



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: EL DIVORCIO DE GERARDO TREJOS

EXTRACTO DEL LIBRO:

TREJOS (Gerardo), Derecho de Familia Costarricense. San José, Editorial Juricentro, Tomo I, 1990, pp. 225 a la 268. (Localizado en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Signatura 346.2 T787d4).

CAPITULO DÉCIMO PRIMERO

EL DIVORCIO

1. Introducción

El divorcio consiste en la disolución, en vida de los cónyuges, de un matrimonio válidamente contraído.²⁶¹

La regulación jurídica del divorcio puede ser organizada sobre bases diferentes.

Un primer sistema consistiría en admitir el divorcio puramente voluntario, sea por voluntad unilateral (repudiación), o por mutuo disenso de los esposos, sin recurrir al aparato judicial.

De acuerdo con un segundo sistema, el divorcio no puede ser más que judicial y debe ser declarado, por consiguiente, mediante una sentencia.

Si se admite solamente el divorcio judicial, se abre entonces una nueva opción, entre dos grandes variantes: el Tribunal podrá apreciar libremente el buen fundamento de la demanda (divorcio por causa indeterminada), o bien no podrá admitir más que los casos limitativamente previstos por la ley (divorcio por causas determinadas).

Caso de que el legislador retenga solamente la última opción, dos nuevas posibilidades se ofrecen para regular el divorcio: "La primera consiste en atribuir al mismo la calidad de una (sanción, por entender que todo divorcio comporta la existencia de una falta

²⁶¹ Se llama divorcio —dice BRENES CÓRDOBA— la disolución del matrimonio, por sentencia judicial, en virtud de ciertas causales ocurridas con posterioridad a la celebración del mismo. *Tratado de las personas*. Volumen II, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1984. N° 65.



y, por ende, sólo hay lugar a la disolución vincular cuando exista un cónyuge culpable y otro inocente, víctima de la infracción imputable al primero. La otra posibilidad reside en la concepción del divorcio a la manera de un remedio que trata de poner fin a una situación cuya continuación se hace imposible, y que evidencia la quiebra de la unión matrimonial (imputable tanto a infracciones de los cónyuges como a acaecimientos fortuitos, todo lo cual conduce a configurar las causas de divorcio como circunstancias enteramente objetivas). En tal caso el divorcio se convierte en la liquidación indiferente de una empresa cuyo designio se ha frustrado".²⁶²

Como en el divorcio y en la separación por *falta* (divorcio-sanción) siempre hay contención sobre la "culpabilidad", litigio que no existe en las causas de divorcio-remedio, podríamos hablar también de *causas contenciosas* y de *motivos o causas no contenciosas*, o de "divorcio por falta" y "divorcio por causa objetiva".

Otra dualidad que puede establecerse entre las causas de divorcio y de separación judicial es la que distingue entre *causas facultativas* y *causas perentorias*. Toda causa de divorcio –continúa diciendo el Profesor Carbonnier– aunque sea facultativa, necesita ser acogida y estimada por una resolución judicial, si bien en algunos supuestos el Tribunal no goza de ningún (o muy escaso) poder de apreciación para denegar la petición del actor. Se denomina *perentoria* a las causas que operan de esta manera automática y *facultativas* o *determinadas* a aquéllas que otorgan al juzgador un amplio poder de apreciación.

Entre estos sistemas posibles, nuestro Código Civil de 1888 – adoptó, al menos en principio, el más restrictivo. Los artículos 80 y siguientes del Código de 1888, excluían el divorcio voluntario y el divorcio por causas indeterminadas, permitiendo tan sólo el divorcio judicial y por causas determinadas. Todas constituían una falta a los deberes conyugales.

Según el artículo 80 del Código Civil eran causas de divorcio: el adulterio de la mujer; el concubinato escandaloso del marido; el atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro; la tentativa del marido para prostituir a su mujer, y la sevicia. Puede observarse que esas causas configuran un típico sistema de *divorcio sanción*.

Todas esas causales eran limitativas. Como decía Drenes Córdoba, "Fuera de las causales que para el objeto del divorcio determina la ley, ninguna otra es susceptible de producirlo, siendo inadmisibles, por lo tanto, cualquier ampliación en ese sentido, por analogía u otro procedimiento interpretativo, en vista de que la ruptura del matrimonio sólo la conceden las leyes excepcionalmente, pues la

²⁶² CARBONNIER, J., *Derecho civil*. Barcelona, Bosch, 1961. T. I, v. 2 p. 155.



regla general implica la perpetuidad del vínculo", y porque la ley -agregaba más adelante- "Al permitir la disolución del matrimonio, lo hace nada más que cediendo a la presión de graves sucesos que hacen la vida conyugal muy difícil o imposible, y a veces hasta peligrosa para uno de los consortes y aún para ambos".²⁶³

El Código de Familia introduce en materia de divorcio ciertas innovaciones importantes. La nueva legislación conserva siempre el *divorcio-sanción*, pero al mismo tiempo da carta de ciudadanía al "*divorcio-remedio*" o "*divorcio quiebra*", al disponer que será motivo para decretar el divorcio la ausencia del cónyuge, legalmente declarada (art. 48.6) y el mutuo consentimiento de ambos cónyuges (art. 48.7). También en la regulación de la separación judicial²⁶⁴ puede observarse la tendencia a introducir en nuestra legislación la concepción del divorcio remedio.

La distinción entre el divorcio-sanción y el divorcio-remedio no es una cuestión puramente académica.

En el primer caso, el cónyuge declarado culpable pierde los gananciales que le hubieran correspondido a la hora de la liquidación del régimen de participación diferida en los gananciales. Por otra parte, la disolución del vínculo matrimonial, en sí misma, y muy especialmente en los supuestos de divorcio o separación *por falta* (adulterio, sevicia, ofensas graves, por ejemplo), puede ser fuente de perjuicios morales y materiales para el cónyuge inocente. Esos perjuicios son los gastos excepcionales de cambio de residencia, impuesto por la nueva situación, o la desconsideración que, en la situación actual de las costumbres comporta la calidad de divorciado. Esos daños y perjuicios podrían ser indemnizados al amparo del artículo 1045 del Código Civil de Costa Rica (responsabilidad extracontractual), independientemente de la pensión alimenticia, pues ésta "no hace más que resarcir el aspecto concerniente a la lesión causada por la desaparición del deber de auxilio" (Carbonnier).

La reclamación podría formularse con posterioridad a la sentencia del divorcio, solución conforme con el derecho común de la responsabilidad civil, aunque no exenta de inconveniente, pues no resulta muy recomendable que durante diez años perdure una fuente de litigios entre los divorciados (artículos 868 del Código Civil).^{264 bis}

²⁶³ Op. cit., pág. 153.

²⁶⁴ Vid. capítulo décimo segundo

^{264 bis} En Francia, la ley N° 75-617 del 11 de julio de 1975 que reformó sustancialmente las reglas del Código Civil que regulan el divorcio, en virtud del principio que la doctrina denomina "*concentración de las consecuencias del divorcio*", formulado en el artículo 242 del Código civil francés, el cónyuge inocente puede pedir reparación del perjuicio, material o moral, pero siempre



Nuestros tribunales (Cas. N^o 381 de 1973), empero, han desestimado este tipo de indemnización por daño moral, porque consideran que la sanción que mediante ésta se podría obtener va incluida en las consecuencias legales que se le imponen al cónyuge culpable (pérdida de gananciales y del derecho a solicitar una pensión alimenticia).^{264 ter264ter}

2. Las causas o causales de divorcio

Las causas de divorcio admitidas por el legislador deben ser claramente diferenciadas de las causas de anulación o invalidez del matrimonio. Las causas de nulidad existen antes de la celebración del matrimonio (impotencia absoluta, por ejemplo), o son concomitantes a la boda (matrimonio consentido por violencia), mientras que las causas de divorcio surgen con posterioridad a la formación del vínculo y afectan propiamente la relación matrimonial y no al matrimonio en cuanto acto.²⁶⁵ Por otra parte, las causas de divorcio son motivo para extinguir el vínculo matrimonial "para lo sucesivo pero sin alcance retroactivo, pues en lo que afecta al pasado, no puede negarse la existencia de un matrimonio válido y no puede tampoco pretenderse que los cónyuges nunca hayan estado casados",²⁶⁶ mientras que las causales de invalidez, al menos cuando ambos esposos han actuado de mala fe, dan lugar a una sentencia que contiene una sanción legal categórica "pues no sólo deja de producir efectos el matrimonio con posterioridad a la sentencia que declara la nulidad, sino que también se esfuma toda la eficacia desplegada antes de la anulación que se retrotrae al día de la celebración."²⁶⁷

y cuando los daños y perjuicios hayan sido solicitados dentro del proceso de divorcio y no después. Vid. Jean Carbonnier. *Droit civil 2. La Famille. Les Incapacités*. París, 11^{eme}. ed. Presses Universitaires de France. p. 211.

