

Juzgado de Familia Especializado en Apelaciones de Pensiones Alimentarias

Resolución N° 01126 - 2024

Fecha de la Resolución: 04 de Setiembre del 2024 a las 20:46

Expediente: 24-000230-0925-PA

Redactado por: Maureen Roxana Solis Madrigal

Clase de asunto: Segunda instancia

Analizado por: CENTRO DE INFORMACIÓN JURISPRUDENCIAL

Normativa Internacional: Convención americana sobre derechos humanos, Pacto de San José, Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Convención Belem Do Pará, Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, Convención sobre la eliminación de toda las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW

Normativa internacional

Sentencia con datos protegidos, de conformidad con la normativa vigente

Contenido de Interés:

Tipo de contenido: Voto de mayoría

Rama del Derecho: Derecho Procesal de Familia

Tema: Recurso de apelación en asuntos de familia

Subtemas:

- Análisis jurisprudencial sobre las resoluciones que tienen efectos propios o actos separables y son susceptible de apelación, y alcances del derecho a la doble instancia.
- Alcances de la Defensa Pública en materia de alimentos.
- Procedente recurrir rechazo de plano de demanda de alimentos de mujer embarazada que ejerce la representación del ser en gestación.

Tema: Pensión alimentaria

Subtemas:

- Análisis jurisprudencial sobre las resoluciones que tienen efectos propios o actos separables y son susceptible de apelación, y alcances del derecho a la doble instancia.
- Alcances de la Defensa Pública en materia de alimentos.
- Procedente recurrir rechazo de plano de demanda de alimentos de mujer embarazada que ejerce la representación del ser en gestación.

Tema: Defensa Pública

Subtemas:

- Alcances de la Defensa Pública en materia de alimentos.
- Procedente recurrir rechazo de plano de demanda de alimentos de mujer embarazada que ejerce la representación del ser en gestación.

"IV.EFECTO PROPIO: Es menester indicar que, toda resolución que genere efecto propio es apelable conforme al artículo 53 inciso g) de la Ley de Pensiones Alimentarias. Esto es importante porque, conforme al artículo 53 inciso b) de la citada Ley, es apelable el auto que declare el archivo definitivo del expediente o ponga fin al proceso. Es decir, parece que, el rechazo de plano de la demanda no estaría comprendido técnicamente en ese inciso, pero evidentemente tal resolución impide el acceso a la justicia y ocasiona un perjuicio irreparable. Además, en la resolución número 300-90, 17:00 horas del 21 de marzo de 1990, la Sala Constitucional dijo: "V. (...) En efecto, un importante derivado del debido proceso es el derecho a que un tribunal superior examine o reexamine, por vía de recurso, la legalidad y razonabilidad de toda sentencia o resolución jurisdiccional que imponga a la persona un gravamen irreparable o de difícil reparación, al menos cuando ese gravamen incida sobre uno de sus derechos o libertades fundamentales sustanciales (de goce), como es la libertad personal. VI.- Tesis similar es la que prevalece hoy en el Derecho Público en general, el cual reconoce, de principio, el derecho de impugnar los actos de procedimiento o preparatorios, normalmente irrecurribles, cuando tengan "efecto propio", es decir, los que en Derecho Administrativo se conocen como "actos separables" en cuanto causan por sí mismos un gravamen más allá del procedimiento mismo en que se dictan, de manera que ese efecto no podría corregirse con la solución normal de tener que esperar para impugnarlos conjuntamente con el acto final que están llamados a preparar (V., p. e j., art., 163.2 Ley General de la Adm. Pública). Al nacer, pues, ese derecho a recurrir contra los actos separables, de un principio general de Derecho Público, ergo lo es del derecho de la Constitución, con el mismo rango que sus normas expresas (como lo reconoce el art. 7.1 de la misma Ley General).(...)

POR TANTO: Se declara con lugar el recurso, en cuanto resulta inconstitucional la interpretación o aplicación del artículo 26 de la Ley de Pensiones Alimenticias, No. 1620 del 5 de agosto de 1953 y sus reformas, en el sentido de que carecen de recurso de apelación los autos que resuelvan incidentes posteriores a la sentencia. Asimismo, de conformidad con el artículo 89 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se declara también inconstitucional cualquier interpretación o aplicación que niegue el recurso de apelación contra las resoluciones que establezcan o impongan una pensión provisional o contra las similares que tengan efectos propios y no sean simple consecuencia de otras ya firmes o ejecutivas. Los autos y resoluciones dichos deben entenderse apelables en el efecto devolutivo y sin perjuicio de su ejecutividad, inclusive por la vía del apremio corporal que en su caso se hubiera decretado." Igualmente, en la resolución constitucional n.º6113-96, 15:00 12 de noviembre de 1996, dicha Sala dispuso: "(...) que el derecho a impugnar las resoluciones jurisdiccionales no puede interpretarse como garantía de que deba permitirse que todas las actuaciones jurisdiccionales, aún aquellas de mero trámite o las que pueden ser revisadas posteriormente sin causar lesión, tengan recurso de apelación, por el contrario, esa posibilidad se limita a las actuaciones en que se pueda presentar una lesión a un derecho o libertad fundamental; que es necesario examinar en cada caso si la ausencia del recurso atenta o no contra los derechos fundamentales; que en el Derecho Público, por principio general, se reconoce el derecho de impugnar actos que por su naturaleza son normalmente irrecurribles -de procedimiento o preparatorios- cuando tienen "efecto propio", o sea, cuando se trata de los denominados actos separables que causan por sí mismos un gravamen más allá del procedimiento en que se dictan y su efecto no puede corregirse con impugnarlos conjuntamente con

el acto final; que en materia de incidentes la reticencia en el reconocimiento del derecho al recurso tiene pleno sentido en cuanto se aplica a un procedimiento que carece de autonomía y cuya denegación normalmente no tiene efecto propio fuera del proceso principal, por lo que sus limitaciones se compensan con la posibilidad de recurrir en la sentencia contra posibles errores cometidos al desestimarse; que existen determinados procedimientos incidentales que constituyen verdaderos procesos autónomos que se tramitan mediante reglas más sencillas y expeditas, pero en los que una limitación o supresión de los recursos contra sus resoluciones finales, hacen imposible su impugnación (véanse las sentencias números 300-90 de las 17:00 horas del 21 de marzo de 1990, 1371-92 de las 14:40 horas del 26 de mayo de 1992, y 1054-94 de las 15:24 roas del 22 de febrero de 1994). De lo que la Sala ha manifestado en relación con el derecho a la doble instancia se deduce, por una parte, que el artículo 8.2 inciso h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, garantiza la revisión de la sentencia por un juez o tribunal superior, en un caso concreto: el del imputado en causa penal por delito. Por lo que no debe entenderse que esa norma se aplique en todo caso en que se alegue la infracción a la garantía del debido proceso por falta de un mecanismo que permita la revisión de la resolución por otra instancia. Sin embargo, el derecho a la doble instancia, por constituir un corolario de la garantía del debido proceso, resulta de insoslayable aplicación, en relación con determinadas resoluciones de un proceso jurisdiccional. La Sala definió esas resoluciones como aquellas que independientemente de la naturaleza del procedimiento en el que se produzcan, cierran la discusión sobre determinado aspecto, con lo que pueden causar un perjuicio a alguna de las personas que interviene en el proceso, que alcanza a configurar una infracción de nivel constitucional por la naturaleza de los derechos que se afectan. En este caso se observa que la resolución del juez de la quiebra que decide la remoción del curador tiene únicamente recurso de revocatoria, o sea, no puede ser revisada en ese momento procesal por una instancia diferente de la que tomó la decisión. Lo que sucede es que tampoco puede ser revisada en otra etapa posterior del proceso, con lo que la decisión del juez en relación con este punto causa estado." En igual sentido, resolución constitucional n.º1344-10, 10:00 de 30 de setiembre de 2010. Además, mediante resolución N.º2786-00, 15:45 de 28 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia dijo: "III.- DE LA VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO. No puede dejarse de hacer una llamada de atención a las autoridades jurisdiccionales que han tramitado y conocido del caso concreto que motiva esta consulta -sean las diligencias de adopción simple promovidas por ... por evidenciarse una grave violación al debido proceso, concretamente en lo que respecta al derecho a una doble instancia, en los términos en que ha sido reconocido en la jurisprudencia constitucional, en tanto el derecho de apelación, a que se refiere la Convención Americana sobre Derechos Humanos previsto en los artículos 8 y 25, puede reclamarse en materia penal contra el fallo condenatorio, y en las otras jurisdicciones, respecto de las resoluciones que ponen fin al proceso o contra actos de procedimientos o preparatorios que tengan efecto propio (En este sentido, entre otras, ver sentencias número 0282-90, 0300-90, 1058-94, 1129-90, 6369-93, 2365-94, 0852-95, 5927-96 y 0209-I-97; 0243-I-96, 0209-I-97, 5871-96, 6271-96, 3333-98.) De esta suerte, se constituye en un derecho fundamental, el que un tribunal superior examine o reexamine por vía del recurso, la legalidad y razonabilidad de toda la sentencia o resolución jurisdiccional que imponga a la persona un gravamen irreparable o de difícil reparación, al menos, cuando ese gravamen incida sobre uno de sus derechos o libertades fundamentales sustanciales." Entonces, toda resolución que contiene un apercibimiento de apremio corporal o un apercibimiento que implique de cualquier otra restricción a un derecho fundamental, es apelable: impedimento de salida del país, levantamiento del impedimento, orden de retención, cese de retención, inclusión o exclusión en el Sistema de Obligados Alimentarios, aplicar o desaplicar la responsabilidad solidaria de patrono, apremio corporal ordenado, etc. Así, por ejemplo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la resolución número 1704-90 de las 14; 33 de 23 de noviembre de 1990 dijo: "La orden de impedimento de salida es un acto con efectos propios y por tanto debe ser apelado independiente de la sentencia." En esta línea, el artículo 345, párrafo 3, de la Ley General de la Administración Pública estipula que "se considerará como final también el acto de tramitación que suspenda indefinidamente o haga imposible la continuación del procedimiento." Igualmente, el

artículo 163, párrafo 2, del mismo cuerpo normativo establece que “los vicios propios de los actos preparatorios se impugnan conjuntamente con el acto, salvo que aquellos sean, a su vez, actos con efecto propio.” Se citan estas normas porque, es conocido que la doctrina sobre los actos propios ha sido ampliamente desarrollada a partir del Derecho Administrativo. Como refuerzo de esto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha señalado: “III)-...los actos de trámite son actos instrumentales de las resoluciones, las preparan, las hacen posibles. Es una distinción (entre actos resolutorios y de trámite) firmemente establecida con base en la propia estructura del procedimiento administrativo. La regla de la irrecurribilidad de los actos de trámite, sobre la cual la distinción se ha originado, es una simple regla de orden, no es una regla material absoluta. No quiere decirse con ella, en efecto, que los actos de trámite no sean impugnables, que constituyan una suerte de dominio soberano de la Administración que resulte absolutamente infiscalizable por los recursos. Quiere decirse, más simplemente, que los actos de trámite no son impugnables separadamente. Expresa, pues, un principio de concentración procedimental: habrá que esperar a que se produzca la resolución final del procedimiento para, a través de la impugnación de la misma, poder plantear todas las eventuales discrepancias que el recurrente pueda tener sobre el modo en que el procedimiento se ha tramitado, sobre la legalidad de todos y cada uno de los actos de trámite(...)”. (Voto N°4072-95 de las 10:36 horas del 21 de julio de 1995). “Un importante derivado del debido proceso es el derecho a que un tribunal superior examine, por vía de recurso, la legalidad y razonabilidad de toda sentencia o resolución jurisdiccional que imponga a la persona un gravamen irreparable o de difícil reparación, al menos cuando ese gravamen incida sobre uno de sus derechos o libertades fundamentales sustanciales (de goce), como es la libertad personal. Tesis similar es la que prevalece hoy en el derecho Público en general, el cual reconoce, de principio, el derecho de impugnar los actos de procedimientos o preparatorios, normalmente irrecurribles, cuando tengan efecto propio, es decir, los que en Derecho Administrativo se conocen como actos separables, en cuanto causan por sí mismos un gravamen más allá del procedimiento mismo en que se dictan, de manera que ese efecto no podría corregirse con la solución normal de tener que esperar para impugnarlos conjuntamente con el acto final que están llamados a preparar.” (N.°1112-94 de las 9 horas 12 minutos del 25 de febrero de 1994). De igual forma, en la Sentencia N°9252-2004 de las 16:00 horas del 25 de agosto de 2004, dicha Sala indicó: “...Por otra parte, debe tenerse en cuenta que en esta sede no resultan revisables aquellos actos procesales realizados en un proyecto específico, si estos no tienen efectos propios, es decir, si se trata de actuaciones carentes de efectos externos, en virtud de lo cual, no causan efectos más allá del procedimiento en que se dictaron...”. Así las cosas, con fundamento en las razones anteriores y siendo que, no es la vía del amparo la apropiada para valorar estas cuestiones, en el tanto en que este último proceso constitucional está diseñado para lograr la protección de titulares bien definidos de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución Política o en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos aplicables a la República, el recurso se declara sin lugar en cuanto este extremo.” En otros pronunciamientos dicha Sala Constitucional se ha referido al concepto efectos propios o bien, actos separables. Por ejemplo: n.°1955-97, 15; 12 de 8 de abril de 1997; n.°1953-97, 15; 06 de 8 de abril de 1997; n.°4562-99, 16; 36 de 15 de junio de 1999; n.°11516-02, 8; 53 de 6 de diciembre de 2002; n.°2970-96, 15:06 de 18 de junio de 1996; n.°6375-94, 16; 18 de 1° de noviembre de 1994; n.°6575-95, 18:21 de 28 de noviembre de 1995; n.°4973-1997, 17:24 de 22 de agosto de 1997; n.°9083, 02, 15:05 de 18 de setiembre de 2002; n.°2003-3660, 14:47 de 7 de mayo de 2003, n.°2000-8745, de las 14:48 horas del 4 de octubre de 2000 y, n.°2896-96, de las 9:36 de 14 de junio de 1996. En consecuencia, una resolución produce efecto propio en tanto no podría en una etapa posterior del proceso y tampoco en sentencia, superar el perjuicio ocasionado. Además, es importante determinar si la resolución está expresamente prevista como una resolución apelable. A manera de ejemplo, la resolución emitida en una recusación, en un incidente de nulidad de notificación, etc. Todo esto considerando la legislación procesal actual, es decir, antes de la vigencia del Código Procesal de Familia Ley n.°9747. Para mayor claridad, la expresión “efecto propio” es un concepto jurídico que está comprendido básicamente por la imposibilidad de enmendar el perjuicio procesal o de fondo causado con una determinada resolución judicial. No se trata de subjetividades,

pues no toda resolución necesariamente produce efecto propio, sino que, para determinarlo, deberá considerarse cada situación en particular. Si toda resolución fuera recurrible, se produciría una obstrucción insostenible del sistema judicial, del principio de justicia pronta y cumplida, así como del acceso a la justicia y la celeridad. Sobre el tema, la Sala Constitucional, en la resolución n.º11015-98, 11:44 de 4 de julio de 2008 dijo: "IV.- SOBRE EL PRINCIPIO DE DOBLE INSTANCIA. El derecho a la doble instancia, consiste en el derecho fundamental que tiene toda persona imputada de un delito dentro de una causa penal, a recurrir la sentencia condenatoria dictada en su contra, para que un órgano superior revise lo resuelto en primera instancia. Este derecho, se desprende claramente, del artículo 8, punto 2, inciso h, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que integra las garantías del debido proceso tutelado en el artículo 39 de la Constitución Política. Sin embargo, cabe resaltar que en reiteradas ocasiones, esta Sala ha señalado que tal como lo establece la citada Convención, el principio de doble instancia esta referido, únicamente, a la materia penal, por lo que puede ser exigida solo dentro de un proceso penal, bajo determinadas circunstancias, y no en procesos correspondientes a otras materias. Así las cosas, en tratándose de otras materias como la civil, el legislador se encuentra facultado para diseñar los procedimientos aplicables a cada materia, según su naturaleza y particularidades, con el fin de garantizar el principio de justicia pronta y cumplida consagrado en el artículo 41 constitucional, siempre que estos diseños cumplan con los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Por otra parte, resulta importante mencionar, que la doble instancia tampoco implica un derecho a que todas las resoluciones que recaigan en un determinado proceso -incluso penal- puedan ser recurridas ante un superior, sino más bien, se trata de aquellas resoluciones que dan por terminado el proceso, o bien, las que por su naturaleza tengan efecto propio, ya que el resto de los actos o resoluciones, pueden ser revisadas a través de otras instancias, a través de la revisión de la resolución final. Lo contrario, sea permitir que la apelación de todas las resoluciones que dicten, implicaría un entramamiento del sistema judicial, en perjuicio del principio de justicia pronta y cumplida (ver en igual sentido las sentencias números 0282-90, 0300-90, 1058-94, 0486-94, 1129-90, 6369- 93, 2365-94, 0852-95, 5927-96, 5871-96, 6271-96, 3333-98, 8927-2004, 11071-2004, 2240-2005, 8927-2005 y 7988 -2005)." En esa línea, dicha Sala Constitucional ha dicho: "(...) ni la Constitución, ni la Convención exigen el derecho de apelación llevado a tal extremo como para permitir a un tercero la apelación de toda resolución que considera lesiva a sus intereses, sino que lo exige, en materia penal -conforme a lo dicho supra-, y en las materias restantes, para los pronunciamientos jurisdiccionales que pongan fin a la causa y aquellos actos de procedimiento o preparatorios que tengan efecto propio, los que en derecho administrativo se conocen como "actos separables", en cuanto causan por sí mismos un gravamen más allá del procedimiento mismo en que se dictan." N.º1757-04, 16;12 de 18 de febrero de 2004. En igual sentido sentencia n.º14516-12, 14:30 de 17 de octubre de 2012. Adicional a esto, la mujer embarazada ejerce la representación del ser en gestación conforme al artículo 155 del Código de Familia que dice: "La madre, aun cuando fuere menor, ejercerá la patria potestad sobre los hijos habidos fuera del matrimonio y tendrá plena personería jurídica para esos efectos./ El Tribunal puede, en casos especiales, a juicio suyo, a petición de parte o del Patronato Nacional de la Infancia y atendiendo exclusivamente al interés de los menores, conferir la patria potestad al padre conjuntamente con la madre". Sumado a esto, el artículo 31 del Código Civil dispone: "La existencia de la persona física principia al nacer viva y se reputa nacida para todo lo que la favorezca desde 300 días antes de su nacimiento. La representación legal del ser en gestación corresponde a quien la ejercería como si hubiera nacido y en caso de imposibilidad o incapacidad suya, a un representante legal". Como complemento, el artículo 19. 1. 2 del Código Procesal Civil Ley N°9342 dice: "Partes y capacidad. 19.1 Condición de parte. Parte es la persona que interpone la pretensión procesal en nombre propio o en cuyo nombre se formula y la persona contra la cual se dirige. Podrán ser parte en los procesos los siguientes: (...) 2. El concebido no nacido, de la forma que señala el Código Civil." Esta última norma, estima la suscrita que también es aplicable al presente proceso según los tres últimos párrafos del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ya que establecen: " (...) Los tribunales no podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma que aplicar y deberán hacerlo de conformidad con las

normas escritas y no escritas del ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes./ Los principios generales del derecho y la jurisprudencia servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpreten, integren o delimiten. Cuando se trate de suplir la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulen una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley./ Los usos y las costumbres tendrán carácter supletorio del derecho escrito. Al resolver los asuntos propios de su competencia, los tribunales, en cualquier instancia, deberán respetar eficazmente los principios y las normas de cada disciplina jurídica, prioritariamente cuando se trate de las especializadas."

Como complemento, es claro que la Defensa Pública actúa como apoderada de la madre del ser en gestación tal como se desprende de la resolución emitida por la Sala Constitucional N.º4366-05 de las 14:45 de 21 de abril de 2005. En lo que interesa, esta última resolución dice: "En estos casos no se trata de que la gestión sea planteada en forma verbal o escrita, sino al hecho de que los defensores públicos en procesos de pensión alimentaria ostentan la representación de las partes cuyos intereses defienden sin que obviamente deban contar con un poder al efecto, sino que, ostentan la representación sin necesidad de ninguna formalidad, más que la de apersonarse al proceso en esa condición". Igualmente, sobre ese tema remito al acuerdo de Corte Plena N.º23 del cuatro de julio del año dos mil uno, artículo V y, al acuerdo de Corte Plena tomado en sesión de 19 de octubre del año mil novecientos noventa y ocho, artículo XV, en el sentido de que "[...] la sola designación que haga la ley, comprende todas las facultades necesarias para el ejercicio del cargo". Así las cosas, la resolución impugnada es recurrible y quien acude en alzada, tiene legitimación para ello. Además, le asiste interés para recurrir y, lleva razón en sus agravios por las razones que se dirán."

... **Ver menos**

Citas de Legislación y Doctrina

Sentencias Relacionadas

Contenido de Interés:

Temas Estratégicos: Perspectiva de Género, Derechos Humanos, Acceso a la Justicia, Der Económicos sociales culturales y ambientales, Pensiones Alimentarias

Objetivos de Desarrollo Sostenible: Igualdad de género (Obj 5)

Tipo de contenido: Voto de mayoría

Rama del Derecho: Derecho de Familia

Tema: Pensión alimentaria

Subtemas:

- Análisis sobre interpretaciones evolutivas del ordenamiento jurídico y el deber de imperar la progresividad de los derechos humanos y la interpretación más favorable.
- Aplicación de perspectiva de género, no discriminación contra la mujer, y protección hacia concebidos no nacidos, y la presunción de paternidad.
- Caso en donde rechazo de la demanda de alimentos opta por proteger al hombre que niega su paternidad, y no al ser en gestación, ni a la mujer soltera gestante ex conviviente del demandado.

Tema: Discriminación a mujer embarazada

Subtemas:

- Análisis sobre interpretaciones evolutivas del ordenamiento jurídico y el deber de imperar la progresividad de los derechos humanos y la interpretación más favorable.
- Aplicación de perspectiva de género, no discriminación contra la mujer, y protección hacia concebidos no nacidos, y la presunción de paternidad.
- Caso en donde rechazo de la demanda de alimentos opta por proteger al hombre que niega su paternidad, y no al ser en gestación, ni a la mujer soltera gestante ex conviviente del demandado.

"V. INTERPRETACIONES EVOLUTIVAS: La notable jurista Alda Facio Montejo propone una concepción nutrida del fenómeno legal, es decir no enfocado únicamente en el aspecto normativo. Esa concepción tripartita del fenómeno legal supone la interacción constante y profunda entre el componente formal-normativo o sustantivo, el componente estructural y el político-cultural. El primer componente comprende la norma formalmente creada en un sentido amplio, es decir no solamente como sinónimo de ley. El segundo se refiere al contenido, alcance e interpretación que las autoridades -en sentido amplio- dan al componente formal. Así, la identificación del componente estructural implica hacer visibles el conjunto de "normas no escritas" que son seguidas con rigurosidad por las autoridades y la ciudadanía. Por último, el componente político-cultural, se refiere a la dimensión y comprensión que se otorga al componente formal por medio del conocimiento empírico de las disposiciones normativas, las costumbres, las tradiciones, la doctrina jurídica, el uso que las personas hacen de la ley, etc. Todo esto también conforma un conjunto de "normas no escritas" que son acatadas y reforzadas por la colectividad -Facio Montejo, Alda. (1999). Cuando el género suena cambios trae. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. Tercera Edición. San José, Costa Rica. ILANUD. La versión digital puede ser consultada en <http://fundacionjyg.org/wp-content/uploads/2018/05/Cuando-el-g%C3%A9nero-suena-cambios-trae.pdf>. La autora en comentario argumenta que estos tres componentes permanecen en constante interacción puesto que quienes crean las leyes y quienes las aplican -interpretan-, forman parte de una determinada sociedad en un momento histórico específico, de ahí que el contenido, alcance, proyección e interpretación del componente formal refleja el conjunto de consideraciones imperantes en una sociedad y coyuntura específica. Entonces, de una u otra forma ponen en evidencia la sobrevaloración de lo masculino, la normalización de la discriminación, la infravaloración de lo femenino, de la discapacidad, del envejecimiento, de la privación de libertad, etc. A partir de esto, a manera de ejemplo, en materia de alimentos es común aceptar con alarmante calma, que una mujer asuma sola los gastos que genera el proceso de gestación, con el fin de no obligar a un hombre a pagar alimentos a favor de quien que podría no ser su hijo o hija, esto aunque el artículo 23 de la Ley de Pensiones Alimentarias contempla la restitución cuando se fija una cuota alimentaria provisional y en sentencia se determina que la parte acreedora no tiene derecho a los alimentos. Es decir, se asume como "correcto" que un hombre no pague alimentos a favor del ser en gestación, aunque pueda ser el padre de quien se encuentra en gestación. Eso es lo que implica la resolución impugnada, pues por resultado, se entiende que es "jurídicamente correcto" que sea la mujer embarazada quien asuma en soledad los gastos que el proceso biológico de gestación conlleva porque el hombre podría no ser el padre de la criatura, aunque también exista la posibilidad de que sí sea el padre. Entonces, entre dos situaciones posibles: no ser el padre o serlo, la resolución impugnada con preocupante ligereza opta por proteger al hombre y no al ser en gestación y a la mujer gestante. En otras palabras, la resolución es adultocentrista y androcéntrica. Incluso, la resolución parte de que la mujer gestante miente o al menos, su palabra no merece credibilidad y parte también de que el hombre accionado negará su paternidad, cuando en realidad es perfectamente posible que la mujer esté diciendo la verdad y que el demandado acepte responsablemente ser el padre del ser en gestación. Es decir, en ambos casos se debe partir de la buena fe, pues esta se presume. No obstante, la autoridad judicial de primera instancia presume la mala fe de la mujer gestante y, asume también que el accionado negará su paternidad, pues así se infiere de la resolución impugnada. La jurisprudencia constitucional ha destacado de forma reiterada la obligación de realizar interpretaciones evolutivas del ordenamiento jurídico. Así, en la resolución N.º3481-03 de las 14:03 de 2 de mayo de 2003, dijo: "La interpretación de las normas jurídicas por los operadores jurídicos con el propósito de aplicarlas no puede hacerse, única y exclusivamente, con fundamento en su tenor literal, puesto que, para desentrañar, entender y comprender su verdadero sentido, significado y alcances es preciso acudir a diversos instrumentos hermenéuticos tales como el finalista, el institucional, el sistemático y el histórico-evolutivo. Sobre este particular, el Título Preliminar del Código Civil en su numeral 10 establece que "las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo

fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas”. Las proposiciones normativas se componen de términos lingüísticos los que tienen un área de significado o campo de referencia así como, también, una zona de incertidumbre o indeterminación, que puede provocar serios equívocos en su interpretación y eventual aplicación. En virtud de lo anterior, al interpretar una norma es preciso indagar su objetivo (ratio) o fin propuesto y supuesto, respecto del cual la norma tiene naturaleza instrumental -método teleológico-. El intérprete, debe, asimismo, confrontarla, relacionarla y concordarla con el resto de las normas jurídicas que conforman en particular una institución jurídica -método institucional- y, en general, el ordenamiento jurídico -método sistemático-, puesto que, las normas no son compartimentos estancos y aislados sino que se encuentran conexas y coordinadas con otras, de forma explícita o implícita. Finalmente, es preciso tomar en consideración la realidad socio-económica e histórica a la cual se aplica una norma jurídica, la cual es variable y mutable por su enorme dinamismo, de tal forma que debe ser aplicada para coyunturas históricas en constante mutación -método histórico- evolutivo-. Cuando de interpretar una norma jurídica se trata el intérprete no puede utilizar uno solo de los instrumentos indicados, por no tener un carácter excluyente, sino que los mismos son diversos momentos o estadios imprescindibles del entero y trascendente acto interpretativo”. Este criterio ha sido reiterado en las resoluciones N.º14299-2003, 12:40 de 5 de diciembre de 2003; N.º6674-2004, 9:13 horas de 18 de junio de 2004; N.º1125-2007, 15:02 de 30 de enero, N.º2296-2007, 16:46 de 20 de febrero y N.º13902-2007, 15:24 de 3 de octubre, todos del año 2007; N.º13424-2008, 9:31 de 2 de setiembre de 2008; N.º315-2008, 15:23 de 14 de enero de 2008; N.º1328-09, 12:50 de 30 de enero, N.º7010-2009, 16:47 de 30 de abril, N.º10553-2009, 14:54 de 1 de julio y N.º15194-2009, 10:53 de 27 de setiembre, todos del año 2009; N.º4806-2010, 14:50 de 10 de marzo de 2010; N.º2105-2011, 15:00 de 23 de febrero, N.º7955-2011, 10:46 de 17 de junio, N.º4575-2011, 15:27 de 6 de abril, todos del año 2011, N.º11065-2012, 16:30 de 14 de agosto de 2012 y N.º12242-19, 9:30 de 5 de julio de 2019, entre otras. Todo esto en el marco evidente de que conforme al artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y 8.1) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional son de carácter vinculante. Recordemos que esta última norma dice: “Los funcionarios que administran justicia no podrán: 1.- Aplicar leyes ni otras normas o actos de cualquier naturaleza, contrarios a la Constitución Política o al derecho internacional o comunitario vigentes en el país./ Si tuvieren duda sobre la constitucionalidad de esas normas o actos, necesariamente deberán consultar ante la jurisdicción constitucional./ Tampoco podrán interpretarlos ni aplicarlos de manera contraria a los precedentes o la jurisprudencia de la Sala Constitucional.” En consecuencia, es obligatorio realizar siempre interpretaciones evolutivas y en un caso como el presente, esa obligación reviste gran interés, pues en nuestro país la mayor parte de las personas nacen de madres solteras o en unión de hecho. Entonces, el Derecho de las Familias -Procesal y Sustantivo- no puede desconocer esta realidad y por supuesto, la administración de justicia no puede ni debe ignorar esto. Además, el propio Tribunal Constitucional ha dicho que debe imperar la progresividad de los derechos humanos y la interpretación más favorable. Así lo ha resuelto por ejemplo en los votos N.º3669-06, 15:00 de 15 de marzo de 2006, N.º415-16, 11:50hrs de 13 de enero de 2016; N.º11982-16, 9:30 de 24 de agosto de 2016, N.º17697-18, 12:16 24 de octubre de 2018 y N.º21039-10, 14:45 de 21 de diciembre de 2010. Ese principio de progresividad ha sido reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos al menos en el artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales así como, artículos 1 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 1 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Adultas Mayores. Sumado a todo esto, de las estadísticas que proporciona el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos -en adelante INEC- y que pudieron ser perfectamente consultadas la primera instancia, pues están disponibles en la página de esa institución, se obtiene que, en nuestro país, en el primer semestre del año 2024, han nacido 22.109 personas y de ellas, 10.723 han nacido de madres solteras; 5.545 de madres unidas en matrimonio, 579 de madres divorciadas y, 5.249 de madres en “unión libre”. En el año 2023, de la totalidad de personas nacidas, 22.091 nacieron de

madres solteras; 13.066 de madres casadas; 1.195 de madres divorciadas y, 13.783 de madres en "unión libre". En el año 2022 nacieron 21.144 personas de madres solteras; 14.253 de madres casadas; 1284 de madres divorciadas y, 15.647 de madres en "unión libre". En el año 2021 nacieron 18.470 personas de madres solteras; 14.835 de madres casadas; 1060 de madres divorciadas y, 19.824 de madres en "unión libre". En el año 2020 fueron inscritos 58.156 nacimientos y de ellos, 18.866 provienen de madres solteras; 22.182 de madres en "unión libre" y 15.954 personas nacieron de madres unidas en matrimonio. Igualmente, durante el año 2019 nacieron 64.287 personas y de ellas, 24.050 nacieron de madres solteras; 20.745 de madres en "unión libre" y 17.748 nacieron de mujeres casadas. En el año 2018 nacieron 68.449 personas y de ellas, 24.167 nacieron de madres solteras; 23.231 nacieron de madres en "unión libre" y 19.251 personas nacieron de mujeres unidas en matrimonio. En esta misma línea, en el año 2017 nacieron 68.811 personas y de ellas, 22.830 nacieron de madres solteras; 19.898 de madres unidas en matrimonio y 24.329 nacieron de madres en "unión libre". (Información obtenida por medio de consulta en la página web del INEC). Ahora bien, es importante destacar que las estadísticas del INEC se refieren a "unión libre" cuando en realidad, el término jurídico correcto es "unión de hecho". Además, dichas estadísticas no diferencian entre "unión de hecho regular e irregular", distinción que debería ser contemplada por la relevancia que tiene desde el plano jurídico. Al margen de esto, la realidad expuesta sobre los nacimientos en nuestro país tiene relevantes implicaciones en materia filiatoria, migratoria, violencia de género, alimentos, sucesiones, seguridad social, materia penal, entre otras. En este último caso, el impacto es considerable a la luz de la promulgación de la Ley de Penalización de la Violencia contra Las Mujeres N.º 8589 y sus reformas. Entonces, excluir del derecho a los alimentos a hijos (as) de mujeres que permanecen o estuvieron en unión de hecho, es una decisión que ignora la realidad de nuestro país y también evidencia enorme e inaceptable sesgo de género, puesto que, por resultado, se obliga a las mujeres en esas circunstancias a asumir en soledad los gastos que genera un embarazo. A esto se suma que si una mera convivencia de hecho -no unión de hecho- es causal de pérdida del derecho a los alimentos entre personas adultas -excónyuges y exconvivientes-, con mayor razón la unión de hecho o bien la mera convivencia de una pareja durante la época probable de la concepción, debe considerarse de manera favorable al ser en gestación a efecto de aplicar la presunción de paternidad a la que se refiere el párrafo segundo del artículo 92 del Código de Familia. En este sentido el artículo 173 inciso 6) del Código de Familia dice: "No existirá obligación de proporcionar alimentos: Entre excónyuges, cuando el beneficiario contraiga nuevas nupcias o establezca una convivencia de hecho." Así las cosas, es evidente que la resolución impugnada no considera la evolución de la tipología de las familias en nuestro país e ignora la realidad país: la mayoría de las personas nacen de madres no unidas en matrimonio y, de ellas, un altísimo número proviene de mujeres en unión de hecho. Es así como, el Código de Familia previó esto y hace 29 años se introdujo una presunción de paternidad en uniones de hecho. Como complemento, en el presente caso estamos ante un ser en gestación respecto de una mujer soltera que permaneció en convivencia durante la época probable de la gestación según ella lo afirma en la demanda, de forma que entra en escena normativa específica sobre al menos los siguientes temas: prohibición de discriminación contra las mujeres; el derecho a la no violencia; la erradicación de patrones socioculturales estereotipados, las obligaciones de padres y madres respecto de hijos (as) matrimoniales y extramatrimoniales, así como la protección hacia concebidos no nacidos, la presunción de paternidad contemplada en el artículo 92 párrafo segundo del Código de Familia, el acceso a la justicia y, la función del derecho procesal. A esto se añade que las resoluciones judiciales deben enriquecerse con la perspectiva de género y eso implica hacer uso de los "mecanismos que permitan identificar, cuestionar y valorar la discriminación, desigualdad y exclusión de las mujeres, que se pretende justificar con base en las diferencias biológicas y sociales entre hombres y mujeres; así como las acciones que deben emprenderse para crear las condiciones de cambio que permitan avanzar en la construcción de la igualdad de género. El enfoque de género implica cambios estructurales y la construcción de nuevos paradigmas en las instituciones, con el fin de facilitar nuevas y mejores formas de intervención en la violencia intrafamiliar, de pareja y otras formas; Una atención con perspectiva de género puede crear atenciones seguras y oportunas que

no desacreditan, invisibilizan, revictimizan o naturalicen el ejercicio de poder de dominio y atenciones que permiten acercar a las personas 7 víctimas a los procesos institucionales y se reconozcan a las instituciones como sus aliadas en la protección de los Derechos Humanos.” - Ministerio de Seguridad Pública (2019). Protocolo Policial para la Atención de Casos de Violencia Intrafamiliar y Relaciones de Pareja. Consultado el 4 de setiembre de 2024 en el sitio https://www.seguridadpublica.go.cr/transparencia/jerarcasDecisiones/toma_decisiones/historico_decisiones/2019/Protocolo%20Policial%20Atencion%20Violencia%20Intrafamiliar%20y%20Relaciones%20de%20Pareja.pdf Todo esto además, considerando el “Modelo de Incorporación de la Perspectiva de Género en las Sentencias”, aprobado por la Cumbre Judicial Iberoamericana, en la Declaración de Asunción, Numeral 17 de la Asamblea Plenaria de 15 de abril de 2016 -Circular N°180-2017 denominada, “Modelo de Incorporación de la Perspectiva de Género en las Sentencias”. De todo esto se concluye que el Estado-Persona Juzgadora está en la obligación de analizar integralmente la legislación y las prácticas que desarrolla, con el fin de eliminar toda forma de discriminación hacia las mujeres, así como identificar y erradicar estereotipos de género como origen y consecuencia de la violencia de género y como obstáculo para la administración de justicia con perspectiva de género. El deber de garantía implica precisamente reconocer y materializar que los derechos de las mujeres son derechos humanos y por ello el Estado-Persona Juzgadora tiene el deber de garantizar su goce efectivo y hacer uso de mecanismos judiciales efectivos, sencillos, adecuados e imparciales para esa materialización y restitución. Además, la perspectiva de género es aplicable no solamente en cuanto al derecho de fondo sino en materia procesal y, por consiguiente, no es de aplicación exclusiva en una sentencia, sino que debe resultar evidente en toda resolución judicial y eso incluye las decisiones interlocutorias y por supuesto, con mayor rigor en aquellas que como la resolución impugnada, cierran la puerta a la justicia por ser un rechazo de plano de una demanda. En este sentido, no sobra afirmar que, una mujer embarazada no es una cosa incubando sino, una persona que atraviesa un proceso biológico de alta complejidad del cual depende su salud integral y también la del ser en gestación."

