



ESCUELA DE DERECHO

**TESIS PARA OPTAR POR LA MODALIDAD DE
GRADUACIÓN DE LICENCIATURA EN DERECHO**

TEMA DE TESIS:

“Análisis jurídico de la filiación paterna con perspectiva en la equidad de género, en Costa Rica. Limitaciones al reconocimiento de la filiación paterna como obstáculo al interés superior del niño y el derecho de identidad, así como a los derechos de la autoridad parental de los hombres.”

ESTUDIANTE:

Roger Ivan Serrano Montoya

TUTOR:

Licenciado Mario Zúñiga Morales

FECHA:

Setiembre , 2022

DECLARACIÓN JURADA

Yo Roger Serrano Montoya, mayor de edad, portador de la cédula de identidad número 110170785, egresado de la carrera de Derecho de la Universidad Hispanoamericana, hago constar por medio de éste acto y debidamente apercibido y entendido de las penas y consecuencias con las que se castiga en el Código Penal el delito de perjurio, ante quienes se constituyen en el Tribunal Examinador de mi trabajo de tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho, juro solemnemente que mi trabajo de investigación titulado: "Análisis jurídico de la filiación paterna con perspectiva en la equidad de género, en Costa Rica. Limitaciones al reconocimiento de la filiación paterna como obstáculo al interés superior del niño y el derecho de identidad, así como a los derechos de la autoridad parental de los hombres.", es una obra original que ha respetado todo lo preceptuado por las Leyes Penales, así como la Ley de Derecho de Autor y Derecho Conexos número 6683 del 14 de octubre de 1982 y sus reformas, publicada en la Gaceta número 226 del 25 de noviembre de 1982; incluyendo el numeral 70 de dicha ley que advierte; artículo 70. Es permitido citar a un autor, transcribiendo los pasajes pertinentes siempre que éstos no sean tantos y seguidos, que puedan considerarse como una producción simulada y sustancial, que redunde en perjuicio del autor de la obra original. Asimismo, quedo advertido que la Universidad se reserva el derecho de protocolizar este documento ante Notario Público.

En fe de lo anterior, firmo en la ciudad de Heredia, a los nueve días del mes de setiembre del año dos mil veintidós.

ROGER SERRANO
MONTROYA
(FIRMA)



Firmado digitalmente por
ROGER SERRANO MONTROYA
(FIRMA)
Fecha: 2022.09.09 16:24:36
-06'00'

Firma del estudiante

Cédula: 110170785

CARTA DEL TUTOR

Heredia, 09 de setiembre del 2022

Piero Vignoli Chesler
 Director de Carrera de Derecho
 Universidad Hispanoamericana

Estimado señor:

El estudiante ROGER SERRANO MONTOYA, cedula de identidad 110170785, me ha presentado, para los efectos de revisión y aprobación el trabajo denominado *"Análisis jurídico de la filiación paterna con perspectiva en la equidad de género, en Costa Rica. Limitaciones al reconocimiento de la filiación paterna como obstáculo al interés superior del niño y el derecho de identidad, así como a los derechos de la autoridad parental de los hombres."*, el cual ha elaborado para optar por el grado académico de Licenciado en Derecho.

En mi calidad de tutor, he verificado que se han hecho las correcciones indicadas durante el proceso de tutorías y he evaluado los aspectos relativos a la elaboración del problema, objetivos, justificación, antecedentes, marco teórico, marco metodológico, tabulación, análisis y conclusiones.

De los resultados obtenido por el postulante, se obtiene la siguiente calificación:

a)	ORIGINALIDAD DEL TEMA	10%	10%
b)	CUMPLIMIENTO DE ENTREGA DE AVANCES	20%	20%
c)	COHERENCIA ENTRE LOS OBJETIVOS, LOS INSTRUMENTOS APLICADOS Y LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACION	30%	30%
d)	RELEVANCIA DE LAS CONCLUSIONES	20%	20%
e)	CALIDAD, DETALLE DEL MARCO TEORICO	20%	20%
	TOTAL		100%

En virtud de la calificación obtenida, se avala el proceso de lectura.

Atentamente

MARIO ALBERTO ZUÑIGA MORALES (FIRMA)
 Firmado digitalmente por
 MARIO ALBERTO ZUÑIGA
 MORALES (FIRMA)
 Fecha: 2022.09.09
 15:59:09 -06'00'

MARIO ALBERTO ZUÑIGA MORALES

CARTA DEL LECTOR



San José, 10 de noviembre de 2022

Director de Carrera
Facultad de Derecho
Universidad Hispanoamericana

Estimado señor:

Quien suscribe, German Salazar Santamaria, mayor, Abogado y Notario, portador de la cédula de identidad 1-0865-0462, en mi condición de Lector del Trabajo final de Graduación denominado "Análisis jurídico de la filiación paterna con perspectiva en la equidad de género, en Costa Rica. Limitaciones al reconocimiento de la filiación paterna como obstáculo al interés superior del niño y el derecho de identidad, así como a los derechos de la autoridad parental de los hombres.", lectura del proyecto de graduación del estudiante: **Roger Ivan Serrano Montoya**, para optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho, me permito manifestar lo siguiente:

	ORIGINAL DEL TEMA	10%	10%
	CUMPLIMIENTO DE ENTREGA DE AVANCES	20%	20%
	COHERENCIA ENTRE LOS OBJETIVOS, LOS INSTRUMENTOS APLICADOS Y LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACION	30%	30%
	RELEVANCIA DE LAS CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	20%	20%
	CALIDAD, DETALLE DEL MARCO TEORICO	20%	20%
	TOTAL		100%

En virtud de la calificación obtenida, se avala la etapa posterior de defensa.

Atentamente,

GERMAN ENRIQUE SALAZAR SANTAMARIA (FIRMA)

Firmado digitalmente por GERMAN ENRIQUE SALAZAR SANTAMARIA (FIRMA)
Fecha: 2022.11.10 15:08:33 -06'00'

Lic. German Salazar Santamaria

Lector

AUTORIZACIÓN DE PUBLICACIÓN

UNIVERSIDAD HISPANOAMERICANA
CENTRO DE INFORMACION TECNOLOGICO (CENIT)
CARTA DE AUTORIZACIÓN DE LOS AUTORES PARA LA CONSULTA, LA
REPRODUCCION PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA
DE LOS TRABAJOS FINALES DE GRADUACION

Heredia, 19 de diciembre 2022

Señores:
Universidad Hispanoamericana
Centro de Información Tecnológico (CENIT)

Estimados Señores:

El suscrito **ROGER SERRANO MONTOYA** con número de identificación **110170785** autor (a) del trabajo de graduación titulado *"Análisis jurídico de la filiación paterna con perspectiva en la equidad de género, en Costa Rica. Limitaciones al reconocimiento de la filiación paterna como obstáculo al interés superior del niño y el derecho de identidad, así como a los derechos de la autoridad parental de los hombres."* presentado y aprobado en el año **2022** como requisito para optar por el título de **LICENCIATURA EN DERECHO**; si autorizo al Centro de Información Tecnológico (CENIT) para que, con fines académicos, muestre a la comunidad universitaria la producción intelectual contenida en este documento.

De conformidad con lo establecido en la Ley sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos N° 6683, Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica.

Cordialmente,

ROGER
SERRANO
MONTOYA
(FIRMA)

Firmado digitalmente
por ROGER SERRANO
MONTOYA (FIRMA)
Fecha: 2022.12.19
09:56:36 -06'00'

110170785

Firma y Documento de Identidad

DEDICATORIA

Dedico este proyecto de tesis a mi esposa Natalia González León, quien, con su amor, esfuerzo, dedicación, me ayuda día con día a salir a delante.

A mis hijos Kassandra, Gabriel y Montserrat por darme una luz que nunca se apaga y enseñarme que en las pequeñas diferencias está el verdadero disfrute de la vida.

A mi madre Cinda Montoya Gutierrez (Q.D.D.G.), por enseñarme a vivir de colores, el valor de la vida y de las personas, por regalarme la mejor enseñanza “el valor de un trago de agua”.

AGRADECIMIENTOS

A mi Dios, que me enseñó que la vida está llena de obstáculos, pero con su ayuda divina podemos sortearlos y salir a delante.

“Gracias por lo que soy y por lo que no soy, por lo que tengo y por lo que no tengo, por haber nacido donde he nacido, por tener la familia y los amigos que tengo, por todo lo que aprendo y por lo que no entiendo, por sentir, por recordar, por olvidar, por querer y ser querido, por lo que rio, por lo que lloro y por estar vivo. Porque más que pedirte tengo que agradecerte. Más que temer tengo que confiar. Más que quejarme tengo que disfrutar, de lo que Tú me has dado.

Índice

MARCO METODOLOGICO. El problema de la investigacion	11
1.1 Introducción.....	12
1.2 Problematización.....	13
1.3 Formulacion del problema.....	14
1.4 Objetivos de la investigacion	14
1.4.1 Objetivo general.....	14
1.4.2 Objetivos específicos.....	14
1.5 Metodologia	15
1.5.1 Enfoque.....	15
1.5.2 Tipo de investigación	15
1.5.3 Fuentes e instrumentos de investigación	16
1.5.4 Estructura de la investigación.....	16
CAPITULO 1. La familia como enfoque distintivo de aplicar el derecho.	19
1.1. Concepto de familia	20
1.2. Definición familia.	21
1.3. Clases de familia.	24
1.4. Relaciones de familia.....	28
CAPITULO 2. El parentesco.....	37
2.1. Concepto.....	39
2.2. Fuentes del parentesco.....	41
2.3. Clases de parentesco	41
2.4. Relación de parentesco.....	42
2.5. Efectos del parentesco	45
2.6. Parentesco y parentalidad	46
2.7. El parentesco en las parejas del mismo sexo.....	48
CAPITULO 3. La filiacion	50
3.1. Concepto de filiacion.....	53
3.2. Determinacion de la filaicion	58
3.3. Tipos de filiación	59

3.4. Elementos de la filiacion.....	63
3.5. Efectos de la filiacion	65
3.7. Principios Constitucionales Aplicables a la Figura de la Filiación	67
3.8. Título de estado de filiación	75
3.9. Formas de adquirir la filiación.....	76
3.10. Acciones de Filiación	85
3.11. Características de las acciones de filiación	86
CAPITULO 4. Procesos para adquirir la filiación.....	87
4.1. Modos determinar la filiacion	89
4.3. Formas de adquirir la filiacion.....	91
Presunciones relativas a la fecha de concepción.....	93
4.3. Acciones que nacen de la filiacion matrimonial, acciones ante la “presunción pater is est”	96
4.4.1. Clases de acciones.....	99
4.5. Filiación no matrimonial.....	106
4.6. Filiacion adoptiva.....	118
4.7. Filiacion producto de la procreación artificial o procreación médicamente asistida 120	
CAPITULO 5. El derecho a la identidad y el interes superior del menor.....	125
5.1. Nacimiento de la identidad.....	127
5.2. Vertientes en el derecho a la identidad.....	131
5.3. Identidad y derecho.....	133
5.4. El derecho a la identidad.....	134
5.5. El derecho a la identidad en relación con la filiación	147
5.6. Respecto al derecho a la identidad. ¿Cómo debe ser la normativa de familia?	153
CAPITULO 6. Autoridad parental en el interés superior del menor.....	156
6.1. Concepto de la autoridad parental.....	158
6.2. Contenido de la autoridad parental.....	160
6.3. Características de la autoridad parental	161
6.5. Termino de la autoridad parental	162
6.4. “Situación irregular” y “protección integral” en la autoridad parental y la actualizacion del derecho de familia en costa rica.....	163

6.6. El interés superior de los niños y las niñas y la autoridad arental	167
CAPITULO 7. Familia, genero y filiacion (punto de unión entre los conceptos familia- equidad-igualdad)	174
7.1. Igualdad como aspecto general en la humanidad.....	176
7.2. Igualdad formal en el derecho	178
7.3. Misión No Discriminación	180
7.4. Diferenciación y discriminación	181
7.5. Igualdad sustancial.....	184
7.6. Discriminación y principio de igualdad jurídica	186
7.7. Igualdad y familia.....	190
CONCLUSIONES	197
BIBLIOGRAFÍA.....	219

MARCO METODOLOGICO. El problema de la investigacion

1.1 Introducción

El desarrollo de las cuestiones jurídicas y de familia, así como su relevancia social, hace que estos temas hayan cobrado particular interés en la doctrina y la jurisprudencia. Entre las razones, cabe destacar que los nuevos modelos familiares y los avances científicos también han llevado a cuestionar la naturaleza de las relaciones familiares, especialmente la paternidad, la maternidad y los cónyuges.

Todos estos cambios sociales han requerido profundos cambios jurídicos en materia civil y de familia, en términos de funcionamiento. También pretenden reflexionar y profundizar en la naturaleza de las relaciones familiares y sobre todo filtrar para que el sistema de justicia dé una respuesta coherente a las nuevas demandas y a las nuevas situaciones.

Sin embargo, entendemos que más allá de la respuesta específica a las diversas situaciones que se presentan, los principios del derecho carecen de racionalidad compleja. Esta reflexión, necesariamente doctrinal, debe también proporcionar criterios válidos para abordar situaciones nuevas a partir de estos principios básicos.

A partir de esta investigación comparada a nivel axiomático, se ha pretendido profundizar en la comprensión de los principios constitucionales en materia de filiación. En este sentido, hemos vinculado el principio de libertad de conciencia con los diferentes principios a los que se acercaba la doctrina, el derecho a conocer el origen biológico y el derecho a buscar la paternidad.

También hemos explorado un aspecto de la filiación que no radica en la determinación pero que está inseparable del principio de la veracidad biológica: el derecho a conocer el propio origen y los principios constitucionales en los que se fundamenta. Asumimos, pues, un desarrollo particular del principio de libertad de conciencia, por su efecto en el momento creado el derecho a conocer el origen biológico y la articulación de los dos ordenamientos jurídicos relativos al razonamiento.

1.2 Problematización

Se pretende ahondar en las diversas formas de ejercer una paternidad responsable, las normas jurídicas que dan prestación y salvaguarda a los derechos por la paternidad y las desventajas respecto de los derechos por la maternidad concedidos a las mujeres. Consiste en analizar la paternidad y la equidad de género, el ámbito de estudio se dará en normas no sólo sociales, como las laborales y las de seguridad social, y las normas de carácter civil, como los ordenamientos que regulan las relaciones familiares, para determinar si existe una diferencia entre los derechos concedidos a padres y madres.

1.3 Formulación del problema

Las normas jurídicas que otorgan prestaciones y salvaguardan derechos por la paternidad aún se encuentran en gran desventaja respecto de los derechos por la maternidad concedidos a las mujeres en este ámbito.

1.4 Objetivos de la investigación

1.4.1 Objetivo general

- i. Analizar el ordenamiento que regulan las relaciones familiares, el reconocimiento de la filiación paterna, y determinar si existe inequidad entre los derechos concedidos a padres y madres, obstaculizando el principio de interés superior del menor y su derecho a la identidad.

1.4.2 Objetivos específicos.

- i. Analizar y determinar las desventajas de ejercer la paternidad con respecto de los derechos a la maternidad concedidos a las mujeres.
- ii. Analizar las normas que regulan las relaciones familiares, en cuanto a la filiación y determinar las diferencias entre los derechos concedidos a padres y madres, para ejercerla.
- iii. Determinar los alcances y los límites que existen en los procesos de filiación en cuanto a la protección del menor en razón del interés superior.
- iv. Determinar los límites y alcances del derecho de identidad del menor en los procesos de filiación.

- v. Analizar la Jurisprudencia en Costa Rica sobre la aplicación de derechos sobre asignación, cambio o modificación de la filiación paterna y el impacto en el derecho de identidad del menor.
- vi. Determinar los posibles mecanismos que puedan servir de protección al menor en asignación, cambio o modificación de la filiación paterna.
- vii. Analizar el derecho comparado las medidas o mecanismos que protegen al menor en los procesos en los que se ve inmerso, en específico los de filiación que comprendan asignación, cambio o modificación de la filiación paterna.

1.5 Metodología

1.5.1 Enfoque

Se usará el método deductivo, partiendo de las generalidades, origen histórico sociológico, determinando con exactitud y precisión la tesis hacia lo que realmente interesa, si existe igualdad entre paternidad y maternidad en relación a la filiación y todas sus formas de acceder.

1.5.2 Tipo de investigación

Al definirse conceptos trascendentales como: familia, autoridad parental, parentesco, género, filiación, identidad, esta investigación será de tipo descriptiva. Una vez que se tenga una definición comprensiva o intensiva de cada término, se procederá a detallar el origen y otros aspectos importantes. Por último, se verificará

la hipótesis, analizando la información, corroborado si se cumple, corroborando si los derechos aparejados a la paternidad aún se encuentran en gran desventaja respecto de los derechos por la maternidad concedidos a las mujeres en este ámbito.

1.5.3 Fuentes e instrumentos de investigación

Se realizará una recopilación de doctrinal, jurisprudencial, bibliográfica y normativa, a nivel nacional como internacional. Se consultará doctrina referente al tema, en libros, tesis, códigos, Constitución Política, revistas y referencias en internet. De la misma manera se emplearán sentencias de la Sala Constitucional, sentencias de la Sala Segunda como del Tribunal de Familia, para definir el criterio existente en Costa Rica, sobre la parentalidad y los derechos, en relación a la igualdad con los derechos otorgados a la mujer.

1.5.4 Estructura de la investigación

El trabajo está estructurado de la siguiente manera:

Capítulo 1. Se desarrolla el tema de familia, como instituto jurídico, las clases, conformación, responsabilidades. Como sustento de la sociedad y su influencia en el desarrollo de las personas, y como se desprenden todas las relaciones de los individuos que conforman el estado.

Capítulo 2. Se determina el tratamiento normativo y jurisprudencial en relación al parentesco y las implicaciones de los vínculos reconocidos entre los miembros que conforman una familia. Se verificarán las fuentes de parentesco, matrimoniales,

filiativas y adoptivas. Se ahondará en las clases de parentesco, tanto por afinidad dada por el matrimonio, por consanguinidad y civil, dado por la adopción. Finalmente se verificarán las normas que regulan los efectos del parentesco existentes entre los integrantes de una familia. Se realizará un análisis de la parentalidad y sus derechos y deberes, derivados del parentesco.

Capítulo 3. Se analiza de forma exhaustiva el tema de la filiación, como vínculo entre dos personas, las consecuencias de los hechos biológicos y/o de los actos jurídicos, repercuten cuando una persona desciende de otra. Se dará un estudio de como aún se realiza una distinción entre filiación legítima o matrimonial, filiación natural y la filiación extramatrimonial y en como por doctrina y al amparo de la ley no debería existir distinción alguna. Se determinará respecto del sistema filiativo, cómo operan los principios que informan la filiación, la evolución que han experimentado en su aplicación. Prestando especial interés en: el principio de igualdad, el interés superior del niño, y el derecho a la identidad. Se abordarán los cambios que ha experimentado su interpretación, contenido, exigencia de fundamentación y prueba.

Capítulo 4. Se esgrime sobre los procesos filiatorios, la naturaleza de cada proceso, los sujetos que intervienen. El tratamiento que el da la regulación costarricense basada en el "Pater est is quem nuptiae demonstrat". Se trae a colación las distintas formas de ver los procesos de filiación en las legislaciones de países latinoamericanos. Se hace especial énfasis en las acciones derivadas de la filiación

y sus repercusiones, forma de acceso análisis de la legislación y jurisprudencia derivada del tema.

Capítulo 5. Se realiza un análisis del derecho de identidad y el interés superior del menor, desde el nacimiento de la identidad, el derecho que tiene toda persona y como es tratado en el ámbito jurídico.

Se analiza la relación existente entre el derecho a la identidad y la filiación, así el cómo debe ser la normativa en derecho de familia y civil para garantizar la plenitud en el goce de este derecho.

Capítulo 6. Se analiza el rol de la autoridad parental en el interés superior del menor, desarrollando los conceptos, contenidos y características, así como las circunstancias que dan término a la misma.

Se profundiza sobre conceptos y teorías sobre la “situación irregular” y la “protección integral” y como está inmersos en el derecho de familia costarricense, como entenderlos y aplicarlos.

Capítulo 7. Se realiza un análisis de derecho filosófico en temas de igualdad, discriminación, género y familia, como estos conceptos son vistos por distintos autores su dimensionamiento, diferenciación y discriminación. Se busca un acercamiento hacia conceptos justos aplicables a la doctrina nacional en relación a la familia.

CAPITULO 1. La familia como enfoque distintivo de aplicar el derecho.

“El entorno familiar ofrece la posibilidad al individuo de nacer, pertenecer, identificarse y diferenciarse; o sea es la institución que ofrece los fundamentos de la constitución del ser humano. El grupo familiar es el gran fundador de la subjetividad, a la vez que es en los vínculos de alianza que se otorga la organización de la vida mental”.¹

¹ <https://letraurbana.com/articulos/reflexiones-acerca-de-la-familia/>

La sociedad está conformada por todos aquellos individuos que surgen de un grupo natural llamado familia, sobre este grupo recae una serie de responsabilidades que define y permite que la sociedad se desarrolle, cada sujeto de forma individual tiene directamente asignada sus responsabilidades ya sea por los vínculos de sangre, por la convivencia sexual, la filiación o por los vínculos jurídicos.

Existen muchas acepciones en relación al término familia, para efectos de esta investigación tomaremos en cuenta la definición sociológica, la biológica y la jurídica:

1.1. Concepto de familia

i. Concepto biológico de familia

Se forma a través de la procreación, por la unión sexual de una mujer y un hombre, generando lazos sanguíneos, consistente por la acepción primitiva de la pareja y los descendientes de esta.

ii. Concepto sociológico de familia

Se refiere a la organización de los seres humanos enfocados en la supervivencia, es cambiante en el espacio tiempo, es mutable, permitiendo a los individuos organizarse de múltiples maneras y objetivos en diferentes épocas y lugares.

Este enfoque nos permite delimitar en diferentes estructuras, todas basadas en su forma de organizarse, las actividades que realizan, las relaciones sociales y como se desenvuelven actividades propias del tiempo.

iii. Concepto jurídico de familia

Se forma como resultado de las relaciones de los seres humanos, dadas por el matrimonio o concubinato o las relaciones de hecho y la procreación, llamadas parentesco, las limitaciones, deberes, derechos y obligaciones derivados y tutelados en la constitución y las leyes.

1.2. Definición familia.

La Declaración Universal de los derechos humanos define a la familia en su artículo 16 **“elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”**², al ser un elemento natural y fundamental de la sociedad, la familia nunca desaparece siempre mantendrá su condición y va a perdurar aún durante el tiempo esto según los cambios organización de la misma sociedad.

Consecuentemente el artículo 51 de la Constitución Política, Si bien no establece un concepto o una definición, nos indica: **“La familia, como elemento natural y**

² Declaración Universal de los derechos humanos, artículo 16

fundamental de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado igualmente tendrá derecho a esa protección la madre como el niño, el anciano y el enfermo desvalido”³

La definición de familia sufre diversos cambios y se va adaptando a los cambios socioculturales y económicos establecidos, a reorganización constante de la sociedad, Nos permite definir de muchas maneras y desde distintas perspectivas el término familia, entre los aspectos que debemos considerar están: relación legal consanguinidad, convivencia y lazos emocionales.

Al respecto, [BARBOZA TOPPING, LEÓN MORA, SÁENZ UMAÑA] *“La familia, desde un punto de vista estrictamente jurídico, depende de la normativa existente en cada época, ya que la misma indicará cual es el tipo predominante en un determinado ordenamiento, así como las regulaciones de las que es objeto. Sin embargo, debemos señalar que no es posible encontrar una definición que englobe todas las connotaciones que trae consigo la institución familiar. De esta manera "la definición modelada para un determinado tipo institucional no puede explicar las peculiaridades de otro tipo"; lo cual nos reafirma que no es posible dar una denominación genérica de dicho término. A este respecto, la doctrina ha intentado elaborar concepciones que reflejen de la manera más fidedigna, la realidad afrontada por cada uno de sus estudiosos, lo cual refleja la importancia de establecer la forma en que ha sido concebida esta institución.”*

³ Constitución Política de Costa Rica, artículo 51

El interés familiar debe entenderse como la protección de los deberes, intereses y derechos de las personas que conforman en familiar, en cumplimiento de los fines familiares, que son: la asistencia mutua, la solidaridad, la convivencia, la subsistencia, la reproducción, en su caso, la filiación, los fines morales y de socialización, la relación afectiva, la educación, la unidad económica y la formación de un patrimonio, como los fundamentales.

Por otro lado, el Comité de Derechos de la ONU establece la tutela de la familia en el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,⁴ conforme a las siguientes ideas:

[...] el Comité observa que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de uno a otro estado, y aun entre regiones dentro de un mismo estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto. Sin embargo, destaca que, cuando la legislación y la práctica de un estado consideren a un grupo de personas como una familia, este debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23. Y en el caso de que existieran diversos conceptos de familia dentro de un estado "nuclear" y "extensa", debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los estados parte deberían

⁴ Observación General No. 19, de 1990, párrafo 2; consultable en Carbonell, Miguel et al. (comps.). Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos, 2a. ed., Porrúa-CNDH, México, 2003, t. I, pp. 426 y ss.

también indicar en qué medida la legislación y las practicas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros.

1.3. Clases de familia.

Antes de detallar las clases o tipos de familia, debemos recordar que a cómo va cambiando o evolucionando la vida, así evolucionan las familias, por esta circunstancia el derecho y todas las normas que rigen a la familia no pueden dejar de aceptar diferentes acepciones o formas de convivencia. En Costa Rica lo podemos ver en la recién aprobación del matrimonio igualitario, el reconocimiento del genero auto percibido, todo lo que se presenta genera una gran variedad. Las normas que nos rigen deben de tomar en cuenta muchos aspectos, entre ellos: evolución, involución, respeto, idiosincrasia, cambios, matices. El ser humano es un ente social, un ser familiar y la familia la base de la sociedad.

Entre la clasificación encontramos:

i. Familia Nuclear

Es un matrimonio e hijos que dependen de ellos, constituyen una comunidad de vida plena y total, un ámbito vital cerrado autónomo frente al Estado y a la sociedad; por encima del bien y de los intereses individuales de sus componentes, hay un bien familiar y un interés familiar, de los cuales requieren, de devoción y la capacidad de sacrificio de todos”.⁵

⁵ Diccionario Jurídico España/ Función Tomas Moro; director editorial Juan Ignacio Alonso. Madrid: Ed. Espasa Caple, 1999, p. 409.

Está conformada por la pareja y sus descendientes, con la particularidad que esos descendientes, al unirse miembros de otras familias, forman una nueva familia.

Según el concepto tenemos que la familia nuclear es un matrimonio e hijos que dependen de ellos, constituyen una comunidad de vida plena y total, un ámbito vital cerrado autónomo frente al Estado y a la sociedad; por encima del bien y de los intereses individuales de sus componentes, hay un bien familiar y un interés familiar, de los cuales requieren, ha dicho LECHELER, de devoción y la capacidad de sacrificio de todos.⁶

ii. Monoparental

Se origina como efecto o actos relacionados a la dinámica familiar, como el divorcio, la viudez, el abandono por parte de uno de los progenitores (madre o padre) divorcios, la procreación de hijos fuera del matrimonio. “La familia monoparental son las que conviven el padre o la madre con los descendientes y sin el otro cónyuge. En la mayoría de los casos dichos núcleos familiares, se forman con la madre y los descendientes, siendo menos comunes las encabezadas únicamente por el padre”.⁷

Existen varias causas que llevan u originan las familias monoparentales el reciente número de divorcios; el abandono del hogar por parte de uno de los miembros de la pareja; la viudez; el aumento de nacimientos al margen de las uniones legalmente

⁶ Diccionario Jurídico España/ Función Tomas Moro; director editorial Juan Ignacio Alonso. Madrid: Ed. Espasa Caple, 1999, p. 409

⁷ Cfr. DEL CAMPO, Salustiano. op. cit., p. 44. Cfr. LOPEZ FAUGIER, Irene. La prueba científica de la filiación, Ed. Porrúa, primera ed., México, 2005 p. 60.

constituidas, bien porque la pareja no desea casarse ni hacer vida en común o por su imposibilidad para contraer matrimonio. Asimismo este fenómeno se relaciona con la migración de alguno de los miembros de la pareja a otro lugar por motivos de trabajo, estudio o reclusión en centros de salud o de rehabilitación social, sin que exista de por medio un rompimiento entre ellos.⁸

iii. Extensa o ampliada:

Los integrantes de este tipo de familia no siempre han estado unidos por vínculos de sangre y matrimonio, como fue el caso de la familia romana, en la que siervos y clientes vivían bajo el mismo techo que el matrimonio y los hijos.⁹

La conformación no siempre está dada por los lazos consanguíneos o de matrimonio, las familias se agrupan dando paso a que diferentes parejas y sus descendientes pertenecen siempre a la familia original.

Este tipo de familia acoge a diversos miembros, abuelos, padres, hijos, tíos, primos; conviviendo en la misma casa, interactuando entre si y dándose ayuda mutua.

iv. Ensamblada o reconstruida:

Tienen la particularidad de estar conformadas por dos familias monoparentales, la unión de hecho o de derecho de personas de otras familias, creando una familia

⁸ Instituto Nacional de Estadísticas, Geografía e Informática, La Familia... op. cit. p. 90 cfr. Idem.

⁹ BAQUIEIRO ROJAS, Eduardo y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. Derecho de Familia. Edición revisada y actualizada. Ed. OXFORD, University Press, 2005, p. 12.

nueva, por individuos con familias previas que al estar separados se unen con personas de otras familias creando un nuevo núcleo familiar.

v. Poligenética o reconstruida:

Una de las tantas formas de concebir a un ser es la prueba de fecundación in vitro (FIV). En 1978 la británica Louise Brown se convirtió en el primer “bebe-probeta” del mundo. Desde entonces, miles de personas han sido concebidas de esta manera. A principios del siglo que viene, aproximadamente el 2 o el 3 por ciento de los niños serán concebidos en los países industrializados gracias a las nuevas técnicas de reproducción.¹⁰

Desde el punto de vista técnico, los bebés-probeta son la consecuencia de la fecundación in vitro, un procedimiento por el que el espermatozoides masculino y el óvulo femenino se une en un tubo de ensayo en vez de en el cuerpo de la mujer. En este complicado procedimiento, los médicos estimulan los ovarios de la mujer para que produzcan más de un óvulo en cada ciclo reproductivo. Luego los extraen y los combinan con espermatozoides masculino en el laboratorio. Si la función tiene éxito, se producen embriones, que se implantan de nuevo en el útero de la mujer, o bien se congelan para su uso posterior.¹¹

El beneficio inmediato de la fecundación in vitro consiste en la ayuda a las parejas que no pueden concebir normalmente los hijos. Pensando en un futuro más lejano,

¹⁰ MACIONIS J., John y PLUMMER, Ken et al. Sociología, Parson Educación, S.A., edición en español, Ed. Isabel Capella, 2003, p. 475

¹¹ Idem.

las nuevas técnicas reproductivas tal vez puedan reproducir la incidencia de los recién nacidos con defectos. Al analizar genéticamente los óvulos y los espermatozoides los especialistas médicos esperan poder aumentar la probabilidad de que nazcan bebés sanos (Vines, 1986; Ostling, 1987; Thompson, 1994).¹²

vi. Sociedad de convivencia y/ o familiarización de amigos:

Es la relación singular y libre entre dos personas mayores de edad del mismo sexo y con capacidad jurídica plena, que manifiesten su voluntad de permanencia y ayuda mutua y que poseerán los derechos y deberes personales y patrimoniales que la ley establezca.

vii. Homoparental:

Está construida por personas del mismo sexo, la dinámica se establece según el rol establecido por las personas que la conforman, quienes deciden qué rol desean asumir, de maternidad o paternidad

1.4. Relaciones de familia.

La relación en la familia reúne un conjunto de derechos, deberes y obligaciones existentes, esto en la dinámica familiar entre las personas que la conforman y son exigidos en razón de los vínculos jurídicos generados por el derecho y las distintas normas que lo regulan. Estos vínculos son generados por el matrimonio, el parentesco o la filiación.

¹² Idem.

i. Relación parental.

Cuando hablamos de parentalidad convergen dos factores, la labores de cuidado y educación de los hijos y la socialización de los mismos. En la dinámica familiar se desprenden una serie de habilidades parentales que son propias a cada uno de los progenitores, esa forma de interrelacionarse con los hijos, siempre tendientes a dar una parentalidad positiva, donde el comportamiento y los valores aplicados buscan el interés superior del menor.

Según Cartiere, Ballonga y Gimeno (2008), cada uno de nosotros parece tener una forma de interaccionar y una predisposición para poder ejercer de padre o madre, siguiendo unos modelos o patrones que seguramente hemos vivido durante nuestra infancia y/o adolescencia. Sin embargo, estos patrones deben permitir a la familia ejercer unas funciones en relación con los hijos, que en términos generales y desde un punto de vista evolutivo-educativo se concretan.

Según Palacios y Rodrigo, (2004), en las funciones centradas en el desarrollo de los padres, o las centradas en el desarrollo de los hijos. Las funciones centradas en el desarrollo de los padres son las siguientes:

- a) La familia como espacio para crecer como personas adultas con un buen nivel de bienestar psicológico.
- b) La familia como espacio de preparación para aprender a afrontar retos y a asumir responsabilidades y compromisos.
- c) La familia como espacio de encuentro intergeneracional

- d) La familia como red de apoyo social para las transiciones vitales, cómo encontrar la primera pareja, la búsqueda de trabajo, nuevas relaciones sociales...