^{264 ter} Vid., sobre este interesante problema en el derecho de la República Argentina y en el derecho comparado, BARBERO, Ornar U., *Daños y perjuicios derivados del divorcio*. Astrea, Buenos Aires, 1977.

²⁶⁵ Sobre la distinción entre matrimonio-acto y matrimonio-relación v. Pérez, Víctor. *El divorcio en el nuevo Código de Familia*. Revista Judicial (Costa Rica) N^o 2: 51. 1976. Vid., también, GANGI, Calogero quien expresa que esta distinción de significados se hace también comúnmente aún en la doctrina canónica: Los canonistas, en efecto, distinguen el matrimonio *in fiere* y el matrimonio *in facto*: el primero es el contrato por el cual se constituye la sociedad conyugal, el segundo es la sociedad conyugal ya surgida por el contrato constitutivo de ella. *Derecho matrimonial*. Madrid, Aguilar. 1960. p. 8.

²⁶⁶ CARBONNIER, Jean. *Derecho Civil*. Barcelona, Bosch, 1961. T. I, vol. II. p. 184.

²⁶⁷ *idem*, p. 184.



Las causas de divorcio actualmente son las siguientes: 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 un término no menor de un año; 6) la ausencia del cónyuge legalmente declarada y 7) el mutuo consentimiento de ambos cónyuges. Estas causas lo son también de separación judicial.

1) El *adulterio*. Después del mutuo consentimiento, es la causal utilizada con más frecuencia para disolver el vínculo matrimonial. El adulterio consiste en las relaciones sexuales de uno de los cónyuges con un tercero. Es una violación al deber de fidelidad²⁶⁸ que puede ser cometida incluso con persona del mismo sexo (homosexualismo o lesbianismo) y que no requiere necesariamente, la consumación del coito.

La igualdad de los cónyuges, con relación al adulterio como causal de divorcio es obra, según acabamos de explicar, del Código de Familia. Este principio se ha impuesto en casi todos los países del mundo.

El adulterio es una causa de divorcio *perentoria*. Una vez que la falta ha sido demostrada, el tribunal no posee ningún poder de apreciación y debe pronunciar el divorcio, aun cuando el adulterio haya sido recíproco, salvado el derecho que asiste al otro cónyuge para contrademandar.²⁶⁹

Esta causal, supone, sin embargo, un elemento intencional: el adulterio cometido por un esposo en estado de alienación mental o que tiene relaciones sexuales con un tercero creyendo que su matrimonio ya estaba disuelto (error de derecho), no puede ser invocado como causa de divorcio. Mas, por el contrario, continúa siendo motivo de divorcio aun cuando haya sido *provocado* por la conducta del otro cónyuge.

Pero el carácter *perentorio* del adulterio no constituye un principio absoluto. En efecto, la *connivencia* en el adulterio impide al cónyuge invocar esta causal: no se concibe que un marido que incita a su esposa a la prostitución pueda más tarde reprocharle el adulterio. La falta pierde su carácter de ofensa para el marido.²⁷⁰

²⁶⁸ Pero no toda violación al deber de fidelidad constituye adulterio. La infidelidad moral, según vimos (p. 79) constituiría más bien una ofensa grave causal de separación judicial.

²⁶⁹ WEIL, Alex. "*Droit civil*". París, Dalloz, 1970.1.1, v. II, N° 782.

²⁷⁰ Vid WEILL. op. cit., N° 782; RIEG, Alfred: "*Divorce-sanction et divorce-*



Prueba del adulterio: Por la índole del hecho, casi siempre resulta imposible la prueba directa del adulterio, según ha declarado en reiteradas ocasiones la Sala de Casación. Por ello lo que se acredita, generalmente, son hechos de los cuales racionalmente se puede inducir que esa causal de divorcio es cierta.²⁷¹

Como no es corriente que haya testigos de los actos ilícitos que constituyen el adulterio (pues suelen ejecutarse a escondidas, en las sombras de la clandestinidad), "su comisión hay que establecerla las más de las veces por medio de indicios que, cuando son graves, precisos y concordantes, permiten asegurar que se ha producido el ayuntamiento carnal que distingue el adulterio".²⁷²

El parentesco, la amistad íntima o la relación de dependencia, suelen ser, en casi todos los juicios, motivos para subestimar y aun para descartar el testimonio (odio, amor e interés). En los juicios de divorcio o de separación judicial, los jueces conceden, por el contrario, especial valor a esas declaraciones, puesto que, por lo común, los divorcios se fundan en hechos que no trascienden la intimidad del hogar, y por lo tanto, sólo los parientes más cercanos, los amigos íntimos y los servidores, pueden conocer. La Sala de Casación ha declarado, sobre este particular, que "no pueden menospreciarse los testimonios de parientes cercanos, ni el de los empleados domésticos, quienes por su condición de personas allegadas a la casa se dan cuenta de los pormenores que suceden dentro del hogar."²⁷³ Pero si bien la jurisprudencia ha dado valor a pruebas emanadas de familiares y amigos íntimos del hogar que se trata de disolver por medio de un divorcio, ello ha sido en aquellos casos en que existen otros medios coadyuvantes de convicción que corroboren el dicho de los referidos parientes.²⁷⁴

2) *El atentado de uno de los cónyuges contra la vida de otro o de sus hijos.* "Desde el momento que entre los consortes ocurre un hecho de esa naturaleza —dice Brenes Córdoba—, la seguridad personal de quien fuere objeto de la ofensa está en peligro, de suerte que es muy puesto en razón que la ley le proporcione el medio de ponerse a cubierto de nuevos ultrajes capaces de producirle un mal irreparable. Pero trátase en este punto de 'hechos' que amaguen seriamente la existencia de la persona; de modo que las simples amenazas por atrevidas o violentas que sean, no implican

Faillite en droit francais". T. XXIII. Anales de la Facultad de Derecho de Estrasburgo.

²⁷¹ Marín Marín vs. Castro Corrales, Cas. 72 de 1969.

²⁷² Salas Jiménez vs. Sánchez Solórzano, Cas. 24, 1969.

²⁷³ Juárez Cruz vs. Murillo Núñez. Cas. 107 de las 15:13 horas del 11 de setiembre de 1969. II Sem., 1.1.

²⁷⁴ Fernández Monge vs. Vargas Soto, Cas. N° 3, 1969.



atentado. Para que lo haya se requiere que se produzcan actos que revelen la intención de privar de la vida a la persona agredida. No quita al atentado su calidad de tal, la circunstancia de producirse en estado de ebriedad o bajo el influjo de una grande excitación, aun en el supuesto de que fuere ocasionada por la parte contra la cual se dirija el ataque".²⁷⁵

En el Código Civil (art. 80.3) la causa se limitaba al atentado contra la vida del otro cónyuge. El Código de Familia (art. 48.2) la extendió al atentado contra la vida de los hijos del otro cónyuge, sean o no comunes.

La tentativa de homicidio es severamente reprimida por las leyes penales: tendrá la pena prevista para el delito consumado disminuida o no a juicio del juez (art. 73 del Código Penal). El delito consumado de homicidio en perjuicio del cónyuge o hijos es penado con prisión de quince a veinticinco años (art. 122.1 del Código Penal).

Para poder ser admitidos como causa de divorcio los hechos previstos en el inciso 2 del artículo 48 del Código de Familia, presuponen, según discutible criterio de uno de nuestros tribunales, el ejercicio de la acción penal. En efecto, en resolución de las 10.30 horas del 2 de junio de 1976 el Juzgado Primero de Familia declaró sobre el particular: "el actor fue objeto o víctima de una agresión con arma blanca por parte de su consorte, que motivó su ingreso al Hospital México de la Caja Costarricense del Seguro Social, para que se le diera el tratamiento médico necesario, por las heridas que había sufrido en el percance. Pero ese acontecimiento no lo puede calificar el suscrito Juez, como un atentado contra la vida del actor por parte de la accionada, pues, constituyendo tal actitud, una infracción penal, habría que determinar si en realidad existió dolo por parte de la agresora, o sea, la intención real de atentar contra la vida de su esposo el actor, hecho este que sólo en una acción penal, podría definirse y en sentencia ejecutoria, lo cual no se ha evidenciado en la sublite".²⁷⁶ Sin embargo los Tribunales de grado han declarado divorcios con fundamento en esta causal sin exigir el previo juzgamiento penal. Así, la Sala Segunda Civil en resolución

²⁷⁵ *Op. Cit.*, NT^o 172.