... **Ver menos**

Otras Referencias: Ministerio de Seguridad Pública (2019). Protocolo Policial para la Atención de Casos de Violencia Intrafamiliar y Relaciones de Pareja. Consultado el 4 de setiembre de 2024 en el sitio https://www.seguridadpublica.go.cr/transparencia/jerarcasDecisiones/toma_decisiones/historico_decisiones/2019/Protocolo%20Policial%20Atencion%20Violencia%20Intrafamiliar%20y%20Relaciones%20de%20Pareja.pdf

Citas de Legislación y Doctrina

Sentencias Relacionadas

Circulares y Avisos

Objetivos de Desarrollo Sostenible

Contenido de Interés:

Temas Estratégicos: Perspectiva de Género, Derechos Humanos, Acceso a la Justicia, Der Económicos sociales culturales y ambientales, Derechos de la persona menor de edad

Objetivos de Desarrollo Sostenible: Salud y bienestar (Obj 3), Igualdad de género (Obj 5)

Tipo de contenido: Voto de mayoría

Rama del Derecho: Derecho de Familia

Tema: Derechos del no nacido

Subtemas:

- Análisis sobre la prohibición de discriminación, el derecho a la no violencia y erradicación de patrones socioculturales estereotipados.
- Concepto de epigenética.
- Alcances de las posibles carencias que puede experimentar una mujer durante el proceso de gestación como tema jurídico relevante no solamente por la función social de la maternidad, sino

en la salud integral de la mujer y del ser en gestación.

- Asumir y fomentar que las mujeres embarazadas como resultado de una relación de convivencia deben asumir en soledad los efectos económicos que genera el estado de embarazo constituye un estereotipo de género.

Tema: Derechos de las personas menores de edad

Subtemas:

- Análisis sobre la prohibición de discriminación, el derecho a la no violencia y erradicación de patrones socioculturales estereotipados.
- Concepto de epigenética.
- Alcances de las posibles carencias que puede experimentar una mujer durante el proceso de gestación como tema jurídico relevante no solamente por la función social de la maternidad, sino en la salud integral de la mujer y del ser en gestación.
- Asumir y fomentar que las mujeres embarazadas como resultado de una relación de convivencia deben asumir en soledad los efectos económicos que genera el estado de embarazo constituye un estereotipo de género.

Tema: Derechos de la mujer

Subtemas:

- Análisis sobre la prohibición de discriminación, el derecho a la no violencia y erradicación de patrones socioculturales estereotipados.
- Concepto de epigenética.
- Alcances de las posibles carencias que puede experimentar una mujer durante el proceso de gestación como tema jurídico relevante no solamente por la función social de la maternidad, sino en la salud integral de la mujer y del ser en gestación.
- Asumir y fomentar que las mujeres embarazadas como resultado de una relación de convivencia deben asumir en soledad los efectos económicos que genera el estado de embarazo constituye un estereotipo de género.

Tema: Prohibición de discriminación contra la mujer

Subtemas:

- Análisis sobre la prohibición de discriminación, el derecho a la no violencia y erradicación de patrones socioculturales estereotipados.
- Concepto de epigenética.
- Alcances de las posibles carencias que puede experimentar una mujer durante el proceso de gestación como tema jurídico relevante no solamente por la función social de la maternidad, sino en la salud integral de la mujer y del ser en gestación.
- Asumir y fomentar que las mujeres embarazadas como resultado de una relación de convivencia deben asumir en soledad los efectos económicos que genera el estado de embarazo constituye un estereotipo de género.

"VI.PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN, EL DERECHO A LA NO VIOLENCIA Y ERRADICACIÓN DE PATRONES SOCIOCULTURALES ESTEREOTIPADOS: La resolución impugnada parte de varias premisas implícitas y explícitas, pero todas incorrectas. En consecuencia, el rechazo de plano es una conclusión incorrecta y, además, lo resuelto no solamente carece de respaldo jurídico, sino que es contrario a normativa supraconstitucional, constitucional y disposiciones normativas ordinarias. En este sentido, la resolución apelada se basa en una única norma del Código de Familia emitida desde el año 1973 -que entró a regir en el año 1974- y, se divorcia del resto del ordenamiento jurídico y eso incluye de la reforma que ha tenido el propio Código de Familia en materia de presunción de paternidad en el caso de uniones de hecho. Además, la primera instancia parte de que la mujer gestante en este proceso es la madre y no es así, pues la parte actora es el ser en gestación. Es decir, la madre ejerce representación. También parte de que el estado de familia de la madre -lo que se conoció en una época como estado civil- determina el derecho de acción del ser en gestación y ello tampoco es cierto, pues quien acciona es el ser en gestación y no la mujer en su condición personal, amén de que el estado de familia de la madre no necesariamente

incide en el derecho a los alimentos del ser en gestación. Por último, parte de que el derecho procesal es un fin en sí mismo y por supuesto, no es así, dado que el derecho procesal es el medio para concretar el derecho de fondo. En otras palabras, ninguna norma procesal se entiende sino en función del derecho de fondo que está en juego. Es claro que la resolución impugnada ha denegado el acceso a la justicia a una mujer en estado de embarazo y al ser en gestación. En consecuencia, la resolución es contraria al artículo 8.1) de las Convención Americana de Derechos Humanos y desaplica el artículo 41 de la Constitución Política. Adicionalmente, por resultado, la resolución apelada promueve la violencia patrimonial y psicológica en perjuicio de una mujer y, además gestante e incluso, promueve también la violencia hacia el ser en gestación. La resolución impugnada desconoce la función social de la maternidad, el impacto de la epigenética en un ser en gestación y el derecho a la salud integral de la mujer gestante, así como del ser concebido no nacido. Para mayor comprensión, la epigenética es el estudio de las interacciones entre el entorno y los genes, así como el estudio de los cambios heredables en la estructura y organización del ADN que, si bien no suponen una alteración de la secuencia de los nucleótidos, en realidad, cambian la genética y a su vez, impactan el fenotipo. Con estos cambios se generan entonces epimutaciones que se trasladan de madre a hijo (a) y que tienen un carácter variable según la etapa de desarrollo gestacional. Delgado indica, que la epigenética “se entiende como la regulación génica mediada por modificaciones de la estructura de la cromatina (material genético empaquetado alrededor de proteínas), o como aquellos cambios heredables en la expresión genética que son independientes de la secuencia de nucleótidos, es decir, que ocurren sin cambios en la secuencia del ADN.” - Delgado-Coello, Blanca Alicia. (2011). ¿Qué es la epigenética? Documento consultado el 13 de agosto de 2.018 en el sitio [http://www.revistaciencia.amc.edu.mx/images/revista/62_1/PDF/12_Epigenetica.p df](http://www.revistaciencia.amc.edu.mx/images/revista/62_1/PDF/12_Epigenetica.pdf) - Así, el término epigenética se utiliza para “indicar cambios heredables en la estructura y organización del ADN que no involucran cambios en la secuencia y que modulan la expresión génica. Estos cambios en la expresión génica implican, entonces, cambios heredables en el fenotipo.” - Ayala Ramírez, Paola Andrea; García Robles, Reggie & Perdomo Velásquez, Sandra Paola. (2012). Epigenética: definición, bases moleculares e implicaciones en la salud y en la evolución humana. Revista Ciencia y Salud. N.º10. Página 60. Documento consultado el 27 de agosto de 2018 en el sitio <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/revsalud/article/view/2020>.- En consecuencia, las carencias que experimente una mujer durante el proceso de gestación son un tema jurídicamente relevante no solamente por la función social de la maternidad y la salud integral de la mujer y del ser en gestación, sino también en virtud de la epigenética, es decir las transformaciones que podría generar todo eso en la expresión de los genes del ser en gestación. En otras palabras, el entorno de pobreza y estrés en que se desarrolle un ser en gestación es un tema jurídica y científicamente relevante. En este sentido, también es un tema relevante la época de la gestación en la que se produce el estrés debido a que las regiones del cerebro se forman en distintas etapas durante el proceso de gestación. Gaviria, afirma que la primera región que se forma es el tallo cerebral, luego los hemisferios y, por último, el cerebelo. Además, dicha autora expone que “el momento de la gestación en que ocurre la lesión, su gravedad y su extensión determinarán el tipo de afectación funcional del individuo después de nacer y la expresión de los trastornos neurocognitivos y comportamentales.” Gaviria A., Silvia Lucía. (2006). Estrés prenatal, neurodesarrollo y psicopatología Revista Colombiana de Psiquiatría, vol. XXXV, núm. 2, abril-junio, 2006, pp. 210-224. Asociación Colombiana de Psiquiatría Bogotá, D.C., Colombia. Documento consultado el 3 de enero de 2020 en <https://www.redalyc.org/pdf/806/80635206.pdf> En este sentido, el tiempo dirá si alguna persona que resultó con trastornos neurocognitivos y del comportamiento asociados a estrés prenatal por falta de recursos económicos y el estrés de la mujer durante la gestación, decide reclamar al Estado la responsabilidad correspondiente. Claro está que, también la mujer gestante en su triple condición: mujer, madre y persona, está legitimada para formular reclamo en caso de que se haya producido un aborto o un nacimiento traumático e incluso, si el hijo o hija resultó con trastornos neurocognitivos y del comportamiento asociados al estrés prenatal ya dicho. Lo más impresionante de todo esto es que, resulta incomprensible cómo el estado de embarazo en este

caso ha sido invisibilizado, si tal proceso biológico está previsto como agravante en caso de violencia contra una mujer según la Ley de Penalización de la Violencia contra Las Mujeres e incluso, acometer contra una mujer embarazada constituye una contravención, así como, despedirla sin cumplir un procedimiento determinado tiene consecuencias legales. No obstante, según la autoridad judicial de primera instancia, el embarazo que está en curso no es jurídicamente relevante. La invisibilidad respecto al embarazo es tal que, ni siquiera se analiza ese estado en sí y el riesgo que conlleva no tener recursos económicos para atender responsablemente las necesidades del ser en gestación, lo que también puede incidir en la salud integral de la mujer gestante. Unido a esto, la resolución impugnada desaplica también la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer -Convención de Belém Do Pará-. El artículo 1 de ese instrumento dice: "Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado." Además, el artículo 3 de esa Convención dispone: "Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado." Como complemento, los incisos b), e), f) y g) del artículo 4 del referido instrumento dicen: "Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia; f. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley; g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos." Además, el artículo 5 de la citada Convención regula: "Toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Los Estados Partes reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos." Adicionalmente, la Convención de Belém Do Pará establece en los incisos a) y f) del artículo 7, la obligación de nuestro país de "condenar todas las formas de violencia contra la mujer" y de "adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos". No conforme con todo esto, según el artículo 8 de dicha Convención, nuestro país se ha comprometido también "a adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para: a. fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, y el derecho de la mujer a que se respeten y protejan sus derechos humanos; b. modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer." Resulta evidente que, se trata de compromisos jurídicamente exigibles y no de opciones o posibilidades. Adicionalmente, en el plano interno, con la Ley de Promoción de la Igualdad Social de La Mujer, Ley N°7142 del año 1990, nuestro país afianzó la obligación de erradicar patrones socioculturales estereotipados. Así, no es cierto que la mujer gestante en este caso deba asumir en soledad las necesidades del ser concebido no nacido. Entonces, como consecuencia de toda esta normativa, es absolutamente prohibido hacer interpretaciones de las normas de procedimiento y de fondo que obstaculicen el derecho de las mujeres a la no violencia y, sin duda alguna, asumir en soledad las repercusiones económicas de un embarazo, es un acto de violencia y como tal, es absolutamente inaceptable, pero además jurídicamente reprochable. Así, el Estado-Persona Juzgadora no puede ni debe generar resoluciones que tengan como consecuencia

consolidar o promover patrones socioculturales estereotipados. Para mayor claridad: asumir y fomentar que las mujeres embarazadas como resultado de una relación de convivencia deben asumir en soledad los efectos económicos que genera el estado de embarazo constituye un estereotipo de género. Así, Dovidio, Evans & Tyler citado por Montes, señalan que “un estereotipo es una característica asociada a una categoría cognitiva que es usada por los perceptores para procesar información sobre el grupo o miembros del grupo.” -Montes Berges, Beatriz (2008). Discriminación, prejuicio, estereotipos: conceptos fundamentales, historia de su estudio y el sexismo como nueva forma de prejuicio. Revista Electrónica N.º3. Iniciación a la Investigación. Universidad de Jaén. Documento consultado el 2 de febrero de 2022 en el sitio <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/ininv/article/view/202> – En este orden de ideas, es importante tener en cuenta que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -en adelante CIDH-, en materia de estereotipos de género ha sido clara al señalar: “401. En similar forma, el Tribunal considera que el estereotipo de género se refiere a una pre- concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado [...], es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer.” CIDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. En el mismo orden, la CIDH ha dicho: “94. Por el contrario, la Corte observa que tales afirmaciones responden a ideas preconcebidas sobre el rol de un hombre y una mujer en cuanto a determinadas funciones o procesos reproductivos, en relación con una futura maternidad y paternidad. Se trata de nociones basadas en estereotipos que indican la necesidad de eventuales vínculos afectivos o de supuestos deseos mutuos de formar una familia, la presunta importancia de la “formalidad” de la relación, y el rol de un padre durante un embarazo, quien debe proveer cuidados y atención a la mujer embarazada, pues de no darse estos presupuestos se presumiría una falta de idoneidad o capacidad del padre en sus funciones con respecto a la niña, o incluso que el padre no estaba interesado en proveer cuidado y bienestar a ésta. 99. Asimismo, esta Corte ya ha establecido que una determinación a partir de presunciones y estereotipos sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para asegurar el interés superior del niño. Adicionalmente, el Tribunal considera que el interés superior del niño no puede ser utilizado para negar el derecho de su progenitor por su estado civil, en beneficio de aquellos que cuentan con un estado civil que se ajusta a un determinado concepto de familia.” CIDH. Caso Fornerón e Hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. En general, la jurisprudencia de la CIDH refleja el análisis de diversas expresiones de estereotipos y su incompatibilidad con el derecho internacional de los derechos humanos. Por ejemplo, se ha pronunciado sobre la discriminación por familia no-tradicional -Fornerón- por pertenecer a un grupo étnico -Norín-, por orientación sexual -Atala, Duque, Flor Freire- por razones de género -Campo Algodonero, Atala; Artavia Murillo; Véliz Franco; Velásquez Paiz; Gutiérrez Hernández-, o por discriminación interseccional -edad, género, pobreza y VIH, -caso Gómez Lluy-. (CIDH. Caso Fornerón e hija vs. Argentina, Sentencia de 27 de abril de 2012. CIDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014. CIDH. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012. CIDH. Caso Duque vs. Colombia, Sentencia de 26 de febrero de 2016. CIDH. Caso Flor Freire vs. Ecuador, Sentencia de 31 de agosto de 2016. CIDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. CIDH. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. CIDH. Caso Véliz Franco vs. Guatemala, Sentencia de 19 de mayo de 2014. CIDH. Caso

Velásquez Paiz vs. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre de 2015. CIDH. Caso Gutiérrez Hernández vs. Guatemala, Sentencia de 24 de agosto de 2017. CIDH. Caso Gómez Lluy vs. Ecuador, Sentencia de 1 de septiembre de 2015.) Incluso la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha expresado la necesidad de que exista capacitación sobre estereotipos. (Comisión IDH. Informe sobre los derechos de las mujeres en Chile: la igualdad en la familia, el trabajo y la política. OEA/Ser.L/V/II.134 Doc. 63, 2009. Recomendaciones específicas, párr. 7.) Esto se entiende porque un estereotipo dispara respuestas automáticas por parte de personas juzgadoras y, por consiguiente, impide el acceso a la justicia. Un estereotipo impide analizar los hechos, las pruebas y el Derecho -procesal y sustantivo- aplicable. Ninguna persona juzgadora es imparcial si emite juicios de valor orientados por estereotipos, prejuicios, mitos y preconceptos. Así, la imparcialidad no es una opción sino un derecho para la ciudadanía. (CIDH. Caso Aritz Barbera y otros vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008. CIDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Sentencia de 1 de septiembre de 2010.) Con propósito o por resultado, generar que una mujer en general y una no casada deba asumir en soledad las necesidades del ser en gestación es un estereotipo. A todo lo ya expuesto se suma que, el estado de familia de una mujer no puede ni debe ser empleado para discriminar de ninguna forma y eso incluye la discriminación por resultado. Así, discriminar por resultado supone la inexistencia del propósito de discriminar, pero el resultado sí es discriminatorio. Recordemos también que el artículo 5 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra La Mujer (en adelante CEDAW por sus siglas en inglés) dice: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.”

Sobre dicha Convención resulta oportuno resaltar que, no se agota en su robusto articulado sobre derechos de las mujeres sino que, contempla la creación de un Comité -llamado Comité CEDAW- que, con el paso del tiempo y por medio de “Comunicaciones” ha expresado desaprobación sobre acciones u omisiones de los Estados por legislaciones discriminatorias en cuanto a distribución de los bienes durante los procesos de divorcio y derecho sucesorio; esterilización forzada, privilegiar el derecho de propiedad frente al derecho a la no violencia, así como, por ausencia de mecanismos legales de protección de la mujer frente a la violencia doméstica o de otro tipo, la intervención judicial basada en estereotipos, la asignación de cuidado personal de personas menores de edad a quien ha sido señalado como agresor sin soporte pericial sobre idoneidad, las cargas probatorias asignadas únicamente a la víctima, sobre la impunidad, la obstrucción al acceso a la justicia e incumplimiento del principio de debida diligencia, sobre violencia en general y violencia patrimonial contra las mujeres, la interrelación familiar en contexto de violencia contra la mujer, el deber de prevención de la violencia contra las mujeres y la responsabilidad estatal por no brindar protección efectiva, sobre los derechos de las mujeres privadas de libertad, la salud, el empleo, la inclusión de la violencia y el maltrato por razón de género dentro del ámbito de la Convención contra la Tortura, los estereotipos de género en la tramitación de asilo y, el deber de erradicar estereotipos, estas entre múltiples Comunicaciones admisibles. (Comité CEDAW. Comunicación N.º1-2003 contra Alemania. Comité CEDAW. Comunicación N.º7-2005 contra España. Comité CEDAW. Comunicación N.º4-2004 contra Hungría, 2006. Comité CEDAW. Comunicación N.º4-2004 contra Hungría, 2006. Comité CEDAW. Comunicación N.º2-2003 contra Hungría. Comunicación N.º99-2016 contra Bulgaria. Comunicación N.º100-2016 contra Federación Rusa. Comunicación N.º88-2015 contra Timor-Leste. Comité CEDAW. Comunicación N.º103-2016 contra Finlandia. Comité CEDAW. Comunicación N.º91-2015 contra Federación Rusa. Comité CEDAW. Comunicación N.º75-2014 contra México. Comunicación N.º9-2008 contra Canadá. Comunicación N.º20-2008 contra Bulgaria. Comunicación N.º18-2008 contra Filipinas. Comunicación N.º6-2005 contra Austria.

Comunicación N.º5-2005 contra Austria. Comunicación N.º2-2003 contra Hungría. Comunicación N.º32-11 contra Bulgaria. Comunicación N.º65-2014 contra Federación de Rusia. Comunicación N.º20-2008 contra la República de Moldova. Comunicación N.º23-2009 contra Belarús. Comunicación N.º28-2010 contra Turquía. Comunicación N.º17-2008 contra Brasil. Comunicación N.º35-2011 contra Dinamarca. Comunicación N.º18-2008 contra Filipinas. Comunicación N.º2-/2008 Bulgaria. Comunicación N.º65-2014 contra Federación de Rusia. Comunicación N.º45-2012 contra Kazajstán. Comunicación N.º29-10 contra Turquía.)

Además, ese Comité ha emitido "Recomendaciones Generales" y, adicionalmente tiene competencia para realizar "Investigaciones" respecto de acciones y omisiones de los Estados Partes. Para mayor claridad, inicialmente el Comité CEDAW no emitía "Comunicaciones", sino que, analizaba los informes periódicos de los Estados, aprobaba "Recomendaciones" para orientar a los Estados sobre el cumplimiento de objetivos de la Convención, así como, aprobaba también Recomendaciones Generales para interpretar y aclarar el contenido de la CEDAW. Con el paso del tiempo fue aprobado el Protocolo Facultativo de la CEDAW y con ello fue creado el mecanismo que permite a las mujeres víctimas de violencia, interponer una "Comunicación" ante un órgano internacional una vez agotadas las vías internas salvo que la tramitación de esos recursos en el plano interno se prolongue injustificadamente o no sea probable que genere un remedio (Comunicación N.º48-2013 contra República Unida de Tanzania. Comunicación N.º58-2013 contra República de Moldova. Comunicación N.º39 contra Países Bajos. Comunicación N.º64-2014 contra Austria, Comunicación N.º32-2011 contra Bulgaria, Comunicación N.º45-2012 contra Kasajistán y Comunicación N.º126-2018 contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, entre otras.) De esta forma, el Protocolo posibilita el análisis de situaciones violatorias de derechos y con ello, generar "Observaciones" y "Recomendaciones" pertinentes. No sobra decir que, ese protocolo fue aprobado por la Asamblea General, ONU mediante resolución A/54/4 de 6 de octubre de 1999 y, en nuestro país, ese Protocolo Facultativo de la Convención para Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, corresponde a la Ley N.º8089, publicada en La Gaceta N.º147, 1º de agosto de 2001. Además, con respecto a ese instrumento, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia N.º1107-2001, 16:54 de 7 de febrero de 2001 dijo: "Se evacua la consulta formulada en el sentido de que esta Sala no encuentra, ni en el trámite legislativo dado al proyecto de ley para la aprobación del "Protocolo Facultativo de Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer", suscrito el 10 de diciembre de 1999, ni en las normas en él contenidas, disposiciones que contraríen los preceptos constitucionales vigentes, ni la doctrina y principios que los informan."

En adición a todo lo ya expuesto, es importante indicar que la CEDAW cuenta con un Comité que emite recomendaciones sobre cualquier cuestión que afecte a las mujeres y que estime que los Estados Partes deben considerar con mayor atención. En ocasiones, las recomendaciones versan sobre artículos específicos de la Convención. Entonces, lo que ha resuelto la primera instancia en este asunto es totalmente contrario a la CEDAW y las recomendaciones de su Comité. Para mayor claridad, el Comité ha aprobado las siguientes: Recomendación General N.º1. Directrices para la presentación de informes. Recomendación General N.º2. Directrices para la presentación de informes. Recomendación General N.º3. Programas de educación e información pública. Recomendación General N.º4. Reservas. Recomendación General N.º5. Medidas especiales temporales. Recomendación General N.º6. Mecanismo nacional efectivo y publicidad. Recomendación General N.º7. Recursos. Recomendación General N.º8. Artículo 8. Recomendación General N.º9. Datos estadísticos. Recomendación General N.º10. Aniversario de la adopción del CEDAW. Recomendación General N.º11. Servicios de asesoría técnica para la presentación de informes. Recomendación General N.º12. Violencia contra la mujer. Recomendación General N.º13. Igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor. Recomendación General N.º14. Recomendación General N.º15. Mujer y SIDA. Recomendación General N.º16. Trabajadoras no remuneradas en las empresas familiares rurales y urbanas. Recomendación General N.º17. Medición y cuantificación de las actividades domésticas no remuneradas de las mujeres y su reconocimiento en el PNB. Recomendación General N.º18. Mujeres con discapacidad.

Recomendación General N.º19. Violencia contra la mujer. Recomendación General N.º20. Reservas. Recomendación General N.º21. Igualdad en el matrimonio y las relaciones familiares. Recomendación General N.º22. Artículo 20 de la Convención. Recomendación General No. 23. Las mujeres en la vida política y pública. Recomendación General N.º24. Mujeres y la salud. Recomendación General N.º25. Artículo 4 párrafo 1. Medidas especiales temporarias. Recomendación General N.º26. Mujeres trabajadoras migrantes. Recomendación General N.º27. Las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos. Recomendación General N.º28. Las obligaciones básicas de los Estados Partes en virtud del artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer. Recomendación General N.º29. Sobre artículo 16. Las consecuencias económicas del matrimonio, las relaciones familiares y su disolución. Recomendación General N.º30. Sobre las mujeres en la prevención de conflictos, conflictos y situaciones post-conflicto. Recomendación General conjunta No. 31 del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer y la número 18 del Comité de los derechos del niño sobre las prácticas nocivas. Recomendación General N.º32. Sobre las dimensiones relacionadas con el género del estatuto de refugiado, el asilo, la nacionalidad y la apatridia de las mujeres. Recomendación General N.º33. Sobre el acceso de las mujeres a la justicia. Recomendación General N.º34. Sobre los derechos de las mujeres rurales. Recomendación General N.º35. Sobre la violencia de género contra la mujer, actualizando Recomendación General N.º19. Recomendación General N.º36. Sobre el derecho de las niñas y las mujeres a la educación. Recomendación General N.º37. Dimensiones de la reducción del riesgo de catástrofes relacionadas con el género en el contexto del cambio climático. Recomendación General N.º38. La trata de mujeres y niñas en el contexto de la migración mundial. Recomendación General N.º39. Mujeres y niñas indígenas. En consecuencia, una resolución como la recurrida, expone seriamente al Estado costarricense a ser cuestionado internacionalmente por la desaplicación de la CEDAW. Así de grave e infundado es lo resuelto. Además, la parte actora en este asunto es el ser en gestación, quien es representado por su madre y, por resultado se ha generado discriminación hacia la mujer no unida en matrimonio y hacia el ser en gestación concebido producto de una relación extramatrimonial. Según la resolución impugnada, la madre es quien debe procurar la filiación del ser en gestación y, además debe hacerlo de forma previa al establecimiento del proceso de alimentos, aunque afirme que el embarazo se produjo durante una relación de pareja que incluyó convivencia y en la que el padre del ser en gestación la inscribió ante la seguridad social. Todo esto tiene como resultado no afectar en absolutamente nada a quien es señalado por la mujer gestante como el padre del concebido no nacido, pues según la resolución impugnada, es más importante la libertad del accionado y su posibilidad de salir del país, que garantizar la salud integral del ser en gestación, así como, que el embarazo no afecte la salud integral de la mujer gestante. En otras palabras, según se entiende de la resolución impugnada, a dicho hombre nada más le corresponde esperar pacientemente a que se determine la filiación paterna y mientras tanto, la mujer gestante debe asumir absolutamente todo lo que implique el estado de embarazo y eso incluye la presión psicológica por no tener recursos económicos para afrontarlo, así como, lidiar con cualquier complicación de su salud y la del ser en gestación. Esto es realmente serio porque por resultado se estarían generando riesgos de enfermedades o discapacidades tanto al ser en gestación como a la madre. Además, que una mujer pueda cobrar gastos de embarazo y gastos de maternidad en el futuro, no es una solución porque el embarazo está en curso. Por si no queda claro, el embarazo es ahora y ninguna mujer podría consumir alimentos o vitaminas con efecto retroactivo una vez que el ser en gestación nazca. Esto es obvio, pero es necesario decirlo.

La resolución impugnada de igual forma, parte de una premisa contraria a la Convención de los Derechos del Niño (y de la Niña), al artículo 53 y 54 de la Constitución Política y 4 del Código de Familia, en el sentido de que sí es posible en materia de alimentos, hacer diferencias entre hijos (as) de mujeres unidas en matrimonio e hijos (as) de mujeres que permanecen o mantuvieron una relación de hecho. Por el contrario, la normativa citada no permite hacer este tipo de diferencias. No conforme con todo esto, la resolución recurrida parte también de la premisa incorrecta de que el estado de familia de una mujer sí permite hacer exclusiones en el goce, ejercicio, protección,

promoción y disfrute de los derechos humanos, así como que el estado de familia de una mujer permite privar del acceso a la justicia a concebidos no nacidos. En otras palabras, la resolución desconoce el artículo 1 de la CEDAW. Esa norma dice: "A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera." Entonces, conforme a esta norma de rango supraconstitucional, el estado de familia de la madre no puede ni debe servir de fundamento para rechazar de plano la demanda de alimentos en beneficio de quien se encuentra concebido no nacido. No obstante, la resolución impugnada resuelve precisamente de forma contraria a la CEDAW y esto, a pesar de los múltiples esfuerzos que realiza constantemente el Poder Judicial costarricense para capacitar a las personas juzgadoras sobre dicho instrumento normativo.

Adicionalmente, es importante destacar que, la definición que contempla la CEDAW es tan amplia, que incluye las "manifestaciones compuestas" de discriminación. Por ejemplo, la distinción por omisión con propósito discriminatorio que anula el ejercicio de un derecho humano o una libertad fundamental en la esfera doméstica. En este sentido, el concepto que contempla el artículo 1 de la CEDAW es dinámico, pues incluye entre otros, el derecho a la vida y a la no violencia en el espacio público y privado; derecho a la no discriminación; derecho de acceso a la justicia, lo que incluye el acceso a la justicia con perspectiva de género, derecho a administrar justicia, derecho a que se administre justicia como un servicio público, derecho a demandar justicia; derecho a la no discriminación en el ámbito público y privado; derecho al pleno desarrollo; derecho a la protección de la maternidad como función social y no como rol; derecho a la educación, no solo en las aulas sino en todo contexto, pues hace referencia a la educación familiar y a la transformación de patrones socioculturales, derecho a la promoción y ejercicio de la paternidad responsable; derecho a la vida en familia -sentido amplio- como comunidad y no como una estructura piramidal que legitima el ejercicio del poder sobre la mujer; derecho a no ser considerada objeto comercial lo que implica la prohibición de trata de mujeres con o sin fines de explotación sexual, el embarazo forzado, el matrimonio forzado, las uniones de hecho forzadas o serviles, las relaciones impropias, la explotación sexual en cualquier modalidad, la explotación laboral, el trabajo infantil, adopción irregular, comercio de órganos, desplazamiento de mujeres, negociación o apropiación; derecho a la autodeterminación; derecho de participación, lo que incluye el derecho ser electas en cargos públicos o en organizaciones y empresas; elegir; derecho a formular políticas públicas y asociación; derecho de representar al gobierno y de formar parte de organismos internacionales; derecho a la paridad y alternabilidad en todo cargo público; derecho a la nacionalidad y que esta no sea alterada por su estado de familia o la nacionalidad de sus hijos (as). A su vez, esto implica el derecho de asentarse en un determinado territorio y que su nacionalidad no interfiera en el ejercicio de la maternidad y viceversa; derecho a la educación en sentido amplio, es decir a la salud sexual, salud reproductiva, educación técnica, educación inclusiva, deportiva, física, preescolar, básica, profesional, técnica superior, capacitación, educación complementaria, etc. Todo esto, a cualquier edad y sin distinción por condición económica, estado de familia, capacidad intelectual y/o física entre otras; derecho a la educación sin estereotipos y derecho a la educación mixta; derecho al acceso e inclusión efectiva a la educación; derecho a la permanencia en el sistema educativo y la asistencia con apoyo didáctico e informativo según las necesidades de cada mujer. Además, el derecho a que el embarazo no sea causal de exclusión educativa; derecho inalienable al trabajo y a no ser despedida por embarazo; derecho al acceso e inclusión en el empleo y su permanencia, lo que incluye el derecho a la remuneración, así como a la remuneración igual por igual trabajo; derecho a la selección de trabajo, a toda movilidad, prestaciones, formación profesional, adiestramiento, capacitación, actualización y el derecho a ejercer puestos de jefatura en mandos medios y altos; derecho a no ser discriminada en el reconocimiento, goce y ejercicio de sus derechos laborales; derecho al reconocimiento del trabajo doméstico como un trabajo; derecho a la seguridad social; derecho a la salud ocupacional; derecho a que su estado de familia sea

independiente de sus derechos laborales; derecho a que, durante embarazo y período de lactancia, el trabajo sea adecuado a sus necesidades, lo que incluye también el derecho a la lactancia en espacio habilitado para ello; derecho a la atención médica incluso en el campo de la planificación familiar; la atención antes, durante y después del parto; derecho a no ser sujeta de violencia obstétrica, derecho a la nutrición y prestaciones familiares; derecho al deporte, cultura, al avance científico y tecnológico; derecho a ser sujeta de crédito sin discriminación alguna; derecho a la propiedad privada, libertad de contratación y disposición de bienes; derecho a ser jefa de hogar; derecho a la participación, elaboración y ejecución de programas de desarrollo rural y a disfrutar de los beneficios que de esos programas se deriven; derecho a la participación en toda actividad comunitaria; derecho a ser incluida en planes de reforma agraria y reasentamiento; derecho a los servicios públicos y vivienda; derecho a elegir residencia y domicilio; derecho al reconocimiento efectivo de su capacidad de actuar y capacidad jurídica; libertad de tránsito; derecho a contraer matrimonio, a disolver el matrimonio y a formar cualquier otra unidad doméstica; derecho a contraer matrimonio según una edad mínima; derecho a los bienes que hayan sido adquiridos durante el matrimonio o cualquier otra relación de pareja; derecho a adoptar, a ser tutora y garante para la igualdad jurídica; derecho a que su estado de familia no sea objeto de negociación económica y de ninguna índole; derecho a la protección estatal con la debida diligencia, en tanto el Estado tiene el deber de garantizar la dignidad de cada mujer y su vida.