Las funciones centradas en el desarrollo de los hijos son:

- a) **Función parental de protección:** Velar por el buen desarrollo y crecimiento de los hijos, así como por su socialización. La familia es el primer agente que debe cumplir con la función socializadora, pero en el caso de la adopción a menudo no ha seguido un proceso de socialización correcto y este hecho genera en el niño sentimientos de inseguridad hacia las personas que deben satisfacer sus necesidades.
- b) **Función parental afectiva:** Los padres deben proporcionar un entorno que garantice el desarrollo psicológico y afectivo del niño. Es habitual que los niños adoptados hayan sufrido carencias afectivas, ya sea por negligencia o por falta de recursos del entorno del que provienen. Sin embargo, es necesario que los padres adoptivos demuestren física y verbalmente su afecto y que desarrollen su rol paterno partiendo de conceptos como la comunicación, el amor, la paciencia y la dedicación.
- c) **Función parental de estimulación:** Aportar a los hijos estimulación que garantice que se pueden desarrollar correctamente en su entorno físico y social. Que potencien sus capacidades tanto físicas como intelectuales, sociales ... para conseguir la máxima potencialidad.

- d) **Función parental educativa:** Tomar decisiones que garanticen el desarrollo educativo del niño y que tienen que ver no sólo con el ámbito educativo, sino con el modelo familiar que se establezca. Los padres deben poder orientar y dirigir el comportamiento de los niños y sus actitudes y valores de una forma coherente con el estilo familiar y que sea aceptable para el entorno. En el caso de los niños adoptados, se debe tener presente que, a menudo, han visto patrones de conducta inadecuados y han aprendido a reproducirlos por imitación de los modelos de referencia.

Dentro del contenido de la autoridad parental, BOZA UMAÑA María del Rocío, FLORES STOVIK Jennifer y RODRÍGUEZ MURILLO Cynthia¹³, se encuentran los siguientes aspectos:

ii. **Guarda**

El derecho-deber de guarda, es uno de los efectos personales de la autoridad parental y consiste en tener al hijo en su compañía, de mantenerlo y educarlo con arreglo a su fortuna, de vigilarlo y corregirlo en forma moderada.

¹³ BOZA UMAÑA María del Rocío, FLORES STOVIK Jennifer y RODRÍGUEZ MURILLO Cynthia. La guarda, Crianza y Educación Compartida después de la Ruptura Conyugal: Su posible Aplicación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Facultad en Derecho. Universidad de Costa Rica. 1995.pp. 32.34.40.41.44.45.46.

A su vez, se crean responsabilidades para los padres y *correlativamente obligaciones o deberes para los hijos.*

(...)

Existen innumerables definiciones del instituto de la guarda y todas coinciden en la necesidad de cuidados y de convivencia entre padres e hijos. Es por ello que, para efectos de este estudio, determinamos que el contenido más apropiado de la guarda es:

“el cuidado personal del hijo, su protección, vigilancia y dirección: dotarle de los elementos necesarios para su pleno bienestar físico, proporcionarle los medios recreativos propios de su edad, velar por su salud e integridad física, otorgarle alimentación y vivienda adecuadas, atender su educación, velar por su superación técnica, científica y cultural; colaborar con los maestros en las actividades docentes, prepararle para su formación en la vida social, inculcarle el respeto a los demás y el amor a los valores nacionales y a los símbolos patrios. Todo este conjunto de deberes podrá realizarse en mayor o menor grado, en la, en la medida de los recursos de que dispongan.

(...)

iii. Crianza

Constituye el deber de proporcionar a los hijos el alimento y los estímulos físicos para su adecuado desarrollo.

Tratar de dar todo lo necesario para su subsistencia, tales como alimento,

vestido, atención médica y otros.

La crianza es denominada en doctrina como asistencia, y desde este punto de vista se alude que

“no se reduce a proporcionar los medios económicos para su subsistencia física, sino sustraer a los hijos de todo peligro en su formación humana, física y espiritual, y por ello mismo, la asistencia está contenida en la educación como formación integral del menor”

En aplicación del deber de asistencia, es el deber alimentario el que cobra mayor importancia y subsiste aun cuando los padres se encuentren separados.

(...)

Este deber de alimentos es diferente al que corresponde recíprocamente entre padres e hijos, durante toda la vida; por el contrario, nos referimos a la obligación de mantener a los hijos mientras están sujetos a patria potestad. Ahora bien, el deber de asistencia debe cumplirse de acuerdo a la situación económica y posición social de los padres.

(...)

iv. Educación

Esta figura debe entenderse en sentido amplio, ya que el deber de educación implica

“El deber y el derecho de ocuparse de la formación física, espiritual y moral del menor, así como atender a la preparación para un profesión o actividad determinada, que represente utilidad al menor y a la sociedad. Esta tarea paterna incluye la formación del carácter, del espíritu y de los sentimientos que tanto han de incidir sobre sus inclinaciones en la vida”

(...)

Es en el seno familiar donde esta educación inicia, comprendiendo diferentes áreas o facetas en la formación del menor. Indica Espín Cánovas¹⁴ al respecto:

“este deber tiene varias facetas, comprendiendo la formación religiosa, moral, física, social, cultural y profesional ..., se confía a los padres la función educativa que constituye un deber, como las demás funciones directivas familiares por lo que su incumplimiento da lugar a la privación del correspondiente derecho de guarda y educación de los hijos.”

Es en el seno familiar donde esta educación inicia, comprendiendo diferentes áreas o facetas en la formación del menor. Señala Espín Cánovas¹⁵ resalta:

“este deber tiene varias facetas, comprendiendo la formación religiosa, moral, física, social, cultural y profesional ..., se confía a los padres la función educativa que constituye un deber, como las demás funciones directivas familiares por lo que su incumplimiento da lugar a la privación del correspondiente derecho de

¹⁴ ESPÍN CANOVAS, Diego. Manual de derecho civil. En: Familia.Vol. 5

¹⁵ Ídem

guarda y educación de los hijos.”

Esto se desprende los artículos 140, 141, 143,145, 164, 169 del Código de familia¹⁶ y de los artículos de código de la niñez y de la adolescencia ¹⁷

De sentencia del Tribunal de familia¹⁸ se desprende: "IV. El carácter de progenitor impone deberes biológicos, morales y jurídicos que deben ser cumplidos durante toda la minoría de edad de los hijos. Constituye un conjunto de poderes-deberes por parte de la madre y el padre mediante los cuales se ejerce la guarda, crianza, educación, administración de bienes y representación tanto judicial como extrajudicial. Por tratarse de un cúmulo de poderes-deberes que en principio derivan de la filiación, deben ser ejercidos en forma constante, diligente y oportuna e incluso, por encima del interés subjetivo del titular. Todo esto implica que la autoridad parental es una institución básica del ordenamiento jurídico familiar, es de orden público y siempre debe ser ejercida en interés superior de la persona menor de edad. El contenido de dicha figura es muy complejo, pero su estudio puede analizarse desde el ámbito personal, patrimonial y lo referente a la representación. V. En el aspecto personal, debe ubicarse la guarda, crianza y educación del hijo. Son atributos tan específicos e importantes que son precisamente éstos los que van a marcar la formación de aquél. Así la guarda, se traduce en el poder y el correlativo

¹⁶ Ley N° 5476. Código de Familia. Costa Rica, del 21/12/1973.

¹⁷ Ley N° 7739. Código de la Niñez y la Adolescencia. Costa Rica, del 06/01/1998

¹⁸ TRIBUNAL DE FAMILIA. Resolución N° 1445-02, de las ocho horas veinte minutos del veinticuatro de octubre del año dos mil dos.

deber de cuidar al hijo, interesarse y ocuparse en forma constante por su integridad física y psíquica. La crianza, consiste en brindarle los alimentos y atender sus necesidades fundamentales -no suntuosas- para su adecuado desarrollo. Y, por último, la educación, la cual no se refiere sólo a los conocimientos formales sino al hecho de preparar al hijo para la vida. El contenido patrimonial se refiere a la potestad no irrestricta de administrar los bienes del hijo menor de edad y, lo referente a la representación se entiende, por cuanto es a los padres a quienes corresponde velar por el interés superior de los hijos dada la falta de capacidad de actuar de éstos. VI. Como puede observarse, el hecho de que un progenitor ostente la autoridad parental le otorga intervención directa en la formación del hijo y por ello, para que judicialmente sea privado de tal conjunto de poderes-deberes, es porque no es una persona que en términos jurídicos sea confiable para el ejercicio diligente de tales atributos. "

CAPITULO 2. El parentesco

“La Casa La Hace El Hombre Y El Parentesco La Mujer”¹⁹

¹⁹ El Refranero popular de la lengua española (I)

La relación de parentesco es sin duda una de las instituciones jurídicas más relevantes en el sistema de derecho de familia, no solo es una importante fuente de fuerza jurídica, sino que rige gran parte de todo lo relacionado con el derecho consuetudinario y las sucesiones.

En sentido amplio, el parentesco puede definirse como una relación familiar que se establece entre dos personas; esta relación se basa en el parentesco de sangre o la presencia del matrimonio; Entonces hablamos del vínculo permanente que existe entre dos o más personas en razón de la misma sangre, o del acto de imitación de la procreación cuya semejanza es reconocida por la ley. Todos los padres y cónyuges forman la familia, por lo que el parentesco, con la asociación de los miembros de la familia, limita el círculo del grupo familiar.

Los derechos y obligaciones que surgen entre los padres por la pertenencia a un determinado grupo familiar parten de la hipótesis previa de la existencia de una relación de parentesco, que surge de los hechos humanos. Hay consecuencias jurídicas, pero también surgen por vía judicial cuando las relaciones nacen del matrimonio y el parentesco nace de la adopción.

Cabe señalar que el parentesco en la historia humana es un sistema de relaciones caracterizado por su vinculación de contenido especial y fortuito, y su expresión básica consiste en el parentesco, la paternidad, los hermanos y entre marido y mujer.

2.1. Concepto

El término parentesco proviene de la expresión latina “parentalis” que quiere decir *parientes*. La real academia de la lengua española en su diccionario²⁰, la palabra parentesco proviene de la acepción latina “parens”, “parentis”, que significa padre o madre. Dice que parentesco es el “*Vínculo por consanguinidad, afinidad, adopción, matrimonio u otra relación estable de afectividad análoga a esta.*”

Brenes Córdoba²¹ nos ilustra indicando:

“El “parentesco” propiamente tal lo forma el vínculo consanguíneo que une a varias personas que descienden unas de otras, o de un tronco común. Conforme a esto se distinguen dos clases de parientes que, para mayor claridad, se acostumbra distribuir en dos series de grados que componen dos líneas. Línea es, por lo mismo, la serie de parientes. Se distinguen dos clases de ella: “directa” y “colateral”. En la directa están los progenitores y sus descendientes; así tenemos: abuelos, padres, hijos, nietos, bisnietos. Y en la colateral, llamada también “transversal”, se cuentan los que vienen de un mismo tronco, pero que no descienden unos de otros, como ocurre con los hermanos entre sí; y los tíos con los sobrinos.” (el subrayado no pertenece al original.)

Explica que el parentesco se da por el solo hecho del vínculo de sangre que puedan tener dos personas y las distintas combinaciones derivadas de este

²⁰ Diccionario de la lengua española, versión electrónica da acceso al texto de la 22.^a edición publicada en 2001.

²¹ BRENES CÓRDOBA, ALBERTO. Tratado de las personas. 4 ED. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.1984. pp. 23.

vínculo. El parentesco además presenta dos clases:

- a. La clase directa: compuesta por los progenitores y de ahí el resto de las personas que trascienden a este vínculo. Este comprende a la familia directa, abuelos, padres, hijos, nietos, bisnietos.
- b. La clase colateral: compuesta por el resto de las personas que conforman la familia, que, aunque tienen algún ligamen o vínculo no es directo. Entre los que están hermanos, y el caso de los tíos con los sobrinos.

Continúa indicado en el libro Tratado de las personas:

“La línea directa se dice "ascendente" o "descendente", según que se suba o que se baje en la serie de generaciones. En la primera, se liga a la persona con aquellas de las cuales desciende; y en la segunda, se une al cabeza de familia con sus descendientes”.

El parentesco se refiere, entonces, a todos los vínculos “jurídicos reconocidos”, que existen entre las personas que componen una familia. La relación que existe es organizada en líneas según la cercanía con el tronco familiar en el que se encuentran. Como principales características presenta ser general, abstracta y permanente. Al reconocerse la relación del vínculo se generan derechos y obligaciones entre los integrantes de la familia o “parientes”

2.2. Fuentes del parentesco

Al ser una relación jurídica que nace entre las personas que descienden de un mismo progenitor. Presenta jurídicamente una serie de fuentes:

- a. El matrimonio: este da el parentesco por afinidad.
- b. La filiación: el parentesco es asignado por consanguinidad.
- c. El Adoptivo: lo da el parentesco civil.

2.3. Clases de parentesco

Existen tres tipos de líneas de parentesco derivadas por las fuentes, ellas son:

- i. Consanguinidad: este parentesco existe entre las personas que descienden de un tronco en común.
- ii. Afinidad: esta clase de parentesco está dada por el vínculo en matrimonio entre dos personas, "por "analogía o semejanza", reconocido por la ley, consistente en un vínculo de carácter civil, que a causa del matrimonio se establece entre uno de los cónyuges y los parientes consanguíneos del otro. De aquí se sigue que los parientes afines de uno de los consortes, permanecen enteramente extraños a los parientes consanguíneos del mismo, porque la "afinidad no produce afinidad". De este modo, los consuegros, lo mismo que los concuñados,

o sean los hermanos de un cónyuge respecto de los hermanos del otro, no son parientes afines entre sí.”²²

- iii. Civil: es el que se produce por la adopción simple. El parentesco se genera entre la familia originaria del adoptado, entre el adoptado y su adoptante o los adoptantes.

2.4. Relación de parentesco

El parentesco entre las personas representa un vínculo entre ellas, ya que establecen una afinidad que se encuadra en distintos grados. Legalmente se distinguen distintos grados de afinidad y de consanguinidad, cuestión que es importante conocer para poder determinar los derechos y las obligaciones de las personas en ciertos ámbitos legales, administrativos o laborales.

i. Relación por consanguinidad

Este tipo de relación se da entre las personas que comparten los mismos antepasados. Tienen un vínculo de sangre con los ascendientes y los descendientes. Cada generación forma un grado de parentesco. El vínculo también se extiende a la adopción, aunque no sea un vínculo de sangre en su sentido literal,

²² BRENES CÓRDOBA, ALBERTO. Tratado de las personas. 4 ED. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro. 1984. pp. 25.

se considera este vínculo entre el adoptado y sus padres adoptivos y el resto de sus parientes consanguíneos.

Los **grados de consanguinidad** determinan las distintas generaciones que hay en una familia, la distancia subjetiva entre un familiar y otro, según a qué generación pertenecen. Existe una **consanguinidad colateral**, que se refiere a la relación de las personas que pertenecen al mismo tronco familiar pero que entre ellas no descienden ni ascienden. Es el caso de los tíos respecto de sus sobrinos, los primos entre ellos, los cuñados y las nueras.

A continuación, vemos los siguientes ejemplos:

a) Primer grado de consanguinidad:

- Padres.
- Hijos.

b) Segundo grado de consanguinidad:

- Hermanos.
- Abuelos.
- Nietos.

c) Tercer grado de consanguinidad:

- Tíos.
- Sobrinos.

- Bisabuelos.
 - Bisnietos.
- d) Cuarto grado de consanguinidad:
- Primos hermanos.
 - Tíos abuelos.

ii. Relación por afinidad

Es el vínculo legal no sanguíneo que se establece en una relación entre las personas, como el vínculo del matrimonio. Entre ellos hay una distancia que se establece por lazos que no son de sangre. Se establecen de esa forma grados de afinidad relacionados con el cónyuge y su familia política, es decir con la familia de su consorte

A continuación, vemos los siguientes ejemplos de la relación entre los familiares políticos:

Entre los familiares políticos existen relaciones en distintos grados, entre los que se distinguen en relación a una persona:

- a) Primer grado de afinidad:
- Cónyuge.

- Suegros.
- Yerno y nuera.
- b) Segundo grado de afinidad:
 - Cuñados.
 - Abuelos del cónyuge.
 - Cónyuge del nieto.
 - Hermanastros.
- c) Tercer grado de afinidad:
 - Cónyuge del tío.
 - Cónyuge del sobrino.
 - Tío del cónyuge y su cónyuge.
 - Sobrino del cónyuge y su cónyuge.

2.5. Efectos del parentesco

Como producto del parentesco nacen una serie de derechos y obligaciones que se establecen entre los miembros de una familia:

- i. **Parentesco por consanguinidad:** los derechos y obligaciones nacientes son aquellos relativos a los alimentos, ejercicio de la patria potestad, la sucesión, la tutela.
- ii. **Parentesco por afinidad:** solo se establece solo prohibiciones limitaciones

- iii. **Parentesco civil:** establece los mismos derechos y obligaciones que el parentesco por consanguinidad, pero solo entre el adoptado y el o los adoptantes.

2.6. Parentesco y parentalidad

La noción de los términos de parentesco (parenté) y parentalidad (parentalité), se remonta a los trabajos realizados en la rama de la sociología, en los trabajos de los autores DURKHEIM, MAUSS, LÉVI-STRAUSS, MALINOWSKI, MEAD o BENEDICT. El parentesco, como se indicó, designa las reglas de descendencia que se aplican a cada individuo, es el vínculo que tiene al niño con uno o dos adultos (padre y madre). La parentalidad hace referencia a la educación desarrollo de los hijos, atendiendo de su ejercicio aquellos derechos y obligaciones resultantes.

El término parentesco es conocido en Derecho familia como “filiación”, entre tanto que el equivalente legal de la parentalidad es el de la patria potestad, autoridad parental o responsabilidad parental. La “filiación” nos traslada a un estatus mientras que la autoridad parental hace referencia a una función propia de ejercerla.

Una de las grandes diferencias entre estos conceptos atiende a que la filiación es algo estático, designa una posición determinada en un linaje o descendencia, mientras que la patria potestad es algo dinámico; se habla del ejercicio de la autoridad parental. A la persona que ostenta la patria potestad, se le puede privar del ejercicio de la misma, pero no se puede eliminar la filiación ya establecida jurídicamente.

Como indica TERRÉ *“en cualquier edad, la relación de filiación crea entre un individuo y sus autores un vínculo biológico, afectivo, espiritual, que el Derecho asume, modela, copia, a veces deforma”*²³,. Recordando que la filiación, como vínculo jurídico, da origen a la relación de ascendencia entre dos personas, designado a unos como hijos y como padre y madre a otros, dando derechos y obligaciones mutuas o reciprocas. La filiación asigna un estado civil al que unen efectos jurídicos, patrimoniales como obligación a los alimentos o derechos sucesorios, y también efectos jurídicos extramatrimoniales como apellido, autoridad sobre los menores.

La filiación se establece únicamente cuando está prevista y cumple con las condiciones dictadas por ley, en el caso de Costa Rica mediante el Código de Familia, en el Título II paternidad y filiación. La filiación entonces, se determina por norma jurídica y no por naturaleza. En sus primeros inicios, la filiación en Francia en el Código Civil, se tomaba como aquel elemento que define la pertenencia a la nación, después regulaba la pertenencia a una familia. Ejemplo de ello, la persona nacida en Francia, en principio se presume francés, la mujer que pare se presume la madre, y en caso de estar casada, su esposo se presume el padre, cumpliendo el precepto que nazca dentro del ciento setenta y nueve primeros días del matrimonio.

²³ TERRE, F. y FENOUILLET, D., Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités, Dalloz, Paris, 1996.

Según CORNU, “El derecho de filiación no es solamente un derecho de la verdad (biológica), es un derecho de la vida, del interés del niño, de la paz de la familia, de los afectos, de los sentimientos morales, del orden establecido, del tiempo que pasa...”²⁴

Resulta que la filiación consiste en un asunto de apariencias, de indicios, de evidencias, pero no de la verdad.

2.7. El parentesco en las parejas del mismo sexo

En nuestro país, el Registro Civil generó los mecanismos para asignar el parentesco, dando los “apellidos correctos” y “los derechos reales a las personas en familias homoparentales”.

Se definió que cada pareja podría arrogarse la responsabilidad legal de sus hijos y elegir el orden de los apellidos; esto siempre y cuando dicha distribución no estuviese definida por medio del proceso de adopción, en el caso de la adopción se determinarían los apellidos según como se indica en la sentencia en que fue aprobada.

El procedimiento presenta una clara diferencia al asignar el parentesco, en el caso de parejas homosexuales dadas entre mujeres se asignará la “comaternidad” y en

²⁴ CORNU, G., Droit civil: la famille, 9^a, ed., Montchrestien, Paris, 2006.

el caso de las parejas homosexuales entre hombres se requeriría de un proceso de adopción, esto porque todavía existe una madre que debe ceder sus derechos.

En Costa Rica se parte del principio de "presunción", que utilizan las autoridades registrales cuando suponen que una persona recién nacida es hija o hijo de un matrimonio en específico.

CAPITULO 3. La filiacion

“El parto determina la filiacion materna.

El derecho civil determina quien es el padre”²⁵

²⁵ <https://anacaminoabogado.com/como-determinar-de-quien-es-el-hijo-filiacion-materna-paterna/>

Es de vital importancia para efectos de esta tesis, dada la sensibilidad del tema en cuestión establecer, “Se prohíbe toda calificación personal sobre la naturaleza de la filiación...”²⁶, esto al amparo de lo que establece la Constitución Política (artículo 54) y el Código de Familia (artículo 3), donde prohíben toda calificación de la naturaleza de la filiación sobre una persona, siendo este último conjunto de leyes, donde se ahonda más sobre el tema y plantea que entre hijos habidos dentro del matrimonio o fuera de él no debe existir diferencia alguna en cuanto a las obligaciones y derechos, derivados entre padres e hijos “ARTÍCULO 4.- En cuanto a los derechos y obligaciones entre padres e hijos, ninguna referencia hay respecto de los habidos dentro del matrimonio o fuera de él.”²⁷. Empero, los diferentes tipos de formas de obtener la filiación no implica una calificación, que socialmente y de forma despectiva eran aceptados.

Según (Brenes Córdoba, pág. 214) el antiguo Código Civil de Costa Rica abordaba como tema hijos naturales, adulterinos e incestuosos, situación que fue superada y se establecieron términos más precisos y adecuados a la situación social de la época.

Superado las brechas del lenguaje y al amparo de lo establecido en la Constitución política y el Código de Familia, se indica que la filiación en su amplitud se considera: *“... el vínculo jurídico que une a un hijo con su madre o con su padre y que consiste en la relación de parentesco establecida por ley entre un ascendiente y un*

²⁶ Constitución Política de Costa Rica del 7 de noviembre de 1949, Artículo 54

²⁷ Asamblea Legislativa. Código de Familia. Ley: 5476 del 21/12/1973. Artículo 69

descendiente de primer grado, encuentra su fundamento en el hecho fisiológico de la procreación, salvo obviamente en la adoptiva que corresponde a una creación legal. La maternidad y la paternidad constituyen pues la doble fuente de filiación: consiste la primera en el hecho de que una mujer haya tenido un parto, y que el hijo que pasa por suyo sea realmente el producto de ese parto; y consiste la segunda en que un ser haya sido engendrado por el hombre que es considerado como su padre...La vinculación de sangre entre el hijo y su padre o su madre pueden tener origen en relaciones sexuales lícitas o ilícitas esto es, en el matrimonio o en uniones extramatrimoniales: si lo primero, la filiación es legítima; si lo segundo, esta es ilegítima, sin que tal categoría dependa de la voluntad del hijo o la de sus padres...”²⁸

Al respecto sobre la diferenciación de la filiación extramatrimonial se indica que “... Para mejorar un tanto la condición extramatrimonial, ya que el hijo no tiene la culpa de haber venido al mundo fuera de matrimonio, la ley ha establecido dos recursos: el reconocimiento y la investigación de paternidad o maternidad...El segundo recurso, esto es la investigación de paternidad o maternidad, es una acción judicial que el hijo que no fuere de matrimonio tiene derecho a promover, en ciertas situaciones, para que se declare a su favor determinada filiación...”²⁹

²⁸ Roberto Suárez Franco. Derecho de Familia: Filiación-Régimen de los Incapaces. Editorial Temis, 1992, Págs. 3 y 4.

²⁹ Gerardo Trejos. Derecho de Familia Costarricense, Editorial Juricentro, 1999, Págs. 68 y 69.

Por la importancia para la investigación se explicarán detalladamente los recursos establecidos para realizar la filiación de aquellos hijos nacidos fuera del matrimonio, entiéndase estos: el reconocimiento, la legitimación y la investigación de paternidad o maternidad.

3.1. Concepto de filiación

La filiación es un vínculo jurídico derivado de la relación que une a los hijos con los padres y viceversa. Es un concepto básico en las sociedades, en la medida que permite a los individuos crear una identidad y, además, generar un sentimiento de pertenencia a un determinado grupo social. De conformidad con nuestro texto constitucional, la filiación produce efectos de derecho que deben ser iguales tanto para los hijos matrimoniales como para los extramatrimoniales.³⁰

En el mismo sentido “(...) *La filiación no es más que el vínculo que une a los hijos con los padres, y viceversa. Sintetiza el conjunto de relaciones jurídicas determinadas por la paternidad y la maternidad. Parte, en algunos casos, de un presupuesto biológico fundamental, para su constitución, cual es, la procreación. Sin embargo, la relación jurídica que determina la filiación puede constituirse sin atender a ese hecho biológico, por ejemplo, en el supuesto de la adopción. La filiación ha sido uno de los temas de Derecho de Familia que más modificaciones ha sufrido a lo largo del tiempo. Ese cambio constante en su regulación se ha debido*

³⁰ Sentencia No. 1399-04 TRIBUNAL DE FAMILIA. - San José, a las ocho horas veinte minutos del diecisiete de agosto del dos mil cuatro.

no solo a variaciones en los comportamientos sociales, sino también a avances tecnológicos y científicos que han venido a facilitar la prueba del vínculo biológico y -en algunos casos- a modificar aspectos determinantes de ese hecho natural. **El contenido de la filiación establecido en el Código de Familia, promulgado por Ley No.5476 de 21 de diciembre de 1973, se caracteriza fundamentalmente por el reconocimiento de los derechos personales y patrimoniales que determinan las relaciones jurídicas entre padres e hijos.** La filiación que se tiene o se reclama puede ser matrimonial o extramatrimonial, dependiendo de sí el hijo fue concebido dentro o fuera de esa relación.” (...) En relación con los efectos que produce la filiación extramatrimonial, debe indicarse que no difieren de los que engendra la filiación matrimonial. Dichos efectos se han clasificado tradicionalmente en personales y patrimoniales, dependiendo del contenido y naturaleza de los derechos a los que estén referidos. Sin embargo, no existe acuerdo en la doctrina sobre la ubicación, en alguna de las dos categorías, del deber de prestar alimentos. Por su parte, dentro de los efectos de carácter personal ordinariamente se incluye el derecho del hijo de usar el apellido del padre o de la madre, o el de ambos. Se ha considerado que el nombre es una manera de objetivar el reconocimiento y que el vínculo familiar implica una conexión de nombre. Con el nombre se produce la individualización e identificación social de las personas (véase al respecto lo dispuesto en el artículo 49 del Código Civil). No está de más agregar que el derecho al nombre ha sido reconocido por la Sala Constitucional como derecho fundamental en sentencia No.6564-94 de las 14:18 horas del 4 de noviembre de 1994, sobre

todo atendiendo a su regulación en instrumentos internacionales, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 18) y la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 7.1 y 8.1). También dentro de dichos efectos personales se cuenta el ejercicio de la patria potestad. A partir de la sentencia de la Sala Constitucional No.1975-94 de las 15:39 horas del 26 de abril de 1994, que examinó principalmente lo dispuesto en el artículo 142 del Código de Familia (que con la reforma efectuada por Ley No.7538 de 22 de agosto de 1995 cambió su numeración a 155) se entiende que la condición de padre implica tanto soportar los deberes que el ordenamiento dispone, como ejercer los derechos inherentes a la patria potestad, y que los poderes-deberes de la patria potestad derivan de la procreación como instituto natural y solamente se pueden limitar en circunstancias especiales, mencionadas expresamente en la parte considerativa de la sentencia, como -por ejemplo- el supuesto de reconocimiento unilateral del hijo extramatrimonial.

(...)

En ese sentido, independientemente de que el deber de dar alimentos pueda considerarse un efecto patrimonial o personal de la filiación, lo importante es que dicha obligación se entiende como el deber de otorgar una prestación económica suficiente para satisfacer necesidades alimenticias, médicas, educativas, de vestido, habitación, diversión, transporte, etc., y opera una vez establecida la relación de parentesco, tanto para hijos como para padres (véanse artículos 169 y 170 del Código de Familia). **De todo lo anterior, se puede concluir que en la**

filiación existan diversos intereses y derechos dignos de tutela, entre esos destacan los de carácter genéticos, personal, afectivo, patrimonial, etc., y que la relación paterno filial, entendida como relación jurídica existente entre padre e hijos, supone o posibilita la existencia de un lazo, que no solo es consecuencia del acto procreador (aspecto biológico), sino que constituye un hecho afectivo y humano. Dicha relación, como humana que es, incorpora elementos emocionales, sociales, espirituales, patrimoniales, etc., que proveen a su innegable complejidad. (...)”³¹

La filiación puede ser definida desde cuatro aristas, por su significado etimológico (atendiendo la procedencia de su raíz latina), por su significado gramatical, por su perspectiva biológica y por su significado jurídico.

i. Etimológico

La palabra filiación deriva del latín filiatio, -ōnis, de la raíz filius, cuyo significado es hijo,³² donde destaca la posición del hijo en relación con los padres.

³¹ Res. N° 2008-006813 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diecisiete horas y cincuenta y seis minutos del veintitrés de abril del dos mil ocho.

³² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.5 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [16 de febrero 2022].

ii. Gramatical

El diccionario de la real academia de la lengua española lo define: *“Procedencia de los hijos respecto a los padres”*.³³ *Se considera la relación paterno-filial desde el punto de vista del hijo o descendiente.”*

iii. Biológico

“El vínculo biológico es el elemento natural como primario e indispensable para poder hablar del concepto jurídico de la filiación”.³⁴ Cicu señala que “Como hecho natural la afiliación existe siempre en todos los individuos: se es siempre hijo de una madre y de un padre.....”³⁵. De tal manera podríamos manifestar que la filiación encuentra su fuente de un hecho de la naturaleza como resultado de la fecundación, cuyo efecto es la procreación.³⁶

iv. Jurídica

La definición jurídica de la filiación es la suma de dos fuentes, la ley y la doctrina. Con respecto a la ley cabe indicar que existen varias legislaciones sustantivas civiles y familia que sustentan el contenido. En relación con la doctrina, no existe una definición universal de filiación, esta es conceptualizada desde perspectivas

³³ Idem.

³⁴ LOPEZ DEL CARRIL, Julio, Derecho de Familia, Abeledo-Perrot, Argentina, 1984, p.417

³⁵ Cicu, Antonio, La filiación, trad. Por Faustino Giménez Arnau y Jose Santacruz Tejeiro, Revista de Derecho Privado, España, 1930, p.16.

³⁶ Cfr. LOPEZ FAUGIER, Irene. La prueba científica de la filiación, Ed. Porrúa, primera ed., México, 2005 p. 60.

diferentes por los autores. Podemos decir que la filiación es vista como la institución jurídica, concebida como hecho jurídico, vínculo jurídico o ambos, así como estado civil o de familia, muchas veces confundido con el parentesco.

Al respecto Rafael de Piña indica, la filiación: “...*Equivale a la procedencia de los hijos respecto de sus padres. Significa, pues, una relación de origen, que permite señalar una ascendencia precisa a la persona física*”³⁷. Este ve la filiación como un hecho jurídico, un acontecimiento de la naturaleza o de las personas que acarrea y crea derechos y obligaciones, crea consecuencias de Derecho, y que determina la ascendencia, sin error, de las personas físicas.

Por su parte, Manuel Peña Bernaldo de Quirós, en relación con la filiación indica: “El estado de filiación es el estado civil de la persona determinado por la situación que coma dentro de una familia coma le asigna el haber sido engendrada en ella, o el estar en ella en virtud de la adopción o de otro hecho legalmente suficiente al efecto”³⁸

3.2. Determinación de la filiación

La determinación de la filiación es “la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta”³⁹, podemos asegurar, “la filiación se determina por naturaleza o de manera formal, la filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial;

³⁷ DE PIÑA, Rafael, Derecho Civil Mexicano. introducción, Personas y Familia, Vol. 1, 2ª ed., Porrúa, Mexico, 1960, p. 349.

³⁸ PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel, Derecho de Familia, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, sección de Publicaciones, España, 1989, pp. 402 y 403

³⁹ LA CRUZ, ALBADALEJO, José y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; *Derecho de familia*, Barcelona, Bosch, 1982, p. 606

así como la formal, que surge de la adopción o por técnicas de reproducción humana asistida”⁴⁰

3.3. Tipos de filiación

Al verificar la filiación por género, sea hombre o mujer, no presentan las mismas dificultades, el embarazo y parto, se dan signos físicos de la procedencia materna, no ocurriendo de igual manera con la procedencia paterna.