²⁷⁶ El Profesor BELLUSCIO sostiene un criterio diferente al de la sentencia transcrita. Opina, con razón, que el juez civil o de familia "puede apreciar si los hechos invocados configuran o no tentativa de homicidio, sin que quepa exigir el previo juzgamiento penal, pues lo contrario implicaría introducir una cuestión prejudicial extraña a la luz. En cuanto a los actos preparatorios que no alcanzan a configurar tentativa, pueden ser considerados injurias graves". Vid. *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires, Depalma, 1974. T.I, p. 378.



Nº 139 de las 15:35 hrs. del 17 de mayo de 1978 dispuso que "si el esposo de la actora tenía por costumbre maltratarla de palabra y de obra, y en una ocasión trató de matarla, lo procedente es conceder el divorcio solicitado, pues a pesar de que no se consumó daño alguno en el cuerpo de la accionante, el simple atentado que un cónyuge haga contra la vida del otro está contemplado como causal de divorcio en el Código de Familia".

Como la acción de divorcio caduca en el plazo de un año contado desde la tentativa de homicidio, la víctima deberá interponer debidamente la acción dentro del año, aun cuando el tribunal penal no haya dictado la resolución de fondo sobre la acción penal. En este caso el tribunal civil suspenderá la tramitación del divorcio en espera de la sentencia penal.

Cuando la tentativa de homicidio se aduzca como causal de divorcio es conveniente aducir también, de modo subsidiario, las sevicias, pues ambas causales se presentan a veces con diferencias muy tenues.

3) La tentativa de uno de los cónyuges para prostituir o corromper al otro cónyuge y la tentativa de corrupción o corrupción de los hijos de cualquiera de ellos. La tentativa del esposo para prostituir a su mujer fue, originalmente, en el Código Civil de 1888, causa de separación judicial. Pero por ley número 71 del 1ª de agosto de 1932, fue consignada como causa de divorcio, mientras que las ofensas graves, que figuraban como motivo de divorcio, fueron registradas por esa misma ley como causa de separación judicial.

La tentativa de prostitución se refiere al hecho de que un cónyuge intente que su consorte mantenga relaciones sexuales con un tercero, "careciendo de importancia en la especie que el móvil que obre en el ánimo del consorte sea o no el lucro, pues cualquiera que fuere la causa-siempre la falta existe...".²⁷⁷

El Código de Familia, a diferencia del artículo 80 inciso 4º del Código Civil, se refiere, además, a la tentativa de corrupción o corrupción de los hijos de cualquiera de ellos, hechos que constituyen, a su vez, causal de modificación o suspensión indefinida de la autoridad parental (art. 146 del Código de Familia).

La ley establece como causa de divorcio la tentativa de uno de los cónyuges para prostituir o corromper al otro cónyuge, pero no la prostitución realizada. Ello obedece, dice Jorge Solano Chacón,²⁷⁸ a que "la tentativa constituye una ofensa, una afrenta, y la prostitución realizada, ya tiene la aceptación del otro cónyuge, por donde desaparece la ofensa, y además, el vicio compartido por

²⁷⁷ BRENES CÓRDOBA, *Op. Cit.*, Nº 172 bis.

²⁷⁸ "Texto comparativo y explicación de las reformas al Código Civil para crear el Código de Familia de Costa Rica". Inédito, 1974. p. 44.



ambos cónyuges no puede dar origen a una disolución de matrimonio punitivo ni necesario (sic). En cuanto a un cónyuge, sí es daño grave al matrimonio, y ofensa al otro cónyuge..."

También cabe plantear aquí el problema de si para interponer la demanda es preciso el previo juzgamiento en la vía penal de la tentativa de delito. No conocemos jurisprudencia alguna sobre este particular, pero pese a la citada resolución del Juzgado Séptimo civil de las 10.30 hrs. del 2 de junio de 1976, pareciera que la tendencia es no exigir esta cuestión prejudicial como condición indispensable para que el hecho pueda ser invocado en el juicio de familia.

Quien incurra en esta causal de divorcio podrá, además, ser sancionado penalmente con pena de cuatro a diez años de prisión, ya que esos hechos tipifican el delito de corrupción y proxenetismo agravados (Vid. arts. 168, inciso 3º del Código Penal).

4) *Sevicia*: La sevicia es frecuentemente utilizada en los procesos de divorcio. Consiste en "actos vejatorios ejecutados con crueldad y con el propósito de hacer sufrir material o moralmente."²⁷⁹ Sus elementos son: el propósito o intención de hacer sufrir y la crueldad en la ejecución del acto.

Como bien lo expresa la Sala Primera de la Corte en resolución N° 34 de las 14:30 hrs. del 22 de mayo de 1981, "la sevicia es crueldad excesiva. Cuando se está en presencia de una serie de hechos duramente mortificantes, de malos tratos repetidos, esa reiteración permite apreciar fácilmente no sólo la crueldad sino la *intención* con que se hace".

El concepto de sevicia –ha dicho atinadamente la Sala primera Civil, en Resolución N° 545 de 1975– contiene caracteres de *mayor gravedad* que el de ofensas graves; además de campear en la sevicia el ingrediente de crueldad, resalta en ella el ánimo de causar vejámenes reiterados. Dado que la sevicia y las ofensas graves se ubican en la realidad viviente en un límite fronterizo –dice la Sala– son entonces los jueces, en cada caso particular, según la trascendencia, gravedad y otras circunstancias de los respectivos hechos o abstenciones, los llamados a calificar por sus alcances la índole de una u otra transgresión jurídica. Es, pues, *una causa facultativa*. El juez debe valorar, (y no sólo constatar) los hechos alegados.

Esta sentencia define correctamente los caracteres distintivos de la sevicia, que implica *mayor gravedad* que las ofensas y la *reiteración de vejámenes*, aun cuando no siempre sea necesaria la pluralidad de acto*, "no sólo porque la ley emplea el singular sino también porque un solo acto de sevicia, de particular crueldad,

²⁷⁹ BELLUSCIO, op. cit. p. 364.



puede por su importancia suplir el número". No obstante debe observarse que en resolución N^o 243 de 1977 la Sala Primera Civil afirma que "aun cuando se tuviere por demostrado que el demandado golpeó a la actora en la única ocasión que ella menciona, es lo cierto que por ser ello un hecho aislado por sí mismo no configura la causal de sevicia, "pues como bien lo expresa recientemente una sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N^o 34 de 1981) "si bien la sevicia puede contraerse a un solo acto, éste debe ser de tal entidad que en si mismo contenga, sin asomo de duda el significado de crueldad (en la especie el marido había llegado a la casa tomado de licor, se produjo un incidente y en él la actora recibió un golpe en un ojo que no tuvo mayores consecuencias).

Diferentes hechos han sido calificados por nuestros tribunales como sevicias. Así, por ejemplo, para la Sala Primera Civil en la citada resolución N^o 545 de 1975, la difamación, máxime si carece de veraces elementos comprobatorios, es un hecho sumamente grave del cónyuge que lo proclama, cuando con ese medio pretende aruinar el buen nombre, la moral y el honor de su consorte; la difamación siempre se ha considerado un hecho de tal gravedad que no puede menos que ser encasillada en nuestra legislación como una sevicia; y a la par de la difamación se colocan aquellas otras manifestaciones, que sin demostración alguna, le atribuye al otro cónyuge ciertos vicios o aberraciones vergonzosas. También se ha considerado sevicia el hecho de que "el demandado provocó escándalos en lugares públicos, insultando a su esposa la actora, y ha amenazado con matar, tanto a ésta como a su hijo, expresándose en público con la frase de que tenía afilado el cuchillo para ello, a extremos tales que obligó a la intervención de la Guardia Rural". Sala Primera de la Corte. Res. N^o 58 de 1981.

La sevicia se configura no sólo mediante acciones positivas sino también por meras omisiones. En efecto, en resolución N^o 345 de 1978 la Sala Primera Civil consignó que "la conocida causal de sevicia que surge en la vida de la relación conyugal se configura a través de una serie de manifestaciones y actitudes, que pueden ser de índole positiva o negativa, es decir, mediante acción externa (hechos, palabras, agresiones, etc.) u omisiones, cuando por ejemplo un consorte debe lógicamente y naturalmente actuar frente a cierto estado de necesidad o de peligro en que se encuentre o le ha colocado deliberadamente al otro; siendo así la gama de motivos y situaciones de una y otra índole, múltiple y variada".