Por supuesto, otros derechos están incluidos en forma implícita como por ejemplo el derecho a la inviolabilidad de sus comunicaciones, el derecho a la seguridad social independientemente de su estado de familia, derecho a la extradición y a la no deportación; derecho a no sufrir pena de muerte en cualquier etapa de la vida; derecho al ejercicio digno de la maternidad en el ámbito carcelario; derecho a la indemnización en el ámbito público y privado ante la violación o tentativa de violación de un derecho; libertad en sus creencias religiosas y expresión; protección a sus datos personales; derecho a la educación, información, trabajo y salud en el lenguaje que; derecho a la lactancia con respecto a los niños y niñas que han sido separados de su madre en ese período; derecho a la asistencia jurídica gratuita; derecho a recibir alimentos en forma proporcional y constante según sus necesidades; derecho a no sufrir acoso sexual en el sistema carcelario, la docencia, dentro del aparato policial o bien perpetrado por el aparato policial; derecho a no sufrir acoso sexual religioso, en el sistema de salud y la administración de justicia; derecho a la seguridad social independientemente de su estado civil; derecho a la integración a la sociedad con el mayor nivel de independencia posible; la erradicación de la tortura institucional y privada; derecho a recibir información educativa por parte de los medios de comunicación; derecho a que las costumbres y autodeterminación de los pueblos, tengan como límite inquebrantable la dignidad humana y la no discriminación; derecho a la protección de su imagen en la propaganda comercial y quehacer artístico, entre otros. Ahora bien, ¿de qué forma la resolución impugnada cumple con la CEDAW?

VII. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (Y DE LA NIÑA). En refuerzo de todo lo anterior, el artículo 2.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño (y de la Niña), dice: "2. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares." Entonces, concluye la suscrita que el tipo de relación de pareja por la que fue engendrado el ser en gestación no puede ser considerada para denegar el acceso a la justicia como lamentablemente ha ocurrido en este asunto. Además, la Constitución Política prohíbe toda calificación personal sobre la naturaleza de la filiación y establece que los padres tienen con sus hijas e hijos habidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones que con los (as) nacidos (as) en él. A esto se suma que la Convención sobre los Derechos del Niño (y de la Niña), en el preámbulo se refiere a la protección a nasciturus, pues establece el deber de protección hacia las personas menores de edad antes y después de su nacimiento. Luego, en el artículo 1 ese instrumento evita referirse a cuándo inicia la vida, pues nada más indica que son menores de edad las personas que no han cumplido dieciocho años salvo que la ley interna de un Estado determine otra edad. No obstante, al estudiar los trabajos preliminares de la Convención, es claro que el tema de la concepción y los derechos de neonatos

está cubierto por esa Convención pues en el artículo 24, ese instrumento expresamente contempla el derecho a la atención prenatal y postnatal apropiada. Es decir, la Convención se ocupó de regular el derecho a la salud de nasciturus. Por ello, puede decirse que la Convención empleó la regulación más neutral posible en aras de que el instrumento pudiera surgir a la vida jurídica, pero claramente es aplicable a concebidos no nacidos, pues se ocupa expresamente de su salud. En esta misma línea, el artículo 27 de esa Convención dispone: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. 2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. 3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda. 4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.” Entonces, es una obligación del Estado-Persona Juzgadora, facilitar el acceso a la justicia para materializar el derecho a los alimentos en beneficio de concebidos no nacidos, máxime que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que, en nuestro país los instrumentos formales y no formales en materia de derechos humanos tienen rango supraconstitucional y son aplicables incluso aunque no hayan sido ratificados por la Asamblea Legislativa. Se trata de un criterio reiterado en al menos las siguientes resoluciones: N.º282-90, 17:00 de 13 de marzo de 1990; N.º719-90, 16:30 de 26 de junio de 1990; N.º1147-90, 16:00 de 21 de setiembre de 1990; N.º1846-90, 14:10, 14 de diciembre de 1990; N.º709-91, 13:56 de 20 de abril de 1991; N.º3435-92, 16:20 de 11 de noviembre de 1992; N.º3550-92, 16:00 de 24 de noviembre de 1992; N.º5759-93, 14:15 de 10 de noviembre de 1993; N.º1054-94, 15:24 de 22 de febrero de 1994; N.º1058-94, 15:36 de 22 de febrero de 1994; N.º2665-94, 15:51 de 7 de junio de 1994; N.º2313-95, 16: 18 de 9 de mayo de 1995; N.º7072-95, 11:15 de 22 de diciembre de 1995; N.º1032-96, 9:03 de 1º de marzo de 1996; N.º1319-97, 14:51 de 4 de marzo de 1997; N.º3001-97, 16:18 de 30 de mayo de 1997; N.º7706-97, 12:09 de 19 de noviembre de 1997; N.º1232-98, 16:00 25 de febrero de 1998; N.º2822-98, 15:18 de 28 de abril de 1998; N.º1801-98, 9:12 de 13 de marzo de 1998; N.º3223-98, 9:00 de 15 de mayo de 1998; N.º6830-98, 15:06 de 24 de setiembre de 1998; N.º7484-00, 9:21 de 25 de agosto de 2000; N.º7498-2000, 9:35 de 25 de agosto de 2000; N.º9685-2000, 14:56 de 1º de noviembre de 2000; N.º10693-2002, 18:20 de 7 de noviembre de 2002, N.º2771-2003, 11:40 de 4 de abril de 2003; N.º9992-2004, 14:30 de 8 de setiembre de 2004; N.º17745-2006, 14:35 de 11 de diciembre de 2006; N.º649-2007, 11:40 de 19 de enero de 2007; N.º1682-2007, 10:34 de 9 de febrero de 2007; N.º3043-2007, 14:54 de 7 de marzo de 2007; N.º4276-2007, 14:59 de 27 de marzo de 2007; N.º14183-2007, 9:53 de 24 de setiembre de 2007; N.º1682-07, 10:34 de 9 de febrero de 2007; N.º4276-07, 14:49 de 27 de marzo de 2007; N.º14183-2008, 10:03 de 24 de setiembre de 2008; N.º18902-08, 13:52 de 19 de diciembre de 2008; N.º7387-2009, 14:56 de 6 de mayo de 2009; N.º15481-2013, 11:30 de 22 de noviembre de 2013; N.º12242-19, 9:30 de 5 de julio de 2019 y N.º13821-2020, 9:15 de 22 de julio de 2020, entre otras. En consecuencia, el componente formal costarricense en materia de derechos humanos es reforzado y, sin embargo, en este caso ha sido desaplicado por la autoridad judicial de primera instancia en un grosero menoscabo del derecho de acción, del derecho a la no discriminación, del derecho a los alimentos -con todo lo que ello implica-, del derecho a la salud integral y del derecho a la no violencia, entre otros.

Todo lo anterior es determinante porque la prestación alimentaria es un derecho humano que tiene como fundamento la solidaridad, así como la responsabilidad en el cumplimiento de los deberes de familia. Es decir, no busca capitalizar, castigar ni indemnizar. Así las cosas, el reconocimiento de la prestación alimentaria como un derecho humano debe impactar no solamente la interpretación del derecho de fondo sino también la parte procesal. De nada sirve decir que la prestación alimentaria es un derecho humano si para concretarlo, las personas deben enfrentar obstáculos en algunos casos insalvables o bien, que requieren mucho tiempo y esfuerzo para ser superados. Véase que, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho: "En primer plano, debemos señalar que la deuda alimentaria no es en sí misma una deuda civil, ya que a la misma, a pesar de ser una obligación patrimonial, le alcanzan los caracteres fundamentales propios de la materia alimentaria, diversos de las obligaciones meramente patrimoniales comunes, las cuales tienen su base en los contratos o fuentes generales de las obligaciones, en tanto la obligación de dar alimentos se deriva de las vínculos familiares que impone ya sea el matrimonio, la patria potestad o bien el parentesco, obligación dentro de la cual se encuentran incluidos todos aquellos extremos necesarios para el desarrollo integral de los menores o la subsistencia de los acreedores de alimentos. Lo anterior significa que la deuda alimentaria se sustrae de los conceptos normativos comunes, para recibir una protección especial, pues dentro de ella se encuentra inmerso el cúmulo de derechos fundamentales que tiene todo ser humano al desarrollo integral y que, en este caso, se refleja inclusive a nivel de Pactos Internacionales como el Pacto de San José, que en su artículo 7, inciso 7) desarrolla lo referente a los derechos a la libertad personal estableciendo que nadie puede ser sometido a prisión por deudas, excepto en el caso de la deuda alimentaria. Es entonces permisible en nuestra legislación establecer restricciones al ejercicio de alguno de los derechos fundamentales para el ciudadano que se encuentre dentro de las obligaciones dichas." Sentencia N.º6123-1993, 14:37 horas de 23 de noviembre de 1993. Criterio reiterado mediante voto N.º9675-2001, 11:24 de 26 de setiembre de 2001 y ya lo había expuesto en la resolución N.º1620-1993, 10:00 de 2 de abril de 1993). ¿De qué sirve esta definición vinculante si persisten los efectos de la resolución impugnada. A esto se suma que el artículo 3 del Código Procesal Civil -Ley N.º7130- indica que, al interpretar una norma de orden procesal, se debe tomar en cuenta que la finalidad de aquella es dar aplicación a las normas de fondo e incluso señala que, en caso de duda, es posible acudir a los principios generales del Derecho Procesal. Como complemento, el numeral 4 de ese Código dispone que los casos no previstos en ese cuerpo legal deben ser regulados con las normas establecidas, ya sea para casos análogos o en sentido contrario; de no ser posible por esos medios, la integración se debe realizar con los principios constitucionales y los generales del Derecho Procesal. Considerando lo anterior y que la obligación alimentaria es un derecho que tiene como fundamento básico la solidaridad, en situaciones de violencia de género, es indispensable que se defina el tema alimentario porque es un factor determinante para la ruptura del ciclo de violencia y, no aportar recursos económicos en una situación como la que aquí se ventila, es un acto de violencia, de forma que, ninguna resolución judicial puede consentir, invisibilizar ni fomentar tal cosa."

... Ver menos

Otras Referencias: CIDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. CIDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. CIDH. Caso Fornerón e Hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. CIDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014. CIDH. Caso Duque vs. Colombia, Sentencia de 26 de febrero de 2016. CIDH. Caso Flor Freire vs. Ecuador, Sentencia de 31 de agosto de 2016. CIDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. CIDH. Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. CIDH. Caso Véliz Franco vs. Guatemala, Sentencia de 19 de mayo de 2014. CIDH. Caso Velásquez Paiz vs. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre de 2015. CIDH. Caso Gutiérrez Hernández vs. Guatemala, Sentencia de 24 de agosto de 2017. CIDH.

Caso Gómez Lluy vs. Ecuador, Sentencia de 1 de septiembre de 2015. CIDH. Caso Aritz Barbera y otros vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008. CIDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Comité CEDAW. Comunicación N.º1-2003 contra Alemania. Comité CEDAW. Comunicación N.º7-2005 contra España. Comité CEDAW. Comunicación N.º4-2004 contra Hungría, 2006. Comité CEDAW. Comunicación N.º2-2003 contra Hungría. Comunicación N.º99-2016 contra Bulgaria. Comunicación N.º100-2016 contra Federación Rusa. Comunicación N.º88-2015 contra Timor-Leste. Comité CEDAW. Comunicación N.º103-2016 contra Finlandia. Comité CEDAW. Comunicación N.º91-2015 contra Federación Rusa. Comité CEDAW. Comunicación N.º75-2014 contra México. Comunicación N.º9-2008 contra Canadá. Comunicación N.º20-2008 contra Bulgaria. Comunicación N.º18-2008 contra Filipinas. Comunicación N.º6-2005 contra Austria. Comunicación N.º5-2005 contra Austria. Comunicación N.º32-11 contra Bulgaria. Comunicación N.º65-2014 contra Federación de Rusia. Comunicación N.º20-2008 contra la República de Moldova. Comunicación N.º23-2009 contra Belarús. Comunicación N.º28-2010 contra Turquía. Comunicación N.º17-2008 contra Brasil. Comunicación N.º35-2011 contra Dinamarca. Comunicación N.º18-2008 contra Filipinas. Comunicación N.º2-/2008 Bulgaria. Comunicación N.º65-2014 contra Federación de Rusia. Comunicación N.º45-2012 contra Kazajstán. Comunicación N.º29-10 contra Turquía. Comunicación N.º48-2013 contra República Unida de Tanzania. Comunicación N.º58-2013 contra República de Moldova. Comunicación N.º39 contra Países Bajos. Comunicación N.º64-2014 contra Austria, Comunicación N.º32-2011 contra Bulgaria, Comunicación N.º45-2012 contra Kazajstán. Comunicación N.º126-2018 contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

Citas de Legislación y Doctrina

Sentencias Relacionadas

Objetivos de Desarrollo Sostenible

Contenido de Interés:

Temas Estratégicos: Derechos Humanos, Pensiones Alimentarias

Tipo de contenido: Voto de mayoría

Rama del Derecho: Derecho de Familia

Tema: Pensión alimentaria

Subtemas:

- Análisis sobre la aplicación del principio favor debilis.
- Deber de trasladar al accionado la carga de desplazar la presunción de paternidad, pues el ser en gestación y la mujer gestante permanecen en una situación de vulnerabilidad.

Tema: Derechos del no nacido

Subtemas:

- Análisis sobre la aplicación del principio favor debilis.
- Deber de trasladar al accionado la carga de desplazar la presunción de paternidad, pues el ser en gestación y la mujer gestante permanecen en una situación de vulnerabilidad.

"VIII. PRINCIPIO FAVOR DEBILIS: El artículo 2 del Código de Familia dispone que "la unidad de la familia, el interés de los hijos, el de los menores y la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges, han de ser los principios fundamentales para la aplicación e interpretación de este Código". Ese artículo contempla el principio "favor debilis" - Schötz, Gustavo J. (2.013). El favor debilis como principio general del Derecho Internacional Privado. Su particular aplicación a las relaciones de consumo transfronterizas. Universidad de Salamanca. Volúmen 1. Documento consultado el 4 de setiembre de 2024 https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/128967/EI_favor_debilis_como_principio_general_.pdf?sequence=1&isAllowed=y que forma parte del ordenamiento como principio general del Derecho según propone el autor Gustavo Schötz. Esa idea la comparte la suscrita, pues estimo que ese principio está contemplado en el artículo 9 del Código

de la Niñez y la Adolescencia, artículos 2 y 7 de la Ley de Pensiones Alimentarias, así como el artículo 6 de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias e incluso, en el artículo 13 de la Ley contra la Violencia Doméstica. Otras materias contemplan principios con un contenido idéntico o similar: “indubio pro reo” en materia penal e “indubio pro operario” en el ordenamiento laboral. Así, el principio “favor debilis” tiene su razón de ser porque el ordenamiento jurídico busca la igualdad y para ello, es indispensable proteger a las personas más débiles y tener claridad de que, la vulnerabilidad puede generarse por múltiples factores como edad, condición económica, discapacidad física, psicosocial, etc. Para la comprensión de esta resolución es muy importante lo que indica el artículo 9 del Código de la Niñez y la Adolescencia: “Artículo 9º- Aplicación preferente. En caso de duda, de hecho o de derecho, en la aplicación de este Código, se optará por la norma que resulte más favorable para la persona menor de edad según los criterios que caracterizan su interés superior.” Debe recordarse que, este Código es del año 1998, mientras que, el Código de Familia data del año 1973 y, entró a regir en el año 1974. Entonces, por todo lo ya expuesto, lo que corresponde en un caso como el presente es, trasladar al accionado la carga de desplazar la presunción que establece el artículo 92 del Código de Familia párrafo segundo, pues el ser en gestación y la mujer gestante permanecen en una situación de vulnerabilidad. Al respecto, Feito afirma: “[...]ser vulnerable implica fragilidad, una situación de amenaza o posibilidad de sufrir daño. Por tanto, implica ser susceptible de recibir o padecer algo malo o doloroso, como una enfermedad, y también tener la posibilidad de ser herido física o emocionalmente. La vulnerabilidad también puede entenderse como poder ser persuadido o tentado, poder ser receptor, ser traspasable, no ser invencible, no tener absoluto control de la situación, no estar en una posición de poder, o al menos tener la posibilidad de que dicho poder se vea debilitado. Es vulnerable, según el Diccionario de la Real Academia, quien puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente.” Feito, L. (2007). Vulnerabilidad. Anales del Sistema Sanitario de Navarra, 30(Supl. 3), 07-22. Consultado el 4 de setiembre de 2024 el sitio https://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S1137-66272007000600002&script=sci_abstract En esta línea, Estupiñan-Silva advierte: “[...]el término vulnerabilidad es siempre relativo y específico con respecto a una amenaza particular subyacente. Las ciencias aplicadas han coincidido históricamente en afirmar que solo es posible hablar de un grado de vulnerabilidad desde el punto de vista de la probabilidad de la amenaza y en función de su intensidad particular, de su frecuencia y de su duración. La relevancia de la delimitación del concepto de vulnerabilidad es de hecho ampliamente abordada en el medio científico y aunque algunos de sus componentes puedan ser interpretados de modo diferente, sus elementos estructurales resurgen sistemáticamente en la doctrina, a saber: las causas, la sensibilidad, la exposición, la amenaza y el riesgo en sí mismo.” Estupiñan-Silva, Rosmerlin (2013). La vulnerabilidad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Esbozo de una tipología. Derechos Humanos y Políticas Públicas. Documento consultado el 4 de setiembre de 2024 <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39780.pdf>

En este punto es indispensable considerar que, el principio pro persona impone la interpretación extensiva del marco normativo cuando se trata de consagrar o ampliar derechos humanos y, la interpretación restringida cuando se limitan tales derechos. Es por aplicación del principio pro persona o pro homine, que los derechos humanos se tornan exigibles de forma incondicional e inmediata y su limitación solo puede ser de carácter excepcional. (Corte Interamericana de Derechos Humanos (1986). Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta. Opinión Separada del Juez Rodolfo E. Piza Escalante, párr. 36.-). Además, para la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “el principio pro libertatis, el cual, junto con el principio pro homine, constituyen el meollo de la doctrina de los derechos humanos; según el primero, debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca y restrictivamente todo lo que limite la libertad; según el segundo, el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano.” Así lo ha expresado por ejemplo en la resolución N.º3173-93 de 14:57 de 6 de julio de 1993. Sobre el principio pro homine, pueden ser consultados también los votos constitucionales N.º3550-92 de las 16:00 horas de 24 de noviembre de 1992, N.º2588-16 de las 14:50 de veintitrés de febrero y N.º697-16 de las 14:30 de 19 de enero, ambas del año 2016 y, N.º12659-18 de las 9:20 de

7 de agosto de 2018, entre otras. Así las cosas, no entiende la suscrita por qué colocar a una mujer embarazada en esta angustia frente a la satisfacción de necesidades mínimas del nascituro. ¿Por qué colocarla casi en una situación de mendigar justicia? No termina de comprender la suscrita por qué la dignidad de la mujer aquí gestante debe ver vulnerada por decidir plantear una acción judicial alimentaria en beneficio del nascituro. ¿En qué condición debe encontrarse para ser considerada como persona y no como una cosa que incuba? Véase que, el negarle el derecho al acceso a la justicia la cosifica. Nótese que, por resultado, se está exigiendo que el cuerpo de la mujer brinde todo lo que tiene para la formación del ser en gestación y que la mujer, vea a ver qué hace para que se produzca el nacimiento. Esto es inaceptable y, estimo que el principio -"pro homine"- debe tener un agravante o refuerzo en caso de concebidos (as) no nacidos (as), es decir nasciturus. Además, considero que ese agravante o refuerzo deriva del Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño (y de la Niña) que dice: "Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento [...]". Es a partir de esto que se extrae el principio jurídico "pro homine nasciturus" en virtud del cual, es obligatorio interpretar todas las normas -de cualquier rango- a favor de la dignidad de las personas y, si se trata de un ser en gestación, es obligatorio interpretar la normativa a su favor, es decir para procurar su salud integral, considerarlo como persona en todo lo que le sea favorable y procurar la prevención y tratamiento de enfermedades o bien, discapacidades. Además, lo que se está gestando es un ser humano y también tiene derecho a que su mamá no pierda la salud integral. De igual forma, cualquier vacío normativo, debe ser subsanado con el principio "pro homine nasciturus" que, por razones obvias, es de aplicación extensiva a la reproducción humana asistida, a la prohibición de libre despido de la mujer en estado de embarazo, a la prohibición de discriminación laboral hacia la mujer embarazada, al reconocimiento del derecho alimentario para nasciturus con independencia del estado de familia de la madre, a la prohibición del apremio corporal contra mujer embarazada, al derecho a la educación y a la salud de la adolescente madre, al derecho a la no violencia contra las mujeres, lo que incluye el derecho a la no violencia contra mujeres embarazadas, a la erradicación de la violencia obstétrica, a la prohibición de acoso laboral en general con especial gravedad en caso de acoso laboral contra mujeres embarazadas, al aumento de las penas a quienes cometan delitos contra una mujer embarazada, así como el aumento de penas por agresiones sexuales que generen un embarazo, etc. Así las cosas, es importante aclarar que los principios se distinguen de las normas jurídicas porque no determinan conductas, no restringen derechos, no imponen sanciones, no conllevan prohibiciones, no proponen una solución única para el caso concreto, no se agotan en el contenido de la norma ni tienen una estructura proposicional -supuesto de hecho y efecto jurídico- sino que, están conformados por una idea general que sirve de meta, límite, aspiración, marco de interpretación y concreción para que el ordenamiento funcione como un sistema coherente que brinde respuesta ante realidades determinadas. Los principios oscilan por el ordenamiento jurídico, pues lo articulan, es decir están en la totalidad de este y no confinados a un espacio o protagonismo reducido. -Domínguez Hidalgo, Carmen. (2005). Los principios que informan el Derecho de Familia Chileno: su formulación clásica y revisión moderna. Revista Chilena de Derecho. Documento consultado el 4 de setiembre de 2024 en el sitio <https://www.redalyc.org/pdf/1770/177021336001.pdf> Sin los principios, no se entendería cuál es el núcleo duro de una norma ni del ordenamiento y hacia dónde ir para encontrar lo que se tutela o se pretende evitar. En esta línea, los principios tienen un marco de acción muy amplio, así como un campo de influencia ante situaciones concretas. Por ello, hay principios procesales y sustanciales. Los primeros, orientan el cómo se materializa el derecho de fondo y los segundos, versan sobre cuál es el derecho de fondo que está en juego. También es importante decir que existen principios expresos e implícitos. Los primeros, "son aquellos que han sido expresamente dictados por una fuente de producción jurídica y aparecen, en consecuencia, recogidos en un texto normativo, en tanto que los principios implícitos son deducidos por el aplicador del derecho a partir de disposiciones expresas del ordenamiento jurídico -si bien, como veremos, para un sector de la doctrina han de entenderse como conclusiones extraídas del derecho natural". -

Ruiz Ruiz, Ramón. (2012). La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho. *Derecho y realidad*. Número 20. Página 149. Documento consultado el 4 de setiembre de 2024 en https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/view/4860/3952

También es oportuno indicar que para que un principio sea aplicable, requiere su positivización, es decir debe completar el proceso de juridificación y estar contemplado en el ordenamiento, ya sea de forma concreta o general. Caso contrario, sería entonces un principio ético, pero no jurídico. Ahora bien, tal como señala el autor Alonso Vidal, cuando se aplican principios implícitos para la solución de un caso particular, la persona juzgadora debe argumentar para demostrar la existencia de dos condiciones para su aplicación: "a) Subsidiariedad, esto es, que no exista norma identificable autoritativamente aplicable el caso, o bien que la norma identificable autoritativamente debe ser interpretada de forma diferente o incluso ser inaplicada por la concurrencia del principio implícito en cuestión. b) Coherencia, esto es, que el contenido del principio implícito sea coherente con las reglas y principios explícitos del sistema". -Alonso Vidal, Horacio-José. (2012). Los principios implícitos. Su relevancia en la aplicación del derecho. Página 165 y 166. Documento consultado el 4 de setiembre de 2024 en el sitio https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/47431/1/Doxa_35_07.pdf (https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/47431/1/Doxa_35_07.pdf) En consecuencia, la aplicación de un principio expreso es mucho más simple que la aplicación de un principio implícito. Por supuesto, ambos tipos de principios se emplean para interpretar las normas jurídicas que no son claras o para llenar un vacío normativo. Es decir, no se emplean para contradecir el contenido de una norma, pues un principio busca particularmente la coherencia del ordenamiento jurídico. Todo lo anterior con la observación de que, si el contenido de una norma es contrario a un principio general del Derecho, lo que corresponde es aplicar el principio puesto que la meta es que el ordenamiento funcione como un sistema coherente, de ahí la necesidad de erradicar las contradicciones. En la práctica, es común la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma por violentar el principio de igualdad, proporcionalidad, razonabilidad, no discriminación, inviolabilidad de la defensa, interés superior de la persona menor de edad, etc. Por ello, las normas deben ser excluidas del ordenamiento jurídico cuando entran en colisión con un principio general o bien, con uno específico. Además, ante colisión de principios, uno de ellos tendrá una proyección cuantitativa, en tanto resulta aplicable a una situación específica y, por ello, si otros principios deben ceder frente al contenido de un principio concreto, se trata de una proyección cualitativa. Es decir, un principio tiene mayor peso en un caso determinado frente a otros principios. En cambio, en el caso de normas, si existe colisión, la prevalencia se resuelve acudiendo al orden jerárquico, al criterio de temporalidad, al de especialidad, etc. Entonces, el Derecho está nutrido de principios generales y, cada especialidad, tiene sus propios principios e incluso, dentro de cada área, un específico tema se rige por puntuales principios. Así, los principios cumplen función prescriptiva en tanto orientan el sentido de cada norma y del ordenamiento en general; función pro derecho de fondo o sustancialista; función sistematizadora del ordenamiento; limitadora del campo de acción de los poderes públicos; informadora y orientadora del ordenamiento como un todo; garantista respecto de derechos adquiridos, situaciones jurídicas consolidadas, mínimo de derechos, estándares de eficacia, eficiencia y efectividad del ordenamiento; función integradora para dar coherencia y cohesión al ordenamiento para que opere como sistema; función interpretativa, para dar contenido al sentido-deber de completud al que debe inspirar el Derecho. En este caso, la resolución impugnada ha violentado normativa expresa y el principio pro homine, así como el principio pro homine nasciturus ya expuesto. IX.PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD: Además de todo lo ya señalado, la resolución impugnada ignora la presunción de paternidad establecida en el artículo 92 del Código de Familia párrafo segundo que dice: "Artículo 92.-La calidad de padre o madre se puede establecer mediante la posesión notoria de estado del hijo por parte del presunto padre o madre, o por cualquier otro medio de prueba./ Se presume la paternidad del hombre que, durante el período de la concepción, haya convivido, en unión de hecho, de conformidad con lo indicado en el Título VII de este Código." (El párrafo segundo de este artículo, fue adicionado mediante Ley N.º7532 de 8 de agosto de 1995, publicada en La Gaceta N.º162 de 28 de agosto de 1995). La primera instancia ha decidido desaplicar la citada presunción en una evidente protección hacia el hombre demandado. Con

respecto la presunción dicha, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la resolución N.º7515-1994, 15:27 de 21 de diciembre de 1994 dijo: "QUINTO. En cuanto a la propuesta adición al artículo 92 del Código de Familia. La cláusula de igualdad, unida a la prohibición de "toda calificación personal sobre la naturaleza de la filiación" (artículo 54 de la Constitución) dan lugar, como regla general, a la igualdad de trato de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, de forma que serían las excepciones o limitaciones a ese principio las que deberían justificarse para ser conformes a la Constitución Política. En otros términos, lo que está en juego es el derecho fundamental de los hijos no matrimoniales a no sufrir discriminación. La presunción del legislador que examinamos no resuelve un conflicto entre la vida matrimonial y la relación de hecho, sino entre hijos nacidos dentro e hijos nacidos fuera del matrimonio, cuestión resuelta en pro de la igualdad por el artículo 54 constitucional combinado con el 33. Por último, no es argumento de derecho constitucional sostener que de la unión de hecho no podrían derivarse presunciones legales, como si en esta materia el legislador no pudiera establecer presunciones, por lo demás razonables: la convivencia, que habrá de probarse, da lugar a que el legislador presuma iuris tantum la paternidad del hombre que hubiera convivido con la mujer durante el período de concepción, presunción coherente, por lo demás, con la protección constitucional del niño (artículo 51 de la Constitución Política). POR TANTO: A) Se evacúa la consulta en el sentido de que la Comisión Legislativa Plena tercera debe examinar de nuevo en segundo debate el proyecto de marras. B) Se reitera el criterio de la Sala contrario a extender los efectos patrimoniales de la unión de hecho cuando uno de los convivientes esté impedido para contraer matrimonio por existir vínculo anterior. C) En cuanto a la adición al artículo 92 del Código de Familia, no contiene disposiciones inconstitucionales. Este pronunciamiento es vinculante en cuanto al rubro "A", por ser relativo al trámite legislativo del proyecto." Ahora bien, es posible que la resolución impugnada parta de que sí es posible dar curso a la demanda en esos casos en virtud de la presunción de paternidad que deriva del matrimonio conforme al artículo 69 del Código de Familia. Digo que es posible, pues en realidad la resolución no lo desarrolla. No obstante, dicho Código también establece una presunción de paternidad en las relaciones de pareja no matrimoniales, sea el artículo 92 párrafo segundo del Código de Familia. Sobra decir que, esa presunción está en el Código de Familia por reforma introducida mediante Ley N.º7532 de 8 de agosto de 1995, es decir desde hace veintinueve años. ¿Por qué la autoridad judicial decide no aplicar la presunción de paternidad que establece el artículo 92 del Código de Familia? Digo que decide no aplicar esta última norma, pues es imposible si quiera pensar que se trata de una norma desconocida. En todo caso, desatender una norma como la indicada y la realidad nacional, amerita un fallo como el presente por el enorme impacto que tendrá en el ser en gestación en este proceso, en su madre, indirectamente en el hijo mayor de dicha mujer -un niño de corta edad diagnosticado con autismo y déficit atencional- y eventualmente en otros casos similares. Además, con este fallo se pretende materializar una norma que, al parecer, debe luchar contra el desuso androcéntrico y adultocentrista. La extensión de este fallo es proporcional al prejuicio, la visión androcéntrica y adultocentrista que sostiene la resolución impugnada.

