

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo  
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)  
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

## INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

### TEMA: PROCESO ORDINARIO DE DIVORCIO

**RESUMEN:** En el siguiente informe investigativo, se analiza con base en la normativa del artículo 48 del Código de Familia, así como con lo establecido en la jurisprudencia algunos presupuestos básicos del proceso de divorcio. En este sentido, se analiza con mayor relieve, la causal de separación de hecho, así como los plazos de caducidad para entablñar la acción correspondiente. Se abordan, otros temas tales como la carga de la prueba en los procesos de divorcio, así como el eventual cobro de daños y prerjuicios por parte del cónyuge inocente.

## Índice de contenido

1. Normativa.....	2
a. Código de Familia.....	2
2. Jurisprudencia.....	3
a. Abandono del Cónyuge.....	3
b. Amparado en la Causal de Separación de Hecho.....	4
c. Posibilidad de Indemnizar a Cónyuge Inocente.....	7
d. Análisis acerca del Proceso en que debe Resolverse.....	19
e. Análisis de la Separación de Hecho como Causal.....	20
f. Análisis Respecto del Plazo de la Separación de Hecho.....	23
g. Ausencia de Elementos Probatorios.....	25
h. Plazo de Caducidad del Divorcio para Alegarlo.....	30
i. Separación de Hecho y Abandono Malicioso.....	32

**DESARROLLO:**

**1. Normativa**

**a. Código de Familia<sup>1</sup>**

**Artículo 48.- (\*)**

Será motivo para decretar el divorcio:

- 1.- El adulterio de cualquiera de los cónyuges;
- 2.- El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de sus hijos;
- 3.- La tentativa de uno de los cónyuges para prostituir o corromper al otro cónyuge y la tentativa de corrupción o la corrupción de los hijos de cualquiera de ellos;
- 4.- La sevicia en perjuicio del otro cónyuge o de sus hijos;
- 5.- La separación judicial por término no menor de un año, si durante ese lapso no ha mediado reconciliación entre los cónyuges; durante dicho lapso el Tribunal, a solicitud de los interesados y con un intervalo mínimo de tres meses, celebrará no menos de dos comparecencias para intentar la reconciliación entre los cónyuges. La primera comparecencia no podrá celebrarse antes de tres meses de decretada la separación.

Para tales efectos, el Tribunal solicitará los informes que considere pertinentes.

Si alguno de los cónyuges no asistiere a las comparecencias, si éstas no se solicitan, o si las conclusiones a que llegue el Tribunal así lo aconsejan, el plazo para decretar el divorcio será de dos años;

- 6.- La ausencia del cónyuge, legalmente declarada; y
- 7.- El mutuo consentimiento de ambos cónyuges.

El divorcio por mutuo consentimiento no podrá pedirse sino después de tres años de celebrado el matrimonio y deberá presentarse al Tribunal el convenio en escritura pública en la forma indicada en el artículo 60 de esta Ley. El convenio y la separación, si son procedentes y no perjudican los derechos de los menores, se aprobarán por el Tribunal en resolución considerada; el Tribunal podrá pedir que se complete o aclare el convenio

presentado si es omiso, oscuro en los puntos señalados en este artículo de previo a su aprobación.

**8.-** La separación de hecho por un término no menor a tres años.

(\*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 5895 de 23 de marzo de 1976.

(\*) Inciso 8) del presente artículo ha sido adicionado mediante Ley No. 7532 de 8 de agosto de 1995, publicada en La Gaceta No. 162 del 28 de agosto de 1995.

#### **Artículo 48 bis.-**

De disolverse el vínculo matrimonial, con base en alguna de las causales establecidas en los incisos 2), 3) y 4) del artículo 48 de este Código, el cónyuge inocente podrá pedir, conjuntamente con la acción de separación o de divorcio, daños y perjuicios de conformidad con el artículo 1045 del Código Civil.

(\*) El artículo 48 bis ha sido adicionado mediante Ley No. 7689 de 21 de agosto de 1997. LG# 172 de 8 de setiembre de 1997.

**NOTA:** En el momento de entrar en vigencia la presente reforma, los procesos judiciales que se encuentren en trámite sin que se hubiere dictado sentencia en primera instancia, se tramitarán de conformidad con las nuevas disposiciones.

## **2. Jurisprudencia**

### **a. Abandono del Cónyuge**

[SAL PRIMERA]<sup>2</sup>

"II.- Conforme consta en la documentación presentada, el Tribunal extranjero decretó la disolución del matrimonio con fundamento en el abandono que la demandada hizo del demandante, de ahí que el tribunal extranjero otorga el divorcio, lo cual constituye nuestra causal de separación de hecho. De acuerdo con el Código de Familia la separación de hecho por un término superior a tres años es causal de divorcio. En la especie, no existe ninguna de las prohibiciones que establece el artículo 705 del Código Procesal Civil, pues ya han pasado más de tres años desde que se celebró el matrimonio y porque el Tribunal extranjero decretó el divorcio con fundamento en el aludido abandono el que si bien no constituyen causal en nuestro país, condujo a una separación de hecho desde antes del 1º de junio de 1987, lo cual induce a estimar que, tal separación se mantiene, y ello sí es causal, como quedó dicho, por lo que el exequátur puede otorgarse, habida cuenta de que, -se

reitera- la legislación costarricense admite el divorcio por la separación de hecho, una vez transcurrido los plazos aludidos, los que en este caso lo ha sido sobradamente (artículo 48, inciso 8), del Código de Familia). III.- Por las razones expuestas y al no existir ninguna de las otras prohibiciones que establece el artículo 705 del Código Procesal Civil el exequátur debe otorgarse con arreglo al artículo 707 del mismo Código."

**b. Amparado en la Causal de Separación de Hecho**

[SALA SEGUNDA]<sup>3</sup>

"V.- SOBRE EL DERECHO DE ALIMENTOS ENTRE CÓNYUGES DESPUÉS DEL DIVORCIO: En el presente asunto, la demandada no reconvino al actor a pesar que en su contestación alegó la existencia de otras causales de divorcio que bien pudieron llevar al juzgador a imponerle a este una pensión a su favor aún después de disuelto el vínculo matrimonial, como eventual cónyuge culpable, con base en lo señalado en el artículo 57 del Código de Familia . Sin embargo, no interesa si en el caso en estudio la accionada no contrademandó por las causales que ella alegó al contestar la acción, pues dicha norma, reformada por la Ley N° 7.654, del 19 de diciembre de 1.996, que es la Ley de Pensiones Alimentarias, le confiere al juzgador la facultad de conceder a uno de los cónyuges una pensión alimentaria a cargo del otro, aún en el supuesto de que no exista cónyuge culpable. En ese sentido, de manera expresa, dispone: " En la sentencia que declare el divorcio, el tribunal podrá conceder al cónyuge declarado inocente una pensión alimentaria a cargo del culpable. Igual facultad tendrá cuando el divorcio se base en una separación judicial donde existió cónyuge culpable. / Esta pensión se regulará conforme a las disposiciones sobre alimentos y se revocará cuando el inocente contraiga nuevas nupcias o establezca unión de hecho. / Si no existe cónyuge culpable, el tribunal podrá conceder una pensión alimentaria a uno de los cónyuges y a cargo del otro, según las circunstancias. / No procederá la demanda de alimentos del ex cónyuge inocente que contraiga nuevas nupcias o conviva en unión de hecho." (El subrayado es del redactor). De ese numeral se desprende que la obligación del mutuo auxilio, que se contrae con el matrimonio (artículo 11 ídem ), puede subsistir más allá de la ruptura del vínculo. Por otra parte, vale recalcar que de conformidad con el contenido de la norma, se está en presencia de una facultad del juzgador, quien debe valorar, en cada situación particular, si es o no procedente la concesión del beneficio, atendiendo siempre a las concretas circunstancias de ambas partes. Esta posibilidad, que por ley le es conferida al juez, se ha establecido en la jurisdicción constitucional que no se trata de una medida irracional, ni desproporcionada y, mucho menos, contraria al Derecho de la Constitución; pero se ha

reiterado que el juzgador puede o no acordar la pensión, dado que se trata de una facultad; y, para ello, debe tomar en cuenta las circunstancias económicas de cada uno de los cónyuges; de forma tal que aún en los casos en que exista cónyuge culpable, no debe atender, solamente, esa única circunstancia. En ese sentido, la Sala Constitucional, en la sentencia N° 7.517, de las 14:50 horas, del 1° de agosto del 2.001, dispuso: "El artículo 52 de la Constitución Política establece que el matrimonio es la base esencial de la familia, y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges. El artículo 51 del mismo Cuerpo de Leyes, define a la familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad e indica que como tal, tiene derecho a la protección del Estado. Como desarrollo de esos preceptos constitucionales, el legislador estableció en el Código de Familia que el matrimonio es la base esencial de esa institución y tiene por objeto la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio (artículo 11). El artículo 34 de ese Código refiere que los esposos están obligados a respetarse, a guardarse fidelidad y a socorrerse mutuamente. De esa obligación de socorro mutuo surge la obligación alimentaria que está prevista en el artículo 169 inciso 1) del Código de Familia, el cual indica que se deben alimentos los cónyuges entre sí... Una vez disuelto el vínculo, el legislador, en el ámbito de su competencia, previó la posibilidad de que el juez establezca en la sentencia donde se decreta el divorcio, la obligación de pagar una pensión alimenticia a cargo del cónyuge culpable y a favor del inocente, o bien; en los casos donde no exista cónyuge culpable, a cargo de uno de los cónyuges, considerando las circunstancias particulares de cada caso... En el caso concreto de la norma impugnada, su razonabilidad dependerá del apego que demuestre de los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad referidos. En lo referente a la necesidad, conforme se indicó, el derecho a la prestación alimentaria es de rango constitucional, pues tiene que ver con la subsistencia y bienestar de la persona humana, y en la relación matrimonial surge como consecuencia del mutuo auxilio y solidaridad que rigen dicha institución. La medida resulta necesaria, pues se proporciona al juez la posibilidad de acordar el pago de una pensión alimenticia a cargo del cónyuge culpable y a favor del inocente, tomando en cuenta las posibilidades y necesidades de cada quien, como un paliativo al estado financiero en que queda el cónyuge inocente, tras la ruptura matrimonial, por una causa ajena a su voluntad. Al Estado le interesa proteger a las partes más débiles y desprotegidas de la relación aún después de la disolución del vínculo. Sobre la idoneidad de la medida adoptada, no cabe duda de que estableciendo esa obligación alimentaria a cargo del cónyuge culpable, se protege el derecho al bienestar del cónyuge que resulta más afectado económicamente y que además no se apartó de las normas de convivencia que establece