En los juicios donde se ventilan causales como de sevicia – o las ofensas graves, que según veremos, es causa de separación judicial– adquieren relevancia tanto las condiciones personales como el nivel socio-económico que tienen los cónyuges, siendo natural que los jueces exijan más de los comportamientos de un profesional que los



de un agricultor u obrero sin ilustración o educación (vid. Sala Primera Civil, N° 345 de 1978).

5) *La separación judicial por un término no menor de un año*: Según el Código Civil, la Reparación judicial confería a cualquiera de los cónyuges la facultad de solicitar el divorcio una vez transcurridos dos años después de la separación judicial, siempre que durante ese lapso de tiempo no hubiere mediado reconciliación²⁸⁰ o reunión entre ellos (Art. 83 Código Civil). Este plazo de un año debe contarse a partir del momento en que quedó firme la sentencia de separación judicial y hasta el momento de interposición de la demanda de divorcio. En cuanto a la reconciliación cabe consignar que una reunión que tuviera por finalidad únicamente tratar de hacer un esfuerzo por reconciliarse (esfuerzo finalmente vano) no deberá tomarse en cuenta para efecto de denegar la *conversión* de la separación en divorcio, pero si, por el contrario, la reconciliación ha sido durable, es decir, cuando ha habido verdadera reconciliación entre los cónyuges, no puede uno de los esposos, en caso de que sobrevenga una nueva separación, prevalerse del período de tiempo de la separación anterior a la reconciliación, el cual fue borrado por el perdón. El plazo de espera comenzará a correr a partir de la nueva separación.

El Código de Familia ha reducido a un año el término de separación judicial necesario para solicitar se decrete el divorcio, pero además de requerir que durante ese lapso no haya mediado reconciliación entre los cónyuges, exige que durante dicho lapso el Tribunal, a solicitud de los interesados y con un intervalo mínimo de tres meses, celebre no menos de dos comparecencias para intentar la reconciliación entre los cónyuges. Con ese objeto el tribunal está facultado para solicitar los informes que considere pertinentes.

La primera comparecencia no podrá celebrarse antes de tres meses de decretada la separación. Si alguno de los cónyuges no asistiere a las comparecencias, dice el párrafo final del inciso 5 del art. 48, 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. Estas disposiciones no son sino un intento por convertir al juez, en estos casos, en "amigable componedor".

La disolución del vínculo con base en esta causal tiene lugar aun cuando el otro cónyuge se oponga a la demanda. Esta es ineficaz únicamente cuando hubiere mediado reconciliación entre los

²⁸⁰ Vigente el Código Civil era preciso para demandar la separación judicial, que los cónyuges hubieran estado separados durante dos años consecutivos después de dos años de verificado el matrimonio (inciso 7 del art. 91 del C. C).



cónyuges.

Para obtener el divorcio después de transcurrido el término de un año a partir del momento en que ha sido decretada la separación, es indiferente que la separación judicial hubiere sido dictada con base en el mutuo consentimiento, en una separación de hecho, o con fundamento en alguna de las otras causales establecidas por el legislador para decretar la separación judicial.

La disolución del vínculo matrimonial que ha sido decretada en virtud de *una separación judicial que tuvo por fundamento una separación de hecho es*, en el fondo, en muchas ocasiones, un repudio puro y simple, que el Tribunal está obligado a homologar y a convertir en divorcio, desde que nuestros jueces han interpretado que la separación de hecho se opera por el tiempo y por la voluntad de ambos cónyuges (sic), y ese alejamiento autoriza a *cualquiera de ellos* para demandar la separación judicial. Es decir: aun cuando la separación (de hecho) se haya originado en un abandono voluntario y malicioso, imputable a un solo cónyuge, el esposo que originó la separación puede, una vez obtenida la separación judicial, solicitar el divorcio con fundamento en la separación judicial ya que para ello se requiere, exclusivamente, el transcurso de un año después de la separación judicial,²⁸¹ sin que interese en modo alguno ni el origen ni la "*culpabilidad*" de la separación de hecho que dio lugar a la separación judicial. Los tribunales han considerado, que en este tipo de divorcio no existe cónyuge culpable,²⁸² según será estudiado oportunamente (capítulo décimo

²⁸¹ Vid., entre otras, Sala Primera Civil. Res. N° 222 de 9:15 horas de 27 de julio de 1973 y Res. N° 104 de 1978, donde la misma Sala expresa que "reiteradamente nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de que la separación de hecho de los cónyuges existe o no fuera de causales, se opera por el tiempo y la voluntad de uno o de ambos cónyuges, y ese alejamiento autoriza a cualquiera de los dos consortes a demandar la separación judicial. Lo que significa que, aun cuando la separación se haya originado en un hecho voluntario, malicioso y culpable de uno de ellos, por la causa que se trata no interesa ese origen, pues dicha causal consiste única y exclusivamente en el transcurso legal de la separación de hecho, y porque no interesa el origen de la separación, es que se considera que en ella no hay cónyuge culpable".

²⁸² El fundamento de la jurisprudencia citada es, cuando menos discutible. Más congruente con el sistema costarricense es la opinión que sustentamos en el sentido de que únicamente el "cónyuge inocente", es decir, el que no ha dado abandono del hogar, está legitimado para entablar la demanda de separación judicial, pero no el consorte que incumplió sus deberes conyugales. De mantenerse esa jurisprudencia cabe afirmar que en Costa Rica el matrimonio, para cuya celebración se precisa la voluntad concordante de los contrayentes, puede ser disuelto por mutuo consentimiento, por las causales de divorcio que implican incumplimiento de alguno de los consortes a sus deberes conyugales y, de modo indirecto, por *repudio unilateral homologado por el juez*, solución absurda que permite que el cónyuge culpable de injusto abandono y por cuya



tercero).

6) La ausencia del cónyuge legalmente declarada: Esta causa de divorcio no estaba contemplada en el Código Civil. Es otra de las innovaciones del Código de Familia.

Para que el cónyuge presente pueda entablar la demanda de divorcio los tribunales deberán declarar *previamente la ausencia*, de conformidad con los artículos 33 y siguientes del C. C. y 821 y siguientes del C. de P. C. La declaración de ausencia puede demandarse dos años después del día en que desapareció el ausente sin que haya habido noticias suyas o después de recibidas (si no dejó apoderado para todos o la mayor parte de sus negocios, en cuyo caso el término es diez años). Estos plazos se reducirán a la mitad cuando las últimas noticias que se tuvo del ausente fueron de que se encontraba gravemente enfermo o en peligro de muerte.

Declarada judicialmente la ausencia, la acción la podrá plantear en cualquier momento el cónyuge presente. Para tal efecto el Tribunal nombrará al demandado un curador *ad litem*.

Firme la sentencia de divorcio, la reaparición del cónyuge ausente no revive el vínculo matrimonial.

Sobre los hechos constitutivos de las causas de divorcio debemos formular dos observaciones finales: En el Código Civil esos hechos debían recaer sobre la persona del cónyuge ofendido y emanar del culpable.²⁸³ en consecuencia, el maltrato infringido, por ejemplo, a un ascendiente o a un hijo del esposo ofendido, no podrían ser invocados como motivo de divorcio o de separación judicial, ni tampoco podrían aducirse esos hechos cuando los realizaba un pariente en perjuicio del otro cónyuge. Nótese, sin embargo, que el Código de Familia también introdujo innovaciones a este respecto (Art. 48 incisos 2, 3 y 4 y Art. 58 inciso 3).

Por otra parte, los hechos configurantes de causales de divorcio o de separación judicial deben producirse después del matrimonio o en el momento mismo de su celebración. Si son anteriores, no pueden fundamentar ninguna causal, pues ha de entenderse que si una persona después de haber sido objeto de esta clase de hechos consiente en casarse, es señal inequívoca de que los ha perdonado.²⁸⁴

3. El proceso de divorcio

"No basta con afirmar –expresa Carbonnier– que el divorcio es una

culpa ha tenido lugar la separación, pueda actuar contra el cónyuge inocente por un hecho que ha sido la consecuencia de su propia culpa.

²⁸³ Vid. Eladio VARGAS. Nota 73 en *Tratado de las Personas* de Alberto BRENES CÓRDOBA. San José, Editorial Costa Rica, 1974.

²⁸⁴ *Ibidem*, Nota 74.



institución esencialmente judicial, pues hay que aclarar que se trata de una institución cuya eficacia sólo opera a través de una contienda entre partes, siendo inadmisibles, a los ojos de la ley, el divorcio por mero convenio entre los cónyuges y sin pronunciamiento jurisdiccional alguno".²⁸⁵

El divorcio y la separación judicial suscitan diversos problemas procesales referentes, especialmente: a) sujeto legitimado para el ejercicio de la acción; b) la vía para demandar el divorcio o la separación y la naturaleza del proceso y de la resolución judicial que le pone término; c) lugar donde debe ser entablada la acción; ch) recursos de que puede ser objeto dicha resolución; d) imposibilidad de transformar un divorcio contencioso en uno de mutuo acuerdo; e) medios de prueba; f) medidas provisionales adoptables durante el desarrollo del proceso; g) contestación en rebeldía y trámite de apertura a pruebas; h) excepciones oponibles. Una consideración particular deben merecernos los efectos del divorcio y de la separación, en especial cuando éstos dependen de la culpabilidad o de la inocencia de uno de los cónyuges o de ambos (coculpabilidad).

