahi, Mauricio Luis, Familia, Matrimonio y divorcio, Astrea, Bs. As., 2001, p. 150 y ss.

61 Azpiri, Jorge O., Juicios de filiación y patria potestad. Colección Procesos Civiles 11, Hammurabi, Bs. As., 2006, p. 46.

la protección global, comprenda claramente esa protección de los derechos del NNA<sup>62</sup>.

### **3.5.b. El interés superior del niño: el concreto interés del NNA**

Desde otro ángulo, el interés superior del niño se dirige a determinar en la situación concreta cómo debe darse y contemplarse ese beneficio del NNA, proveyendo una solución específica que abarque todas las circunstancias familiares, fácticas, históricas, culturales, sociales, políticas, axiológicas, económicas, que convergen en la vida del NNA<sup>63</sup>.

Este concreto interés del NNA, se define respecto al singular, preciso, irrepetible y puntual NNA, en el caso en que el juez resuelva algún planteo, en el diagnóstico de una hipótesis probable que se somete a un equipo técnico, a algún operador psicoterapéutico, en el dictamen o asesoramiento de un operador del sistema jurídico o legislativo, o en el diseño del perfil de una política pública dirigida a un área física de un municipio determinado, o de una provincia o región singulares, entre otros ámbitos de actuación.

Queda claro que el interés superior del niño debe concretarse teniendo en cuenta ciertos principios que de él se derivan —según el campo de que se trate— y numerosas pautas que orienten el caso que se define.

Así por ejemplo, en la adopción del principio del interés superior, se siguen el principio de la inseparabilidad de los hermanos, el principio de reinserción en la propia familia, entre otros.

Por su parte, las pautas que orienten el caso que se define, verbigracia en el ámbito de la atribución de la responsabilidad parental — patria potestad—, deberá contemplarse la edad del hijo o de la hija, la capacidad progresiva que ostenta, si ambos padres asumen los roles de tales en la vida del hijo, desde qué tiempo han asumido esos roles, si ambos le dispensan la atención y contención necesarias, si están en condiciones ambos o uno de asumir las decisiones que correspondan en la esfera personal o patrimonial, si se trata de una familia con varios hijos, si ya hay hijos mayores de edad, qué historia se registra concretamente en esa trama familiar en cuanto a la contención de los NNA, si el hijo tiene hermanos o medio hermanos, u otros parientes, los recursos económicos de ambos padres, entre otras.

Se ha sostenido que puede conceptuarse el interés del niño

[...] como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona, pero entendido este por el que más conviene en un momento dado, en una cierta circunstancia y analizado en concreto su caso particular<sup>64</sup>.

62 En este sentido: Ignacio Campoy Cervera, Universidad Carlos III de Madrid (España), Conferencia dictada en el curso de Post Grado de "Familia, derecho de familia y salud mental. La discapacidad psíquica: una cuestión de derechos humanos", Tema: "Niñez y discapacidad". La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de protección. Desafíos en el Siglo XXI", Instituto de Familia del Colegio de Abogados de Mar del Plata, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Mar del Plata, con el auspicio de la Procuración General de la S.C.J.B.A. y de la Universidad Carlos III° de Madrid, realizado en Mar del Plata, Argentina - 18 y 19 de abril de 2008.

63 En este sentido: Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria; Herrera, Marisa, Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, Derecho Constitucional de Familia, Ediar, Bs.As., 2007, p. 84 y ss.

64 Biocca, Stella M., Interés Superior del Niño, En: Revista Derecho de Familia, n° 30 (marzo.- abril 2005), p. 23, Dirección: Cecilia Grosman. Lexis Nexis. Bs. As.

Como expresan Gil Domínguez, Famá y Herrera, aun cuando se pretenda elaborar criterios para circunscribir el alcance del principio de interés superior del niño y contribuir a una mayor precisión del concepto, algún grado de indeterminación resulta inevitable, e inclusive bienvenido<sup>65</sup>.

La ley argentina 26061 entiende por interés superior de la NNA la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley, consignando como pautas principales: su condición de sujetos de derecho; su derecho a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta; el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; su “centro de vida” como el lugar en el que NNA hubieran transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia<sup>66</sup>.

### 3.6. Los deberes y derechos del matrimonio

Analizamos seguidamente el estatuto personal derivado del matrimonio y las consecuencias

o secuelas económicas de la unión conyugal, en el marco del presente trabajo.

Si los deberes contenidos como integrantes del matrimonio en las legislaciones se estatuyen para cumplir una finalidad supuesta por el ordenamiento jurídico —desarrollo de la familia derivada del matrimonio—, no observamos obstáculo alguno para que los esposos estatuyan sus propios objetivos y metas mediante el uso de su poder de decisión.

La concepción rígida de los deberes emanados del matrimonio desconoce la realidad de la familia matrimonial en su faz actual. Cada matrimonio concibe los deberes de una forma distinta, aplicándolos y desaplicándolos según su ámbito de intimidad.

No existe ninguna razón válida para evitar que los matrimonios “pacten” formalmente lo que ya “ejercen” en la práctica.

La dispensa de uno o todos los deberes personales que prevén las legislaciones por el uso de la autonomía de la voluntad<sup>67</sup> debe considerarse seriamente por el legislador<sup>68</sup>.

65 Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria; Herrera, Marisa, Derecho Constitucional de Familia, Ediar, Bs. As., 2006, T.I, p. 49.

66 Mas allá de considerarlo un principio rector de toda la materia de filiación, y de cierta abstracción, el interés superior del niño se encuentra definido por el art. 3 de la ley argentina 26.061 de la siguiente manera: “A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño o adolescente la máxima satisfacción, integral, y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños, y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustaran el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación, y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”.

67 En contra: “los derechos no pueden ser constituidos, modificados o extinguidos por una voluntad negocial” . Derecho de Familia, Parte General, Director: Córdoba, Marcos M.; Coordinadora: Vilma R. Vanella, La Ley, 2002, p. 37.

68 Se ha expresado “El matrimonio de la ley 23.515 se aproxima al contrato, se le parece – y mucho – e incluso está en curso o rumbo de llegar a serlo de veras [...]” Barbero, Omar U., Naturaleza del matrimonio en el derecho civil argentino, a partir de la ley 23.515, En: Derecho de Familia, Libro Homenaje a la profesora doctora María Josefa Méndez Costa, Eduardo A. Zannoni; Francisco A. M. Ferrer; Carlos H. Rolando, Coordinadores, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1990, p. 123.

La doctrina expresó que

[...] pueden ambos de común acuerdo limitar o suprimir estos deberes legales, pero basta la voluntad unilateral de uno de ellos en sentido contrario para extinguir toda dispensa y renacer incólume el deber matrimonial tal como está expresado por la ley. Esto quiere decir que la dispensa no puede consistir en una renuncia irrevocable a exigir el cumplimiento de los deberes<sup>69</sup>.

La base del matrimonio está implícita en cada matrimonio, en cada proyecto de vida, en cada familia, y no es necesario que el legislador imponga un proyecto de vida, una forma definida en todos sus contornos, de “cómo” debe ser la familia que “autoriza” el ordenamiento jurídico.

En este sentido Gil Domínguez, Famá y Herrera expresan:

[...] anticipamos nuestra convicción acerca de la necesidad de eliminar la consagración de los deberes-derechos del matrimonio y sus consecuencias jurídicas de nuestro ordenamiento civil, con excepción del deber alimentario, que podría materializarse tras la ruptura matrimonial en una especie de prestación compensatoria ante una desigualdad económica manifiesta al estilo del derecho español<sup>70</sup>.

La libertad individual debe ser el eje de la formación de un proyecto de vida que recepte

la autonomía de la voluntad de los integrantes de la familia que se pretende formar.

Desde otro costado podemos razonar de la siguiente forma: el orden público está concebido para responder a una escala de valores. El contenido del orden público tiene un sujeto al que debe proteger, que puede ser un individuo, una institución, un conjunto de valores, o principios generales.

Entendemos que los deberes personales del matrimonio tienen como objetivo proteger tanto a los individuos que forman la unión matrimonial como los fines supuestos por el Código Civil para la institución matrimonial.

Ahora bien, si los individuos sujetos de protección deciden dispensarse de esa protección, y en uso de la autonomía de la voluntad prescinden de los deberes personales, y si la finalidad supuesta por el Código está cubierta por la realización de los individuos y la formación de una familia autorregulada, entonces: los deberes personales no tendrían razón de ser y pueden ser dispensados.

Los sujetos de protección y la finalidad supuesta consienten voluntariamente en dejar de lado la legitimidad de los deberes personales.

Si los individuos de un matrimonio no creen en que la realización de los deberes personales cumpla una función digna de protección, entonces, los deberes no tienen base suficiente para cobrar vigencia.

69 Di Lella, Pedro, Comentario al art. 198, En: Código Civil Comentado, Derecho de Familia, Directores: Francisco A. M. Ferrer; Graciela Medina; María Josefa Méndez Costa, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, T. I, p. 128 y ss. Manifiesta el autor: “Queremos decir con esto que el que dispensó a su cónyuge, por poner un caso extremo, del deber de fidelidad, al punto de consentir la unión sexual de éste con otra persona, no podrá imputar esta conducta como una violación del deber matrimonial, pero el cónyuge podrá siempre volver sobre su voluntad exigiendo del otro que cumpla con lo que la ley impone y éste no podrá negarse fundado en que habría sido dispensado de ese deber”.