Esta clasificación se basa en dos aspectos, el primero es donde convergen tanto la filiación biológica y la filiación jurídica, y el segundo es donde no se da esa convergencia. Doctrinalmente se distingue:

i. Filiación materna

Es la establecida entre los padres y los hijos, cuando estos nacen fueran del matrimonio, es la filiación que se establece con relación a la madre, no así con el padre. La felicitación del padre y los hijos nacidos fuera del matrimonio solo existe cuando se da el reconocimiento voluntario o por declaratoria judicial. El enunciado *mater semper certa est etiam si vulgo concepterit*, nos indica que como prueba sencilla y directa, con solo ver el estado de gestación de la mujer, hace presumir que el niño que lleva en sus brazos es siempre de ella.

ii. Filiación matrimonial

⁴⁰ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético*; Universidad de Lima; Perú; 2006.

La filiación matrimonial es el vínculo de los hijos nacidos dentro del vínculo matrimonial y sus padres, “a) FILIACION MATRIMONIAL: en esta es muy importante la “presunción pater is est” es decir que se parte de que el hijo de la esposa es hijo del marido”⁴¹ , esta se deriva del “ARTÍCULO 69.- Se presumen habidos en el matrimonio los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde su celebración o desde la reunión de los cónyuges separados judicialmente y también los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges judicialmente decretada.

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

- a. Si el marido, antes de casarse, tuvo conocimiento del embarazo de su mujer;
- b. Si estando presente consintió en que se tuviere como suyo al hijo en el acta de nacimiento inscrita en el Registro Civil; y
- c. Si de cualquier modo lo admitió como tal.”⁴²

⁴¹ Sentencia No. 1399-04 TRIBUNAL DE FAMILIA. - San José, a las ocho horas veinte minutos del diecisiete de agosto del dos mil cuatro.

⁴² Asamblea Legislativa. Código de Familia. Ley: 5476 del 21/12/1973. Artículo 69

En el sentido general la filiación por vínculo matrimonial se refiere a los hijos nacidos después de contraer nupcias y durante e tiempo que dure este, cumpliendo con los plazos establecidos por ley.

Para que se de este tipo de filiación, se deben dar los siguientes presupuestos:

- a. Matrimonio valido
- b. Nacimiento del descendiente durante el matrimonio
- c. Que el descendiente haya sido concebido por la esposa.
- d. Que el descendiente haya sido concebido por el marido de la madre.

De esto se desprende que la filiación materna, se considera un hecho susceptible de prueba directa, siendo la mujer quien da a luz al menor y es producto del parto. La filiación paterna en el matrimonio se ha determinado a lo largo de la historia bajo el principio romano “pater is est quem justae nuptiae demostrant”, siendo este significado “padre es el que demuestran justas nupcias”.

iii. Filiación extramatrimonial

Filiación extramatrimonial se da por el vínculo de los descendientes con sus progenitores, que se da fuera del matrimonio o cuando los progenitores no están casados entre sí, el hijo no nace bajo las presunciones establecidas en el artículo 69 del Código de Familia. Para lograr obtener la filiación se debe acudir a los institutos jurídicos establecidos en la legislación costarricense como lo son: reconocimiento (artículos 84, 87, 88, 89 y 90 del Código de Familia), el proceso judicial de investigación o declaración de paternidad (artículos 91, 92, 93, 94, 95,

96, 97, 98, 99 del Código de Familia) y la determinación de paternidad en sede administrativa, establecida en la Ley de Paternidad Responsable (Ley n.º 8101 del 16 de abril del 2001).

El hijo nacido disfruta del hecho *status filii*, teniendo un nombre, pero no goza del hecho de *status familiae*, no teniendo derecho a disfrutar de las relaciones familiares completas, la filiación materna se acredita con independencia a la de la paterna esto por ser hijos concebidos fuera del matrimonio y a falta de emplazamiento por reconocimiento o declaración judicial.

iv. Filiación legal

En Costa Rica además de la filiación matrimonial y extramatrimonial, se regulan otros tipos de filiación, como se desprende de “Agrega que el principio contenido en la Carta Constitucional es la igualdad entre los hijos según su nacimiento, prohibiéndose toda discriminación en torno al carácter matrimonial o extramatrimonial de la relación de sus padres. Explica que la filiación no se corresponde, necesariamente, con una realidad biológica, ya que el derecho ha privilegiado la existencia de relaciones filiales que surgen a partir de otras circunstancias no biológicas, como es el caso de la adopción o del reconocimiento de hijos extramatrimoniales. Precisamente, por la incongruencia entre la realidad y los efectos jurídicos que se asignan, el legislador constitucional previó el reconocimiento del derecho de toda persona a saber quiénes son sus padres desde una doble perspectiva. La primera, como derecho fundamental, en tanto, permite a

la persona desarrollar un concepto de identidad y, con ello, el reconocimiento de su dignidad como ser humano y, desde el punto de vista procesal, a través del establecimiento de un mandato al legislador ordinario para que desarrolle legislativamente los mecanismos necesarios para disfrutar de este derecho”.⁴³

- v. **Filiación Adoptiva:** aquella que se da mediante el instituto jurídico de la adopción, el cual es propio del Derecho de Familia, que otorga al adoptante y adoptado un estatus paterno-filial, donde este acto jurídico viene a sustituir el hecho biológico-natural.
- vi. **filiación producto de la procreación artificial o procreación médicamente asistida:** aquella que resulta de una intervención médica, ya sea mediante inseminación con espermatozoides humanos (conocida como inseminación artificial), o por implantación en la mujer de un embrión después de la fecundación del óvulo en el laboratorio (fecundación in vitro).

3.4. Elementos de la filiación

En la filiación concurren una serie de elementos aparte de los biológicos, que sirven para establecer los presupuestos jurídicos que se deben regular, a estos elementos biológicos se incorporan elementos de carácter afectivo, social, espiritual, entre otros, convirtiendo las relaciones paterno filial complejas.

⁴³ Res. N° 2008-006813, SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diecisiete horas y cincuenta y seis minutos del veintitrés de abril del dos mil ocho.

- a. **Dato biológico:** es el primer elemento considerado, la relación paterno filial se basa en una base meramente biológica, en este descansa el principal pilar de la institución. Al ser un hecho natural de todos los seres humanos, un hijo siempre tendrá un padre y una madre.

La maternidad y paternidad son dos elementos en que se basa la relación de filiación desde el punto de vista físico, ya que todo aquel que nace necesariamente tiene un padre y una madre; el problema estriba en que idénticos hechos naturales, no tienen tratamiento jurídico idéntico, en razón de determinadas circunstancias extrínsecas a los mismos, la relación jurídica sólo existe entre el hijo (a) y sus dos progenitores, sin embargo esta relación puede no existir en casos concretos, bien porque resulten totalmente desconocidos o no identificables los progenitores del hijo (a), o uno de ellos, generalmente el hombre, bien porque, aunque se sospeche quién puede ser, falten pruebas.⁴⁴

Para el derecho resulta intranscendente que, en el instituto de la filiación, exista una equivalencia entre la relación biológica y la relación jurídica, existen progenitores que no son padres basándonos en el sentido jurídico de la palabra y también hay padres para el derecho que no son progenitores. Aunque la filiación es un hecho biológico jurídico, siendo que el vínculo de

⁴⁴ HERRERA CAMPOS, Ramón, *La investigación de la paternidad y la filiación no matrimonial*, Universidad de Granada, Granada, 1987, p. 29

sangre se une con la relación jurídica, se dan casos donde se da una relación biológica pero no jurídica, o una relación jurídica que no es biológica.

- b. **La voluntad:** Es un elemento fundamental de la filiación, es el acto de la voluntad, la decisión autónoma e independiente de ser madre o padre, es la causa eficiente por excelencia de la filiación. Su fundamento es el amor filial.

3.5. Efectos de la filiación

Dentro de la dinámica de la filiación, ese vínculo jurídico generado entre dos personas y derivado por hechos biológicos o de actos jurídicos, generan una serie de efectos, derechos y obligaciones, derivados de la relación, podemos resumir los más importantes, como:

- a) Código Civil artículo 49; los hijos tienen derecho a llevar los apellidos del padre y la madre.
- b) Código de Familia artículos 127,128,129,130,131; se origina la obligación en dos sentidos de respeto y obediencia de los hijos hacia sus padres y la asistencia, educación, guarda crianza, administración de bienes en relación de los padres para con los hijos.
- c) Código de familia artículo 156,157; produce obligación de derecho recíproco a de alimentación.
- d) Relación parental entre los hijos y los consanguíneos; y a veces con los afines de los padres.

- e) Código Civil artículo 571,572, 595: sobre derechos sucesorios recíprocos entre los ascendientes y descendientes.

La filiación determina una serie de derechos y obligaciones, entendidos todos, en favor del menor. El ordenamiento jurídico en Costa Rica respeta el principio *favor filii* en todas las relaciones familiares, y más cuándo se involucran menores de edad,

- Determinación del nombre y apellidos, siendo esto un derecho de personalidad de los hijos.
- Atribución de la patria potestad.
- Derechos alimenticios y sucesorios.
- La nacionalidad, si el Estado contempla como forma de adquirir la misma mediante el *ius sanguinis*.

Otros efectos:

- Derecho permisos por maternidad, paternidad o adopción.
- Prestaciones que ofrece la Seguridad Social debido al vínculo filial.
- Efectos penales y cuasi delictuales. Puede atenuar o agravar determinados delitos. Además, hace que la responsabilidad civil por los actos del menor se extienda a sus progenitores.

3.7. Principios Constitucionales Aplicables a la Figura de la Filiación

El objeto esencial de la constitución, según BURDEAU, es la organización del ejercicio del poder del Estado. "Esta organización puede descomponerse en un cierto número de reglas que determinan el estatuto de los gobernantes y, paralelamente, precisan la naturaleza y los fines de su actividad política. El objeto de la constitución es entonces doble: de una parte, designa las personalidades o colegios a los cuales corresponderá decidir por el Estado y ella fija su competencia y las modalidades de su ejercicio; de otra parte, indica cuál doctrina de organización social y política representan los gobernantes y, por ello, identifica la idea de derecho que será la idea de obra de la institución estatal."⁴⁵

"El Derecho Constitucional es de gran importancia, pues este estudia la Constitución Política, la cual se encuentra en primacía jerárquica ante cualquier otra normativa nacional, dado a ello, los principios constitucionales se relacionan con otros campos de la ley, como es el caso del Derecho de Familia; en el cual se ha dado una fuerte lucha por la igualdad de las personas, así pues, a la mujer se le han otorgado potestades y obligaciones que antes ni remotamente le era imaginable poseer; los hijos han conseguido que no se les pueda calificar sobre su filiación, los niños en general han obtenido derechos que les fortalecen su integridad humana, en síntesis,

⁴⁵ VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Constitucional General. 2º Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1981. pp. 20-22.

se han producido cambios que ha favorecido a la sociedad.”⁴⁶

De ahí se desprenden los aspectos que rigen una sociedad y las transformaciones sucesivas, plasmados en principios que rigen el estado social de derecho, según ARROYO ROJAS, Paula Marcela⁴⁷

a. Principio de Igualdad.

“Respecto al derecho de filiación, el principio de igualdad ha incorporado grandes aportes al mismo, tal es el caso de poder establecer la investigación de paternidad; la búsqueda de la verdad biológica, siempre que se encuentre dentro de un ámbito racional; la igualdad de los hijos; sin embargo, existe una problemática respecto al reconocimiento de los hijos extramatrimoniales, ya que éste procedimiento sólo puede ser realizado "con el consentimiento expreso de la madre, con lo que si el padre de un hijo extramatrimonial quisiera reconocerlo y su madre no está de acuerdo, el padre verá frustrada su intención.

El principio de igualdad consiste, como anteriormente lo señalamos, en tratar igual a las personas que se encuentran en situaciones similares, así pues, en el caso en mención, tanto la madre como el padre se encuentran en igualdad de condiciones, por lo que se cuestiona si el artículo 84 del Código de Familia que

⁴⁶ ARROYO ROJAS, Paula Marcela. La Figura de la Filiación a la Luz del Principio de Igualdad en el Código de Familia Costarricense. Tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, 2000. Costa Rica pp. 94.

⁴⁷ ARROYO ROJAS, Paula Marcela. La Figura de la Filiación a la Luz del Principio de Igualdad en el Código de Familia Costarricense. Tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2000. pp. 94-97, 100-101, 105-108.

regula el reconocimiento mediante trámite regular viola el artículo 33 de la Carta fundamental; esta disyuntiva se planteará y estudiará ampliamente en el capítulo IV de esta tesis de grado.”

b. Principio de la No Discriminación.

“Este principio se encuentra consagrado en el artículo 33 de nuestra Constitución; puede definirse como aquella prohibición de realizar tratos diferentes que se dirijan en contra de la dignidad humana.

Ahora bien, la discriminación "... desde el punto de vista jurídico, significa otorgamiento de trato diferente basado en desigualdades injustas o arbitrarias, que son contrarias a la igualdad entre los hombres;" por tanto, al hablar de la no discriminación debemos recordar que no importa la raza, sexo, condición social o política, no se le debe dar un trato diferente a las personas que se encuentren en condiciones iguales. En el punto que una diferenciación carezca de razonabilidad y una justificación objetiva, estamos cayendo en un trato discriminatorio.

Cuando nos referimos al estudio de este principio, deben aclararse los conceptos de discriminación y diferenciación, ya que entre estos se presentan confusiones que dejan una zona gris en la aplicación del principio en análisis, de tal forma la ley prohíbe la discriminación, no así la diferenciación en situaciones que lo ameriten.

Así pues, "... la distinción entre uno y otro concepto se encuentra en que la discriminación es injustificada y no razonable, además de estar constitucionalmente vedada, la diferenciación, en cambio, es posible, siempre y cuando se funde sobre una base objetiva y razonable. En síntesis, lo que se prohíbe es la diferencia de trato arbitrario ..."

Tanto el principio de igualdad como el principio de la no discriminación se complementan en sus objetivos, de tal forma que, aunque merecen un análisis separado, existe un vínculo de unión en el sentido que debe tratarse igual a los iguales, en donde las diferencias que se producen para clasificar cuáles son las situaciones similares deben de carecer de carácter discriminatorio.

En este orden de ideas, es evidente la importancia de la no discriminación en el derecho de filiación; cabe recordar que en la historia de nuestro Derecho de Familia se ha evolucionado favorablemente en este sentido, ya que en legislaciones pasadas se discriminaba acerca de la situación filial de los hijos, fue así, como se daban clasificaciones según haya sido la relación que les dio origen, de tal manera, un hijo matrimonial tenía pleno ejercicio de todos los derechos, sean políticos, jurídicos que como persona le correspondían; sin embargo, los hijos incestuosos carecían de muchas potestades, como lo era la inexistencia de un vínculo jurídico que la relacionaba con su padre, además se le discriminaba al limitar su derecho a participar en la sucesión de su progenitor.

Actualmente, el artículo 3 del Código de Familia "... prohíbe toda calificación sobre

la naturaleza de la filiación ..." 102, con lo cual se eliminó toda discriminación existente entre los hijos, al mismo tiempo esta norma se relaciona con el artículo 54 de la Constitución Política el cual "prohíbe toda calificación personal sobre la naturaleza de la filiación...", lo anterior es un claro ejemplo del trabajo que han realizado los juristas para evitar la discriminación en el marco legal costarricense."⁴⁸

c. Principio de Protección al Menor.

“En el Derecho nacional ha surgido una corriente jurídica de proteger a las personas que se encuentran en una situación desventajosa, es así como la Constitución Política en su artículo 51 dice:

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

Con esta norma se ha fundamentado el principio de protección al menor, el cual busca hacer valer todos los derechos que como persona le corresponden al menor, buscando la satisfacción del interés superior del mismo. Este elemento forma parte de uno de los principios más importantes del derecho de familia, como lo es el "principio protector", el cual es una reafirmación del artículo constitucional antes mencionado.

⁴⁸ Constitución Política de la República de Costa Rica. (1948). Costa Rica. Consultada el 18 de julio de 2016.

El Código de Familia estipula en su artículo primero la "... obligación del Estado costarricense de proteger a la familia ...", con lo que también se comprende al menor de edad, el cual es considerado parte esencial de la misma, ahora bien, es pertinente aclarar que el concepto de familia debe entenderse en un sentido amplio, ya que ésta comprende no sólo al matrimonio, sino también a las uniones de hecho, estables, singulares en donde reinen lazos afectivos y una adecuada protección y cuidado entre los miembros del núcleo.

El Código de la Niñez y la Adolescencia es una normativa que se creó como consecuencia de las obligaciones que nuestro país obtuvo al ratificar la Convención sobre los derechos del niño, el objetivo principal de este Código es "... constituir el marco jurídico mínimo para la protección integral de los derechos de las personas menores de edad, además establece los principios fundamentales tanto de la participación social o comunitaria como de los procesos administrativo y judicial que involucren los derechos y las obligaciones de esta población, así también estipula que las normas de cualquier rango que les brindan mayor protección prevalecerán las disposiciones de este Código ...", así las cosas, este cuerpo legal es uno de los principales fundamentos jurídicos del principio en análisis."

d. Derecho de Toda Persona a Saber Quiénes son sus Padres.

"Nuestro ordenamiento jurídico consagra derechos constitucionales de gran

trascendencia para la filiación, uno de ellos es la facultad de las personas de conocer quiénes son sus progenitores, el cual se encuentra estipulado en el artículo 53, dice:

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

Es así, como el derecho en estudio es otorgado a nivel constitucional, lo cual es entendible ya que, para un individuo, el hecho de conocer quiénes son sus ascendientes es parte de su integridad, pues le afecta en varios campos de su vida, sean civiles, emocionales y sociales.

La Convención sobre los derechos del niño en su artículo 7.1 señala que "el niño en la medida de lo posible tiene derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos"; de la misma forma el Código de la Niñez y la Adolescencia en su artículo 30 estipula que "las personas menores de edad tendrán derecho a conocer a su padre y madre y ser cuidados por ellos"; estas dos pautas normativas se encuentran consagradas por el mismo principio, es decir, el derecho del hijo, (menor o mayor de edad) de saber quiénes fueron sus padres, en este caso se presentan dos situaciones, la primera referente a la madre, pues al ser la maternidad un hecho, para verificar el vínculo biológico debe probarse que la madre se encontraba en cinta, por lo cual tuvo un parto, en donde el producto de éste es el menor que trata como hijo, por otra parte, es más conflictivo averiguar

quién es el padre, pues se parte del hecho de que la paternidad es una presunción. Según nuestro marco legal, al Estado se le otorga un papel trascendental en la protección del derecho en análisis, con el cual éste debe ofrecer todos los medios jurídicos necesarios para que todo hijo conozca sus orígenes, siempre y cuando se mantenga bajo los parámetros y límites que la legislación costarricense establece.”

e. Derecho a la no Calificación de la Filiación.

“Al consagrarse el principio de igualdad en la Constitución Política de 1949, se presentaban varias modificaciones en ciertas normas de nuestro ordenamiento con el fin de lograr la armonización en el mismo.

Un cambio relevante fue el que se produjo por medio del siguiente artículo constitucional:

"...Artículo 54: Se prohíbe toda calificación personal sobre la naturaleza de la filiación..."

Asimismo, el Código de Familia refuerza este derecho con las siguientes normas:

"Artículo 3: Filiación. Prohibición de calificar su naturaleza. Se prohíbe toda calificación sobre la naturaleza de la filiación.

Artículo 4: Igualdad de hijos: En cuanto a los derechos y obligaciones entre padres e hijos, ninguna diferencia hay respecto de los habidos dentro del

matrimonio o fuera de él..."

De esta forma nuestro Derecho de Familia dio un giro hacia la protección de igual trato a todos los hijos, sean estos matrimoniales o extramatrimoniales, estableciéndose la consolidación de los derechos y deberes de éstos.

Al prohibir la calificación personal sobre la naturaleza de la filiación se dio un gran avance jurídico en nuestro medio, pues a través de la historia los hijos matrimoniales eran los únicos que gozaban plenamente todas sus potestades, no así los hijos que no eran producto de una unión matrimonial, ya que se consideraba que si se apoyaba a esa clase de hijos, se iba a fomentar una conducta que se dirigiera en contra del orden público, con el cual, a los hijos se les castigaba con un trato desigual por el comportamiento de sus progenitores.

Ahora bien, en la actualidad a ninguna persona se le puede discriminar por el tipo de filiación a la cual pertenece, así las cosas, todo hijo se encuentra amparado por la ley, para que todos sus potestades y obligaciones que como persona le corresponden se den a respetar, en donde, pueda disfrutar a plenitud los otorgamientos que el sistema jurídico les concede."

3.8. Título de estado de filiación

La determinación de la filiación, en si no presentará ningún problema. Por ejemplo, se presume la paternidad en los hijos nacidos en el seno de un matrimonio. En las filiaciones no matrimoniales bastará con emitir una declaración de reconocimiento.

Sin embargo, en otras ocasiones la determinación de la filiación puede ser más conflictiva. En definitiva, destacan como procedimientos de atribución de la filiación:

- i. El parto, que vincula a la madre y su descendencia.
- ii. La presunción de paternidad, que opera en los matrimonios que lleven cierto tiempo casados.
- iii. El reconocimiento, que se aplica en filiaciones extramatrimoniales.
- iv. La sentencia firme, en los casos en que exista debate.
- v. El acto por el que se aprueba la adopción, en estos casos.
- vi. La posesión de estado, en casos límite.

3.9. Formas de adquirir la filiación

La filiación se determina desde que ocurre el hecho generador, teniendo efectos retroactivos. El hecho generador puede ser el nacimiento, la adopción, el reconocimiento, el documento o sentencia que reconozca la filiación que en caso de nuestro país debe inscribirse en el Registro Civil.

Como ya se indicó en el punto 3. Tipos de filiación, témenos la filiación biológica, la filiación matrimonial y la filiación extramatrimonial, dentro de estos tipos tenemos varias formas de adquirir la filiación, en este capítulo se realiza mención general de las formas según cada tipo, en el **capítulo IV**, desarrollaremos detalladamente el proceso, detalle, aristas y aspectos de cada proceso.

i. Filiación por matrimonio

Hijos de Matrimonio

Artículo 69.- Se presumen habidos en el matrimonio los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde su celebración o desde la reunión de los cónyuges separados judicialmente y también los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges judicialmente decretada.

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

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

ii. La legitimación

Filiación de los hijos adquirida por subsiguiente matrimonio de los padres.

Situación de los hijos en caso de declararse nulo el matrimonio celebrado entre sus padres.

Desde cuando se adquiere la condición de hijo de matrimonio

iii. Filiación extramatrimonial

Será no matrimonial la filiación de un hijo cuando los padres no están casados entre sí. Por ejemplo, los hijos de una pareja de hecho o de una relación extraconyugal.

La filiación no matrimonial se determina:

- i. Por declaración del padre en el momento de la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, en el correspondiente formulario de declaración de nacimiento.
- ii. Por el reconocimiento del padre ante funcionario del Registro Civil.
- iii. Por el reconocimiento del padre ante funcionario del Patronato Nacional de la Infancia.
- iv. Por el reconocimiento del padre en testamento o en otro documento público.
- v. Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil, que tiende a evitar el correspondiente proceso judicial, Ley de Paternidad Responsable.
- vi. Por sentencia firme recaída en proceso judicial de filiación.
- vii. Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento.

iv. El reconocimiento

a. Reconocimiento en Sede Administrativa, ante el Registro Civil

Artículo 84.- Reconocimiento mediante trámite regular.

Podrán ser reconocidos por sus padres todos los hijos habidos fuera del matrimonio, cuya paternidad no conste en el Registro Civil; igualmente, los hijos por nacer y los hijos muertos.

El reconocimiento deberá efectuarse ante el Registro Civil, el Patronato Nacional de la Infancia o un notario público siempre que ambos padres comparezcan personalmente o haya mediado consentimiento expreso de la madre. El notario público deberá remitir el acta respectiva al Registro Civil dentro de los ocho días hábiles siguientes.

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

b. Reconocimiento en Sede Judicial

c. Artículo 85.- Reconocimiento mediante juicio.

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

También podrán reconocerse la hija o el hijo concebidos cuando la madre esté ligada en matrimonio; sin embargo, para que el reconocimiento surta los efectos legales consiguientes, es necesario que hayan sido concebidos durante la separación de los cónyuges; que el hijo no esté en posesión notoria de estado por parte del marido y que el reconocimiento haya sido autorizado por resolución judicial firme. Para este efecto, quien desee efectuar el reconocimiento presentará la solicitud correspondiente ante el Juez de Familia de su domicilio, con el fin de que el acto sea autorizado según los trámites previstos en los artículos 796 siguientes y concordantes del Código Procesal Civil.

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

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

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

Si no existe oposición, una vez comprobadas sumariamente las condiciones expresadas, se autorizará el reconocimiento. El notario o el funcionario dará fe, en

la escritura respectiva, de estar firme la resolución que lo autoriza e indicará el tribunal que la dictó y la hora y la fecha de esa resolución.

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

d. Reconocimiento por testamento

El Artículo 89.- Reconocimiento por testamento.

El reconocimiento que resulte de testamento no requerirá el asentimiento de la madre. Este reconocimiento no perderá su fuerza legal, aunque el testamento sea revocado.

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

v. Investigación de la maternidad y paternidad

Artículo 94.- Es permitida la investigación de paternidad del hijo por nacer.

Artículo 95.- La investigación de paternidad o maternidad, tratándose de hijos mayores, podrá intentarse en cualquier momento.

Si el padre o madre falleciere durante la minoridad del hijo, podrá intentarse la acción, aún después de su muerte con tal de que se ejercite antes de que el hijo haya cumplido veinticinco años.

Sin embargo, en el caso de que el hijo encontrare un documento escrito o firmado por el padre o madre en el cual éste o ésta expresen su paternidad o maternidad,

podrá establecer su acción dentro de los dos años siguientes a la aparición del documento, si esto ocurriere después de vencidos los términos indicados.

Lo dispuesto en este artículo ha de entenderse sin perjuicio de las reglas generales sobre prescripción de bienes.

(Así reformado este artículo de acuerdo con la anulación parcial ordenada por resolución de la Sala Constitucional N° 1894-99 del 12 de marzo de 1999.)

vi. Ley de paternidad responsable

Artículo 1º-Refórmanse los artículos 54 y 112 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil, N.º 3504, del 10 de mayo de 1965, cuyos textos dirán:

"Artículo 54.-Inscripción de hijas e hijos habidos fuera del matrimonio. En la inscripción de nacimiento de hijos e hijas habidos fuera del matrimonio, se consignarán la paternidad y la maternidad, si la declaración es hecha por las dos personas que se atribuyen la calidad de progenitores y ambos la firman.

El Registrador deberá hacer el apercibimiento a la madre de las disposiciones legales y administrativas establecidas respecto de la declaración e inscripción de la paternidad; asimismo, de las responsabilidades civiles en que pueda incurrir por señalar como tal a quien, después de haberse sometido a las pruebas técnicas respectivas, no resulte ser el padre biológico; además, de las características de la certeza de la prueba de ADN y de la obligatoriedad de

practicarse la prueba. Informada la madre y en ausencia de declaración del padre, ella podrá firmar el acta e indicar el nombre del presunto padre.

En ese acto, la criatura quedará inscrita bajo los apellidos de su madre. Al presunto padre se le citará mediante notificación, para que se manifieste al respecto dentro de los diez días hábiles a partir de la notificación, y se le prevendrá de que la no manifestación de oposición al señalamiento de paternidad dará lugar al reconocimiento administrativo de la filiación. En caso de que al apersonarse no acepte la paternidad del menor, se dará solo una cita gratuita a la madre, a la criatura y al padre señalado, para que acudan a realizarse un estudio comparativo de marcadores genéticos, ante los laboratorios de la Caja Costarricense de Seguro Social acreditados por el Ente Nacional de Acreditación de Laboratorios (ENAL); mediante este estudio quedará definido si la afiliación señalada es cierta. La Caja Costarricense de Seguro Social tendrá la obligación de garantizar la cadena de custodia de la prueba, así como de comunicar al Registro Civil los resultados de la prueba. Si el presunto padre no se apersona o si se niega a llevar a cabo la prueba genética, procederá aplicar la presunción de paternidad y dará lugar para que así se declare, administrativamente, y se inscriba con los apellidos de ambos progenitores, siempre y cuando la madre y el niño o la niña se hayan presentado a realizarse la prueba. Dicha declaración administrativa otorgará las obligaciones legales propias de la paternidad.

Inscrita la declaración administrativa de la paternidad, el progenitor o sus sucesores podrán tramitar, en la vía judicial, un proceso de impugnación de la paternidad declarada administrativamente. Este trámite no suspenderá la inscripción del menor.

Contra la resolución administrativa que determine presuntivamente la paternidad, no cabrá recurso administrativo alguno.

Contra esa resolución no cabrá, en vía judicial o administrativa, el incidente de suspensión de ejecución ni cualquier otra medida cautelar tendiente a enervar sus efectos."

"Artículo 112.-Apelación de las resoluciones del Registro, término y trámite. Toda resolución del Registro podrá apelarse ante el Tribunal, dentro del término de tres días posteriores a la notificación respectiva. Quedan a salvo las disposiciones que en cuanto a recursos establecen el Código Electoral, la Ley de Extranjería y Naturalización y el artículo 54 de esta Ley.

Si el recurso se formula en tiempo, el Registro lo admitirá inmediatamente después de interpuesto y enviará el expediente al Tribunal.

Recibido el expediente, el Tribunal resolverá dentro del término de quince días, salvo que ordene pruebas para mejor proveer; en este caso, el término se contará a partir del día en que la prueba haya sido evacuada."

vii. Filiación por adopción

Artículo 103.- Clases de adopción.

La adopción puede ser conjunta o individual. Si el adoptante es único, la adopción es individual.

La adopción conjunta es la decretada a solicitud de ambos cónyuges y solo pueden adoptar así quienes tengan un hogar estable. Para tal efecto, deberán vivir juntos y proceder de consuno.

De fallecer uno de los adoptantes antes de dictarse la resolución que autoriza la adopción, el Juez podrá aprobarla para el cónyuge supérstite, apreciando siempre el interés superior del menor.

(Así reformado por el artículo 2 de ley No.7538 del 22 de agosto de 1995)

(Interpretado por resolución de la Sala Constitucional No. 7521-01 del 1 de agosto de 2001, en el sentido de que la adopción conjunta comprende "ambos convivientes" cuando la solicitud de adopción la presenten en forma conjunta la pareja acreditada como ligada en unión de hecho conforme al artículo 242 del Código de Familia).

3.10. Acciones de Filiación

Las acciones de filiación son aquellas las que permiten crear, modificar o extinguir un estado de familia. Las clases de acciones de filiación son:

- Reclamación

- impugnación
- Desconocimiento
- nulidad

3.11. Características de las acciones de filiación

- i. Personalísimo: son inherentes a su titular y sólo pueden ser ejercidas por sus herederos cuando la ley les concede esa posibilidad.
- ii. inalienables: no puede cederse o traspasarse el derecho de incoar una acción de este tipo.
- iii. Fuera del comercio: (aunque una filiación debidamente declarada genera efectos patrimoniales).
- iv. Son indisponibles: están fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad y sobre ellas no puede existir ningún arreglo extrajudicial (transacción o arbitraje).
- v. Son declarativas: a excepción de las adoptivas, porque no crean o constituyen un nuevo estado de familia, sólo reconocen un estado preexistente y desconocido (de ahí su efecto retroactivo).

CAPITULO 4. Procesos para adquirir la filiación

“sin una prueba legal de su identidad, los niños no cuentan y son invisibles.”⁴⁹

⁴⁹ <https://www.unicef.org/es/historias/registro-nacimiento-importante>

La determinación de la filiación, en el caso de la filiación paterna ofrece menos problemas en relación a su certeza cuando es producto de la unión matrimonial, rigiendo en principio "Pater est is quem nuptiae demonstrat", donde se parte que el padre es el esposo de la madre.

Esta determinación de filiación, en los nacimientos habidos fuera del vínculo matrimonial, este tipo de nacimientos en mayor medida genera incertidumbre, generando en muchos casos, elementos pocos precisos para determinar la filiación paterna.

La defensa de la filiación matrimonial y su protección o legislación se da en muchos países casi de forma exclusiva, se indica "el legislador que considera la familia legítima como el ambiente necesario para la mejor obtención de los fines que quiere garantizar, se ve obligado a evitar que la condición

dada a los hijos ilegítimos pueda tener como efecto perjudicar a la familia legítima, disminuir su estimación social o debilitar los impulsos que origina su formación".⁵⁰

En otras legislaciones regulan de una forma atenuada la filiación extramatrimonial o buscan equipárala con la filiación matrimonial, no desconociendo el problema.

Doctrinalmente, existen tres opciones, adoptadas por letrados, tratadistas y comentaristas. Las legislaciones en la actualidad pueden clasificarse en:⁵¹

⁵⁰ CICU, Antonio. El Derecho de familia. Ed. Ediar, Buenos Aires, 1947, p. 17 y 18. Considera que todas las demás personas a pesar de relacionarse con la familia son extrañas a ella.

⁵¹ Clasificación seguida por el Licenciado Salas Miranda, en su Tesis de Licenciatura "Equiparación Legal de los Hijos Incestuoso, Adulterinos y Sacrilegos"

- a. Legislaciones que mantienen el criterio clásico tradicional, tales como la española, la francesa, italiana, belga, holandesa, chilena, panameña, colombiana y otras más. En algunas de estas se han introducido reformas que atenúan un tanto o el criterio tradicional;
- b. Legislaciones en que se aprecia una mayor atenuación; las que tienden en algunos aspectos a la casi equiparación entre hijos de matrimonio y extramatrimoniales, entre ellas la alemana, suiza, sueca, noruega, las de varios Estados Norteamericanos, y la mexicana que es bastante amplia llegando casi a la equiparación y en la cual solo existen en hijos de matrimonio y extramatrimoniales;y
- c. Legislaciones en que existe equiparación absoluta a entre los hijos de matrimonio con los extramatrimoniales, tales como la que establecía la Constitución Política de la Republica española de 9 de diciembre de 1931, el Código de familia de la Unión Soviética de 1927, la de Cuba, y la que establece actualmente la legislación Costarricense en virtud de la promulgación de la Constitución Política de 1949.