A diferencia del Código Napoleón, que disciplinó procesalmente el divorcio, el Código Civil de 1888 y el vigente Código de Familia no dotaron el divorcio, ni a la separación judicial, de un procedimiento especial, deliberadamente empleado para desalentar a los solicitantes. Por ello el proceso de divorcio se rige por las normas del Código Procesal Civil, salvo norma especial en contrario.

a) *Sujeto legitimado para el ejercicio de la acción.*

El Código de Familia veda la acción de divorcio al cónyuge culpable: la acción sólo puede establecerla el cónyuge inocente (art. 49). Es obvio que esta norma lo que prohíbe es que el esposo culpable funde su demanda en su propia conducta, pues a nadie le es lícito obtener provecho de su propia falta,²⁸⁶ pero, desde luego, nada impide a ese cónyuge culpable accionar con fundamento en una

²⁸⁵ *Op. Cit.*, p. 181

²⁸⁶ Don Alberto BRENES CÓRDOBA, *Op. Cit.*, N° 174, advierte que sólo el cónyuge inocente puede entablar la acción "por ser un medio de defensa que la ley pone a su disposición a efecto de que pueda estar a cubierto de nuevos agravios y de arreglar jurídicamente su situación, perturbada por los malos procederes de su consorte. De ahí que quien mereciere el calificativo de cónyuge culpable, nunca está facultado para reclamar la ruptura, puesto que no es lícito que invoque en su favor su propia falta". "Mas cuando haya causas de divorcio originadas por ambas partes, quienes las hacen valer en la demanda y reconvenición, en caso de que así unas como otras resulten comprobadas, no se presenta inconveniente para que el vínculo sea disuelto, en atención a que el agravio ocasionado por una de las partes, no es lo que fundamenta su derecho, sino el agravio producido en su contra por el otro litigante".



falta del otro, porque, para esos efectos, es inocente (Vid. en este sentido, Sala Primera Civil N° 52 de 1977).

La acción de divorcio debe ser interpuesta dentro del plazo de un año contado desde que el cónyuge inocente tuvo conocimiento de los hechos que motiven la acción.²⁸⁷ En los casos de ausencia judicialmente declarada podrá plantear la acción, en cualquier momento, el cónyuge presente. Para estos efectos el Tribunal nombrará el demandado un curador ad litem.

b) *La vía para demandar el divorcio y naturaleza del proceso.*

La nulidad del matrimonio, el divorcio y la separación judicial, salvo que su causa sea el mutuo consentimiento, se ventilarán por escrito mediante el proceso abreviado (art. 420 C.P.C.).

El divorcio y la separación judicial, son procesos inestimables y no de *cuantía inestimable* como frecuentemente se afirma. En efecto, debe hacerse la distinción entre *juicios propiamente inestimables* y aquellos de *cuantía inestimable*. Los primeros, por la naturaleza misma de la cosa en litigio, no son susceptibles nunca de una apreciación en dinero. Los segundos, si bien tienen trascendencia económica, su *cuantía* es inestimable, porque no es posible determinarla en la sentencia, tal como sucede con las que condenan al otorgamiento de una pensión vitalicia, en los que, por tratarse de rentas futuras supeditadas a la existencia del pensionado, no puede predecirse el importe que van a tener.

En el proceso abreviado formulada la demanda el juez aplicará los arts. 288 o 292 y 295 del C.P.C. El plazo para el emplazamiento al demandado es de diez días y cinco días para excepciones previas (en el proceso ordinario son treinta y diez días, respectivamente).

Contestada la demanda y establecida, en su casa, la reconvencción, el juez aplicará lo dispuesto en los arts. 304, 307 y 308 (allanamiento, excepciones oponibles después de la contestación,

²⁸⁷ La Legislación Procesal de Costa Rica, al igual que otros Códigos Procesales Hispánicos, ha dicho ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, "emplea la palabra *término* como sinónimo de *plazo*, con olvido de un deslinde que está trazado con toda nitidez en la Partida III, Título XV, Ley I, donde la noción del segundo se halla enumerada exactamente como en la doctrina germánica de nuestros días, a saber: como *espacio de tiempo*. La diferencia entre ambos es, sin embargo, elemental: el plazo encierra un período de tiempo, generalmente de días, pero también mayor (meses o años) y a veces menor (horas e inclusive minutos), a todo lo largo del cual, desde el *dies a quo* hasta el *dies ad quem* -aunque mejor sería hablar de momento inicial y final (o bien de apertura y de clausura), con objeto de poder extender la idea a los inferiores a un día-, se puede realizar válidamente la actividad procesal correspondiente; el término, en cambio, significa tan sólo el punto de tiempo para el comienzo de un determinado acto: celebración de una audiencia, comparecencia de un testigo, práctica de un remate, etc". En "*Bases de trabajo para redactar el articulado del Código Procesal civil costarricense*". Revista Judicial N° 7, San José, 1978, p. 27.



reconvención). El plazo para la réplica será de diez días y para oponer excepciones previas será de cinco. Inmediatamente el juzgador el juez citará a las partes y a sus abogados a su despacho, y les propondrá dar por terminado el proceso mediante un arreglo que sea beneficioso para ambos (conciliación).

Si no hubiere conciliación y saneado el proceso, el juez ordenará recibir las pruebas ofrecidas que sean procedentes, y las que de oficio considere necesarias. El plazo ordinario y extraordinario para evacuar pruebas es de veinte días y de dos meses, respectivamente (en el proceso ordinario son de cuarenta días y cuatro meses).

Se aplican las normas del proceso ordinario en cuanto a requisitos de la demanda, contestación, reconvención, réplica, rebeldía, pruebas, en lo que guardare silencio las disposiciones del proceso abreviado (arts. 422, 423, 424 y 428 del C.P.C.).

Únicamente son apelables las siguientes resoluciones: 1) la que resuelve sobre la competencia; 2) la que resuelva las excepciones previas; 3) la que imponga una corrección disciplinaria a una parte o a un abogado; 4) la que decrete apremio corporal, 5) la que ponga fin a cualquier clase de medida cautelar, proceso o incidente de menor cuantía; b) la sentencia; 7) la que apruebe o impruebe la liquidación de daños y perjuicios, o la tasación de costos. Los plazos en segunda instancia son cortos (art. 430); la sentencia deberá dictarse en el corto plazo de quince días (arts. 151 y 427), posteriores a aquel en que termine la práctica de las pruebas, o a aquel en que haya quedado firme la resolución que tiene por contestados afirmativamente los hechos que sirven de fundamento a la demanda.

c) *Lugar donde debe plantearse la demanda.*

La competencia territorial se determina por el lugar donde se halle domiciliado el cónyuge demandado.²⁸⁸

La demanda, por lo tanto, debe plantearse en el lugar donde tenga su domicilio la parte demandada. La Sala Primera Civil en Res. N^o 434 del 16 de noviembre de 1971, con apoyo en el art. 177 de la L. O. P. J. afirmó que en los juicios de divorcio, para fijar la competencia por razón del territorio, lo decisivo es el domicilio de la demandada, o el lugar donde se le encuentre, y no el domicilio del actor, ni el lugar donde la pareja desarrolló los primeros años de convivencia (Vid. en el mismo sentido, Sala Primera Civil. N^o 58 del 11 de marzo de 1980).