el ordenamiento para la institución del matrimonio. Ahora bien, en cuanto a la proporcionalidad de la medida, según lo contempla la misma norma, deben aplicarse las disposiciones generales sobre alimentos, las cuales se encuentran básicamente en el Código de Familia y en la Ley de Pensiones Alimentarias. Según esa normativa, los alimentos deben brindarse conforme a las posibilidades económicas y el capital que le pertenezca o posea a quien ha de darlos y las necesidades y el nivel de vida acostumbrado por el beneficiario, para su normal desarrollo físico y síquico, así como sus bienes (artículo 164 del Código de Familia); no se deben sino en la parte que los bienes y el trabajo del alimentario no los satisfagan (artículo 166 del Código de Familia). También son aplicables las reglas que establecen los casos en que no existirá obligación de proporcionar los alimentos: entre ellos, que quien los reciba, deje de necesitarlos (artículo 173 del Código de Familia). En ese sentido es claro que la prestación alimentaria puede modificarse por el cambio de circunstancias de quien la da o de quien la recibe (artículo 174), dado que las resoluciones dictadas en esa materia no producen cosa juzgada material (artículo 8 de la Ley de Pensiones Alimentarias). Por otra parte, el juez tiene la posibilidad de acordar o no el pago de dicha pensión, se trata de una facultad: para ello, debe tomar en cuenta las circunstancias económicas de cada uno de los cónyuges y no sólo la declaratoria de culpabilidad o inocencia, pues no es una consecuencia automática del divorcio. Los alimentos son por definición indispensables para la subsistencia y supervivencia misma de los acreedores alimentarios. Desde ese punto de vista, no es en modo alguno irrazonable que se imponga al cónyuge culpable el pago de una pensión alimenticia a favor del inocente. Este último es quien sufre un menoscabo en su situación económica que no le es atribuible, porque no fue quien contribuyó a que se produjera el divorcio, por lo que resulta lícito que se garantice que sus condiciones de vida no se vean desmejoradas. De manera que no podría afirmarse, que la pensión alimenticia a cargo del cónyuge culpable sea una sanción, sino una medida para procurar que el cónyuge inocente no resulte tan perjudicado económicamente por haberse truncado su proyecto de vida en común." (También puede consultarse la sentencia N° 1.276, de las 16:09 horas del 7 de marzo de 1.995). El texto de la norma en cuestión, tal y como se indicó, establece que el juzgador podrá conceder la pensión a uno de los cónyuges, según las circunstancias, aun cuando no exista cónyuge culpable. Doctrinariamente se ha establecido que esas circunstancias, a las que hace referencia la norma, no son otras sino las relativas a las posibilidades de a quien estaría a cargo la pensión y las necesidades de quien la recibiría, que son precisamente los parámetros que contempla el artículo 164 del Código de Familia. (En ese sentido, entre otras,

consúltense las sentencias de esta Sala número 284, de las 9:40 horas del 15 de marzo del 2000; 116, de las 9:40 horas del 25 de febrero, 301, de las 9:30 horas del 5 de mayo, 504, de las 15:10 horas del 16 de junio y 617, de las 9:40 horas del 30 de julio; estas últimas cuatro del 2004). De lo expuesto, queda claro que el o la juez que conoce un proceso de divorcio puede condenar a alguno o ambos cónyuges a brindarse alimentos y que la fijación se hará en la jurisdicción especializada correspondiente, en la cual las partes podrán ventilar ampliamente las posibilidades económicas del obligado y las necesidades de la beneficiaria. En el presente asunto, si bien el actor se desempeña como profesional y cuenta con ingresos altos, la accionada también labora como funcionaria pública dentro del Poder Judicial, lo cual hace pensar que puede asumir sus gastos sin que el rompimiento del vínculo implique que vaya a quedar en desamparo económico. Nótese incluso que desde el momento de la separación de hecho, la pensión alimentaria que había tramitado la demandada era la correspondiente a su menor hijo, de modo que ella no había reclamado su derecho aún estando unida en matrimonio. Así las cosas, es posible concluir, a la luz de las circunstancias del caso concreto, que resulta evidente que la accionada cuenta con suficientes medios económicos para vivir, por lo que, razonablemente se puede determinar que decretado el divorcio su situación no le impide por sí misma hacer frente a sus propios gastos, razón que impide acoger su reclamo porque no le asiste el derecho a ser alimentada por su excónyuge después de decretado el divorcio."

### **c. Posibilidad de Indemnizar a Cónyuge Inocente**

[TRIBUNAL DE FAMILIA]<sup>4</sup>

"IV. SOBRE EL TEMA DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DEL DIVORCIO: La sentencia de primera instancia otorgó la suma de dos millones a la demandada reconventora en concepto de daño moral. En la parte considerativa, la Juzgadora de primera instancia se refiere a la exclusión de dicha contrademandante del domicilio como el hecho generador de esa responsabilidad, pese a que dicho hecho caducó para efectos de la causal de sevicia. Contra dicho fallo apela la parte actora reconvenida. Alega que el hecho determinado no es sevicia, que se estableció que lo que ocurría era una situación altamente conflictiva de ambos cónyuges. Argumenta también que el artículo 48 bis del Código de Familia solo es aplicable cuando el divorcio se decreta con base en algunas de las tres causales que taxativamente se enuncian en dicha norma, y que la causal que sirvió para decretar el divorcio fue la separación de hecho que no está enunciada en ese artículo 48 bis. Agrega que la sevicia no puede tenerse como generadora de

responsabilidad civil extracontractual pues no es la base sobre la cual se decreta la disolución del matrimonio. Por su parte la demandada reconventora en su tercer agravio se refiere a que se encuentra inconforme con que la indemnización se diera por solo dos millones de colones. Argumenta que la suma de dos millones es ínfima considerando el dinero que manejó el señor Casey y la magnitud del daño moral que ha sufrido. Esta apelación nos ubica entonces en el tema de los daños y perjuicios derivados del divorcio. Para iniciar su análisis ha de señalarse que es en el derecho argentino donde encontramos una amplia preocupación por este tema y bien vale hacer una reseña de algunos aspectos con el objeto de que sirva para cimentar e ilustrar nuestro desarrollo en torno a una reforma legal relativamente nueva, la adición del artículo 48 bis al Código de Familia en el año de 1997. Podemos encontrar trabajos muy ilustrativos que abarcan la evolución histórica desde el derecho romano, el antiguo derecho español, el derecho francés (los autores se detienen en éste en forma muy especial por la riqueza de su jurisprudencia), el suizo, el alemán entre otros. Este tema es abordado específicamente sobre todo en Argentina por autores como Arturo Acuña Anzorena ("Responsabilidad civil del cónyuge adúltero y su cómplice por causa de adulterio" y "Naturaleza de la responsabilidad y régimen de prescripción de la acción resarcitoria ejercida por uno de los cónyuges contra el otro por causa de nulidad de matrimonio"), Atilio Alterini ("Cuestiones de responsabilidad civil en el derecho de familia"), P.V. Aréchaga ("¿Es la noción de culpa de la responsabilidad civil subjetiva idéntica a la culpa en el divorcio?"), Omar U. Barbero ("La primera sentencia argentina que condena a reparar el daño moral derivado de un divorcio", "la responsabilidad civil en el Derecho de Familia", "Daños y perjuicios derivados del divorcio", y "Responsabilidad por daños resultantes del divorcio"), Augusto César Belluscio ("Daños y perjuicios derivados del divorcio", "Daños y perjuicios derivados del divorcio frente a la reforma del Código Civil", Daños y perjuicios derivados del divorcio y de la anulación del matrimonio"), Germán Bidart Campos ("Los hechos que dieron origen al divorcio y la indemnización por daño moral" e "Indemnización del daño moral en caso de adulterio"), Guillermo Borda ("Reflexiones sobre la indemnización de los daños y perjuicios en la separación personal y en el divorcio"), Roberto Brebbia ("El daño moral en las relaciones de familia"), Jorge Bustamante Alsina ("Divorcio y responsabilidad civil" y "Daños y perjuicios. Responsabilidad civil derivada del divorcio"), F. Cecchini y E. Saux ("Daño entre cónyuges"), Santos Cifuentes ("El divorcio y la responsabilidad por el daño moral"), L. A. Colombo ("Indemnización del daño producido por el adulterio de la esposa"), Daniel Hugo D Antonio ("Acción de daños y perjuicios contra el cónyuge culpable del divorcio"), P. Di Lella("Derecho de daños

versus derecho de familia"), Enrique Díaz de Guijarro (Improcedencia del resarcimiento del daño moral en el juicio de divorcio y su admisibilidad en la nulidad del matrimonio"), Ricardo Dutto ("Responsabilidad entre cónyuges en caso de divorcio"), E. Fanzolato ("Alimentos y reparaciones en la separación y el divorcio"), Francisco Ferrer ("Resarcimiento de daños en la separación personal y en el divorcio" y "Daños resarcibles en el divorcio"), Cecilia Grosman ("La responsabilidad de los cónyuges entre sí y respecto de los hijos"), Aída Kemelmajer de Carlucci ("Responsabilidad civil en el derecho de familia"), Levy, Wagmaister e Iñigo de Quidiello ("La situación de divorcio como generadora de responsabilidad civil entre cónyuges"), L. Mankianich de Basset ("Familia y responsabilidad civil", "La separación personal y el divorcio y la reparación de daños morales") H.L. Manchini ("Resarcimiento de daños y perjuicios a causa del divorcio"), Jorge A. Mazzinghi ("El fallo plenario sobre el daño moral en el divorcio"), Graciela Medina ("Daño entre cónyuges", "Daños y perjuicios derivados del divorcio evolución jurisprudencial), María Josefa Méndez Costa ("Separación personal, divorcio y responsabilidad civil. Sus fundamentos"), N. Minyerski ("Los daños derivados del divorcio y de la sentencia judicial"), M. Mizrahi ("Improcedencia de las indemnizaciones por daños en los divorcios decretados por causales subjetivas", "Un nuevo pronunciamiento acerca de los daños y perjuicios en el divorcio"), Jorge Mosset Iturraspe ("Los daños emergentes del divorcio"), A. Salas ("Indemnización de los daños derivados del divorcio") Jorge Tarabolerelli ("Responsabilidad civil derivada del cónyuge culpable en la separación personal y en el divorcio"), Eduardo Zannoni ("Repensando el tema de los daños y perjuicios en el divorcio"). Por ejemplo, el autor Omar U. Barbero en su libro "Daños y perjuicios derivados del divorcio" ubica el derecho romano como primer antecedente histórico de este tema. Explica que en la época imperial, antes de la era cristiana, los divorcios aumentaron, y para impedir su frecuencia se aplicaban penas pecuniarias al cónyuge culpable y a favor del cónyuge inocente siendo éste quien recibía la suma de dinero con un carácter claramente resarcitorio. Sigue relatando Barbero que el derecho justiniano siguió el mismo derrotero, aplicándose una sanción pecuniaria que resultaba relevante para las clases pudientes al extremo que era altamente eficaz para desestimular al cónyuge de un propósito de romper el vínculo matrimonial. Luego reseña este autor que en Las Partidas del derecho español también hay un antecedente, pues se imponía a la mujer culpable del adulterio la pérdida de la dote y de las arras. Igualmente en el derecho francés anterior a la Revolución existía una condena al cómplice de la mujer adúltera para indemnizar al marido. Luego de la vigencia del Código Civil, 1804, los tribunales franceses