70 Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria; Herrera, Marisa, Derecho Constitucional de Familia, Ed. Ediar, Bs. As., 2006, t. I, p. 251.

Las constituciones, asentadas, en general, sobre la base del respeto por los proyectos de vida, del respeto a la libertad y del respeto a la intimidad, autorizarían, en principio, los convenios por los cuales se prescindan de los deberes personales del matrimonio. Solo así se concebiría la formación de un proyecto de vida auto referencial.

Los deberes personales del matrimonio no pueden exigirse compulsivamente y su cumplimiento coactivo resulta axiológicamente disvalioso por cuanto significaría forzar situaciones que no se compatibilizan con la realidad de los matrimonios.

Con estas reflexiones, estamos en condiciones de afirmar que se debe autorizar a los cónyuges a que dispensen el cumplimiento de los deberes personales previstos en el ordenamiento jurídico.

La libertad y la autonomía de la voluntad, son la base de la formación de un proyecto de vida auto referencial.

Cada familia, cada matrimonio “vive” su realidad, “pacta” su compromiso, “concibe” su proyecto, “forja” su destino, y desde allí debemos pensar en autorizar a los integrantes de la familia, expresar esas vivencias, pactos, concepciones y destinos, ya que se respetaría la voluntad no solo de la persona, sino de la relación familiar.

Desde otra perspectiva, se impone un nuevo rediseño del derecho reglamentario de las relaciones económicas del matrimonio.

Entendemos que los preceptos constitucionales denotan andariveles en los cuales el Parlamento puede transitar y pergeñar el nuevo régimen patrimonial del matrimonio.

Así creemos que se debe:

- a) establecer un régimen patrimonial matrimonial con opciones a definir por los cónyuges
- b) determinar un régimen primario de protección
- c) fijarse un régimen supletorio cuando los cónyuges no utilicen las opciones que el sistema les brinda<sup>71</sup>
- d) existencia de un régimen de publicidad que otorgue seguridad al sistema de opciones de regímenes patrimoniales matrimoniales.

A modo de conclusión, podemos afirmar que no violentaría el orden constitucional la dispensa de los deberes matrimoniales por el uso de la libertad, la autonomía de la voluntad y la intimidad.

Como pauta genérica para el derecho de familia reglamentario en general, debe posibilitarse por los parlamentos, a los cónyuges la determinación del régimen patrimonial matrimonial, previéndose un sistema subsidiario para la hipótesis en que no se celebre la opción.

#### **4. Los operadores del Derecho de Familia frente al nuevo Paradigma**

##### **Constitucional Familiar**

Desde diferentes ámbitos de actuación, el operador del Derecho de Familia debe tender a hacer realidad los diferentes derechos

<sup>71</sup> Un ejemplo del derecho comparado es el derecho español cuando establece en el art. 1316 del Código Civil que “A falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales”.

familiares<sup>72</sup>. Esta imposición es aún mayor para los poderes públicos, ya que son ellos quienes de manera directa establecen las grandes pautas jurídicas y de actuación de las relaciones familiares.

Por el diseño constitucional de reparto de atribuciones, en general, corresponde al Poder Legislativo dictar las normas reglamentarias de los derechos consagrados constitucionalmente y al Poder Ejecutivo coadyuvar en la realización de los valores del itinerario constitucional, ya que debe al realizar la administración general de la Nación, instrumentarlos bajo el ideario de este itinerario con políticas sociales básicas. Finalmente, el rol más importante del Poder Judicial se define inserto en el control de constitucionalidad, ya que como poder que controla es el titular último del juicio de compatibilidad constitucional entre el actuar del Parlamento y el Poder Ejecutivo respecto de los mandatos constitucionales.

La Corte Interamericana ha expresado que [...] la verdadera y plena protección de los niños significa que estos puedan disfrutar ampliamente de todos los derechos que les asignan los diversos instrumentos internacionales (entre ellos, los económicos, sociales, y culturales), debiendo los estados Parte adoptar medidas positivas para asegurar la protección de tales derechos<sup>73</sup>.

Sin lugar a dudas, desde la jurisprudencia se viene marcando el nuevo rumbo que debe asumir el Derecho de Familia. Así, entre muchos otros, se pueden leer pronunciamientos que interpretan cabalmente los principales institutos de las relaciones familiares.

Por ello, frente a la manifiesta parálisis de los otros poderes estatales, en especial del Poder Legislativo, valoramos este activismo del Poder Judicial pues también es uno de los Poderes del Estado y este, el Estado, debe desenvolverse dentro de la legalidad constitucional.

No dudamos en afirmar que, al cabo de estos últimos años, el fortalecimiento de los derechos constitucionales familiares ha provenido del Poder Judicial; ahora bien, anhelamos que los restantes poderes del Estado —en especial el Poder Legislativo— se comprometan y consustancien con su “obligación constitucional”, decidiéndose adecuar la reglamentación de las relaciones familiares a la nueva textura constitucional, resguardando en cada una de ellas los derechos humanos básicos de sus integrantes, sin discriminación y respetando la intimidad y el proyecto de vida personal.

## 5. Conclusiones

A manera de síntesis, consignamos las siguientes conclusiones.

1. El “Derecho Humanitario” adquiere cabal importancia a partir de la internacionalización de los valores jurídicos que se plasman en los tratados internacionales, especialmente los tratados de Derechos Humanos, y que impactan directamente en los ordenamientos jurídicos locales.
2. Los Derechos Humanos reconocidos internacionalmente conforman un mínimo fundamental, primario, común y comprensivo de los órdenes nacionales e internacionales.

<sup>72</sup> No solamente nos referimos a la actuación desde los poderes públicos, sino a todo el espectro social, iniciándose en el propio ámbito familiar, pasando por el ámbito escolar o los diferentes espacios de interacción social.

<sup>73</sup> CIDH, 2002-VIII-06-17-2002, del 28/08/2002.

3. El principio “Pro Homine” y sus derivados son directrices jurídicas para hacer efectivos los derechos humanos de cada persona, tanto frente al Estado, como en la trama de sus relaciones sociales, entre las que se encuentran las relaciones familiares.
4. Deben repensarse los esquemas de regulación de los Derechos Humanos en las relaciones familiares, buceando, entre otros, en el rol jurídico de la intimidad personal, en la intervención del Estado y su medida, en el criterio de autoridad, en la extensión y contenido de la solidaridad familiar, en el rol de la autonomía de la voluntad, entre muchos otros aspectos.
5. La defensa de los Derechos Humanos comporta inexorablemente un cambio paradigmático que sitúa a la persona como sujeto de derechos, y que conlleva una necesaria reformulación de todos los sistemas jurídicos.
6. La construcción internacional de estándares o mínimos morales o éticos, respecto de los derechos humanos, exteriorizan la necesidad de cambio en la visión o abordaje de las pertenencias familiares.
7. El Derecho de Familia debe ajustarse a la realidad social, amoldarse al cambio social operado, en tanto no puede desconocer que la familia no es un sujeto jurídico; sino que la familia es el seno, el importante ámbito del desarrollo del proyecto vital de la persona humana y, por ende, de la materialización de los derechos humanos de cada uno de sus integrantes.
8. El Derecho Constitucional de Familia se presenta como un conjunto de principios, creencias y valores que, como mínimo inderogable —fruto del orden público constitucional— debe ser observado por los poderes públicos al regular y aplicar las normas que estructuran las relaciones familiares.
9. El Derecho Constitucional de Familia debe receptar la nueva visión de las relaciones familiares que se observan en la realidad, demarcando en el ordenamiento jurídico argentino: andariveles, itinerarios, marcos referenciales; pues dentro de estos rumbos y derroteros, los operadores jurídicos deben diseñar, instrumentar, aplicar y garantizar a través de las diferentes normas reglamentarias y las políticas sociales básicas, el efectivo cumplimiento de los Derechos Humanos de cada una de las personas que interactúan en las relaciones familiares.
10. El nuevo paradigma constitucional familiar contiene los siguientes ineludibles mandatos:
  - En cuanto a la familia, la necesidad de regular las diferentes formas familiares.
  - En orden a los diferentes sujetos titulares de las relaciones familiares, la equiparación total del hombre y de la mujer.
  - En orden a la vinculación de los sujetos titulares de relaciones familiares y al contenido de los derechos y deberes de que devienen titularizados, debe consagrarse la solidaridad familiar.
  - En orden a la patria potestad, establecer mecanismos alternativos —incluidos los judiciales— para que el hijo menor adulto pueda debatir la decisión de sus padres o de su progenitor ejerciente.
  - En orden a la filiación, la observancia del principio de transparencia en su determinación, así como el del respeto a la identidad que corresponda tanto en su faz estática como dinámica.