4.1. Modos determinar la filiacion

La doctrina nos dice que existen tres formas de determinar la filiación, estas son legal, voluntaria y judicial, al respecto Bossert Gustavo A, y Zannoni Eduardo A ⁵² indican:

⁵² Bossert Gustavo A, y Zannoni Eduardo A. (2005). Manual de Derecho de Familia, 6ª Edición, Buenos Aires Argentina: Editorial Astrea. p. 441

- I. **Legal:** cuando la propia ley, en base a ciertos supuestos de hecho, la establece.

Por ejemplo, las presunciones establecidas en el artículo 69 de nuestro Código de Familia, si el hijo nacido dentro del vínculo matrimonial, los nacidos 180 días posteriores a la celebración del matrimonio o los nacidos inclusive hasta 300 días posteriores a la disolución del mismo.

- II. **Voluntaria (o negocial):** cuando la determinación proviene de la eficacia que se atribuye al reconocimiento, expreso o tácito, del hijo.

Por ejemplo, el trámite de reconocimiento, establecido en el artículo 69 de nuestro Código de Familia, donde indica que se podrán reconocer todos los hijos nacidos fuera del vínculo de matrimonio cuya paternidad no conste en el Registro civil.

- III. **Judicial:** la determinación que resulta de la sentencia que declara la paternidad o la maternidad no reconocida, en base a las pruebas relativas al nexo biológico.

Por ejemplo, el trámite de reconocimiento mediante juicio, establecido en el artículo 85 de nuestro Código de Familia.

- IV. **Administrativa:** es la que se establece con la promulgación de la Ley de Paternidad Responsable, procedimiento por medio del cual se puede consignar la maternidad y paternidad.

4.3. Formas de adquirir la filiación

i. FILIACION NATURAL

Este tipo de filiación presupone que no hay un vínculo matrimonial entre el padre y la madre, por lo que el hijo nace fuera de matrimonio y la filiación se da exclusivamente respecto de la madre por el hecho del nacimiento. Esta filiación se da en relación a la madre con respecto al producto nacido, se procede con la misma al realizar la declaración de nacimiento ante funcionario del Registro Civil o persona encargada en el centro de salud donde se realizó el parto.

ii. FILIACION MATRIMONIAL O FILIACION LEGITIMA

El capítulo primero “Paternidad y Filiación”, título segundo “Hijos de matrimonio”, artículo 69 del Código de Familia costarricense, presupone la existencia de la filiación, en virtud del matrimonio entre los padres, producto de las relaciones sexuales de los dos cónyuges. El lazo de matrimonio, se tiene como presupuesto, con la relación al hijo nacido.

Desde su demostración se aprecia que existe diferencia entre la paternidad y maternidad que se atribuye. El hecho material del parto en la mujer casada, cuya comprobación se puede realizar directamente, por cuanto la mujer es quien lleva en su vientre al hijo por nacer y su inscripción inmediata, da como resultado la filiación materna.

La paternidad, se deriva de hechos o realidades donde la prueba directa no se puede suministrar. Para determinar la paternidad de una persona, no se da solo con el hecho de probar haber tenido relaciones sexuales con la madre del hijo. "El hecho de la paternidad no se funda nunca en pruebas propiamente dichas, sino en posibilidades, en verosimilitudes más o menos significativas a las cuales el interés social, impone que sedé fe".⁵³

La paternidad de un que se atribuye a un hijo nacido en el matrimonio, se designa en la concurrencia de varias presunciones, encontrándose la cohabitación, la fidelidad, periodo de gestación y voluntad de la persona interesada.

- a. **Cohabitación:** se supone de la existencia de relaciones sexuales entre esposos.
- b. **Fidelidad:** la mujer casada no ha tenido relaciones con ninguna otra persona que no sea esposo.
- c. **Periodo de gestación:** están derivadas de los periodos máximos o mínimos que puede durar la gestación en el vientre de la madre.
- d. **Voluntad de la persona interesada:** es dependiente a la voluntad del padre, la ley nos indica cuando un hijo habido fuera del matrimonio, puede considerarse dentro de él, en el caso de la legitimación, Muscius Scaevola, "En realidad se distinguen dos clases de legitimidad: la natural, determinada por el tiempo de vida probable

⁵³ Colin y Capitant, ob. cit. T. I, pag. 506.

intrauterina, y la que pudiéramos llamar legal en sentido estricto, porque aparece establecida, no con relación a circunstancias normales de la Naturaleza, sino por precepto de la ley."⁵⁴

Presunciones relativas a la fecha de concepción.

“Artículo 69.- Se presumen habidos en el matrimonio los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde su celebración o desde la reunión de los cónyuges separados judicialmente y también los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges judicialmente decretada.

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

- a) Si el marido, antes de casarse, tuvo conocimiento del embarazo de su mujer;
- b) Si estando presente consintió en que se tuviere como suyo al hijo en el acta de nacimiento inscrita en el Registro Civil; y
- c) Si de cualquier modo lo admitió como tal.”⁵⁵

El cuestionamiento que puede darse a la fecha de concepción podría originar problemas relacionados a la filiación de los hijos nacidos al inicio del matrimonio, o de la reunión de los cónyuges separados, al disolverse el vínculo de matrimonio o

⁵⁴ Colin y Capitant, ob. cit. T. I, pag. 50

⁵⁵ CODIGO DE FAMILIA, Costa Rica, ley N°5476

al existir declaración judicial de separación. El tema se ve resuelto en su generalidad, tomando como punto de partida la fecha en que se celebra el matrimonio.

Por esto la legislación costarricense parte de supuestos para poder determinarla, los supuestos empiezan a contar a partir del nacimiento. Tienen fundamento en lo que constituye la normalidad en la mayor cantidad de casos. Es por esto que la normalidad en tiempos máximos es de nueve meses de duración, aunque se debe decir que también se pueden encontrar gestaciones mayores o menores a ese tiempo.

El legislador se decanta por ampliar estos términos a ni mínimun y a un máximun, decantándose por lo indicado en el Derecho Romano, consignada en Las Partidas (Partida 4a, tít- XXIII, ley 49), que indica: "Hipócrás fue un filósofo en arte de la física, que dijo que lo más que la mujer, preñada puede traer la criatura en vientre son diez meses, Otro si dijo este filósofo que la criatura que nasciese fasta en los siete meses, que solo que tenga su nacimiento un día del seteno mes, que es cumplida y vividera."

Estos tiempos de gestación se siguen replicando en las legislaciones modernas, dado que cuentan con la aceptación de la ciencia, específicamente de la ginecología y la embriología.

De acuerdo con el artículo 69 de nuestro Código de Familia, da como resultado de la cohabitación legítima, como hijo de matrimonio aquellos nacimientos ocurridos después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio y antes de los

trescientos días después de la disolución. "Esta presunción es absoluta. Así, un hijo nacido trescientos días, es decir, cerca de diez meses después de la muerte del marido, se considerará como hijo póstumo de éste: para excluirlo de la familia legítima será preciso intentar la acción de denegación. Esto aunque las particularidades fisiológicas del hijo y los incidentes del embarazo, no permitan dudar al médico o a la partera de que el nacimiento ha tenido lugar después de siete meses de gestación solamente"⁵⁶

Los tiempos establecidos por especialistas médicos coinciden en que el tiempo mínimo que el feto necesita para vivir son seis meses y que el máximo no se tarda más de diez meses. Sabiendo que si existen nacimientos en los cuales estos tiempos se ven sobre pasados.

COMPUTO DE LOS TERMINOS

Resulta importante indicar que la concepción se define como un "proceso biológico en el que un óvulo y un espermatozoide se fusionan para crear un nuevo individuo, con el genoma aportado por sus progenitores."⁵⁷

El legislador en el artículo 69 del Código de Familia fija los plazos máximos y mínimos a tomar en cuenta, sean estos 180 y 300 días, esto tomado de criterio médico, donde se realiza un promedio del plazo mínimo de gestación para que la vida sea factible,

⁵⁶ Colin y Capitant, Ob. cit. T. I, p. 518.

⁵⁷ Salud: Enciclopedia de salud, dietética y psicología.
<http://www.encyclopediasalud.com/definiciones/fecundacion>. Consultada el 22 de setiembre de 2013.

en 180 días, sean estos, seis meses. No estando exentos en que se den casos de excepción donde el periodo de gestación sea menor.

En lo que respecta al plazo máximo de 300 días dados después de la disolución del matrimonio, esta cantidad de días se da por el criterio de los ginecólogos, obstetras y especialistas de la época en que se estableció la presunción, coincidiendo en que la gestación tiene un periodo máximo de 300 días. Por este criterio medico la mayor parte de los países latinoamericanos establecen este plazo en sus legislaciones.

4.3. Acciones que nacen de la filiacion matrimonial, acciones ante la “presunción pater is est”

Las pretensiones o acciones derivadas de la filiación buscan el restablecimiento del verdadero *status filii* o calidad de hijo en relación con su familia. Para Azpiri ⁵⁸ que son aquellas que procuran obtener un pronunciamiento judicial para constituir, modificar o extinguir un emplazamiento familiar. Es llevar a los estrados judiciales su determinación, es decir, la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta.

59

Las acciones de filiación buscan facilitar la adecuación entre la filiación como hecho y la filiación como relación jurídica. Se canalizan a través de acciones judiciales, de

⁵⁸ AZPIRI, Jorge. Juicio de filiación y patria potestad. 2ª edición. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 113.

⁵⁹ LACRUZ BERDEJO, José y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. Derecho de Familia N° 327. Bosch, Barcelona, 1982, p. 606

demandas, que procuran la identificación de los vínculos de filiación tendiendo a la investigación de la parentalidad.⁶⁰

Es criterio de Ferreyra de La Rúa⁶¹, que el proceso de familia cuenta con sus propios principios:

- Oficiosidad.
- Inmediación.
- Oralidad y libertad.
- Amplitud probatoria.
- Tutela judicial efectiva.
- Buena fe y lealtad procesal.

Entre sus características podemos indicar:

- **Imprescriptibles:** No debe influir el paso del tiempo en su admisibilidad.
- **Inalienables:** No puede existir limitación o restricción, ser cedidos o mercantilizados.
- **Personales:** Refiere DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN⁶² Solo pueden ser utilizadas por un número limitado de personas. Sin embargo, la tendencia actual es liberalizar la legitimidad de obrar. Esta característica está perdiendo

⁶⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das familias. 4ª edición revisada, actualizada y ampliada. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 345.

⁶¹ FERREYRA DE LA RÚA, Angelina. “El procedimiento de familia en el proyecto”. En: La Ley, año LXXVI, N.º 115, jueves 21 de junio de 2012, pp. 2-3.

⁶² DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Ob. cit., p. 341.

relevancia, no son tan intuitu personae, al primar el interés de conocer la verdad, el denominado derecho a la obtención y difusión de la verdad.

- **Intransmisibles:** Bajo ningún título pueden ser transferidos.
- **Indisponibles:** Dice Díez-Picazo y Gullón⁶³ que las acciones están fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad. Impide que la materia pueda quedar regulada fuera de proceso judicial, de la misma forma no cabe la transacción, arbitraje, ni allanamiento, en todo caso se entiende como mero reconocimiento.
- **Irrenunciables:** Condición de aquello, normalmente un derecho, a lo que no puede renunciarse por no permitirlo el ordenamiento.
- **Eficacia erga omnes:** El efecto de la aplicación de la norma tendrá efectos "respecto de todos" o "frente a todos"
- **Declarativas:** Da un efecto retroactivo *ex tunc*, dado que confirma la existencia no de un vínculo filiatorio.
- **Eficacia en su realización:** Busca concretar el *status familiae*, para que estos sean admisibles en el ejercicio de los demás derechos (*alimentación, derechos sucesorios*)

Para FAMÁ⁶⁴, las medidas cautelares en el Derecho de Familia presentan algunas particularidades o connotaciones propias en cuanto a su carácter instrumental, a su

⁶³ Idem, p. 342

⁶⁴ FAMÁ, María Victoria. La filiación: régimen constitucional, civil y procesal. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 230.

providencia inaudita parte, a los presupuestos que hacen a su admisibilidad y ejecutabilidad, a la facultad del órgano para disponerlas de oficio, a la disponibilidad inmediata de su objeto y a la no sujeción normativa a plazos de caducidad.

4.4.1. Clases de acciones

Estas tienen como objetivo asignar (emplazar el status que falta) o el eliminar (desplazar lo que no me corresponde, la filiación de una persona.

Al aplicar la presunción establecida en el artículo 69 del Código de familia, se podría incurrir en que se registre como padre a un hombre que biológicamente no es el progenitor, siendo incongruente la realidad biológica y la relación jurídica de la filiación. La normativa de nuestro país prevé los procesos, en los cuales se puede revertir tal situación.

En resolución 367-2006 del Tribunal de Familia, indica en este sentido:

“Contra dicha presunción de paternidad del matrimonio se puede generar en contrario, básicamente por tres vías. Una es la prevista en los artículos 70 y 72 del Código de Familia, mediante la impugnación de paternidad, cuyo legitimado es el marido. Otra vía, es la que establece el numeral 71 del Código de Familia, a saber, la declaratoria de extramatrimonial dad de hijo, cuyos legitimados son la madre y el hijo. Y aún nuestro ordenamiento en forma práctica establece una tercera forma, y es mediante el reconocimiento de hijo de mujer casada,

conforme con el numeral 85 del Código de Familia cuyo legitimado es quien afirme ser padre biológico".⁶⁵

Los procesos de para corregir los vínculos paterno-filiales de los menores deben de ser tramitadas vía Juzgados de Familia, requiriendo de patrocinio de un profesional en derecho. En este apartado verificaremos el tipo de proceso, tipo de contención, personas legitimadas y la implicación que se deriva en relación del género, el marco normativo que lo regula.

i. Vindicación de estado

Es una acción poco utilizada en nuestro país, esta figura se encuentra establecida en los artículos 76 y 77 del Código de Familia

ii. Declaratoria de extra-matrimonialidad (declaración de hijo extramatrimonial)

Encuentra sustento en el principio de la investigación del vínculo filial. Concede el derecho, a quien no cuenta con una filiación establecida, a solicitar su institución respecto de quien considere su padre o madre. La persona que acciona, o en beneficio de quien se acciona, no debe contar con una filiación establecida respecto de quien pretende demandar.

El proceso está regulado en el artículo 71 del código de familia, establece dos requisitos elementales, que son:

⁶⁵ Tribunal de Familia, voto 367-2006, de las once horas del veintitrés de marzo de dos mil seis.

- a) el menor haya *“nacido después de trescientos días de la separación de hecho de los cónyuges”*, considerándose este un criterio objetivo y razonable por considerarse que cuenta con criterio que tiene base científica
- b) *“no haya tenido posesión notoria de estado por parte del marido”, es importante recordar que el adulterio de la mujer no autoriza por sí mismo al marido para desconocer al hijo; pero al demostrar que este se dio durante la época de la concepción del hijo, le será admitida para demostrar su no paternidad.*

Además, indica que las únicas personas legitimadas para realizar este proceso son *“la madre o del hijo, o de quien represente a éste”*

Los cambios introducidos al analizar El voto N° 740, de las 9:55 horas del 4 de agosto del año 2000, dictado por Sala Segunda:

“Así se determina la verdad biológica, en la filiación matrimonial y extramatrimonial, y se puede llegar a la verdad real. Por ello, es preciso hacer una interpretación coherente de tales normas, atendiendo, fundamentalmente, al espíritu y a la finalidad de ellas, según la realidad social y científica de nuestros tiempos. Por ende, para desvirtuar la presunción legal de paternidad, e impugnar la misma, en casos como los indicados u otros similares, considera la Sala que bastaría con demostrar la exclusión del nexo biológico, por medio de prueba científica admisible, con el objeto de verificar la existencia, o la inexistencia, de la relación de parentesco. Así, en

forma inequívoca se excluiría o no de ese vínculo biológico y jurídico, a quien impugna la filiación”

Estableciendo que, para este tipo de procesos, se puede desplazar la filiación cuando la prueba de ADN o marcadores genéticos excluya al padre registral como progenitor.

iii. Impugnación de paternidad

Se presenta en aquellos casos en los que se ostenta la calidad de hijo matrimonial de un hombre que biológicamente no lo es. No existe un vínculo de filiación entre ellos, el hijo y quien como su padre aparece no lo son como tal.

El objetivo o de la acción consiste en dejar sin efecto la presunción de paternidad matrimonial. El estado de hijo matrimonial desaparece, se desplaza, adquiriendo el estado de hijo extramatrimonial, se emplaza. Busca excluir la paternidad matrimonial, subsistiendo la maternidad que pasaría a ser extramatrimonial y con la posibilidad de reclamar la filiación paterna al verdadero padre. El artículo 73 del Código de Familia, dispone:

“La acción del marido para impugnar la paternidad podrá intentarse en cualquier tiempo y deberá plantearse en vía ordinaria. Se exceptúa el caso en que el hijo estuviere en posesión notoria de estado, en cuyo supuesto la acción deberá intentarse dentro del año siguiente a la fecha en que el marido tuvo conocimiento

de los hechos que le sirven de fundamento para la impugnación. Este plazo no corre contra el marido incapaz mentalmente que careciere de curador”.

Se desprende de este artículo varias cosas a considerar:

1. **Legitimación activa:** esta corresponde al marido.
2. **Existe un plazo de caducidad:** plazo de un año, empieza a contar desde el día en que el esposo tuvo conocimiento de los hechos en los que se fundamenta para realizar la impugnación, se aplica en todos los casos donde el padre registral ejerció o ejerce la posesión notoria de estado.

La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en el voto 1204-2012 indica:

“El término contemplado en la norma es de caducidad, porque en él se establece la extinción del derecho del marido de impugnar la paternidad del hijo o de la hija que se haya en posesión notoria de estado del padre no biológico, establecida así por el legislador en atención a los intereses superiores de la persona que se encuentra en ese estado. Por ello, cuando no se acciona para impugnar la paternidad, dentro de ese fatal plazo establecido por la ley –sea, dentro del año siguiente a la fecha en

*que el marido tuvo conocimiento de los hechos que le sirven de fundamento para la impugnación-, el derecho del padre registral a impugnar desaparece”.*⁶⁶

iv. Reconocimiento de hijo de mujer casada

Cuando la mujer da a luz estando dentro del vínculo del matrimonio, todos sus hijos o hijas llevarán los apellidos de quien registralmente es su esposo, resulta muy cómodo y simple, en la gran mayoría de los casos en donde normalmente la pareja que está casada, es efectivamente quien ha procreado los hijos y no existe contención en relación a la filiación. Existen excepciones a esta regla que, al aplicar automáticamente la presunción en los nacimientos. Cuando una mujer se encuentra ligada a una relación matrimonial, pero el esposo no es el padre del menor, se presenta la alteración a la filiación biológica, dado que el hijo o hija tendrán los apellidos de quien en realidad no es su padre.

Consistente en un proceso abreviado no contencioso, donde un tercero indica ser el padre biológico del niño nacido. Intervienen en este proceso la madre y el padre registral. Este proceso se contempla en el artículo 85 del Código de Familia. En él se establecen dos supuestos importantes para poder realizar el reconocimiento: la

⁶⁶ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, voto 1204-2012, de las once horas del veintiuno de diciembre de dos mil doce.

concepción se haya dado durante el tiempo de la separación y el padre registral no esté ejerciendo posesión notoria de estado sobre el menor, el articulado indica:

“También podrán reconocerse la hija o el hijo concebidos cuando la madre esté ligada en matrimonio; sin embargo, para que el reconocimiento surta los efectos legales consiguientes, es necesario que hayan sido concebidos durante la separación de los cónyuges; que el hijo no esté en posesión notoria de estado por parte del marido y que el reconocimiento haya sido autorizado por resolución judicial firme. Para este efecto, quien desee efectuar el reconocimiento presentara la solicitud correspondiente ante el Juez de Familia de su domicilio, con el fin de que el acto sea autorizado según los trámites previstos en los artículos 796 siguientes y concordantes del Código Procesal Civil.”

El juez de familia al realizar su análisis del caso en concreto deberá de tomar como premisa que resulta más conveniente, según el interés superior de la persona menor de edad, garantizando todos los derechos fundamentales; más allá de que se cumplan o no los supuestos establecidos. Al respecto el voto 235-2011 pronunció, indicando:

“Las mencionadas restricciones se ubican dentro de una ideología patriarcal, la cual se centra en proteger la "reputación" del cónyuge varón y no en las verdaderas necesidades y derechos de los menores de edad. Por ello, hoy día, debe darse una lectura integral y adecuada de la normativa ordinaria, la cual no puede contravenir principios fundamentales reconocidos en instrumentos internacionales de Derechos

*Humanos. Es decir, no puede darse una aplicación e interpretación textuales del citado numeral 85, sin tener la óptica del bloque de constitucionalidad y Derechos Humanos que lo informan. Evidentemente, cada caso tiene sus propias particularidades y hay que circunscribirse a las mismas*⁶⁷

v. Legitimación

La pretensión de “*legitimación*”, Consiste en la solicitud de los padres para que un hijo sea tenido como hijo de matrimonio, esto se encuentra en el artículo 81 párrafo final del Código de Familia. Esto podría ocurrir cuando un hijo nace fuera del matrimonio, mas sus padres contraen nupcias posteriormente.

4.5. Filiación no matrimonial

La filiación extramatrimonial, es la que tiene lugar cuando la filiación se da cuando los padres no están casados entre sí. El menor no nace amparado a una presunción, por lo que para establecer su paternidad se recurre fundamentalmente a tres institutos:

- el reconocimiento (artículos 84, 87, 88, 89 y 90 del Código de Familia),
- trámite administrativo de la reforma del 2001 al Código de Familia por la denominada Ley de Paternidad Responsable

⁶⁷ Tribunal de Familia, voto 235-2011 de las diez horas y cinco minutos del veintidós de febrero de dos mil once.

- declaración judicial de paternidad (artículos 91 a 99 del Código de Familia).

La filiación no matrimonial se da en aquellos procesos instaurados por ley donde no existe un vínculo conyugal, se determinará de dos maneras:

- **Filiación materna:** se dará constancia de la identidad de la madre en la declaración de nacimiento, realizada ante el funcionario del Registro Civil o funcionario del Hospital donde nació el o la menor, ya sea por declaración propia o por parte del médico tratante.
- **Filiación paterna:** no resulta posible determinar legalmente en el caso de la filiación no matrimonial.

4.5.1. ACCIONES QUE NACEN DE LA FILIACION NO MATRIMONIAL

i. El reconocimiento

Es la declaración de paternidad o maternidad que el padre o madre realiza. Es el Acto donde el padre o madre del menor afirma que el hijo es suyo, es aquella manifestación de la voluntad, donde una persona declara que otra es hijo suyo. Azpiri Jorge Osvaldo lo define este como: “el acto jurídico familiar por el cual una persona declara que otra es su hijo”⁶⁸.

- **Principios del reconocimiento**
 - a. Voluntariedad: acto simple y puro donde se expresa la voluntad.

⁶⁸ Azpiri Jorge Osvaldo (2005). Derecho de Familia, 1ª Edición, Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi, p. 409.

- b. Debe ser expreso: la persona se atribuye una paternidad o maternidad respecto a otra.
- c. Personalísimo: la naturaleza del acto no permite la representación para realizar el reconocimiento.
- d. Unilateral: los efectos generados entre el que reconoce y el reconocido, se originan sin conocimiento expreso del segundo.
- e. Irrevocable: quien reconoció voluntariamente no puede, revocar el reconocimiento realizado.
- f. Acto solemne: como se ampliará más adelante en este capítulo, existen formas establecidas por nuestro Código de Familia, para realizar el reconocimiento, entre las que encontramos: en el Certificado de declaración de nacimiento ante funcionario del Registro Civil, en escritura pública, en testamento.

– **Naturaleza jurídica y formas de reconocimiento**

La doctrina de forma generaliza cuatro procesos en los que se puede llevar a cabo el reconocimiento de filiación:

- a) Por testamento.
- b) Por escritura pública.
- c) Mediante acta ante un funcionario autorizado del Patronato Nacional de la Infancia, y

d) Mediante acta ante funcionario autorizado del Registro Civil.

Se encuentra delineado en los en los artículos 84,85,88 y 89 de nuestro código de familia ⁶⁹, donde se establecen las distintas formas de acceder al reconocimiento.

1. Artículo 84 se establece una el tramite regular:

“Podrán ser reconocidos por sus padres todos los hijos habidos fuera del matrimonio, cuya paternidad no conste en el Registro Civil; igualmente, los hijos por nacer y los hijos muertos.

El reconocimiento deberá efectuarse ante el Registro Civil, el Patronato Nacional de la Infancia o un notario público siempre que ambos padres comparezcan personalmente o haya mediado consentimiento expreso de la madre. El notario público deberá remitir el acta respectiva al Registro Civil dentro de los ocho días hábiles siguientes.

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

De este artículo se desprenden dos requisitos indispensables **que no conste una paternidad ya registrada ante el Registro Civil**, y que se cuente con el consentimiento expreso de la madre. Este consentimiento se puede dar de dos maneras:

⁶⁹ Código de Familia de la República de Costa Rica, promulgado el 7 de noviembre de 1973.

- a. En la declaración de nacimiento: estando presente el padre al momento en que se realiza y la madre autorice o indique que la persona presente es el padre del niño o niña nacida.
- b. Ante el funcionario del Registro Civil: este se realiza en la Oficina de Actos Jurídicos, se pueden presentar dos escenarios, que se presente la madre y el padre, el indicando que es el padre del o la menor y ella indicado que autoriza el reconocimiento o bien presentando la declaración de nacimiento realizada por la madre al momento del parto donde conste el nombre de la persona que se presenta a realizar el reconocimiento del menor.

Como se observa en las distintas formas de reconocimiento de una persona menor de edad, siempre este sujeto a la autorización a asentimiento que debe dar la madre. Contrario a que no se dé la autorización de la madre el padre debe acudir a la vía Judicial para determinar mediante un proceso la filiación en relación al hijo.

2. Artículo 85.- Reconocimiento mediante juicio

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

También podrán reconocerse la hija o el hijo concebidos cuando la madre esté ligada en matrimonio; sin embargo, para que el reconocimiento surta los efectos legales consiguientes, es necesario que hayan sido concebidos durante la separación de los cónyuges; que el hijo no esté en posesión notoria de estado por parte del marido y que el reconocimiento haya sido autorizado por resolución judicial firme. Para este efecto, quien desee efectuar el reconocimiento presentará la solicitud correspondiente ante el Juez de Familia de su domicilio, con el fin de que el acto sea autorizado según los trámites previstos en los artículos 796 siguientes y concordantes del Código Procesal Civil.

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

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

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

Si no existe oposición, una vez comprobadas sumariamente las condiciones expresadas, se autorizará el reconocimiento. El notario o el funcionario dará fe, en

la escritura respectiva, de estar firme la resolución que lo autoriza e indicará el tribunal que la dictó y la hora y la fecha de esa resolución.

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

De este artículo se desprenden tres situaciones practicas a realizar:

a. Reconocimiento como incidencia dentro del proceso de impugnación de filiación paterna.

Cuando se acredita o establece la filiación paterna a un menor como hijo de un hombre, se puede presentar un juicio de impugnación de paternidad, cuando el padre registral considera que se violan sus derechos, por aplicarse la presunción de hijo de matrimonio, siendo que no es el padre biológico.

Este proceso se inicia al considerar que alguna de las presunciones establecidas en el artículo 69 del Código de Familia, donde se establecen los tiempos máximos y mínimos, que se deben de dar en un nacimiento, para que este hijo sea declarado como hijo de matrimonio, se cumple en la teoría, pero no en la práctica.

El reconocimiento se podrá presentar en el proceso de impugnación, pero surtirá todos los efectos únicamente cuando el proceso de impugnación se declare con lugar.

b. Reconocimiento como actividad no contenciosa.

El reconocimiento se podrá realizar a los hijos de la madre que se encuentra ligada a la figura del matrimonio, para que el acto surta efecto,

la concepción del menor se debe dar durante la separación de los cónyuges, que el marido de la mujer no esté en posesión notoria de estado y que mediante resolución en firme el reconocimiento sea autorizado.

c. Reconocimiento en caso que medie oposición. Parte acude a procedimiento abreviado.

Este reconocimiento se establece, con oposición de alguna de las partes indicadas en el párrafo tercero del artículo “los cónyuges que figuren como padres en el Registro Civil, del albacea si está en trámite un juicio sucesorio, del PAÑI si el hijo o la hija es menor de edad, y del hijo o la hija si se tratare de un mayor de edad”. Se suspende la tramitación judicial, ventilando el caso según lo establece el Código Procesal Civil, como un proceso abreviado

3. Artículo 89.- Reconocimiento por testamento

“El reconocimiento que resulte de testamento no requerirá el asentimiento de la madre. Este reconocimiento no perderá su fuerza legal, aunque el testamento sea revocado.

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

De los artículos que regulan el reconocimiento, se podría pensar que la redacción de este artículo, resulta la más sencilla de entender, pero se pueden analizar varios aspectos

- a. Aunque no requiere asentimiento de la madre, se puede realizar bajo los supuestos que la persona solamente tenga la filiación de la madre y es aplicable hasta que la persona a reconocer tenga menos de 18 años de edad.
- b. En el caso que “que no perderá fuerza legal”, resulta criterio que, si existe un fenecimiento, de la voluntad del testador al cumplir mayoría de edad la persona que se dijo quería reconocer.
- c. Al revocar el testamento, y al ser una clausula atípica, el reconocer, por la naturaleza del acto que plenamente para todos sus efectos dese el momento en que se otorga, estando el testador vivo. Los efectos que surten los actos familiares no están sujetos a plazo, condiciones o modalidades de otros actos jurídicos de derecho privado. Determinando así los efectos jurídicos y no la autonomía de la voluntad.

4. Ley de Paternidad Responsable

Este proceso especial de filiación entro en vigencia en el año 2001, reformando el artículo 54 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil ⁷⁰. Al respecto nos indica:

⁷⁰ LEY ORGANICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES Y DEL REGISTRO CIVIL Ley No. 3504 de 10 de mayo de 1965

“En la inscripción de nacimiento de hijos e hijas habidos fuera del matrimonio, se consignarán la paternidad y la maternidad, si la declaración es hecha por las dos personas que se atribuyen la calidad de progenitores y ambos la firman.

El Registrador deberá hacer el apercibimiento a la madre de las disposiciones legales y administrativas establecidas respecto de la declaración e inscripción de la paternidad; asimismo, de las responsabilidades civiles en que pueda incurrir por señalar como tal a quien, después de haberse sometido a las pruebas técnicas respectivas, no resulte ser el padre biológico; además, de las características de la certeza de la prueba de A.D.N. y de la obligatoriedad de practicarse la prueba. Informada la madre y en ausencia de declaración del padre, ella podrá firmar el acta e indicar el nombre del presunto padre.

En ese acto, la criatura quedará inscrita bajo los apellidos de su madre. Al presunto padre se le citará mediante notificación, para que se manifieste al respecto dentro de los diez días hábiles a partir de la notificación, y se le prevendrá de que la no manifestación de oposición al señalamiento de paternidad dará lugar al reconocimiento administrativo de la filiación. En caso de que al apersonarse no acepte la paternidad del menor, se dará solo una cita gratuita a la madre, a la criatura y al padre señalado, para que acudan a realizarse un estudio comparativo de marcadores genéticos, ante los laboratorios de la Caja Costarricense de Seguro Social acreditados por el Ente Nacional de Acreditación de Laboratorios (ENAL); mediante este estudio quedará definido si la afiliación señalada es cierta. La Caja Costarricense de Seguro Social tendrá la obligación de garantizar la cadena de

custodia de la prueba, así como de comunicar al Registro Civil los resultados de la prueba. Si el presunto padre no se apersona o si se niega a llevar a cabo la prueba genética, procederá aplicar la presunción de paternidad y dará lugar para que así se declare, administrativamente, y se inscriba con los apellidos de ambos progenitores, siempre y cuando la madre y el niño o la niña se hayan presentado a realizarse la prueba. Dicha declaración administrativa otorgará las obligaciones legales propias de la paternidad.

Inscrita la declaración administrativa de la paternidad, el progenitor o sus sucesores podrán tramitar, en la vía judicial, un proceso de impugnación de la paternidad declarada administrativamente. Este trámite no suspenderá la inscripción del menor.

Contra la resolución administrativa que determine presuntivamente la paternidad, no cabrá recurso administrativo alguno.

Contra esa resolución no cabrá, en vía judicial o administrativa, el incidente de suspensión de ejecución ni cualquier otra medida cautelar tendiente a enervar sus efectos.”

La ley de paternidad responsable fue creada con el fin de inscribir ante el Registro Civil, a las niñas y los niños que nacen en las siguientes condiciones:

- a. Padres no se encuentren legalmente casados.
- b. Madres sean mujeres solteras, viudas, divorciadas y en unión libre, exclusivamente.

- c. Al momento que inscriben el nacimiento de su hijo o hija acceder a ella.

La inscripción en sede administrativa, ante el Registro Civil es mucho más rápida y menos costosa que la inscripción vía judicial. Dentro del proceso administrativo se dan una serie de aspecto a considerar:

- a. Al presunto padre le corresponde probar si es o no el padre de la niña o el niño.
- b. Para la determinación de los vínculos parentales se cuenta con un laboratorio que permite realizar la prueba de ADN.
- c. En un plazo, cerca de siete meses, se determinar con certeza biológica, filial y registral quienes son los progenitores.
- d. Todo el proceso es de forma gratuita.