admitieron la condena de daños y perjuicios materiales y morales contra el cónyuge culpable de adulterio y contra su cómplice, con base en la responsabilidad derivada del delito. Reseña Barbero los casos "Plantade c. Femme Plantade et Dubarry" y el de "Avis c. Ledain", casos célebres en la jurisprudencia francesa referidos a los perjuicios con el adulterio. Augusto César Belluscio en su monografía "Daños y perjuicios derivados del divorcio y de la anulación del matrimonio" enfatiza que es en un fallo de la Corte de Montpellier de 1897, en el cual se admite en general la reparación de los daños y perjuicios materiales y morales causados por los hechos generadores del divorcio, al estimar que éstos, al mismo tiempo que causales de divorcio eran cuasidelitos. Sobre este caso y otros en el mismo sentido Barbero comenta: "...El Tribunal declaró que las causas de divorcio pueden ocasionar al esposo ofendido un perjuicio moral y material que su autor está obligado a reparar. Y en particular -a propósito de caso que le tocaba juzgar-, que la negativa del marido a consumir el matrimonio, quien además de continuar sus relaciones íntimas con su amante, constituía no solamente una injuria grave para hacer pronunciar el divorcio a favor de la mujer, sino al mismo tiempo un cuasidelito susceptible de dar lugar a favor de ella a una indemnización en dinero fijada por los jueces. Invocó los arts. 231 y 1382 del Cód. Civil. Desde entonces en adelante se aplicó la responsabilidad civil a todos los hechos generadores del divorcio, de un modo general. Dicha orientación jurisprudencial continúa; en diversos fallos se condenó a pagar indemnización por: La actitud de la mujer al salir de la alcaldía donde se había celebrado el matrimonio civil, lamentó públicamente haberlo hecho, promovió escenas odiosas y ridículas, se negó a cumplir el débito conyugal y finalmente promovió demanda de divorcio sin motivo alguno. El tribunal consideró que tales hechos habían ocasionado al marido daños materiales apreciables en dinero (gastos para la fiesta de casamiento y para cambios en su casa). La negativa del marido a consumir el matrimonio y su abandono del hogar a los dos meses de haberlo contraído. El abandono del marido -casado con mujer veinte años mayor- producido a los pocos días del matrimonio y acompañado de la sustracción de bonos que constituían los ahorros de la mujer. Las relaciones adulterinas del marido con una dactilógrafa de su oficina y su abandono del hogar, para instalarse cerca de su amante. Se condenó a indemnizar los perjuicios sufridos por la esposa al verse rechazada del hogar a los 50 años y privada de una brillante posición económica que ella había contribuido a conquistar (daño material); además, lo sufrido en su afectividad y en su dignidad al luchar incesantemente por conquistar a su marido (había llegado a enfrentar a la amante) y fracasar (daño moral). El abandono injustificado del hogar por parte del marido, para unirse a su concubina. La falta de asistencia de la mujer, después

del matrimonio civil, a la ceremonia religiosa y su negativa a reunirse con el marido. El daño moral derivado de la actitud del marido, que hacía frecuentes visitas a una de sus vecinas..." (pp. 147 a 149). Este íter jurisprudencial entiende diferente los daños derivados del divorcio en sí, que estima indemnizados con la pensión alimentaria, de aquellos derivados del hecho constitutivo de la causal de divorcio. Ahora bien, Belluscio reseña que en 1941 y 1948 se dieron unas reformas al Código Civil francés, agregando al artículo 301 y al 311 párrafos, y especifica que desde ahí "la doctrina distinguió tres categorías de perjuicios derivados del divorcio o de la separación de cuerpos: 1) los derivados de la desaparición de asistencia material, que eran reparados mediante la pensión alimentaria contemplada por el art. 301, primer párrafo del Cód. Civil; 2) el perjuicio material y moral resultante de la disolución del matrimonio o de la separación de cuerpos, fuera del que consiste en la desaparición de la obligación de asistencia material en el divorcio, indemnizado conforme al art. 301, segundo párrafo, y el art.. 311, cuarto párrafo; 3) el perjuicio material y moral distinto del que surge de la disolución del matrimonio o de la separación de cuerpos, experimentado como consecuencia de la culpa del cónyuge, que había admitido la jurisprudencia anterior a 1941, fuera por los hechos que habían dado lugar al divorcio o a la separación de cuerpos, fuera por otros distintos pero imputables siempre al cónyuge, al cual los nuevos textos aludían al referirse a "todas las otras reparaciones" y que se indemnizan con fundamento en el art. 1382..." (pp. 6 y 7) . Belluscio sigue explicando que en 1975 en Francia también se llevó a cabo una reforma general al régimen del divorcio que sustituyó toda su anterior regulación, y es el numeral 266 del Código Civil el que ahora se refiere al tema que nos ocupa, en cuanto expresa "Cuando el divorcio ha sido decretado por culpa exclusiva de uno de los esposos, éste puede ser condenado a daños y perjuicios como reparación del perjuicio material o moral que la disolución del matrimonio hace sufrir a su cónyuge" . Esta norma excluye la indemnización en casos en que el divorcio se dé por culpa de ambos cónyuges. Los autores Belluscio y Barbero se refieren también al derecho suizo , pues su Código Civil de 1907 previó expresamente el tema que nos interesa así "El esposo inocente cuyos intereses pecuniarios, aún eventuales, son comprometidos por el divorcio, tiene derecho a una equitativa indemnización de parte del cónyuge culpable. Si los hechos que han determinado le divorcio han causado un grave atentado a los intereses personales del esposo inocente, el juez le puede conceder además una suma de dinero a título de reparación moral." . También hacen referencia dichos autores al derecho alemán , relación que vale la pena parafrasear puesto que en la exposición de motivos de dicho cuerpo normativo se tocó el tema expresamente rechazando la posibilidad. Barbero

traduce así: "a) la idea de que el matrimonio no puede basarse en principios de orden moral, mientras que el otorgamiento de la indemnización lo asimilaría a un acto jurídico que pudiera ser fuente de ventajas pecuniarias; b) porque el inocente podría verse seducido por el pensamiento de recibir una suma de dinero a título de indemnización e inclinarse a invocar causas mínimas para obtener el divorcio; c) porque la fijación de la indemnización sería más o menos arbitraria, y d) porque no sería eficaz como medio de coerción para que los cónyuges diesen cumplimiento a sus obligaciones emergentes del matrimonio..." (p. 172). En el derecho argentino no existe una regulación expresa, por lo que la doctrina se ha dividido. Los autores clasifican las tesis en "negativas" y "positivas" y Francisco Ferrer se refiere a la tesis "intermedia". La tesis negativa es representada por Babiloni, Borda y Llabrás (aún y cuando éste último rectificó en algunos puntos específicos) se fundamenta en argumentos éticos, jurídicos y psicosociales para rebatir la pertinencia de la responsabilidad civil en el divorcio. La positiva por la mayoría de los autores: Rébora, Salas, Acuña, Anzorena, Colombo, Belluscio, Brebbia, Gustavino, Spota, López del Carril, Mazzinghi, Barbero, D Antonio, Kemelmajer de Carlucci, Mosset Iturraspe, Méndez Costa, Fassi, Bossert, Bidart Campos, Manchini, Uriart, Lagomarsino, Bustamante Alsina, Dutto, Fanzolato, García de Ghiglini. Morello de Ramírez, Lombardi, Medina, Tarborelli. Como regla de principio estos autores aceptan la aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil en esta materia, lo que ha acogido la jurisprudencia. La tesis intermedia que refiere Ferrer la abandera Santos Cifuentes en el sentido de que el silencio del legislador es ex professo y que por lo tanto no hay bases para sostener la aplicación de las normas comunes de la responsabilidad civil, pero si la acepta que "cuando los hechos que lleven al divorcio tengan una expansión y gravedad que, al margen de la separación conyugal, entrañen un verdadero daño moral" . Luego Ferrer destaca la tesis de las doctoras Levy, Wagmaister e Iñigo de Quidiello que especifican que al receptor su legislación el divorcio remedio, sostienen que aunque no existan conductas culpables, igualmente pueden generarse perjuicios derivados de la situación de divorcio. Plantean que la relación de causalidad ya no funciona entre culpa y daño, sino entre el divorcio y el daño evolucionando más a una responsabilidad de tipo objetivo basado en el factor de la "equidad". La autora Graciela Medina hace especial referencia a la jurisprudencia española y se detiene en el caso de la Audiencia de Barcelona del 1 de junio de 1999, Sección 6, que trata de una condena de dos millones de pesetas en concepto de daño moral al esposo, por haber violado a su esposa mediando separación entre ellos. En cuanto a la jurisprudencia de los Estados Unidos de América , Medina refiere que por un largo tiempo los tribunales de

ese país insistieron en rechazar este tipo de pretensiones, considerando que esposo y esposa no podían demandarse mutuamente. Esto ha ido evolucionando aunque muchos Estados conservan la inmunidad entre cónyuges, pero aceptando cada vez más excepciones. Reseña Medina que el caso Thomson v. Thompson de 1910 es el que ha marcado la pauta. El autor Francisco Ferrer hace un recuento de otra legislación americana, como por ejemplo el artículo 288 último párrafo del Código Civil de México que dispone "Cuando por el divorcio se originan daños o perjuicios a los interesados del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como el autor de un hecho ilícito"; también el artículo 144 del Código de Familia de Bolivia establece que el cónyuge culpable del divorcio puede ser condenado al resarcimiento del daño material y moral que haya causado al inocente por la disolución del matrimonio. Por su parte el Código Civil de Perú en su artículo 351 establece que si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente el Juez podrá conceder una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral. También reseña Ferrer el derecho salvadoreño que recepta la pensión compensatoria. Alude a que en el derecho brasileño la doctrina sostiene la procedencia de la indemnización del daño material y moral a favor del cónyuge inocente. Este autor se detuvo en el derecho costarricense con la anterior versión del artículo 41 del Código de Familia y la pensión prevista en el artículo 57. En 1997, en Costa Rica, la Ley número 7689 del 6 de agosto, publicada en ese año en La Gaceta número 172 del 8 de setiembre, adicionó un artículo 48 bis al Código de Familia, a la vez que se reformaron los numerales 8, 41 y 98 de ese mismo cuerpo normativo. La apreciación de la prueba punto tocado en el aparte anterior de este fallo, el recurso de casación, la eliminación de las consecuencias en el tema de gananciales de la culpabilidad en la causal, la amplitud en cuanto a las pruebas de filiación, y los daños y perjuicios derivadas de algunas causales de divorcio son los temas de dicha ley. El artículo 48 bis dicho, incluye una regulación específica sobre peticiones de daños y perjuicios para casos en que el divorcio se decreta con fundamento en las causales de los incisos 2, 3 y 4 del artículo 48. El artículo adicionado, dice: "... ARTICULO 48 bis.- De disolverse el vínculo matrimonial, con base en alguna de las causales establecidas en los incisos 2), 3) y 4) del artículo 48 de este Código, el cónyuge inocente podrá pedir, conjuntamente con la acción de separación o de divorcio, daños y perjuicios de conformidad con el artículo 1045 del Código Civil...." Naturalmente este numeral tiene relación con el 41 de la Constitución Política y con el 1045 del Código Civil que el mismo artículo adicionado cita. El artículo 41 de la Constitución Política dispone: "...Ocurriendo a las leyes, todos han de

encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad e intereses morales. Debe hacérseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes ..." El 1045 del Código Civil que se refiere a la responsabilidad civil subjetiva o responsabilidad aquiliana, dispone: "...Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios..." Repasemos con algunas citas de jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual : "... IV.- Tocante a la responsabilidad civil extracontractual, esta Sala ha expresado: " Mediante la responsabilidad civil se atribuye a un sujeto la obligación de reparar, indemnizar o compensar (caso este último del daño moral), un daño infligido a la esfera jurídica de otro sujeto, como consecuencia de un acto o una actividad realizada por aquél.- Esta responsabilidad se divide en responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva, de acuerdo con el criterio de imputación que se utiliza en cada caso: en el primero, la voluntad del deudor, que actúa en forma culpable; en el segundo, criterios objetivos tales como el riesgo, expresamente establecidos por la ley. También suele ser dividida en contractual y extracontractual, según provenga del incumplimiento de una obligación convenida libremente por las partes, o del incumplimiento del deber general de no causar daño a los demás...Por su parte, la responsabilidad extracontractual recae sobre quien, fuera de toda relación contractual previa, ha causado un daño en la esfera jurídica de otro sujeto, por culpa, o a través de la puesta en marcha de una actividad riesgosa o creación de un riesgo social. Esta responsabilidad no nace del incumplimiento de un vínculo determinado, sino de la violación del deber general de no dañar a los otros. Su régimen está basado en los artículos 1045, 1046, 1047 y 1048 del Código Civil. El primero de ellos dispone que: "Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios".- Principio que es fundamento de toda responsabilidad civil." (Resolución número 320 de las 14:20 Hrs. del 9 de noviembre de 1990). Tocante a la regulación del artículo 1045, esta Sala ha dicho: "IX.- El artículo 1045 del Código Civil establece el fundamento de la responsabilidad extracontractual subjetiva: "Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios." El deber de resarcimiento, en este caso, deriva del incumplimiento culposo del principio general de "no causar daño a los demás." Para que haya responsabilidad, se requiere que el daño haya sido ocasionado con culpa (negligencia, imprudencia o impericia), o dolo del agente. La carga de la prueba