²⁸⁸ Desde luego que la demanda podría ser interpuesta en el domicilio del accionante, por ejemplo, pero en este caso el accionado podrá oponer la excepción dilatoria de incompetencia territorial.



ch) *Recursos de que puede ser objeto la sentencia.*

La resolución judicial que pone término al juicio de divorcio o de separación judicial, es decir aquella que lo acoge o lo desestima, es una *sentencia definitiva* que, caso de no haber sido consentida por las partes, puede ser objeto del *recurso de apelación* si no ha precluido el plazo para su deducción (tres días, de conformidad con el art. 430 del C.P.C. siguientes al de la notificación a todas las partes). Y la sentencia que resuelve el fondo de la apelación, tiene a su vez, por tratarse de una sentencia sobre un proceso inestimable referente al estado de las personas, *recurso extraordinario de casación* cuya resolución confiere a la sentencia de divorcio su carácter de *firme*.²⁸⁹

d) *Medios de prueba*

Los hechos que sirven de fundamento a un juicio de divorcio o de separación judicial contencioso, por ser hechos puros y simples, pueden ser acreditados mediante cualquier medio de prueba. Más la prueba confesional no es admisible en esta clase de procesos. En efecto, según consigna la Sala Segunda Civil en Res. N° 173 de 1979, "si las deposiciones de los testigos de la actora no prueban claramente la causal de adulterio que se alega, aunque el demandado conteste afirmativamente la demanda, tal contestación no es aceptable para tener por ciertos los hechos en que se apoya, por no ser prueba idónea en esta clase de asunto, por lo que procede el rechazo de la demanda".

e) *Medidas provisionales adoptables durante el desarrollo del proceso*

Las medidas cautelares pueden ser solicitadas antes o en el curso del proceso principal, del que siempre formarán parte (art. 241 C.P.C.). Para evitar cualquier daño, el juez podrá autorizar o prohibir la práctica de determinados actos, ordenar el depósito de bienes o imponer el otorgamiento de una caución.²⁹⁰

²⁸⁹ Sobre la apelación es preciso tener presente, señala ALCALA-ZAMORA, "que la división de las sentencias en *definitivas* y *firmes* se relaciona ya íntima, sino indisolublemente, con el régimen impugnativo: las primeras son las susceptibles de impugnación mediante recursos ordinarios o extraordinarios, en tanto no precluya el plazo para su deducción, y las segundas, las que no lo son, salvo a través de medios excepcionales, en casos taxativamente señalados". En *Cuestiones de Terminología Procesal*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1972, p. 170.

²⁹⁰ Se trata -dice la explicación del nuevo Código Procesal Civil anexo al Dictamen- "del denominado poder cautelar general del juez autorizando a éste a utilizar medidas no especificadas o innominadas, no previstas expresamente. El presupuesto para ello es el fundado temor de que una parte pueda causar el derecho de la otra una lesión grave y de difícil reparación. Desde luego que ello debe ocurrir para que se tome la medida cautelar, antes del dictado de la sentencia, porque si ocurre después, el procedimiento a observar será el de



Autorización u orden al cónyuge para salir del *domicilio conyugal*. Pedido el divorcio, o la separación judicial, el juez puede *autorizar* u *ordenar* a cualquiera de los cónyuges la salida del domicilio conyugal (Arts. 53 y 61). Esta suspensión de la vida en común, ha dicho la jurisprudencia nacional, es una medida provisional, razonable y necesaria, puesto que en tales circunstancias la cohabitación resulta penosa (y riesgosa, agregamos nosotros) para los esposos y porque la convivencia en sí misma puede inducir a error sobre una posible reconciliación,²⁹¹ y es un efecto adelantado del divorcio o la separación que pueda llegar a decretarse.

En principio los Tribunales consideran que lo más indicado es que sea el marido quien abandone el domicilio conyugal, porque el desplazamiento del hogar es menos oneroso para el varón que para la mujer, sobre todo en los casos en que hay hijos menores, salvo que medien circunstancias que ameriten tomar la resolución contraria. Esta medida, y la elección por parte de los jueces de una u otra alternativa (autorización u orden para el marido o para la mujer) no implica, en modo alguno, apreciación de parte del Tribunal sobre la certeza de los hechos invocados como base de la demanda, y en modo alguno prejuzga sobre el fondo de la litis.²⁹² Esta medida no debe necesariamente dictarse de previo al traslado de la demanda, y más bien puede ordenarse en forma simultánea con el traslado (Sala Primera Civil, N° 223 del 10 de julio de 1979).

La resolución que autoriza la salida de uno de los esposos del domicilio conyugal no puede autorizar la salida de los menores que deseen acompañar el padre o a la madre, porque lo referido a la *custodia* provisional de los hijos menores se dilucida en vía sumaria^{292 bis} y en piezas separadas, por estar sujeto a posibles modificaciones (Vid. Sala Primera Civil, Res. N° 208 del 26 de junio de 1979).

El cónyuge que sale del hogar únicamente puede llevarse consigo los

ejecución de sentencia. Obsérvese que tratándose de *determinados actos*, sin especificación alguna, se usan las palabras autorizar o prohibir; en cambio para el depósito de bienes se usa el vocablo ordenar, y para las cauciones el vocablo imponer".

²⁹¹ Vid. entre la jurisprudencia más reciente, Sala Segunda Civil N° 200 de las 15:20 hrs. del 18 de junio de 1980 y Sala Primera Civil N° 181 de las 9:20 hrs. de 27 de mayo de 1980 y N°147 de las 10 hrs. de 29 de abril de 1980. En el mismo sentido Sala Primera Civil N° 40 de 1975 y Res. N° 28 de 1964, 696 de 1966, 412 de 1967, 392 de 1968, 210 de 1971, 331 de 1973, 25 y 301 de 1974 y 161 de 1975.

^{292 bis} El art. 7 de la ley que promulgó el nuevo C.P.C. reformó el Art. 9 del C. de F. a fin de que las autorizaciones o aprobaciones que el Código de Familia exige en determinados casos, se extienden mediante el proceso sumario señalado en el C.P.C., cuando no esté establecido otro procedimiento.



efectos personales, sea la cama, muebles y la ropa de uso, porque, dicho está, respecto a lo demás que haya no será hasta tanto no recaiga resolución final que cada consorte pueda contar con lo que le corresponda. También deben ser entregados al interesado el automóvil, la biblioteca, el escritorio y las máquinas de escribir y calcular, pues esos bienes son indispensables para su movilización y trabajo (Vid. Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, Res. N° 13 de las 14:14 hrs. del 8 de enero de 1981).

La orden o autorización para residir fuera del domicilio conyugal tiene gran importancia: gracias a ella, los cónyuges quedan dispensados temporalmente del deber de convivir y a salvo de una acusación por abandono del hogar.

También el P.A.N.I., en virtud del Art. 6 de su Ley Orgánica, está facultado para, mediante resolución administrativa, autorizar a cualquiera de los esposos la salida del domicilio conyugal. Esta resolución administrativa podrá ser impugnada ante los tribunales de justicia.

2) *Pensión alimenticia provisional*: Otra de las medidas provisionales que pueden ser adoptadas durante el proceso de divorcio y separación judicial es la fijación de una pensión provisional. Mientras se ventila la obligación de dar alimentos —prescribe el Art. 155 del Código de Familia—, probado el parentesco, podrá el juez ordenar que se den provisionalmente. La fijación de esta pensión provisional —expresó la Sala Segunda Civil en Res. N° 130 del 16 de mayo de 1978— pueden hacerla los tribunales en forma prudencial, sea de acuerdo con la apreciación que preliminarmente pueden hacer de las condiciones sociales y económicas del obligado a la prestación, y de los alimentarios, por lo que la prueba para determinar el monto de la pensión alimenticia debe bastantearse, y los casos deben ser resueltos no en conciencia sino de acuerdo con el mérito de los autos y las respectivas leyes, es decir, de conformidad, especialmente, con los numerales 151 y 155 del Código de Familia y con las disposiciones contenidas en los artículos 6 y 14 de la Ley de Pensiones Alimenticias.

Como los alimentos provisionales son, en realidad, una medida precautoria, según quedó expresado, puede suceder que el cónyuge obligado tenga que pagar alimentos —al menos temporalmente— no obstante la culpabilidad de su consorte. Una autora extranjera sostiene, un poco sarcásticamente, que "podría sostenerse que habría aquí una aplicación de la regla *solve et repete* con el agravante de que no existe tal derecho de repetición. Y agrega: "Hemos dudado muchas veces de la justicia de esta solución. Si bien es cierto no debe olvidarse que "la necesidad es superior a la culpa", piénsese en lo inequitativo que resulta para el esposo



abandonado afrontar la prestación alimenticia de la cónyuge que probablemente hasta hace vida marital con un tercero".²⁹³

3) *Guarda provisional y visitas al hijo.* Mientras no se resuelva en sentencia a quién corresponderá la custodia del menor y el régimen de visitas a que estará sujeto el cónyuge que no conserve la guarda y crianza de los hijos menores, el Tribunal, mientras se tramita el divorcio o la separación judicial de los cónyuges, tiene una amplia libertad para decidir, con fundamento en el Art. 54, a cuál de los padres, persona, pariente, o institución adecuada debe dejarse el cuidado provisional (guarda) de los hijos, y el régimen de visitas a los hijos a que estará sometido el consorte que fue autorizado a abandonar o a quien se ordenó salir del domicilio conyugal. A veces los jueces apoyan su decisión sobre este extremo en un estudio social que generalmente ordenan como prueba para mejor proveer.²⁹⁴ Todas estas cuestiones se ventilan mediante el trámite de los incidentes y el Tribunal debe resolverlas en resolución motivada tomando en cuenta, primordialmente, el interés del menor.