- En cuanto al régimen económico de la familia fundada en el matrimonio, instaurar el principio de la libertad de opción del régimen patrimonial matrimonial, siempre observando el sistema de tutela económica para los menores, incapaces y adultos requirentes de auxilio.
  - En cuanto a la vivienda familiar, debe reglamentarse un régimen propicio a la estabilidad del “techo” familiar.
  - En orden a los sujetos más débiles que integran el sistema familiar, instrumentar acciones positivas para la protección amplia y efectiva de sujetos destinatarios de amparo especial como el niño, la mujer, las personas de edad, las personas con capacidades diferentes, etc.
11. La actuación el operador del Derecho de Familia debe tender a hacer realidad los diferentes derechos familiares, sobre todo esta obligación se impone a los poderes públicos, ya que son ellos quienes de manera directa establecen las grandes pautas jurídicas y de actuación de las relaciones familiares.
  12. Los roles del Estado, como tutor del bien general, respecto de los derechos humanos y las relaciones familiares:
    - El Poder Legislativo debe adecuar las normas reglamentarias a los derechos consagrados constitucionalmente.
    - El Poder Ejecutivo debe coadyuvar en la realización de los valores del itinerario constitucional, ya que debe al realizar la administración general de la Nación, instrumentarlos bajo el ideario de este itinerario con políticas sociales básicas.
    - El Poder Judicial debe ejercer el control de constitucionalidad ya que como poder que controla es el titular último del juicio de compatibilidad constitucional entre el actuar del Parlamento y el Poder Ejecutivo respecto de los mandatos constitucionales.
  13. El Derecho Constitucional de Familia debe ser analizado, reinterpretado y aplicado, desde una perspectiva diferente, innovadora y progresista, que es la que se impone para los tiempos que vienen y que emana del derecho constitucional humanitario.





# RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE FAMILIA

*Me. Maria Aracy Menezes da Costa<sup>1</sup>*  
*BRASIL*

1. LA CUESTIÓN PUESTA.
2. RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA CONYUGALIDAD
  - 2.1 Primera corriente: reparación civil por daño moral resultante del ilícito absoluto.
  - 2.2 Segunda corriente: reparación civil por daño moral en virtud de violación de los deberes conyugales.
- 3 REPARACIÓN CIVIL POR DAÑO MORAL EN CONSECUENCIA DE RUPTURA DE NOVIAZGO.
- 4 REPARACIÓN CIVIL POR DAÑO MORAL EN LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES.
5. CONCLUSIÓN: LA POSICIÓN DE LA AUTORA.

---

1 Jueza de Derecho ya jubilada; Abogada Litigante; Master en Derecho por la Pontificia Universidad Católica do RS PUC/RS; Doctoranda en Derecho por la Universidad Federal do RS- UFRGS; Licenciada em Letras por la Facultad de Filosofía da UFRGS - Universidad Federal do Rio Grande do Sur - BRASIL. Especialista em Planejamento Educacional pelo curso de Pos-Graduación em Educación - UFRGS (Universidad Federal do Rio Grande do Sur) - BRASIL .Profesora de Derecho de Familia y Sucesiones en la Facultad de Derecho de PUC/RS y Escuela Superior de Magistratura de la Asociación de Jueces do RS -ESM AJURIS. Consultora Editorial da Revista da AJURIS (Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul). Consultora Editorial Internacional da Revista de Direito de Família de Costa Rica – COSTA RICA



# RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE FAMILIA

*Me. Maria Aracy Menezes da Costa<sup>1</sup>*

## **1. La cuestión puesta**

No se tratará, en este artículo, del aspecto general de la responsabilidad civil en el Código Civil Brasileño de 2002, con sus alteraciones, presupuestos y tipos de daños, lo que es objeto de estudios de muy competentes juristas brasileños. La propuesta de ahora es centrar la discusión, desde luego, en Derecho de Familia, con la responsabilidad civil en esa rama del Derecho y, por eso, muy particular.

Cuando las figuras de la víctima y del ofensor están inseridas en el mismo contexto familiar, la responsabilidad civil rompe la intimidad del Derecho de Familia y adentra en los hogares de las familias brasileñas.

La familia, que en las palabras de Maria Celina Bodin de Moraes<sup>2</sup>, ha dejado de ser institución para ser un instrumento, en el que la personalidad de cada uno de sus miembros tiene mayor autonomía, y cada uno de sus componentes es el autor de sus propias opciones, como cuando eligen mantener o no el vínculo de la conyugalidad.

El Nuevo Código Civil modificó o cambió el eje de la familia, pasando el centro de la conyugalidad para la filiación. Cambió la familia y cambió el concepto de responsabilidad civil

Cuando ocurre el daño, hay un perjuicio; pero, antes, el perjuicio era de la víctima, que restaba sin el debido resarcimiento. Hoy, el perjuicio es del opresor, que no resulta impune, teniéndose en cuenta la posibilidad de la recepción del daño y de la responsabilidad civil incluso dentro de la familia.

Así puesta la cuestión, cabe examinar, en este estudio, dos aspectos de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia: la responsabilidad en la relación de conyugalidad y la responsabilidad en las relaciones paterno-filiales.

En primer lugar, examinaremos el vínculo de la conyugalidad y la reparación civil por daño moral.

## **2. Responsabilidad civil en la conyugalidad**

Dentro de esa línea, existen hoy dos nítidas corrientes relativas a la responsabilidad civil en el Derecho de Familia.

La primera corriente se refiere a la reparación civil por daño moral resultante del ilícito absoluto, al paso que la segunda corriente acoge la reparación civil por daño moral en virtud de violación de los deberes conyugales.

---

<sup>2</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais em relações de família, in: PEREIRA, Rodrigo da Silva. Afeto, ética e família no Novo Código Civil. Belo Horizonte, Del Rey - IBDFAM, 2004, passim.

## 2.1 Primera corriente: reparo civil por daño moral resultante de ilícito absoluto

La primera corriente que será examinada se refiere exclusivamente a los artículos 186 y 927 del Código Civil, que abordan ilícito absoluto y el derecho de resarcimiento de la víctima de tal ilícito.

*Art. 186: Aquel que, por acción u omisión voluntaria, negligencia o imprudencia, violar derecho y causar daño a otro, aunque exclusivamente moral, comete acto ilícito.*

*Art. 927: Aquel que, por acto ilícito (arts. 186 y 187), causar daño a otro, estará obligado a repararlo.*

En esa estela, se encuentra el ilícito absoluto, y el daño en consecuencia de un acto ilícito, que por fuerza de ley proporciona una indemnización. No importa la caracterización del agente del acto nocivo y tampoco a quien se constituye la figura de la víctima. No se consideran, ahí, ni las relaciones de parentesco, ni el vínculo de conyugalidad. El daño tanto puede haber sido causado por el vecino rabioso, cuanto por el marido enfurecido, y la calificación del agente como marido no altera ni para más ni para menos su obligación de indemnizar.

Al respecto, Regina Beatriz Tavares da Silva enseña que

[...] las agresiones físicas, las ofensas morales, el atentado a la vida del cónyuge, incluso por medio de contaminación de enfermedad grave y letal, como el SIDA, el abandono moral y

material del consorte, son solamente algunos ejemplos de tantas otras prácticas ofensivas y lesivas a los derechos de la personalidad. Véase que el desamor, por si sólo, no genera el derecho a la indemnización, ya que amar no es deber jurídico, inexistiendo acto ilícito en la falta de amor. Es indispensable el relleno de los presupuestos de la responsabilidad civil —acto ilícito (violación al deber conyugal) y daño (moral o material), ligados por el nexo causal—, para que quepa la reparación civil en el rompimiento del matrimonio, pero nuestro sistema jurídico torna indispensable el previo o concomitante procedimiento de separación judicial culposa, por ser la única sed en que cabe la demostración del incumplimiento de deber conyugal (Código Civil de 2002, art. 1.572, caput).

Los mismos principios se aplican a la unión estable<sup>3</sup>.

De este modo, vemos que el ilícito está siendo analizado y recibido de una forma general, pero dentro de una relación de conyugalidad, sin cualquier innovación real en su aplicación.

## 2.2 Segunda corriente: reparo civil por daño moral en virtud de violación de los deberes conyugales

La segunda posición doctrinaria admite reparación del daño cuando uno de los miembros de la pareja causa daño moral al otro en consecuencia de la violación de los deberes conyugales. De esa forma, si el marido engañó a la mujer, o viceversa, y esa infidelidad ocasionó dolor, vejación, sufrimiento, humillación que sufren a la normalidad, existe un daño moral que deberá ser indemnizado. Sin embargo, Maria Celina pregunta si el dolor, la vejación, la humillación y el sufrimiento

3 <http://www.ultimainstancia.com.br/.php?idNoticia=366>

se constituyen en elementos suficientes para su configuración jurídica. ¿Cuál es la intensidad, la duración, y cómo podrán los sentimientos de frustraciones resultantes ser verificados objetivamente?

En los Estados Unidos, donde el derecho brasileño fue buscar elementos para el daño moral, el sistema es diferente. Allá, al contrario de Brasil, el juez crea la norma que va a ser aplicada en el caso concreto, sin la necesidad de indicar la fuente legal. Aquí es muy necesario acudir a la previsión legal para su aplicación. María Celina indica los objetivos de la aplicación del daño moral en EE UU:

[...] i) punir el ofensor por su mal comportamiento; ii) evitar posibles actos de venganza por parte de la víctima; iii) desalentar preventivamente el ofensor y la colectividad de la práctica de comportamientos socialmente dañinos cuando el riesgo de ser obligado a compensar el daño no constituir remedio persuasivo lo suficiente d) remunerar la víctima por su empeño en la afirmación del propio derecho, a través del cual se consigue un refuerzo general del orden jurídico<sup>4</sup>.

Así, el daño moral se constituye en la lesión, en la violación de una de las bases que componen la dignidad humana.