corresponde entonces al acreedor, es decir, a la víctima que solicita el resarcimiento..." (Resolución número 34 de las 14:25 Hrs. del 22 de marzo de 1991). La doctrina científica moderna, al analizar la figura del dolo, es conteste al indicar que supone la voluntad de realizar un acto antijurídico con conocimiento de su ilegalidad, sabiendo, su autor, que puede ser dañoso a los demás, pero sin necesidad de que haya previsto o podido prever todos y cada uno de sus posibles efectos. En este sentido, se afirma, no precisa la intención de dañar, basta la voluntad de infringir el deber, la mala fe, la conciencia de que se realiza un acto ilícito. El dolo presume el conocimiento de la producción de un daño, al menos probable, como consecuencia de la acción querida (dolo eventual). Se afirma, asimismo, la falta de intención no constituye el dolo, aquí estamos en presencia de la denominada "culpa lata". Sin embargo, una negligencia extrema debería acarrear para el agente las consecuencias del dolo. Por su parte, la culpa supone un actuar negligente, descuidado, imprevisor que causa un daño sin quererlo. Se ha dividido, la conducta culposa, en consciente e inconsciente. La primera se da cuando, aún reconociendo que la propia conducta puede conducir a cierto resultado dañoso, el agente tiene, sin embargo, la esperanza de que en las circunstancias dadas no se ha de producir, mientras, en la segunda, el autor no reconoce la posibilidad del resultado. En todo caso, para que exista culpa, es preciso que el resultado dañoso haya sido previsto como posible, o que haya tenido que ser previsto, verosimilitud del resultado que no puede ser tan pequeña que aunque la persona actúe conforme a sus deberes no le hubiere hecho desistir de la acción. Se afirma que para determinar si el acto es negligente, es relevante considerar si una persona razonable podía prever que ha de causar daño. La culpa consiste, entonces, en una falta de cuidado, precaución y diligencia exigibles. La diligencia se ha considerado como la racional y ordinaria cautela que debe acompañar a todos los actos de los que puedan derivarse daños, según la clase de actividad de que se trate y la que puede y debe esperarse de persona, normalmente razonable y sensata, perteneciente a la esfera técnica del caso. Es decir, si la persona obró con el cuidado, atención o perseverancia exigibles y con la reflexión necesaria con vistas a evitar el perjuicio de bienes ajenos, jurídicamente protegidos. Incluso, la doctrina indica que la diligencia obligada no abarca sólo las precauciones y cuidados ordenados en cada caso por los reglamentos, sino también toda la prudencia precisa para evitar el daño. Tocante a la carga de la prueba, en materia de responsabilidad civil extracontractual, esta Sala ha indicado: "VII.- Una de las diferencias fundamentales entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, radica en la carga de la prueba, pues en la responsabilidad derivada de un

contrato el acreedor no está obligado a demostrar la culpa del deudor, ya que ésta se presume en tanto el segundo no demuestre que su incumplimiento o el atraso no le son imputables, como el caso fortuito o la fuerza mayor; en cambio, en la responsabilidad extracontractual o aquiliana le compete al damnificado demostrar la culpabilidad del autor del acto ilícito. Así el artículo 317, inciso 1), del Código Procesal Civil, dispone que a quien formule una pretensión le incumbe la carga de la prueba respecto de los hechos constitutivos de su derecho...Por otra parte, uno de los elementos configurantes de la responsabilidad extracontractual subjetiva, lo constituye la relación de causalidad directa o eficiente que debe existir entre el comportamiento o conducta antijurídica y el daño, siendo este último el presupuesto de cualquier tipo de responsabilidad extracontractual por lo que su demostración también constituye un requisito sine quo non para que prospere la pretensión resarcitoria..." (Sentencia número 17 de las 15 Hrs. del 29 de enero de 1992)...." (Voto 53-98 dictado a las 15:10 hrs del 27 de mayo de 1998 por la Sala Primera). Sobre el numeral 48 bis la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha iniciado el camino de la aplicación con los votos 170-03 de las 10:40 horas del 9 de abril del 2003 y 413-03 de las 11:20 horas del 8 de agosto del 2003. En el voto 170-03 la Sala desarrolla el deber de la parte actora de cumplir con lo que preceptúa el artículo 290 inciso 5 del Código Procesal Civil. En el voto 413-03 la Sala desarrolló lo siguiente: "...XI.- DEL DAÑO MORAL EN MATERIA DE FAMILIA: La demandada-reconventora, en su segunda pretensión, solicitó que se condene al señor ... al pago de los daños y perjuicios ocasionados -que técnicamente es daño moral-, tanto a ella como a su hijo. En el primer caso como producto del adulterio y, en ambos casos por el sufrimiento que les causó la sevicia atribuidas al actor-reconvenido, la cual ocasionó afectación psíquica, emocional y psicológica. Estima dichos perjuicios en la suma de diez millones de colones (¢10.000.000). Prima facie, conviene advertir que el daño adquiere poco a poco una relevancia trascendental en materia de divorcio, tanto desde el punto de vista moral como del patrimonial. El primero, sea el moral, se produce cuando se lesionan los sentimiento de una persona, es un "daño de afección" que se da cuando se lesionan sentimientos como el amor, la dignidad y el honor de uno de los cónyuges y se traducen en pena, tristeza, mortificación, disgusto o inseguridad personal. Estas conductas reiteradas o no, pueden ser constitutivas de separación personal y de divorcio sanción que pueden producir daños de orden moral; ya sea que lesionen derechos subjetivos matrimoniales de orden extra patrimonial (como por ejemplo las infidelidades) o del patrimonial (como podría ocurrir en el caso de los actos simulados fraudulentos de uno de los cónyuges en perjuicio de los derechos del otro en el caso de los

bienes gananciales). Incluso, si analizamos detalladamente las secuelas psicológicas y las bases de cada caso de separación o de divorcio en concreto, podríamos encontrar que también pueden ser susceptibles de ocasionar daño moral. Con respecto a la prueba de esta clase de daño, surge de la demostración de los hechos mismos constitutivos de las causales invocadas, según las reglas generales de la materia, en este caso las de familia; y le corresponderá, en todo caso, al responsable, la demostración de la existencia de alguna situación objetiva que permita excluir en el caso en concreto ese tipo de daño o que disminuya su entidad. El daño moral, entonces, se deduce por los propios hechos ilícitos que han perjudicado a la persona en sus afecciones más íntimas, en su integridad física o psíquica o en ambas, en su honor, etc. Sin necesidad, incluso, de demostrar especialmente la pena o el dolor del sujeto o su trascendencia familiar o social. Por ello, pareciera descartado considerar que un adulterio por el hecho de ser discreto no produce un daño grave susceptible de reparación. O una ofensa o humillación que no sea pública o incluso un atentado contra la propia dignidad. Ahora bien, en cuanto al menor de edad, la misma premisa es posible aplicar (al respecto pueden consultarse, GONZÁLEZ MORA, R (compilador). Daños y Perjuicios en el Proceso de Divorcio y de la Separación Judicial. Escuela Judicial, pág. 61 a 89). Sentado lo anterior y analizadas las probanzas vertidas al proceso a la luz de la sana crítica y del correcto entendimiento humano, se concluye que tanto doña ... como su hijo resultaron perjudicados por el comportamiento amoral e ilegítimo del actor-reconvenido. Así, en el "Dictamen Pericial Psicológico Clínico Forense" practicado por la Licenciada en Psicología ..., visible de folio 329 a 333, a la señora ..., se destacó la presencia de evidentes secuelas de daño emocional y psicológico producto, justamente, de la quebrantada relación existente entre la pareja litigante. También, detectó sentimientos en ella- la demandada- de temor, tristeza e impotencia. Con respecto al menor, en el dictamen respectivo..." (sic) (folios 334 a 338), la misma profesional indicó que en el plano emocional presentaba signos de ansiedad, demanda de atención y afecto, irritabilidad, enfado, conducta agresiva, soledad, tristeza, poca tolerancia a los límites, confuso ante la situación familiar; aspectos que atribuye a la separación de sus padres. No hay duda, entonces, que existe una relación de causalidad entre la conducta adúltera y seviciosa de don ...y el trastorno psicológico de su pareja e hijo. El artículo 48 bis del Código de Familia establece: "De disolverse el vínculo matrimonial, con base en alguna de las causales establecidas en los incisos 2), 3) y 4) del artículo 48 de este Código, el cónyuge inocente podrá pedir, conjuntamente con la acción de separación o de divorcio, daños y perjuicios de conformidad con el artículo 1045 del Código Civil" (Así adicionado

mediante Ley N° 7689 de 21 de agosto de 1997). Por su parte, el numeral 1045 del Código Civil, dispone: "Todo aquel que por dolo, falta, negligencia, o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios". Esta norma general, aplicable a la especie, permite concluir que el señor ... debe reparar los daños y perjuicios ocasionados a la demandada y a su hijo, los cuales se fijan, prudencialmente, en la suma de dos millones de colones (¢2.000.000) para cada uno...." Ahora bien, conviene detenerse en el sistema que se ha generado con la norma adicionada, el artículo 48 bis. En primer término existe un principio de orden constitucional de indemnización ante los daños causados, que en la parte extracontractual subjetiva es desarrollado por el numeral 1045 del Código Civil. Por su parte, en forma particular, el artículo 48 bis del Código de Familia se refiere a la indemnización de daños y perjuicios cuando el divorcio se decreta con base en tres de las causales que ese canon cita, a saber el atentado, la corrupción y la sevicia. Así, si en el Derecho de Familia se plantea una demanda por daños y perjuicios se presentan algunos problemas de aplicación que la jurisprudencia tendrá que resolver, como por ejemplo: ¿es posible la condenatoria en daños y perjuicios cuando los hechos configuran causales diferentes a las tres que esbozó el artículo 48 bis del Código de Familia? . Debe observarse que no está incluida en dichas tres causales la de adulterio, y el artículo se refiere al divorcio, por lo que tampoco están incluidas dentro de una interpretación literal causales de separación judicial como la de ofensas graves. ¿Existen posibilidades residuales que no sean de esas tres causales con base en los principios del artículo 41 de la Constitución Política y 1045 del Código Civil? ¿Y qué hay del supuesto doctrinario de los daños y perjuicios derivados no de la misma causal, sino del divorcio es decir de lo que implica a la parte la disolución del matrimonio que ha tenido que pedir? Otros puntos serían sobre responsabilidad derivada de hechos que no dan pie al divorcio, como es el asunto presente ¿se puede otorgar indemnización, y si es así en qué casos procede? Ya en el análisis concreto de los agravios, y luego del anterior desarrollo, este Tribunal llega a la conclusión de que la indemnización en el contexto que nos ocupa no procede y por ende, la sentencia en este aspecto ha de revocarse para en su lugar rechazar el extremo. Nótese como el marco de la contrademanda es el artículo 48 bis del Código de Familia y la responsabilidad se pidió por la sevicia: "que el demandado por el daño moral causado con la sevicia en mi contra debe indemnizarme con la suma de trescientos millones" . Lo cierto es que lleva razón el actor reconvenido apelante en el sentido de que la indemnización no ha de acogerse puesto que no se ha concedido el divorcio con base en la causal de sevicia sino con base en la separación de hecho, causal que de todas maneras no