Es claro que el Código de Familia regula presunciones de filiación en los artículos 69 y 92, pero ambas presunciones se diferencian en su practicidad. En el primer caso, como el matrimonio se inscribe -artículo 31 del Código de Familia y 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y el Registro Civil- en el Registro Civil, es claro que es muy fácil aplicar la presunción establecida en el artículo 69 de ese Código, ya que depende de un hecho objetivo: matrimonio efectuado que es puesto en conocimiento del Registro Civil. En el segundo caso, la situación cambia porque no existe en nuestro país un registro de uniones de hecho en curso o finalizadas. Entonces, es ahí donde el derecho procesal debe ser empleado no para obstaculizar el derecho de acción sino como una herramienta para materializar el derecho de fondo. Véase que, en este caso indica la mujer gestante, que el demandado la ha asegurado ante la Caja Costarricense de Seguro Social. En este sentido, son muchos los pronunciamientos que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha emitido sobre el aseguramiento entre personas convivientes. Por ejemplo, N.º8000-2016, 11:52 de 10 de junio de 2016; N.º8689-2019, 9:30 de 17 de mayo de 2019; N.º12758-2019, 9:30 de 12 de julio de 2019; N.º18017-2019, 9:30 de 20 de setiembre de 2019; N.º20038-2019, 9:45 de 15

de octubre de 2019; 20666-2019, 9:30 de 29 de octubre de 2019; N.º4560-2020, 9:30 de 6 de marzo de 2020, N.º8475-2020, 9:20 de 8 de mayo de 2020, N.º12423-2020, 9:15 de 3 de julio de 2020 y N.º12842-2020, 9:15 de 10 de julio de 2020. Es decir, hasta en temas de aseguramiento entre parejas no casadas el componente formal ha avanzado mucho gracias al aporte invaluable de la jurisprudencia vinculante. Nótese que la jurisprudencia constitucional ha flexibilizado los requisitos de la unión de hecho en temas de seguridad social. Resalto que se trata incluso de una flexibilización de requisitos que impacta fondos públicos. A esto se suma que incluso en el caso de la presunción de paternidad a la que se refiere el artículo 69 del Código de Familia, la propia norma es flexible con el fin de ampliar las posibilidades de su aplicación y, no hay razón alguna para no hacer lo mismo en el caso de concebidos no nacidos donde no media matrimonio. Como complemento, desde hace varios años también la Sala Constitucional determinó que no siempre las uniones de hecho deben ser reconocidas únicamente en la Jurisdicción de Familia. Al respecto dijo en la resolución N.º5266-03 de 14:44 de 18 de junio de 2003: "V...En todo caso, debe tenerse en cuenta, que si se solicitare el reconocimiento de la relación de hecho como un incidente -en otra jurisdicción, y obviamente, mediante otro proceso-, éste debe ser resuelto por el propio juez o tribunal que conoce de la sucesión, en virtud de lo dispuesto en el inciso 2) del artículo 900 del Código Procesal Civil, que expresamente establece que en el sucesorio se deben resolver los procesos abreviados relacionados con la sucesión. Por último, en concordancia con lo anterior, debe considerarse que el propio artículo 243 del Código de Familia no establece que sea en la jurisdicción de familia que se deba realizar este reconocimiento, simplemente indica que ese reconocimiento se debe hacer "ante los tribunales de justicia"; por lo que una interpretación literal e integral de la norma permite hacer las anteriores consideraciones." Entonces, no se trata de un reconocimiento de unión de hecho sino de trasladar al accionado la carga de probar que no existió una relación de convivencia durante la época probable de la concepción y, en consecuencia, es a él a quien corresponde demostrar que la presunción contemplada en el párrafo segundo del artículo 92 del Código de Familia no es aplicable. Véase que, cuando la unión de hecho fue incorporada al ordenamiento jurídico mediante Ley N.º7532 de 8 de agosto de 1995, se incorporó tanto la unión de hecho regular como la irregular y, si bien la irregular fue declarada inconstitucional mediante resolución N.º3558-99 de las 16:48 minutos del 25 de mayo de 1999, obviamente el estado de familia del presunto padre no sería obstáculo para aplicar la presunción del artículo 92 párrafo segundo del Código de Familia, pues corresponde hacer una interpretación favorable al ser en gestación, a la no discriminación y al derecho a la no violencia, así como al acceso a la justicia. Esto con la observación de que, según la mujer gestante, el accionado es soltero. No está de más recordar que, hace muchos años el artículo 16 inciso 2) del Código de Familia decía: "Artículo 16.- Es prohibido el matrimonio: (...) 2) De la mujer antes de que transcurran trescientos días contados desde la disolución o declaratoria de nulidad de su anterior matrimonio, a menos que haya habido parto antes de cumplirse ese término o se pruebe mediante dictámenes de dos peritos médicos oficiales que no existe embarazo." Esa norma buscaba proteger al varón contrayente en caso de conflictos de paternidad y, al respecto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución N.º2129-2008, 10:30 de 14 de febrero de 2008 dispuso: "IV.- Es claro que la norma establece una condición a la mujer que no exige al hombre cuando se trata de formar un nuevo vínculo matrimonial. Para poder establecer si esa diferencia de trato es o no legítima, es necesario -según lo ha establecido la jurisprudencia de esta Sala-, determinar si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable y además la existencia de esa justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada debiendo darse una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida (ver al respecto la sentencia número 6685-96). Dicho de otro modo, es legítimo que el legislador restrinja un derecho, pero debe hacerlo en forma tal que la norma jurídica se adecue en todos sus elementos, como el motivo y el fin que persigue, con el sentido objetivo de la Constitución. Quiere ello decir que debe existir una proporcionalidad entre la norma jurídica adoptada y el fin que persigue, referida a la imperiosa necesidad que la ley satisfaga el interés público tutelado por la norma suprema (ver sentencia número 832-09). En el caso en estudio existen varios bienes jurídicos constitucionales en juego, el derecho a la libertad, tutelado en el artículo 28,

según el cual las personas son libres de hacer, todo aquello que no esté prohibido en la ley, y aún ésta no puede afectar irrazonablemente derechos fundamentales, es decir -como se indicó- sin una justificación objetiva y razonable que justifique la restricción; el derecho a la igualdad en cuanto se impone a la mujer una condición que no se exige al hombre, y -en criterio de la Procuraduría-, el derecho de toda persona a saber quienes son sus padres. En ese sentido, la medida impugnada se justificaría en aras de proteger el citado derecho. No obstante, estima la Sala que ese dilema no existe, es decir el de restringir la libertad y la igualdad para proteger el derecho de toda persona a conocer su filiación, porque tal y como indica la recurrente, actualmente resulta innecesaria a la luz de disposiciones legales reguladas en el mismo cuerpo normativo, que permiten resolver los conflictos de paternidad surgidos, tales como el reconocimiento de hijo de mujer casada, la declaratoria de hijo extramatrimonial o la impugnación de paternidad. En vista de que tanto la legislación como la tecnología actual, permiten inequívocamente y con efectos retroactivos, establecer con absoluta certeza la paternidad de un menor, el requisito que impone la norma a la mujer, resulta innecesario y por lo tanto carente de razonabilidad. V.- En la audiencia oral o vista celebrada en esta acción, la Procuraduría hace referencia a que la norma impugnada no impide a la mujer casarse, porque el propio artículo 17 del Código de Familia, establece la posibilidad de que el matrimonio celebrado a pesar de las prohibiciones del artículo 16 tenga validez, y que en ese sentido la norma -por sí misma-, no afecta el derecho fundamental de la mujer a contraer matrimonio. Señala que es el artículo 28.4 el que impide a la notaria o funcionario autorizado, a realizar el acto, si antes no ha exigido certificación de la fecha de la disolución del anterior matrimonio, o la prueba prevista en el inciso 2 del artículo 16, referida a los dictámenes de dos peritos médicos oficiales que no existe embarazo. Como se indicó en el considerando anterior, estima la Sala que si la finalidad de establecer el requisito que se impugna es proteger el derecho del menor a saber quienes son sus padres, y este fin queda satisfecho en la actualidad en forma inequívoca con otras figuras jurídicas, el requisito efectivamente se vuelve irrazonable, no sólo como se indicó, por ser innecesario, sino porque impone una condición que por extrema, se convierte en una barrera para el matrimonio de la mujer, como es el tener que conseguir, no uno sino dos dictámenes, no de un médico oficial sino de dos, lo que es en nuestro medio una condición de difícil acceso para cualquier persona promedio. Cabe agregar que si bien es cierto el Código de Familia establece tanto un sistema de presunciones como uno demostrativo, para proteger el derecho a la filiación de los menores en resguardo de su interés superior y del artículo 53 Constitucional, basta con que el ordenamiento interno garantice el derecho del menor a saber quienes son sus padres, para que el ordenamiento cumpla con el fin constitucional. En ese sentido alcanza para los efectos de esta acción, con que a posteriori y en forma retroactiva se puedan dar efectos a la filiación a través de los mecanismos demostrativos que establece el propio Código de Familia. No se afecta el sistema de prevenciones, ni este pierde su logicidad frente a otras situaciones, simplemente que estima la Sala que exigir los requisitos mencionados como condición para celebrar el matrimonio de una mujer en las condiciones señaladas, resultan innecesarios e irrazonables, pues aunque el matrimonio celebrado en esas condiciones llegara a tener validez, en vista de la relación de la norma con el artículo 28.4 del Código de Familia citado, ningún funcionario autorizado querrá razonablemente, exponerse a una sanción o a consecuencias, por realizar un matrimonio sin los requisitos establecidos en la norma impugnada (16.2). En la práctica, la norma sí tiene la posibilidad de fungir como una barrera para la celebración del matrimonio de la mujer en las condiciones señaladas en la norma impugnada. VI.- Es importante resaltar que según el principio de libertad contenido en el artículo 28 de la Constitución, toda persona es libre de hacer todo aquello que no esté prohibido y además: (...) "Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley...". Es decir que por un lado establece en su párrafo primero el llamado principio de libertad, según el cual la persona puede hacer todo lo que la ley no le prohíba, sino que tiene también contiene la garantía de que ni siquiera la ley podrá invadir su esfera intangible de libertad y, por ello, de autonomía e intimidad, fuera de los supuestos previstos taxativamente por la propia Constitución, supuestos excepcionales y, por ende, de interpretación restrictiva, entre los que está la restricción del derecho, sólo frente a una imperiosa

necesidad, y en la medida menos lesiva para el derecho afectado (ver sentencia número 3550-92). Es evidente, que la condición impuesta en la norma, ya no tiene la característica de ser una "imperiosa necesidad", para tutelar un interés público, porque como ya se indicó, el bien jurídico tutelado, es decir el derecho de toda persona a conocer quienes son sus padres, está plenamente tutelado con la legislación y tecnología actual, haciendo que la medida pierda su razón de ser, para convertirse en una condición odiosa, sin duda lesiva de la libertad y de la igualdad que tutela la Constitución, y del derecho de toda persona a contraer matrimonio (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 23.2; Convención Americana de Derechos Humanos artículo 17.2; Declaración Universal de Derechos Humanos artículo 16.1; Constitución Política artículo 52). En consecuencia, procede declarar con lugar la acción anular el artículo 16 inciso 2) del Código de Familia, que señala: "Es prohibido el matrimonio: [...]2) De la mujer antes de que transcurran trescientos días contados desde la disolución o declaratoria de nulidad de su anterior matrimonio, a menos que haya habido parto antes de cumplirse ese término o se pruebe mediante dictámenes de dos peritos médicos oficiales que no existe embarazo [...]" VII. Conexidad. La Ley de la Jurisdicción Constitucional establece en su artículo 89 que la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma de ley o disposición general, declarará también la de los demás preceptos de ella, o de cualquier otra ley o disposición, cuya anulación resulte evidentemente necesaria por conexión o consecuencia. En vista de que la frase "y la prueba prevista en el inciso 2) del artículo 16", contenida en el artículo 28.4 del Código de Familia, evidentemente guarda relación con el tema y el proceso base de esta acción -por ser la base de la sanción a la recurrente-, se declara asimismo su inconstitucionalidad. La Magistrada Calzada y el Magistrado Cruz dan además razones separadas. El Magistrado Sosto López salva el voto y declara sin lugar la acción y hace interpretación conforme del artículo 16 inciso 2) del Código de Familia. POR TANTO: Se declara, por mayoría, con lugar la acción. En consecuencia se anulan los artículos 16 inciso 2) en cuanto señala: 2) De la mujer antes de que transcurran trescientos días contados desde la disolución o declaratoria de nulidad de su anterior matrimonio, a menos que haya habido parto antes de cumplirse ese término o se pruebe mediante dictámenes de dos peritos médicos oficiales que no existe embarazo [...]. y del 28 inciso 4) la frase "y la prueba prevista en el inciso 2) del artículo 16," ambos del Código de Familia. Esta sentencia tiene efectos declarativos y retroactivos a la fecha de vigencia de las normas anuladas, sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe, situaciones jurídicas consolidadas y sentencias pasadas con autoridad de cosa juzgada material. Comuníquese este pronunciamiento a los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Reséñese en el Diario Oficial La Gaceta y publíquese íntegramente en el Boletín Judicial. Notifíquese." Véase cómo la Sala Constitucional dejó claro que, existen mecanismos para solventar cualquier duda sobre paternidad. ¿Por qué no hacer uso de la prueba de ADN en caso de que el accionado en este asunto refute la paternidad. Así las cosas, la resolución impugnada supone que el accionado negará la paternidad que se le atribuye. ¿Con fundamento en qué asume esto la primera instancia. Parece que hay un estereotipo que subyace, en el sentido de que, cuando no media matrimonio con la mujer gestante, todo hombre señalado como padre negará la paternidad y, eso es absolutamente falso. Es decir, abundan los ejemplos de hombres que reconocen el vientre, ejercen posesión notaria de estado y, aceptan su paternidad. No tiene la suscrita ningún elemento para asumir que el accionado en este caso no procederá así al verse llamado judicialmente a ser responsable respecto del ser en gestación. De esta forma, solamente dando al supuesto padre la oportunidad de manifestarse y, refutar incluso lo dispuesto en el párrafo segundo de artículo 92 del Código de Familia, es posible garantizar el acceso a la justicia sin desaplicar el artículo 168 del Código de Familia en cuando dispone que la pensión provisional podrá ser fijada "comprobado el parentesco", norma que existe -antes en el artículo 155- en el Código de Familia desde que fue promulgado (1973), pero para entonces no existía el robusto marco normativo ordinario, constitucional y supraconstitucional al que me he referido. En este contexto, esa norma debe ser entendida en un sentido amplio y en armonía con toda la normativa ya analizada. Además, el artículo 414 del Código Procesal Civil Ley N.º 7130 dice: "Toda presunción legal exime a la parte que la alegue, de la obligación de probar el hecho reputado cierto en virtud de tal presunción. / Sin embargo, quien invoque una presunción legal deberá probar la existencia de los

hechos que le sirven de base." En este caso, de la integralidad del escrito de demanda -principio pro actione-, se desprende este alegato y, corresponde entonces a la representante legal del ser en gestación, demostrar el estado de embarazo y al accionado, desvirtuar lo que dispone el artículo 92 párrafo segundo del Código de Familia. Además, como la presunción dicha es de carácter relativo -pues no anula ciertos actos ni acuerda una excepción perentoria si en ambos casos la ley no ha reservado expresamente la prueba en contrario-, si el accionado decide combatirla, deberá él accionar conforme dispone el artículo 416 del citado Código Procesal, pues esa norma dispone: "Fuera de las presunciones absolutas, las demás podrán ser combatidas por la prueba en contrario, para lo cual son admisibles todos los medios legales, salvo lo establecido por ley en ciertos casos sobre el tiempo y modo de acatarlas." En otras palabras, respecto de la presunción relativa de paternidad que regula el artículo 92 párrafo segundo del Código de Familia, corresponde a la madre probar el embarazo y al accionado, demostrar que no es aplicable la presunción dicha. Es decir, no corresponde a la autoridad judicial combatir esa presunción y menos, desaplicarla. Sumado a esto, se tiene que, en temas patrimoniales, por ejemplo, es perfectamente posible que una pareja que apenas está iniciando una relación de convivencia, constituya afectación al patrimonio familiar o bien, otorgue capitulaciones matrimoniales. Recordemos que, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia mediante resolución N.º13920-23, 14:21 de 9 de junio de 2023 reconoció el derecho de las parejas a suscribir y registrar capitulaciones matrimoniales para las uniones de hecho, incluyendo a parejas del mismo sexo. Es decir, para afectar al patrimonio familiar cuando no media matrimonio o para otorgar capitulaciones, no es necesario esperar a que transcurran más de dos años de convivencia. Además, la afectación entre convivientes surgió a la vida jurídica por medio de la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer Ley N.º7142 de 1990 y no con la Ley N.º7532 de 8 de agosto de 1995 que incorpora el Capítulo Único al Título VII del Código de Familia sobre la Unión de Hecho. ¿Por qué si en lo patrimonial no se exige el transcurso de los dos años de una unión de hecho, no se aplica con la misma fluidez la presunción contemplada en el párrafo segundo del artículo 92 del Código de Familia. En esta línea, resulta oportuno indicar también que según lo ha explicado la Sala Constitucional: "El control de convencionalidad es una construcción pretoriana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuyo propósito fundamental es lograr la "supremacía convencional" en todos los ordenamientos jurídicos nacionales o locales del denominado "parámetro de convencionalidad", conformado por las declaraciones y convenciones en la materia del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, las sentencias vertidas por esa Corte regional y sus opiniones consultivas. Constituye una revolución jurídica en cuanto le impone a los jueces y Tribunales nacionales, en especial, a los Constitucionales, la obligación de consolidar el "Estado convencional de Derecho", anulando y expulsando del sistema jurídico nacional respectivo toda norma que confronte, irremediamente, el "bloque de convencionalidad" (v. JINESTA LOBO, Ernesto, "Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales" en el Control difuso de convencionalidad -coord. E. Ferrer Mac-Gregor- México, Fundap, 2012 y JINESTA LOBO, Ernesto, "La construcción de un Derecho Administrativo Común Interamericano" en Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo, Año 11, No. 11, 2011). Básicamente, el control de convencionalidad es concebido y diseñado a partir de dos sentencias señeras de la Corte Interamericana que son Almonacid Arellano y otros c/. Chile de 26 de septiembre de 2006 –reiterada en otras posteriores- y Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c/. Perú de 24 de noviembre de 2006 –también reiterada en otras ulteriores-. En la primera (Almonacid Arellano y otros c/. Chile), se estimó (considerando 124) lo siguiente: "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la

Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana". En la segunda (Trabajadores cesados del Congreso c/. Perú), se puntualizó (considerando 128) lo siguiente: "Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones." Finalmente, en el caso "Cabrera García y Montiel Flores c/. México" de 26 de noviembre de 2010, la Corte Interamericana de Derechos Humanos efectuó algunas ampliaciones o precisiones en cuanto a los órganos internos encargados de ejercer el control de convencionalidad, al indicar que debe ser ejercido por "225. (...) todos sus órganos -del Estado-, incluidos sus jueces (...) Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (...) los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia (...)". Esta posición fue ratificada por la Corte Interamericana en la sentencia del caso "Gelman c/. Uruguay" de 24 de febrero de 2011. De esta doctrina, cabe resaltar dos cuestiones relevantes, que son las siguientes: a) El control de convencionalidad debe ser ejercido, incluso, de oficio, aunque las partes intervinientes no lo hayan instado o requerido y b) al ejercer el control de convencionalidad, los jueces y Tribunales Constitucionales, gozan del "margen de apreciación nacional", por cuanto, como se indicó en el caso Trabajadores cesados del Congreso c/. Perú de 2006, el control de convencionalidad debe ser ejercido "en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes", circunstancia que obliga a considerar de manera sistemática el ordenamiento jurídico, sea como un todo que tiene plenitud hermética, para poder concluir si una norma nacional infringe o no el parámetro de convencionalidad; consecuentemente, no pueden hacerse análisis aislados como si el ordenamiento jurídico estuviere constituido por compartimentos estancos o segmentados. Cabe destacar que el margen de apreciación nacional es un concepto jurídico indeterminado que permite la convergencia y armonización del derecho nacional y del interamericano, estableciendo un umbral de convergencia que permite superar la relatividad de las tradiciones jurídicas nacionales". Véase, entre otros, las sentencias constitucionales N.º4491 de las 16 horas del 3 de abril de 2013 y N.º15737 de las 10 horas 20 minutos del 9 de octubre de 2015. Cito esto porque en este caso, ni siquiera se trata de realizar un control de convencionalidad sino simplemente, materializar lo previsto en el párrafo segundo del artículo 92 del Código de Familia, que respecto del artículo 168 del Código de Familia es una norma posterior y especial en materia filiatoria en uniones de hecho. Además, con posterioridad a la reforma del artículo 92 citado sigue la promulgación del Código de la Niñez y la Adolescencia. Así se simple y amplio a la vez. Además, si el artículo 1400 de nuestro Código Civil -del siglo antepasado- permite la donación a favor de una persona concebida, es absurdo que se le repute nacida para beneficiarla patrimonialmente y no para reconocer el derecho a los alimentos, que no es un derecho de orden patrimonial como ya se explicó y que, no recibir alimentos podría generarle enfermedades, discapacidades o incluso, nacimiento prematuro o bien, la muerte, así como, ello afecta la salud integral de la mujer gestante. Esa norma del Código Civil dice: "Para recibir por donación es preciso estar, por lo menos, concebido al tiempo de redactarse la escritura de donación; pero quedará pendiente el derecho del donatario de que se cumpla lo dispuesto en el artículo 13".

Por último y no menos importante, la resolución impugnada también desconoce las múltiples políticas institucionales sobre acceso a la justicia respecto de las poblaciones en condición de vulnerabilidad como por ejemplo, las Reglas de Brasilia adoptadas por Corte Plena en Sesión N.º17-2008, de 26 de mayo del año 2008, artículo II y modificadas según Circular N.º173-2019 mediante

acuerdo de Corte Plena, sesión N.º36-2019 de 26 de agosto de 2019, artículo XXIV; la adoptada por Corte Plena, Sesión N.º34-10, Artículo XVII y denominada "Política Judicial dirigida al Mejoramiento del Acceso a la Justicia de las Niñas, Niños y Adolescentes en Costa Rica, así como la adoptada también por Corte Plena en Sesión N.º34-05, artículo XIV, denominada "Declaración de la Política de Equidad de Género. "Equidad de género: una política, un compromiso, una práctica." Estas políticas son esfuerzos jurídicamente relevantes para garantizar el acceso a la justicia y deben ser aplicadas conforme el artículo 122 de la Ley General de la Administración Pública. De esta forma, la primera instancia se ha aferrado a que el artículo 168 del Código de Familia establece que el parentesco debe estar comprobado para fijar alimentos provisionales, pero cabe recordar que, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha dicho de forma reiterada: "V.-Considera esta Sala que, para interpretar una norma, es de vital importancia la función creadora del juez para determinar el sentido y alcance de las leyes. En consecuencia el juez no debe analizar únicamente el sentido gramatical o las palabras de que se ha servido el legislador para dar contenido a la norma, sino las relaciones que unen todas las partes del articulado sobre el punto de que se trata, la situación jurídica existente a la época en que se dictó la ley objeto de la interpretación y, por último, posesionarse de la acción ejercida por dicha ley en el orden general del derecho y el lugar que en este orden ocupa. Función creadora que, en el caso que nos ocupa, debe de concluir con adaptar la norma a la práctica y a la realidad para que se cumpla con los fines que se propuso el legislador, en cuanto sirven para definir o resolver una cuestión entre dos o más personas." N.º6093-1994, 9:12 de 18 de octubre de 1994; N.º1392-00, 18:48 de 9 de febrero de 2000; N.º11577-2002, 15:20 de 10 de diciembre de 2002; N.º1943-03, 15:09 de 11 de marzo, N.º9219-2003, 10:55 de 29 de agosto, 15392-2003, 15:58 de 19 de diciembre, todos del año 2003; N.º2602-2004, 10:41 de 12 de marzo de 2004; N.º17568-10, 14:42 de 20 de octubre de 2010; N.º13623-2013, 14:30 de 11 de diciembre; N.º15296-2013, 14:30 de 20 de noviembre, ambas de 2013; N.º1543-14, 14:30 de 5 de febrero de 2014; N.º1706-23, 9:30 de 25 de enero de 2023. Además, también dicho Tribunal en la resolución N.º2786-2000, 15:45 de 28 de marzo de 2000 dispuso: "Se recuerda que los jueces se constituyen en instrumentos procesales para la efectiva resolución de los conflictos, pero de manera tal, que son garantes no sólo de la legalidad, sino, sobre todo, de los derechos fundamentales, y en ese sentido, deben tener una participación activa en el proceso, que tienda a ese respeto; como lo ha considerado con anterioridad este Tribunal respecto de los jueces penales, pero que tiene plena aplicación en todas las ramas del derecho y en todas las jurisdicciones: La defensa de la Constitución, y por ende de nuestro sistema democrático, depende en gran medida de los jueces, quienes tienen un papel activo en esta tarea, al ser los llamados a interpretar y hacer valer las normas y principios constitucionales y en consecuencia las leyes; al constituirse en garantes de los derechos de las personas, el cual es, además –como se verá más adelante-, uno de los objetivos primordiales de la nueva legislación procesal penal: la de devolverle al juez su función de garante de los valores que protege la Constitución, dotándole de la objetividad necesaria para que actúe como un contralor de derecho y no cómo un acusador imperfecto, resolución N.º6470-1999, 14:36 de 18 de agosto de 1999." Así las cosas, como la resolución recurrida desatiende seriamente el ordenamiento jurídico vigente, mantener sus efectos podría generar que el Estado costarricense se vea cuestionado ante el Comité de la CEDAW e incluso, ante el Comité de los Derechos del Niño (y de la Niña), pues recordemos que esta última Convención cuenta con tres protocolos: Ley N.º8172, Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño (y de la Niña) relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía, publicado en La Gaceta N.º29, 11 de febrero de 2002; Ley N.º8247, Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño (y de la Niña) Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados, publicado en La Gaceta N.º103, 30 de mayo de 2002 y, Ley N.º9170, Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño (y de la Niña) relativo a un procedimiento de comunicaciones, publicado en La Gaceta N.º231 de 29 de noviembre de 2013. Entonces, por medio de este último Protocolo también sería posible que nuestro país se vea expuesto por incumplir con la citada Convención con respecto a nascituros. No descarta la suscrita que, alguien podría trivializar esto y decir que no ocurrirá, pero recordemos que, la aquí actora litiga con la defensa pública y ese servicio judicial de

acceso a la justicia es especializado y está perfectamente capacitado para accionar internacionalmente en defensa de los derechos del nascituro. Igual es posible que esto ocurra de la mano de cualquier persona profesional en Derecho que conozca a profundidad la materia y decida combatir la desaplicación de toda la normativa dicha. En consecuencia, lo que corresponde es trasladar al accionado la carga de refutar la presunción que establece el artículo 92 del Código de Familia párrafo segundo y por ello se resuelve: ---a) Se revoca la resolución impugnada. ---b. Como está demostrado el estado de embarazo, se ordena intentar una conciliación previa urgente. Esa conciliación puede incluir el reconocimiento de la paternidad del ser en gestación y entonces, en ese aspecto el acuerdo debe ser remitido al Juzgado de Familia para su respectiva homologación y, corresponderá a ese Juzgado determinar lo pertinente sobre la inscripción de la paternidad una vez que se conozcan los datos de inscripción del nacimiento. ---c. Si no existe conciliación por la razón que sea, se ordena a la primera instancia dar curso de inmediato a la demanda si otro motivo legal no lo impide y fijar una pensión provisional a cargo del accionado y a favor del nascituro. Si una vez notificado el accionado refuta dicha paternidad, se dispondrá de la recepción urgente de prueba testimonial o la evacuación de prueba de otra índole para determinar si hay elementos o no sobre la existencia de la convivencia de hecho durante el período probable de concepción del ser en gestación. ---d. En caso de que no sea posible acreditar la presunción dicha y el accionado refute la paternidad que se imputa, la primera instancia dispondrá de una pensión provisional a cargo del accionado y, ordenará la práctica de una prueba de ADN una vez que la persona menor de edad nazca, a efecto de determinar si corresponde al accionado continuar pagando dicha provisional, sin perjuicio de que el demandado gestione en la vía de familia el proceso de determinación de paternidad de persona por nacer o bien, podrá gestionarlo la madre mediante el proceso de investigación de paternidad. En cualquiera de los dos casos, es decir, si el tema filiatorio llega a la vía de familia, el proceso alimentario solamente quedará suspendido a la espera de lo que sea resuelto por sentencia firme en el proceso de filiación si así lo ordena el Juzgado de Familia respectivo. Así, debe quedarle muy claro al accionado que, nada le impide iniciar la determinación de la paternidad, aunque el ser en gestación no haya nacido y por ello, no es suficiente que espere pacientemente a que sea madre la que se ocupe de investigar la filiación paterna. ---e. Si la prueba de ADN ordenada en el proceso de alimentos resulta negativa o no puede ser practicada por causa imputable a la madre, a gestión de la parte accionada podrá la primera instancia disponer que la pensión provisional deje de ser pagada por el accionado. ---f. Si el presente fallo lamentablemente resulta tardío en el sentido de que ya se produjo el nacimiento prematuro, igual el proceso deberá continuar tal como se ha indicado en este fallo y si lamentablemente ocurrió una interrupción del embarazo, también el proceso deberá continuar previniendo a la madre si tiene interés en el cobro de gastos de embarazo del mortinato. Esto último pues la Sala Constitucional ya se pronunció sobre el tratamiento digno de los restos de un ser que no nació y no hay razón alguna para considerar que los gastos de embarazo solamente pueden ser cobrados si ocurrió un nacimiento con vida. Al respecto, mediante sentencia N.º6685-01 de las 14:06 de 17 de julio de 2001, la Sala Constitucional dijo: “Es obvio que dada la naturaleza en muchas ocasiones infectocontagiosas de los “productos de la concepción”, éstos deban de ser manipulados o manejados con suma cautela. De allí que coincide esta Sala con las razones de salud pública que motivaron la redacción de la Norma Institucional para el Manejo de Desechos Anatomopatológicos”. No obstante, no encuentra este Tribunal que la preocupación de todos en procurar que dicho manejo se haga de la manera más segura posible suprima los derechos de la recurrente y su esposo que como padres y practicantes de la fe católica consideren vital para su religión y su tranquilidad enterrar a su hijo. Si bien ese hijo no culminó su proceso de formación como para poder desarrollarse como un niño normal y subsistir, lo cierto es que desde el momento en que fue concebido fue persona con derechos. Así como personas con derechos son sus padres, quienes tienen toda la potestad de escoger que éste tenga un entierro de acuerdo a las reglas establecidas religiosamente por los católicos. Efectivamente, la Norma Institucional para el Manejo de Desechos Anatomopatológicos, no se refiere a la entrega directa de lo que ella llama “desechos sólidos que drenan líquido” (feto y placenta) a tercero y dispone reglas muy claras en cuanto a su traslado fuera de los centros hospitalarios y el tipo de

transporte y envase en el que se debe hacer. No obstante, considera esta Sala que dichas disposiciones pueden y deben cumplirse en la medida que a los interesados se les informe de manera correcta y directa del procedimiento establecido y del destino de dichos "desechos". Así, en el caso concreto, pudo perfectamente transportarse el "desecho" de interés conforme a todas las estipulaciones médicas e higiénicas respectivas, pero enterando a la recurrente y a su esposo del procedimiento a seguir, así como coordinando con éstos la fecha, hora y cementerio en el que se dispondría finalmente de éste, respetando el derecho de los recurrentes a darle sepultura a los restos de su hijo. Debido a que no fue así y se procedió sin comunicación alguna a la recurrente y a su esposo sobre el destino de su hijo -cual si éste fuera un simple objeto- debe estimarse el recurso ordenando a (...) que en el término improrrogable de dos días contados a partir de la comunicación de esta sentencia, entregue a la recurrente, (...) el feto producto del aborto natural practicado a su persona de acuerdo a las medidas de salud necesarias". Como se aprecia, el voto es interesante, aunque no contempla un importante desarrollo de los derechos en juego, sino que, sin ser tema del recurso, entra a definir al ser no nacido, como "persona con derechos". Es comprensible que la Sala haya dispuesto un trato digno a mortinatos, es decir a seres que no llegaron a nacer con vida, pero el tema central no era definir si mortinatos son o no personas sino, nada más que un aborto espontáneo, no impide a los padres responsabilizarse de los restos del mortinato una vez cumplidas las normas sanitarias que garanticen la salud pública. En todo caso, quedó claro que los restos de un mortinato deben ser tratados con dignidad e incluso, se reconoce la inhumación como parte del derecho a la vida familiar. Así se entiende la resolución constitucional, aunque como se indicó, no tiene un desarrollo amplio sobre los derechos en juego. Todo esto con la observación de que nuestro país, mediante Ley N.º9797 que corresponde a la reforma integral de la Ley N.º7771, Ley General sobre VIH-SIDA, otorga el carácter de "persona" a todo ser en gestación sin distinción alguna. Expresamente el artículo 21 de esa Ley se refiere al nasciturus como "persona por nacer". Si la voluntad legislativa hubiese sido no dar ese estatus jurídico, no había sido aprobada una Ley con ese contenido. Además, también los gastos de sepelio pueden ser cobrados conforme el artículo 37 del Código de la Niñez y la Adolescencia. X. Para concluir, es importante resaltar que, la demanda inicia con un profundo preámbulo eminentemente jurídico que desarrolla algunos de los temas aquí expuestos y, sin embargo, la resolución impugnada se centra en el artículo 168 del Código de Familia. Es decir, se trata de una demanda con un desarrollo importante del derecho aplicable, mientras que la resolución impugnada es bastante superficial, pero como ha quedado expuesto, nutrida de impresionantes prejuicios. En segundo lugar, el artículo 24 de la Ley de Pensiones Alimentarias transcrito en la resolución impugnada ha sido declarado parcialmente inconstitucional. Para mayor comprensión, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución n.º2781-2016, 11:40 de 24 de febrero de 2016 dispuso: "Se declara con lugar la acción. En consecuencia se anula por inconstitucional la frase "de quince años" del artículo 24 de la Ley de Pensiones Alimentarias para que a partir de esta sentencia se lea "De incumplirse el deber alimentario, podrá librarse orden de apremio corporal contra el deudor moroso, salvo que sea menor o mayor de setenta y uno", debiendo entenderse que "menor" se refiere a persona menor de 18 años de edad. Esta sentencia tiene efectos declarativos y retroactivos a la fecha de vigencia de la norma anulada, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe. En consecuencia, se ordena la libertad todas las personas menores de edad que al momento de dictarse esta sentencia, estuvieren detenidos por apremio corporal. Reséñese este pronunciamiento en el Diario Oficial La Gaceta y publíquese íntegramente en el Boletín Judicial. Los Magistrados Jinesta Lobo y Hernández Gutiérrez salvan el voto y declaran sin lugar la acción. El Magistrado Salazar Alvarado salva el voto y declara sin lugar la acción, siempre y cuando se interprete el artículo 24 de la Ley de Pensiones Alimentarias, en el sentido de que el apremio corporal contra la persona menor de edad pero mayor de quince años, que es deudor alimentario, sea la última ratio y que no pueda ser aplicado de forma automática. Los Magistrados Cruz Castro y Castillo Víquez ponen notas separadas. Notifíquese.".

... **Ver menos**

[Citas de Legislación y Doctrina](#)

[Sentencias Relacionadas](#)

[Circulares y Avisos](#)

Texto de la resolución

Documento PJEDITOR

????????????????????