[...] tenemos por dignidad de la persona humana la calidad intrínseca y distintiva de cada ser humano que lo hace merecedor del mismo respeto y consideración por parte del Estado y de la comunidad, implicando, en este sentido, un complejo de derechos y deberes fundamentales que aseguren la persona tanto

contra todo y cualquier acto de cuño degradante y deshumano, como vengan a garantizarle las condiciones existenciales mínimas para una vida sana, además de propiciar y promover su participación activa y también responsable en los destinos de la propia existencia y de la vida en comunión con los demás seres humanos. (Ingo Wolfgang Sarlet)<sup>5</sup>.

Por esto, el ser humano debe ser protegido. La dignidad de la persona humana se constituye en uno de los fundamentos de la República Federativa del Brasil, conforme la Constitución Brasileña. Todos los sectores del orden jurídico democrático tienen la dignidad de la persona humana como soporte. Por eso mismo, queda difícil, desde un enfoque hermenéutico, el delineamiento de contornos y límites del principio de la dignidad de la persona humana. Su ampliación a numerosas connotaciones trae el riesgo de generalizaciones indebidas, de ser atribuida al principio un grado tan elevado de abstracción que llegue a hacer inviable su propia aplicación.

Luiz Edson Fachin destaca la necesidad de una interpretación tópico-sistemática que lleve a una “corrección hermenéutica”<sup>6</sup> del Derecho Civil, en atención a los preceptos constitucionales de tutela y promoción de los derechos fundamentales.

En relación con esto, el Prof. Miguel Reale dice que el mundo del derecho tiene que ser visto bajo tres puntos de vista inseparables para que se tenga una visión completa de la experiencia jurídica: el punto de vista de los valores, el punto de vista de las normas y el punto de vista de los hechos<sup>7</sup>.

4 MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais em relações de família, in: PEREIRA, Rodrigo da Silva. Afeto, ética e família no Novo Código Civil. Belo Horizonte, Del Rey - IBDFAM, 2004, p. 406.

5 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição/Federal: Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

6 ídem, *Ibidem*.

7 REALE, Miguel. Os legados de Norberto Bobbio. [www.migalhas.com.br](http://www.migalhas.com.br) Migalhas de peso.

Juarez Freitas enseña que, jerarquizando, el intérprete jurídico sabe priorizar: principios, normas y valores<sup>8</sup>.

Aunque se tengan decisiones de tribunales que acojan la segunda teoría (reparación civil por violación de los deberes conyugales), la doctrina se inclina a quedarse con la primera, o sea, solo cabe reparación civil cuando hay daño —lo que no puede ser confundido con violación de los deberes conyugales—. Y el elemento diferenciador parece estar asentado exactamente en la distancia que existe entre el Derecho Civil propiamente dicho y el Derecho Civil de las relaciones de familia. Un hecho innegable es que el Derecho de Familia tiene contornos propios, reconocidos a partir del concepto de matrimonio y su naturaleza jurídica, que se aleja de un contrato puro y simple para asumir contornos de un contrato de Derecho de Familia.

En las relaciones de familia, sufrimientos, tristezas, vejaciones y humillaciones son sentimientos presentes en la vida de cada persona que compone la entidad familiar. Estos son diferentes de las lesiones a la personalidad, cárcel privado, violencia física, violencia moral, duradera humillación impuesta por una persona a otra<sup>9</sup>. Aquellos (sufrimientos y otros), por sus propias características, no proporcionan reparación civil, al paso que estos (violencia física, moral y otros), porque son ilícitos absolutos, están abrigados bajo el manto de la responsabilidad por daño moral.

En conformidad con la segunda corriente, los deberes conyugales violados proporcionan la reparación civil. De ese modo, no podrá uno de los cónyuges hurtarse a los deberes expresos

en el art. 1566 del Código Civil, so pena de sufrir proceso indemnizatorio por daño moral:

**Art. 1566. Son deberes de ambos cónyuges:**

- I fidelidad recíproca;
- II vida en común, en el domicilio conyugal;
- III mutua asistencia;
- IV mantenimiento, guarda y educación de los hijos;
- V respeto y consideración mutuos.

A este artículo, que correspondía en el Código Civil de 1916 al art. 231, fue aun añadido al Nuevo Código Civil Brasileño el Art. 1.573, que ejemplifica imposibilidades de vida en común, y abre al juzgador la posibilidad de recibir otras causas:

**Art. 1.573. Pueden caracterizar la imposibilidad de la comunión de vida la ocurrencia de alguno de los siguientes motivos:**

- I adulterio;
- II tentativa de muerte;
- III sevicia o injuria grave;
- IV abandono voluntario del hogar conyugal durante 1 (un) año continuo.
- V condena por delito infamante;
- VI conducta deshonrosa.

Párrafo único - El juez podrá considerar otros hechos que tornen evidente la imposibilidad de la vida en común.

La más férrea defensora de la teoría de la reparación civil por trasgresión a los deberes del matrimonio es la Profesora Regina Beatriz Tavares da Silva, autora de la obra Reparación civil en la separación y en el divorcio, aunque afirme que “el amor no es un

8 FREITAS, Juarez. *Interpretação sistemática do Direito*. 3ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Malheiros Editores, 2002, pp. 113-145.

9 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos morais e relações de família*, p. 409.

sentimiento exigible jurídicamente, no es un deber conyugal<sup>10</sup>.

De acuerdo con el pensamiento de Regina Beatriz,

[...] delante de grave incumplimiento de deber conyugal, que acarree daño moral o material al consorte, el ordenamiento jurídico debe asegurar al ofendido el derecho a la reparación<sup>11</sup>.

Y, en el entendimiento de la autora,

[...] la declaración de culpa no es, por lo tanto, una intervención indebida del Estado en la intimidad de la pareja, ya que la apuración de acto ilícito, en el caso de incumplimiento de deber conyugal, y la fijación de la indemnización admisible por los daños de ahí resultantes, es la tutela jurisdiccional que tiene el derecho de buscar el lesionado [...]<sup>12</sup>.

Al abordar la cuestión de la cohabitación, que podría tener como contenido también el débito conyugal, cuyo sentido es de prestación sexual, afirma la autora que débito conyugal es una expresión impropia, porque no hay deuda sexual entre los cónyuges. Por otro lado, enseña que

[...] el rechazo reiterado e injurioso cuanto a la manutención de relación sexual acarrea el incumplimiento del deber de respeto a la integridad psicofísica y a la autoestima del consorte, en los términos del art. 1.566, V y 1.724 del Código Civil de 2002<sup>13</sup>.

La defensa de tal tesis ya ha costado a la autora no solo severas críticas, lo que sería perfectamente aceptable en un universo de juristas que defienden ideas antagónicas, pero fue ella objeto de pesadas bromas, acompañadas de caricaturas que circularon por Internet, de (des)conocida autoría.

Personalmente, la autora no acepta la tesis de la eminente jurista Regina Beatriz, lo que no impide de reconocer el brillo del trabajo de esa profesora en la Universidad, abogada litigante, y su incesante investigación en la esfera científica con el objetivo de fundamentar sus teorías. En esa línea de divergencia respetuosa, Maria Celina Bodin de Moraes, tampoco acompaña a Regina Beatriz Tavares da Silva, conforme afirmó en su palestra en el IV Congreso Nacional de derecho de Familia: Mi posición sobre este tema ha sido, en gran medida, opuesta a la de la Profesora, y creo que esto representará para los presentes, y principalmente para nosotras mismas, una significativa ocasión de reflexión y aprendizaje<sup>14</sup>.

Maria Celina afirma que la solución para el incumplimiento del débito conyugal sería la separación de la pareja, en razón de la ruptura de la vida en común. Pero, si se suman a eso elementos de violencia física o moral, humillación continua delante de los hijos o de terceros, estaremos delante de un ilícito civil, punible con reparo por el daño practicado<sup>15</sup>.

Del mismo modo que la relación conyugal tiene inicio por el acuerdo de voluntades, no

10 SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Débito Conyugal, in: PEREIRA, Rodrigo da Silva. Afeto, ética e família no Novo Código Civil. Belo Horizonte, Del Rey 011IBDFAM, 2004, p. 533.

11 Ídem, p. 536.

12 Ídem, p. 537.

13 Ídem, p. 536.

14 MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais e relações de família, p. 400.

15 MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais e relações de família, p. 411.

adelanta permanecer en una unión con la que el otro no está de acuerdo. Si ya no están presentes el amor, la confianza, el respeto; el remedio jurídico es la separación.

La indemnización por incumplimiento de los deberes conyugales, al revés de traer una solución al problema existente, va a exasperar todavía más el ánimo del partícipe culpable. Estaría concretizándose, en el sentido de la palabra, la amenaza hecha por el consorte victimado: “voy a hacerlo pagar por eso”. Y hace pagos al contado!<sup>16</sup> El carácter del daño moral, en el caso, sería meramente punitivo, y jamás pedagógico. El acogimiento del daño moral en esas circunstancias “agrava el ya grave cuadro de mercantilización de las relaciones existenciales”<sup>17</sup>.

Recuerda Maria Celina Bodin de Moraes que “la victimación es una de las más tristes características de nuestro tiempo y la responsabilización excesiva es la otra cara de esa moneda”<sup>18</sup>. En cuanto a esto, afirmó Todorov, filósofo búlgaro y profesor visitante en universidades americanas, cuando apuntó el espíritu de heroísmo del americano siendo sustituido por lo ideal victimario; además destacó que siempre se busca la responsabilidad de los otros para lo que no nos va bien en la vida.