presupone dentro de nuestro sistema una culpabilidad y una sanción sino un remedio. La presente integración de este Tribunal es del criterio que para ingresar en el análisis de la posibilidad de aplicar los principios generales del artículo 41 de la Constitución Política y del artículo 1045 del Código Civil por hechos específicos diferentes a la causal que sirve de base para decretar el divorcio, la pretensión ha de ser muy específica -acorde con el inciso 5 del artículo 290 del Código Procesal Civil- en ese sentido, lo que no ocurre en este caso. La contrademanda se refirió a la sevicia y al artículo 48 bis del Código de Familia, esto es a que los daños y perjuicios son por una causal y que da pie al divorcio. No es de recibo analizar por separado un hecho como generador de responsabilidad al amparo del artículo 48 bis, si el mismo no dio pie al decreto del divorcio. Si bien se ha considerado que el hecho por el cual se ha otorgado la indemnización hubiese constituido sevicia sino hubiese estado caduco, lo cierto es que de la combinación del artículo que se invocó en la parte del derecho de la contrademanda, 48 bis del Código de Familia, en relación con la forma en que se redactó la petitoria segunda de dicha reconvenición, no ha de concederse la indemnización otorgada en primera instancia, y lógicamente tampoco debe aumentarse como pide el otro apelante, pues la causal de sevicia que se invoca en dicha petitoria no fue la que sirvió de base para decretar la disolución del vínculo matrimonial, sino que fue la de separación de hecho. Así las cosas, en este extremo la sentencia apelada debe ser revocada para en su lugar rechazar el extremo del daño moral pedido en la contrademanda."

#### **d. Análisis acerca del Proceso en que debe Resolverse**

[TRIBUNAL DE FAMILIA]<sup>5</sup>

"I.- Según el ordenamiento costarricense, tenemos dos tipos de procesos los Contenciosos y los de Actividad Judicial no Contenciosa. En los primeros es requisito esencial para darle curso a la acción, cumplir con las formalidad que enuncia el artículo 290 del Código Procesal Civil, y que de ser defectuosa la demanda de acuerdo al numeral 291 del mismo cuerpo legal, debe de corregirse el defecto y en caso de incumplimiento dentro del plazo otorgado se declara inadmisibles la demanda. En los segundos no se plantea una demanda, sino una solicitud, a la cual no se le puede aplicar las normas anteriores, por no existir contención, sino que al tenor del artículo 839, se puede pedir a las partes completar o aclarar el convenio, si observaba algún motivo que justificase ello. II.- En nuestro ordenamiento jurídico, existen dos tipos de divorcio. El Divorcio Sanción , y el Divorcio Remedio . En el primero, su devenir, se va a dar por el incumplimiento que alguno de los cónyuges, haga de los efectos personales que enuncian los

artículos 11 y 34 del Código de Familia, y que se han trasladado como causal de Divorcio, enunciándose en el artículo 48 del Código en Rito. Asimismo en algunos casos, y ya previsto por ley, la infracción, conlleva a lo que se denomina cónyuge culpable, y en otros, no existe culpabilidad que declarar, por no existir, una conducta expresamente sancionable, sino que es una situación que por el acontecer del tiempo, se constituye en un motivo para decretar el divorcio, sin que se diga que es culpable uno u otro. En el otro caso, el denominado Divorcio Remedio, es el que está regulado por el artículo 48 ya citado, en su inciso 7), y se le llama Divorcio por Mutuo Acuerdo, el cual es una facultad jurisdiccional voluntaria, que da a las partes la oportunidad de no manifestar abiertamente las causas o motivos por los cuales se dará el rompimiento del vínculo matrimonial, preservándolas a su esfera personal. Esta posibilidad también elimina la noción de "culpabilidad o inocencia", al menos en la parte subjetiva del proceso. La importancia de la declaratoria de culpabilidad o no, estriba más que todo, en el derecho, que prácticamente hoy pueda interesar, como es el pago de la cuota alimentaria de un cónyuge a otro, dado que ya no es importante para la repartición de bienes, dado que por la reforma del artículo 41 mediante Ley No. 7689 de 21 de agosto de 1997 y el Voto de la Sala Constitucional No. 1758-00, la culpabilidad no conlleva pérdida de gananciales, o bien para el cobro de daños y perjuicios de conformidad con el artículo 1045 del Código Civil. Dentro de las causales que son sancionadas de culpabilidad, se enlistan los incisos 1 a 4 del Artículo 48 pluricitado, y se excluye el cobro de daños y perjuicios ya dicho el inciso 1) aunque sea una causal subjetiva, declarativa de culpabilidad. Lo connotado, es aplicable también a la Separación Judicial, siendo que las causales que autorizan a ésta, se observan en el numeral 58 incisos 1 a 8). El primero de los divorcios, se tramita en proceso Abreviado por haber contención entre partes regulado por el artículo 420 y siguientes del Código Procesal Civil, y el segundo, por la vía de Actividad Judicial no Contenciosa, al tenor de los numerales 819, 839 y siguientes del mismo cuerpo legal ya citado."

#### **e. Análisis de la Separación de Hecho como Causal**

[TRIBUNAL DE FAMILIA]<sup>6</sup>

"III.- SOBRE LA SEPARACION DE HECHO COMO CAUSAL DE DIVORCIO: Este asunto trata del planteamiento de un divorcio por separación de hecho. Es importante entonces profundizar en el verdadero sentido del deber de comunidad de vida o vida en común, y la correlativa causal de separación de hecho. La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha explorado las siguientes definiciones: "es necesario definir qué se entiende por separación de hecho. De

acuerdo con ZANNONI, la separación de hecho de los cónyuges, se produce por el abandono de hecho del hogar, por parte de uno de ellos, o por la decisión común, de vivir, en adelante, separados, sin que medie un juicio de divorcio. Puede suceder que, solamente uno de ellos, haga abandono de la cohabitación; o bien que, ambos, resuelvan separarse, de común acuerdo. (Ver, ZANNONI, Eduardo. Derecho Civil. Derecho de Familia , Tomo I, 2º edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 591 y siguientes). Para MORELLO, la separación de hecho " es la situación en que se encuentran los cónyuges, que sin previa decisión jurisdiccional quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que causa justificada alguna lo imponga y ya sea por voluntad de uno o de ambos esposos." (MORELLO, Augusto, en: Enciclopedia Jurídica Omeba , Tomo XXV, Driskill S.A., 1986, p. 410). Las características principales de la separación de hecho son: que, los esposos vivan separados; que, esa separación, sea permanente; y, que no exista un pronunciamiento jurisdiccional anterior, que haya impuesto el cese de la convivencia. Su distinción con el abandono, estriba básicamente, en que, "... la separación de hecho propiamente dicha es aquella en que los cónyuges por mutuo acuerdo deciden explícita o implícitamente mantenerse separados, mientras que el abandono de hecho, presupone siempre ausencia de un acuerdo y la conducta específica de uno de los esposos de dejar voluntaria y unilateralmente la vivienda común." (ibíd, p. 411)" (Voto 2001-595 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia .También se ha desarrollado lo siguiente respecto de la causal en nuestro país: "...III.- Por Ley N° 7532, de 8 de agosto de 1995, publicada en La Gaceta N° 162, del 28 siguiente, se adicionó un inciso al artículo 48 del Código de Familia, que prevé, como causal de divorcio, "8) La separación de hecho por un término no menor de tres años." Se incluyó así, en la legislación costarricense, un motivo de disolución del vínculo matrimonial que se agrupa dentro de los denominados, por la doctrina, como objetivos y que da lugar al divorcio-remedio, opuesto al divorcio-sanción. El mutuo consentimiento (inciso 7) y la ausencia (inciso 6) son, también, causales de esa misma naturaleza. Para los efectos puramente extintivos, en ellas no interesa si la ruptura de hecho de la unión conyugal obedece a una falta, imputable al esposo o a la esposa, o si, por el contrario, es provocada por un acaecimiento fortuito. La causal de comentario se configura con la simple ruptura de la vida en común, verificada en la realidad y prolongada durante al menos tres años. Lo importante es la separación de hecho en esas condiciones y es indiferente y jurídicamente irrelevante determinar las razones o motivos que la originan. IV.- Es cierto que el abandono voluntario y malicioso que el o la cónyuge haga de la otra o del otro constituye una conducta antijurídica, que puede tener diversas consecuencias, una

de las cuales es la declaratoria de separación judicial -artículo 58, inciso 2), del Código de Familia-. Sin embargo, a partir de la reforma del Código de Familia, antes mencionada, sin duda, los legisladores y las legisladoras costarricenses optaron por reconocerle plenos efectos jurídicos extintivos al simple hecho de la separación conyugal por un período de tres años. Nótese que no la sujetaron a ninguna otra condición. Con ello no se pretendió premiar a quien podría ser catalogado como responsable de la ruptura, por haberse ido de la casa, por ejemplo, sino regularizar o legalizar una situación fáctica de total ineficacia de un acto jurídico -el matrimonio-, que afecta el estado civil. De ese modo, se excluyó del arbitrio de la persona inocente, la decisión de mantenerse o no vinculada, de derecho, a la culpable y se les reconoció, a ambas, su derecho a liberarse del vínculo, una vez transcurrido el tiempo mínimo establecido. Por eso mismo, la causal invocada por el actor en este caso, no requiere ninguna manifestación de conformidad de la esposa. Por consiguiente, en Costa Rica, la disolución del vínculo matrimonial que, en la realidad, no surte sus efectos propios durante más de tres años, al margen de quien tenga la culpa de ello, es, ahora, un asunto de interés público, sujeto, solamente, a la instancia de cualquiera de las partes. Se tutela, entonces, la libertad de estado, por razones de seguridad jurídica, en detrimento del eventual interés de uno de los cónyuges de permanecer casado/a...." (Ver votos de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia números 99-183 de las catorce horas del catorce de julio de mil novecientos noventa y nueve y 2003-630 de las nueve horas cuarenta minutos del treinta y uno de octubre del dos mil tres) Es importante decir que el artículo 11 del Código de Familia señala que el matrimonio tiene por objeto la vida en común y el mutuo auxilio. La separación de hecho es la cesación de esa vida en común, caracterizada por una situación sustancial como lo es no vivir juntos, y por una circunstancia de índole subjetiva como lo es no querer vivir juntos. La circunstancia subjetiva pesa al grado de que tal vez los cónyuges no viven en la misma casa o incluso en el mismo cuarto no obstante, sí se comparte la vida con el otro. Pero puede ocurrir al contrario, que sí se comparte el techo, pero no se comparte la vida. La ruptura de la relación personal, implica la ruptura de la comunidad de vida. Un autor señala: "Para elaborar un adecuado concepto de este deber matrimonial es preciso señalar que no alude exclusivamente al aspecto físico de la residencia en una misma casa; éste es el elemento esencial del deber de convivencia, pero también hay que tener en cuenta el aspecto espiritual o intencional, que hace a la plena comunidad de vida entre los esposos. Esto significa que aunque los esposos convivan en la misma casa, si mantienen dormitorios separados, por ejemplo, no están cumpliendo con el deber de convivencia, porque se están

sustrayendo a la plena comunidad de vida que el matrimonio significa; de allí que algunos autores señalen que el débito conyugal se encuentra incluido en el deber de cohabitación. Por el contrario, cuando circunstancialmente residen en distintos domicilios pero mantienen una voluntad de convivir, no están violando este deber matrimonial, porque el elemento intencional subsiste..." (Azpiri, Jorge A.: Derecho de Familia, Hamurabi, Buenos Aires, 2000, p. 132-133) Si bien esta cita tiene sus imprecisiones nos permite destacar la preminencia del aspecto intencional o psicoemocional sobre el físico o material. Si existe una intencionalidad de mantener una relación personal aún cuando medie distancia, la separación de hecho no existe. Si existe una inmediación física entre la pareja pero no existe esa comunidad en el aspecto personal, la separación de hecho se configura. Y qué decir cuando al distanciamiento personal se une el distanciamiento físico. La permanencia de ese distanciamiento en el aspecto personal en el tiempo, por un plazo que el legislador ha determinado en tres años, es lo que da pie a que se decrete la disolución del vínculo matrimonial. Esta causal que es de naturaleza objetiva o remedio, prescinde del aspecto de la culpabilidad para centrarse en que la persistencia de la separación implica la ruptura de la comunidad de vida, y que por un plazo como el dicho apareja la sinrazón de la empresa matrimonial, y que por ende ha de darse a ambos cónyuges la posibilidad de pedir la disolución del vínculo matrimonial, con independencia de un reproche que implique una sanción como sería la pérdida de alimentos, sino simple y objetivamente como una solución legal a la realidad familiar."