4) *Medidas precautorias encaminadas a salvar los intereses pecuniarios de cualquiera de los cónyuges.* Los tribunales están facultados, a solicitud de parte, para tomar *medidas precautorias* con el objeto de evitar daños irreparables a las personas o a sus bienes. Couture ha hablado, sin embargo, de *sentencias cautelares*, entendiendo por tales aquellas que no suponen un pronunciamiento sobre el fondo de derecho sino que se limitan a decretar, en vía sumaria, una medida de seguridad. Tales medidas parten de la base de que el proceso demanda tiempo y que cuando llegue la sentencia definitiva el estado de cosas existente al comienzo puede desaparecer.²⁹⁵ En estos casos el Juez puede tomar alguna decisión preventiva para tratar de conjurar "*el periculum in mora*, evitando que las sentencias judiciales, por su excesiva tardanza, se dicten cuando los daños se han hecho virtualmente irreparables".²⁹² La

²⁹³ KEMELNAJER DE CARNLUCCI, Aída. *Separación de hecho entre cónyuges*. Astrea. Buenos Aires, 1978, p. 40.

²⁹⁴ Vid., por ejemplo, Res. N° 64 de 1981 del Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, donde se expresa que "si en el informe social consta que el menor se ha vinculado en fuertes lazos afectivos a su padre y su familia quienes se han esforzado por brindarle toda clase de cuidados y atenciones, comentando el menor que su madre no lo quiere, entonces ante el dilema de provocar más daños que beneficios ante la tónica imperante, tiene prioridad el interés del hijo, por lo que siendo así lo más conveniente para el menor es que esté bajo la guarda provisional de su padre; de ahí que debe revocarse la resolución del a quo que declara con lugar el incidente de entrega del hijo, para declarar sin lugar tal incidencia".

²⁹⁵ *Introducción al estudio del proceso civil*. Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1963, p.66.

²⁹² *idem*, p. 66.



interposición de una demanda de divorcio o de separación judicial pone en peligro, por regla general, el interés patrimonial que el demandante tiene sobre los bienes generales inscritos a nombre del demandado. Por tal razón, según quedó explicado con la demanda de divorcio debe solicitarse su anotación en el Registro Público de la Propiedad al margen de las fincas que formen el patrimonio del accionado, con el objeto de inmovilizar esos bienes hasta tanto la sentencia firme no liquide el régimen patrimonial. Si no se ejerce ese derecho no hay obstáculo legal para que el cónyuge que tenía el dominio de los bienes disponga de ellos. También puede solicitarse *embargo preventivo* sobre los bienes del accionado garantizando, naturalmente, los resultados del juicio.

f) *Excepciones oponibles.*

En los procesos de divorcio, aparte de la de falta de derecho, dos excepciones son opuestas frecuentemente por los demandados: a) la excepción de reconciliación y b) la caducidad de la acción.

1) *La reconciliación:* No procede el divorcio –prescribe el artículo 52 del Código de Familia– si ha habido reconciliación o vida marital entre los cónyuges después del conocimiento de los hechos que habrían podido autorizarlo, o después de la demanda.

La reconciliación es "una cuestión de hecho en cuya apreciación gozan los juzgadores de instancia de poderes ilimitados, si bien la estimación de la reconciliación se condiciona a la presencia de un elemento material y otro sociológico^{296 bis} pues los cónyuges han de avenirse física y espiritualmente. Las manifestaciones de voluntad –expresas o presuntas– por parte de los cónyuges, carecen de

^{296 bis} Sobre este último elemento nuestra Sala de Casación ha dicho: "La presunta reconciliación no puede configurarse por simples apariencias, si la voluntad del accionante se encontraba viciada por la influencia alcohólica, toda vez que el avenimiento o arreglo de los cónyuges debe responder más bien a un estado espiritual o anímico, libre y espontáneo, vale decir de plena conciencia, que deje ver sin lugar a dudas el propósito común de los cónyuges de perdonar u olvidar las ofensas recibidas, para reanudar la vida conyugal sobre una base normal y correcta. Cas N° 86, 15:15 hrs. del 13 de agosto de 1958. II sem. T. I. p. 222. Otra sentencia, también de la Sala de Casación, ha expresado que "La reconciliación no puede deducirse, necesariamente, del simple hecho de que la mujer continúe viviendo por un tiempo dentro del domicilio conyugal con posterioridad a las ofensas recibidas, pues aparte de que la vida maridable no es sólo vivir bajo un mismo techo, también la permanencia de la esposa dentro del hogar puede obedecer a motivos de Otra índole, ajenos por entero a la voluntad personal al otro cónyuge y de reconciliarse con éste; inclusive un obstáculo de carácter material en algunos casos, cuando la mujer carece de protección familiar o de medios económicos, puede obligarla a seguir en el domicilio conyugal durante algún tiempo, y otras veces el interés de los hijos la puede inducir a ello, lo mismo que la conveniencia de no tomar una conducta precipitada, en espera de que cambie la conducta de su marido. Cas. N° 77 de 8 de julio de 1970 (sin publicar).



eficacia si no van completadas con el requisito de la intencionalidad (aunque no se trate de manifestaciones duraderas), ya que el hecho de convivir pudiera ser equivocadamente interpretado en caso de faltar dicho presupuesto (puede suponerse que los consortes se resignan a continuar conviviendo provisionalmente en interés de los hijos). Se requiere la voluntad de ambos esposos; la sola voluntad del cónyuge inocente es inoperante pues la reconciliación no consiste en un perdón unilateral sino que se configura como "reconciliatio matri-monii", debido a que la vida conyugal se hace de nuevo tolerable y sus vínculos vuelven a estrecharse. Tampoco las relaciones sexuales entre los cónyuges implican, por sí mismas, la reconciliación. El simple contacto sexual —ha afirmado la Sala de Casación en sentencia N° 346 de las 8 hrs. del 5 de octubre de 1979— no constituye reconciliación por sí solo, ni demuestra necesariamente que los cónyuges se reconciliaron, pues una relación de esa índole puede obedecer a impulsos de carácter momentáneo o a circunstancias ocasionales, y no al firme propósito de poner término a la separación.^{296 ter}

"Una vez demostrada la reconciliación, todas las causas de divorcio (incluso las perentorias) quedan enervadas en virtud de la aveniencia matrimonial. Técnicamente estamos en presencia de una excepción que paraliza la acción de divorcio no ejercitada, o la extingue en caso de haberse deducido. La reconciliación es una

^{296 ter} La Sala Primera Civil había expresado anteriormente, en Res. N° 323 de las 8:10 hrs. del 26 de agosto de 1977, que si bien el actor tuvo relaciones sexuales con su esposa, luego de haber interpuesto la acción de divorcio a consecuencia de las cuales aquélla está embarazada, ello no constituye reconciliación, pues está probado que continúan separados, siendo corriente que los cónyuges, no obstante estar distanciados, se aparezcan ocasionalmente y que inclusive engendren hijos, pero sin que tengan el propósito de reanudar normalmente la vida conyugal; y, recientemente, el Tribunal Segundo Civil, Sec. Primera, en resolución N° 135 de las 15:50 hrs. del 17 de marzo de 1981 expresó que "por reconciliación de los cónyuges se entiende el restablecimiento de las relaciones conyugales entre esposos que se encuentran en juicio de separación o divorcio o que ya estaban separados judicialmente; para poder aceptar que hay reconciliación entre marido y mujer, la vida en común entendida en su concepto moral, legal, debe reanudarse en las mismas condiciones en que se encontraba antes de que fuera quebrantada, para cumplir los fines esenciales del matrimonio, cuales son: la fidelidad, la procreación y el auxilio mutuo en perfecta armonía y entendimiento entre ellos; las visitas esporádicas o frecuentes que el esposo haga a su mujer en la casa en que ella conviva con los hijos del matrimonio, así como que él pase la noche con ella, o que la lleve a pasear a lugares de diversión, incluso el simple ayuntamiento carnal, son circunstancias que no excluyen la separación de hecho, toda vez que ésta puede ocurrir a pesar de que los cónyuges vivan bajo el mismo techo". (Vid., en este mismo sentido, Cas. N° 46 de 1949 y N° 4 y N° 79 de 1974).



excepción de orden público que, al igual que las demás defensas esgrimibles en materia de divorcio, se dirige a la consolidación de la unión matrimonial, por lo que puede hacerse valer en cualquier fase litigiosa, y puede ser apreciada de oficio por el juzgador, cuando de las actuaciones procesales se desprenda que los esposos se reconciliaron con posterioridad a los acaecimientos alegados como motivo de disolución".²⁹⁷

Si más tarde se intenta una nueva demanda de divorcio por causa sobrevinida a la reconciliación,, el Tribunal podrá tomar en cuenta las causas anteriores. Es decir, los efectos de la reconciliación "solo se extienden a los hechos anteriores. La vida conyugal puede hacerse intolerable por la superveniencia de nuevos agravios o el descubrimiento de datos ignorados; incluso cabe que, en tal situación, puedan argüirse de nuevo las causas de divorcio que hubieren sido detenidas por obra de la reconciliación".²⁹⁸

2) *Caducidad de la acción.* La acción de divorcio sólo puede establecerse dentro del plazo de un año contado desde que el cónyuge inocente tuvo conocimiento de los hechos que lo motiven (art. 49).