Otro aspecto a resaltar, en todos aquellos casos en donde alguna de las partes no se presente a realizar la prueba de ADN, se aplica la presunción de que lo indicado no es cierto, de la siguiente manera:

- a. En el caso de no presentarse el padre se inscribe este como progenitor del o la menor.
- b. En el caso de no presentarse la madre, se archiva el caso sin realizar cambio alguno de filiación.

En caso de inconformidad por alguna de las partes, en relación con el resultado del proceso, se puede optar por realizar en sede judicial proceso de impugnación o de

investigación de paternidad. Este proceso no sería vinculante al resultado, por la exactitud que ofrece la prueba de ADN, pero si al proceso y la posibilidad de algún vicio que deje en estado de indefensión a alguna de las partes.

4.6. Filiación adoptiva

4.6.1. Concepto

Podemos dar una serie de conceptos o definiciones a la filiación adoptiva, algunos coincidentes desde el punto de vista legal, civil o personal, en artículo 2 del Reglamento para los procesos de adopciones nacionales e internacionales nos dice:

“Proceso Administrativo y Judicial, mediante el cual una persona menor de edad tiene la posibilidad de ser adoptada por solicitantes de adopción individual o conjunta” radicado la diferencia que en el caso de la “adopción internación” las personas adoptantes son de residencia habitual fuera del país y en el caso de la “adopción nacional” las personas adoptantes son de residencia habitual en el país.

Al respecto la doctrina y diversos actores establecen o amplían el concepto de adopción como:

TREJOS SALAS, GERARDO nos indica:⁷¹ “... en Costa Rica la adopción no es un negocio jurídico sino un acto jurídico de naturaleza procesal (jurisdiccional) en la medida en que el juez, aun cuando concurren todos los requisitos legales para la

⁷¹ TREJOS SALAS, Gerardo (2005). Derecho de Familia Costarricense. Tomo II Primera Edición. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro S.A.

adopción, y entre ellos en primer término ambos consentimientos, puede denegar la adopción si juzga que no es conveniente para el adoptado”.

SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO ⁷² “La adopción es el acto jurídico en cuya virtud se establece, entre adoptante y adoptado una relación jurídica semejante a la paterno filial. No es la adopción un negocio Jurídico sino un acto de naturaleza procesal que se constituye por resolución judicial, aunque ésta requiera - como presupuestos procesales – unos consentimientos. El eje de la adopción ha dejado de ser el consentimiento de las partes, que se ha constituido en un simple presupuesto, para pasar a serlo la decisión del juez, que no queda vinculada con el consentimiento. Lo cual no significa que la voluntad privada sea irrelevante; sino solamente que ha dejado de ser un elemento constitutivo del efecto jurídico que consiguientemente ésta deja de ser de origen y naturaleza negociable”.

BRENES CÓRDOBA, ALBERTO⁷³ complementa el concepto indicando: “... la adopción debe considerarse como un acto por el cual se llegan a establecer lazos de paternidad y filiación puramente civiles entre dos personas”.

4.6.2. Normativa aplicable

- a) Código de Familia, Artículo 100:

⁷² SANCHO REBULLIDA, Francisco (1989). Derecho de Familia Tercera edición. Barcelona, España: Editorial Bosch. PP. 173- 204.

⁷³ BRENES CÓRDOBA, Alberto (1974). Tratado de las Personas San José, Costa Rica: Editorial Costa Rica. Pág. 226.

“La adopción es una institución jurídica de protección familiar, orden público e interés social. Constituye un proceso jurídico y psicosocial, mediante el que el adoptado entra a formar parte de la familia de los adoptantes, para todos los efectos, en calidad de hijo o hija”.

- b) Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, Artículo 3 “... garantizar a las personas menores de edad el derecho a crecer y desarrollarse en el seno de una familia sea biológica o adoptiva”.
- c) Reglamento para los procesos de adopciones nacionales e internacionales, Artículo 2 : “ a) Adopción Internacional: Proceso Administrativo y Judicial, mediante el cual una persona menor de edad tiene la posibilidad de ser adoptada por solicitantes de adopción individual o conjunta, que tiene su residencia habitual fuera de Costa Rica.
- c) Adopción Nacional: Proceso Administrativo y Judicial, mediante el cual una persona menor de edad tiene la posibilidad de ser adoptada por solicitantes de adopción individual o conjunta, que tiene su residencia habitual en Costa Rica”

4.7. Filiación producto de la procreación artificial o procreación médicamente asistida

Desde la medicina, las técnicas de reproducción asistida son el conjunto de procedimientos médicos empleados para ayudar o hacer posible la procreación

humana y resolver problemas de esterilidad de las parejas, Éstas comprenden varias técnicas ⁷⁴:

- a) **Inseminación artificial:** la inseminación se logra por medios distintos a la relación sexual, introduciendo una cánula en el aparato reproductor femenino. Hay dos tipos: la IAC, cuando el semen proviene del cónyuge o compañero. La IAD, cuando procede de un donante distinto al cónyuge o compañero. Estas técnicas por lo general se utilizan para tratar problemas de esterilidad masculina. En su versión IAD, suele ser más exitosa (un 60%), en los casos de IAC el porcentaje de embarazos es del 25%.
- b) **Maternidad sustitutiva:** Sensacionalistamente conocida como "madres de alquiler". La pareja recurre a una mujer que presta su útero para gestar el embarazo a cambio de una compensación económica. También se conocen casos en que una mujer voluntaria lo hace por razones altruistas.
- c) **Congelación de embriones:** Llamada también "criopreservación". Consiste en tomar embriones ya fecundados, y en lugar de implantarlos en el útero, se congelan a temperaturas de $-196\text{ }^{\circ}\text{C}$. El 50% e embriones criopreservados mantienen la capacidad para continuar desarrollándose.
- d) La fecundación "in vitro" **-FIV-**, es un procedimiento médico especializado que permite la fecundación de un óvulo fuera del cuerpo de la mujer y posteriormente su reimplante en el útero. A ambos procedimientos se les

⁷⁴ https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-12592004000100008

conoce como FIVET, - f "in vitro" con transferencia de embriones. El procedimiento se inicia con un estudio anatómico - fisiológico completo de los pacientes para determinar la existencia de un problema real de infertilidad.

Mediante acción de inconstitucionalidad, se consideró que la fecundación "in vitro" en centros médicos del Estado, infringe derechos, lesiona el interés público y el espíritu de las normas en materia de respeto a la vida y a la seguridad social. (Resolución N ° 2000-002306) "El respeto a la vida humana excluye el uso de técnicas de fecundación asistida porque éstas no garantizan el respeto a la dignidad de los seres humanos, por la elevada pérdida de embriones necesarios para lograr el nacimiento de un niño (a) La vida humana debe protegerse desde la concepción, lo cual impone la obligación de proteger al embrión humano contra todo tipo de abusos a que pueda ser sometido dentro del laboratorio o instituto encargado de la fecundación."

La Norma para Establecimientos de Salud que realizan la Técnica de Reproducción Asistida de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria (FIV) N° 39616-S, según decreto de la Presidencia de la República y el Ministerio de Salud, garantiza el acceso a la fecundación in vitro, teniendo como objetivo "garantizar el acceso a la FIV, así como el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a la integridad personal, la autonomía personal reproductiva, la salud sexual, el derecho a disfrutar

de los beneficios científicos y tecnológicos de la más alta calidad, así como el principio de igualdad y no discriminación.”⁷⁵

Cuya justificación obedece, como lo indica la norma establecida, al cumplimiento demandado dado sentencia del 28 de noviembre de 2012, de la Corte Interamericana de Derechos humanos resolviendo el caso Atavía Murillo y otros vs Costa Rica, se extrae de la justificación “En ese fallo, se ordenó al Estado costarricense, como garantía de no repetición, dejar sin efecto con la mayor celeridad posible la prohibición de practicar la fecundación in vitro -en adelante FIV- en el país, regular con prontitud los aspectos que considere necesarios para la implementación de la técnica referida, así como el sistema de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrolle el método, entre otras. Adicionalmente, se dispuso que la Caja Costarricense de Seguro Social debe incluir paulatinamente la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas de tratamiento de infertilidad en su atención de salud.”

Esta norma indica claramente en el artículo 6.3.1 las persona destinatarias como “Serán destinatarias de la FIV-TE, la pareja conformada por dos personas mayores de edad, cuando alguno de ambos presente infertilidad y ninguno haya sido declarado incapaz en la vía judicial. Así mismo, la mujer in pareja, mayor de edad y con infertilidad, que no haya sido declarada incapaz en la vía judicial, siempre y

⁷⁵http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=81332&nValor3=103662&strTipM=TC#:~:text=El%20Decreto%20Ejecutivo%20n%C3%BAmero%2039210,de%20la%20m%C3%A1s%20alta%20calidad%20

cuando no supongan riesgo grave para la salud de la mujer o su posible descendencia.”

Para efectos del estudio que se lleva en esta tesis, no genera información que deba ser analizada en concreto, dado que no se cuenta una regulación más amplia y como solo es aplicable a parejas que presenten infertilidad, el tema de la filiación y la posible contención se solventarían con los procesos desarrollados en este capítulo, tanto por la filiación matrimonial o la filiación no matrimonial.

La falta de regulación obstaculiza algunas técnicas derivadas de la fertilización “in vitro” como lo es “Maternidad sustitutiva”, el Registro Civil de nuestro país ha rechazado, ante la falta de leyes apropiadas, la inscripción de niños nacidos mediante la gestación subrogada dada dentro del territorio costarricense.

Si bien el “vientre de alquiler”, no se encuentra prohibido, la madre del recién nacido se toma como la mujer que da a luz, siendo esta la mujer gestante, no la madre biológica, según la normativa se anota como madre, siguiendo lo establecido en la filiación estática, que resulta la posición más sencilla.

En caso de filiación en los países donde ya cuentan con regulación sobre el tema, la ley reconoce como padres del bebé a los padres biológicos, y la gestante no tiene ningún derecho legal sobre el niño o niña. Mucha falta legislar en tema de familia, reproducción, filiación y derechos individuales.

CAPITULO 5. El derecho a la identidad y el interes superior del menor

"No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana".⁷⁶

⁷⁶ Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia, 30 de septiembre de 1990.

La obligación de los estados de intervenir de manera positiva en la interacción de las relaciones humanas de las personas que lo forman, genera la necesidad de proteger o tutelar todos aquellos derechos y garantías fundamentales. La Constitución Política se convirtió en el instrumento jurídico ideal, de trascendente y vital en la construcción de los derechos de las sociedades, constituyendo normas generales con múltiples y diversos derechos que se deben respetar.

El que se propicien realidades distintas, derivadas de la situación política de cada país, no elimina derechos, todos los seres humanos, la universalidad genera una integración de derechos, donde se garantiza la libertad de los individuos, el desarrollo humano y el libre desenvolvimiento de la personalidad. La dignidad sería el eje principal, resguardando a las personas menores de edad en los procesos que involucre la niñez y la familia.

Importante mencionar que todos aquellos derechos que parten o se desprenden de la dignidad humana, no se puede limitar, no se puede discutir el impacto que tienen ante la sociedad son derechos que ocurren, en su gran mayoría, de la norma constitucional, fijados instrumentos institucionales, derivando de ellos muchos otros derechos.

Solo el verdadero análisis de las circunstancias sociales, culturales, económicas y personales de cada individuo visualiza la verdadera dimensión y ámbito de protección necesario. El derecho a conocer cuál es nuestro origen, resulta un tema que en nuestro país debe ser abordado desde la perspectiva de instrumentos

internaciones de derechos humanos; la posibilidad que brindan a una persona de conocer quiénes son los padres, está garantizada.

El numeral 17 inciso 5 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos., establece la protección especial hacia la familia y la discriminación que aún existe en Costa Rica sobre los hijos habidos dentro del matrimonio y los habidos fuera de él. La protección otorgada debe unirse a las medidas que debe tomar cada país por hacer valer este derecho, según lo indicado en el numeral 7 de la Convención de los derechos del niño.

5.1. Nacimiento de la identidad

La identidad legal de un menor nace o surge una vez que es registrado y cuenta con un acta de nacimiento, el no contar con ese registro de nacimiento limita las posibilidades de acceder a otro gran grupo de derechos a lo largo de su vida, como el derecho a la protección, a la salud, a la educación, no ser incluido en la vida económica política, social o cultural de un país. El carecer de este registro de nacimiento se convierte en un factor de exclusión y discriminación.

El registro de nacimiento, constituye el acto jurídico por el cual los estados cumplen y garantizan a todas las personas el derecho a la identidad, a tener un nombre, a dar una filiación familiar. Este acto también garantiza el reconocimiento administrativo de la existencia y la personalidad jurídica de los individuos.

Según el Comité de Derechos Humanos⁷⁷, el punto importante entre el registro o declaración de nacimiento y el derecho a la identidad, “estriba en sus funciones como medida de protección frente a crímenes que pudieran comprometer su integridad, así como en servir de acceso a otros derechos –como por ejemplo salud y educación– que se relacionan con el desarrollo integral y la garantía de disfrute de condiciones de vida digna para niñas y niños.”. Esto por la especial importancia e impacto que tienen con la interacción con otros derechos, garantizando el libre desarrollo, la seguridad y bienestar de la población.

El registro de nacimiento debe apegarse a los principios de equidad, inmediatez y universalidad. Estos principios buscan eliminar las barreras generadas por los efectos discriminatorios y engargen la desigualdad y generen exclusión social para un grupo de la sociedad, provocando con esto una desventaja social.

La importancia del registro de nacimiento en relación al el derecho a la identidad y la personalidad jurídica está presente en varios instrumentos internacionales, entre estos instrumentos encontramos: Declaración Universal de los Derechos Humanos,⁷⁸ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,⁷⁹ la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁸⁰ y la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).⁸¹

⁷⁷ Comité de Derechos Humanos. 1989. Observación general 17, Derechos del Niño, 35° periodo de sesiones, 7 de abril, párrafo 7.

⁷⁸ Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, art. 6

⁷⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1981, arts. 16 y 24.

⁸⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, arts. 3, 18 y 20.

⁸¹ Convención sobre los Derechos del Niño, 1990, arts. 7 y 8.

En Costa Rica, el artículo 23 del Código de Niñez y Adolescencia, establece “Las personas menores de edad tendrán derecho a un nombre, una nacionalidad y un documento de identidad costeadado por el Estado y expedido por el Registro Civil. El Patronato Nacional de la Infancia les prestará la asistencia y protección adecuadas, cuando hayan sido privados ilegalmente de algún atributo de su identidad.”.

En otros países de Centroamérica, por ejemplo, el Código de la Niñez y la Adolescencia de Honduras de 1996 en su artículo 29 “- Todo niño tiene derecho a una nacionalidad, a su identidad personal, a poseer un nombre y apellido y a saber quiénes son sus padres. Estos derechos son imprescriptibles.”, lleva un poco más allá ciertos aspectos relacionados con la identidad, incluyendo los apellidos, el derecho a saber quiénes son los padres y brinda las pautas a seguir en la identificación de los niños al momento del nacimiento.

En el artículo 30 del mismo código establece “Para los efectos del artículo anterior, es obligación del padre, de la madre o de los representantes legales, inscribir al recién nacido en el Registro Nacional de las Personas, de conformidad con la ley. El incumplimiento de este deber se sancionará de acuerdo con lo que prescriban las leyes especiales.” Establece la obligación de los padres a cumplir con los preceptos del derecho a la identidad, garantizando para las personas menores de edad el gozar plenamente de este derecho.

En el artículo 31 establece como es estado y sus instituciones deben garantizar el

cumplimiento a cabalidad en relación con los nacimientos, pero además indica que debe estar presente en todos los demás actos derivados o relacionados con la identidad y personalidad, al respecto indica “El Registro Nacional de las Personas hará lo necesario para facilitar y garantizar la inscripción de los nacimientos y demás sucesos relacionados con la personalidad, así como la perpetuidad de la información.”

En El Salvador, se resguarda en el artículo 73 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, indicando “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la identidad y a los elementos que la constituyen, especialmente al nombre, la nacionalidad, a su relación paterna y materna filiales y a la obtención de documentos públicos de identidad de conformidad con la Ley. En ningún caso serán relacionados en los asientos del Registro del Estado Familiar o en los documentos que éstos expidan, situaciones que indiquen el origen de la filiación. Es obligación del Estado crear programas para que las instituciones públicas competentes garanticen la identidad de toda niña, niño y adolescente.”, enfocado en los elementos que constituyen la identidad estática, tema que desarrollaremos más adelante.

El robustecer el tema del derecho a la identidad en las diversas legislaciones de los países, ahondar en los elementos de la protección como la determinación o conocimiento del propio origen y el adecuado desarrollo de la personalidad, tiene una gran relación con las consecuencias legales que dicho conocimiento pueden generar.

El reconocer el derecho a la identidad más en su conjunto, según Bíscharo “La identidad es la condición de nuestra particularidad, de nuestro concreto en el mundo. Así, por medio del derecho a la identidad, se protege la vida humana en su realidad radical que es la propia persona en sí: indivisible, individual y digna”⁸².

5.2. Vertientes en el derecho a la identidad

La importancia del derecho a la identidad presenta dos vertientes una basada en la identidad (en tanto el derecho), y la otra los orígenes (la juridicidad de su acceso) plasmado en la posibilidad de conocer los orígenes filiatorios. La identidad conduce a establecer las dimensiones que la conforman, “la identidad presupone un complejo de elementos y una multiplicidad de aspectos esencialmente vinculados entre sí; estos múltiples aspectos, en su conjunto, perfilan el "ser uno mismo" diferente a los demás, pese a ser todos iguales.”⁸³

La identidad filiatoria presenta dos vertientes:

- Vertiente estática: vínculo biológico y genético.
- Vertiente dinámica: “presupone el vínculo gestado social y/o jurídicamente en la relación parental; las afecciones, los intereses morales, la comunicación intelectual y ética, la continuidad de los vínculos de hecho, la responsabilidad asistencial, en fin, lo que se ha denominado la "faz existencial y dinámica”⁸⁴

⁸² Bíscharo, Beatriz. “El derecho a la identidad, el nombre y la familia”, La familia en el nuevo derecho, Buenos, Argentina, Editorial Rubinzal- Culzoni, 2009, t.II, p.93-111.

⁸³ Fernández Sessarego, Carlos, "Apuntes sobre el derecho a la identidad sexual", JA 1999-IV-889.

⁸⁴ Mizrahi, Mauricio, "Posesión de estado, filiación jurídica y realidad biológica", LL 2004-E-1197.

Estas dos vertientes pueden presentarse dos juntos y permanecer así durante la vida del sujeto, o puede darse una separación repentina o imprevista que hace volver a su principio filiatoria, a sus orígenes.

En el primer supuesto se da frente a la filiación natural, donde el dato biológico y el genético coinciden desde su inicio o principio con el vínculo jurídico social. Los supuestos de la separación o disociación pueden darse en toda las fuentes y etapas del individuo.

En relación con la complejidad que puede darse al colocar en comunicación la identidad con la filiación, la Convención sobre los Derechos del Niño ⁸⁵, nos indica:

- “Artículo 7 1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.
- 2. Los Estados Parte velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.”
- Artículo. 8º: "1. Los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

⁸⁵ *Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, UNICEF, edición española enteramente revisada, 2004, p. 130.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Parte deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad".

Esto alude al derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes de conocer quiénes son sus padres.

5.3. Identidad y derecho

Es importante para el desarrollo del tema el brindar un acercamiento entre la identidad personal y el orden jurídico. El derecho solo puede comenzar a operar si se determinan tres aspectos fundamentales:

- Si puede definir a sus destinatarios como organismos individuales
- Si estos organismos los puede definir como destinatarios de las normas
- Si puede establecer los rasgos que los hacen a estos individuos como personas desde el punto de vista jurídico.

Esta triple operación de identificación condiciona el funcionamiento del derecho, es como el derecho establece quienes son los destinatarios de las normas, específicamente:

- A quien se le dan los derechos
- A quien impone deberes y obligaciones
- A quien se le atribuyen responsabilidades
- Quien es sujeto de derecho

García Suárez desde un punto de vista más social y filosófico que: “un nombre propio es un símbolo simple que designa directamente un individuo que es su significado y que tiene ese significado por derecho propio, independientemente de los significados de las demás palabras”⁸⁶

5.4. El derecho a la identidad

El derecho humano de conocer cuáles son sus orígenes está comprendido en el derecho humano a la identidad, sobre este derecho se dice “derecho complejo, que, por un lado, presenta un aspecto dinámico, cuyo desarrollo se encuentra ligado a la evolución de la personalidad del ser humano y contiene un conjunto de atributos y características que permiten individualizar a cada persona como única.

La identidad personal tiene su punto de partida en la concepción y su construcción se prolonga durante la vida del ser humano, en un proceso continuo que abarca una multiplicidad de elementos y aspectos que exceden del concepto estrictamente biológico, y que corresponde a la ‘verdad personal’ y biográfica del ser humano.

Estos elementos y atributos que componen la identidad personal comprenden aspectos tan variados como el origen o la ‘verdad biológica’, el patrimonio cultural, histórico, religioso, ideológico, político, profesional, familiar y social de una persona,

⁸⁶ García Suárez, A., Modos de significar. Una introducción temática a la filosofía del lenguaje, Madrid, Tecnos, 1997, cap. 2: Nombres propios. (15) Ibid., p. 59.

así como otros aspectos más estáticos referidos, por ejemplo, a los rasgos físicos, el nombre y la nacionalidad”⁸⁷

El desarrollo del derecho a la identidad, en el caso de la niñez y la adolescencia, se da de la mano de la Convención sobre los Derechos del Niño, esbozados en sus artículos 7, que se interpreta “en vinculación con el derecho del niño a conocer a sus padres, la definición de "padres" incluye a los biológicos (importante para el niño, aunque sólo sea por razones médicas), a los padres de nacimiento (la madre que da a luz y el padre que reclama la paternidad por su relación con la madre al momento del nacimiento, cualquiera sea la definición social de padre en la cultura en cuestión) y los padres psicológicos del niño (que han cuidado de él durante períodos significativos de su infancia y niñez)”⁸⁸ y el artículo 8 “alude a la preservación de su identidad, incluidas las relaciones familiares, también se hace referencia al conocimiento de sus orígenes, pero no se incluye sólo el saber quiénes son sus padres sino también conocer a sus abuelos, hermanos y otros parientes: "Es un hecho que ignoran la mayoría de los instrumentos jurídicos nacionales que regulan, por ejemplo, la adopción, la custodia o el divorcio. Al niño se le concede legalmente el derecho a descubrir quiénes son sus padres biológicos o a solicitar el

⁸⁷ Corte IDH (2005), caso Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, voto disidente del juez Manuel E. Ventura Robles.

⁸⁸ *Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, UNICEF, edición española enteramente revisada, 20. p. 130/131.

contacto con ellos, pero raramente se extiende ese derecho a otros miembros de la familia biológica del niño"⁸⁹

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, es el mecanismo regional encargado de promover y proteger los derechos humanos en América, traza la extensión del derecho a la identidad, indicando que el acceso al conocimiento de los orígenes, al conocimiento e la identidad va en varias direcciones, operando no solo en el derecho que tiene el hijo de saber de dónde viene, sino en también en conocer todos los extremos de las relaciones familiares.

La Comisión Interamericana expreso en el Caso Fornerón que "Las relaciones familiares y los aspectos biológicos de la historia de una persona, particularmente de un niño o una niña, constituyen parte fundamental de su identidad, por lo que, toda acción u omisión del Estado que tenga efectos sobre tales componentes, puede constituir una violación del derecho a la identidad"⁹⁰

Indicando además "El derecho a la identidad viene reforzar la tutela de los derechos humanos, protegiendo a cada persona humana contra la desfiguración o vulneración de su 'verdad personal'. El derecho a la identidad, abarcando los atributos y características que individualizan a cada persona humana, busca asegurar que sea ésta representada fielmente en su proyección en el entorno social y el mundo exterior. De ahí su relevancia, con incidencia directa en la personalidad

⁸⁹ *Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, UNICEF, edición española enteramente revisada, 20. P. 139.

⁹⁰ "Caso Fornerón e hija v. Argentina", www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf.

y capacidad jurídicas de la persona humana en los planos tanto del derecho interno como del derecho internacional"⁹¹

5.4.1. Naturaleza del derecho de a la identidad

El derecho a la identidad es inherente a los atributos y a la dignidad humana. Es un derecho humano fundamental oponible contra todos, como expresión de un interés colectivo de la Comunidad Internacional en su Conjunto que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El nombre, la nacionalidad, los vínculos familiares y el registro no hacen nacer el derecho a la identidad, este preexiste como parte indisoluble de la dignidad originaria de las personas, sujetos y titulares plenos de derechos y libertades fundamentales, cuyo ejercicio están obligados a garantizar los Estados.

El derecho a la identidad está indisolublemente ligado al individuo como tal y, al reconocimiento de su personalidad jurídica, en todas partes, así como a la titularidad de derechos y obligaciones inherentes a la misma, desde la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, se consignó en el artículo XVII que “toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones...”. Disposiciones que también fueron incorporadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 6), la Convención

⁹¹ Voto disidente del juez A. A. Cançado Trindade en el "caso de las Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador".

Americana sobre Derechos Humanos (artículo 3) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 16).

5.4.2. Consideraciones sobre el derecho a la identidad

Es importante delimitar el campo de acción que cubre el derecho a la identidad, al respecto en opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el alcance del derecho a la identidad⁹² indica:

- Es un derecho compuesto y complejo, conformados por muchos elementos y que sirve como base para acudir a otros derechos.

“14.1 El derecho a la identidad no puede confundirse con uno sólo de sus elementos. En este sentido tal derecho no puede reducirse a uno u otro de los derechos que incluye. Ciertamente el nombre, por ejemplo, es parte del derecho a la identidad, pero no el único.”

- La delimitación del derecho a la identidad debe darse tomando en cuenta una amplia gama de fuentes, como el derecho internacional, la legislación interna, y todas aquellas obligaciones derivadas de los distintos vínculos jurídicos, tomando como base los aspectos particulares de cada estado.

“14.2 El derecho a la identidad tampoco puede reducirse a la simple sumatoria de ciertos derechos que incluye la Convención sobre los Derechos del Niño, por cuanto muchos elementos vienen dados, por ejemplo, por la

⁹² OPINIÓN APROBADA POR EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO SOBRE EL ALCANCE DEL DERECHO A LA IDENTIDAD, 71º PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES, 30 de julio al 10 de agosto de 2007, Rio de Janeiro, Brasil

legislación interna, tan necesaria en este caso para dar expresión a los rasgos y aspectos particulares y propios de cada Estado y sus poblaciones, así como para hacer efectivos los derechos a los que está jurídicamente vinculado y obligado.”

- La importancia del derecho a la identidad radica en los vínculos y las uniones con otros derechos esenciales, como el reconocimiento de la personalidad jurídica y el derecho a la igualdad, a ser inscripto inmediatamente después de su nacimiento.

“14.3 La redacción que hace la Convención sobre los Derechos del Niño, no implica necesariamente que los elementos ahí citados sean todos los que corresponden al derecho a la identidad. La frase “incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares...” hace expresa mención de ciertos derechos que no pueden dejar de estar incluidos, pero no cierra necesariamente el círculo del universo de las pertenencias y mucho menos de los indisolubles y estrechos vínculos con otros derechos esenciales como el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y el derecho a la igualdad. El derecho del niño a ser inscripto inmediatamente después de su nacimiento forma parte inseparable de los derechos enunciados expresamente en la Convención sobre los Derechos del Niño.”

- Establece el registro de nacimiento, como el instrumento primario para dar inicio y ejercer la personalidad jurídica. Para acceder a todo el aparato jurídico y ser considerado por este.

“14.4 El ejercicio del derecho a la identidad es indisociable de un registro y de un sistema nacional efectivo, accesible y universal que permita proporcionar materialmente a las personas los documentos que contengan los datos relativos a su identidad, tomando en cuenta de forma particular que el derecho a la identidad es tanto un derecho en sí mismo como de un derecho que es esencial como medio para el ejercicio de otros derechos de naturaleza política, económica, social y cultural. Como consecuencia del derecho a la identidad, hay un derecho a la inscripción después del nacimiento y un deber del Estado de tomar las provisiones necesarias para este fin. El registro de nacimiento se convierte así en un instrumento primario y punto de partida para ejercer la personalidad jurídica ante el Estado y los particulares y actuar en condiciones de igualdad ante la ley.”

5.4.3. Dimensiones del derecho a la identidad

Al dimensionar el derecho a la identidad de las personas, no podemos dejar de obviar que se deriva de la aplicación de los principios básicos y fundamentales dados por el derecho de familia y su aplicación, identificando que existen dos factores formas de aplicar el derecho, esto determina la visión o el enfoque que se tiene el tema y como se opera este instituto.

El primer punto lo veremos desde el impacto que tienen los Derechos Humanos en las relaciones familiares, todo su engranaje se mueve a partir de la visión de persona como aquel eje que merece la protección y no la institución de la familia

como tal. Esto genera que la “familia” no sea el centro de la atención legislativa, siendo la persona y sus diversas relaciones familiares las que deberían tutelarse.

Al ser la familia una construcción social, está en constante cambio, con realidades muy diferentes en el transcurrir del tiempo, donde los cambios sociales, históricos, científicos, axiológicos deben ser tomados en cuenta al momento de legislar, reconocidos e insertados, reflejando la realidad que existen.

Sobre el tema “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”⁹³

El factor social es el aspecto fundamental que vino a modificar las distintas formas de cómo se dan las relaciones familiares, entre cosas que cambiaron, se dio una aceptación al fracaso matrimonial, la tolerancia a otros tipos de familia, la inclusión de la mujer en el mercado laboral, la modificación de roles y patrones patriarcales incluyéndolos en funciones que durante mucho tiempo eran encomendadas a las mujeres, la sensibilización de la sociedad en relación a determinados temas.

Frente a todos los cambios mencionados, se debe reconocer que la sociedad está sufriendo transformaciones y con esto es necesario reformular el ámbito jurídico que regula esas relaciones familiares, y principalmente aquellas que derivan en el derecho a la identidad.

⁹³ 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.

Belluscio plantea una serie de interrogantes, a partir de los cambios dados en la dinámica familiar “¿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 de la vida familiar que debe imperar en una sociedad determinada?”⁹⁴

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.⁹⁵

Al partir de la premisa que la familia y sus relaciones no son autónomos o independientes de sus integrantes, se deben dar una tutela efectiva en el cumplimiento de los deberes de todos sus integrantes en cada una de las relaciones familiares que puedan darse. Siendo que deben repensarse los esquemas de regulación de los derechos en las relaciones familiares, tomando en

⁹⁴ Belluscio, Augusto Cesar, Manual de Derecho de Familia, Astrea, 8va ed., Bs. As., 2006, T. I, p. 7 y ss nº 2; Sobre la protección a la familia Ver: Cafferata, José Ignacio, Derecho de Familia, Mediterránea, Córdoba, 2005, t. 1, p. 315 y ss.

⁹⁵ Cfr.: Córdoba, Marcos, director; Vilma R. Vanella, Coordinadora, Derecho de Familia, Parte General, LL. Bs. As., 2002, p. 1 y s.

cuenta el que papel tiene la intimidad personal, la intervención del estado y su medida, el criterio de la autoridad, el contenido de la solidaridad familiar, en contra posición de la autonomía de la voluntad.

El contenido sustancial de los principios en derecho de familia se debaten en dos dimensiones, el sentido estático y el sentido dinámico. el ser humano, conforma como tal a la sociedad, pero a la vez son personas que ocupan un lugar individual en esta, atrapado como ya se indicó, en diversos cambios que modelan una obra única dentro un gran sistema, dando como producto la identidad de cada una de las personas.

En la segunda guerra mundial, se empezó a dar importancia al tema de la identidad, su salto o reconocimiento se dio después de los años cincuenta donde la psicología lo convierte en uno de los aspectos básicos de estudio de la persona. Gómez Bengoechea “la identidad en primer lugar está formada por la percepción más o menos estable que la persona tiene de sí misma y de las cualidades, los defectos y los recursos que le son particulares como alguien único y diferente de todos las demás”⁹⁶, de la misma manera Bísvaro “la identidad personal que se forma durante años no es abstracta ni ideal, el individuo desarrolla una vida concreta exteriorizando ideas, hechos, trabajos, etcétera. Así es que él tiene derecho al reconocimiento de esa identidad”⁹⁷

⁹⁶ Gómez Bengoechea, Blanca. Derecho a la identidad y filiación, Madrid, España, Editorial Dykinson, 2007, p.29.

⁹⁷ Bísvaro, Beatriz. “El derecho a la identidad, el nombre y la familia”, La familia en el nuevo derecho, Buenos, Argentina, Editorial Rubinzal- Culzoni, 2009, t.II, p.93-111.

De lo investigado no existe una normativa que establezca como derecho autónomo el derecho a identidad, lo que se encuentra en la protección a algunos de los aspectos derivados de este derecho, tales como el nombre, nacionalidad, filiación desde una perspectiva biológica o al derecho de conocer el origen biológico.

La identidad por su parte divide en dos fases o ámbitos como se indicó la identidad estática y la identidad dinámica, que forman un conjunto que individualiza a cada persona. Para Fama y Herrera citando a Gutiérrez Delia, hacen la distinción de ambas fases de la identidad y las conceptualizan de la siguiente manera: "...cabe distinguir la faz estática y la faz dinámica de la identidad. Así, el origen, la imagen, la filiación, el sexo, el estado civil, etc. hacen al aspecto estático de la personalidad, mientras que el aspecto dinámico, está dado por todo aquello que define la personalidad proyectada hacia el exterior, es decir, su patrimonio intelectual, político, social, cultural, religioso, ideológico, profesional, etc.")⁹⁸.