#### **f. Análisis Respecto del Plazo de la Separación de Hecho**

[TRIBUNAL DE FAMILIA]<sup>7</sup>

"III.- El tema de los plazos de la separación de hecho, es de orden público y corresponde que se demuestre su cumplimiento en una forma fehaciente. Y ese cumplimiento de plazo debe haberse operado al presentar la demanda puesto que si no la demanda resulta prematura. Avalar casos dudosos, o bien plazos cumplidos durante el proceso es contrario al espíritu de la norma, pues precisamente existe un sentido para establecer legalmente ese plazo, y no es precisamente para facilitar la disolución del vínculo matrimonial. Al respecto podemos consultar la siguiente resolución de este Tribunal, que si bien relacionada con otra causal pone en evidencia lo que se ha interpretado sobre dicho plazos de separación: "... II.- Ahora bien, tratándose de las causales de divorcio, es importante la constatación de la respectiva causal pues están de por medio razones de orden público y social relacionados con la protección de la familia. Y, a la

hora que este Tribunal revisa el punto de la constatación de la causal alegada y acogida, llega a la conclusión de que no es posible en el sublítem. Veamos. El artículo 48 inciso 5) del Código de Familia dispone: "...ARTICULO 48.- Será motivo para decretar el divorcio: 1) ... 5) La separación judicial por un término no menor de un año, si durante ese lapso no ha mediado reconciliación entre los cónyuges; durante dicho lapso el Tribunal, a solicitud de los interesados y con un intervalo mínimo de tres meses, celebrará no menos de dos comparecencias para intentar la reconciliación entre los cónyuges. La primera comparecencia no podrá celebrarse antes de tres meses de decretada la separación. Para tales efectos, el Tribunal solicitará los informes que considere pertinentes. Si alguno de los cónyuges no asistiere a las comparecencias, si éstas no se solicitan, o si las conclusiones a que llegue el Tribunal así lo aconsejan, el plazo para decretar el divorcio será de dos años..." Este artículo, debe interpretarse en el sentido de que el plazo que constituye regla general es el de dos años de separación judicial, sin reconciliación. El plazo de un año a que se alude primero en la norma se aplica, como excepción, cuando se demuestren al menos dos convocatorias a comparecencias de reconciliación, con intervalo mínimo de tres meses. Si un actor pretende hacer valer el plazo de un año y no el de dos años, debe pedir al Juzgado respectivo una certificación de la o las sentencias (si mediaran varias instancias) que decretaron la separación judicial, la razón de su firmeza, ya que el plazo respectivo se computa a partir de la constitución de estado, así además deberá contener la fecha de su firmeza. Deberá agregarse el dato relativo a si se han dado las dos comparecencias de reconciliación que señala el artículo citado y en las condiciones que exige dicho inciso 5. ...No es el caso hacer el cómputo en el momento de dictar la sentencia puesto que a la hora de iniciar el proceso, el tiempo ha de haberse cumplido. Así el plazo entonces debe computarse entre la firmeza de la sentencia que constituye el estado de separación judicial y la fecha de planteamiento de la demanda de divorcio. Lo que se echa de menos en este caso, implica un defecto absoluto en los presupuestos de derecho e interés actual, pues no se da esa razón jurídica basada en hechos verdaderos que ampara la pretensión del actor, además de que no resulta actual, sino prematura la aspiración del actor. Y estando de por medio razones de orden público y de interés social que no se pueden soslayar bajo el tamiz del interés de las partes, lo que corresponde, al no poderse subsanar en esta instancia, es anular la sentencia venida en alzada ..." (Tribunal de Familia, número 1378-03 de las nueve horas treinta minutos del ocho de octubre del dos mil tres). El señor Juez de primera instancia correctamente hace relaciones entre algunos datos que se dan en los testimonios, y saca la

conclusión de que no es claro que al momento de presentación de la demanda se ha cumplido el plazo que exige la ley, criterio que comparte este Tribunal, razón por la cual se ha de confirmar en este aspecto la resolución recurrida."

#### **g. Ausencia de Elementos Probatorios**

[TRIBUNAL DE FAMILIA]<sup>8</sup>

"III.- SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA: El tema de la carga de la prueba ha logrado una evolución importante. Recordemos aquellos axiomas del Derecho Romano entre los que figuran "Ei incumbit probatio qui dicit non qui negat", "Necessitas probandi incumbit ei qui agit", "Per rerum naturam factum negantis probatio est" y "reus in excipiendo fit actor". Dichas fórmulas fueron cuestionadas por la doctrina moderna entendiéndolas como insuficientes, incompletas e imprecisas. La evolución ha tendido a la precisión terminológica y a buscar nuevos rumbos que respondan a una mejor justicia. En la parte terminológica y conceptual, se han desarrollado diversas tesis respecto al tema de si es obligación o si se trata efectivamente de una carga, siendo clásicos los tratados de Rosemberg y de Micheli. Siguiendo a Devis Echadía podemos exponer en primer término aquella tesis según la cual la carga es una categoría de obligación , respecto de la cual no se sanciona pena o resarcimiento de daños, sino una mera decadencia. También está la tesis que considera la carga como un vínculo jurídico impuesto para la protección del interés público , construida dentro del derecho público como un poder deber. Otra tesis es la que define la carga de la prueba como un deber libre , que casi implica el deber para consigo mismo. Luego está la tesis que radica la noción de carga en la titularidad del interés que existe en su observancia , en el sentido de que la obligación se cumple en beneficio ajeno y la carga en beneficio propio. También está la enarbolada por Carnellutti, Kisch, Augenti y Fenech, que es la tesis que diferencia la carga de la obligación y que, no obstante, la coloca en el grupo de las relaciones jurídicas pasivas como acto jurídicamente necesario, pero en el interés propio, cuya inejecución , siendo lícita acarrea sanción económica. La tesis distingue la obligación de la carga y estructura su noción sobre cuatro bases: "a) el carácter del acto necesario (jurídicamente) de ésta, en oposición al del acto debido que tiene aquella; b) el distinto interés (ajeno o propio) en que se cumple el acto, es decir, la carga se cumple en interés propio y la obligación en interés ajeno (del acreedor); c) la diferente sanción que acarrea el incumplimiento (jurídica para la obligación y simplemente económica para la carga: la consecuencia adversa que sufre el sujeto) y d) el carácter ilícito del incumplimiento de la obligación y lícito de la inobservancia de la carga. Luego está la

tesis de Couture y Eisner que distingue la carga de la obligación y el diferente interés que en ellas radica, le da mayor realce a la libertad del sujeto de la primera. Se distingue de la anterior porque en vez de considerar la carga como un acto necesario, la califica de imperativo del propio interés. Tenemos también la tesis de Micheli y de Rosenberg que consideran la carga como una facultad o poder de obrar libremente en beneficio propio, siendo lícito abstenerse de hacerlo y, por lo tanto, sin que haya coacción o sanción, y sin que exista un derecho de otro a exigir su observancia. Los autores de los tratados célebres sobre el tema llegan a esa conclusión luego de analizar los diferentes autores del tema. La doctrina actualmente en este particular entonces ha ido evolucionando a entender que se trata de un poder o facultad de ejecutar libremente ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables (Devis Echandía, Hernando: Teoría General de la Prueba Judicial, Fidenter, Buenos Aires, Tomo I, páginas 393 a 510). Así encontramos como se evoluciona del concepto de obligación de probar a carga de la prueba. Para concluir que la misma es sustitutiva puesto que reemplaza a la prueba en el momento de la decisión, en virtud de que la prueba faltó o resulta insuficiente. El autor colombiano Devis Echandía desarrolla los dos aspectos de la carga de la prueba así: "1º por una parte, es una regla para el juzgador o regla de juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2º por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada uno le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria... para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones..." (Ibid, página 424). Así el autor que hemos escogido para exponer este tema concluye con un concepto de carga de la prueba de la siguiente forma: "Carga de la prueba es una noción procesal que contiene la regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables (pág. 426). La doctrina también realiza un desdoble entre la carga de la afirmación y la carga de la prueba, ambos conceptos de todas maneras íntimamente

relacionadas , porque la primera delimita el campo en que opera la segunda. No obstante en virtud del principio de comunidad de prueba no importa a partir de cuál prueba se demuestren los hechos, de lo que se deriva que la carga no determina quién debe probar, sino quién debe evitar que falte la prueba. IV.- SOBRE LA SEPARACION DE HECHO COMO CAUSAL DE DIVORCIO: Este asunto trata del planteamiento de un divorcio por separación de hecho. Es importante entonces profundizar en el verdadero sentido del deber de comunidad de vida o vida en común, y la correlativa causal de separación de hecho . La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha explorado las siguientes definiciones: "es necesario definir qué se entiende por separación de hecho. De acuerdo con ZANNONI, la separación de hecho de los cónyuges, se produce por el abandono de hecho del hogar, por parte de uno de ellos, o por la decisión común, de vivir, en adelante, separados, sin que medie un juicio de divorcio. Puede suceder que, solamente uno de ellos, haga abandono de la cohabitación; o bien que, ambos, resuelvan separarse, de común acuerdo. (Ver, ZANNONI, Eduardo. Derecho Civil. Derecho de Familia , Tomo I, 2º edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 591 y siguientes). Para MORELLO, la separación de hecho " es la situación en que se encuentran los cónyuges, que sin previa decisión jurisdiccional quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que causa justificada alguna lo imponga y ya sea por voluntad de uno o de ambos esposos." (MORELLO, Augusto, en: Enciclopedia Jurídica Omeba , Tomo XXV, Driskill S.A., 1986, p. 410). Las características principales de la separación de hecho son: que, los esposos vivan separados; que, esa separación, sea permanente; y, que no exista un pronunciamiento jurisdiccional anterior, que haya impuesto el cese de la convivencia. Su distinción con el abandono, estriba básicamente, en que, "... la separación de hecho propiamente dicha es aquella en que los cónyuges por mutuo acuerdo deciden explícita o implícitamente mantenerse separados, mientras que el abandono de hecho, presupone siempre ausencia de un acuerdo y la conducta específica de uno de los esposos de dejar voluntaria y unilateralmente la vivienda común." (ibíd, p. 411)" (Voto 2001-595 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia También se ha desarrollado lo siguiente respecto de la causal en nuestro país: "...III.- Por Ley N° 7532, de 8 de agosto de 1995, publicada en La Gaceta N° 162, del 28 siguiente, se adicionó un inciso al artículo 48 del Código de Familia, que prevé, como causal de divorcio, "8) La separación de hecho por un término no menor de tres años." Se incluyó así, en la legislación costarricense, un motivo de disolución del vínculo matrimonial que se agrupa dentro de los denominados, por la doctrina, como objetivos y que da lugar al divorcio-remedio, opuesto al divorcio-sanción. El mutuo consentimiento (inciso 7) y la ausencia (inciso 6) son, también,