EXPEDIENTE: 24-000230-0925-PA - 2

PROCESO: SEGUNDA INSTANCIA

ACTOR/A: [Nombre 001]

DEMANDADO/A: [Nombre 002]

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

N° 2024001126

JUZGADO DE FAMILIA ESPECIALIZADO EN APELACIONES DE PENSIONES ALIMENTARIAS.- A las veinte horas cuarenta y seis minutos del cuatro de setiembre de dos mil veinticuatro.-

Proceso alimentario establecido por **[Nombre 001]**, mayor, cédula de identidad número [Valor 001] contra **[Nombre 002]**, cédula de identidad número [Valor 002]. Conoce este juzgado de la resolución de las once horas diecisiete minutos del dieciséis de agosto de dos mil veinticuatro, en virtud de apelación formulada por la defensora pública Vivian Sánchez Brenes y,

CONSIDERANDO:

I. Según consta en autos, una mujer soltera en estado de embarazo debidamente acreditado ha demandado una pensión alimentaria en beneficio del concebido no nacido y contra quien afirma, es el padre del ser en gestación. Alega que, ese hombre demandado es con quien convivía y quien además la ha asegurado ante la Caja Costarricense de Seguro Social. Argumenta que quien fue su conviviente se ha desentendido del ser en gestación. Indica también que, tiene un hijo menor de edad -de cuatro años- de otra relación de pareja, quien ha sido diagnosticado con autismo grado 3 y déficit atencional, lo que adiciona presión a su situación económica actual. Alega que, no tener recursos para atender las necesidades del ser en gestación está perjudicando la satisfacción de las necesidades de su otro hijo, porque es a él a quien está restringiendo los recursos para poder solventar las necesidades. La mujer gestante solicita la fijación de una pensión alimentaria provisional debido al estado de necesidad en la que se encuentra producto de todo lo dicho.

II. Ante ese cuadro fáctico el señor juez de primera instancia Luis Alonso Morera Méndez denegó dar curso a la demanda y la rechazó de plano. La resolución literalmente dice: *"El Código de Familia es claro en cuanto a los y las obligadas alimentarias: Artículo 169.- Deben alimentos: 1.- Los cónyuges entre sí. 2- Los padres y madres a sus hijos e hijas menores o incapaces y los hijos y/o hijas a sus padres y madres, inclusive los y las de crianza. (Así reformado el inciso anterior por el artículo 1° de la ley N°10166 del 30 de marzo de 2022, "Reforma varias leyes para el reconocimiento de derechos a madres y padres de crianza") 3.- Los hermanos a los hermanos menores o a los que presenten una discapacidad que les impida valerse por sí mismos; los abuelos a los nietos menores y a los que, por una discapacidad, no puedan valerse por sí mismos, cuando los parientes más inmediatos del alimentario antes señalado no puedan darles alimentos o en el tanto en que no puedan hacerlo; y los nietos y bisnietos, a los abuelos y bisabuelos en las mismas condiciones indicadas en este inciso. (Así reformado por el artículo 3° de la ley No.7640 de 14 de octubre de 1996) (Así corrida su numeración por el artículo 2 de ley No.7538 del 22 de agosto de 1995, que lo traspasó del antiguo artículo 156 al 169). Por lo que se la norma es clara en cuanto a los y las obligadas, ya que para proceder con una obligación tan importante y que acarrea consecuencias, siendo la más relevante para el accionado la posible privación de libertad, además el artículo 168 nos indica: Artículo 168.- Mientras se tramita la demanda alimentaria, comprobado el parentesco, el juez podrá fijar una cuota provisional a cualquiera de las personas indicadas en el artículo siguiente, guardando el orden preferente ahí establecido. Esta cuota se fijará prudencialmente en una suma capaz de llenar, de momento, las necesidades básicas de los alimentarios y subsistirá mientras no fuere variada en sentencia. La negrita no es del original. Siendo que en este asunto no se acredita la existencia de vínculo entre el presunto obligado y su hijo/a no nacida, ya que no existe una prueba idónea, de momento, que relacione ese vínculo necesario entre las partes para obligar al pago de la pensión alimentaria al señor [Nombre 002], del supuesto hijo o hija por nacer, no puede este juzgador dar por acreditado ese vínculo con el dicho unilateralmente de la parte actora ya que existen derechos en cuestión, siendo en más relevante la posible privación de libertad. Artículo 24.- Apremio corporal. De incumplirse el deber alimentario, podrá librarse orden de apremio corporal contra el deudor moroso, salvo que sea menor de quince años o mayor de setenta y uno. Ley de Pensiones Alimentarias. ARTÍCULO 22.- Todo costarricense puede trasladarse y permanecer en cualquier punto de la República o fuera de ella, siempre que se encuentre libre de responsabilidad, y volver cuando le convenga. No se podrá exigir a los costarricenses requisitos que impidan su ingreso al país. Constitución Política. Por lo que la fijación de un monto de pensión alimentaria, también restringe la libertad de tránsito de los y las obligadas, como lo hace ver el artículo 14 de LPA, por lo que lo quien redacta debe de ponderar y respetar los derechos de todas las personas que requieran de esta protección, y como se ha dicho ante la inexistencia o comprobación de un vínculo que obligue al aquí accionado al pago de una pensión de un niño por nacer, no queda otra opción que rechazar de plano la demanda presentada por la señora [Nombre 001] en contra del señor [Nombre 002], no sin antes aclarar, que existe norma para exigir lo aquí gestionado, en cuanto a los gastos de embarazo, maternidad e incluso, de ser procedente el cobro de las cuotas no canceladas de forma retroactiva en favor de la persona menor de edad, pero en todo caso ha de*

realizarse después de haber comprobado el vínculo, cosa que el presente caso se encuentra ausente, de momento. En conclusión, a criterio de quien redacta, según la norma citada, siendo que obligar al pago de una pensión en favor de no nacido al señor [Nombre 002], no resulta procedente al no existir un vínculo entre el beneficiario o beneficiaria. Existe norma para acceder a lo aquí petitionado (artículo 96 del Código de Familia), pero en todo caso resulta procedente después que el Tribunal acoja la declaración de paternidad, o sea se establece un vínculo para acceder a este derecho, cosa que de momento no se acredita ya que, en cualquier supuesto, procede después de la declaratoria de paternidad, por lo que no resulta procedente la demanda impuesta por lo que se rechaza de plano.”

III. La defensa pública formuló revocatoria con apelación en subsidio. La primera instancia denegó la revocatoria alegando únicamente que, no procede la demanda de alimentos porque el parentesco no está comprobado. En cuanto a la apelación, la defensora pública alega que lo resuelto es violatorio del artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Indica también que la mujer embarazada actúa de buena fe y eso es lo que debe prevalecer. Es decir, sostiene que no hay por qué partir de que el accionado no es el padre del ser en gestación. También argumenta que, en virtud de la resolución impugnada, por resultado, a la mujer embarazada le corresponderá atender todas las necesidades del ser en gestación y eso no tiene sustento normativo. Indica que la resolución impugnada desaplica la Convención sobre los Derechos del Niño (y de la Niña), así como las normas ordinarias que protegen al ser en gestación como es el artículo 31 del Código Civil. De igual forma, advierte que a la mujer embarazada se le está negando el acceso a la justicia y, no se ha considerado el riesgo en el que se encuentra por el embarazo mismo al no poder satisfacer necesidades del ser en gestación, así como por el hecho de que, anteriormente tuvo una pérdida de otro hijo del accionado. Por último, indica que la primera instancia se ha sustraído del deber de realizar interpretaciones evolutivas. Solicita que la demanda sea cursada y que se fije una pensión alimentaria provisional al concebido no nacido.

IV.EFECTO PROPIO: Es menester indicar que, toda resolución que genere efecto propio es apelable conforme al artículo 53 inciso g) de la Ley de Pensiones Alimentarias. Esto es importante porque, conforme al artículo 53 inciso b) de la citada Ley, es apelable el auto que declare el archivo definitivo del expediente o ponga fin al proceso. Es decir, parece que, el rechazo de plano de la demanda no estaría comprendido técnicamente en ese inciso, pero evidentemente tal resolución impide el acceso a la justicia y ocasiona un perjuicio irreparable. Además, en la resolución número 300-90, 17:00 horas del 21 de marzo de 1990, la Sala Constitucional dijo: “V. (...) *En efecto, un importante derivado del debido proceso es el derecho a que un tribunal superior examine o reexamine, por vía de recurso, la legalidad y razonabilidad de toda sentencia o resolución jurisdiccional que imponga a la persona un gravamen irreparable o de difícil reparación, al menos cuando ese gravamen incida sobre uno de sus derechos o libertades fundamentales sustanciales (de goce), como es la libertad personal. VI.- Tesis similar es la que prevalece hoy en el Derecho Público en general, el cual reconoce, de principio, el derecho de impugnar los actos de*

procedimiento o preparatorios, normalmente irrecurribles, cuando tengan "efecto propio", es decir, los que en Derecho Administrativo se conocen como "actos separables" en cuanto causan por sí mismos un gravamen más allá del procedimiento mismo en que se dictan, de manera que ese efecto no podría corregirse con la solución normal de tener que esperar para impugnarlos conjuntamente con el acto final que están llamados a preparar (V., p. e j., art., 163.2 Ley General de la Adm. Pública). Al nacer, pues, ese derecho a recurrir contra los actos separables, de un principio general de Derecho Público, ergo lo es del derecho de la Constitución, con el mismo rango que sus normas expresas (como lo reconoce el art. 7.1 de la misma Ley General).(…) POR TANTO: Se declara con lugar el recurso, en cuanto resulta inconstitucional la interpretación o aplicación del artículo 26 de la Ley de Pensiones Alimenticias, No. 1620 del 5 de agosto de 1953 y sus reformas, en el sentido de que carecen de recurso de apelación los autos que resuelvan incidentes posteriores a la sentencia. Asimismo, de conformidad con el artículo 89 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se declara también inconstitucional cualquier interpretación o aplicación que niegue el recurso de apelación contra las resoluciones que establezcan o impongan una pensión provisional o contra las similares que tengan efectos propios y no sean simple consecuencia de otras ya firmes o ejecutivas. Los autos y resoluciones dichos deben entenderse apelables en el efecto devolutivo y sin perjuicio de su ejecutividad, inclusive por la vía del apremio corporal que en su caso se hubiera decretado." Igualmente, en la resolución constitucional n.º6113-96, 15:00 12 de noviembre de 1996, dicha Sala dispuso: "(…) que el derecho a impugnar las resoluciones jurisdiccionales no puede interpretarse como garantía de que deba permitirse que todas las actuaciones jurisdiccionales, aún aquellas de mero trámite o las que pueden ser revisadas posteriormente sin causar lesión, tengan recurso de apelación, por el contrario, esa posibilidad se limita a las actuaciones en que se pueda presentar una lesión a un derecho o libertad fundamental; que es necesario examinar en cada caso si la ausencia del recurso atenta o no contra los derechos fundamentales; que en el Derecho Público, por principio general, se reconoce el derecho de impugnar actos que por su naturaleza son normalmente irrecurribles -de procedimiento o preparatorios- cuando tienen "efecto propio", o sea, cuando se trata de los denominados actos separables que causan por sí mismos un gravamen más allá del procedimiento en que se dictan y su efecto no puede corregirse con impugnarlos conjuntamente con el acto final; que en materia de incidentes la reticencia en el reconocimiento del derecho al recurso tiene pleno sentido en cuanto se aplica a un procedimiento que carece de autonomía y cuya denegación normalmente no tiene efecto propio fuera del proceso principal, por lo que sus limitaciones se compensan con la posibilidad de recurrir en la sentencia contra posibles errores cometidos al desestimarse; que existen determinados procedimientos incidentales que constituyen verdaderos procesos autónomos que se tramitan mediante reglas más sencillas y expeditas, pero en los que una limitación o supresión de los recursos contra sus resoluciones finales, hacen imposible su impugnación (véanse las sentencias números 300-90 de las 17:00 horas del 21 de marzo de 1990, 1371-92 de las 14:40 horas del 26 de mayo de 1992, y 1054-94 de las 15:24 roas del 22 de febrero de 1994). De lo que la Sala ha manifestado en relación con el derecho a la doble instancia se deduce, por una parte, que el artículo 8.2 inciso h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, garantiza la revisión de la sentencia por un juez o tribunal superior, en un caso concreto:

el del imputado en causa penal por delito. Por lo que no debe entenderse que esa norma se aplique en todo caso en que se alegue la infracción a la garantía del debido proceso por falta de un mecanismo que permita la revisión de la resolución por otra instancia. Sin embargo, el derecho a la doble instancia, por constituir un corolario de la garantía del debido proceso, resulta de insoslayable aplicación, en relación con determinadas resoluciones de un proceso jurisdiccional. La Sala definió esas resoluciones como aquellas que independientemente de la naturaleza del procedimiento en el que se produzcan, cierran la discusión sobre determinado aspecto, con lo que pueden causar un perjuicio a alguna de las personas que interviene en el proceso, que alcanza a configurar una infracción de nivel constitucional por la naturaleza de los derechos que se afectan. En este caso se observa que la resolución del juez de la quiebra que decide la remoción del curador tiene únicamente recurso de revocatoria, o sea, no puede ser revisada en ese momento procesal por una instancia diferente de la que tomó la decisión. Lo que sucede es que tampoco puede ser revisada en otra etapa posterior del proceso, con lo que la decisión del juez en relación con este punto causa estado.” En igual sentido, resolución constitucional n.º1344-10, 10:00 de 30 de setiembre de 2010. Además, mediante resolución N.º2786-00, 15:45 de 28 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia dijo: “III.- DE LA VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO. No puede dejarse de hacer una llamada de atención a las autoridades jurisdiccionales que han tramitado y conocido del caso concreto que motiva esta consulta -sean las diligencias de adopción simple promovidas por ... por evidenciarse una grave violación al debido proceso, concretamente en lo que respecta al derecho a una doble instancia, en los términos en que ha sido reconocido en la jurisprudencia constitucional, en tanto el derecho de apelación, a que se refiere la Convención Americana sobre Derechos Humanos previsto en los artículos 8 y 25, puede reclamarse en materia penal contra el fallo condenatorio, y en las otras jurisdicciones, respecto de las resoluciones que ponen fin al proceso o contra actos de procedimientos o preparatorios que tengan efecto propio (En este sentido, entre otras, ver sentencias número 0282-90, 0300-90, 1058-94, 1129-90, 6369-93, 2365-94, 0852-95, 5927-96 y 0209-I-97; 0243-I-96, 0209-I-97, 5871-96, 6271-96, 3333-98.) De esta suerte, se constituye en un derecho fundamental, el que un tribunal superior examine o reexamine por vía del recurso, la legalidad y razonabilidad de toda la sentencia o resolución jurisdiccional que imponga a la persona un gravamen irreparable o de difícil reparación, al menos, cuando ese gravamen incida sobre uno de sus derechos o libertades fundamentales sustanciales.”

Entonces, toda resolución que contiene un apercibimiento de apremio corporal o un apercibimiento que implique de cualquier otra restricción a un derecho fundamental, es apelable: impedimento de salida del país, levantamiento del impedimento, orden de retención, cese de retención, inclusión o exclusión en el Sistema de Obligados Alimentarios, aplicar o desaplicar la responsabilidad solidaria de patrono, apremio corporal ordenado, etc. Así, por ejemplo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la resolución número 1704-90 de las 14; 33 de 23 de noviembre de 1990 dijo: “La orden de impedimento de salida es un acto con efectos propios y por tanto debe ser apelado independiente de la sentencia.”

En esta línea, el artículo 345, párrafo 3, de la Ley General de la Administración Pública estipula que *“se considerará como final también el acto de tramitación que suspenda indefinidamente o haga imposible la continuación del procedimiento.”* Igualmente, el artículo 163, párrafo 2, del mismo cuerpo normativo establece que *“los vicios propios de los actos preparatorios se impugnarán conjuntamente con el acto, salvo que aquellos sean, a su vez, actos con efecto propio.”* Se citan estas normas porque, es conocido que la doctrina sobre los actos propios ha sido ampliamente desarrollada a partir del Derecho Administrativo.

Como refuerzo de esto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha señalado: *“III)-...los actos de trámite son actos instrumentales de las resoluciones, las preparan, las hacen posibles. Es una distinción (entre actos resolutorios y de trámite) firmemente establecida con base en la propia estructura del procedimiento administrativo. La regla de la irrecurribilidad de los actos de trámite, sobre la cual la distinción se ha originado, es una simple regla de orden, no es una regla material absoluta. No quiere decirse con ella, en efecto, que los actos de trámite no sean impugnables, que constituyan una suerte de dominio soberano de la Administración que resulte absolutamente infiscalizable por los recursos. Quiere decirse, más simplemente, que los actos de trámite no son impugnables separadamente. Expresa, pues, un principio de concentración procedimental: habrá que esperar a que se produzca la resolución final del procedimiento para, a través de la impugnación de la misma, poder plantear todas las eventuales discrepancias que el recurrente pueda tener sobre el modo en que el procedimiento se ha tramitado, sobre la legalidad de todos y cada uno de los actos de trámite(...)”.* (Voto N°4072-95 de las 10:36 horas del 21 de julio de 1995). *“Un importante derivado del debido proceso es el derecho a que un tribunal superior examine, por vía de recurso, la legalidad y razonabilidad de toda sentencia o resolución jurisdiccional que imponga a la persona un gravamen irreparable o de difícil reparación, al menos cuando ese gravamen incida sobre uno de sus derechos o libertades fundamentales sustanciales (de goce), como es la libertad personal. Tesis similar es la que prevalece hoy en el derecho Público en general, el cual reconoce, de principio, el derecho de impugnar los actos de procedimientos o preparatorios, normalmente irrecurribles, cuando tengan efecto propio, es decir, los que en Derecho Administrativo se conocen como actos separables, en cuanto causan por sí mismos un gravamen más allá del procedimiento mismo en que se dictan, de manera que ese efecto no podría corregirse con la solución normal de tener que esperar para impugnarlos conjuntamente con el acto final que están llamados a preparar.”* (N.°1112-94 de las 9 horas 12 minutos del 25 de febrero de 1994). De igual forma, en la Sentencia N°9252-2004 de las 16:00 horas del 25 de agosto de 2004, dicha Sala indicó: *“...Por otra parte, debe tenerse en cuenta que en esta sede no resultan revisables aquellos actos procesales realizados en un proyecto específico, si estos no tienen efectos propios, es decir, si se trata de actuaciones carentes de efectos externos, en virtud de lo cual, no causan efectos más allá del procedimiento en que se dictaron...”*. Así las cosas, con fundamento en las razones anteriores y siendo que, no es la vía del amparo la apropiada para valorar estas cuestiones, en el tanto en que este último proceso constitucional está diseñado para lograr la protección de titulares bien definidos de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución Política o en los

Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos aplicables a la República, el recurso se declara sin lugar en cuanto este extremo.”

En otros pronunciamientos dicha Sala Constitucional se ha referido al concepto efectos propios o bien, actos separables. Por ejemplo: n.º1955-97, 15; 12 de 8 de abril de 1997; n.º1953-97, 15; 06 de 8 de abril de 1997n.º4562-99, 16; 36 de 15 de junio de 1999; n.º11516-02, 8;53 de 6 de diciembre de 2002; n.º2970-96, 15:06 de 18 de junio de 1996; n.º6375-94, 16;18 de 1º de noviembre de 1994; n.º6575-95, 18:21 de 28 de noviembre de 1995; n.º4973-1997, 17:24 de 22 de agosto de 1997; n.º9083, 02, 15:05 de 18 de setiembre de 2002; n.º2003-3660, 14:47 de 7 de mayo de 2003, n.º2000-8745, de las 14:48 horas del 4 de octubre de 2000 y, n.º2896-96, de las 9:36 de 14 de junio de 1996.

En consecuencia, una resolución produce efecto propio en tanto no podría en una etapa posterior del proceso y tampoco en sentencia, superar el perjuicio ocasionado. Además, es importante determinar si la resolución está expresamente prevista como una resolución apelable. A manera de ejemplo, la resolución emitida en una recusación, en un incidente de nulidad de notificación, etc. Todo esto considerando la legislación procesal actual, es decir, antes de la vigencia del Código Procesal de Familia Ley n.º9747.

Para mayor claridad, la expresión “efecto propio” es un concepto jurídico que está comprendido básicamente por la imposibilidad de enmendar el perjuicio procesal o de fondo causado con una determinada resolución judicial. No se trata de subjetividades, pues no toda resolución necesariamente produce efecto propio, sino que, para determinarlo, deberá considerarse cada situación en particular. Si toda resolución fuera recurrible, se produciría una obstrucción insostenible del sistema judicial, del principio de justicia pronta y cumplida, así como del acceso a la justicia y la celeridad. Sobre el tema, la Sala Constitucional, en la resolución n.º11015-98, 11:44 de 4 de julio de 2008 dijo: *“IV.- SOBRE EL PRINCIPIO DE DOBLE INSTANCIA. El derecho a la doble instancia, consiste en el derecho fundamental que tiene toda persona imputada de un delito dentro de una causa penal, a recurrir la sentencia condenatoria dictada en su contra, para que un órgano superior revise lo resuelto en primera instancia. Este derecho, se desprende claramente, del artículo 8, punto 2, inciso h, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que integra las garantías del debido proceso tutelado en el artículo 39 de la Constitución Política. Sin embargo, cabe resaltar que en reiteradas ocasiones, esta Sala ha señalado que tal como lo establece la citada Convención, el principio de doble instancia esta referido, únicamente, a la materia penal, por lo que puede ser exigida solo dentro de un proceso penal, bajo determinadas circunstancias, y no en procesos correspondientes a otras materias. Así las cosas, en tratándose de otras materias como la civil, el legislador se encuentra facultado para diseñar los procedimientos aplicables a cada materia, según su naturaleza y particularidades, con el fin de garantizar el principio de justicia pronta y cumplida consagrado en el artículo 41 constitucional, siempre que estos diseños cumplan con los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Por otra parte, resulta importante mencionar, que la doble instancia tampoco implica un derecho a que todas las resoluciones que recaigan en un determinado proceso -incluso penal- puedan ser recurridas ante un superior, sino más bien, se trata*

de aquellas resoluciones que dan por terminado el proceso, o bien, las que por su naturaleza tengan efecto propio, ya que el resto de los actos o resoluciones, pueden ser revisadas a través de otras instancias, a través de la revisión de la resolución final. Lo contrario, sea permitir que la apelación de todas las resoluciones que dicten, implicaría un entramamiento del sistema judicial, en perjuicio del principio de justicia pronta y cumplida (ver en igual sentido las sentencias números 0282-90, 0300-90, 1058-94, 0486-94, 1129-90, 6369- 93, 2365-94, 0852-95, 5927-96, 5871-96, 6271-96, 3333-98, 8927-2004, 11071-2004, 2240-2005, 8927-2005 y 7988 -2005).” En esa línea, dicha Sala Constitucional ha dicho: “(...) ni la Constitución, ni la Convención exigen el derecho de apelación llevado a tal extremo como para permitir a un tercero la apelación de toda resolución que considera lesiva a sus intereses, sino que lo exige, en materia penal -conforme a lo dicho supra-, y en las materias restantes, para los pronunciamientos jurisdiccionales que pongan fin a la causa y aquellos actos de procedimiento o preparatorios que tengan efecto propio, los que en derecho administrativo se conocen como "actos separables", en cuanto causan por sí mismos un gravamen más allá del procedimiento mismo en que se dictan.” N.º1757-04, 16;12 de 18 de febrero de 2004. En igual sentido sentencia n.º14516-12, 14:30 de 17 de octubre de 2012.

Adicional a esto, la mujer embarazada ejerce la representación del ser en gestación conforme al artículo 155 del Código de Familia que dice: *“La madre, aun cuando fuere menor, ejercerá la patria potestad sobre los hijos habidos fuera del matrimonio y tendrá plena personería jurídica para esos efectos./ El Tribunal puede, en casos especiales, a juicio suyo, a petición de parte o del Patronato Nacional de la Infancia y atendiendo exclusivamente al interés de los menores, conferir la patria potestad al padre conjuntamente con la madre”*. Sumado a esto, el artículo 31 del Código Civil dispone: *“La existencia de la persona física principia al nacer viva y se reputa nacida para todo lo que la favorezca desde 300 días antes de su nacimiento. La representación legal del ser en gestación corresponde a quien la ejercería como si hubiera nacido y en caso de imposibilidad o incapacidad suya, a un representante legal”*. Como complemento, el artículo 19. 1. 2 del Código Procesal Civil Ley N°9342 dice: *“Partes y capacidad. 19.1 Condición de parte. Parte es la persona que interpone la pretensión procesal en nombre propio o en cuyo nombre se formula y la persona contra la cual se dirige. Podrán ser parte en los procesos los siguientes: (...) 2. El concebido no nacido, de la forma que señala el Código Civil.”* Esta última norma, estima la suscrita que también es aplicable al presente proceso según los tres últimos párrafos del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ya que establecen: *“ (...) Los tribunales no podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma que aplicar y deberán hacerlo de conformidad con las normas escritas y no escritas del ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes./ Los principios generales del derecho y la jurisprudencia servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpreten, integren o delimiten. Cuando se trate de suplir la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulen una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley./ Los usos y las costumbres tendrán carácter supletorio del derecho escrito. Al resolver los asuntos propios de su competencia, los tribunales, en cualquier instancia, deberán respetar eficazmente los principios y las normas de cada disciplina jurídica, prioritariamente cuando se trate de las especializadas.”*

Como complemento, es claro que la Defensa Pública actúa como apoderada de la madre del ser en gestación tal como se desprende de la resolución emitida por la Sala Constitucional N.º 4366-05 de las 14:45 de 21 de abril de 2005. En lo que interesa, esta última resolución dice: *"En estos casos no se trata de que la gestión sea planteada en forma verbal o escrita, sino al hecho de que los defensores públicos en procesos de pensión alimentaria ostentan la representación de las partes cuyos intereses defienden sin que obviamente deban contar con un poder al efecto, sino que, ostentan la representación sin necesidad de ninguna formalidad, más que la de apersonarse al proceso en esa condición". Igualmente, sobre ese tema remito al acuerdo de Corte Plena N.º 23 del cuatro de julio del año dos mil uno, artículo V y, al acuerdo de Corte Plena tomado en sesión de 19 de octubre del año mil novecientos noventa y ocho, artículo XV, en el sentido de que "[...] la sola designación que haga la ley, comprende todas las facultades necesarias para el ejercicio del cargo".*

Así las cosas, la resolución impugnada es recurrible y quien acude en alzada, tiene legitimación para ello. Además, le asiste interés para recurrir y, lleva razón en sus agravios por las razones que se dirán.

V. INTERPRETACIONES EVOLUTIVAS: La notable jurista Alda Facio Montejó propone una concepción nutrida del fenómeno legal, es decir no enfocado únicamente en el aspecto normativo. Esa concepción tripartita del fenómeno legal supone la interacción constante y profunda entre el componente formal-normativo o sustantivo, el componente estructural y el político-cultural. El primer componente comprende la norma formalmente creada en un sentido amplio, es decir no solamente como sinónimo de ley. El segundo se refiere al contenido, alcance e interpretación que las autoridades -en sentido amplio- dan al componente formal. Así, la identificación del componente estructural implica hacer visibles el conjunto de "normas no escritas" que son seguidas con rigurosidad por las autoridades y la ciudadanía. Por último, el componente político-cultural, se refiere a la dimensión y comprensión que se otorga al componente formal por medio del conocimiento empírico de las disposiciones normativas, las costumbres, las tradiciones, la doctrina jurídica, el uso que las personas hacen de la ley, etc. Todo esto también conforma un conjunto de "normas no escritas" que son acatadas y reforzadas por la colectividad -Facio Montejó, Alda. (1999). Cuando el género suena cambios trae. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. Tercera Edición. San José, Costa Rica. ILANUD. La versión digital puede ser consultada en <http://fundacionjyg.org/wp-content/uploads/2018/05/Cuando-el-g%C3%A9nero-suena-cambios-trae.pdf>. La autora en comentario argumenta que estos tres componentes permanecen en constante interacción puesto que quienes crean las leyes y quienes las aplican -interpretan-, forman parte de una determinada sociedad en un momento histórico específico, de ahí que el contenido, alcance, proyección e interpretación del componente formal refleja el conjunto de consideraciones imperantes en una sociedad y coyuntura específica. Entonces, de una u otra forma ponen en evidencia la sobrevaloración de lo masculino, la normalización de la discriminación, la infravaloración de lo femenino, de la discapacidad, del envejecimiento, de la privación de libertad, etc. A partir de esto, a manera de ejemplo, en materia de alimentos es común aceptar con alarmante calma, que una mujer asuma sola los gastos que genera el proceso de gestación, con el fin de no

obligar a un hombre a pagar alimentos a favor de quien que podría no ser su hijo o hija, esto aunque el artículo 23 de la Ley de Pensiones Alimentarias contempla la restitución cuando se fija una cuota alimentaria provisional y en sentencia se determina que la parte acreedora no tiene derecho a los alimentos. Es decir, se asume como "correcto" que un hombre no pague alimentos a favor del ser en gestación, aunque pueda ser el padre de quien se encuentra en gestación. Eso es lo que implica la resolución impugnada, pues por resultado, se entiende que es "jurídicamente correcto" que sea la mujer embarazada quien asuma en soledad los gastos que el proceso biológico de gestación conlleva porque el hombre podría no ser el padre de la criatura, aunque también exista la posibilidad de que sí sea el padre. Entonces, entre dos situaciones posibles: no ser el padre o serlo, la resolución impugnada con preocupante ligereza opta por proteger al hombre y no al ser en gestación y a la mujer gestante. En otras palabras, la resolución es adultocentrista y androcéntrica. Incluso, la resolución parte de que la mujer gestante miente o al menos, su palabra no merece credibilidad y parte también de que el hombre accionado negará su paternidad, cuando en realidad es perfectamente posible que la mujer esté diciendo la verdad y que el demandado acepte responsablemente ser el padre del ser en gestación. Es decir, en ambos casos se debe partir de la buena fe, pues esta se presume. No obstante, la autoridad judicial de primera instancia presume la mala fe de la mujer gestante y, asume también que el accionado negará su paternidad, pues así se infiere de la resolución impugnada.

La jurisprudencia constitucional ha destacado de forma reiterada **la obligación de realizar interpretaciones evolutivas del ordenamiento jurídico**. Así, en la resolución N.º3481-03 de las 14:03 de 2 de mayo de 2003, dijo: *"La interpretación de las normas jurídicas por los operadores jurídicos con el propósito de aplicarlas no puede hacerse, única y exclusivamente, con fundamento en su tenor literal, puesto que, para desentrañar, entender y comprender su verdadero sentido, significado y alcances es preciso acudir a diversos instrumentos hermenéuticos tales como el finalista, el institucional, el sistemático y el histórico-evolutivo. Sobre este particular, el Título Preliminar del Código Civil en su numeral 10 establece que "las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas". Las proposiciones normativas se componen de términos lingüísticos los que tienen un área de significado o campo de referencia así como, también, una zona de incertidumbre o indeterminación, que puede provocar serios equívocos en su interpretación y eventual aplicación. En virtud de lo anterior, al interpretar una norma es preciso indagar su objetivo (ratio) o fin propuesto y supuesto, respecto del cual la norma tiene naturaleza instrumental -método teleológico-. El intérprete, debe, asimismo, confrontarla, relacionarla y concordarla con el resto de las normas jurídicas que conforman en particular una institución jurídica -método institucional- y, en general, el ordenamiento jurídico -método sistemático-, puesto que, las normas no son compartimentos estancos y aislados sino que se encuentran conexas y coordinadas con otras, de forma explícita o implícita. Finalmente, es preciso tomar en consideración la realidad socio-económica e histórica a la cual se aplica una norma jurídica, la cual es variable y mutable por su enorme dinamismo, de tal forma que debe ser aplicada para coyunturas históricas en constante mutación -método histórico-*

evolutivo-. Cuando de interpretar una norma jurídica se trata el intérprete no puede utilizar uno solo de los instrumentos indicados, por no tener un carácter excluyente, sino que los mismos son diversos momentos o estadios imprescindibles del entero y transcendente acto interpretativo⁷. Este criterio ha sido reiterado en las resoluciones N.º14299-2003, 12:40 de 5 de diciembre de 2003; N.º6674-2004, 9:13 horas de 18 de junio de 2004; N.º1125-2007, 15:02 de 30 de enero, N.º2296-2007, 16:46 de 20 de febrero y N.º13902-2007, 15:24 de 3 de octubre, todos del año 2007; N.º13424-2008, 9:31 de 2 de setiembre de 2008; N.º315-2008, 15:23 de 14 de enero de 2008; N.º1328-09, 12:50 de 30 de enero, N.º7010-2009, 16:47 de 30 de abril, N.º10553-2009, 14:54 de 1 de julio y N.º15194-2009, 10:53 de 27 de setiembre, todos del año 2009; N.º4806-2010, 14:50 de 10 de marzo de 2010; N.º2105-2011, 15:00 de 23 de febrero, N.º7955-2011, 10:46 de 17 de junio, N.º4575-2011, 15:27 de 6 de abril, todos del año 2011, N.º11065-2012, 16:30 de 14 de agosto de 2012 y N.º12242-19, 9:30 de 5 de julio de 2019, entre otras.

Todo esto en el marco evidente de que conforme al artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y 8.1) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional son de carácter vinculante. Recordemos que esta última norma dice: *“Los funcionarios que administran justicia no podrán: 1.- Aplicar leyes ni otras normas o actos de cualquier naturaleza, contrarios a la Constitución Política o al derecho internacional o comunitario vigentes en el país./ Si tuvieren duda sobre la constitucionalidad de esas normas o actos, necesariamente deberán consultar ante la jurisdicción constitucional./ Tampoco podrán interpretarlos ni aplicarlos de manera contraria a los precedentes o la jurisprudencia de la Sala Constitucional.”*

En consecuencia, es obligatorio realizar siempre interpretaciones evolutivas y en un caso como el presente, esa obligación reviste gran interés, pues en nuestro país la mayor parte de las personas nacen de madres solteras o en unión de hecho. Entonces, el Derecho de las Familias - Procesal y Sustantivo- no puede desconocer esta realidad y por supuesto, la administración de justicia no puede ni debe ignorar esto. Además, el propio Tribunal Constitucional ha dicho que **debe imperar la progresividad de los derechos humanos y la interpretación más favorable**. Así lo ha resuelto por ejemplo en los votos N.º3669-06, 15:00 de 15 de marzo de 2006, N.º415-16, 11:50hrs de 13 de enero de 2016; N.º11982-16, 9:30 de 24 de agosto de 2016, N.º17697-18, 12:16 24 de octubre de 2018 y N.º21039-10, 14:45 de 21 de diciembre de 2010. Ese principio de progresividad ha sido reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos al menos en el artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales así como, artículos 1 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 1 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Adultas Mayores.