De la cita se desprende: Identidad dinámica es la construcción de uno mismo a lo largo del tiempo, sus ideas, cultura, costumbres, el ser histórico, social, cultural, económico. Mientras que la identidad estática, son las formas o medios de identificación del individuo dentro de una sociedad, el nombre, la imagen, la voz, la clave genética, las huellas digitales, la fecha y lugar de nacimiento, así como la filiación.

⁹⁸ Famá, María Victoria y Herrera, Marissa. "La identidad en serio: sobre la obligatoriedad de las pruebas biológicas en los juicios de filiación". Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Buenos Aires, Argentina, 2006, p.67-94.

Según Bísvaro “La identidad es la condición de nuestra particularidad, de nuestro concreto en el mundo. Así, por medio del derecho a la identidad, se protege la vida humana en su realidad radical que es la propia persona en sí: indivisible, individual y digna”⁹⁹

5.4.4. El derecho a conocer el origen

El ser humano desde su misma concepción social, tiene la necesidad de saber de dónde viene, quien es, cuáles son sus orígenes cuál es su historia, este aspecto está íntimamente relacionado con el derecho a la identidad, como indica Gómez Bengoechea , “la posibilidad de establecer una conexión con el propio origen familiar, tanto genético como social, es una cuestión que afecta a todas las personas que, sin haber sido adoptadas o haber nacido a través de técnicas de reproducción asistida con intervención de donante, desconocen quien es su padre o madre biológico. En este grupo se encuentran los niños que fueron abandonados por sus padres al nacer y que no han sido adoptados después, los hijos de madres solteras y aquellos que, concebidos extramatrimonialmente, viven como hijos legales de los maridos de sus madres o las esposas de sus padres, con los que no tienen vínculos genéticos”¹⁰⁰.

⁹⁹ Bísvaro, Beatriz. “El derecho a la identidad, el nombre y la familia”, La familia en el nuevo derecho, Buenos, Argentina, Editorial Rubinzal- Culzoni, 2009, t.II, p.93-111.

¹⁰⁰ Gómez Bengoechea, Blanca. Derecho a la identidad y filiación, Madrid, España, Editorial Dykinson, 2007, p.34.

El conocimiento del origen está comprendido dentro de esa faz estática de la identidad, razón suficiente para cuestionar cualquier ocultamiento que se haga al individuo sobre su origen, ya que, al hacerlo, le estaríamos obligando a construir la realidad de su vida sobre una base falsa, según Gómez de la Torre “para que una persona logre desarrollar su personalidad necesita conocer su identidad, es decir, conocer su origen, saber quiénes son sus padres, quienes constituyen su familia...”¹⁰¹

La tutela jurídica efectiva que se da al derecho a la identidad se da desde el aspecto estático del conocimiento de su origen, dependiendo del aspecto dinámico de su identidad, dependiendo de los factores que intervienen o intervendrán en el presente como en el futuro. Nos dice Gómez de la Torre la interpretación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido sobre el derecho a la identidad como “el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad”¹⁰², comprende también los derechos correlacionados, de esta forma el resguardo del derecho a la identidad requiere de la protección de otros derechos humanos como el derecho a un nombre propio, al de conocer la historia filial, la personalidad jurídica y la nacionalidad.

¹⁰¹ Gómez de la Torre, Maricruz. “El derecho de la identidad y la filiación”. XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar disertaciones y ponencias. Buenos Aires, La Ley Abeledo Perrot, 2012, p.60.

¹⁰² Gómez de la Torre, Maricruz. “El derecho de la identidad y la filiación”. XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar disertaciones y ponencias. Buenos Aires, La Ley Abeledo Perrot, 2012, p.60.

Para el autor Gómez Bengoechea citando a Garriga Gorina¹⁰³ “la doctrina distingue dos modelos normativos utilizados para establecer la relación jurídica de la filiación así adoptada por distintos países”. **La concepción realista de la filiación** tiene su principio en buscar la verdad biológica entre el vínculo de padre, madre e hijo o hija le corresponda. Como se ha indicado los estados tienen el compromiso de garantizar los mecanismos jurídicos que lleven a la verdad biológica de la filiación, así como de otorgar o facilitar los medios para realizar la impugnación de paternidad o maternidad cuando la misma no corresponde a la realidad biológica. Por su lado **la concepción formalista**, da mayor importancia a los vínculos afectivos, donde la voluntad de la madre y el padre se convierte en aspecto fundamental, al asumir la paternidad o maternidad.

En nuestro país resultaría de vital importancia contar con una legislación adecuada alrededor de instituto de la filiación, desde un punto intermedio entre las dos concepciones, donde se eviten situaciones que puedan afectar el interés superior de las personas menores de edad.

5.5. El derecho a la identidad en relación con la filiación

En principio se habla de la filiación natural, en aquellos casos donde el vínculo biológico, esbozado en la procreación, constituye un referente de la relación jurídica

¹⁰³ Gómez Bengoechea, Blanca. *Derecho a la identidad y filiación*, Madrid, España, Editorial Dykinson, 2007, p.34

paternofilial. Según la tendencia social también se deben tomar en cuenta otros tipos de filiación, como la filiación por adopción y la filiación de producto de técnicas de reproducción asistida.

La identidad filiatoria según Bísvaro, define “el vínculo jurídico que guardará o no concordancia con el origen biológico”¹⁰⁴. Para Mizrahi se trata “del vínculo legal que se entabla entre dos personas, calificadas por ley como “padre” o “madre”, en un extremo, e “hijo” o “hija”, en el otro”¹⁰⁵. En Costa Rica el derecho de filiación, integra las normas legales orientadas a la modificación y extinción de las distintas relaciones parentales, a la investigación de paternidad, que busca la certeza de la verdad de la filiación, todas ellas pretendiendo determinar quién es biológicamente la madre o el padre, o como ha sucedido en ambos casos.

Para Perrino, “la identidad filiatoria es un atributo de la personalidad que se individualiza en dos momentos o estados”¹⁰⁶. El estado dinámico se desprende de las vivencias dadas de las relaciones familiares, gracias a los vínculos paternofiliales, es la unión de la “realidad filiatoria” con el patrimonio ideológico cultural.

¹⁰⁴ Bísvaro, Beatriz. “El derecho a la identidad, el nombre y la familia”, *La familia en el nuevo derecho*, Buenos, Argentina, Editorial Rubinzal- Culzoni, 2009, t.II, p.93-111.

¹⁰⁵ Mizrahi, Mauricio. *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*, Buenos, Argentina, Editorial Astrea, 2004, p.55.

¹⁰⁶ Perrino, Jorge Oscar. “Impugnación de la paternidad matrimonial. La exclusión de la madre y del pretenso padre biológico”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Prudentia Iuris*, Buenos Aires, Editorial Educa, 2010, p195-222.

En nuestro país el acto que garantiza el derecho a la identidad de cada persona depende una adecuada identificación como hija o hijo de sus padres, esto al momento de declarar el nacimiento en el Registro civil, con este acto también se garantiza la publicidad, veracidad y permanencia de los datos de la identidad estática.

En nuestro ordenamiento jurídico, las presunciones matrimoniales, establecen en primer término y sin excepción lo relacionado con la filiación, eximiendo a los padres a acudir ante autoridad judicial o administrativa para que se determine la filiación de sus hijos e hijas, en el caso de haber matrimonio inscrito se realiza anotación al margen para que se tengan como hijos habidos dentro del matrimonio.

Siendo el caso de los hijos habidos en el matrimonio la filiación de madre queda determinada por el parto y la inmediata identificación, esto al realizar la declaración de nacimiento ante el funcionario encargado del Registro Civil, en el caso del padre, se presume que si la madre está casada es hijo del esposo, doctrinariamente se conoce esta presunción como *iuris tantum*, esto resulta efectivo mientras no existan motivos para creer lo contrario.

Los problemas derivados de la presunción, se da con los plazos legales indicados por ley, esto en el divorcio y la separación, periodos que son muy similares a los de la gestación, siendo esta como tiempo mínimo seis meses en el caso de incluir a los hijos como de matrimonio o de nueve meses en el caso del tiempo posterior al divorcio para que no se aplique la presunción. Para evitar esta problemática se podría pensar en eliminar las presunciones o los plazos en relación con las circunstancias que

rodean al nacimiento avanzando con la sociedad y poner en práctica la filiación dinámica.

Otra forma de determinar la filiación en nuestra legislación se da con la filiación no matrimonial o filiación extramatrimonial, que resulta aún más compleja para los progenitores, en tanto no opera presunción alguna, en este caso obliga a la autoridades, sean estas administrativas o judiciales a pronunciarse, que al pasar el tiempo deriva en que los niños o niñas se ven privados de ese derecho a la identidad estática, por cuanto la convivencia de hecho no genera derechos ante la filiación, y es más un aspecto subjetivo que lleva a realizar ese reconocimiento.

Una forma de determinar la paternidad extramatrimonial es por medio del reconocimiento, donde el hombre admite, acepta o se atribuye la relación biológica en relación con ese niño o niña nacido. El reconocimiento debe realizarse ante el Registro Civil, el Patronato Nacional de la Infancia, o un notario público, como lo indica el artículo 84 del Código de Familia, esto claro con cumpliendo con la presencia personal de ambos padres o medie el consentimiento de la madre, según modificación dada mediante ley número 7538 del 22 de agosto de 1995 y coincidente con voto de Sala constitucional número 1975-94 “De lo contrario, se obligaría a la madre o representante del reconocido a accionar para impugnar ese reconocimiento, lo que no parece razonable. Además, en los casos en que la madre no acceda a

prestar su consentimiento, de modo injustificado, quien se dice padre tiene a su alcance la jurisdicción, a fin de demostrar plenariamente su condición de tal.”¹⁰⁷

La Sala constitucional ha reiterado sobre el reconocimiento en resoluciones 427-95, 262-97, 931-00, 79-01, 325-02, 267-03 y 739-04 “El reconocimiento constituye uno de los mecanismos para determinar la filiación de los hijos extramatrimoniales. Nuestro ordenamiento jurídico prevé esta forma de establecer la filiación y la regula en los artículos 84 al 90 del Código de Familia. La paternidad del hijo extramatrimonial puede quedar determinada por el reconocimiento; mientras que la maternidad también puede determinarse por el hecho biológico del parto, debidamente acreditado”

Otra posibilidad de reconocimiento que se establece en la filiación no matrimonial se da por medio del reconocimiento por resolución judicial. Al respecto la Sala constitucional en resolución 12019-2006, anuló el artículo 156 del Código de Familia, el cual había sido reformado mediante Ley No. 8101 Ley de Paternidad Responsable, donde se excluía al padre para ejercer la patria potestad en contra de aquel padre o madre que se negase a reconocer a sus hijos, indicando al respecto: “La norma es inconstitucional por lesionar el derecho de defensa, el principio de igualdad, los principios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad, así como los derechos del niño a conocer y relacionarse con sus padres y los de estos, a

¹⁰⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica N°1975-94 de las quince horas treinta y nueve minutos del veintiséis de abril de mil novecientos noventa y cuatro.

ejercer los derechos derivados de la patria potestad en relación con su hijo. La circunstancia de que un padre o una madre hayan sido demandados para demostrar una determinada filiación, no es motivo suficiente para excluirlos “in limine” del ejercicio de la patria potestad por las razones ya expuestas. El desarrollo integral del menor requiere la presencia de ambos progenitores y el ordenamiento debe apoyar ese esfuerzo. De ahí que la suspensión o terminación de la patria potestad debe disponerse de conformidad con lo establecido en los artículos 158 y 159 del Código de Familia, siguiendo el procedimiento correspondiente. Los Magistrados Calzada y Cruz salvan el voto y declaran sin lugar la acción.”¹⁰⁸ (el subrayado no pertenece al original).

Dentro del reconocimiento, se encuentra una figura, muy utilizada en nuestro país, “la adopción encubierta” donde la persona que reconoce no es el padre biológico, acto que va en contra de la identidad de la persona, recordemos que toda persona tiene derecho a conocer su origen.

El derecho a conocer el origen filial, dentro de la temática del derecho a la identidad, resulta importante, uno de los antecedentes se da en la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Gaskin contra el Reino Unido del siete de julio de 1989, donde se reconoció el derecho a recibir información para hacer efectivo el derecho a conocer el origen, prevaleciendo sobre la confidencialidad de los registros. “*en opinión del Tribunal*, las personas en la misma situación que el

¹⁰⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica N°12019-2006 de las dieciséis horas treinta y dos minutos del dieciséis de agosto del dos mil seis.

solicitante tienen un interés vital, protegido por la Convención, en recibir la información necesaria para conocer y entender su infancia y desarrollo temprano...”¹⁰⁹

En nuestro país debemos recurrir al artículo 53 de la Constitución Política, al artículo 7 y 8 del del Código de Niñez y Adolescencia y a los artículos 7 y 8 de la Convención de los Derechos del niño, manteniendo el criterio que prevalecer el derecho a conocer el origen. En resolución número 348-94 de la Sala Constitucional al respecto indica que “La Sala parte de que el derecho a saber quiénes son sus padres, que toda persona tiene, conforme a lo dispuesto por el artículo 53 _párrafo final_ de la Constitución Política y artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada por Ley N 7184), es fundamental. Claro está, ese derecho se determinará conforme a la ley...”¹¹⁰, resolviendo de forma expresa que toda persona tiene el derecho fundamental de conocer quiénes son sus padres.

5.6. Respeto al derecho a la identidad. ¿Cómo debe ser la normativa de familia?

La especialización que se da en los Derechos Humanos permite ineludiblemente realizar cambios en el modelo que da al individuo como persona sujeta de derechos,

¹⁰⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Gaskin contra el Reino Unido del siete de julio de 1989.

¹¹⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica N°348-94 de las quince horas con cuarenta y ocho minutos del dieciocho de enero.

esto sin importar sus condiciones o características. El sistema jurídico que nos rige está centrado en la finalidad protectora adulto-céntrica, esto se da en casi todos los códigos es en materia de familia.

Para Lloveras, Nora y Monjo, Sebastián “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”¹¹¹, en institutos 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” las relaciones familiares, la responsabilidad parental, la procreación médicamente asistida, las cuestiones de género”¹¹²

El punto medular está en la verdadera interpretación de todos los principios que impregnar la materia procesal familiar, verificar si son o no suficientes, si se deben agregar más y así lograr una tutela diferenciada, recordando que el artículo 3 del Código de la Niñez y Adolescencia nos da todo lo necesario para resguardar el

¹¹¹ 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)(Nro8) ~ 2006/04/07 ~ T., M. E. y otro.

¹¹² Sobre género: Lloveras, Nora; Cantore, Laura, Género, Diversidad Sexual y Derechos Humanos, Revista Jurídica del Perú. Pioner 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.

interés superior de la persona menor de edad, siendo laminosamente letra muerta en muchas resoluciones judiciales y poco aplicada en la normativa administrativa.

El efectivo resguardo de los derechos establecidos en la Convención sobre los derechos de los niños, y en particular el derecho a conocer su origen, y su derecho a la identidad, debe darse en las nuevas normas en materia de familia, garantizando a la persona menor de edad el cumplimiento a cabalidad.

La política judicial costarricense, está en la línea de brindar acceso a la justicia a las personas menores de edad, en Sesión 34-10 de Corte Plena, que indica en acápite tercero inciso “a” sobre el enfoque de derechos humanos que “La persona menor de edad debe entenderse sujeta activa del derecho a obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas, principalmente aquellas relacionadas con el goce de sus derechos humanos”

CAPITULO 6. Autoridad parental en el interés superior del menor

“La gente habla de la mayoría de edad. Eso no existe. Cuando uno tiene un hijo, está condenado a ser padre durante toda la vida. Son los hijos los que se apartan de uno. Pero los padres no podemos apartarnos de ellos”.¹¹³

¹¹³ Henry Graham Greene

El estado de Costa Rica tiene el deber de proteger a las familias. La solidaridad en la familia, los intereses de las personas menores de edad, la igualdad de derechos y obligaciones entre los cónyuges son la base para la aplicación de la ley vigente.

Uno de los elementos protegidos por el estado es la patria potestad o autoridad parental, consistente en el conjunto de derechos y deberes que se dan en la relación entre los padres y sus hijos e hijas.

La Patria Potestad establece los derechos de las personas menores de edad y otorga a los padres y madres una responsabilidad moderada en la educación, protección, control y corrección de su hijo o hija. El derecho a pedir permiso al tribunal para tomar las medidas necesarias para facilitar la orientación de los menores cuando sea requerido.

A partir de la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, aprobada por el Estado costarricense en 1990, mediante la Ley 7184 del 18 de julio de 1990. Ha habido cambios cualitativos en la forma en que los adolescentes perciben y se relacionan con los adultos

Al aprobar esta Convención, en nuestro país la predominaba la doctrina de la "situación irregular", donde los menores son tratados únicamente como objetos de tutela, pasando las personas menores de edad, niñas, niños y adolescentes, a tener un reconocimiento como sujetos de derecho, acogiendo la doctrina de la

“protección integral”, garantizando por su edad todos los derechos especiales, buscando su pleno desarrollo.

Este cambio de paradigma incide necesariamente en la denominación, contenido y alcance del poder ejercido primero por el padre, y luego extendido a la madre, a sus hijas e hijos. Desde el punto de vista de los derechos humanos, la autoridad parental, debe ser vista como una "función social" que deben realizar por igual los padres y las madres, con el fin de asegurar el mejor desarrollo y bienestar posible de las niñas y niños, como menores de edad, sean reconocidos como objetos de derecho.

Sin embargo, a pesar de los avances logrados cuando se aprobaron los tratados internacionales de derechos humanos, nuestra legislación sigue utilizando el termino de autoridad parental o patria potestad, refiriéndose al derecho a la fuerza que ejerce el “pater familias” en el derecho romano. Esto nos impulsa a reflexionar sobre la necesidad de cambiar la terminología de acuerdo con la nueva visión de los derechos humanos y su progresividad.

6.1. Concepto de la autoridad parental

La autoridad parental o patria potestad, consiste en el conjunto de derechos y responsabilidades (potestades, poderes-deberes) que tenemos conjuntamente la madre y el padre con respecto a la persona y a los bienes de nuestros hijos e hijas

menores de edad. Además de ser un poder también implica obligaciones. Comprende cuatro contenidos.

El Tribunal de Familia señaló en el voto n° 232-11, en relación con el concepto de la “autoridad parental”¹¹⁴,

IV.- [...] La autoridad parental es un “derecho-función” que tienen los progenitores, en relación con sus hijos e hijas, el cual consiste en el deber de proveerles de todos los requerimientos indispensables para desarrollarse plenamente como seres humanos integrales. En este sentido se abarcan diferentes ámbitos; desde el puramente material, pasando por el intelectual y hasta el afectivo y espiritual. No se trata, como en épocas pasadas, del poder absoluto que tenía el *pater familiae* sobre los demás miembros del clan. Hoy endía, más que un derecho o facultad, la autoridad parental es un deber de los padres y madres de familia, tendiente a la formación holística de sus hijos e hijas. [...] Dentro del contenido de la autoridad parental se encuentra el aspecto o ámbito personal que se circunscribe a la guarda o cuidado inmediato y permanente que uno de los progenitores tiene sobre sus hijos e hijas, debido a una separación, divorcio o por el hecho de que los progenitores no hayan contraído matrimonio y no convivan como pareja. De ahí que uno de ellos es el que, día a día, conviva con sus descendientes, sin que ello implique

¹¹⁴ Tribunal de Familia señaló en el voto n.º 232-11 de las nueve horas cincuenta minutos del veintidós de febrero de dos mil once

que el otro progenitor no sea también titular de la autoridad parental en general.

6.2. Contenido de la autoridad parental

La autoridad parental comprende el siguiente contenido¹¹⁵:

- Contenido personal (guarda-crianza y educación): abarca el poder- deber que tenemos de cuidar a la persona menor de edad, velar por su integridad física y psíquica (guarda), proporcionarle los alimentos y atender sus necesidades fundamentales para un adecuado desarrollo (crianza), así como, prepararlas en todo sentido para la vida (educación).
- Contenido patrimonial o de administración: la autoridad parental comprende también la potestad que tiene el padre, así como nosotras las madres- de administrar los bienes de nuestros hijos e hijas menores de edad, por lo tanto, cuando nosotras o el padre, necesitemos disponer de los bienes de nuestras hijas(os) debemos solicitar una autorización al juez(a), asimismo, cualquier gestión que realicemos en relación a esos bienes debemos rendir cuentas como administradoras(es) de esos bienes.

¹¹⁵ Instituto Nacional de las Mujeres Derechos de las niñas y los niños en la vida familiar / Instituto Nacional de las Mujeres. -- 1.ed. -- San José: Instituto Nacional de las Mujeres, 2012. (Colección Tenemos derecho a tener derechos, n. 57) p. 5-6.

- Contenido de representación: como en principio la persona menor de edad no tiene capacidad de actuar, esto quiere decir, que, por ser personas menores de 18 años, en ciertos asuntos no pueden actuar por sí mismas y necesitan ser representadas. La ley normalmente nos asigna esa representación a nosotras o al padre. Pero si existieren intereses opuestos entre el hijo o hija y nosotras o su padre debe nombrársele un curador especial al hijo(a). Por ejemplo: en los procesos de pensión alimentaria donde las personas beneficiarias sean menores de edad, la representación la tendremos la madre o el padre, según con quien viva el hijo o la hija.
- Contenido alimentario: La ley dispone que tanto nosotras como el padre estamos obligadas a contribuir solidaria y proporcionalmente con los alimentos de nuestras hijas e hijos. Debemos entender por alimentos: la comida, vivienda, ropa, educación, salud o asistencia médica, diversión, transporte y cualquier otro gasto que generen las hijas(os). Todo ello según las necesidades de quien pida la pensión y las posibilidades económicas de quien esté obligado a pagarlas.

6.3. Características de la autoridad parental

La autoridad o responsabilidad parental, tiene varias características:

- **Es temporal:** las personas menores estarán bajo la autoridad parental del padre o la madre hasta que cumplan 18 años o en los casos en que un juez suspenda del ejercicio de la autoridad parental.

- **Es irrenunciable:** los padres no pueden renunciar, en especial a los deberes y obligaciones que tienen para con los hijos.
- **No se puede transmitir:** no se puede trasladar a otra persona las obligaciones, responsabilidades y derechos que otorga la autoridad parental.
- **No prescribe:** los derechos, responsabilidades y obligaciones se mantienen en el tiempo que las personas sean menores de edad.

6.5. Terminación de la autoridad parental

Se da el término de la autoridad parental ejercida por los padres según las siguientes circunstancias:

- Cuando la persona menor de edad cumple 18 años.
- Cuando fallecen uno o los dos padres.
- Cuando en sentencia la persona menor de edad es declarado en abandono.
- Cuando existe abuso sexual, lesiones o actos de corrupción en contra de las personas menores de edad, por parte de quien ejerce la autoridad parental.

6.4. “Situación irregular” y “protección integral” en la autoridad parental y la actualización del derecho de familia en costa rica

No se puede negar que la relación entre padres y madres, con sus hijos e hijas ha cambiado drásticamente en los últimos años. En el ejercicio de la “autoridad parental” o “patria potestad” ha habido una transformación progresiva en cuanto a su contenido. A su vez, estos cambios han supuesto un mayor reconocimiento de los derechos de los menores como objetos de derecho, y no sólo como objetos de protección.

Para contrarrestar los cambios que se han dado en las formas de paternidad y maternidad, se debe tener en cuenta que los cambios sociales que se han dado a lo largo de la historia ciertamente han influido en la idea de la familia como institución social, pues en cada año. o momento histórico, la relación entre padre, madre, hijo e hija está determinada por condiciones políticas, sociales y culturales; Finalmente, se puede apreciar que en la familia se refleja y reproduce la forma en que padres, madres, hijos e hijas se relacionan entre sí, la cual varía según la estructura y relaciones de poder de cada sociedad.

En el pasado, los niños eran vistos como cosas o mano de obra barata. Fue un período en el que el sacrificio de niños también se usaba como método de control de la natalidad, cuando no había leyes contra el infanticidio, cuando la barrera de la conciencia era muy diferente de lo que es hoy., el uso de la violencia. Hoy en día, nadie cree que los niños necesiten un trato especial.

A la luz de este hecho histórico, es de fundamental importancia tener en cuenta la evolución que se ha producido en nuestro ordenamiento jurídico en relación con los derechos y obligaciones de los padres hacia sus hijas e hijos, y ello responde a la nueva perspectiva que nos da el derecho internacional, que mediante nuevos y variados instrumentos destinados a proteger los derechos de los niños Protección efectiva.

En este contexto, la Convención sobre los Derechos del Niño, donde los Estados miembros reconocen la situación especial de los niños, como personas en desarrollo, con muchas necesidades. Reconociendo el derecho a vivir y prosperar en un ambiente familiar, insertos cada vez más en la sociedad. asegurando el pleno crecimiento y desarrollo de sus capacidades como ser humano.

La Convención sobre los Derechos del Niño deja atrás la forma tradicional y adultocéntrica de regular las relaciones que existen entre adultos y niños, en la vida social y familiar, que requieren una tutela efectiva. Los derechos reconocidos a los menores refuerzan, sobre todo, el reconocimiento de su derecho al pleno desarrollo de la persona y de su capacidad de superación. Esto requiere repensar lo que significa proteger y respetar los derechos de los niños y el papel de la familia, la sociedad y el estado en esto.

Costa Rica al aprobar el Código de la Niñez y la Adolescencia, basado en la doctrina de la protección integral, establece nuevos parámetros en la regulación

de las relaciones entre las personas adultas y las personas menores de edad. El principio de protección integral constituye un cambio de paradigma que trasciende la doctrina de la transgresión, según la cual los niños son vistos únicamente como objetos de protección hasta ser considerados sujetos de derechos y obligaciones.

Según el Estado de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia en Costa Rica (EDNA 2008), presentado por la Universidad de Costa Rica y la UNICEF, las principales características de las normas inspiradas en la doctrina de la situación irregular son:

- Concebir a los niños, niñas y adolescentes como objetos en calidad de extensión, casi propiedad, de sus padres, madres, tutores o tutoras.
- Limitar la acción estatal de protección únicamente a aquellos casos de excepción en los que se demuestre ausencia de una autoridad parental competente, cercenando de origen la posibilidad de intervenciones preventivas.
- Orientarse en función de la existencia de una “situación irregular” hacia y hasta su interrupción, pasando por alto la complejidad de las necesidades que conlleva la satisfacción de un bienestar integral.

Como se ha señalado, a partir de la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño (1979-1989) surgió un nuevo modelo para el concepto de infancia y su relación con el Estado, que perpetúa a toda una generación de niños. Nueva normativa nacional e internacional, ahora conocida como teoría de la

protección integral. Sus principales características son (EDNA 2008):

- Reconocer a niños, niñas y adolescentes como sujetos de una serie indivisible e irrenunciable de derechos (titulares) sin excepción ni discriminación de ninguna clase.
- Establecer la responsabilidad del Estado –en conjunción con las familias y comunidades– en cuanto a la garantía (papel activo) y respeto pleno de tales derechos para todas las personas menores de edad sin excepción.
- Instaurar como principio fundamental el “interés superior” –mejor interés– de la niñez y la adolescencia como parámetro orientador de toda acción pública o privada que les involucre o les afecte.

No obstante, debemos tener presente que el cambio legislativo no siempre va de la mano con un cambio cultural. Evidencia de ello es que, pese a que ya han transcurrido más de veinticinco años desde la aprobación por parte de Costa Rica de la Convención sobre los Derechos del Niño, aún persiste gran cantidad de prácticas violatorias a los derechos de los niños que se encuentran sumamente arraigadas en la población; por ejemplo, considerar el castigo físico “moderado” como algo “necesario o adecuado” para “disciplinar” o “educar” a los niños.

Sin embargo, cabe señalar que el cambio legislativo no siempre va de la mano del cambio cultural. Prueba de ello es que, si bien han pasado más de 20 años

desde que Costa Rica adoptó la Convención sobre los Derechos del Niño, persisten un gran número de actividades que vulneran los derechos de los niños, que siguen presentes en la sociedad costarricense; por ejemplo, considerar el castigo corporal “moderado” como “necesario o apropiado” para “disciplinar” o “educar” a niños.

Esta situación nos ocupa lo que se denomina el componente político-cultural del derecho, que concierne al contenido (traducido a derecho no escrito) que las personas le dan a estas leyes y su aplicación a través de la tradición, las costumbres, los conocimientos y su uso.

6.6. El interés superior de los niños y las niñas y la autoridad arental

Como se mencionó anteriormente, la premisa básica de la doctrina de la protección integral está en el interés superior del niño, y a menudo se cita en las decisiones judiciales, de las que escuchamos con tanta frecuencia, por lo que este principio debe priorizarse cuando hablar de la infancia y la adolescencia.

En general, cuando se trata del interés superior de los niños, nos referimos a la Convención sobre los Derechos del Niño, porque la ratificación, como hemos dicho, significa un importante paso adelante. Un papel en la protección de los derechos humanos de los menores. La edad en que se cambió la “teoría de

la situación irregular” por la “teoría de la protección integral”, identificando cambios de paradigma en las formas de convivencia social, reconociendo a los niños, niñas, adolescentes y niñas como sujetos de derechos.

El artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño señala: “1. En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

El Comité de los Derechos del Niño indica que se trata de un concepto contenido por tres aristas:

- Es un derecho sustantivo.
- Un principio jurídico interpretativo fundamental.
- Una norma de procedimiento.

Este es un derecho sustantivo, ya que los intereses tanto de los niños como de las niñas son la consideración primordial y son valorados y tomados en cuenta al sopesar los diferentes intereses para tomar una decisión sobre un asunto cuestionado, y la garantía de este derecho debe ser ejercida. cuando deba tomarse una decisión respecto de niños, niñas, grupos de niños en su generalidad.

En consecuencia, el artículo 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño establece una obligación inherente a los Estados, que es directamente

aplicable y puede ser invocada ante los tribunales. También es un principio jurídico fundamental de interpretación, es decir, si una norma jurídica admite más de una interpretación, se optará por la interpretación que mejor responda al interés superior del niño. Además, es una regla de procedimiento. Esto implica que evaluar y determinar el interés superior del niño requiere garantías procesales. La justificación de las decisiones también debe dejar claro que este derecho se ha tenido en cuenta explícitamente. Por lo tanto, los estados miembros deben explicar cómo se respetó este derecho en la decisión; es decir, qué se considera que es lo mejor para los niños, con qué criterio se toma la decisión y cómo se sopesan los intereses de los niños frente a otras consideraciones.

La doctrina argentina (Fama 2006) destaca que la Convención sobre los Derechos del Niño, así como la interpretación jurídica y la doctrina construida en torno a ella, ha producido un cambio significativo en el reconocimiento de los derechos fundamentales de la niñez. Esta transición parte de una visión del interés superior de los niños, prioridad que debe ser tutelada en las relaciones jurídicas donde compiten niños o niñas y, en general, es la guía fundamental de cualquier ley en materia de protección que se haya incorporado al tanto en las constituciones de las naciones del mundo, como en los tratados y convenciones internacionales.

De igual forma, destaca que la Convención sobre los Derechos del Niño, así como la interpretación jurídica y la doctrina construida en torno a ella, ha producido un cambio significativo en el reconocimiento de los derechos fundamentales de la niñez. Esta transición parte de una visión del interés superior de los niños y niñas,

prioridad que debe ser tutelada en las relaciones jurídicas donde compiten niños o niñas y, en general, es la guía fundamental de cualquier ley en materia de protección que se haya incorporado al tanto en las constituciones de las naciones del mundo, como en los tratados y convenciones internacionales.

El comité indica en la observación general 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, indica:

“El concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso. El legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrá aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del artículo 3, párrafo 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención. Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. En cuanto a las decisiones colectivas (como las que toma el legislador), se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general. En ambos casos, la evaluación y la determinación deberá llevarse a cabo respetando plenamente los derechos que figuran en la Convención y sus

Protocolos facultativos.”

Continúa indicando en ese mismo orden:

“La evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños o los niños en general. Esas circunstancias se refieren a las características específicas del niño o los niños de que se trate, como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores.”

El comité establece entre los elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar el interés superior de los niños, la identidad del niño: entendiendo que los niños no son un grupo homogéneo, por lo que debe tenerse en cuenta la diversidad y que la identidad del niño abarca características como el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad.

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dictada en el

caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, del 24 de febrero de 2012, en la cual se apreciaron los alcances del interés superior de los niños, resulta de gran importante citar:

“109. Igualmente, la Corte constata que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia. 110. En conclusión, la Corte Interamericana observa que, al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgosos daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia.

111. Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, preconcepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en los niños.”

La sentencia citada es sin duda un precedente importante en la protección y reconocimiento de los derechos humanos, ofreciendo una visión vanguardista de lo que debe entenderse como el interés superior de las niñas y los hermanos.

En nuestro caso, dado que Costa Rica es parte de la Convención de los Estados Unidos sobre Derechos Humanos, se decidió establecer un parámetro o base de actuación y la interpretación, en cuanto a este principio, debe entenderse desde una perspectiva de derechos humanos. es necesario reformatear el concepto “autoridad parental”.