causales de esa misma naturaleza. Para los efectos puramente extintivos, en ellas no interesa si la ruptura de hecho de la unión conyugal obedece a una falta, imputable al esposo o a la esposa, o si, por el contrario, es provocada por un acaecimiento fortuito. La causal de comentario se configura con la simple ruptura de la vida en común, verificada en la realidad y prolongada durante al menos tres años. Lo importante es la separación de hecho en esas condiciones y es indiferente y jurídicamente irrelevante determinar las razones o motivos que la originan. IV.- Es cierto que el abandono voluntario y malicioso que el o la cónyuge haga de la otra o del otro constituye una conducta antijurídica, que puede tener diversas consecuencias, una de las cuales es la declaratoria de separación judicial -artículo 58, inciso 2), del Código de Familia-. Sin embargo, a partir de la reforma del Código de Familia, antes mencionada, sin duda, los legisladores y las legisladoras costarricenses optaron por reconocerle plenos efectos jurídicos extintivos al simple hecho de la separación conyugal por un período de tres años. Nótese que no la sujetaron a ninguna otra condición. Con ello no se pretendió premiar a quien podría ser catalogado como responsable de la ruptura, por haberse ido de la casa, por ejemplo, sino regularizar o legalizar una situación fáctica de total ineficacia de un acto jurídico -el matrimonio-, que afecta el estado civil. De ese modo, se excluyó del arbitrio de la persona inocente, la decisión de mantenerse o no vinculada, de derecho, a la culpable y se les reconoció, a ambas, su derecho a liberarse del vínculo, una vez transcurrido el tiempo mínimo establecido. Por eso mismo, la causal invocada por el actor en este caso, no requiere ninguna manifestación de conformidad de la esposa. Por consiguiente, en Costa Rica, la disolución del vínculo matrimonial que, en la realidad, no surte sus efectos propios durante más de tres años, al margen de quien tenga la culpa de ello, es, ahora, un asunto de interés público, sujeto, solamente, a la instancia de cualquiera de las partes. Se tutela, entonces, la libertad de estado, por razones de seguridad jurídica, en detrimento del eventual interés de uno de los cónyuges de permanecer casado/a...." (Ver votos de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia números 99-183 de las catorce horas del catorce de julio de mil novecientos noventa y nueve y 2003-630 de las nueve horas cuarenta minutos del treinta y uno de octubre del dos mil tres) Es importante decir que el artículo 11 del Código de Familia señala que el matrimonio tiene por objeto la vida en común y el mutuo auxilio. La separación de hecho es la cesación de esa vida en común, caracterizada por una situación sustancial como lo es no vivir juntos, y por una circunstancia de índole subjetiva como lo es no querer vivir juntos. La circunstancia subjetiva pesa al grado de que tal vez los cónyuges no viven en la misma casa o incluso en el mismo

cuarto no obstante, sí se comparte la vida con el otro. Pero puede ocurrir al contrario, que sí se comparte el techo, pero no se comparte la vida. La ruptura de la relación personal, implica la ruptura de la comunidad de vida. Un autor señala: "Para elaborar un adecuado concepto de este deber matrimonial es preciso señalar que no alude exclusivamente al aspecto físico de la residencia en una misma casa; éste es el elemento esencial del deber de convivencia, pero también hay que tener en cuenta el aspecto espiritual o intencional, que hace a la plena comunidad de vida entre los esposos. Esto significa que aunque los esposos convivan en la misma casa, si mantienen dormitorios separados, por ejemplo, no están cumpliendo con el deber de convivencia, porque se están sustrayendo a la plena comunidad de vida que el matrimonio significa; de allí que algunos autores señalen que el débito conyugal se encuentra incluido en el deber de cohabitación. Por el contrario, cuando circunstancialmente residen en distintos domicilios pero mantienen una voluntad de convivir, no están violando este deber matrimonial, porque el elemento intencional subsiste..." (Azpiri, Jorge A.: Derecho de Familia, Hamurabi, Buenos Aires, 2000, p. 132-133) Si bien esta cita tiene sus imprecisiones nos permite destacar la preminencia del aspecto intencional o psicoemocional sobre el físico o material . Si existe una intencionalidad de mantener una relación personal aún cuando medie distancia, la separación de hecho no existe. Si existe una inmediación física entre la pareja pero no existe esa comunidad en el aspecto personal, la separación de hecho se configura. Y qué decir cuando al distanciamiento personal se une el distanciamiento físico. La permanencia de ese distanciamiento en el aspecto personal en el tiempo, por un plazo que el legislador ha determinado en tres años, es lo que da pie a que se decrete la disolución del vínculo matrimonial. Esta causal que es de naturaleza objetiva o remedio, prescinde del aspecto de la culpabilidad para centrarse en que la persistencia de la separación implica la ruptura de la comunidad de vida, y que por un plazo como el dicho apareja la sinrazón de la empresa matrimonial, y que por ende ha de darse a ambos cónyuges la posibilidad de pedir la disolución del vínculo matrimonial, con independencia de un reproche que implique una sanción como sería la pérdida de alimentos, sino simple y objetivamente como una solución legal a la realidad familiar.

V.- DE LA SEPARACION DE HECHO EN UN CASO QUE SE COMPARTE EL TECHO: De lo dicho anteriormente, hemos de concluir, que puede existir la situación de que se configure la causal de separación de hecho en los casos en que se vive bajo un mismo techo. Consideraciones económicas o de índole social privan para casos en que no se comparte el aspecto psicoemocional por parte de los cónyuges que se mantienen viviendo bajo el mismo techo. Ello nos lleva a analizar, como se

impone en el Derecho de Familia, el caso concreto para llegar a la esencia de la dinámica del núcleo Delgado Marín. VI.- SOBRE LA PRUEBA CONFESIONAL: La prueba confesional es la declaración de una parte sobre hechos personales contrarios a los intereses del confesante y favorables al adversario. Dicha prueba opera contra quien la hace (el confesante) y no a su favor, por ello, analizar la prueba confesional de la actora, para que opere a su favor es absolutamente inadmisibles, pues ello es contrario a la naturaleza de la prueba de posiciones (doctrina que informa al numeral 338 del Código Procesal Civil). Tal vez en un caso podría probar contra quien propone la prueba, no tanto las respuestas del confesante sino respecto a las aserciones contenidas en el mismo interrogatorio (artículo 342 del Código Procesal Civil). No obstante, las preguntas hechas no revelan nada que afiance la tesis de la actora. VII.- SOBRE LA INSUFICIENCIA DE LAS OTRAS PRUEBAS Y LA CARGA DE LA PRUEBA: En cuanto al análisis de la prueba testimonial este Tribunal coincide con las apreciaciones del A quo. La única testigo, la referencia temporal que da es de tres años y eso ya para el tiempo de la etapa probatoria, y realmente no nos da mucha información como para tener por fehacientemente demostrado la separación de hecho de las partes por más de ese plazo. Tampoco la prueba documental que se menciona no aporta nada en favor de la tesis de la actora, específicamente sobre el plazo de separación de hecho. No es el caso hacer el cómputo en el momento de dictar la sentencia puesto que a la hora de iniciar el proceso, el tiempo ha de haberse cumplido. Así el plazo entonces debe computarse entre el inicio de la separación de hecho y la fecha de planteamiento de la demanda de divorcio, y como bien señaló la autoridad de primera instancia, dicho plazo debe ser probado claramente. Aquí entonces lo que hay que hacer es aplicar la norma de juicio para los casos en que no se encuentran pruebas suficientes que den certeza sobre los hechos que deben fundamentar la decisión, y que señalan quién debe acarrear con los efectos desfavorables de la insuficiencia probatoria, y esa persona es precisamente quien afirmó en esta litis que la separación de hecho era por más de tres años (doctrina del numeral 317 del Código Procesal Civil en relación con el numeral 8 del Código de Familia). Entonces, lo que se echa de menos en este caso, implica un defecto absoluto en el presupuesto de derecho, pues no se da esa razón jurídica basada en hechos verdaderos que ampara la pretensión de la actora. Por ende, lo que corresponde, es confirmar la sentencia recurrida."

#### **h. Plazo de Caducidad del Divorcio para Alegarlo**

[SALA SEGUNDA]<sup>9</sup>

"II.- El Título I, del Código de Familia se ocupa de la regulación

relativa al matrimonio, disponiendo en el artículo 11 que el matrimonio es la base esencial de la familia, el que tiene por objeto la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio. Por su parte, los numerales 33 y siguientes incluyen algunos de sus efectos. Específicamente, el 34 reza: "Matrimonio. Obligaciones y responsabilidades de los esposos. Los esposos comparten la responsabilidad y el gobierno de la familia. Conjuntamente deben regular los asuntos domésticos, proveer a la educación de sus hijos y preparar su porvenir. Asimismo, están obligados a respetarse, a guardarse fidelidad y a socorrerse mutuamente. Deben vivir en un mismo hogar salvo que motivos de conveniencia o de salud para alguno de ellos o de los hijos justifique residencias distintas". A la luz de lo establecido en esa norma, los esposos se deben respeto entre sí. Ese respeto que debe imperar en el seno familiar, está referido no sólo a la integridad física de una persona, sino, también, a su integridad psíquica y moral. No es otra cosa que el respeto al cónyuge, como persona con igualdad de derechos; postulado consagrado en términos generales en los artículos 33 y 40 de la Constitución Política, que protegen a toda persona contra la discriminación, los tratos crueles y degradantes en perjuicio de su integridad física, psíquica y moral, de modo que existe un derecho fundamental al respeto de la honra y la dignidad. En ese orden de ideas, el incumplimiento grave de esos valores por alguno de los cónyuges, puede dar lugar a la declaración de la separación judicial o del divorcio, dependiendo de la conducta tomada en cuenta por el legislador para enumerar las causales para decretarlos. (Voto número 189, de las 15:00 horas, del 24 de julio de 1998). El inciso 4), del artículo 48 del Código de Familia, contempla la sevicia como causal de divorcio. Ese cuerpo normativo no define los alcances de aquella, por lo que es el juzgador el llamado a determinarlos, con apoyo de la doctrina y la jurisprudencia sobre el tema, tomando en consideración que no es cual quier hecho o su reiteración, aún cuando sea reprochable, el que puede invocarse como justificante de la disolución del matrimonio, dado que el ordenamiento jurídico tiene un interés especial en su preservación, al considerársele la base esencial de la familia y, ésta, elemento natural y fundamento de la sociedad, merecedora de tutela por parte del Estado (artículos 51 y 52 de la Constitución Política) (ver, en tal sentido el Voto de esta Sala número 212, de las 9:40 horas, del 1º de octubre de 1993). Para la doctrina y la jurisprudencia, la sevicia, en tanto causal de divorcio, se configura, por la violencia física o moral empleada por uno de los cónyuges en perjuicio del otro o de sus hijos, ya sea por medio de hechos o de palabras, o bien por acciones u omisiones, las que siendo altamente mortificantes perturban tanto la salud física como mental y por consiguiente hacen prácticamente imposible la vida en