Sumado a todo esto, de las estadísticas que proporciona el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos -en adelante INEC- y que pudieron ser perfectamente consultadas la primera instancia, pues están disponibles en la página de esa institución, se obtiene que, en nuestro país, en el primer semestre del año 2024, han nacido 22.109 personas y de ellas, 10.723 han nacido de madres

solteras; 5.545 de madres unidas en matrimonio, 579 de madres divorciadas y, 5.249 de madres en "unión libre". En el año 2023, de la totalidad de personas nacidas, 22.091 nacieron de madres solteras; 13.066 de madres casadas; 1.195 de madres divorciadas y, 13.783 de madres en "unión libre". En el año 2022 nacieron 21.144 personas de madres solteras; 14.253 de madres casadas; 1284 de madres divorciadas y, 15.647 de madres en "unión libre". En el año 2021 nacieron 18.470 personas de madres solteras; 14.835 de madres casadas; 1060 de madres divorciadas y, 19.824 de madres en "unión libre". En el año 2020 fueron inscritos 58.156 nacimientos y de ellos, 18.866 provienen de madres solteras; 22.182 de madres en "unión libre" y 15.954 personas nacieron de madres unidas en matrimonio. Igualmente, durante el año 2019 nacieron 64.287 personas y de ellas, 24.050 nacieron de madres solteras; 20.745 de madres en "unión libre" y 17.748 nacieron de mujeres casadas. En el año 2018 nacieron 68.449 personas y de ellas, 24.167 nacieron de madres solteras; 23.231 nacieron de madres en "unión libre" y 19.251 personas nacieron de mujeres unidas en matrimonio. En esta misma línea, en el año 2017 nacieron 68.811 personas y de ellas, 22.830 nacieron de madres solteras; 19.898 de madres unidas en matrimonio y 24.329 nacieron de madres en "unión libre". (Información obtenida por medio de consulta en la página web del INEC). Ahora bien, es importante destacar que las estadísticas del INEC se refieren a "unión libre" cuando en realidad, el término jurídico correcto es "unión de hecho". Además, dichas estadísticas no diferencian entre "unión de hecho regular e irregular", distinción que debería ser contemplada por la relevancia que tiene desde el plano jurídico.

Al margen de esto, la realidad expuesta sobre los nacimientos en nuestro país tiene relevantes implicaciones en materia filiatoria, migratoria, violencia de género, alimentos, sucesiones, seguridad social, materia penal, entre otras. En este último caso, el impacto es considerable a la luz de la promulgación de la Ley de Penalización de la Violencia contra Las Mujeres N.º8589 y sus reformas. Entonces, excluir del derecho a los alimentos a hijos (as) de mujeres que permanecen o estuvieron en unión de hecho, es una decisión que ignora la realidad de nuestro país y también evidencia enorme e inaceptable sesgo de género, puesto que, por resultado, se obliga a las mujeres en esas circunstancias a asumir en soledad los gastos que genera un embarazo. A esto se suma que si una mera convivencia de hecho -no unión de hecho- es causal de pérdida del derecho a los alimentos entre personas adultas -excónyuges y exconvivientes-, con mayor razón la unión de hecho o bien la mera convivencia de una pareja durante la época probable de la concepción, debe considerarse de manera favorable al ser en gestación a efecto de aplicar la presunción de paternidad a la que se refiere el párrafo segundo del artículo 92 del Código de Familia. En este sentido el artículo 173 inciso 6) del Código de Familia dice: *"No existirá obligación de proporcionar alimentos: Entre excónyuges, cuando el beneficiario contraiga nuevas nupcias o establezca una convivencia de hecho."* **Así las cosas, es evidente que la resolución impugnada no considera la evolución de la tipología de las familias en nuestro país e ignora la realidad país: la mayoría de las personas nacen de madres no unidas en matrimonio y, de ellas, un altísimo número proviene de mujeres en unión de hecho. Es así como, el Código de Familia previó esto y hace 29 años se introdujo una presunción de paternidad en uniones de hecho.**

Como complemento, en el presente caso estamos ante un ser en gestación respecto de una mujer soltera que permaneció en convivencia durante la época probable de la gestación según ella lo afirma en la demanda, de forma que entra en escena normativa específica sobre al menos los siguientes temas: prohibición de discriminación contra las mujeres; el derecho a la no violencia; la erradicación de patrones socioculturales estereotipados, las obligaciones de padres y madres respecto de hijos (as) matrimoniales y extramatrimoniales, así como la protección hacia concebidos no nacidos, la presunción de paternidad contemplada en el artículo 92 párrafo segundo del Código de Familia, el acceso a la justicia y, la función del derecho procesal. A esto se añade que las resoluciones judiciales deben enriquecerse con la perspectiva de género y eso implica hacer uso de los *“mecanismos que permitan identificar, cuestionar y valorar la discriminación, desigualdad y exclusión de las mujeres, que se pretende justificar con base en las diferencias biológicas y sociales entre hombres y mujeres; así como las acciones que deben emprenderse para crear las condiciones de cambio que permitan avanzar en la construcción de la igualdad de género. El enfoque de género implica cambios estructurales y la construcción de nuevos paradigmas en las instituciones, con el fin de facilitar nuevas y mejores formas de intervención en la violencia intrafamiliar, de pareja y otras formas; Una atención con perspectiva de género puede crear atenciones seguras y oportunas que no desacreditan, invisibilizan, revictimizan o naturalicen el ejercicio de poder de dominio y atenciones que permiten acercar a las personas 7 víctimas a los procesos institucionales y se reconozcan a las instituciones como sus aliadas en la protección de los Derechos Humanos.”* - Ministerio de Seguridad Pública (2019). Protocolo Policial para la Atención de Casos de Violencia Intrafamiliar y Relaciones de Pareja. Consultado el 4 de setiembre de 2024 en el sitio https://www.seguridadpublica.go.cr/transparencia/jerarcasDecisiones/toma_decisiones/historico_decisiones/2019/Protocolo%20Policial%20Atencion%20Violencia%20Intrafamiliar%20y%20Relaciones%20de%20Pareja.pdf Todo esto además, considerando el “Modelo de Incorporación de la Perspectiva de Género en las Sentencias”, aprobado por la Cumbre Judicial Iberoamericana, en la Declaración de Asunción, Numeral 17 de la Asamblea Plenaria de 15 de abril de 2016 -Circular N°180-2017 denominada, “Modelo de Incorporación de la Perspectiva de Género en las Sentencias”. De todo esto se concluye que el Estado-Persona Juzgadora está en la obligación de analizar integralmente la legislación y las prácticas que desarrolla, con el fin de eliminar toda forma de discriminación hacia las mujeres, así como identificar y erradicar estereotipos de género como origen y consecuencia de la violencia de género y como obstáculo para la administración de justicia con perspectiva de género. El deber de garantía implica precisamente reconocer y materializar que los derechos de las mujeres son derechos humanos y por ello el Estado-Persona Juzgadora tiene el deber de garantizar su goce efectivo y hacer uso de mecanismos judiciales efectivos, sencillos, adecuados e imparciales para esa materialización y restitución. Además, la perspectiva de género es aplicable no solamente en cuanto al derecho de fondo sino en materia procesal y, por consiguiente, no es de aplicación exclusiva en una sentencia, sino que debe resultar evidente en toda resolución judicial y eso incluye las decisiones interlocutorias y por supuesto, con mayor rigor en aquellas que como la resolución impugnada, cierran la puerta a la justicia por ser un rechazo de plano de una demanda. En este sentido, no

sobra afirmar que, una mujer embarazada no es una cosa incubando sino, una persona que atraviesa un proceso biológico de alta complejidad del cual depende su salud integral y también la del ser en gestación.

VI. PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN, EL DERECHO A LA NO VIOLENCIA Y ERRADICACIÓN DE PATRONES SOCIOCULTURALES ESTEREOTIPADOS: La resolución impugnada parte de varias premisas implícitas y explícitas, pero todas incorrectas. En consecuencia, el rechazo de plano es una conclusión incorrecta y, además, lo resuelto no solamente carece de respaldo jurídico, sino que es contrario a normativa supraconstitucional, constitucional y disposiciones normativas ordinarias. En este sentido, la resolución apelada se basa en una única norma del Código de Familia emitida desde el año 1973 -que entró a regir en el año 1974- y, se divorcia del resto del ordenamiento jurídico y eso incluye de la reforma que ha tenido el propio Código de Familia en materia de presunción de paternidad en el caso de uniones de hecho. Además, la primera instancia parte de que la mujer gestante en este proceso es la madre y no es así, pues la parte actora es el ser en gestación. Es decir, la madre ejerce representación. También parte de que el estado de familia de la madre -lo que se conoció en una época como estado civil- determina el derecho de acción del ser en gestación y ello tampoco es cierto, pues quien acciona es el ser en gestación y no la mujer en su condición personal, amén de que el estado de familia de la madre no necesariamente incide en el derecho a los alimentos del ser en gestación. Por último, parte de que el derecho procesal es un fin en sí mismo y por supuesto, no es así, dado que el derecho procesal es el medio para concretar el derecho de fondo. **En otras palabras, ninguna norma procesal se entiende sino en función del derecho de fondo que está en juego.**

Es claro que la resolución impugnada ha denegado el acceso a la justicia a una mujer en estado de embarazo y al ser en gestación. En consecuencia, la resolución es contraria al artículo 8.1) de las Convención Americana de Derechos Humanos y desaplica el artículo 41 de la Constitución Política. Adicionalmente, por resultado, la resolución apelada promueve la violencia patrimonial y psicológica en perjuicio de una mujer y, además gestante e incluso, promueve también la violencia hacia el ser en gestación. La resolución impugnada desconoce la función social de la maternidad, el impacto de la epigenética en un ser en gestación y el derecho a la salud integral de la mujer gestante, así como del ser concebido no nacido.

Para mayor comprensión, la epigenética es el estudio de las interacciones entre el entorno y los genes, así como el estudio de los cambios heredables en la estructura y organización del ADN que, si bien no suponen una alteración de la secuencia de los nucleótidos, en realidad, cambian la genética y a su vez, impactan el fenotipo. Con estos cambios se generan entonces epimutaciones que se trasladan de madre a hijo (a) y que tienen un carácter variable según la etapa de desarrollo gestacional. Delgado indica, que la epigenética *“se entiende como la regulación génica mediada por modificaciones de la estructura de la cromatina (material genético empaquetado alrededor de proteínas), o como aquellos cambios heredables en la expresión genética que son independientes de la secuencia de nucleótidos, es decir, que ocurren sin cambios en la secuencia del ADN.”* - Delgado-Coello, Blanca Alicia. (2011). ¿Qué es la epigenética? Documento consultado el 13 de

agosto de 2.018 en el sitio [http://www.revistaciencia.amc.edu.mx/images/revista/62_1/PDF/12_Epigenetica.p df](http://www.revistaciencia.amc.edu.mx/images/revista/62_1/PDF/12_Epigenetica.pdf) - Así, el término epigenética se utiliza para *“indicar cambios heredables en la estructura y organización del ADN que no involucran cambios en la secuencia y que modulan la expresión génica. Estos cambios en la expresión génica implican, entonces, cambios heredables en el fenotipo.”* - Ayala Ramírez, Paola Andrea; García Robles, Reggie & Perdomo Velásquez, Sandra Paola. (2012). Epigenética: definición, bases moleculares e implicaciones en la salud y en la evolución humana. Revista Ciencia y Salud. N.º10. Página 60. Documento consultado el 27 de agosto de 2018 en el sitio <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/revsalud/article/view/2020.->

En consecuencia, las carencias que experimente una mujer durante el proceso de gestación son un tema jurídicamente relevante no solamente por la función social de la maternidad y la salud integral de la mujer y del ser en gestación, sino también en virtud de la epigenética, es decir las transformaciones que podría generar todo eso en la expresión de los genes del ser en gestación. En otras palabras, el entorno de pobreza y estrés en que se desarrolle un ser en gestación es un tema jurídica y científicamente relevante. En este sentido, también es un tema relevante la época de la gestación en la que se produce el estrés debido a que las regiones del cerebro se forman en distintas etapas durante el proceso de gestación. Gaviria, afirma que la primera región que se forma es el tallo cerebral, luego los hemisferios y, por último, el cerebelo. Además, dicha autora expone que *“el momento de la gestación en que ocurre la lesión, su gravedad y su extensión determinarán el tipo de afectación funcional del individuo después de nacer y la expresión de los trastornos neurocognitivos y comportamentales.”* Gaviria A., Silvia Lucía. (2006). Estrés prenatal, neurodesarrollo y psicopatología Revista Colombiana de Psiquiatría, vol. XXXV, núm. 2, abril-junio, 2006, pp. 210-224. Asociación Colombiana de Psiquiatría Bogotá, D.C., Colombia. Documento consultado el 3 de enero de 2020 en <https://www.redalyc.org/pdf/806/80635206.pdf> En este sentido, el tiempo dirá si alguna persona que resultó con trastornos neurocognitivos y del comportamiento asociados a estrés prenatal por falta de recursos económicos y el estrés de la mujer durante la gestación, decide reclamar al Estado la responsabilidad correspondiente. Claro está que, también la mujer gestante en su triple condición: mujer, madre y persona, está legitimada para formular reclamo en caso de que se haya producido un aborto o un nacimiento traumático e incluso, si el hijo o hija resultó con trastornos neurocognitivos y del comportamiento asociados al estrés prenatal ya dicho. Lo más impresionante de todo esto es que, resulta incomprensible cómo el estado de embarazo en este caso ha sido invisibilizado, si tal proceso biológico está previsto como agravante en caso de violencia contra una mujer según la Ley de Penalización de la Violencia contra Las Mujeres e incluso, acometer contra una mujer embarazada constituye una contravención, así como, despedirla sin cumplir un procedimiento determinado tiene consecuencias legales. No obstante, según la autoridad judicial de primera instancia, el embarazo que está en curso no es jurídicamente relevante. La invisibilidad respecto al embarazo es tal que, ni siquiera se analiza ese estado en sí y el riesgo que conlleva no tener recursos económicos para atender responsablemente las necesidades del ser en gestación, lo que también puede incidir en la salud integral de la mujer gestante.

Unido a esto, la resolución impugnada desaplica también la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer -Convención de Belém Do Pará-. El artículo 1 de ese instrumento dice: *“Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.”* Además, el artículo 3 de esa Convención dispone: *“Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.”* Como complemento, los incisos b), e), f) y g) del artículo 4 del referido instrumento dicen: *“Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia; f. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley; g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos.”* Además, el artículo 5 de la citada Convención regula: *“Toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Los Estados Partes reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos.”* Adicionalmente, la Convención de Belém Do Pará establece en los incisos a) y f) del artículo 7, la obligación de nuestro país de *“condenar todas las formas de violencia contra la mujer”* y de *“adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos”*. No conforme con todo esto, según el artículo 8 de dicha Convención, nuestro país se ha comprometido también *“a adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para: a. fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, y el derecho de la mujer a que se respeten y protejan sus derechos humanos; b. modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer.”* Resulta evidente que, se trata de compromisos jurídicamente exigibles y no de opciones o posibilidades. Adicionalmente, en el plano interno, con la Ley de Promoción de la Igualdad Social de La Mujer, Ley N°7142 del año 1990, nuestro país afianzó la obligación de erradicar patrones socioculturales estereotipados. **Así, no es cierto que la mujer gestante en este caso deba asumir en soledad las necesidades del ser concebido no nacido.**

Entonces, como consecuencia de toda esta normativa, es absolutamente prohibido hacer interpretaciones de las normas de procedimiento y de fondo que obstaculicen el derecho de las mujeres a la no violencia y, sin duda alguna, asumir en soledad las repercusiones económicas de un embarazo, es un acto de violencia y como tal, es absolutamente inaceptable, pero además jurídicamente reprochable. Así, el Estado-Persona Juzgadora no puede ni debe generar resoluciones que tengan como consecuencia consolidar o promover patrones socioculturales estereotipados. Para mayor claridad: asumir y fomentar que las mujeres embarazadas como resultado de una relación de convivencia deben asumir en soledad los efectos económicos que genera el estado de embarazo constituye un estereotipo de género. Así, Dovidio, Evans & Tyler citado por Montes, señalan que *“un estereotipo es una característica asociada a una categoría cognitiva que es usada por los perceptores para procesar información sobre el grupo o miembros del grupo.”* -Montes Berges, Beatriz (2008). Discriminación, prejuicio, estereotipos: conceptos fundamentales, historia de su estudio y el sexismo como nueva forma de prejuicio. Revista Electrónica N.º3. Iniciación a la Investigación. Universidad de Jaén. Documento consultado el 2 de febrero de 2022 en el sitio <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/ininv/article/view/202> – En este orden de ideas, es importante tener en cuenta que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - en adelante CIDH-, en materia de estereotipos de género ha sido clara al señalar: *“401. En similar forma, el Tribunal considera que el estereotipo de género se refiere a una pre- concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado [...], es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer.”* CIDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. En el mismo orden, la CIDH ha dicho: *“94. Por el contrario, la Corte observa que tales afirmaciones responden a ideas preconcebidas sobre el rol de un hombre y una mujer en cuanto a determinadas funciones o procesos reproductivos, en relación con una futura maternidad y paternidad. Se trata de nociones basadas en estereotipos que indican la necesidad de eventuales vínculos afectivos o de supuestos deseos mutuos de formar una familia, la presunta importancia de la “formalidad” de la relación, y el rol de un padre durante un embarazo, quien debe proveer cuidados y atención a la mujer embarazada, pues de no darse estos presupuestos se presumiría una falta de idoneidad o capacidad del padre en sus funciones con respecto a la niña, o incluso que el padre no estaba interesado en proveer cuidado y bienestar a ésta. 99. Asimismo, esta Corte ya ha establecido que una determinación a partir de presunciones y estereotipos sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para asegurar el*

interés superior del niño. Adicionalmente, el Tribunal considera que el interés superior del niño no puede ser utilizado para negar el derecho de su progenitor por su estado civil, en beneficio de aquellos que cuentan con un estado civil que se ajusta a un determinado concepto de familia.” CIDH. Caso Fornerón e Hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012.

En general, la jurisprudencia de la CIDH refleja el análisis de diversas expresiones de estereotipos y su incompatibilidad con el derecho internacional de los derechos humanos. Por ejemplo, se ha pronunciado sobre la discriminación por familia no-tradicional -Fornerón- por pertenecer a un grupo étnico -Norín-, por orientación sexual -Atala, Duque, Flor Freire- por razones de género -Campo Algodonero, Atala; Artavia Murillo; Véliz Franco; Velásquez Paiz; Gutiérrez Hernández-, o por discriminación interseccional -edad, género, pobreza y VIH, -caso Gómez Lluy-. (CIDH. Caso Fornerón e hija vs. Argentina, Sentencia de 27 de abril de 2012. CIDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014. CIDH. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012. CIDH. Caso Duque vs. Colombia, Sentencia de 26 de febrero de 2016. CIDH. Caso Flor Freire vs. Ecuador, Sentencia de 31 de agosto de 2016. CIDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. CIDH. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. CIDH. Caso Véliz Franco vs. Guatemala, Sentencia de 19 de mayo de 2014. CIDH. Caso Velásquez Paiz vs. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre de 2015. CIDH. Caso Gutiérrez Hernández vs. Guatemala, Sentencia de 24 de agosto de 2017. CIDH. Caso Gómez Lluy vs. Ecuador, Sentencia de 1 de septiembre de 2015.) Incluso la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha expresado la necesidad de que exista capacitación sobre estereotipos. (Comisión IDH. Informe sobre los derechos de las mujeres en Chile: la igualdad en la familia, el trabajo y la política. OEA/Ser.L/V/II.134 Doc. 63, 2009. Recomendaciones específicas, párr. 7.) **Esto se entiende porque un estereotipo dispara respuestas automáticas por parte de personas juzgadoras y, por consiguiente, impide el acceso a la justicia. Un estereotipo impide analizar los hechos, las pruebas y el Derecho -procesal y sustantivo- aplicable. Ninguna persona juzgadora es imparcial si emite juicios de valor orientados por estereotipos, prejuicios, mitos y preconceptos. Así, la imparcialidad no es una opción sino un derecho para la ciudadanía.** (CIDH. Caso Aritz Barbera y otros vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008. CIDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Sentencia de 1 de septiembre de 2010.) **Con propósito o por resultado, generar que una mujer en general y una no casada deba asumir en soledad las necesidades del ser en gestación es un estereotipo.**

A todo lo ya expuesto se suma que, el estado de familia de una mujer no puede ni debe ser empleado para discriminar de ninguna forma y eso incluye la discriminación por resultado. Así, discriminar por resultado supone la inexistencia del propósito de discriminar, pero el resultado sí es discriminatorio. Recordemos también que el artículo 5 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra La Mujer (en adelante CEDAW por sus siglas en inglés)

dice: *“Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.”*

Sobre dicha Convención resulta oportuno resaltar que, no se agota en su robusto articulado sobre derechos de las mujeres sino que, contempla la creación de un Comité -llamado Comité CEDAW- que, con el paso del tiempo y por medio de “Comunicaciones” ha expresado desaprobación sobre acciones u omisiones de los Estados por legislaciones discriminatorias en cuanto a distribución de los bienes durante los procesos de divorcio y derecho sucesorio; esterilización forzada, privilegiar el derecho de propiedad frente al derecho a la no violencia, así como, por ausencia de mecanismos legales de protección de la mujer frente a la violencia doméstica o de otro tipo, la intervención judicial basada en estereotipos, la asignación de cuidado personal de personas menores de edad a quien ha sido señalado como agresor sin soporte pericial sobre idoneidad, las cargas probatorias asignadas únicamente a la víctima, sobre la impunidad, la obstrucción al acceso a la justicia e incumplimiento del principio de debida diligencia, sobre violencia en general y violencia patrimonial contra las mujeres, la interrelación familiar en contexto de violencia contra la mujer, el deber de prevención de la violencia contra las mujeres y la responsabilidad estatal por no brindar protección efectiva, sobre los derechos de las mujeres privadas de libertad, la salud, el empleo, la inclusión de la violencia y el maltrato por razón de género dentro del ámbito de la Convención contra la Tortura, los estereotipos de género en la tramitación de asilo y, el deber de erradicar estereotipos, estas entre múltiples Comunicaciones admisibles. (Comité CEDAW. Comunicación N.º1-2003 contra Alemania. Comité CEDAW. Comunicación N.º7-2005 contra España. Comité CEDAW. Comunicación N.º4-2004 contra Hungría, 2006. Comité CEDAW. Comunicación N.º4-2004 contra Hungría, 2006. Comité CEDAW. Comunicación N.º2-2003 contra Hungría. Comunicación N.º99-2016 contra Bulgaria. Comunicación N.º100-2016 contra Federación Rusa. Comunicación N.º88-2015 contra Timor-Leste. Comité CEDAW. Comunicación N.º103-2016 contra Finlandia. Comité CEDAW. Comunicación N.º91-2015 contra Federación Rusa. Comité CEDAW. Comunicación N.º75-2014 contra México. Comunicación N.º9-2008 contra Canadá. Comunicación N.º20-2008 contra Bulgaria. Comunicación N.º18-2008 contra Filipinas. Comunicación N.º6-2005 contra Austria. Comunicación N.º5-2005 contra Austria. Comunicación N.º2-2003 contra Hungría. Comunicación N.º32-11 contra Bulgaria. Comunicación N.º65-2014 contra Federación de Rusia. Comunicación N.º20-2008 contra la República de Moldova. Comunicación N.º23-2009 contra Belarús. Comunicación N.º28-2010 contra Turquía. Comunicación N.º17-2008 contra Brasil. Comunicación N.º35-2011 contra Dinamarca. Comunicación N.º18-2008 contra Filipinas. Comunicación N.º2-/2008 Bulgaria. Comunicación N.º65-2014 contra Federación de Rusia. Comunicación N.º45-2012 contra Kazajstán. Comunicación N.º29-10 contra Turquía.)

Además, ese Comité ha emitido “Recomendaciones Generales” y, adicionalmente tiene competencia para realizar “Investigaciones” respecto de acciones y omisiones de los Estados Partes. Para mayor claridad, inicialmente el Comité CEDAW no emitía “Comunicaciones”, sino que, analizaba los informes periódicos de los Estados, aprobaba “Recomendaciones” para orientar a los Estados sobre el cumplimiento de objetivos de la Convención, así como, aprobaba también Recomendaciones Generales para interpretar y aclarar el contenido de la CEDAW. Con el paso del tiempo fue aprobado el Protocolo Facultativo de la CEDAW y con ello fue creado el mecanismo que permite a las mujeres víctimas de violencia, interponer una “Comunicación” ante un órgano internacional una vez agotadas las vías internas salvo que la tramitación de esos recursos en el plano interno se prolongue injustificadamente o no sea probable que genere un remedio (Comunicación N.º48-2013 contra República Unida de Tanzania. Comunicación N.º58-2013 contra República de Moldova. Comunicación N.º39 contra Países Bajos. Comunicación N.º64-2014 contra Austria, Comunicación N.º32-2011 contra Bulgaria, Comunicación N.º45-2012 contra Kasajistán y Comunicación N.º126-2018 contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, entre otras.) De esta forma, el Protocolo posibilita el análisis de situaciones violatorias de derechos y con ello, generar “Observaciones” y “Recomendaciones” pertinentes. No sobra decir que, ese protocolo fue aprobado por la Asamblea General, ONU mediante resolución A/54/4 de 6 de octubre de 1999 y, en nuestro país, ese Protocolo Facultativo de la Convención para Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, corresponde a la Ley N.º8089, publicada en La Gaceta N.º147, 1º de agosto de 2001. Además, con respecto a ese instrumento, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia N.º1107-2001, 16:54 de 7 de febrero de 2001 dijo: *“Se evacua la consulta formulada en el sentido de que esta Sala no encuentra, ni en el trámite legislativo dado al proyecto de ley para la aprobación del “Protocolo Facultativo de Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer”, suscrito el 10 de diciembre de 1999, ni en las normas en él contenidas, disposiciones que contraríen los preceptos constitucionales vigentes, ni la doctrina y principios que los informan.”*

En adición a todo lo ya expuesto, es importante indicar que la CEDAW cuenta con un Comité que emite recomendaciones sobre cualquier cuestión que afecte a las mujeres y que estime que los Estados Partes deben considerar con mayor atención. En ocasiones, las recomendaciones versan sobre artículos específicos de la Convención. Entonces, lo que ha resuelto la primera instancia en este asunto es totalmente contrario a la CEDAW y las recomendaciones de su Comité. Para mayor claridad, el Comité ha aprobado las siguientes: Recomendación General N.º1. Directrices para la presentación de informes. Recomendación General N.º2. Directrices para la presentación de informes. Recomendación General N.º3. Programas de educación e información pública. Recomendación General N.º4. Reservas. Recomendación General N.º5. Medidas especiales temporales. Recomendación General N.º6. Mecanismo nacional efectivo y publicidad. Recomendación General N.º7. Recursos. Recomendación General N.º8. Artículo 8. Recomendación General N.º9. Datos estadísticos. Recomendación General N.º10. Aniversario de la adopción del CEDAW. Recomendación General N.º11. Servicios de asesoría técnica para la presentación de informes. Recomendación General N.º12. Violencia contra la mujer. Recomendación General N.º13.

Igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor. Recomendación General N.º14. Recomendación General N.º15. Mujer y SIDA. Recomendación General N.º16. Trabajadoras no remuneradas en las empresas familiares rurales y urbanas. Recomendación General N.º17. Medición y cuantificación de las actividades domésticas no remuneradas de las mujeres y su reconocimiento en el PNB. Recomendación General N.º18. Mujeres con discapacidad. Recomendación General N.º19. Violencia contra la mujer. Recomendación General N.º20. Reservas. Recomendación General N.º21. Igualdad en el matrimonio y las relaciones familiares. Recomendación General N.º22. Artículo 20 de la Convención. Recomendación General No. 23. Las mujeres en la vida política y pública. Recomendación General N.º24. Mujeres y la salud. Recomendación General N.º25. Artículo 4 párrafo 1. Medidas especiales temporarias. Recomendación General N.º26. Mujeres trabajadoras migrantes. Recomendación General N.º27. Las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos. Recomendación General N.º28. Las obligaciones básicas de los Estados Partes en virtud del artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer. Recomendación General N.º29. Sobre artículo 16. Las consecuencias económicas del matrimonio, las relaciones familiares y su disolución. Recomendación General N.º30. Sobre las mujeres en la prevención de conflictos, conflictos y situaciones post-conflicto. Recomendación General conjunta No. 31 del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer y la número 18 del Comité de los derechos del niño sobre las prácticas nocivas. Recomendación General N.º32. Sobre las dimensiones relacionadas con el género del estatuto de refugiado, el asilo, la nacionalidad y la apatridia de las mujeres. Recomendación General N.º33. Sobre el acceso de las mujeres a la justicia. Recomendación General N.º34. Sobre los derechos de las mujeres rurales. Recomendación General N.º35. Sobre la violencia de género contra la mujer, actualizando Recomendación General N.º19. Recomendación General N.º36. Sobre el derecho de las niñas y las mujeres a la educación. Recomendación General N.º37. Dimensiones de la reducción del riesgo de catástrofes relacionadas con el género en el contexto del cambio climático. Recomendación General N.º38. La trata de mujeres y niñas en el contexto de la migración mundial. Recomendación General N.º39. Mujeres y niñas indígenas. **En consecuencia, una resolución como la recurrida, expone seriamente al Estado costarricense a ser cuestionado internacionalmente por la desaplicación de la CEDAW.** Así de grave e infundado es lo resuelto. Además, la parte actora en este asunto es el ser en gestación, quien es representado por su madre y, por resultado se ha generado discriminación hacia la mujer no unida en matrimonio y hacia el ser en gestación concebido producto de una relación extramatrimonial. Según la resolución impugnada, la madre es quien debe procurar la filiación del ser en gestación y, además debe hacerlo de forma previa al establecimiento del proceso de alimentos, aunque afirme que el embarazo se produjo durante una relación de pareja que incluyó convivencia y en la que el padre del ser en gestación la inscribió ante la seguridad social. Todo esto tiene como resultado no afectar en absolutamente nada a quien es señalado por la mujer gestante como el padre del concebido no nacido, pues según la resolución impugnada, es más importante la libertad del accionado y su posibilidad de salir del país, que garantizar la salud integral del ser en gestación, así como, que el embarazo no afecte la salud integral de la mujer gestante. En otras palabras, según se

entiende de la resolución impugnada, a dicho hombre nada más le corresponde esperar pacientemente a que se determine la filiación paterna y mientras tanto, la mujer gestante debe asumir absolutamente todo lo que implique el estado de embarazo y eso incluye la presión psicológica por no tener recursos económicos para afrontarlo, así como, lidiar con cualquier complicación de su salud y la del ser en gestación. Esto es realmente serio porque por resultado se estarían generando riesgos de enfermedades o discapacidades tanto al ser en gestación como a la madre. Además, que una mujer pueda cobrar gastos de embarazo y gastos de maternidad en el futuro, no es una solución porque el embarazo está en curso. Por si no queda claro, el embarazo es ahora y ninguna mujer podría consumir alimentos o vitaminas con efecto retroactivo una vez que el ser en gestación nazca. Esto es obvio, pero es necesario decirlo.

La resolución impugnada de igual forma, parte de una premisa contraria a la Convención de los Derechos del Niño (y de la Niña), al artículo 53 y 54 de la Constitución Política y 4 del Código de Familia, en el sentido de que sí es posible en materia de alimentos, hacer diferencias entre hijos (as) de mujeres unidas en matrimonio e hijos (as) de mujeres que permanecen o mantuvieron una relación de hecho. Por el contrario, la normativa citada no permite hacer este tipo de diferencias. No conforme con todo esto, la resolución recurrida parte también de la premisa incorrecta de que el estado de familia de una mujer sí permite hacer exclusiones en el goce, ejercicio, protección, promoción y disfrute de los derechos humanos, así como que el estado de familia de una mujer permite privar del acceso a la justicia a concebidos no nacidos. En otras palabras, la resolución desconoce el artículo 1 de la CEDAW. Esa norma dice: *“A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.”* Entonces, conforme a esta norma de rango supraconstitucional, el estado de familia de la madre no puede ni debe servir de fundamento para rechazar de plano la demanda de alimentos en beneficio de quien se encuentra concebido no nacido. No obstante, la resolución impugnada resuelve precisamente de forma contraria a la CEDAW y esto, a pesar de los múltiples esfuerzos que realiza constantemente el Poder Judicial costarricense para capacitar a las personas juzgadoras sobre dicho instrumento normativo.