**CAPITULO 7. Familia, genero y filiacion (punto de unión entre los
conceptos familia-equidad-igualdad)**

“La igualdad es el alma de la libertad, de hecho, no hay libertad sin ella”¹¹⁶

¹¹⁶ Francis Wright

Los principios de igualdad y justicia están íntimamente ligados. Cualquier máxima sobre la justicia debe responder al menos a dos preguntas: ¿igualdad entre quiénes? ¿Y dónde está la igualdad? En, ningún significado histórico significativo puede explicar la afirmación de estas máximas como si "todos" los hombres o mujeres fueran iguales "en todas las cosas". La idea a la que aspira aquí esta máxima de justicia se entiende en el sentido de que quienes son considerados iguales son tratados por igual en cuanto a ciertas cualidades que integran la naturaleza humana, tales como la libertad de uso de la razón, la capacidad jurídica, la libertad de propiedad, dignidad. Asimismo, cualquier máxima sobre la igualdad debe responder a esto: todos son iguales, sí, pero ¿hasta qué punto es justo que las personas sean iguales y en qué aspectos?

Señala Orwell en la Granja de animales: "todos los animales son iguales, pero algunos animales son más iguales que otros" 117.1 Teóricamente, en esta tesis partiremos de la idea que "la idea que no es posible hablar de una desigualdad sino de muchas desigualdades."¹¹⁸

El trabajo discute si el actual régimen jurídico de la filiación en el ordenamiento jurídico costarricense, respeta o desatiende el principio de igualdad jurídica. Se intenta una distinción entre lo que son diferencias justificadas y no

¹¹⁷ George Orwell, *Rebelión en la granja*, p. 120.

¹¹⁸ *Vid.* Imer Flores, "Igualdad, no discriminación (y políticas públicas); a propósito de la constitucionalidad o no del artículo 68 de la Ley General de Población", en Carlos de la Torre, coord., *Derecho a la no discriminación*, pp. 265-268.

justificadas e igualmente una separación de los problemas de igualdad entre los progenitores en las relaciones para con el hijo, y lo que son discriminaciones entre los hijos. Se defiende que el estándar del interés superior del niño puede justificar diferencias razonables entre los progenitores respecto a su igualdad en cuanto a los derechos y potestades sobre sus hijos.

Pero, ¿Subsisten discriminaciones en el actual régimen legal costarricense de filiación?. Al analizar la respuesta a la pregunta planteada, debemos empezar por definir aspectos relevantes.

7.1. Igualdad como aspecto general en la humanidad

Tensos y confusos han sido los debates sobre la igualdad de derechos a lo largo de la historia humana. Uno de los documentos más famosos al respecto es el Discurso sobre los orígenes de la desigualdad entre los hombres de Jean-Jacques Rousseau, donde el autor hace una clara distinción entre desigualdad natural, y por tanto positiva, desigualdad y desigualdad social, producto de la desigualdad económica o social, relaciones, dominación política.

Ferrajoli señala: “Las diferencias, sean naturales o culturales, no son otra cosa que los rasgos específicos que diferencian y al mismo tiempo individualizan a las personas, y que en cuanto tales, son tutelados por los derechos fundamentales. Las desigualdades, sean económicas o sociales, son en cambio las disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus derechos patrimoniales, así como de

sus posiciones de poder y sujeción. Las primeras concurren, en su conjunto, a formar las diversas y concretas identidades de cada persona; las segundas, a formar las diversas esferas jurídicas.¹¹⁹

Rousseau indica: “en lugar de destruir la igualdad natural; el pacto fundamental sustituye, por el contrario, lo que la naturaleza había podido establecer de desigualdad moral y legítima”.¹²⁰

Cabe señalar que, según Francisco Rubio Llorente, la igualdad debe hacer referencia a una o más características o cualidades de un grupo de personas, consideradas para determinar si existe igualdad.

“La igualdad que se predica de un conjunto de entes diversos ha de referirse, por tanto, no a su existencia misma, sino a uno o varios rasgos o calidades en ellos discernibles. Cuáles sean éstos, es decir, cuáles sean los rasgos de los términos de la comparación que se tomarán en consideración para afirmar o negar la igualdad entre ellos, es cosa que no viene impuesta por la naturaleza de las realidades mismas que se comparan [...] sino que determina el sujeto de éste al adoptar el punto de vista desde el que lleva a cabo el juicio de igualdad. La determinación del punto de vista, del comúnmente llamado *tertium comparationis*, es una decisión

¹¹⁹ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, p. 82.

¹²⁰ Jean-Jacques Rousseau, *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos*, pp. 117 y ss. *Vid.* N. Bobbio, *op. cit.*, p. 70.

libre, aunque no arbitraria, de quien juzga y sólo por referencia al tertium comparationis tiene sentido cualquier juicio de igualdad.”¹²¹

Por lo tanto, toda igualdad es siempre relativa, ya que solo puede afirmarse o negarse en relación con una comparación ternaria dada.

7.2. Igualdad formal en el derecho

Bullé Goyri sobre la igualdad forma nos indica: “La igualdad jurídica o formal se consagra a finales del siglo XVIII y surge como una clara aspiración del Estado liberal de romper con los estamentos característicos del feudalismo medieval.”¹²²

La doctrina alude a los tres conceptos de igualdad que forman los valores básicos de nuestra sociedad: la igualdad política, la igualdad ante la ley y la igualdad ante la ley o el estado de derecho.

Pérez Portilla al respecto: “se refiere al principio de que la ley no debe de tratar de manera diferente a aquellas personas que se encuentren bajo un mismo sistema jurídico, lo cual supone, al menos de inicio, que las normas deben ser generales y aplicarse de tal manera que los casos iguales se resuelvan de la misma forma. Esta igualdad implica que los órganos encargados de la aplicación del derecho no deben distinguir donde la ley

¹²¹ Francisco Rubio Llorente, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: introducción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 11, núm. 31, pp. 13 y 14.

¹²² Víctor Manuel Martínez Bullé Goyri, “Derechos humanos y Estado liberal”, *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, año 1, número 1, pp. 49 y ss.

no distingue.¹³ Aun cuando esta idea de igualdad se reduce a la aplicación de la ley, tal y como está descrita, sin tomar en cuenta consideraciones de ninguna índole, de ella pueden derivarse dos vertientes: la igual capacidad jurídica de todos los ciudadanos, eliminando todos los privilegios de nacimiento, y la demanda de la generalidad de la ley.”¹²³

Hablando de igualdad ante la ley y el propósito de esta igualdad es que las leyes estén diseñadas de tal manera que su aplicación produzca resultados similares en cuanto a las condiciones de vida de los ciudadanos. Esta tendencia en el proceso de desarrollo igualitario surge como consecuencia de factores sociopolíticos, como la presión del movimiento obrero, y de factores legales, como las disposiciones de la Constitución. Surge cuando ya no basta la igualdad en la aplicación de la ley, sino que los legisladores también deben respetar el principio de igualdad en el contenido de la norma, lo que exige plasmar este principio en las constituciones y órganos de control constitucional.

La igualdad en la forma implica plenamente la igualdad de trato y es el punto de partida, lo cual es sumamente importante porque ahí comienza la igualdad jurídica. Sin embargo, las realidades de las sociedades complejas y dispares de hoy nos exponen a muchas situaciones en las que pretender “dar a todos un trato igualitario” parece una mera simplificación jurídica, si no tenemos en cuenta que se logra la

¹²³ Karla Pérez Portilla, Principio de igualdad: alcances y perspectivas, pp. 47

igualdad de hecho, hay que estar de acuerdo con las desigualdades legales.

7.3. Misión No Discriminación

La palabra discriminación se deriva de la palabra latina estigma o discriminación, que hace referencia al acto de separar, discriminar o dividir, dando a entender que no contiene un significado negativo, sino un significado neutro. En un sentido similar, en el idioma inglés es un término neutro, ya que se define como la capacidad de percibir y reaccionar ante las diferencias¹⁸. Este no es el caso en español, donde la palabra tiene una connotación negativa prominente, ya que incluye el trato inferior de una persona o una comunidad por motivos de raza, religión, trato político, etc. El uso actual de la palabra discriminación implica un trato desigual de una persona, lo que resulta en una desventaja en comparación con los demás.

Existen tres factores que se dan en relación al concepto de discriminación.

- i. En primer lugar, la discriminación se realiza mediante un trato desigual que implica exclusión, restricción o preferencia hacia una persona o grupo de personas.*
- ii. El segundo factor que es causa del trato desigual es la cualidad o condición particular de la persona o las creencias que ha adoptado.*
- iii. En tercer lugar, produce la anulación o reducción del reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos o libertades fundamentales por parte de las personas víctimas de discriminación.*

Así, la discriminación no se refiere a ningún trato desigual, sino a la desigualdad basada en criterios irracionales, sesgados y discriminatorios.

El mandato no discriminatorio puede declarar que nadie debe tener preferencia sobre otro, “salvo que existan razones que se reconozcan como pertinentes y suficientes según criterios identificables y aceptables”. corresponde, en los ordenamientos jurídicos constitucionales y democráticos, establecer cuáles son estos criterios, dando así nuevas dimensiones al principio de igualdad.

7.4. Diferenciación y discriminación

Existe una estructura conceptual que distingue entre diferencia y discriminación, siendo la primera una desigualdad de trato constitucionalmente aceptable, y la segunda no.

Para Robert Alexy, “el postulado básico de razonabilidad práctica es determinante para establecer si está permitido o no un trato desigual, *i.e.*, siempre que haya razones suficientes para un tratamiento desigual entonces deberá estar ordenado el mismo.

“¹²⁴

Fernando Rey Martínez afirma que: “para determinar cuándo una diferencia jurídica de trato es razonable, toma los criterios de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la cual establece que la desigualdad debe basarse en una justificación objetiva y razonable; debe perseguir un fin constitucionalmente legítimo que pueda justificarse mediante un examen de razonabilidad y objetividad, de acuerdo con

¹²⁴ Robert Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, pp. 395

criterios y juicios de valor generalmente aceptados; sustentarse en una relación lógica entre los medios empleados y los fines, así como en los efectos perseguidos por la diferenciación normativa de trato.”¹²⁵

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ha encontrado dos formas de tratar de abordar el problema de fondo de la idea de que, si las leyes clasifican, implican un trato desigual. Establecen la siguiente clasificación:

- i.* La doctrina de la clasificación razonable¹²⁶: esta incluye a todas las personas que se encuentren situadas de manera análoga en relación con los objetivos de una ley y excluye a aquellas que no lo estén. El fin debe ser la eliminación de algún daño público o el alcance del bien común y debe existir un criterio de relevancia.
- ii.* Dentro de esta teoría se establecen cinco supuestos, que provienen de los rasgos característicos, los individuos afectados según el daño ocasionado
 - a. La clasificación legislativa es totalmente razonable.
 - b. La clasificación es absolutamente irrazonable.
 - c. La clasificación es deficiente, ya que no incluye a todas las personas que se encuentren en una situación similar.
 - d. La clasificación es sobre incluyente, porque incluye a más

¹²⁵ Fernando Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, pp. 23 y 24.

¹²⁶ Alfonso Ruiz Miguel, “Sobre el concepto de igualdad”, en *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, p. 51.

personas de las que se encuentran en una situación similar.

- e. La clasificación es mixta, toda vez que es insuficiente y sobre incluyente a la vez.

iii. la doctrina de la clasificación sospechosa: sólo se trata de hipótesis donde el rasgo discriminatorio es la raza, el género, la religión, la ideología o cualquier otro factor capaz de configurar evidencias lamentables entre las personas. En este caso, las diferencias entre los distintos grupos sociales corren el riesgo de catalogar a algunos de ellos como inferiores sin llegar a serlo. Por tanto, las leyes que tipifican a las personas de acuerdo con alguna de las características antes mencionadas son catalogadas como sospechosas, por lo que, si el legislador establece diferencias normativas de esta naturaleza, el escrutinio de la tutela judicial debe ser mucho más estricto.

Continuando con la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, se aplican tres aspectos o estándares de verificación para identificar y evaluar el propósito de una ley ¹²⁷:

- i. El examen del escrutinio estricto (*Strict Scrutiny Test*) se aplica a normas que

¹²⁷"Levels of Scrutiny Under the Equal Protection Clause", consultado en <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/epscrutiny.htm>, el 18 de octubre de 2006.

discriminan con base en la raza, el nacimiento o la religión.

- ii. El examen intermedio (*Intermediate Test*) se aplica a las leyes que clasifican basándose en el género.
- iii. el examen de la relación razonable (*Rational Relationship Test*), en este caso las leyes deben someterse a un escrutinio mínimo que demuestre que existe una relación lógica entre la clasificación y los objetivos de la ley, en otras palabras, debe probarse que las razones del legislador para discriminar deben ser legítimas.

Una vez analizadas estas teorías, no se puede negar que el principio de igualdad y la prohibición de discriminación mantienen una estrecha relación entre género (igualdad) y especie (prohibición de discriminación). La prohibición de la discriminación es, por tanto, una variante de la igualdad, cuando se trata del criterio de la desigualdad competitiva.

7.5. Igualdad sustancial

“La idea de la igualdad sustancial parte de la afirmación de Aristóteles en el sentido de que la justicia consiste en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Es decir, no sería justo tratar como iguales a quienes no lo son y no lo pueden ser porque carecen de las posibilidades para alcanzar una situación igualitaria”.¹²⁸

¹²⁸ M. Carbonell, Igualdad y Constitución, p. 39.

La idea de la igualdad sustancial se complementa con lo señalado por H. L. A. Hart en relación al termino justicia donde señala que “tratar los casos semejantes de la misma manera”¹²⁹

Para Ferrajoli ¹³⁰ existen cuatro modelos de configuración jurídica de la diferencia:.

- i. La indiferencia jurídica de las diferencias; para este modelo las diferencias no se valoran ni se tutelan ni se restringen, por ende, no se protegen o se violan, simplemente se ignoran.
- ii. La diferenciación jurídica de las diferencias; se reduce a la valorización de algunas identidades y a la desvalorización de otras, de tal manera que redundan una jerarquización de las diferentes identidades.
- iii. La homologación jurídica de las diferencias; en este modelo, las diferencias son valorizadas y negadas; pero no por ser concebidas como valores o desvalores, sino porque todas resultan devaluadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad. Más que considerarse como estatus privilegiados o discriminatorios, resultan desplazadas o, peor aún, reprimidas y violadas, argumentando una homologación, neutralización e integración general.
- iv. La igual valoración jurídica de las diferencias; modelo basado en el principio normativo de igualdad de los derechos fundamentales y, al mismo tiempo, en un

¹²⁹ H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, pp. 198-200.

¹³⁰ FERRAJOLI, LUIGI 1998 *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. española de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Trotta, Madrid.

sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad. Las diferentes identidades pueden ser reconocidas y valorizadas en la misma medida en que, partiendo no de la proclamación abstracta de su igualdad, sino del hecho de que pesan en las relaciones sociales como factores de desigualdad en violación de la norma sobre la igualdad, se piensen y elaboren no sólo las formulaciones normativas de los derechos sino también sus garantías de efectividad.

7.6. Discriminación y principio de igualdad jurídica

Los prejuicios negativos asociados actualmente a la palabra discriminación pueden inducir a errores de discusión cuando se pregunta por la discriminación creada o existente en determinadas leyes. En efecto, si la discriminación se entiende como una discriminación injusta, perversa y reprobable, el veredicto ya se ha dictado. Sin embargo, la discriminación puede entenderse en un sentido neutro y descriptivo, sinónimo de elegir, distinguir sin valorar si la distinción es justa o injusta.

Para que el diálogo y la discusión sobre la discriminación sean fructíferos, es importante comenzar con un concepto unificado de discriminación. Así que empecemos con la afirmación de que la doctrina jurídica de la igualdad permite (o incluso exige) las diferencias. En otras palabras, es discriminación en sentido neutral y solo elimina la injusticia.

Contrariamente al principio de igualdad jurídica, no todas las diferencias deben ser vistas como injustas o discriminatorias, sino que sólo deben ser consideradas aquellas que no estén plenamente justificadas por la racionalidad de los factores

relevantes. La jurisprudencia de los Tribunales Constitucional y de Derechos Humanos es un lujo cuando viene a ser. Diferenciación, coherencia y proporcionalidad de la finalidad perseguida con las normas.

Al respecto en sentencia judicial del Tribunal Constitucional español dictada justamente en un problema de filiación, y aclara la forma en la que debe operar la apreciación de si la diferencia legal es o no motivo de reproche según el principio de igualdad jurídica:

“(...) el principio de igualdad ‘ante o en la Ley’ impone al legislador el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales, con prohibición de toda desigualdad que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable, o que resulte desproporcionada en relación con dicha justificación. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios o juicios de valor generalmente aceptados, además de que, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción deban ser proporcionadas a la finalidad perseguida, desuerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos (...) En cualquier caso, lo propio del juicio de igualdad es que ha de comprobarse siempre, mediante un criterio de carácter relacional que cuando se proyecta sobre la acción del legislador re-

quiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas(...) y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (...) Solo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional de la diferencia contenida en la norma (...)”¹³¹.

En Latinoamérica el Tribunal Constitucional chileno. Al conocer de un recurso de inaplicabilidad en materia de filiación en el que se alegaba la transgresión de la igualdad ante la ley, el Tribunal señaló:

“Que para efectos de dilucidar si, en el conflicto que se ha planteado, se produce una infracción al derecho a la igualdad ante la ley, es necesario determinar, en primer lugar, si realmente estamos frente a una discriminación o diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar para, luego, examinar si tal diferencia tiene el carácter de arbitraria importando una trasgresión a la Carta Fundamental. Así, debe analizarse si tal diferencia carece

¹³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 138, de 26 de mayo de 2005.

de un fundamento razonable que pueda justificarla y si, además, adolece de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador. Este criterio ha sido reiterado por esta Magistratura, entre otras, en las sentencias roles N.º. 790, 825, 829 y 834¹³².

En nuestro país el Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI, aclara sobre el derecho a la igualdad 133:

"VI. - SOBRE EL FONDO: cabe aclarar que la igualdad debe entenderse en función de las circunstancias que concurren en cada caso concreto en el que se invoca, de tal forma que la aplicación universal del Ordenamiento Jurídico no prohíbe que se contemplen soluciones diferentes ante situaciones diversas. En consecuencia, el principio contenido en los artículos 33 de la Constitución Política y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, supone que la igualdad ante la ley no puede implicar una igualdad material, pues lo que resulta contrario a dichos principios fundamentales, es hacer diferencias entre dos o más personas que se encuentren una misma situación jurídica o en condiciones idénticas, sin que pueda pretenderse un trato igual cuando las condiciones o circunstancias son desiguales.

Continúa indicando, pero sobre el trato discriminatorio:

“Ahora bien, se da un trato discriminatorio cuando la desigualdad está desprovista

¹³² Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno Rol N.º 1.340-09, de 29 de septiembre de 2009.

¹³³ Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI. - Sentencia 208 de las 9 horas del 2 de octubre de 2012. Expediente: 11-006326-1027-CA.

de una justificación objetiva y razonable, lo cual implica que la causa de justificación del acto considerado como desigual, debe ser evaluada en relación con la finalidad y sus efectos, de forma tal que debe existir necesariamente una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y finalidad propiamente dicha (ver entre otras, las sentencias número 1998-5797, 1998-4829, 1997-1019, 1995-3929, dictadas por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

7.7. Igualdad y familia

Si la aplicación del principio de igualdad debe ser siempre reflexiva y fundamentada en argumentos valorativos, con mayor razón debe afirmarse en materia de derecho de familia. El derecho de familia pretende regular una comunidad de relaciones interpersonales que ya existía antes de toda regulación positiva y, además, está llamada a cumplir fines socialmente beneficiosos que en su mayoría no son ignorados por el sistema normativo.

Dada su composición natural y función social, las familias son redes de relaciones diferenciadas que emanan de personas que juegan y cumplen una variedad de roles. La riqueza familiar parece residir en la diversidad más que en la igualdad. Hay diferencias esenciales entre padres e hijos, hermanos y primos, padres y tíos, tíos y sobrinos, abuelos y nietos. Hablar de "padres" no es del todo correcto, porque las familias exigen roles diferentes entre los padres. Uno es la madre y el otro es el padre. El matrimonio no sólo tiene cónyuges, sino también marido y mujer.

El pensar en estandarizar y homogeneizar el principio de igualdad puede conducir

a la destrucción de la propia formación de la familia. Por ejemplo, es absurdo descartar el tratamiento sucesorio de los sobrinos que quedan excluidos de los descendientes, cónyuges y hermanos del difunto como herederos legales.

Además, la necesidad de adoptar medidas públicas que promuevan la buena constitución y la estabilidad familiar ha dado lugar a un trato discriminatorio proporcional a los objetivos perseguidos, considerados necesarios para fortalecer la estructura familiar.

El derecho de familia en sí mismo es un derecho preferencial y especial, justifica y hace legítimas las diferencias en relación con la convivencia de otros grupos y personas que pueden compartir algunos elementos de la familia, tales como la convivencia, el afecto y la procreación.

Según CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE¹³⁴: “La Ley General Alemana de tratamiento igualitario: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AAG), en vigor desde agosto de 2006, y que prohíbe las conductas discriminatorias que se basen en motivos de raza, origen étnico, sexo, religión o concepción del mundo, incapacidad, edad o identidad sexual, incluso en el ámbito del derecho privado, contiene una norma que señala que esta prohibición de discriminación no es aplicable a las relaciones familiares y sucesorias”.

¹³⁴ CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, Carmen, “El problema de la discriminación en el ámbito privado”, en *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, No 16, 2009, pp. 119.

7.8. La familia: ¿que debe darse, igualdad de los padres o igualdad de los hijos?

La primera pregunta que debe responderse sobre la discriminación por filiación es cuál es el foco del análisis: ¿padre o hijo?, se incluye como casos de discriminaciones respecto de los hijos supuestos en los que, en realidad, se trata, no de los derechos y de los intereses de los hijos, sino de los derechos e intereses de los padres sobre ellos.

Nuevamente, surge la pregunta de si las diferencias son discriminatorias o están justificadas y, más relacionado, esa justificación puede provenir de la propia necesidad del niño de una mejor protección. Lo que el derecho de familia moderno llama el principio del interés superior del niño.

7.9. Diferencias justificadas entre los hijos

Como se ve, la igualdad se refiere a los efectos de la filiación una vez que se haya determinado, pero no a su estructura que sigue siendo diferenciada, así como con los títulos o formas de determinación y con la manera de ejercer la acción de estado: impugnación, reclamación, desconocimiento, nulidad del reconocimiento.

Por ejemplo, la presunción de paternidad que deriva del matrimonio: *pater is est quem nuptiae demonstrant*, la caducidad de la acción en corto plazo por parte del marido, y la exclusión de terceros de su legitimación, salvo que el marido muera. Todo ello es diferente respecto de la paternidad no matrimonial determinada por

reconocimiento, donde los terceros interesados pueden impugnar.

se pregunta por la razón que justifica la diferencia entre filiaciones si los efectos van a ser los mismos, y respecto de la presunción pater is est declara que “si este es el motivo, resulta francamente débil, porque no habría necesidad de crear toda una categoría diferente de filiación con denominación propia, solamente con una diferenciación menor en la forma de determinar la filiación. Hubiera bastado la misma disposición actual, fijando la presunción por el matrimonio como una de las formas de establecer la filiación”.

Se puede entender que el legislador pueda establecer diferencias justificadas en la filiación. Después de asentar que el principio no excluye cualquier diferencia sino solo aquellas que sean injustificadas, señala que el juicio de igualdad, exige la identidad de los supuestos fácticos que se pretenden comparar, pues lo que se deriva del citado precepto es el derecho a que supuestos de hecho sustancialmente iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas:

“Por ello toda alegación del derecho fundamental a la igualdad precisa para su verificación un tertium comparationis frente al que la desigualdad se produzca, elemento de contraste que ha de consistir en ‘una situación jurídica concreta en la que se encuentren otros ciudadanos u otros grupos de ciudadanos’ (ATC 209/1985, de 20 de marzo, FJ 2). Conviene por todo ello examinar si los supuestos de hecho aportados por el órgano judicial como término de comparación guardan

la identidad que todo juicio de igualdad requiere (...). Pues bien, en el presente caso, los términos de comparación ofrecidos por el órgano judicial proponente de la cuestión no ofrecen la homogeneidad necesaria para poder trabar con seguridad un juicio de igualdad en la ley. En efecto, mientras que el art. 136 CC se refiere a la impugnación de la paternidad matrimonial establecida en virtud de presunción legal, los arts. 138 y 141 del propio Código se refieren a la impugnación por vicio del consentimiento de la filiación matrimonial y no matrimonial determinadas por reconocimiento. –Los supuestos de hecho contemplados no presentan una igualdad sustancial y la diferenciación normativa establecida está dotada de una justificación suficiente, objetiva y razonable. Tal justificación radica en última instancia en los distintos regímenes de determinación de la filiación, y más concretamente de la paternidad. En efecto, es el hecho de la existencia del matrimonio el que fija el carácter matrimonial de la filiación, determinándose legalmente la paternidad del marido de la madre a través del juego de las presunciones (arts. 116 y 117 CC), basadas en la regla proveniente del Digesto *pater vero is est quem nuptiae demonstrant*, cuando el nacimiento se ha producido *ex uxore*, conectada con los deberes de convivencia y fidelidad de los cónyuges (art. 68 CC) y la presunción de convivencia conyugal (art. 69 CC). En razón del juego de presunciones establecidas por el legislador, es el nacimiento del hijo después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo o a la separación efectiva, sea legal o de hecho, de los cónyuges lo que determina la paternidad matrimonial, la cual se acredita, entre

otros medios (arts. 113 y 115 CC), por la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, que resulta ser así un título de legitimación privilegiado del estado civil de hijo matrimonial. Ahora bien, la filiación paterna puede también tener lugar mediante reconocimiento en los casos legalmente establecidos, tanto para la filiación matrimonial (arts. 118 y 119 CC), como para la filiación no matrimonial (arts. 120.1 y 121 a 126 CC). Este reconocimiento de la paternidad es un acto personalísimo puro (esto es, no sujeto a condición, término o modo) mediante el que declara que ha existido el hecho biológico de la procreación del que ha nacido el hijo sobre el que recae el reconocimiento.”

Como consideración final podemos indicar que el punto central en el aspecto de igualdad, como indica Prieto Sanchís, está dado en “determinar cuáles son los rasgos que representan una razón para un tratamiento igual o desigual” ¹³⁵

Los juicios de igualdad son juicios valorativos, por lo que no basta afirmar que dos personas merecen el mismo trato, sino definir cuál es la característica relevante, apreciarla y razonar ¿Por qué marcar la diferencia? Esto último es necesario, porque cuando se trata de desigualdades normativas, incluso basadas en desigualdades reales, deben justificarse objetiva y razonablemente para no conducir a una diferencia negativa. Dado que la discriminación afecta no solo económica sino también socialmente, una sociedad justa y democrática debe no solo reconocer las diferencias en términos de raza, sexo, educación, etc. no

¹³⁵ L. Prieto Sanchís, *op. cit.*, nota 46, p. 31.

permitir que determinados grupos sociales realicen sus logros individuales, sino también utilizar medidas compensatorias para mejorar las condiciones de los mencionados grupos desfavorecidos y asegurar la participación de todos los grupos en todos los niveles de la sociedad.

CONCLUSIONES

Al analizar la legislación vigente, las teorías y el desarrollo de los capítulos de esta investigación, se llega a las siguientes conclusiones:

1. La familia.

Los retos del Derecho de Familia costarricense, están a nivel de la legislación, pese a las modificaciones que se realizaron al pasar de los años, resultan algunos puntos desfasados ante los cambios que se van produciendo en la sociedad. Se debe dar una revisión profunda del Código de Familia en temas como la familia, filiación, parentesco, interés superior de las personas menores de edad y el derecho a la identidad.

Costa Rica tiene indicadores especializados en el papel, pero en la realidad existen grandes inconsistencias y paradojas en el sistema y por ende grandes desafíos desde una perspectiva estratégica:

- a. No existe un modelo macro-procesal que directa o indirectamente cree una estrategia para resolver conflictos familiares sensibles y proporcione a los participantes herramientas adecuadas para resolverlos, lo que sería rudimentario en un sistema legal escrito como el costarricense. En otras palabras, en un estado con mandato constitucional de impartir justicia “en estricto apego a derecho”, dichas leyes procesales de familia deben prever medios específicos y adecuados para habilitar al juez de familia, y general a

quienes operan la materia, en búsqueda de una correcta solución y ejecución en los asuntos familiares.

- b. El litigio de las personas a través de los abogados es un problema que no se pudo resolver. Si bien existe una regla en el derecho de familia de que el Estado financia a quienes no tienen medios económicos, lo cierto es que se trata de una disposición ineficaz, salvo en los casos de pensión alimenticia, donde existe una norma más amplia y específica. Desde el punto de vista de la mediación por parte de los abogados, también hay que destacar la relativa falta de educación en el postulado primitivo de la abogacía, que el cliente "gana" a toda costa, aunque tenga su propio cliente frente a él una pareja y sus hijos.

La familia es la más antigua de las instituciones humanas y constituye un elemento clave para comprensión y funcionamiento de la sociedad, que puede ser definida desde el punto de vista sistémico, esto es, entender a la familia como un sistema que a su vez se compone de los siguientes subsistemas: conyugal (papá y mamá), paterno-filial (padre e hijo) y fraternal (hermanos)

En la actualidad la pluralidad de conformaciones de familias , amplía el acceso de mas personas a que se reconozcan sus derechos, y en el caso concreto de la filiacion, se ven descubiertos, dado que nuestra legislacion da una proteccion especial a la familia como eje fundamental de la sociedad “La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección

especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido.”, pero al mismo tiempo limita el matrimonio como pilar de la familia “El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges.”

Al ser un sistema un sistema mixto, derivado de varias acciones de filiación, carece de una finalidad y valor claro de lo que se debe proteger, por su compleja estructura. Un ejemplo de ello es que tiene como objetivo proteger a las madres solteras al permitir un sistema abierto de determinación de paternidad, también dificulta que las madres casadas tomen medidas para reemplazar al estado.

Entre los aspectos que se deben cambiar o actualizar en el ordenamiento de familia, siempre en beneficio de los y las menores de edad, encontramos:

1.1 Abordaje integral de La familia.

El abordaje integral de la familia debe estar inclinado a regular todos los aspectos y relaciones derivados de los vínculos biológicos y de los vínculos socioafectivos. La realidad actual nos exige reconocer que cuando hablamos de familia no nos referimos solo a un sistema nuclear, sino más bien, a un conjunto de maneras de concebir a la familia.

La familia es la más antigua de las instituciones humanas y constituye un elemento clave para comprensión y funcionamiento de la sociedad, que puede ser definida desde el punto de vista sistémico, esto es, entender a la familia como un sistema

que a su vez se compone de los siguientes subsistemas: conyugal (papá y mamá), paterno-filial (padre e hijo), fraternal (hermanos) y socioafectivos (convivencia entre dos o más individuos).

Las distintas formas de organización de las familias, basadas en las relaciones de afecto, se crean entre parientes, cualquiera que sea la naturaleza del parentesco, y entre cónyuges o parejas de hecho afectivas.

En cuanto al código de familia, con la finalidad de actualizar el contenido a la realidad actual de las familias, se debería implementar:

a. Generalidades

- i. **Ámbito aplicación:** Se debe establecer con claridad, indicando que las normas se aplicaran a todas las familias cualquiera que sea la **forma de organización que adopten** y a las relaciones jurídicas-familiares que se deriven entre sus miembros.
- ii. **Reconocimiento de las familias:** se debe ampliar las distintas formas de organización familiar, basadas en las relaciones de afecto, se crean entre parientes, cualquiera que sea la naturaleza del parentesco, y entre cónyuges o parejas de hecho afectivas.
- iii. **Derechos y deberes de las personas en el ámbito familiar:** dando énfasis en dos aspectos
 - La igualdad plena en materia filiatoria.
 - Respeto el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad y el

proyecto de vida personal y familiar.

- b. Se debería contar con una oficina especializada en temas de familia (la defensoría o fiscalía familiar): Encargada de proteger, garantizar y restablecer el ejercicio de los derechos de las niñas, los niños y adolescentes, personas en situación de discapacidad, personas adultas mayores, personas víctimas de discriminación o violencia en cualquiera que sea su manifestación, así como cualquier otra persona en situación de vulnerabilidad en el entorno familiar.

Considerando que una persona se encuentra en vulnerabilidad en el entorno sociofamiliar cuando este limita o dificulta sus posibilidades de actuación frente a una amenaza y, como consecuencia de ello, presenta una situación de riesgo o deterioro que afecta su calidad de vida y su bienestar que puede llevarla a una exclusión social.

Las autoridades competentes para intervenir o decidir sobre asuntos relativos a las familias y sus miembros cuentan con la disposición y conocimiento para asegurar su sensibilidad y especialización, y las herramientas que les permitan prevenir, identificar y reprimir las manifestaciones de discriminación.