pareja (voto número 213, de las 10:00 horas, del 24 de setiembre de 1997). Tal y como lo expresó la antigua Sala de Casación, en la sentencia número 11, de 1968: "La sevicia consiste, pues, en actos ciertos, evidentes, de crueldad excesiva o brutalidad, de un cónyuge para otro, con efecto físico o moral dañoso para el maltratado" (Colección de Sentencias, I semestre, tomo I, p. 162). Debe tratarse de uno o de varios actos gravemente infamantes y ofensivos y no de situaciones de poca trascendencia o aisladas. Ahora bien, la Ley contra la Violencia Doméstica, número 7586, del 10 de abril de 1996, en su artículo 2, define los tipos de violencia a que se pueden encontrar sometidas las personas en el ámbito intrafamiliar. Respecto de la violencia psicológica, se dice que es la acción u omisión "... destinada a degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas, por medio de intimidación, manipulación, amenaza, directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta que implique un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación o el desarrollo personal". Los juzgadores de instancia consideraron que la acción de la esposa para pedir el divorcio por la causal de sevicia caducó. Los numerales 49 y 59 del Código de Familia contemplan los términos de caducidad aplicados a las acciones de divorcio y de separación judicial, respectivamente. Para efectos de este asunto, interesa el primero, el cual dispone: "La acción de divorcio sólo puede establecerse por el cónyuge inocente, dentro de un año contado desde que tuvo conocimiento de los hechos que lo motiven. En los casos de ausencia judicialmente declarada podrá plantear la acción el cónyuge presente en cualquier momento. Para estos efectos el Tribunal nombrará al demandado un curador ad litem.". En aplicación de la normativa citada, precisa determinar si el marido incurrió en sevicia en el año inmediato anterior a la presentación de la demanda.- "

#### **i. Separación de Hecho y Abandono Malicioso**

[TRIBUNAL DE FAMILIA]<sup>10</sup>

"II.- En nuestro ordenamiento jurídico, existen dos tipos de divorcio. El Divorcio Sanción, y el Divorcio Remedio. En el primero, su devenir, se va a dar por el incumplimiento que alguno de los cónyuges, haga de los efectos personales que enuncian los artículos 11 y 34 del Código de Familia, y que se han trasladado como causal de Divorcio, enunciándose en el artículo 48 del Código en Rito. Asimismo en algunos casos, y ya previsto por ley, la infracción, conlleva a lo que se denomina cónyuge culpable, y en otros, no existe culpabilidad que declarar, por no existir, una conducta expresamente sancionable, sino que es una situación que por el acontecer del tiempo, se constituye en un motivo para

decretar el divorcio, sin que se diga que es culpable uno u otro. En el otro caso, el denominado Divorcio Remedio, es el que está regulado por el artículo 48 ya citado, en su inciso 7), y se le llama Divorcio por Mutuo Acuerdo, el cual es una facultad jurisdiccional voluntaria, que da a las partes la oportunidad de no manifestar abiertamente las causas o motivos por los cuales se dará el rompimiento del vínculo matrimonial, preservándolas a su esfera personal. Esta posibilidad también elimina la noción de "culpabilidad o inocencia", al menos en la parte subjetiva del proceso. La importancia de la declaratoria de culpabilidad o no, estriba más que todo, en el derecho, que prácticamente hoy pueda interesar, como es el pago de la cuota alimentaria de un cónyuge a otro, dado que ya no es importante para la repartición de bienes, dado que por la reforma del artículo 41 mediante Ley No. 7689 de 21 de agosto de 1997 y el Voto de la Sala Constitucional No. 1758-00, la culpabilidad no conlleva pérdida de gananciales, o bien para el cobro de daños y perjuicios de conformidad con el artículo 1045 del Código Civil. Dentro de las causales que son sancionadas de culpabilidad, se enlistan los incisos 1 a 4 del Artículo 48 pluricitado, y se excluye el cobro de daños y perjuicios ya dicho el inciso 1) aunque sea una causal subjetiva, declarativa de culpabilidad. Lo connotado, es aplicable también a la Separación Judicial, siendo que las causales que autorizan a ésta, se observan en el numeral 58 incisos 1 a 8). III.- Específicamente en el presente asunto, la señora Chaves Rímolo, solicita que se declare disuelto el vínculo matrimonial por la causal de Separación de hecho, al tenor del artículo 48 inciso 8 del Código de Familia. IV.- La causal de Separación de hecho está contemplada en el artículo 48 inciso 8 del Código de Familia, como causal para solicitar el divorcio y consiste precisamente en la Separación de Hecho por un término no menor de tres años, y estriba, en: " Cuando ambos cónyuges convienen expresa, o tácitamente uno de ellos impone al otro, la cesación de la convivencia matrimonial, con el propósito fundamental de interrumpir o extinguir la vida común, sin intervención del órgano público al que compete legalmente el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el ámbito de las relaciones conyugales... " (Sala Primera Civil, No. 222 de las 9:15 horas del 27 de julio de 1973...Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda. No, 79 de las 9:00 horas del 23 de marzo, 1994). " como aquella situación según la cual uno de los cónyuges maltrata física o verbalmente al otro cónyuge o sus hijos. La jurisprudencia se ha pronunciado en relación a esta causal y ha considerado que se está en presencia de ella cuando concurren " ciertos actos revestidos de una evidente crueldad o violencia de un cónyuge para con otro, cuyos efectos físicos o morales para el maltrato revisten tal gravedad, que tornan imposible la convivencia del matrimonio." (Sala Segunda

de la Corte Suprema de Justicia. Voto No. 4 del 6 de enero de 1993) ". De igual forma, en lo tocante al Abandono Voluntario y Malicioso que uno de los cónyuges haga del otro, está contemplada como causal de Separación Judicial, en el numeral 58 inciso 2) del Código de Familia, y se ha dicho que la misma consiste en: " ... cuando uno de los cónyuges hace dejación del otro, temporal o definitivamente, con el propósito de sustraerse a los deberes conyugales, y por consiguiente, sin justificación alguna..", pero con la salvedad que ésta causal, es para aspirar a una separación judicial, y no a una disolución del vínculo matrimonial, porque si bien es cierto, por todas las causales atinentes al divorcio, se puede solicitar la Separación Judicial, no sucede lo mismo con las causales específicas que autorizan la Separación, dado que con éstas, no se puede sustentar una súplica de divorcio. V.- El alegato del apelante, es de que se manifiesta disconforme con la sentencia, porque declara que la actora conserva el derecho de ser alimentada, pero de modo alguno la Juzgadora no entró a analizar si se produjo o no el abandono voluntario y malicioso del hogar conyugal por parte de la señora Chaves, como eximente de la obligación alimentaria. Que a su juicio corresponde anular la sentencia de primera instancia, para así evitar resolver en única instancia y ordenarle al Juzgado Segundo de Familia, entrar a conocer sobre el abandono voluntario y malicioso del hogar atribuido a la aquí actora, únicamente como eximente del derecho a ser alimentada por el demandado, invocado por su cliente. Que de no existir la nulidad alegada, entonces que se revoque la resolución recurrida y se rechace en sentencia la declaratoria que contiene el aparte 4 del POR TANTO, para en su lugar establecer que la actora no tiene derecho en su condición personal a cobrar alimentos para sí al demandado, por haber incurrido en abandono voluntario y malicioso del hogar en perjuicio de su esposo. VI.- Con relación a la aspiración de anular la sentencia, porque la Jueza no conoció el abandono voluntario y malicioso del hogar atribuido a la actora, como eximente del derecho a ser alimentada por el demandado, es totalmente improcedente. En primer lugar, como se anotó supra, dicha causal, es reconocida para la solicitud de Separación Judicial y no para un Divorcio, como es el caso que nos ocupa . En segundo lugar, el demandado no contrademandó y por ello, no le asiste derecho alguno, para invocar causales que procesalmente no accionó. Aunque el numeral 173 inciso 4) del Código de Familia establece que no existirá obligación de proporcionar alimentos al obligado cuando el cónyuge haya incurrido en abandono voluntario del hogar, es de resaltar que los Jueces deben de resolver todos los conflictos sometidos a su conocimiento por la Potestad Jurisdiccional, con que han sido investidos.". Este Tribunal imparte aprobación a las consideraciones de fondo y el análisis realizado por la Juzgadora

de primera instancia. Erróneamente se combate dentro de una demanda de divorcio, con una causal de Separación Judicial, como es el Abandono Voluntario y Malicioso que uno de los cónyuges haga del otro, porque no estaba en discusión para el proceso que nos ocupa esa particularidad, de ahí que seguir insistiendo inclusive en esta instancia que la señora Chaves Rímolo hizo Abandono del Hogar y que por ello no debe conservar el derecho a ser alimentada por el demandado, resulta impropio y totalmente desconocedor de los más elementales principios procesales, por eso ese agravio merece ser desdeñado. Ahora bien, siendo que se acreditó para romper el vínculo matrimonial la causal de separación de hecho mayor a tres años, la misma es objetiva, por lo que al tenor del artículo 57 del Código de Familia párrafo tercero, es potestad del Juzgador de instancia otorgar derecho alimentario a uno de los cónyuges y a cargo del otro, criterio que es avalo por este Tribunal en reiterados Votos, pero al respecto puede consultarse el Voto No. 94-2002 de las trece horas cuarenta minutos del treinta de enero del dos mil dos. Ese derecho genérico debe de ser tramitado en el Juzgado de Pensiones Alimentarias que corresponda, quien en definitiva resolverá lo referente a la constatación de las necesidades de ella las posibilidades de él y de la cuota correspondiente, todo sin perjuicio de las causas de cesación que pudieran sobrevenir posteriormente, o si ya existiese laudo al respecto. Por todo lo anterior, sin más abundar, el Tribunal resuelve denegar la nulidad alegada, desairar lo argüido y confirmar la resolución recurrida."

**FUENTES CITADAS:**

- 1 Ley Número 5476. Costa Rica, 2 de diciembre de 1973.
- 2 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución No. 620-2000, de las once horas con cincuenta y tres minutos del veinticinco de agosto de dos mil.
- 3 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución No. 929-2006, de las nueve horas con treinta y cinco minutos del seis de octubre de dos mil seis.
- 4 TRIBUNAL DE FAMILIA. Resolución No. 2201-2004, de las ocho horas del catorce de diciembre de dos mil cuatro.
- 5 TRIBUNAL DE FAMILIA. Resolución No. 15-2005, de las nueve horas del veinte de enero de dos mil cinco.
- 6 TRIBUNAL DE FAMILIA. Resolución No. 1238-2004, de las once horas con cincuenta minutos del veintiuno de julio de dos mil cuatro.
- 7 TRIBUNAL DE FAMILIA. Resolución No. 592-2006, de las diez horas con cuarenta y cinco minutos del diez de mayo de dos mil seis.
- 8 TRIBUNAL DE FAMILIA. Resolución No. 833-2004, de las diez horas con treinta minutos del veintiseis de mayo de dos mil cuatro.
- 9 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución No. 986-2005, de las nueve horas con treinta y cinco minutos del treinta de noviembre de dos mil cinco.
- 10 TRIBUNAL DE FAMILIA. Resolución No. 2097-2004, de las ocho horas del dos de diciembre de dos mil cuatro.