Adicionalmente, es importante destacar que, la definición que contempla la CEDAW es tan amplia, que incluye las “manifestaciones compuestas” de discriminación. Por ejemplo, la distinción por omisión con propósito discriminatorio que anula el ejercicio de un derecho humano o una libertad fundamental en la esfera doméstica. En este sentido, el concepto que contempla el artículo 1 de la CEDAW es dinámico, pues incluye entre otros, el derecho a la vida y a la no violencia en el espacio público y privado; derecho a la no discriminación; derecho de acceso a la justicia, lo que incluye el acceso a la justicia con perspectiva de género, derecho a administrar justicia, derecho a que se administre justicia como un servicio público, derecho a demandar justicia; derecho a la no discriminación en el ámbito público y privado; derecho al pleno desarrollo; derecho a la protección

de la maternidad como función social y no como rol; derecho a la educación, no solo en las aulas sino en todo contexto, pues hace referencia a la educación familiar y a la transformación de patrones socioculturales, derecho a la promoción y ejercicio de la paternidad responsable; derecho a la vida en familia -sentido amplio- como comunidad y no como una estructura piramidal que legitima el ejercicio del poder sobre la mujer; derecho a no ser considerada objeto comercial lo que implica la prohibición de trata de mujeres con o sin fines de explotación sexual, el embarazo forzado, el matrimonio forzado, las uniones de hecho forzadas o serviles, las relaciones impropias, la explotación sexual en cualquier modalidad, la explotación laboral, el trabajo infantil, adopción irregular, comercio de órganos, desplazamiento de mujeres, negociación o apropiación; derecho a la autodeterminación; derecho de participación, lo que incluye el derecho ser electas en cargos públicos o en organizaciones y empresas; elegir; derecho a formular políticas públicas y asociación; derecho de representar al gobierno y de formar parte de organismos internacionales; derecho a la paridad y alternabilidad en todo cargo público; derecho a la nacionalidad y que esta no sea alterada por su estado de familia o la nacionalidad de sus hijos (as). A su vez, esto implica el derecho de asentarse en un determinado territorio y que su nacionalidad no interfiera en el ejercicio de la maternidad y viceversa; derecho a la educación en sentido amplio, es decir a la salud sexual, salud reproductiva, educación técnica, educación inclusiva, deportiva, física, preescolar, básica, profesional, técnica superior, capacitación, educación complementaria, etc. Todo esto, a cualquier edad y sin distinción por condición económica, estado de familia, capacidad intelectual y/o física entre otras; derecho a la educación sin estereotipos y derecho a la educación mixta; derecho al acceso e inclusión efectiva a la educación; derecho a la permanencia en el sistema educativo y la asistencia con apoyo didáctico e informativo según las necesidades de cada mujer. Además, el derecho a que el embarazo no sea causal de exclusión educativa; derecho inalienable al trabajo y a no ser despedida por embarazo; derecho al acceso e inclusión en el empleo y su permanencia, lo que incluye el derecho a la remuneración, así como a la remuneración igual por igual trabajo; derecho a la selección de trabajo, a toda movilidad, prestaciones, formación profesional, adiestramiento, capacitación, actualización y el derecho a ejercer puestos de jefatura en mandos medios y altos; derecho a no ser discriminada en el reconocimiento, goce y ejercicio de sus derechos laborales; derecho al reconocimiento del trabajo doméstico como un trabajo; derecho a la seguridad social; derecho a la salud ocupacional; derecho a que su estado de familia sea independiente de sus derechos laborales; derecho a que, durante embarazo y período de lactancia, el trabajo sea adecuado a sus necesidades, lo que incluye también el derecho a la lactancia en espacio habilitado para ello; derecho a la atención médica incluso en el campo de la planificación familiar; la atención antes, durante y después del parto; derecho a no ser sujeta de violencia obstétrica, derecho a la nutrición y prestaciones familiares; derecho al deporte, cultura, al avance científico y tecnológico; derecho a ser sujeta de crédito sin discriminación alguna; derecho a la propiedad privada, libertad de contratación y disposición de bienes; derecho a ser jefa de hogar; derecho a la participación, elaboración y ejecución de programas de desarrollo rural y a disfrutar de los beneficios que de esos programas se deriven; derecho a la participación en toda actividad comunitaria; derecho a ser incluida en planes de reforma agraria y reasentamiento; derecho a los

servicios públicos y vivienda; derecho a elegir residencia y domicilio; derecho al reconocimiento efectivo de su capacidad de actuar y capacidad jurídica; libertad de tránsito; derecho a contraer matrimonio, a disolver el matrimonio y a formar cualquier otra unidad doméstica; derecho a contraer matrimonio según una edad mínima; derecho a los bienes que hayan sido adquiridos durante el matrimonio o cualquier otra relación de pareja; derecho a adoptar, a ser tutora y garante para la igualdad jurídica; derecho a que su estado de familia no sea objeto de negociación económica y de ninguna índole; derecho a la protección estatal con la debida diligencia, en tanto el Estado tiene el deber de garantizar la dignidad de cada mujer y su vida.

Por supuesto, otros derechos están incluidos en forma implícita como por ejemplo el derecho a la inviolabilidad de sus comunicaciones, el derecho a la seguridad social independientemente de su estado de familia, derecho a la extradición y a la no deportación; derecho a no sufrir pena de muerte en cualquier etapa de la vida; derecho al ejercicio digno de la maternidad en el ámbito carcelario; derecho a la indemnización en el ámbito público y privado ante la violación o tentativa de violación de un derecho; libertad en sus creencias religiosas y expresión; protección a sus datos personales; derecho a la educación, información, trabajo y salud en el lenguaje que; derecho a la lactancia con respecto a los niños y niñas que han sido separados de su madre en ese período; derecho a la asistencia jurídica gratuita; derecho a recibir alimentos en forma proporcional y constante según sus necesidades; derecho a no sufrir acoso sexual en el sistema carcelario, la docencia, dentro del aparato policial o bien perpetrado por el aparato policial; derecho a no sufrir acoso sexual religioso, en el sistema de salud y la administración de justicia; derecho a la seguridad social independientemente de su estado civil; derecho a la integración a la sociedad con el mayor nivel de independencia posible; la erradicación de la tortura institucional y privada; derecho a recibir información educativa por parte de los medios de comunicación; derecho a que las costumbres y autodeterminación de los pueblos, tengan como límite inquebrantable la dignidad humana y la no discriminación; derecho a la protección de su imagen en la propaganda comercial y quehacer artístico, entre otros. Ahora bien, ¿de qué forma la resolución impugnada cumple con la CEDAW?

VII. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (Y DE LA NIÑA). En refuerzo de todo lo anterior, el artículo 2.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño (y de la Niña), dice: “2. *Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.*” Entonces, concluye la suscrita que el tipo de relación de pareja por la que fue engendrado el ser en gestación no puede ser considerada para denegar el acceso a la justicia como lamentablemente ha ocurrido en este asunto. Además, la Constitución Política prohíbe toda calificación personal sobre la naturaleza de la filiación y establece que los padres tienen con sus hijas e hijos habidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones que con los (as) nacidos (as) en él. A esto se suma que la Convención sobre los Derechos del Niño (y de la Niña), en el preámbulo se refiere a la protección a nasciturus, pues establece el deber de protección hacia las personas menores de edad antes y después de su nacimiento. Luego, en el artículo 1 ese instrumento evita referirse a cuándo inicia la

vida, pues nada más indica que son menores de edad las personas que no han cumplido dieciocho años salvo que la ley interna de un Estado determine otra edad. No obstante, al estudiar los trabajos preliminares de la Convención, es claro que el tema de la concepción y los derechos de neonatos está cubierto por esa Convención pues en el artículo 24, ese instrumento expresamente contempla el derecho a la atención prenatal y postnatal apropiada. Es decir, la Convención se ocupó de regular el derecho a la salud de nasciturus. Por ello, puede decirse que la Convención empleó la regulación más neutral posible en aras de que el instrumento pudiera surgir a la vida jurídica, pero claramente es aplicable a concebidos no nacidos, pues se ocupa expresamente de su salud. En esta misma línea, el artículo 27 de esa Convención dispone: *"1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. 2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. 3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda. 4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados."* Entonces, es una obligación del Estado-Persona Juzgadora, facilitar el acceso a la justicia para materializar el derecho a los alimentos en beneficio de concebidos no nacidos, máxime que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que, en nuestro país los instrumentos formales y no formales en materia de derechos humanos tienen rango supraconstitucional y son aplicables incluso aunque no hayan sido ratificados por la Asamblea Legislativa. Se trata de un criterio reiterado en al menos las siguientes resoluciones: N.º282-90, 17:00 de 13 de marzo de 1990; N.º719-90, 16:30 de 26 de junio de 1990; N.º1147-90, 16:00 de 21 de setiembre de 1990; N.º1846-90; 14:10, 14 de diciembre de 1990; N.º709-91, 13:56 de 20 de abril de 1991; N.º3435-92, 16:20 de 11 de noviembre de 1992; N.º3550-92, 16:00 de 24 de noviembre de 1992; N.º5759-93, 14:15 de 10 de noviembre de 1993; N.º1054-94, 15:24 de 22 de febrero de 1994; N.º1058-94, 15:36 de 22 de febrero de 1994; N.º2665-94, 15:51 de 7 de junio de 1994; N.º2313-95, 16: 18 de 9 de mayo de 1995; N.º7072-95, 11:15 de 22 de diciembre de 1995; N.º1032-96, 9:03 de 1º de marzo de 1996; N.º1319-97, 14:51 de 4 de marzo de 1997; N.º3001-97, 16:18 de 30 de mayo de 1997; N.º7706-97, 12:09 de 19 de noviembre de 1997; N.º1232-98, 16:00 25 de febrero de 1998; N.º2822-98, 15:18 de 28 de abril de 1998; N.º1801-98, 9:12 de 13 de marzo de 1998; N.º3223-98, 9:00 de 15 de mayo de 1998; N.º6830-98, 15:06 de 24 de setiembre de 1998; N.º7484-00, 9:21 de 25 de agosto de 2000; N.º7498-2000, 9:35 de 25 de agosto de 2000; N.º9685-2000, 14:56 de 1º de noviembre de 2000; N.º10693-2002, 18:20 de 7 de

noviembre de 2002, N.º2771-2003, 11:40 de 4 de abril de 2003; N.º9992-2004, 14:30 de 8 de setiembre de 2004; N.º17745-2006, 14:35 de 11 de diciembre de 2006; N.º649-2007, 11:40 de 19 de enero de 2007; N.º1682-2007, 10:34 de 9 de febrero de 2007; N.º3043-2007, 14:54 de 7 de marzo de 2007; N.º4276-2007, 14:59 de 27 de marzo de 2007; N.º14183-2007, 9:53 de 24 de setiembre de 2007; N.º1682-07, 10:34 de 9 de febrero de 2007; N.º4276-07, 14:49 de 27 de marzo de 2007; N.º14183-2008, 10:03 de 24 de setiembre de 2008; N.º18902-08, 13:52 de 19 de diciembre de 2008; N.º7387-2009, 14:56 de 6 de mayo de 2009; N.º15481-2013, 11:30 de 22 de noviembre de 2013; N.º12242-19, 9:30 de 5 de julio de 2019 y N.º13821-2020, 9:15 de 22 de julio de 2020, entre otras. En consecuencia, el componente formal costarricense en materia de derechos humanos es reforzado y, sin embargo, en este caso ha sido desaplicado por la autoridad judicial de primera instancia en un grosero menoscabo del derecho de acción, del derecho a la no discriminación, del derecho a los alimentos -con todo lo que ello implica-, del derecho a la salud integral y del derecho a la no violencia, entre otros.

Todo lo anterior es determinante porque la prestación alimentaria es un derecho humano que tiene como fundamento la solidaridad, así como la responsabilidad en el cumplimiento de los deberes de familia. Es decir, no busca capitalizar, castigar ni indemnizar. Así las cosas, el reconocimiento de la prestación alimentaria como un derecho humano debe impactar no solamente la interpretación del derecho de fondo sino también la parte procesal. De nada sirve decir que la prestación alimentaria es un derecho humano si para concretarlo, las personas deben enfrentar obstáculos en algunos casos insalvables o bien, que requieren mucho tiempo y esfuerzo para ser superados. Véase que, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho: *“En primer plano, debemos señalar que la deuda alimentaria no es en sí misma una deuda civil, ya que a la misma, a pesar de ser una obligación patrimonial, le alcanzan los caracteres fundamentales propios de la materia alimentaria, diversos de las obligaciones meramente patrimoniales comunes, las cuales tienen su base en los contratos o fuentes generales de las obligaciones, en tanto la obligación de dar alimentos se deriva de los vínculos familiares que impone ya sea el matrimonio, la patria potestad o bien el parentesco, obligación dentro de la cual se encuentran incluidos todos aquellos extremos necesarios para el desarrollo integral de los menores o la subsistencia de los acreedores de alimentos. Lo anterior significa que la deuda alimentaria se sustrae de los conceptos normativos comunes, para recibir una protección especial, pues dentro de ella se encuentra inmerso el cúmulo de derechos fundamentales que tiene todo ser humano al desarrollo integral y que, en este caso, se refleja inclusive a nivel de Pactos Internacionales como el Pacto de San José, que en su artículo 7, inciso 7) desarrolla lo referente a los derechos a la libertad personal estableciendo que nadie puede ser sometido a prisión por deudas, excepto en el caso de la deuda alimentaria. Es entonces permisible en nuestra legislación establecer restricciones al ejercicio de alguno de los derechos fundamentales para el ciudadano que se encuentre dentro de las obligaciones dichas.”* Sentencia N.º6123-1993, 14:37 horas de 23 de noviembre de 1993. Criterio reiterado mediante voto N.º9675-2001, 11:24 de 26 de setiembre de 2001 y ya lo había expuesto en la resolución N.º1620-1993, 10:00 de 2 de abril de 1993). ¿De qué sirve esta definición vinculante si persisten los efectos de la resolución impugnada?

A esto se suma que el artículo 3 del Código Procesal Civil -Ley N.º7130- indica que, al interpretar una norma de orden procesal, se debe tomar en cuenta que la finalidad de aquella es dar aplicación a las normas de fondo e incluso señala que, en caso de duda, es posible acudir a los principios generales del Derecho Procesal. Como complemento, el numeral 4 de ese Código dispone que los casos no previstos en ese cuerpo legal deben ser regulados con las normas establecidas, ya sea para casos análogos o en sentido contrario; de no ser posible por esos medios, la integración se debe realizar con los principios constitucionales y los generales del Derecho Procesal. Considerando lo anterior y que la obligación alimentaria es un derecho que tiene como fundamento básico la solidaridad, en situaciones de violencia de género, es indispensable que se defina el tema alimentario porque es un factor determinante para la ruptura del ciclo de violencia y, no aportar recursos económicos en una situación como la que aquí se ventila, es un acto de violencia, de forma que, ninguna resolución judicial puede consentir, invisibilizar ni fomentar tal cosa.

VIII. PRINCIPIO FAVOR DEBILIS: El artículo 2 del Código de Familia dispone que *“la unidad de la familia, el interés de los hijos, el de los menores y la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges, han de ser los principios fundamentales para la aplicación e interpretación de este Código”*. Ese artículo contempla el principio “favor debilis” - Schötz, Gustavo J. (2.013). El favor debilis como principio general del Derecho Internacional Privado. Su particular aplicación a las relaciones de consumo transfronterizas. Universidad de Salamanca. Volúmen 1. Documento consultado el 4 de setiembre de 2024 https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/128967/EI_favor_debilis_como_principio_general_.pdf?sequence=1&isAllowed=y que forma parte del ordenamiento como principio general del Derecho según propone el autor Gustavo Schötz. Esa idea la comparte la suscrita, pues estimo que ese principio está contemplado en el artículo 9 del Código de la Niñez y la Adolescencia, artículos 2 y 7 de la Ley de Pensiones Alimentarias, así como el artículo 6 de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias e incluso, en el artículo 13 de la Ley contra la Violencia Doméstica. Otras materias contemplan principios con un contenido idéntico o similar: “indubio pro reo” en materia penal e “indubio pro operario” en el ordenamiento laboral. Así, el principio “favor debilis” tiene su razón de ser porque el ordenamiento jurídico busca la igualdad y para ello, es indispensable proteger a las personas más débiles y tener claridad de que, la vulnerabilidad puede generarse por múltiples factores como edad, condición económica, discapacidad física, psicosocial, etc. Para la comprensión de esta resolución es muy importante lo que indica el artículo 9 del Código de la Niñez y la Adolescencia: *“Artículo 9º- Aplicación preferente. En caso de duda, de hecho o de derecho, en la aplicación de este Código, se optará por la norma que resulte más favorable para la persona menor de edad según los criterios que caracterizan su interés superior.”* Debe recordarse que, este Código es del año 1998, mientras que, el Código de Familia data del año 1973 y, entró a regir en el año 1974. **Entonces, por todo lo ya expuesto, lo que corresponde en un caso como el presente es, trasladar al accionado la carga de desplazar la presunción que establece el artículo 92 del Código de Familia párrafo segundo, pues el ser en gestación y la mujer gestante permanecen en una situación de vulnerabilidad.** Al respecto, Feito afirma: *“[...]ser vulnerable implica fragilidad, una situación de amenaza o posibilidad de sufrir daño. Por tanto, implica ser susceptible de recibir o padecer algo malo o*

doloroso, como una enfermedad, y también tener la posibilidad de ser herido física o emocionalmente. La vulnerabilidad también puede entenderse como poder ser persuadido o tentado, poder ser receptor, ser traspasable, no ser invencible, no tener absoluto control de la situación, no estar en una posición de poder, o al menos tener la posibilidad de que dicho poder se vea debilitado. Es vulnerable, según el Diccionario de la Real Academia, quien puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente.” Feito, L. (2007). Vulnerabilidad. Anales del Sistema Sanitario de Navarra, 30(Supl. 3), 07-22. Consultado el 4 de setiembre de 2024 el sitio [https://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S1137-66272007000600002 &script=sci_abstract](https://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S1137-66272007000600002&script=sci_abstract) En esta línea, Estupiñan-Silva advierte: “[...]el término vulnerabilidad es siempre relativo y específico con respecto a una amenaza particular subyacente. Las ciencias aplicadas han coincidido históricamente en afirmar que solo es posible hablar de un grado de vulnerabilidad desde el punto de vista de la probabilidad de la amenaza y en función de su intensidad particular, de su frecuencia y de su duración. La relevancia de la delimitación del concepto de vulnerabilidad es de hecho ampliamente abordada en el medio científico y aunque algunos de sus componentes puedan ser interpretados de modo diferente, sus elementos estructurales resurgen sistemáticamente en la doctrina, a saber: las causas, la sensibilidad, la exposición, la amenaza y el riesgo en sí mismo.” Estupiñan-Silva, Rosmerlin (2013). La vulnerabilidad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Esbozo de una tipología. Derechos Humanos y Políticas Públicas. Documento consultado el 4 de setiembre de 2024 <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39780.pdf>

En este punto es indispensable considerar que, el principio pro persona impone la interpretación extensiva del marco normativo cuando se trata de consagrar o ampliar derechos humanos y, la interpretación restringida cuando se limitan tales derechos. Es por aplicación del principio pro persona o pro homine, que los derechos humanos se tornan exigibles de forma incondicional e inmediata y su limitación solo puede ser de carácter excepcional. (Corte Interamericana de Derechos Humanos (1986). Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta. Opinión Separada del Juez Rodolfo E. Piza Escalante, párr. 36.-). Además, para la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “el principio pro libertatis, el cual, junto con el principio pro homine, constituyen el meollo de la doctrina de los derechos humanos; según el primero, debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca y restrictivamente todo lo que limite la libertad; según el segundo, el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano.” Así lo ha expresado por ejemplo en la resolución N.º3173-93 de 14:57 de 6 de julio de 1993. Sobre el principio pro homine, pueden ser consultados también los votos constitucionales N.º3550-92 de las 16:00 horas de 24 de noviembre de 1992, N.º2588-16 de las 14:50 de veintitrés de febrero y N.º697-16 de las 14:30 de 19 de enero, ambas del año 2016 y, N.º12659-18 de las 9:20 de 7 de agosto de 2018, entre otras.

Así las cosas, no entiende la suscrita por qué colocar a una mujer embarazada en esta angustia frente a la satisfacción de necesidades mínimas del nascituro. ¿Por qué colocarla casi en una situación de mendigar justicia? No termina de comprender la suscrita por qué la dignidad de la mujer aquí gestante debe ver vulnerada por decidir plantear una acción judicial alimentaria en

beneficio del nascituro. ¿En qué condición debe encontrarse para ser considerada como persona y no como una cosa que incuba? Véase que, el negarle el derecho al acceso a la justicia la cosifica. Nótese que, por resultado, se está exigiendo que el cuerpo de la mujer brinde todo lo que tiene para la formación del ser en gestación y que la mujer, vea a ver qué hace para que se produzca el nacimiento. Esto es inaceptable y, estimo que el principio -“pro homine”- debe tener un agravante o refuerzo en caso de concebidos (as) no nacidos (as), es decir nasciturus. Además, considero que ese agravante o refuerzo deriva del Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño (y de la Niña) que dice: *“Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento [...]”*. Es a partir de esto que se extrae el principio jurídico “pro homine nasciturus” en virtud del cual, es obligatorio interpretar todas las normas -de cualquier rango- a favor de la dignidad de las personas y, si se trata de un ser en gestación, es obligatorio interpretar la normativa a su favor, es decir para procurar su salud integral, considerarlo como persona en todo lo que le sea favorable y procurar la prevención y tratamiento de enfermedades o bien, discapacidades. Además, lo que se está gestando es un ser humano y también tiene derecho a que su mamá no pierda la salud integral. De igual forma, cualquier vacío normativo, debe ser subsanado con el principio “pro homine nasciturus” que, por razones obvias, es de aplicación extensiva a la reproducción humana asistida, a la prohibición de libre despido de la mujer en estado de embarazo, a la prohibición de discriminación laboral hacia la mujer embarazada, al reconocimiento del derecho alimentario para nasciturus con independencia del estado de familia de la madre, a la prohibición del apremio corporal contra mujer embarazada, al derecho a la educación y a la salud de la adolescente madre, al derecho a la no violencia contra las mujeres, lo que incluye el derecho a la no violencia contra mujeres embarazadas, a la erradicación de la violencia obstétrica, a la prohibición de acoso laboral en general con especial gravedad en caso de acoso laboral contra mujeres embarazadas, al aumento de las penas a quienes cometan delitos contra una mujer embarazada, así como el aumento de penas por agresiones sexuales que generen un embarazo, etc. Así las cosas, es importante aclarar que los principios se distinguen de las normas jurídicas porque no determinan conductas, no restringen derechos, no imponen sanciones, no conllevan prohibiciones, no proponen una solución única para el caso concreto, no se agotan en el contenido de la norma ni tienen una estructura proposicional -supuesto de hecho y efecto jurídico- sino que, están conformados por una idea general que sirve de meta, límite, aspiración, marco de interpretación y concreción para que el ordenamiento funcione como un sistema coherente que brinde respuesta ante realidades determinadas. Los principios oscilan por el ordenamiento jurídico, pues lo articulan, es decir están en la totalidad de este y no confinados a un espacio o protagonismo reducido. -Domínguez Hidalgo, Carmen. (2005). Los principios que informan el Derecho de Familia Chileno: su formulación clásica y revisión moderna. Revista Chilena de Derecho. Documento consultado el 4 de setiembre de 2024 en el sitio <https://www.redalyc.org/pdf/1770/177021336001.pdf> Sin los principios, no se entendería cuál es el núcleo duro de una norma ni del ordenamiento y hacia dónde ir para encontrar lo que se tutela o se pretende evitar. En esta línea, los principios tienen un

marco de acción muy amplio, así como un campo de influencia ante situaciones concretas. Por ello, hay principios procesales y sustanciales. Los primeros, orientan el cómo se materializa el derecho de fondo y los segundos, versan sobre cuál es el derecho de fondo que está en juego. También es importante decir que existen principios expresos e implícitos. Los primeros, *‘son aquellos que han sido expresamente dictados por una fuente de producción jurídica y aparecen, en consecuencia, recogidos en un texto normativo, en tanto que los principios implícitos son deducidos por el aplicador del derecho a partir de disposiciones expresas del ordenamiento jurídico -si bien, como veremos, para un sector de la doctrina han de entenderse como conclusiones extraídas del derecho natural’*. - Ruiz Ruiz, Ramón. (2012). La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho. Derecho y realidad. Número 20. Página 149. Documento consultado el 4 de setiembre de 2024 en https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/view/4860/3952

También es oportuno indicar que para que un principio sea aplicable, requiere su positivización, es decir debe completar el proceso de juridificación y estar contemplado en el ordenamiento, ya sea de forma concreta o general. Caso contrario, sería entonces un principio ético, pero no jurídico. Ahora bien, tal como señala el autor Alonso Vidal, cuando se aplican principios implícitos para la solución de un caso particular, la persona juzgadora debe argumentar para demostrar la existencia de dos condiciones para su aplicación: *“a) Subsidiariedad, esto es, que no exista norma identificable autoritativamente aplicable el caso, o bien que la norma identificable autoritativamente debe ser interpretada de forma diferente o incluso ser inaplicada por la concurrencia del principio implícito en cuestión. b) Coherencia, esto es, que el contenido del principio implícito sea coherente con las reglas y principios explícitos del sistema”*. -Alonso Vidal, Horacio-José. (2012). Los principios implícitos. Su relevancia en la aplicación del derecho. Página 165 y 166. Documento consultado el 4 de setiembre de 2024 en el sitio https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/47431/1/Doxa_35_07.pdf (https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/47431/1/Doxa_35_07.pdf) En consecuencia, la aplicación de un principio expreso es mucho más simple que la aplicación de un principio implícito. Por supuesto, ambos tipos de principios se emplean para interpretar las normas jurídicas que no son claras o para llenar un vacío normativo. Es decir, no se emplean para contradecir el contenido de una norma, pues un principio busca particularmente la coherencia del ordenamiento jurídico. Todo lo anterior con la observación de que, si el contenido de una norma es contrario a un principio general del Derecho, lo que corresponde es aplicar el principio puesto que la meta es que el ordenamiento funcione como un sistema coherente, de ahí la necesidad de erradicar las contradicciones. En la práctica, es común la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma por violentar el principio de igualdad, proporcionalidad, razonabilidad, no discriminación, inviolabilidad de la defensa, interés superior de la persona menor de edad, etc. Por ello, las normas deben ser excluidas del ordenamiento jurídico cuando entran en colisión con un principio general o bien, con uno específico. Además, ante colisión de principios, uno de ellos tendrá una proyección cuantitativa, en tanto resulta aplicable a una situación específica y, por ello, si otros principios deben ceder frente al contenido de un principio concreto, se trata de una proyección cualitativa. Es decir, un principio tiene mayor peso en un caso determinado frente a otros principios. En cambio, en el caso de normas, si existe colisión, la prevalencia se resuelve acudiendo al orden jerárquico, al criterio de temporalidad, al de

especialidad, etc. Entonces, el Derecho está nutrido de principios generales y, cada especialidad, tiene sus propios principios e incluso, dentro de cada área, un específico tema se rige por puntuales principios. Así, los principios cumplen función prescriptiva en tanto orientan el sentido de cada norma y del ordenamiento en general; función pro derecho de fondo o sustancialista; función sistematizadora del ordenamiento; limitadora del campo de acción de los poderes públicos; informadora y orientadora del ordenamiento como un todo; garantista respecto de derechos adquiridos, situaciones jurídicas consolidadas, mínimo de derechos, estándares de eficacia, eficiencia y efectividad del ordenamiento; función integradora para dar coherencia y cohesión al ordenamiento para que opere como sistema; función interpretativa, para dar contenido al sentido-deber de completud al que debe inspirar el Derecho. **En este caso, la resolución impugnada ha violentado normativa expresa y el principio pro homine, así como el principio pro homine nasciturus ya expuesto.**

IX.PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD: Además de todo lo ya señalado, la resolución impugnada ignora la presunción de paternidad establecida en el artículo 92 del Código de Familia párrafo segundo que dice: *“Artículo 92.-La calidad de padre o madre se puede establecer mediante la posesión notoria de estado del hijo por parte del presunto padre o madre, o por cualquier otro medio de prueba./ Se presume la paternidad del hombre que, durante el periodo de la concepción, haya convivido, en unión de hecho, de conformidad con lo indicado en el Título VII de este Código.”* (El párrafo segundo de este artículo, fue adicionado mediante Ley N.º7532 de 8 de agosto de 1995, publicada en La Gaceta N.º162 de 28 de agosto de 1995). La primera instancia ha decidido desaplicar la citada presunción en una evidente protección hacia el hombre demandado. Con respecto la presunción dicha, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la resolución N.º7515-1994, 15:27 de 21 de diciembre de 1994 dijo: *“QUINTO. En cuanto a la propuesta adición al artículo 92 del Código de Familia. La cláusula de igualdad, unida a la prohibición de “toda calificación personal sobre la naturaleza de la filiación” (artículo 54 de la Constitución) dan lugar, como regla general, a la igualdad de trato de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, de forma que serían las excepciones o limitaciones a ese principio las que deberían justificarse para ser conformes a la Constitución Política. En otros términos, lo que está en juego es el derecho fundamental de los hijos no matrimoniales a no sufrir discriminación. La presunción del legislador que examinamos no resuelve un conflicto entre la vida matrimonial y la relación de hecho, sino entre hijos nacidos dentro e hijos nacidos fuera del matrimonio, cuestión resuelta en pro de la igualdad por el artículo 54 constitucional combinado con el 33. Por último, no es argumento de derecho constitucional sostener que de la unión de hecho no podrían derivarse presunciones legales, como si en esta materia el legislador no pudiera establecer presunciones, por lo demás razonables: la convivencia , que habrá de probarse, da lugar a que el legislador presuma iuris tantum la paternidad del hombre que hubiera convivido con la mujer durante el periodo de concepción, presunción coherente, por lo demás, con la protección constitucional del niño (artículo 51 de la Constitución Política). POR TANTO: A) Se evacúa la consulta en el sentido de que la Comisión Legislativa Plena tercera debe examinar de nuevo en segundo debate el proyecto de marras. B) Se reitera el criterio de la Sala contrario a extender los efectos patrimoniales de la unión*

de hecho cuando uno de los convivientes esté impedido para contraer matrimonio por existir vínculo anterior. C) En cuanto a la adición al artículo 92 del Código de Familia, no contiene disposiciones inconstitucionales. Este pronunciamiento es vinculante en cuanto al rubro "A", por ser relativo al trámite legislativo del proyecto." Ahora bien, es posible que la resolución impugnada parta de que sí es posible dar curso a la demanda en esos casos en virtud de la presunción de paternidad que deriva del matrimonio conforme al artículo 69 del Código de Familia. Digo que es posible, pues en realidad la resolución no lo desarrolla. No obstante, dicho Código también establece una presunción de paternidad en las relaciones de pareja no matrimoniales, sea el artículo 92 párrafo segundo del Código de Familia. Sobra decir que, esa presunción está en el Código de Familia por reforma introducida mediante Ley N.º7532 de 8 de agosto de 1995, es decir desde hace **veintinueve años**. ¿Por qué la autoridad judicial decide no aplicar la presunción de paternidad que establece el artículo 92 del Código de Familia? Digo que decide no aplicar esta última norma, pues es imposible si quiera pensar que se trata de una norma desconocida. En todo caso, desatender una norma como la indicada y la realidad nacional, amerita un fallo como el presente por el enorme impacto que tendrá en el ser en gestación en este proceso, en su madre, indirectamente en el hijo mayor de dicha mujer -un niño de corta edad diagnosticado con autismo y déficit atencional- y eventualmente en otros casos similares. Además, con este fallo se pretende materializar una norma que, al parecer, debe luchar contra el desuso androcéntrico y adultocentrista. La extensión de este fallo es proporcional al prejuicio, la visión androcéntrica y adultocentrista que sostiene la resolución impugnada.

Es claro que el Código de Familia regula presunciones de filiación en los artículos 69 y 92, pero ambas presunciones se diferencian en su practicidad. En el primer caso, como el matrimonio se inscribe -artículo 31 del Código de Familia y 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y el Registro Civil- en el Registro Civil, es claro que es muy fácil aplicar la presunción establecida en el artículo 69 de ese Código, ya que depende de un hecho objetivo: matrimonio efectuado que es puesto en conocimiento del Registro Civil. En el segundo caso, la situación cambia porque no existe en nuestro país un registro de uniones de hecho en curso o finalizadas. **Entonces, es ahí donde el derecho procesal debe ser empleado no para obstaculizar el derecho de acción sino como una herramienta para materializar el derecho de fondo.** Véase que, en este caso indica **la mujer gestante, que el demandado la ha asegurado ante la Caja Costarricense de Seguro Social.** En este sentido, son muchos los pronunciamientos que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha emitido sobre el aseguramiento entre personas convivientes. Por ejemplo, N.º8000-2016, 11:52 de 10 de junio de 2016; N.º8689-2019, 9:30 de 17 de mayo de 2019; N.º12758-2019, 9:30 de 12 de julio de 2019; N.º18017-2019, 9:30 de 20 de setiembre de 2019; N.º20038-2019, 9:45 de 15 de octubre de 2019; 20666-2019, 9:30 de 29 de octubre de 2019; N.º4560-2020, 9:30 de 6 de marzo de 2020, N.º8475-2020, 9:20 de 8 de mayo de 2020, N.º12423-2020, 9:15 de 3 de julio de 2020 y N.º12842-2020, 9:15 de 10 de julio de 2020. Es decir, hasta en temas de aseguramiento entre parejas no casadas el componente formal ha avanzado mucho gracias al aporte invaluable de la jurisprudencia vinculante. Nótese que la jurisprudencia constitucional ha flexibilizado los requisitos de la unión de hecho en temas de seguridad social. Resalto que se trata incluso de una flexibilización de requisitos que impacta fondos públicos.

A esto se suma que incluso en el caso de la presunción de paternidad a la que se refiere el artículo 69 del Código de Familia, la propia norma es flexible con el fin de ampliar las posibilidades de su aplicación y, no hay razón alguna para no hacer lo mismo en el caso de concebidos no nacidos donde no media matrimonio. Como complemento, desde hace varios años también la Sala Constitucional determinó que no siempre las uniones de hecho deben ser reconocidas únicamente en la Jurisdicción de Familia. Al respecto dijo en la resolución N°5266-03 de 14:44 de 18 de junio de 2003: *“V...En todo caso, debe tenerse en cuenta, que si se solicitare el reconocimiento de la relación de hecho como un incidente -en otra jurisdicción, y obviamente, mediante otro proceso-, éste debe ser resuelto por el propio juez o tribunal que conoce de la sucesión, en virtud de lo dispuesto en el inciso 2) del artículo 900 del Código Procesal Civil, que expresamente establece que en el sucesorio se deben resolver los procesos abreviados relacionados con la sucesión. Por último, en concordancia con lo anterior, debe considerarse que el propio artículo 243 del Código de Familia no establece que sea en la jurisdicción de familia que se deba realizar este reconocimiento, simplemente indica que ese reconocimiento se debe hacer "ante los tribunales de justicia"; por lo que una interpretación literal e integral de la norma permite hacer las anteriores consideraciones.”* Entonces, no se trata de un reconocimiento de unión de hecho sino de **trasladar al accionado la carga de probar que no existió una relación de convivencia durante la época probable de la concepción y, en consecuencia, es a él a quien corresponde demostrar que la presunción contemplada en el párrafo segundo del artículo 92 del Código de Familia no es aplicable.** Véase que, cuando la unión de hecho fue incorporada al ordenamiento jurídico mediante Ley N.°7532 de 8 de agosto de 1995, se incorporó tanto la unión de hecho regular como la irregular y, si bien la irregular fue declarada inconstitucional mediante resolución N.°3558-99 de las 16:48 minutos del 25 de mayo de 1999, obviamente el estado de familia del presunto padre no sería obstáculo para aplicar la presunción del artículo 92 párrafo segundo del Código de Familia, pues corresponde hacer una interpretación favorable al ser en gestación, a la no discriminación y al derecho a la no violencia, así como al acceso a la justicia. Esto con la observación de que, según la mujer gestante, el accionado es soltero.