2. Filiación y paternidad.

La normativa en familia debería contener aspectos básicos derivados de la filiación y los efectos jurídicos dentro de las relaciones interfamiliares. Se debería regular el parentesco socioafectivo respetando la voluntad y comportamiento entre las personas vinculadas en una relación estable el parentesco debería estar regulado de la siguiente manera:

2.1 Sobre el parentesco

1. **Alcance general:** El parentesco es la relación jurídica existente entre dos personas que las hace miembros de una misma familia, y que, sin distinción, en los límites que establece la ley y en proporción a la proximidad de aquel, produce determinados efectos jurídicos, ya sean permisivos, prohibitivos o que pueden establecer obligaciones.
2. **Fuentes del parentesco:** explicando cual es el origen y de donde deriva
 - a. La filiación, cualquiera sea su fuente o el modo en que haya sido determinada;
 - b. el matrimonio; y
 - c. la unión de hecho afectiva.
3. **Tipos de parentesco:** establecer quienes tiene un grado de parentesco acorde a
 - a. **Parentesco por consanguinidad.** Son parientes entre sí, por consanguinidad:

- i. Las personas que descienden unas de otras; y
 - ii. las que no siendo descendientes unas de otras, sí lo son de una misma persona.
- b. **Parentesco derivado de la adopción.** El parentesco que se origina en la adopción tiene los mismos efectos que el parentesco por consanguinidad.
- c. **Parentesco por afinidad.** El parentesco por afinidad existe, en la misma línea y grado, entre:
- iii. Una persona y los parientes consanguíneos de su cónyuge o pareja de unión de hecho afectiva inscripta; y
 - iv. una persona y los cónyuges o las parejas de unión de hecho afectiva inscripta de sus parientes consanguíneos.
- d. **Parentesco socioafectivo.** El parentesco socioafectivo se sustenta en la voluntad y en el comportamiento entre personas vinculadas afectivamente por una relación estable y sostenida en el tiempo que pueda justificar una filiación.

2.2 **Sobre la filiación:** se debe incluir como disposiciones generales, incluyendo los vínculos de procreación y progenitura como los vínculos sociales y afectivos que hacen que una persona ostente la condición de madre, padre, hija o hijo. Ampliando la posibilidad de que la filiación se dé también se dé por relaciones o vínculos socioafectivas, donde se tome en cuenta el

- a. **Igualdad filiatoria.** Las hijas y los hijos son iguales, disfrutan de los mismos derechos y deberes en relación a sus madres y padres, cualquiera que sea el estado conyugal de estos y el origen de su filiación.
- b. **Fuentes y tipos de filiación.** La filiación puede tener lugar por:
 - i. La procreación natural, que da lugar a la filiación consanguínea.
 - ii. El acto jurídico de la adopción, que da lugar a la filiación adoptiva.
 - iii. El reconocimiento judicial de los vínculos filiales socioafectivos que se construyen a partir de la posesión de estado de hija o hijo respecto de madres y padres, que da lugar a la filiación socioafectiva.
- c. **Efectos de la filiación.**
 - i. Toda filiación, cualquiera sea su fuente, produce los mismos efectos jurídicos.
 - ii. La filiación determina la responsabilidad parental, los apellidos, la obligación legal de dar alimentos, los derechos sucesorios y demás efectos establecidos por las leyes.
 - iii. El orden de los apellidos es el establecido en la legislación registral correspondiente, sin perjuicio del acuerdo al de madres

y padres en el sentido de fijar un orden distinto de estos en el momento de la inscripción del nacimiento o de la adopción, manteniéndose así para el resto de las hijas y los hijos comunes.

- iv. La filiación incluye tanto los vínculos de procreación y progenitura como los vínculos sociales y afectivos que hacen que una persona ostente la condición de madre, padre, hija o hijo.

d. Determinación.

La filiación por procreación natural que da lugar a la filiación consanguínea se determina por el reconocimiento voluntario que hacen madres, padres o ambos con respecto a hijas e hijos, por las reglas del presente Código o por sentencia judicial dictada en proceso filiatorio.

- e. **Investigación de la filiación.** En todo proceso filiatorio puede practicarse la investigación de la paternidad y la maternidad, utilizando los métodos científicamente validados y en armonía con los derechos a la identidad e intimidad de las personas interesadas.

3. Cambio de visión en la normativa de familia para que se respete el derecho a la identidad y falta de norma que establezca de forma expresa el derecho a la identidad

Se encontro que en la normativa de familia no existe una norma que lo establezca como un derecho autónomo con naturaleza propia, lo que encontramos es la protección de los diversos factores que lo configuran, como el nombre, nacionalidad, y sobre todo información, en lo que se refiere a su decisión y derecho a conocer su origen biológico.

El derecho a la identidad como todo derecho humano, es universal, no puede tener caducidad, es único, irrenunciable, intransferible e indivisible.

La nueva perspectiva del derecho procesal de familia y de los derechos humanos, nos hace darnos cuenta de que “la familia” no es el centro de la tutela legislativa, es la “persona” y esto es lo que se debe tutelar en las diversas relaciones familiares. La disposición constitucional en derecho de familia y derecho procesal familiar se refiere al reconocimiento de normas de carácter superior, tales como instrumentos internacionales y normas generales en la constitución política de cada país, de modo que leyes diferentes protegen las relaciones de familia. hecho de manera positiva.

Los derechos humanos, y en especial su especialización, inevitablemente permite un cambio de paradigma al situar a los individuos como sujetos de derechos, independientemente de sus características y condiciones. Lo anterior nos obliga a hacer una necesaria revisión del ordenamiento jurídico, especialmente de aquellos creados con el propósito de protección centrada en el adulto.

En la nueva normativa en materia de familia, se debe garantizar a los menores la tutela efectiva de sus derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, y en particular el derecho a conocer el origen de sí mismos, y por tanto su derecho a identidad. Es importante recordar las necesidades de quienes son usuarios del sistema de justicia en materia de familia, pues es importante considerar un proceso mediante el cual asegure una tutela judicial verdaderamente efectiva.

Al respecto resulta importante agregar en el código de familia el siguiente artículo:

1. **Derecho a la identidad.** - Todo niño, niña o adolescente tiene derecho, desde su nacimiento, a tener un nombre, una nacionalidad, a no ser privado de ella y a adquirir otra voluntariamente, y a su propia identidad, consistente en la formación de su personalidad, en atención a sus especificidades y características de sexo, nacionalidad, etnia, filiación, orientación sexual, creencia y cultura.
2. Tiene derecho a conocer la identidad de sus padres y/o madres, su origen biológico, a preservar sus relaciones familiares o socioafectivas de conformidad con la ley, a conocer y ejercer la cultura de su lugar de origen y, en general, a preservar y desarrollar su propia identidad e idiosincrasia, incluida su identidad de género, conforme a la legislación vigente.

3. Cuando un niño, niña o adolescente sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad, o de todos ellos, se deberá prestar la asistencia y protección apropiadas en miras a restablecerla rápidamente.
4. Los niños, niñas y adolescentes que pertenezcan a grupos étnicos, indígenas, religiosos o lingüísticos tienen derecho, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, a emplear su propio idioma y a intervenir en los procedimientos de consulta cuando lo establezca la ley.
5. El Estado promoverá el debido respeto a la identidad de los jóvenes y garantizarán su libre expresión, velando por la erradicación de situaciones que los discriminen en cualquiera de los aspectos concernientes a su identidad.

4. Visión adulto céntrica del Código de Familia.

Los juicios de familia deben atender una de las realidades sociales más preocupantes, el problema familiar, por lo que el juicio debe responder con celeridad y no convertirse en un procedimiento con trabas innecesarias, sino en términos del debido proceso, en aras de una tutela judicial efectiva. y una resolución integral de los conflictos familiares, cambiando la visión adulto céntrica por una que permita la protección amplia de los menores en los procesos familiares, y así la protección del derecho a su forma se haga efectivo como un derecho humano a proteger.

Revisar el título de filiación vigente y procurar la modificación de normas que contengan una visión adulto-céntrica, recordando que no deben protegerse situaciones especiales de los progenitores, sino que debe privilegiarse la identidad dinámica de las personas ante la identidad estática.

Al respecto se debería establecer en la regulación el tema del interés superior del niñas, niños y adolescentes en el siguiente sentido:

1. Principio general que informa el derecho familiar, de obligatoria y primordial observancia en todas las acciones y decisiones que les afectan o interesan, en el ámbito privado como público.
2. El interés superior de niñas, niños y adolescentes se debe apreciar en armonía con los deberes de las hijas y los hijos con respecto a sus madres, padres y demás personas que conforma el entorno familiar.
3. Para determinar el interés superior de una niña, un niño o adolescente en una situación concreta en el entorno familiar valorando:
 - a. La opinión, en correspondencia con su capacidad de comprender, la posibilidad de formarse un juicio propio y su autonomía progresiva.
 - b. La identidad y condición específica como persona en desarrollo.

5. Las dimensiones estática y dinámica del derecho de la identidad:

La concepción moderna del derecho a la identidad apunta al reconocimiento de este derecho en una doble dimensión: estática y dinámica. La identidad estática o primaria (comúnmente conocida como "identificación") se refiere básicamente a la identificación física, biológica o registral de un sujeto como el nombre, el seudónimo, la imagen, el sexo, el lugar y fecha de nacimiento, las huellas digitales, la filiación, la nacionalidad, entre otros. La identidad dinámica trasciende a la estática y se extiende a la "verdad personal o proyecto de vida" de cada sujeto, que se pone de manifiesto a través de la "proyección social" de la persona.

Analizando el alcance del derecho a la identidad, existe una vital importancia de abordarlo desde una perspectiva moderna, dinámica y global, y la necesidad de poner en marcha mecanismos institucionales efectivos para proteger estos ámbitos en su estática y dinámica; la primera parte trata sobre el perfil y la identidad de una persona y la segunda parte sobre los hechos personales o proyectos de vida de cada sujeto.

En nuestro país, la doctrina, legislación y sentencias pioneras enfocan su contenido en relación a la protección de la identidad se centran principalmente en su aspecto estático. Además, aún no hay claridad respecto a cuán comprensiva es la esfera dinámica de este derecho.

Al involucrar el "proyecto de vida" de una persona, el derecho a la identidad puede ser invocado en una variedad de contextos y contextos, incluso en circunstancias y

contextos diversos, involucrando relaciones con derechos de diferente naturaleza entre personas y posesiones materiales diversas.

Falta en nuestra legislación un artículo que proteja a la identidad dinámica, que describa la esfera de su protección, que sirva como guía para resolver los conflictos familiares en relación a la filiación y la gran amplitud de situaciones que se desprenden de ellos.

6. La triada de la igualdad

El principio de igualdad forma parte de los derechos humanos y se caracteriza por la prohibición de discriminación entre dos o más personas en idénticas circunstancias jurídicas; pero, cuando existan condiciones dispares, se podrá aplicar un trato diferenciado, siempre que tal trato diferente sea por razones objetivas y razonables.

El principio de igualdad ha tenido diversas manifestaciones, muchas veces agrupadas bajo el nombre de la triada de la igualdad, formada tras un proceso de evolución, descubriendo uno de los grandes momentos reconocidos internacionalmente en la historia de la igualdad. La tríada de la igualdad se compone de tres manifestaciones de dicho principio, tales como:

- a. la igualdad en la ley, donde se busca impedir que la ley otorgue privilegios a determinados grupos de personas.

- b. La igualdad en la aplicación de la ley, a los efectos de aplicar la ley del mismo modo a las personas en las mismas circunstancias;
- c. y (la igualdad ante la ley, con el mandato dado a los legisladores de no hacer una diferencia que pudiera ser vista como arbitraria por falta de justificación razonable y objetiva.

7. Juicio trimembre

Según explica el jurista español Francisco Rubio Llorente, “la igualdad es una calidad predicable de la relación que se establece entre dos términos distintos, pero no es el resultado del juicio que se establece entre esos dos términos; debido a que es el resultado de un juicio trimembre que tiene como elementos, como referentes, los dos términos entre los que la comparación se establece y, sobre todo, un tercer término que es aquel que determina el punto de vista, la perspectiva, el criterio en función del cual se establece la comparación. Este tercer término, el *tertium comparationis* (que es ese punto de vista desde el que se hace la comparación) es el que determina cuál es el sentido de la comparación y el que condiciona por eso, en buena medida, el resultado del juicio en virtud del cual podemos decir que una determinada relación es de igualdad o de desigualdad.”

Para Otero se encuentra conformado por la existencia de:

- a. una pluralidad de personas o elementos;
- b. un nexo o vínculo entre los elementos mencionados;
- c. y un término de comparación.

De la realización del juicio trimembre pueden derivarse varias soluciones que contemplan:

- a. Un tratamiento idéntico a quienes están en la misma situación;
- b. Un tratamiento diferenciado cuando las situaciones analizadas sean distintas;
- c. Un tratamiento uniforme para quienes estén en circunstancias donde las diferencias no son más relevantes que las semejanzas;
- d. y un tratamiento diferenciado para quienes se encuentran en circunstancias donde las diferencias son más relevantes que las semejanzas.

8. Noción formal y material del principio de igualdad

A nivel de doctrina y jurisprudencia, el principio de igualdad se ha dividido en sus conceptos formal y material. En el caso de la noción formal, se establece un mandato para el Estado de tratar a todas personas de la misma manera. Mientras que, noción material, el principio de igualdad establece que es deber del Estado eliminar todo aquello que impida a los grupos históricos en situación de desigualdad disfrutar de una igualdad real. Para ello, el Estado puede tomar una serie de medidas diferenciadoras que se utilizan con el objetivo de asimilar la situación de los colectivos hundidos en el contexto de desigualdad real, como las acciones positivas.

La puesta en práctica de los artículos de la 84 y 85 de la Ley 9747, Código Procesal de Familia, de 23 de octubre de 2019 (Este Código regirá en su integridad a partir del 1 de octubre de 2024). Vendría a equiparar los procesos de filiación, dando el mismo nivel en sede administrativa a los reconocimientos, donde unifica el procedimiento para optar por la filiación tanto matrimonial y extramatrimonial, quedando de la siguiente manera:

1. “Artículo 84- Reconocimiento administrativo de la paternidad. Podrán ser reconocidos por sus padres todos los hijos habidos fuera de matrimonio y cuya paternidad no conste en el Registro Civil; igualmente, los hijos por nacer y los hijos muertos.

Si el hijo no tiene paternidad asignada, el reconocimiento se hará ante el Registro Civil o notario público, siempre que ambos padres comparezcan personalmente o haya mediado consentimiento expreso de la madre. El notario público deberá enviar el acta respectiva al Registro Civil, dentro de los ocho días hábiles siguientes.

Si el hijo tuviera una paternidad asignada registralmente, por motivo de la presunción de paternidad de un padre que no corresponde a la verdad biológica, se podrá pedir su reconocimiento por quien corresponda ante el Registro Civil, según los trámites administrativos contemplados en las normas orgánicas de esta institución. Si sucediera una oposición fundada del padre o la madre registrales, el asunto deberá conocerse jurisdiccionalmente

mediante el proceso resolutivo familiar de filiación.” El subrayado y la negrita no pertenecen al original

Y al adicionar el artículo 63 bis a la Ley N.º 3504, Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil, de 10 de mayo de 1965. El texto es el siguiente:

“Artículo 63 bis- Procedimiento para el reconocimiento de hijos biológicos con presunción de paternidad. Cuando se trate del reconocimiento de hijos ya inscritos con presunción de paternidad, el padre biológico presentará la gestión ante la oficina del Registro Civil que corresponda, la cual llamará a quienes aparecen como padres registrales para que se pronuncien sobre la petición, pudiendo estos comparecer conjuntamente con el promovente al inicio de las diligencias.

De existir oposición de alguno de ellos, se deberá archivar el asunto y enviar a las partes a la vía contenciosa prevista en el Código Procesal de Familia.

Si hay conformidad de los padres registrales, el órgano encargado autorizará el reconocimiento, salvo que considere la verificación de algún tipo de prueba, sea testimonial o científica, para determinar la veracidad de la paternidad solicitada. Recabada esta se hará el pronunciamiento de este.”

9. Principio de la no discriminación

El principio de no discriminación puede entenderse como un derecho humano que prohíbe hacer distinción, exclusión, restricción o preferencia que tenga por objeto o efecto destruir o menoscabar el goce o ejercicio de los derechos humanos, de las personas y de las libertades fundamentales en términos de igualdad, en función de cuestiones como la religión, el sexo, el color, la orientación sexual o la identidad de género.

El concepto formal del principio de no discriminación está ligado al principio de igualdad, que establece que un acto es discriminatorio cuando se otorga un trato diferenciado sin justificación objetiva y razonable. Si bien el concepto de material ha otorgado autonomía al principio de no discriminación, al estipular que la prohibición debe hacerse a favor de personas, oídas individualmente o como integrante de determinados grupos de población que se encuentren en situación de desventaja.

La discriminación directa ocurre cuando una regla, política o acción coloca explícitamente a un determinado grupo de personas en una situación de exclusión o desventaja, por el hecho de formar parte de un determinado grupo. Es cierto que la discriminación indirecta ocurre cuando un acto, política o regla parece ser neutral, pero en esencia crea efectos desproporcionados que afectan negativamente a un grupo en particular determinado sin ninguna justificación.

También existe la posibilidad de que existan actos diferenciadores que no entran en la categoría de discriminación. Para ello, la acción debe:

- a. perseguir un fin legítimo;
- b. utilizar un medio adecuado de eficacia probada menos nociva;
- c. y tiene una relación proporcional entre el medio y el punto final.

Entre los actos que distingue el consentimiento del ordenamiento jurídico para no constituir una vulneración del principio de no discriminación se encuentran la aplicación de la doctrina de la buena voluntad profesional y las acciones afirmativas o medidas positivas. Estos tienen por objeto equilibrar la situación de algunos colectivos desfavorecidos, asegurando el respeto al principio de igualdad en el ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Nuestra Constitución debería contar con un concepto abierto de familia, no puede limitarse a las familias constituidas a partir del matrimonio, sino a cualquier forma de convivencia humana, cuya calificación debe darse por la circunstancia de suponer un compromiso mutuo personal sin plazo, fundado en los lazos afectivos o en la ayuda recíproca entre sus miembros. Cualquier legislación o normativa reguladora de la familia debe respetar, en todo caso, los principios y derechos reconocidos en los artículos constitucionales 33, 51, 52, 53, 54 y 55.

Al respecto de los numerales 33, 52 y 55 deberían aspectos que enriquecerían la materia de familia y de filiación, al respecto:

1. Artículo 33.- Igualdad ante la ley.
 - a. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a

los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

- b. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por Costa Rica.

2. Artículo 52.- Matrimonio

- a. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.
- b. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.

3. Artículo 55.- Protección a la familia y a la infancia

- a. Los poderes del estado asegurarán la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil.
- b. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

BIBLIOGRAFÍA

- i. CARBONELL, Miguel. Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos, 2a. ed., Porrúa-CNDH, México, 2003.
- ii. Diccionario Jurídico España/ Función Tomas Moro; director editorial Juan Ignacio Alonso. Madrid: Ed. Espasa Caple, 1999.
- iii. LOPEZ FAUGIER, Irene. La prueba científica de la filiación, Ed. Porrúa, primera ed., México, 2005.
- iv. BAQUIEIRO ROJAS, Eduardo y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. Derecho de Familia. Edición revisada y actualizada. Ed. OXFORD, University Press, 2005.
- v. MACIONIS J., John y PLUMMER, Ken et al. Sociología, Parson Educación, S.A., edición en español, Ed. Isabel Capella, 2003.
- vi. BOZA UMAÑA María del Rocío, FLORES STOVIK Jenifer y RODRÍGUEZ MURILLO Cynthia. La guardia, Crianza y Educación Compartidas después de la Ruptura Conyugal: Su posible Aplicación en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Facultad en Derecho. Universidad de Costa Rica. 1995.
- vii. ESPÍN CANOVAS, Diego. Manual de derecho civil. En: Familia. Vol. 5
- viii. TERRE, F. y FENOUILLET, D., Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités, Dalloz, Paris, 1996.
- ix. CORNU, G., Droit civil: la famille, 9ª, ed., Montchrestien, Paris, 2006.
- x. Roberto Suárez Franco. Derecho de Familia: Filiación-Régimen de los Incapaces. Editorial Temis, 1992.
- xi. TREJOS Gerardo. Derecho de Familia Costarricense, Editorial Juricentro, 1999.
- xii. LOPEZ DEL CARRIL, Julio, Derecho de Familia, Abeledo-Perrot, Argentina, 1984.
- xiii. FAUSTINO GIMENEZ Arnau y Jose Santacruz Tejeiro, Revista de Derecho Privado, España, 1930.
- xiv. LOPEZ FAUGIER, Irene. La prueba científica de la filiación, Ed. Porrúa, primera ed., México, 2005.
- xv. DE PIÑA, Rafael, Derecho Civil Mexicano. Introducción, Personas y Familia, Vol. 1, 2ª ed., Porrúa, México, 1960.
- xvi. PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel, Derecho de Familia, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, sección de Publicaciones, España, 1989.
- xvii. LA CRUZ, ALBADALEJO, José y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asis; Derecho de familia, Barcelona, Bosch, 1982.

- xviii. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho Genético; Universidad de Lima; Perú; 2006.
- xix. HERRERA CAMPOS, Ramón, La investigación de la paternidad y la filiación no matrimonial, Universidad de Granada, Granada, 1987.
- xx. VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Constitucional General. 2º Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1981.
- xxi. ARROYO ROJAS, Paula Marcela. La Figura de la Filiación a la Luz del Principio de Igualdad en el Código de Familia Costarricense. Tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, 2000. Costa Rica.
- xxii. CICU, Antonio. El Derecho de familia. Ed. Ediar, Buenos Aires, 1947, p. 17 y 18. Considera que todas las demás personas a pesar de relacionarse con la familia son extrañas a ella.
- xxiii. SALAS MIRANDA, Tesis de Licenciatura "Equiparación Legal de los Hijos Inestuosos, Adultérinos y Sacrilegos"
- xxiv. BOSSERT Gustavo A, y ZANNONI Eduardo A. (2005). Manual de Derecho de Familia, 6ª Edición, Buenos Aires Argentina: Editorial Astrea.
- xxv. TREJOS SALAS Gerardo (1999). Derecho de Familia Costarricense, Tomo II, San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.
- xxvi. AZPIRI, Jorge. Juicio de filiación y patria potestad. 2ª edición. Hammurabi, Buenos Aires, 2006.
- xxvii. LACRUZ BERDEJO, José y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. Derecho de Familia Nº 327. Bosch, Barcelona, 1982.
- xxviii. DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4ª edición revisada, actualizada y ampliada. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 345.
- xxix. FERREYRA DE LA RÚA, Angelina. "El procedimiento de familia en el proyecto". En: La Ley, año LXXVI, Nº 115, jueves 21 de junio de 2012.
- xxx. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, derecho de familia 2. Derecho sucesorio 3. matrimonio 4. paternidad (derecho) 5. testamentos 6. legados
- xxxi. FAMÁ, María Victoria. La filiación: régimen constitucional, civil y procesal. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009.
- xxxii. AZPIRI Jorge Osvaldo (2005). Derecho de Familia, 1ª Edición, Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi.
- xxxiii. TREJOS SALAS, Gerardo (2005). Derecho de Familia Costarricense. Tomo II Primera Edición. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro S.A.
- xxxiv. SANCHO REBULLIDA, Francisco (1989). Derecho de Familia Tercera edición. Barcelona, España: Editorial Bosch.

- xxxv. BRENES CÓRDOBA, Alberto (1974). Tratado de las Personas San José, Costa Rica: Editorial Costa Rica.
- xxxvi. Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia, 30 de septiembre de 1990.
- xxxvii. Comité de Derechos Humanos. 1989. Observación general 17, Derechos del Niño, 35° periodo de sesiones, 7 de abril.
- xxxviii. FERNÁNDEZ Sessarego, Carlos, "Apuntes sobre el derecho a la identidad sexual", JA 1999-IV-889.
- xxxix. MIZRAHI, Mauricio, "Posesión de estado, filiación jurídica y realidad biológica", LL 2004-E-1197.
- xl. Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, UNICEF, edición española enteramente revisada, 2004.
- xli. GARCÍA SUÁREZ, A., Modos de significar. Una introducción temática a la filosofía del lenguaje, Madrid, Tecnos, 1997, cap. 2: Nombres propios.
- xlii. Corte IDH (2005), caso Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, voto disidente del juez Manuel E. Ventura Robles.
- xliii. Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, UNICEF, edición española enteramente revisada, 20.
- xliv. LLOVERAS, Nora, La filiación en la Argentina y en el MERCOSUR, Costa Rica y el Perú, Editorial Universidad, Bs. As., 2007.
- xlv. BELLUSCIO, Augusto Cesar, Manual de Derecho de Familia, Astrea, 8va ed., Bs. As., 2006, T. I, p. 7 y ss nº 2; Sobre la protección a la familia Ver: Cafferata, José Ignacio, Derecho de Familia, Mediterránea, Córdoba, 2005.
- xlvi. CÓRDOBA, Marcos, Director; Vilma R. Vanella, Coordinadora, Derecho de Familia, Parte General, LL. Bs. As., 2002.
- xlvii. GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca. Derecho a la identidad y filiación, Madrid, España, Editorial Dykinson, 2007.
- xlviii. BÍSCARO, Beatriz. "El derecho a la identidad, el nombre y la familia", La familia en el nuevo derecho, Buenos, Argentina, Editorial Rubinzal- Culzoni, 2009.
- xlix. FAMÁ, María Victoria y Herrera, Marissa. "La identidad en serio: sobre la obligatoriedad de las pruebas biológicas en los juicios de filiación". Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Buenos Aires, Argentina, 2006.
- I. GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. "El derecho de la identidad y la filiación". XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar disertaciones y ponencias. Buenos Aires, La Ley Abeledo Perrot, 2012.

- li. Mizrahi, Mauricio. Identidad filiatoria y pruebas biológicas, Buenos, Argentina, Editorial Astrea, 2004.
- lii. PERRINO, Jorge Oscar. "Impugnación de la paternidad matrimonial. La exclusión de la madre y del pretense padre biológico". Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Prudentia Iuris, Buenos Aires, Editorial Educa, 2010.
- liii. LLOVERAS, Nora; Monjo, Sebastián, El adoptado pleno frente a la sucesión del abuelo biológico como un llamado más, Publicado en: LLLitoral 2008.
- liv. LLOVERAS, Nora; CANTORE, Laura, Género, Diversidad Sexual y Derechos Humanos, Revista Jurídica del Perú. Pioner de Doctrina de Normas Legales. Derecho Privado. Fascículo nº 7, Julio 2007, Lima, Perú.
- lv. Instituto Nacional de las Mujeres Derechos de las niñas y los niños en la vida familiar / Instituto Nacional de las Mujeres. -- 1.ed. -- San José: Instituto Nacional de las Mujeres, 2012. (Colección Tenemos derecho a tener derechos, n. 57)
- lvi. ORWELL, G. (1964). LA REBELION EN LA GRANJA (1a. ed.). BOGOTA: PAULINAS.
- lvii. IMER Flores, "Igualdad, no discriminación (y políticas públicas); a propósito de la constitucionalidad o no del artículo 68 de la Ley General de Población", en Carlos de la Torre, coord., Derecho a la no discriminación.
- lviii. LUIGI Ferrajoli, Derechos y garantías. La ley del más débil.
- lix. JEAN-JACQUES Rousseau, Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos.
- lx. RUBIO LLORENTE Francisco, "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: introducción", Revista Española de Derecho Constitucional, año 11, núm. 31.
- lxi. VÍCTOR MANUEL Martínez Bullé Goyri, "Derechos humanos y Estado liberal", Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos, año 1, número 1.
- lxii. PÉREZ PORTILLA Karla, Principio de igualdad: alcances y perspectivas.
- lxiii. ROBERT Alexy, Teoría de los derechos fundamentales.
- lxiv. REY MARTÍNEZ Fernando, El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo.
- lxv. RUIZ MIGUEL, Alfonso, "Sobre el concepto de igualdad", en Miguel Carbonell, comp., El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción. México, CNDH, 2003.
- lxvi. HART, H. L. A., El concepto de derecho. México, Editorial Nacional, 1978.

- lxvii. FERRAJOLI, LUIGI 1998 Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, trad. española de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Trotta, Madrid.
- lxviii. CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, Carmen, “El problema de la discriminación en el ámbito privado”, en Revista de Derecho Privado, Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, No 16, 2009.
- lxix. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española. Madrid, Real Academia Española, 1992.
- lxx. PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Miguel Carbonell et al., comps., Derechos sociales y derechos de las minorías. México, UNAM.
- lxxi. FERNÁNDEZ, Encarnación, Igualdad y derechos humanos. [España], Tecnos, 2003.
- lxxii. RUBIO LLORENTE. Francisco. La forma del poder. Estudios sobre la Constitución. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp.638-639

Sentencias y votos

- lxxiii. TRIBUNAL DE FAMILIA. Resolución N° 1445-02, de las ocho horas veinte minutos del veinticuatro de octubre del año dos mil dos.
- lxxiv. TRIBUNAL DE FAMILIA.- San José, Sentencia No. 1399-04 , a las ocho horas veinte minutos del diecisiete de agosto del dos mil cuatro.
- lxxv. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, Res. N° 2008-006813, a las diecisiete horas y cincuenta y seis minutos del veintitrés de abril del dos mil ocho.
- lxxvi. TRIBUNAL DE FAMILIA.- San José , Sentencia No. 1399-04 , a las ocho horas veinte minutos del diecisiete de agosto del dos mil cuatro.
- lxxvii. Tribunal de Familia, voto 367-2006, de las once horas del veintitrés de marzo de dos mil seis.
- lxxviii. SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto 1204-2012, de las once horas del veintiuno de diciembre de dos mil doce.
- lxxix. TRIBUNAL DE FAMILIA, voto 235-2011 de las diez horas y cinco minutos del veintidós de febrero de dos mil once.

- lxxx. CORTE INTERWAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Voto disidente del juez A. A. Cançado Trindade en el "caso de las Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador".
- lxxxi. OPINIÓN APROBADA POR EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO SOBRE EL ALCANCE DEL DERECHO A LA IDENTIDAD,, 71º PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES, 30 de julio al 10 de agosto de 2007, Rio de Janeiro, Brasil
- lxxxii. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA. Nº1975-94 de las quince horas treinta y nueve minutos del veintiséis de abril de mil novecientos noventa y cuatro.
- lxxxiii. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA Nº12019-2006 de las dieciséis horas treinta y dos minutos del dieciséis de agosto del dos mil seis.
- lxxxiv. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gaskin contra el Reino Unido del siete de julio de 1989.
- lxxxv. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA. Nº348-94 de las quince horas con cuarenta y ocho minutos del dieciocho de enero.
- lxxxvi. TRIBUNAL DE FAMILIA. San Jose voto n.º 232-11 de las nueve horas cincuenta minutos del veintidós de febrero de dos mil once
- lxxxvii. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Sentencia Nº 138, de 26 de mayo de 2005.
- lxxxviii. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO. Sentencia Rol Nº 1.340-09, de 29 de septiembre de 2009.
- lxxxix. TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN VI.- Sentencia 208 de las 9 horas del 2 de octubre de 2012. Expediente: 11-006326-1027-CA.
- xc. *Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica, OC-24/17, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), 24 Noviembre 2017, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org.es/docid/5a5d311f4.html> [Accesado el 2 Septiembre 2022]*

Leyes y reglamentos consultados

- xc. ONU: Asamblea General, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 Diciembre 1948, 217 A (III), disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org.es/docid/47a080e32.html> [Accesado el 2 Septiembre 2022]

- xcii. ONU: Consejo de Derechos Humanos, *Recopilación preparada por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos con arreglo al párrafo 15 b) del anexo de la resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos : Costa Rica*, 18 Septiembre 2009, A/HRC/WG.6/6/CRI/2, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org.es/docid/4b1f6e5e2.html> [Accesado el 2 Septiembre 2022]
- xciii. ONU: Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966*, 16 Diciembre 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 999, p. 171, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org.es/docid/5c92b8584.html> [Accesado el 2 Septiembre 2022].
- xciv. *Costa Rica: Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, Organización de los Estados Americanos (OEA), 24 Noviembre 2017, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org.es/docid/5d7fd1b4a.html> [Accesado el 2 Septiembre 2022]
- xcv. Organización de los Estados Americanos (OEA), *Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"*, 22 Noviembre 1969, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org.es/docid/57f767ff14.html> [Accesado el 2 Septiembre 2022]
- xcvi. Constitución Política de la República de Costa Rica. (1948). Costa Rica. Consultada el 18 de julio de 2016. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=871&nValor3=101782¶m2=3&strTipM=TC&IResultado=28&strSim=simp
- xcvii. ONU: Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 Noviembre 1989, United Nations, Treaty Series, vol. 1577, p. 3, disponible en esta dirección:

<https://www.refworld.org.es/docid/50ac92492.html> [Accesado el 2 Septiembre 2022]

- xcviii. Ley No. 5476 del 2 de Febrero de 1974 - *Código de Familia* [Costa Rica], 5 Febrero 1974, disponible en esta dirección:
<https://www.refworld.org.es/docid/57f7699a1b.html> [Accesado el 2 Septiembre 2022]
- xcix. *Ley N° 7.739 de 1998 - Código de la Niñez y la Adolescencia* [Costa Rica], 6 Enero 1998, disponible en esta dirección:
<https://www.refworld.org.es/docid/5d7fc576a.html> [Accesado el 2 Septiembre 2022]
- c. *Ley N° 3.504 - Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil (1965)* [Costa Rica], 3.504, 26 Mayo 1965, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org.es/docid/57f76942a.html> [Accesado el 2 Septiembre 2022]

Referencia web verificadas

- ci. <https://letraurbana.com/articulos/reflexiones-acerca-de-la-familia/>
- cii. <https://www.unicef.org/es/historias/registro-nacimiento-importante>
- ciii. <http://www.encyclopediasalud.com/definiciones/fecundacion>
- civ. https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-12592004000100008
- cv. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=81332&nValor3=103662&strTipM=TC#:~:text=El%20Decreto%20Ejecutivo%20n%C3%BAmero%2039210,de%20la%20m%C3%A1s%20alta%20calidad%2C
- cvi. <https://anacaminoabogado.com/como-determinar-de-quien-es-el-hijo-filiacion-materna-paterna/>
- cvii. <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/epcscrutiny.htm>
- cviii. <http://www.ciudad-real.es/varios/refranero/a.php>