Si mi hijo se cae en la calle, la culpa la tiene la ciudad, que no hizo las aceras llanas lo suficiente [...] si hoy no soy feliz, la culpa la tienen mis padres en el pasado, de mi sociedad en el presente: ellos no hicieron lo necesario para el desarrollo de mi personalidad. La vacilación que puedo tener es saber si, para obtener la reparación, me vuelvo hacia un abogado o a un psicoterapeuta; pero, en ambos

casos, soy una víctima y no se considera mi responsabilidad<sup>19</sup>.

Para el cónyuge que ocasionó la ruptura de la sociedad conyugal, hay medidas judiciales admisibles para el reconocimiento de la culpa del otro, con las debidas sanciones. El Nuevo Código Civil mantuvo la culpa en la separación, aunque la doctrina y la jurisprudencia sigan, hasta hoy, luchando para eliminar el cuestionamiento de la culpa en la separación judicial. Así, el artículo 1.578 dispone sobre la pérdida del derecho del cónyuge culpable usar el apellido del otro, y el art. 1.694, en su párrafo único, determina que “[...] los alimentos serán apenas los indispensables a la subsistencia, cuando la situación de necesidad resulte de la culpa de aquél que los pleitea”.

Aun en la discusión de la culpa en la separación, en lo que se refiere a los alimentos, el cónyuge inocente desprovisto de recursos tendrá derecho a alimentos civiles. Y el art. 1.704 del CC todavía deja muy claro que el culpable deberá primero buscar alimentos de sus parientes, y solo en último caso, el otro cónyuge se los alcanzará y, si tiene que hacerlo, serán solo los alimentos “naturales”, en valor “indispensable a la supervivencia”.

En el análisis de la responsabilidad civil por daño ocasionado por el rompimiento del matrimonio, hay que considerar que, con el advenimiento de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 y del Código Civil, inexistente la figura del consorte hiposuficiente, y la situación de igualdad entre los cónyuges, poco a poco, en la práctica se está concretizando, y en razón de esa igualdad, hay un emparejamiento de fuerzas, con el equilibrio entre los componentes de una pareja.

16 MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais e relações de família, p. 412.

17 MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais e relações de família, p. 413.

18 Ídem, p. 400.

19 Ídem, p. 401

### **3. Reparación civil por daño moral en consecuencia de la ruptura del noviazgo**

En cuanto a la ruptura del noviazgo, hay posiciones divergentes sobre la posibilidad de reparo civil por daño moral.

Nuestro derecho precodificado, con indiscutible influencia canónica, tenía ya a finales del siglo XVIII, herencia del derecho romano, especie de cláusula penal para el caso de que no cambiaran, por ocasión del ajuste, las arras esponsalicias. El novio que renunciaba al matrimonio respondía por pérdidas y daños, pero sin exceder el perjuicio material. Asimismo con el término de la exigencia de la figura de los esponsales, permaneció en nuestro derecho una fuente generadora de probables daños morales<sup>20</sup>. Cualquiera de los novios es libre para arrepentirse y no querer casarse, hasta el momento del matrimonio. Asimismo, se entiende que la ruptura del matrimonio sin motivos pueda traer algún daño al otro novio. ¿Podrá el arrepentimiento ser compelido a reparar el perjuicio resultante de la ruptura unilateral e injustificada de la promesa de matrimonio? Si la novia adquirió ajuar, hubo alquiler de inmueble, compra de muebles, si ella presentó dimisión en su empleo en función del nuevo domicilio futuro de la pareja, entonces habría viabilidad de una acción de indemnización fundamentada en el art. 186 del CC, incluso con reparación para el daño moral.

La ruptura del noviazgo, por sí solo, no ocasiona reparación por daño moral/pensamiento predominante. El art. 1.514 del NCC destaca el elemento volitivo como componente del acto

del matrimonio. Cualquier desistencia de uno de los novios por cierto causará al otro sentimiento de sufrimiento. El libre albedrío y el sufrimiento ocasionado por una desistencia de matrimonio, confrontados, llevan a la conclusión de que prevalece el principio de la libertad, componente de la dignidad humana<sup>21</sup>.

### **4. Reparación civil por daño moral en las relaciones paterno-filiales**

Si por un lado hay casi una unanimidad respecto a la no indemnización por daños morales en virtud del matrimonio, el mismo no ocurre en relación con el resarcimiento de daños en consecuencia de las relaciones paterno-filiales. La base de la tendencia a acoger el daño moral en las relaciones paterno-filiales reside en la diferenciación de fuerzas y de poder.

Una relación de conyugalidad, hoy, debe ser marcada por la igualdad de fuerzas. Hace algún tiempo la situación no era esa.

[...] lo que históricamente determinó a las mujeres la ausencia de derechos y la sumisión al patriarcado fue una circunstancia de imposición por la fuerza, reiterada por las costumbres y por las instituciones, y al mismo tiempo endosada por el propio derecho<sup>22</sup>.

La relación paterno-filial, al contrario de la relación en la conyugalidad, está marcada por la desigualdad entre los constituyentes, vinculando la parentalidad: los hijos son más débiles; los padres son más fuertes.

20 SILVA, Américo Luís Martins da. Teoria Geral do dano moral – evolução histórica do dano moral – o dano moral no direito comparado – danos morais e direito brasileiro – reparação civil do dano moral.. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 297/298.

21 MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais e relações de família, , P. 411.

22 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, responsabilidade civil na relação paterno-filial, in PEREIRA, Rodrigo da Cunha, org. Família e cidadania. O novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte, IBDFAM, Del Rey, 2002, p. 416.

En ese sentido, Giselda Hironaka enseña que “los hijos vienen al mundo dependiendo completamente de sus padres, así permaneciendo mientras no se hacen adultos o se emancipan”<sup>23</sup>.

Regina Beatriz enseña que en las relaciones entre padres e hijos, especialmente en el ejercicio de los deberes referentes a la guarda, mantenimiento y educación, también se aplican los principios de la responsabilidad civil, de modo que el genitor que incumple deber para con los hijos y le causa daños morales o materiales a la prole, también puede ser condenado al pago de la debida indemnización. Defiende, también, que el Derecho de Familia, que regula las relaciones de los cónyuges, de las parejas y de los padres e hijos, no está en un pedestal inalcanzable por los principios de la responsabilidad civil.

Enseña aun que en un pensamiento diverso, al imaginar que pone la familia en un nivel superior, en verdad, deja de ofrecer protección a sus miembros, impidiéndoles la utilización del más relevante instrumento jurídico que garantiza condiciones existenciales de la vida en sociedad: la reparación civil de daños. Además de eso, los deberes de familia serían transformados en simples recomendaciones, sin las debidas consecuencias por su trasgresión en favorecer su incumplimiento<sup>24</sup>.

También Maria Celina acoge la responsabilidad civil en las relaciones paterno-filiales, considerándose el fundamento en la responsabilidad de los padres en relación con los hijos. La solidaridad familiar tendría un planteamiento diferenciado de aquel de la conyugalidad. La vulnerabilidad de la parte más débil —el hijo— en contraposición con

la fuerza de los padres, sería el elemento diferenciador y el soporte para el acogimiento de reparación civil por daños morales causados por los padres a los hijos.

## **5. Conclusión:**

### ***La posición de la autora***

El ilícito civil, puro y simple, por cierto es pasible de indemnización, incluso por daño moral, en las diversas esferas, hasta en la esfera de la Familia.

Sin embargo, con la debida venia de los entendimientos diversos, no me parece que ni en las relaciones de conyugalidad, ni en las relaciones paterno-filiales, que la falta de amor o la omisión de cumplimiento de deberes afectivos se preste para una indemnización por daño moral. El padre que alimenta al hijo, pero no lo visita, si es condenado a pena pecuniaria por su omisión, llevándose en cuenta el supuesto daño moral que ocasionó al hijo, será un padre que jamás volverá a acercarse a aquel hijo. Si antes ya no lo visitaba, todavía más rencoroso se quedará con la condena pecuniaria.

La condena monetaria por daño moral en consecuencia de relación afectiva no concretizada, no tiene el don de restablecer, mágicamente, el afecto y el amor que faltaban antes. El padre que no visitaba al hijo que estaba bajo la guarda materna, si condenado a pagar una indemnización al hijo porque no le acompañó en los juegos de fútbol, o a la hija porque no asistió a su presentación de ballet, no tendrá restablecido su amor por un toque de magia, ni mucho menos por un toque de bolígrafo del juzgador.

23 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, Rresponsabilidade civil na relação paterno-filial, p. 415.

24 [http://www.ultimainstancia.com.br/colunas/ler\\_noticia.php?idNoticia=366](http://www.ultimainstancia.com.br/colunas/ler_noticia.php?idNoticia=366)

No es eficaz ese remedio buscado y ya aplicado. El pago no restablece el amor. Puede ser que el amor exista y no haya sido debidamente desarrollado: o por culpa de la propia madre, que dificultaba las visitas; o por culpa de la nueva mujer del padre, que sentía celos; o por culpa de las propias circunstancias de la vida, que pueden apartar al padre geográficamente del sitio donde reside el hijo del primer matrimonio. O muchos otros motivos, que, en la mayoría de las veces, no consta en el proceso...

En las relaciones conyugales, la indemnización por daño moral tiene el aspecto meramente punitivo indemnizatorio y en ninguna hipótesis se consigue vislumbrar en la medida cualquier carácter pedagógico. Fue la pareja la que rompió la relación. El pago en dinero no va a restablecer la relación, pero sí va a pagar el daño del ofendido, que nunca más quiere ver al ofensor. De esa forma, se tiene un bien inmaterial no alcanzado (la fidelidad, o el respeto), más una punición pecuniaria/bien material por el inalcanzamiento del bien inmaterial y la ruptura de la relación; pero el resultado es exactamente el resultado esperado, pues la pareja está separada, y ni pretende más la reconciliación, ¡no tiene esperanza de volver al matrimonio!