No está de más recordar que, hace muchos años el artículo 16 inciso 2) del Código de Familia decía: *“Artículo 16.- Es prohibido el matrimonio: (...) 2) De la mujer antes de que transcurran trescientos días contados desde la disolución o declaratoria de nulidad de su anterior matrimonio, a menos que haya habido parto antes de cumplirse ese término o se pruebe mediante dictámenes de dos peritos médicos oficiales que no existe embarazo.”* Esa norma buscaba proteger al varón contrayente en caso de conflictos de paternidad y, al respecto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución N.°2129-2008, 10:30 de 14 de febrero de 2008 dispuso: *“IV.- Es claro que la norma establece una IV condición a la mujer que no exige al hombre cuando se trata de formar un nuevo vínculo matrimonial. Para poder establecer si esa diferencia de trato es o no legítima, es necesario -según lo ha establecido la jurisprudencia de esta Sala-, determinar si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable y además la existencia de esa justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada debiendo darse una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida (ver al*

respecto la sentencia número 6685-96). Dicho de otro modo, es legítimo que el legislador restrinja un derecho, pero debe hacerlo en forma tal que la norma jurídica se adecue en todos sus elementos, como el motivo y el fin que persigue, con el sentido objetivo de la Constitución. Quiere ello decir que debe existir una proporcionalidad entre la norma jurídica adoptada y el fin que persigue, referida a la imperiosa necesidad que la ley satisfaga el interés público tutelado por la norma suprema (ver sentencia número 832-09). En el caso en estudio existen varios bienes jurídicos constitucionales en juego, el derecho a la libertad, tutelado en el artículo 28, según el cual las personas son libres de hacer, todo aquello que no esté prohibido en la ley, y aún ésta no puede afectar irrazonablemente derechos fundamentales, es decir -como se indicó- sin una justificación objetiva y razonable que justifique la restricción; el derecho a la igualdad en cuanto se impone a la mujer una condición que no se exige al hombre, y -en criterio de la Procuraduría-, el derecho de toda persona a saber quienes son sus padres. En ese sentido, la medida impugnada se justificaría en aras de proteger el citado derecho. No obstante, estima la Sala que ese dilema no existe, es decir el de restringir la libertad y la igualdad para proteger el derecho de toda persona a conocer su filiación, porque tal y como indica la recurrente, actualmente resulta innecesaria a la luz de disposiciones legales reguladas en el mismo cuerpo normativo, que permiten resolver los conflictos de paternidad surgidos, tales como el reconocimiento de hijo de mujer casada, la declaratoria de hijo extramatrimonial o la impugnación de paternidad. En vista de que tanto la legislación como la tecnología actual, permiten inequívocamente y con efectos retroactivos, establecer con absoluta certeza la paternidad de un menor, el requisito que impone la norma a la mujer, resulta innecesario y por lo tanto carente de razonabilidad. V.- En la audiencia oral o vista celebrada en esta acción, la Procuraduría hace referencia a que la norma impugnada no impide a la mujer casarse, porque el propio artículo 17 del Código de Familia, establece la posibilidad de que el matrimonio celebrado a pesar de las prohibiciones del artículo 16 tenga validez, y que en ese sentido la norma -por sí misma-, no afecta el derecho fundamental de la mujer a contraer matrimonio. Señala que es el artículo 28.4 el que impide a la notaria o funcionario autorizado, a realizar el acto, si antes no ha exigido certificación de la fecha de la disolución del anterior matrimonio, o la prueba prevista en el inciso 2 del artículo 16, referida a los dictámenes de dos peritos médicos oficiales que no existe embarazo. Como se indicó en el considerando anterior, estima la Sala que si la finalidad de establecer el requisito que se impugna es proteger el derecho del menor a saber quienes son sus padres, y este fin queda satisfecho en la actualidad en forma inequívoca con otras figuras jurídicas, el requisito efectivamente se vuelve irrazonable, no sólo como se indicó, por ser innecesario, sino porque impone una condición que por extrema, se convierte en una barrera para el matrimonio de la mujer, como es el tener que conseguir, no uno sino dos dictámenes, no de un médico oficial sino de dos, lo que es en nuestro medio una condición de difícil acceso para cualquier persona promedio. Cabe agregar que si bien es cierto el Código de Familia establece tanto un sistema de presunciones como uno demostrativo, para proteger el derecho a la filiación de los menores en resguardo de su interés superior y del artículo 53 Constitucional, basta con que el ordenamiento interno garantice el derecho del menor a saber quienes son sus padres, para que el ordenamiento cumpla con el fin constitucional. En ese sentido alcanza para los efectos de esta acción, con que a posteriori y en

forma retroactiva se puedan dar efectos a la filiación a través de los mecanismos demostrativos que establece el propio Código de Familia. No se afecta el sistema de prevenciones, ni este pierde su logicidad frente a otras situaciones, simplemente que estima la Sala que exigir los requisitos mencionados como condición para celebrar el matrimonio de una mujer en las condiciones señaladas, resultan innecesarios e irrazonables, pues aunque el matrimonio celebrado en esas condiciones llegara a tener validez, en vista de la relación de la norma con el artículo 28.4 del Código de Familia citado, ningún funcionario autorizado querrá razonablemente, exponerse a una sanción o a consecuencias, por realizar un matrimonio sin los requisitos establecidos en la norma impugnada (16.2). En la práctica, la norma sí tiene la posibilidad de fungir como una barrera para la celebración del matrimonio de la mujer en las condiciones señaladas en la norma impugnada. VI.- Es importante resaltar que según el principio de libertad contenido en el artículo 28 de la Constitución, toda persona es libre de hacer todo aquello que no esté prohibido y además: (...) "Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley...". Es decir que por un lado establece en su párrafo primero el llamado principio de libertad, según el cual la persona puede hacer todo lo que la ley no le prohíba, sino que tiene también contiene la garantía de que ni siquiera la ley podrá invadir su esfera intangible de libertad y, por ello, de autonomía e intimidad, fuera de los supuestos previstos taxativamente por la propia Constitución, supuestos excepcionales y, por ende, de interpretación restrictiva, entre los que está la restricción del derecho, sólo frente a una imperiosa necesidad, y en la medida menos lesiva para el derecho afectado (ver sentencia número 3550-92). Es evidente, que la condición impuesta en la norma, ya no tiene la característica de ser una "imperiosa necesidad", para tutelar un interés público, porque como ya se indicó, el bien jurídico tutelado, es decir el derecho de toda persona a conocer quienes son sus padres, está plenamente tutelado con la legislación y tecnología actual, haciendo que la medida pierda su razón de ser, para convertirse en una condición odiosa, sin duda lesiva de la libertad y de la igualdad que tutela la Constitución, y del derecho de toda persona a contraer matrimonio (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 23.2; Convención Americana de Derechos Humanos artículo 17.2; Declaración Universal de Derechos Humanos artículo 16.1; Constitución Política artículo 52). En consecuencia, procede declarar con lugar la acción anular el artículo 16 inciso 2) del Código de Familia, que señala: "Es prohibido el matrimonio: [...]2) De la mujer antes de que transcurran trescientos días contados desde la disolución o declaratoria de nulidad de su anterior matrimonio, a menos que haya habido parto antes de cumplirse ese término o se pruebe mediante dictámenes de dos peritos médicos oficiales que no existe embarazo [...]". VII. Conexidad. La Ley de la Jurisdicción Constitucional establece en su artículo 89 que la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma de ley o disposición general, declarará también la de los demás preceptos de ella, o de cualquier otra ley o disposición, cuya anulación resulte evidentemente necesaria por conexión o consecuencia. En vista de que la frase "y la prueba prevista en el inciso 2) del artículo 16", contenida en el artículo 28.4 del Código de Familia, evidentemente guarda relación con el tema y el proceso base de esta acción -por ser la base de la sanción a la recurrente-, se declara asimismo su inconstitucionalidad. La Magistrada Calzada y el Magistrado Cruz dan además razones separadas. El Magistrado Sosto López salva el

voto y declara sin lugar la acción y hace interpretación conforme del artículo 16 inciso 2) del Código de Familia. POR TANTO: Se declara, por mayoría, con lugar la acción. En consecuencia se anulan los artículos 16 inciso 2) en cuanto señala: 2) De la mujer antes de que transcurran trescientos días contados desde la disolución o declaratoria de nulidad de su anterior matrimonio, a menos que haya habido parto antes de cumplirse ese término o se pruebe mediante dictámenes de dos peritos médicos oficiales que no existe embarazo [...]. y del 28 inciso 4) la frase "y la prueba prevista en el inciso 2) del artículo 16," ambos del Código de Familia. Esta sentencia tiene efectos declarativos y retroactivos a la fecha de vigencia de las normas anuladas, sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe, situaciones jurídicas consolidadas y sentencias pasadas con autoridad de cosa juzgada material. Comuníquese este pronunciamiento a los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Reséñese en el Diario Oficial La Gaceta y publíquese íntegramente en el Boletín Judicial. Notifíquese." Véase cómo la Sala Constitucional dejó claro que, existen mecanismos para solventar cualquier duda sobre paternidad. ¿Por qué no hacer uso de la prueba de ADN en caso de que el accionado en este asunto refute la paternidad?

Así las cosas, la resolución impugnada supone que el accionado negará la paternidad que se le atribuye. ¿Con fundamento en qué asume esto la primera instancia? Parece que hay un estereotipo que subyace, en el sentido de que, cuando no media matrimonio con la mujer gestante, todo hombre señalado como padre negará la paternidad y, eso es absolutamente falso. Es decir, abundan los ejemplos de hombres que reconocen el vientre, ejercen posesión notaria de estado y, aceptan su paternidad. No tiene la suscrita ningún elemento para asumir que el accionado en este caso no procederá así al verse llamado judicialmente a ser responsable respecto del ser en gestación. De esta forma, solamente dando al supuesto padre la oportunidad de manifestarse y, refutar incluso lo dispuesto en el párrafo segundo de artículo 92 del Código de Familia, es posible garantizar el acceso a la justicia sin desaplicar el artículo 168 del Código de Familia en cuando dispone que la pensión provisional podrá ser fijada "comprobado el parentesco", norma que existe - antes en el artículo 155- en el Código de Familia desde que fue promulgado (1973), pero para entonces no existía el robusto marco normativo ordinario, constitucional y supraconstitucional al que me he referido. En este contexto, esa norma debe ser entendida en un sentido amplio y en armonía con toda la normativa ya analizada. Además, el artículo 414 del Código Procesal Civil Ley N.º 7130 dice: "*Toda presunción legal exime a la parte que la alegue, de la obligación de probar el hecho reputado cierto en virtud de tal presunción. / Sin embargo, quien invoque una presunción legal deberá probar la existencia de los hechos que le sirven de base.*" En este caso, de la integralidad del escrito de demanda -principio pro actione-, se desprende este alegato y, corresponde entonces a la representante legal del ser en gestación, demostrar el estado de embarazo y al accionado, desvirtuar lo que dispone el artículo 92 párrafo segundo del Código de Familia. Además, como la presunción dicha es de carácter relativo -pues no anula ciertos actos ni acuerda una excepción perentoria si en ambos casos la ley no ha reservado expresamente la prueba en contrario-, si el accionado decide combatirla, deberá él accionar conforme dispone el artículo 416 del citado Código Procesal, pues esa norma dispone: "*Fuera de las presunciones absolutas, las demás podrán ser combatidas por la prueba en contrario, para lo cual son admisibles todos los medios legales, salvo lo*

establecido por ley en ciertos casos sobre el tiempo y modo de acatarlas." En otras palabras, respecto de la presunción relativa de paternidad que regula el artículo 92 párrafo segundo del Código de Familia, corresponde a la madre probar el embarazo y al accionado, demostrar que no es aplicable la presunción dicha. Es decir, no corresponde a la autoridad judicial combatir esa presunción y menos, desaplicarla.

Sumado a esto, se tiene que, en temas patrimoniales, por ejemplo, es perfectamente posible que una pareja que apenas está iniciando una relación de convivencia, constituya afectación al patrimonio familiar o bien, otorgue capitulaciones matrimoniales. Recordemos que, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia mediante resolución N.º13920-23, 14:21 de 9 de junio de 2023 reconoció el derecho de las parejas a suscribir y registrar capitulaciones matrimoniales para las uniones de hecho, incluyendo a parejas del mismo sexo. Es decir, para afectar al patrimonio familiar cuando no media matrimonio o para otorgar capitulaciones, no es necesario esperar a que transcurran más de dos años de convivencia. Además, la afectación entre convivientes surgió a la vida jurídica por medio de la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer Ley N.º7142 de 1990 y no con la Ley N.º7532 de 8 de agosto de 1995 que incorpora el Capítulo Único al Título VII del Código de Familia sobre la Unión de Hecho. ¿Por qué si en lo patrimonial no se exige el transcurso de los dos años de una unión de hecho, no se aplica con la misma fluidez la presunción contemplada en el párrafo segundo del artículo 92 del Código de Familia?

En esta línea, resulta oportuno indicar también que según lo ha explicado la Sala Constitucional: *"El control de convencionalidad es una construcción pretoriana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuyo propósito fundamental es lograr la "supremacía convencional" en todos los ordenamientos jurídicos nacionales o locales del denominado "parámetro de convencionalidad", conformado por las declaraciones y convenciones en la materia del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, las sentencias vertidas por esa Corte regional y sus opiniones consultivas. Constituye una revolución jurídica en cuanto le impone a los jueces y Tribunales nacionales, en especial, a los Constitucionales, la obligación de consolidar el "Estado convencional de Derecho", anulando y expulsando del sistema jurídico nacional respectivo toda norma que confronte, irremediamente, el "bloque de convencionalidad" (v. JINESTA LOBO, Ernesto, "Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales" en el Control difuso de convencionalidad -coord. E. Ferrer Mac-Gregor- México, Fundap, 2012 y JINESTA LOBO, Ernesto, "La construcción de un Derecho Administrativo Común Interamericano" en Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo, Año 11, No. 11, 2011). Básicamente, el control de convencionalidad es concebido y diseñado a partir de dos sentencias señeras de la Corte Interamericana que son Almonacid Arellano y otros c/. Chile de 26 de septiembre de 2006 –reiterada en otras posteriores- y Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c/. Perú de 24 de noviembre de 2006 –también reiterada en otras ulteriores-. En la primera (Almonacid Arellano y otros c/. Chile), se estimó (considerando 124) lo siguiente: "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado*

internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. En la segunda (Trabajadores cesados del Congreso c/. Perú), se puntualizó (considerando 128) lo siguiente: “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones.” Finalmente, en el caso “Cabrera Garcia y Montiel Flores c/. México” de 26 de noviembre de 2010, la Corte Interamericana de Derechos Humanos efectuó algunas ampliaciones o precisiones en cuanto a los órganos internos encargados de ejercer el control de convencionalidad, al indicar que debe ser ejercido por “225. (...) todos sus órganos –del Estado-, incluidos sus jueces (...) Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (...) los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia (...)”. Esta posición fue ratificada por la Corte Interamericana en la sentencia del caso “Gelman c/. Uruguay” de 24 de febrero de 2011. De esta doctrina, cabe resaltar dos cuestiones relevantes, que son las siguientes:

a) El control de convencionalidad debe ser ejercido, incluso, de oficio, aunque las partes intervinientes no lo hayan instado o requerido y b) al ejercer el control de convencionalidad, los jueces y Tribunales Constitucionales, gozan del “margen de apreciación nacional”, por cuanto, como se indicó en el caso Trabajadores cesados del Congreso c/. Perú de 2006, el control de convencionalidad debe ser ejercido “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes”, circunstancia que obliga a considerar de manera sistemática el ordenamiento jurídico, sea como un todo que tiene plenitud hermética, para poder concluir si una norma nacional infringe o no el parámetro de convencionalidad; consecuentemente, no pueden hacerse análisis aislados como si el ordenamiento jurídico estuviere constituido por compartimentos estancos o segmentados. Cabe destacar que el margen de apreciación nacional es un concepto jurídico indeterminado que permite la convergencia y armonización del derecho nacional y del interamericano, estableciendo un umbral de convergencia que permite superar la relatividad de las tradiciones jurídicas nacionales”. Véase, entre otros, las sentencias constitucionales N.º4491 de las 16 horas del 3 de abril de 2013 y N.º15737 de las 10 horas 20

minutos del 9 de octubre de 2015. Cito esto porque en este caso, ni siquiera se trata de realizar un control de convencionalidad sino simplemente, **materializar lo previsto en el párrafo segundo del artículo 92 del Código de Familia, que respecto del artículo 168 del Código de Familia es una norma posterior y especial en materia filiatoria en uniones de hecho.** Además, con **posterioridad a la reforma del artículo 92 citado sigue la promulgación del Código de la Niñez y la Adolescencia.** Así se simple y amplio a la vez. Además, si el artículo 1400 de nuestro Código Civil -del siglo antepasado- permite la donación a favor de una persona concebida, es absurdo que se le repunte nacida para beneficiarla patrimonialmente y no para reconocer el derecho a los alimentos, que no es un derecho de orden patrimonial como ya se explicó y que, no recibir alimentos podría generarle enfermedades, discapacidades o incluso, nacimiento prematuro o bien, la muerte, así como, ello afecta la salud integral de la mujer gestante. Esa norma del Código Civil dice: *“Para recibir por donación es preciso estar, por lo menos, concebido al tiempo de redactarse la escritura de donación; pero quedará pendiente el derecho del donatario de que se cumpla lo dispuesto en el artículo 13”.*

Por último y no menos importante, la resolución impugnada también desconoce las múltiples políticas institucionales sobre acceso a la justicia respecto de las poblaciones en condición de vulnerabilidad como por ejemplo, las Reglas de Brasilia adoptadas por Corte Plena en Sesión N.º17-2008, de 26 de mayo del año 2008, artículo II y modificadas según Circular N.º173-2019 mediante acuerdo de Corte Plena, sesión N.º36-2019 de 26 de agosto de 2019, artículo XXIV; la adoptada por Corte Plena, Sesión N.º34-10, Artículo XVII y denominada “Política Judicial dirigida al Mejoramiento del Acceso a la Justicia de las Niñas, Niños y Adolescentes en Costa Rica, así como la adoptada también por Corte Plena en Sesión N.º34-05, artículo XIV, denominada “Declaración de la Política de Equidad de Género. “Equidad de género: una política, un compromiso, una práctica.” Estas políticas son esfuerzos jurídicamente relevantes para garantizar el acceso a la justicia y deben ser aplicadas conforme el artículo 122 de la Ley General de la Administración Pública.

De esta forma, la primera instancia se ha aferrado a que el artículo 168 del Código de Familia establece que el parentesco debe estar comprobado para fijar alimentos provisionales, pero cabe recordar que, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha dicho de forma reiterada: *“V.-Considera esta Sala que, para interpretar una norma, es de vital importancia la función creadora del juez para determinar el sentido y alcance de las leyes. En consecuencia el juez no debe analizar únicamente el sentido gramatical o las palabras de que se ha servido el legislador para dar contenido a la norma, sino las relaciones que unen todas las partes del articulado sobre el punto de que se trata, la situación jurídica existente a la época en que se dictó la ley objeto de la interpretación y, por último, posesionarse de la acción ejercida por dicha ley en el orden general del derecho y el lugar que en este orden ocupa. Función creadora que, en el caso que nos ocupa, debe de concluir con adaptar la norma a la práctica y a la realidad para que se cumpla con los fines que se propuso el legislador, en cuanto sirven para definir o resolver una cuestión entre dos o más personas.”* N.º6093-1994, 9:12 de 18 de octubre de 1994; N.º1392-00, 18:48 de 9 de febrero de 2000; N.º11577-2002, 15:20 de 10 de diciembre de 2002; N.º1943-03, 15:09 de 11 de marzo, N.

°9219-2003, 10:55 de 29 de agosto, 15392-2003, 15:58 de 19 de diciembre, todos del año 2003; N.°2602-2004, 10:41 de 12 de marzo de 2004; N.°17568-10, 14:42 de 20 de octubre de 2010; N.°13623-2013, 14:30 de 11 de diciembre; N.°15296-2013, 14:30 de 20 de noviembre, ambas de 2013; N.°1543-14, 14:30 de 5 de febrero de 2014; N.°1706-23, 9:30 de 25 de enero de 2023. Además, también dicho Tribunal en la resolución N.°2786-2000, 15:45 de 28 de marzo de 2000 dispuso: *“Se recuerda que los jueces se constituyen en instrumentos procesales para la efectiva resolución de los conflictos, pero de manera tal, que son garantes no sólo de la legalidad, sino, sobre todo, de los derechos fundamentales, y en ese sentido, deben tener una participación activa en el proceso, que tienda a ese respeto; como lo ha considerado con anterioridad este Tribunal respecto de los jueces penales, pero que tiene plena aplicación en todas las ramas del derecho y en todas las jurisdicciones: La defensa de la Constitución, y por ende de nuestro sistema democrático, depende en gran medida de los jueces, quienes tienen un papel activo en esta tarea, al ser los llamados a interpretar y hacer valer las normas y principios constitucionales y en consecuencia las leyes; al constituirse en garantes de los derechos de las personas, el cual es, además –como se verá más adelante-, uno de los objetivos primordiales de la nueva legislación procesal penal: la de devolverle al juez su función de garante de los valores que protege la Constitución, dotándole de la objetividad necesaria para que actúe como un contralor de derecho y no cómo un acusador imperfecto, resolución N.°6470-1999, 14:36 de 18 de agosto de 1999.”*

Así las cosas, como la resolución recurrida desatiende seriamente el ordenamiento jurídico vigente, mantener sus efectos podría generar que el Estado costarricense se vea cuestionado ante el Comité de la CEDAW e incluso, ante el Comité de los Derechos del Niño (y de la Niña), pues recordemos que esta última Convención cuenta con tres protocolos: Ley N.°8172, Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño (y de la Niña) relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía, publicado en La Gaceta N.°29, 11 de febrero de 2002; Ley N.°8247, Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño (y de la Niña) Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados, publicado en La Gaceta N.°103, 30 de mayo de 2002 y, Ley N.°9170, Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño (y de la Niña) relativo a un procedimiento de comunicaciones, publicado en La Gaceta N.°231 de 29 de noviembre de 2013. Entonces, por medio de este último Protocolo también sería posible que nuestro país se vea expuesto por incumplir con la citada Convención con respecto a nascituros. No descarta la suscrita que, alguien podría trivializar esto y decir que no ocurrirá, pero recordemos que, la aquí actora litiga con la defensa pública y ese servicio judicial de acceso a la justicia es especializado y está perfectamente capacitado para accionar internacionalmente en defensa de los derechos del nascituro. Igual es posible que esto ocurra de la mano de cualquier persona profesional en Derecho que conozca a profundidad la materia y decida combatir la desaplicación de toda la normativa dicha.

En consecuencia, **lo que corresponde es trasladar al accionado la carga de refutar la presunción que establece el artículo 92 del Código de Familia párrafo segundo y por ello se resuelve: ---a) Se revoca la resolución impugnada. ---b. Como está demostrado el estado de**

embarazo, se ordena intentar una conciliación previa urgente. Esa conciliación puede incluir el reconocimiento de la paternidad del ser en gestación y entonces, en ese aspecto el acuerdo debe ser remitido al Juzgado de Familia para su respectiva homologación y, corresponderá a ese Juzgado determinar lo pertinente sobre la inscripción de la paternidad una vez que se conozcan los datos de inscripción del nacimiento. ---c. Si no existe conciliación por la razón que sea, se ordena a la primera instancia dar curso de inmediato a la demanda si otro motivo legal no lo impide y fijar una pensión provisional a cargo del accionado y a favor del nascituro. Si una vez notificado el accionado refuta dicha paternidad, se dispondrá de la recepción urgente de prueba testimonial o la evacuación de prueba de otra índole para determinar si hay elementos o no sobre la existencia de la convivencia de hecho durante el período probable de concepción del ser en gestación. ---d. En caso de que no sea posible acreditar la presunción dicha y el accionado refute la paternidad que se imputa, la primera instancia dispondrá de una pensión provisional a cargo del accionado y, ordenará la práctica de una prueba de ADN una vez que la persona menor de edad nazca, a efecto de determinar si corresponde al accionado continuar pagando dicha provisional, sin perjuicio de que el demandado gestione en la vía de familia el proceso de determinación de paternidad de persona por nacer o bien, podrá gestionarlo la madre mediante el proceso de investigación de paternidad. En cualquiera de los dos casos, es decir, si el tema filiatorio llega a la vía de familia, el proceso alimentario solamente quedará suspendido a la espera de lo que sea resuelto por sentencia firme en el proceso de filiación si así lo ordena el Juzgado de Familia respectivo. Así, debe quedarle muy claro al accionado que, nada le impide iniciar la determinación de la paternidad, aunque el ser en gestación no haya nacido y por ello, no es suficiente que espere pacientemente a que sea madre la que se ocupe de investigar la filiación paterna. ---e. Si la prueba de ADN ordenada en el proceso de alimentos resulta negativa o no puede ser practicada por causa imputable a la madre, a gestión de la parte accionada podrá la primera instancia disponer que la pensión provisional deje de ser pagada por el accionado. ---f. Si el presente fallo lamentablemente resulta tardío en el sentido de que ya se produjo el nacimiento prematuro, igual el proceso deberá continuar tal como se ha indicado en este fallo y si lamentablemente ocurrió una interrupción del embarazo, también el proceso deberá continuar previniendo a la madre si tiene interés en el cobro de gastos de embarazo del mortinato. Esto último pues la Sala Constitucional ya se pronunció sobre el tratamiento digno de los restos de un ser que no nació y no hay razón alguna para considerar que los gastos de embarazo solamente pueden ser cobrados si ocurrió un nacimiento con vida. Al respecto, mediante sentencia N.º6685-01 de las 14:06 de 17 de julio de 2001, la Sala Constitucional dijo: *“Es obvio que dada la naturaleza en muchas ocasiones infectocontagiosas de los “productos de la concepción”, éstos deban de ser manipulados o manejados con suma cautela. De allí que coincide esta Sala con las razones de salud pública que motivaron la redacción de la Norma Institucional para el Manejo de Desechos Anatomopatológicos”. No obstante, no encuentra este Tribunal que la preocupación de todos en procurar que dicho manejo se haga de la manera más segura posible suprima los derechos de la recurrente y su esposo que como padres y practicantes de la fe católica consideren vital para su religión y su tranquilidad enterrar a su hijo. Si bien ese hijo no culminó su proceso de formación como para poder desarrollarse como un niño normal y subsistir, lo cierto es que desde el momento en que fue*

concebido fue persona con derechos. Así como personas con derechos son sus padres, quienes tienen toda la potestad de escoger que éste tenga un entierro de acuerdo a las reglas establecidas religiosamente por los católicos. Efectivamente, la Norma Institucional para el Manejo de Desechos Anatomopatológicos, no se refiere a la entrega directa de lo que ella llama “desechos sólidos que drenan líquido” (feto y placenta) a tercero y dispone reglas muy claras en cuanto a su traslado fuera de los centros hospitalarios y el tipo de transporte y envase en el que se debe hacer. No obstante, considera esta Sala que dichas disposiciones pueden y deben cumplirse en la medida que a los interesados se les informe de manera correcta y directa del procedimiento establecido y del destino de dichos “desechos”. Así, en el caso concreto, pudo perfectamente transportarse el “desecho” de interés conforme a todas las estipulaciones médicas e higiénicas respectivas, pero enterando a la recurrente y a su esposo del procedimiento a seguir, así como coordinando con éstos la fecha, hora y cementerio en el que se dispondría finalmente de éste, respetando el derecho de los recurrentes a darle sepultura a los restos de su hijo. Debido a que no fue así y se procedió sin comunicación alguna a la recurrente y a su esposo sobre el destino de su hijo -cual si éste fuera un simple objeto- debe estimarse el recurso ordenando a (...) que en el término improrrogable de dos días contados a partir de la comunicación de esta sentencia, entregue a la recurrente, (...) el feto producto del aborto natural practicado a su persona de acuerdo a las medidas de salud necesarias’. Como se aprecia, el voto es interesante, aunque no contempla un importante desarrollo de los derechos en juego, sino que, sin ser tema del recurso, entra a definir al ser no nacido, como “persona con derechos”. Es comprensible que la Sala haya dispuesto un trato digno a mortinatos, es decir a seres que no llegaron a nacer con vida, pero el tema central no era definir si mortinatos son o no personas sino, nada más que un aborto espontáneo, no impide a los padres responsabilizarse de los restos del mortinato una vez cumplidas las normas sanitarias que garanticen la salud pública. En todo caso, quedó claro que los restos de un mortinato deben ser tratados con dignidad e incluso, se reconoce la inhumación como parte del derecho a la vida familiar. Así se entiende la resolución constitucional, aunque como se indicó, no tiene un desarrollo amplio sobre los derechos en juego. Todo esto con la observación de que nuestro país, mediante Ley N.º9797 que corresponde a la reforma integral de la Ley N.º7771, Ley General sobre VIH-SIDA, otorga el carácter de “persona” a todo ser en gestación sin distinción alguna. Expresamente el artículo 21 de esa Ley se refiere al nasciturus como “persona por nacer”. Si la voluntad legislativa hubiese sido no dar ese estatus jurídico, no había sido aprobada una Ley con ese contenido. Además, también los gastos de sepelio pueden ser cobrados conforme el artículo 37 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

X. Para concluir, es importante resaltar que, **la demanda inicia con un profundo preámbulo eminentemente jurídico que desarrolla algunos de los temas aquí expuestos y, sin embargo, la resolución impugnada se centra en el artículo 168 del Código de Familia.** Es decir, se trata de una demanda con un desarrollo importante del derecho aplicable, mientras que la resolución impugnada es bastante superficial, pero como ha quedado expuesto, nutrida de impresionantes prejuicios. En segundo lugar, el artículo 24 de la Ley de Pensiones Alimentarias transcrito en la resolución impugnada ha sido declarado parcialmente inconstitucional. Para mayor comprensión, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución n.º2781-

2016, 11:40 de 24 de febrero de 2016 dispuso: *“Se declara con lugar la acción. En consecuencia se anula por inconstitucional la frase “de quince años” del artículo 24 de la Ley de Pensiones Alimentarias para que a partir de esta sentencia se lea “De incumplirse el deber alimentario, podrá librarse orden de apremio corporal contra el deudor moroso, salvo que sea menor o mayor de setenta y uno”, debiendo entenderse que “menor” se refiere a persona menor de 18 años de edad. Esta sentencia tiene efectos declarativos y retroactivos a la fecha de vigencia de la norma anulada, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe. En consecuencia, se ordena la libertad todas las personas menores de edad que al momento de dictarse esta sentencia, estuvieren detenidos por apremio corporal. Reséñese este pronunciamiento en el Diario Oficial La Gaceta y publíquese íntegramente en el Boletín Judicial. Los Magistrados Jinesta Lobo y Hernández Gutiérrez salvan el voto y declaran sin lugar la acción. El Magistrado Salazar Alvarado salva el voto y declara sin lugar la acción, siempre y cuando se interprete el artículo 24 de la Ley de Pensiones Alimentarias, en el sentido de que el apremio corporal contra la persona menor de edad pero mayor de quince años, que es deudor alimentario, sea la última ratio y que no pueda ser aplicado de forma automática. Los Magistrados Cruz Castro y Castillo Víquez ponen notas separadas. Notifíquese.”*

POR TANTO:

Se traslada al accionado la carga de refutar la presunción que establece el artículo 92 del Código de Familia párrafo segundo. En consecuencia: ---a) Se revoca la resolución impugnada. **---b.** Como consta el estado de embarazo, se ordena intentar una conciliación previa urgente. Esa conciliación puede incluir el reconocimiento de la paternidad del ser en gestación y entonces, en ese aspecto el acuerdo debe ser remitido al Juzgado de Familia para su respectiva homologación y, corresponderá a ese Juzgado determinar lo pertinente sobre la inscripción de la paternidad una vez que se conozcan los datos de inscripción del nacimiento. **---c.** Si no existe conciliación por la razón que sea, se ordena a la primera instancia dar curso de inmediato a la demanda si otro motivo legal no lo impide y fijar una pensión provisional a cargo del accionado y a favor del nascituro. Si una vez notificado el accionado refuta dicha paternidad, se dispondrá de la recepción urgente de prueba testimonial o la evacuación de prueba de otra índole para determinar si hay elementos o no sobre la existencia de la convivencia de hecho durante el período probable de concepción del ser en gestación. **---d.** En caso de que no sea posible acreditar la presunción dicha y el accionado refute la paternidad que se imputa, la primera instancia dispondrá de una pensión provisional a cargo del accionado y, ordenará la práctica de una prueba de ADN una vez que la persona menor de edad nazca, a efecto de determinar si corresponde al accionado continuar pagando dicha provisional, sin perjuicio de que el demandado gestione en la vía de familia el proceso de determinación de paternidad de persona por nacer o bien, podrá gestionarlo la madre mediante el proceso de investigación de paternidad. En cualquier de los dos casos, es decir, si el tema filiatorio llega a la vía de familia, el proceso alimentario solamente quedará suspendido a la espera de lo que sea resuelto por sentencia firme en el proceso de filiación si así lo ordena el Juzgado de Familia respectivo. Así, debe quedarle muy claro al accionado que, nada le impide iniciar la determinación de la paternidad, aunque el ser en gestación no haya nacido y por ello, no es

suficiente que espere pacientemente a que sea madre la que se ocupe de investigar la filiación paterna. ---e. Si la prueba de ADN ordenada en el proceso de alimentos resulta negativa o no puede ser practicada por causa imputable a la madre, a gestión de la parte accionada podrá la primera instancia disponer que la pensión provisional deje de ser pagada por el accionado. ---f. Si el presente fallo lamentablemente resulta tardío en el sentido de que ya se produjo el nacimiento prematuro, igual el proceso deberá continuar tal como se ha indicado en este fallo y si lamentablemente ocurrió una interrupción del embarazo, también el proceso deberá continuar previniendo a la madre si tiene interés en el cobro de gastos de embarazo del mortinato. Tome en cuenta la primera instancia lo dicho en el considerando último. **Maureen Roxana Solis Madrigal.**
Juez(a).- MSOLISM -



????????????????

EEPFFWBP6MQ61

MAUREEN ROXANA SOLIS MADRIGAL - JUEZ/A TRAMITADOR/A

EXP: 24-000230-0925-PA

I Circuito Judicial de San José, Edificio Tribunales, Primer Piso. Teléfonos: 2295-3473. Fax: 2295-3627. Correo electrónico: asis-j1familia@poder-judicial.go.cr

Clasificación elaborada por CENTRO DE INFORMACIÓN JURISPRUDENCIAL del Poder Judicial. Prohibida su reproducción y/o distribución en forma onerosa.

Es copia fiel del original - Tomado del Nexus.PJ el: 03-02-2025 15:01:41.