Bien inmaterial no alcanzado  
+ punición material  
= **rompimiento del vínculo afectivo**

Infidelidad, Vejación  
+ \$\$\$\$  
= **Pareja separada**

Por otro lado, en las relaciones entre padres e hijos, ¡la situación es muy diversa! En las relaciones paterno-filiales, solamente se puede justificar el instituto si es admitido el carácter exclusivamente punitivo de la reparación por

daño moral. Sin embargo, si alguna persona pretende sostener que la imposición de pago de indemnización civil por daño moral de un padre que no visita al hijo tiene carácter pedagógico, y busca de esa forma restablecer la relación interrumpida, esa teoría no sobrevive. Pagar por la falta de amor no restablece el amor; pagar por la falta de compañía, tampoco puede restablecer el placer de convivir. El pago por el "daño" implica ruptura de la relación. Y en las relaciones paterno-filiales lo que se pretende no es la ruptura del vínculo, pero sobretodo la animación del vínculo de amor.

Bien inmaterial no alcanzado  
+ punición material  
= **¿restablecimiento del vínculo afectivo?**

Incumplimiento de visitas  
+ \$\$\$  
= **¿Restablecimiento de las visitas?**

De esa forma, considerando el objetivo diverso entre el primero y el segundo: uno de rompimiento de vínculo entre la pareja y otro de restablecimiento del vínculo entre padre e hijo, roto momentáneamente, pero no de forma definitiva como en el vínculo de la conyugalidad ¡En las relaciones paterno-filiales es un grande equívoco la condena al pago de indemnización civil por daño!

Si hubiera otro tipo de punición, si hubiera una "pena alternativa", si el padre en falta fuera condenado a visitar un orfanato, puede que sus sentimientos adormecidos o empedernidos fueran suficientemente revueltos y él pudiera dimensionar el sufrimiento de un hijo abandonado emocionalmente. Pero, imputarle un pago en dinero como forma de producir amor y atención se constituye en una forma despreciable de exigir algo que no se puede obligar. Tal vez, el padre forzado por no más ser condenado a la pena pecuniaria, vaya, sí, a buscar al hijo que lo demandó, y va a dejarlo

en su casa, en compañía apenas de una buena empleada de hogar. Al fin y al cabo, ¡el padre está “cumpliendo” la visitación! ¿Será ese el mejor remedio para su hijo?... ¿Será eso lo que quiere la Justicia?... ¿Cuál es el bien jurídico que se busca?...

Es muy propio un cuestionamiento hecho con propiedad por dos componentes del Tribunal de Justicia del Estado de Río Grande del Sur – Brasil: el Juez de Tribunal Sergio Fernando de Vasconcellos Chaves y la representante del Ministerio Público, Maria Regina Fay de

Azambuja en sus palestras, “¿y los padres pobres, que no tienen como pagar el daño moral causado, se quedarán exentos de punición?”

Y se puede, aún, preguntar: ¿La indemnización civil por daño moral es solo para los padres ricos? Si la cuestión no es de alimentos, pero de amor, atención, ¿cómo cobrar amor y atención del padre pobre, también insolvente afectivo?

Y, finalmente... ¿El amor se cobra?... ¿O el Rezar y el Amar, no se pueden obligar?...

***¡Es bueno empezar a pensar!***



# VERDADES SOBRE LA AUTORIDAD PARENTAL

Carlos E. Valverde Granados  
Juez de familia de Heredia

## MOTIVACIÓN

En los diferentes textos doctrinarios, como en instrumentos legales, se encuentra un distorsionado entendimiento de la autoridad parental; pero, dada la amplia gama de interpretaciones que la doctrina y los(as) juristas dan a un instituto tan importante como este, conviene analizarlo desde otra óptica, tratando de dar una mirada sencilla y clara, a fin de erradicar algunos conceptos errados que se han venido sosteniendo a lo largo del tiempo, sobre lo que es y comprende dicha figura jurídica de tan marcada importancia y de uso diario. Esto obliga a dedicarle un espacio para así clarificar la diferencia en lo que normalmente se entiende bajo conceptos errados a la realidad de las cosas, sobre todo, por los avances que en la historia han surgido, que llevan a determinar que se ha operado bajo una marcada contradicción que a la postre, lejos de dar solución a un conflicto, lo mantienen y con mayor confusión.

Se iniciará conceptualizando la figura jurídica en cuestión, para luego hacer una reseña histórica sobre por qué y de dónde surgió.

## CONCEPTO

La Autoridad Parental es definida como el conjunto de deberes y derechos que corresponde tanto al padre como a la madre sobre los(as) hijos(as) y sus bienes; con el fin de buscar su protección y formación integral, desde el momento en que son concebidos(as) y hasta que alcancen su emancipación. Tiene por objeto servir como instrumento de satisfacción de los intereses de las personas menores de edad, para que logren integrarse a una vida plena con un desarrollo adecuado de sus personalidades.

## ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Para el Derecho Romano, la autoridad parental tenía una concepción diametralmente opuesta a lo que opera hoy en día, en virtud de que era un poder ejercido por el jefe de la familia sobre todas las personas que formaban el núcleo familiar sin distinción, se encontrarán casados o no, incluyendo a los descendientes, mujeres casadas con los hijos, adoptados y arrogados<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Arrogación: En Roma, se denominaba así la adopción de personas "*sui juris*". Era el acto de prohijar, o recibir como propio al(a) hijo(a) ajeno(a) que no estaba bajo la patria potestad, por haber salido de ella o por no tener padre. Diccionario Jurídico Elemental. Guillermo Cabanellas Torres, pág. 39, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, República de Argentina, 16ª edición 2003.

El “*pater familiae*” podía juzgar y castigar a todas estas personas con derecho a disponer libremente sobre su vida y muerte. También podía enajenarlos(as), abandonarlos(as), exponerlos(as), entregarlos(as) en noxa<sup>2</sup> a la víctima del delito cometido. Los derechos a la vida y de abandono desaparecen en la época imperial, para pasar a manos de los funcionarios competentes. Por su parte, el derecho a venta se atenuó desde las XII Tablas, limitado en la imperial y se extinguió en la justiniana, época en la que se abolió el de noxa a la víctima del delito cometido.

Referente a los aspectos patrimoniales, en principio solo el padre era titular de esos derechos, pero ello durante el transcurso del tiempo, fue sufriendo modificaciones suavizantes, y en protección a los(as) sometidos(as) a ese régimen.

## JUSTIFICACIÓN

Primero que todo, hay que hacer énfasis que desde vieja data, se dio la modificación al término de Patria Potestad por lo que correctamente se debe llamar **Autoridad Parental**, precisamente porque las concepciones que envuelve cada término llevan a una distinción sobre la naturaleza jurídica que cada uno pronuncia y la explicación de ese errado término proviene del poder que tenía el padre en los inicios de la historia, que es muy diferente a lo que opera hoy en día. Pese a ello, nuestro Código de Familia, algunos pronunciamientos jurisdiccionales y administrativos, y demás instrumentos

legales y doctrinales siguen manteniendo la identificación como patria potestad.

## ÁMBITO DE DISCUSIÓN

Este es un tema de constante discusión en el ámbito jurisdiccional, administrativo y notarial, pues mientras hayan hijos(as) menores de edad, en cualquier pronunciamiento que se haga, siempre debe llevar un aparte dedicado a ese tema; por ejemplo en los divorcios litigiosos, separaciones judiciales, divorcios por mutuo acuerdo, separaciones por mutuo acuerdo, nulidad de matrimonio, y modificación, suspensión y extinción de la autoridad parental, o de alguno de los atributos que la componen.

## ELEMENTOS

Esta figura jurídica cuenta con los elementos integrantes de su contenido: **la titularidad y el ejercicio**. En este caso, la primera es la condición de destinatario(a) de esos derechos-deberes que corresponde exclusivamente a los progenitores y se caracteriza por ser irrenunciable, intransferible e indivisible; mientras que el segundo corresponde concretamente a la facultad de actuar, que a diferencia de la titularidad, puede corresponder a solo uno o a los dos progenitores simultáneamente, todo según las situaciones, circunstancias o conveniencia de las personas menores de edad. Este ejercicio es traducido en la ejecución de atributos derivados de esa autoridad como la guarda, crianza, educación, administración de bienes y visitas.

---

2 NOXA: “Término anticuado equivalente a daño resultante de un delito. Dimisión del esclavo o del animal que hubiesen causado un daño, hecho que en el Derecho Romano, eximía de responsabilidad al dueño de aquel o al amo de este; abandono que se denomina “noxa deditio”, hecho por el cabeza de familia a favor de la víctima del delito, que ejercía un verdadero derecho sobre el culpable, facultad nacida del hecho delictivo y a título de castigo por la falta o daño. Derecho que la víctima de un delito poseía, traducido en el castigo del culpable, o en el culpable mismo, para su empleo o venganza. Delito cometido por una persona”. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo V, 21 Edición, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, República de Argentina.

## COMPONENTES

Producto de la reiterada confusión o errada interpretación a que se hace referencia líneas atrás, no solo en lo relativo el término, sino también en cuanto a los atributos que la componen, se hace necesario recurrir al numeral 140 del Código de Familia, el cual es claro al señalar que a los padres –en el entendido de que incluye a las madres- les corresponde: 1) **regir** a los(as) hijos(as), 2) **protegerlos(as)**, 3) **administrar sus bienes** y 4) **representarlos(as) legalmente**. Por su parte, el numeral 143 del mismo cuerpo de leyes hace un listado más amplio, toda vez que aparte de señalar que son derechos-deberes de los progenitores, agrega educar, guardar, vigilar, corregir en forma moderada a los(as) hijos(as). A su vez, el artículo 145 ibídem refiere directamente a la administración de sus bienes, aclarando que ese derecho-deber es parte de la Autoridad Parental, con excepción de los bienes heredados, legados o donados; si ha habido disposición expresa o tácita del(a) testador(a) o donante, porque aquí se recurre al nombramiento de un(a) administrador(a).

La Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, al resolver una acción de inconstitucionalidad planteada contra el antiguo numeral 156 del Código de Familia<sup>3</sup>, en sus “considerandos” hace referencia a la Autoridad Parental, sin que se analice cada uno de sus componentes por separado, pero si se rescata que en el “considerando IV” dice:

[...] Que el reconocimiento del padre o la madre haya sido producto de una declaratoria administrativa o judicial, no es motivo suficiente para excluirlos sin más del **ejercicio de los derechos que derivan de la patria potestad** [...] a través de una modificación del régimen

de guarda y crianza, o de la terminación de la patria potestad [...] (Lo resaltado no es del original).

Como vemos, primeramente señala que la “patria potestad” se desgrana en derechos y, en la segunda parte, si bien es cierto parece llevar a la confusión apuntada, se podría entender que se está dando un ejemplo, en el sentido de que podría llevar, incluso, a la modificación del ejercicio de la guarda y crianza y, por el otro lado, a la terminación del ejercicio de todos los atributos que la conforman.

Ahora bien, el verdadero aporte que se logra de esa resolución para esta tesis, la viene a dar precisamente el voto salvado por la Magistrada Ana Virginia Calzada M. y el Magistrado Fernando Cruz C., cuando expresamente señalan:

[...] **Recordemos los atributos que implica la patria potestad: guarda, crianza, educación, representación y administración de bienes del menor** [...]

No obstante, dejan de lado LAS VISITAS, pues no las incluyen, y debemos tener claro que ellas forman parte del ejercicio de dicha figura jurídica, por lo que necesariamente deben tomarse en cuenta como tal.

Lamentablemente, es común encontrar un equivocado entendimiento de la figura jurídica en cuestión, en virtud de que se habla y se entiende que una cosa es la guarda, crianza y educación y otra es la Autoridad Parental, pues es reiterado encontrar en los testimonios de escritura de convenios de divorcio y separación judicial por mutuo acuerdo, la indicación que “la guarda, crianza y educación le corresponde a la madre y la patria potestad

3 Voto n.º 2006-012019 de las 16:30 hrs. del 16 de agosto de 2006.

será compartida". Lo más grave del caso, es que también existen sendas sentencias judiciales en esa misma dirección, lo que lleva a una marcada contradicción, pues si por un lado se indica que esos tres atributos le corresponden a la madre, por el otro, se dispone que la autoridad parental es compartida, sin hacerse la debida exclusión de esos tres componentes. La solución es muy sencilla, tan solo se debe indicar que si esos tres atributos le corresponden exclusivamente a la madre, entonces "los demás serán compartidos por ambos progenitores", y así no se cae en contradicciones.

Ese error pareciera obedecer precisamente a la situación que se ha venido reseñando a lo largo de esta exposición, pero con un agravante más, y es el hecho de que abiertamente se confunde la representación como una figura aparte de la autoridad parental. Podría entenderse que ese error radica por lo pronunciado en el numeral 152 del Código de Familia, toda vez que señala lo siguiente:

[...] el Tribunal, tomando en cuenta primordialmente el interés de los hijos menores, dispondrá, en la sentencia, todo lo relativo a la **patria potestad, guarda, crianza y educación de ellos, administración de bienes y adoptará las medidas necesarias concernientes a las relaciones personales entre padres e hijos y los abuelos de éstos [...]**

Como podemos ver, dicha norma lleva a entender que la patria potestad, o mejor dicho, la Autoridad Parental es distinta a la guarda, crianza, educación, administración y visitas, pero es obvio que es propio de un error de redacción.

Desde que una persona unida en matrimonio decide libremente tener relaciones sexuales sin protección, está asumiendo las consecuencias que ello provoque, y para el caso, sería el de procreación, y por supuesto, debe asumir las obligaciones y responsabilidades que ello conlleva. Ahora bien, si los progenitores de la persona menor de edad se encuentran unidos en matrimonio y surge el rompimiento de ese vínculo, independientemente si nos encontramos ante una causal sanción o causal remedio, no se le debe librar al padre de esas consecuencias.

Por culpa de mitos, roles y estereotipos equivocados, se ha entendido que las mujeres son las que deben asumir toda la carga de la prole y lo peor del caso es que la mayoría de los(as) ciudadanos(as) lo asumen como una obligación por su condición de mujer y madre. Esto lleva a colocar al hombre en el plano de un simple proveedor; posición que le resulta cómoda al quedar liberado del resto, lo que no parece ser justo para los(as) hijos(as).

En buena línea, podría entenderse o definirse que cualquiera de los progenitores conserve la guarda, pues es claro que deben quedar bajo el cuidado de alguno de los dos; pero parece irresponsable dejar librado al otro de su obligación de vigilar por la crianza, educación, administración de bienes y visitas, que en definitiva, es un derecho que tienen los menores de edad, de que ambos progenitores velen por sus intereses, a efecto de lograr personas sanas y estables, física y emocionalmente, salvo situaciones de excepción que impiden legalmente que un padre o una madre cumpla con el ejercicio de alguno o todos los atributos mencionados, en protección del interés superior de las personas menores de edad.

## **CONCLUSIÓN**

De lo anterior, se logra determinar que en definitiva, son dos cambios a los que se debe apuntar: el primero en la nomenclatura utilizada y el segundo, en cuanto entender que no se debe aislar la guarda, crianza y educación de la autoridad parental porque estas tres forman parte de la primera, además de la administración de bienes y las visitas.

## **BIBLIOGRAFÍA**

**BELLUSCIO** (Augusto César) "Manual de derecho de familia", Tomo 2, 8ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2006.

**TREJOS SALAS** (Gerardo Alberto) "Derecho de Familia Costarricense", Tomo II, 1ª edición, San José, Editorial Juricentro, 1999.





# ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO DE FAMILIA

*Licda. Shirley Víquez Vargas  
Jueza de Familia y Penal Juvenil de Nicoya*

## ***Ideas introductorias***

Las presentes notas tienen como punto de partida el artículo 96 del Código de Familia, reformado por el artículo 3 de la Ley n.º 8101 del 16 de abril de 2001, más conocida como Ley de Paternidad Responsable, sobre declaración de paternidad y reembolso de gastos a favor de la madre. En este sentido, nos centraremos en el análisis de los llamados gastos de maternidad y embarazo, alimentos retroactivos, y trataremos de definir si son pretensiones presuntas que necesariamente deben otorgarse de oficio, así como la interpretación que le damos al numeral supracitado.

## ***El artículo 96 del Código de Familia***

El numeral citado reza lo siguiente:

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 durante los doce meses posteriores al nacimiento. Estos rubros tendrán un plazo de prescripción de diez años.

En todo caso, declarada la paternidad, la obligación alimentaria del padre respecto de la hija o el hijo se retrotraerá a la fecha de presentación de la demanda y se liquidará en el proceso alimentario correspondiente, mediante el trámite de ejecución de sentencia.

Cuando la declaración de paternidad se realice mediante el trámite administrativo ante el Registro Civil, el reembolso de los gastos aludidos en el párrafo primero se tramitará en el proceso alimentario correspondiente.

Para asegurar el pago de pensiones retroactivas, el órgano jurisdiccional competente en materia de alimentos, al dar curso al proceso, decretará embargo de bienes contra el demandado, por un monto prudencial que cubra los derechos de las personas beneficiarias. Dicho embargo no requerirá depósito previo ni garantía de ningún tipo.

El párrafo primero hace referencia a aquellos procesos Especiales de Filiación (Declaraciones de Paternidad) que hayan sido resueltos con lugar por parte de un juez de lo familiar, en donde se declare que determinada persona es hijo o hija de la parte demandada y por ende tiene derecho a ser alimentado(a) por esta y a sucederle "ab intestato". El asunto está en que el párrafo transcrito indica como una posibilidad del juzgador, el condenar a la parte accionada a reembolsarle a la madre los gastos de embarazo y maternidad durante los doce meses posteriores al nacimiento del(a) hijo(a).

Al indicarse que el juez "podrá", pareciera que se hace referencia a una discreción, potestad o facultad; es decir, un poder procesal que el legislador le concede al juez para que, si lo tiene a bien, este condene al padre al reembolso de los rubros de embarazo y maternidad incurridos por la madre con motivo de su estado de gravidez. Sin embargo, el Tribunal

de Familia ha aclarado la oscuridad de la palabra “podrá”, criterio con el que coincidimos, y ha indicado que debe interpretarse como la posibilidad del juez de concederlos, aún de oficio, no de rechazarlos cuando hay pedido expreso de la parte actora y ninguna prueba de que el padre se hubiera descargado de su obligación contribuyendo con los gastos que esa condición generó en su momento.<sup>1</sup>

Ahora bien, debe prestarse atención a los parámetros que fijó el legislador para poder determinar la cuantía o fijación de los gastos de maternidad y embarazo. Según el numeral citado, estos rubros se deben reembolsar según principios de equidad. Pero, ¿qué es la equidad? Pareciera que es un término que puede tener diversas interpretaciones así como hay juzgadores, por eso es importante tomar en cuenta que la materia familiar tiene regulaciones prudenciales a las que debe acudir para resolver este tema.

Todas las necesidades que genere una mujer con motivo de su maternidad y embarazo resultan ser hechos evidentes y, como se sabe, este tipo de hechos no requieren prueba porque, partiendo de principios como la lógica y la experiencia humana, no podría suceder de otra forma diversa.<sup>2</sup> Es obvio que una mujer en estado de gravidez requiere de ciertos cuidados propios de su situación, como por ejemplo: alimentarse mucho mejor para fortalecerse ella misma y al bebé que se está

formando en su vientre; necesita vitaminas, ácido fólico, hierro, atención médica periódica para poder determinar si el niño o niña crece con buena salud, exámenes de sangre, orina, y con el parto y posterior al nacimiento se generan muchas necesidades como ropa, calzado, leche especial, mantillas o pañales, cremas y otros más.

Como hechos notorios que son, los gastos de maternidad y embarazo no necesitan ser demostrados por medio de documentos como facturas ni siquiera por pruebas periciales<sup>3</sup>, incluso cuando su liquidación —la cual debería ser obligatoria para poder determinar si los rubros que se solicitan forman o no parte de gastos de maternidad y embarazo<sup>4</sup>— se considera razonable, es posible concederlos analizándolos por medio de la sana crítica racional y por supuesto justipreciando las necesidades y las posibilidades de quien esté obligado, bajo principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Según la norma, los gastos de maternidad y embarazo se conceden a la madre por el periodo comprendido durante los doce meses posteriores al nacimiento del hijo o hija y tienen un plazo de prescripción de diez años. Este periodo de prescripción debe correlacionarse con los artículos 874, 878 y 879 del Código Civil<sup>5</sup> y empieza a correr a partir de la firmeza de la sentencia que declara la paternidad.<sup>6</sup> Al respecto el Tribunal de Familia ha manifestado lo siguiente:

1 Entre otros: TRIBUNAL DE FAMILIA, Voto n.º 1457 de las 14:30 horas del 27 de setiembre de 2005 y 1489-06 de las 10:10 horas del 20 de setiembre de 2006.

2 Al respecto puede consultarse el Voto del TRIBUNAL DE FAMILIA n.º 726-02 de las 10:15 del 30 de mayo de 2002.

3 Puede consultarse, entre otros: TRIBUNAL DE FAMILIA Voto n.º 1026 de las 15:00 horas del 12 de julio de 2006 y n.º 948 de las 10:00 horas del 29 de junio de 2006.

4 Puede consultarse: TRIBUNAL DE FAMILIA, Voto n.º 1556-06 de las 10:50 horas del 27 de setiembre de 2006.

5 Puede consultarse: SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto n.º 204-2005 de las 10:10 horas del 15 de marzo de 2005.

6 Puede consultarse: TRIBUNAL DE FAMILIA Voto n.º 524 de las 11:50 del 05 de mayo de 2005, n.º 1143-03 de las 11:10 horas del 20 de agosto de 2003, n.º 2019-04 de las 11:20 horas del 16 de noviembre de 2004, n.º 1693-04 de las 8:20 horas del 29 de setiembre de 2004.

II.- Ahora bien en punto a los gastos que contempla el ordinal 96 del Código de Familia cabe aclarar, a efectos de establecer plazos de prescripción que en la especie el mismo empieza a cubrir una vez que se establezca la existencia de nexos biológicos, entre las partes o sea a partir de la declaratoria de paternidad [...].<sup>7</sup>

La jurisprudencia del Tribunal de Familia ha indicado que los gastos de maternidad y embarazo son una especie de “deuda civil”.<sup>8</sup> Consideramos que llamarle deuda civil es un poco aventurado debido a que no solo este tipo de deuda existe, podríamos decir que se trata de una “deuda familiar” por la especialidad de la materia; asimismo, creemos que este tipo de gastos no son alimentos debido a que la naturaleza de la pretensión que los origina es distinta a los alimentos comunes, incluso, no son susceptibles de ser cobrados por la vía del apremio corporal<sup>9</sup> y además son rubros que se conceden directamente a la madre, quien tiene la facultad de renunciar a ellos, por lo tanto constituyen un derecho disponible, contrario a lo que sucede con los alimentos provisionales o definitivos para personas menores de edad. En cuanto a los alimentos retroactivos a la fecha de presentación de la demanda especial de filiación, resulta que estos son simple consecuencia legal de la declaración de paternidad, de allí que sean pretensiones implícitas, pues la filiación se adquiere desde que nace una persona y no da la letra de la ley al juez, ninguna facultad de apreciación en cuanto a la oportunidad de esa retroacción;<sup>10</sup> sin embargo, una vez que haya sido declarada la paternidad de una persona menor de edad, estos alimentos se cobran por medio

de ejecución de sentencia ante el juez de pensiones alimentarias.

Cuando la declaración de paternidad se realice mediante el trámite administrativo ante el Registro Civil, en aplicación de la Ley de Paternidad Responsable, el cobro de los gastos de maternidad y embarazo, así como los alimentos retroactivos, se deberán gestionar ante el Juzgado de Pensiones Alimentarias y será el juzgador especializado quien deberá tomar en cuenta el momento en que inicia el trámite administrativo y el momento en que se presente la demanda para poder realizar, con base en criterios proporcionales y racionales, una fijación adecuada al caso concreto.

Debe tenerse cuidado en no asimilar el trámite de reconocimiento voluntario de un hijo o hija menor de edad ante el Registro Civil, con el que señala el párrafo tercero del artículo 96 del Código de Familia, pues en este último caso, al no existir una sentencia que haya declarado la paternidad, no es posible tramitar el cobro de alimentos retroactivos ni gastos de maternidad y embarazo por medio de la vía alimentaria; pues el conocimiento correcto en estos asuntos se debe realizar por la vía ordinaria familiar, la cual permite todo un amplio contradictorio y ofrecimiento de pruebas que al final debe analizar el juez para determinar su procedencia.

El Código de Familia previó la posibilidad de que el juez de pensiones alimentarias pueda utilizar medidas cautelares compulsivas para hacer efectivo el pago de los alimentos retroactivos y también debe ampliarse la interpretación a los gastos de maternidad y embarazo a que se refiere el párrafo tercero del artículo.

7 TRIBUNAL DE FAMILIA, Voto n.º 1671 de las 11:00 horas del 19 de octubre de 2006.

8 TRIBUNAL DE FAMILIA Voto n.º 1169 de las 08:25 horas del 09 de agosto de 2006.

9 Consúltese TRIBUNAL DE FAMILIA Voto n.º 1835 de las 10:30 horas del 03 de noviembre de 2004.

10 Véase TRIBUNAL DE FAMILIA, Voto n.º 1489-06 de las 10:10 horas del 20 de setiembre de 2006.

Las pensiones retroactivas, al ser alimentos derivados de la declaratoria de paternidad, se pueden cobrar por embargo de bienes o de salario de la parte ejecutada y sin rendición de garantía de ningún tipo; lo cual es totalmente acorde con los principios de gratuidad que regulan la materia familiar y también con principios de justicia social costarricense, donde algunas mujeres se ven compelidas a demandar para poder determinar una filiación paterna a su hijo o hija y sería ilógico obligarlas a depositar garantía por las medidas coactivas que soliciten en este tipo de procesos. No está prevista la posibilidad de cobrarlos por medio de apremio corporal.

Tal cual se indicó antes, para ejecutar los gastos de embarazo y maternidad no está previsto en la normativa, como medio de cobro, el apremio corporal pero ello no obsta para que el juez de lo familiar o de pensiones alimentarias pueda ordenar embargo de bienes o salarios.

## ***Conclusiones***

La normativa familiar ha planteado la posibilidad de que la madre realice el cobro de los gastos que se originaron con motivo de su maternidad y embarazo, estos rubros constituyen pretensiones presuntas que debe

resolver el juzgador, de oficio, lo cual no violenta el principio de congruencia, cuando dicta la sentencia de un Proceso Especial de Filiación (Declaración de Paternidad), o bien, cuando así se le soliciten al juez de pensiones alimentarias, si la declaración de paternidad se realizó por medio de la vía administrativa en aplicación de la Ley de Paternidad Responsable.

Para cuantificar los gastos de maternidad y embarazo no es necesario el ofrecimiento de prueba documental o el nombramiento de un perito, el juez puede determinarlos tomando en cuenta la equidad, reglas de la sana crítica racional y aspectos subjetivos propios del estilo de vida de las partes y sus condiciones socioeconómicas.

Los gastos de maternidad y embarazo no son deudas alimentarias, dichos rubros son derechos disponibles por la madre a quien se le conceden con motivo de su especial estado de embarazo y sus derivaciones lógicas. No se cobran por medio de apremio corporal.

Los alimentos retroactivos también son pretensiones presuntas que se ejecutan en la vía alimentaria por medio de embargo de bienes o salarios. Tampoco se cobran por medio de apremio corporal.