. Este plazo de un año es un plazo de caducidad. Así lo estableció nítidamente la sentencia de Casación de las 9:30 hrs. del 22 de marzo de 1946,²⁹⁹ al señalar que "según la teoría de los autores la caducidad no debe confundirse con la doctrina de la prescripción, de la que se diferencia esencialmente, aunque entre las dos instituciones existan algunas semejanzas de principio³⁰⁰ y sea común de ambas la consecuencia de extinguir los derechos. La regla legal citada, así como los afines que contienen los artículos 105 y 126 del Código civil (que corresponden a los artículos 73 y 95 del Código de Familia), fijan casos de expiración "ipso jure" de la facultad no ejercida a su debido tiempo, y son, de consiguiente, aplicables sin necesidad de alegación alguna, dadas las razones de interés público en que se inspiran y la tendencia del legislador de entrabar las acciones de esta índole, para lo cual señala términos de carácter fatal, que una vez transcurridos hacen perecer

²⁹⁷ CARBONNIER, *Op. Cit.*, p. 166.

²⁹⁸ *ídem.*

²⁹⁹ Pastor Guevara vs. Lauter Durbar, 1946,1 Sem. I Tomo, p. 221.

³⁰⁰ "La semejanza entre la prescripción y la caducidad según la Sala Primera Civil. Res. N^o 39 de las 8:20 hrs. del 28 de enero de 1977, ha hecho a veces difícil para la doctrina científica moderna, la diferenciación entre la prescripción extintiva y la caducidad, por lo que la jurisprudencia reiterada de nuestros Tribunales ha determinado que en la causal de adulterio lo que se produce es la segunda por el simple transcurso del tiempo, sea del año contado desde que el cónyuge inocente tuvo conocimiento de los hechos".



irrevocablemente el derecho respectivo. No se ha incurrido por lo mismo en la mala aplicación del dicho artículo cuyo texto regula un caso en que la pérdida de la acción se opera de pleno derecho".

La sentencia antes citada vino a corregir la errónea opinión de Brenes Córdoba, quien considera que se trata de un plazo de prescripción.³⁰¹

El artículo 49 contempla, ciertamente, un plazo de caducidad, puesto que la sentencia de divorcio afecta el estado civil de la persona y, como es sabido, las facultades que afecten al estado civil de las personas³⁰² (por ejemplo las resultantes de los artículos 18, 20, 59, 73, 86, 120 del Código de Familia), están sometidas a plazos de caducidad y no de prescripción.

Por consiguiente, el plazo de un año contemplado en el artículo 49, como lo expresa la sentencia de 22 de marzo de 1946, es "aplicable sin necesidad de alegación alguna", es decir, la caducidad puede y debe ser aplicada de oficio por las autoridades judiciales y administrativas, aunque no haya sido solicitada; es irrenunciable e ininterrumpible (no se interrumpe, por tanto, por reclamación notarial, y serán inoperantes las reclamaciones y conversaciones entre las partes), pero la acción no caduca cuando se ejercita debidamente antes de terminar el plazo de caducidad.³⁰³

En las causales de realización continuada, el término de caducidad

³⁰¹ *Op. Cit.*, N° 175, ediciones de 1924, 1933 y 1974.

³⁰² La fundamentación de la caducidad —dice DE CASTRO— "habrá que encontrarla en la especial naturaleza de los derechos afectados por ella. La prescripción comprende una esfera amplísima, prácticamente abarca todos los derechos patrimoniales. La caducidad, por el contrario, se refiere a derechos o facultades dirigidas a cambiar un estado, situación o relación jurídica. Desde su nacimiento originan una situación de duda, incertidumbre o amenaza, contraria por ello a la seguridad jurídica. Condición que se considera debe fijarse entre dos momentos claramente establecidos, y que ha de resolverse sin posibilidades de dilación, aunque sea otra la voluntad de los particulares. Se ha considerado, por esto, que la caducidad funciona como una "medida de policía" (Josserand); en efecto, viene a clarificar las relaciones jurídicas". Vid. *"Temas de Derecho Civil"*. Madrid, 1972, p. 174.

³⁰³ No es suficiente —expresa con razón Víctor PÉREZ— cualquier manifestación de parte del titular de la situación jurídica para producir con ella una interrupción o una detención definitiva (que en materia de caducidad se denomina técnicamente "impedimento") del correr de término, sino que es necesario el ejercicio concreto y específico de la acción ante los tribunales mediante demanda ordinaria formalmente planteada respecto del conflicto de intereses subyacentes. Así, no basta —por ejemplo— al cónyuge inocente (en el caso del artículo 49 del Código de Familia) llamar a confesión prejudicial (mediante lo que se denomina "prejuicio de posiciones") al cónyuge culpable para que con ello se i detenga el término ya que el único comportamiento que lo puede impedir es el establecimiento de la acción de divorcio dentro del año. Vid. *"La prescripción negativa y la caducidad en el derecho civil costarricense"*, Revista de Ciencias Jurídicas N° 24, p. 380.



corre sólo a partir de la última falta. Así, por ejemplo, la Sala Primera Civil en Res. N° 295 de 1977, expresó que "en casos como el de autos en que el adulterio de la mujer se mantiene en forma reiterada, pues consta que la demandada se fue a vivir con otro hombre como si fueran marido y mujer, no puede considerarse que transcurrido el año que señala la ley ha sobrevenido un perdón tácito del marido ofendido, ya que éste conserva la posibilidad legal de reclamar sus derechos mientras se mantenga la situación irregular provocada por la esposa."³⁰⁴

Fin del proceso de divorcio.

El proceso de divorcio termina con la sentencia firme y definitiva que acoge o desestima la acción, por el desistimiento o por la muerte de cualquiera de los consortes.

El desistimiento es posible porque según reza el art. 204 del C.P.C., cualquiera puede desistir de su acción o de su demanda. Sin embargo, tratándose del proceso ordinario si se hiciera después de contestada la demanda, necesitará el desistimiento ser aceptado expresamente por la parte contraria. Si se hiciera unilateralmente, se dará audiencia a la parte contraria por tres días, bajo el apercibimiento de tenerlo por aceptado si guardare silencio. Y agrega el art. 206 de C.P.C., una vez hecho el desistimiento quedarán las cosas en el mismo estado que tenían antes de establecerse la demanda. El que desiste pagará las costas y se hará responsable de los daños y perjuicios que haya ocasionado al demandado.

El Código Civil (art. 81, párrafo final) permitía a los herederos, por vía de excepción, puesto que la acción para pedir el divorcio es eminentemente personal, no instaurar pero sí continuar la demanda que su causante tuviere establecida, "por las ventajas que de la parte económica del asunto pudieran derivar",³⁰⁵ pero el Código de Familia, por el contrario, dispone expresamente (art. 50) que la muerte de cualquiera de los cónyuges pone término al juicio de divorcio. De esta manera la legislación de familia derogó la excepción que contenía el artículo 81 del Código Civil al carácter personalísimo de la acción de divorcio o de separación judicial.

4. Efectos del divorcio.

El principal efecto del divorcio es, ya se trate de un divorcio por mutuo acuerdo o de uno que tuvo por fundamento una causal contenciosa, disolver el vínculo matrimonial.

³⁰⁴ Ver, en igual sentido, Res. de la Sala de Casación de las 15:30 hrs. del 10 de junio de 1958.

³⁰⁵ BRENES CÓRDOBA, Op.Cit., N° 176.



"Este primer efecto —explica el Profesor Carbonnier^{305 bis} — se opera con entera independencia de la culpabilidad o la inocencia de los cónyuges, pues el esposo culpable queda tan libre (para volverse a casar) como el inocente.

"El vínculo matrimonial se extingue para lo sucesivo pero sin alcance retroactivo, pues, en lo que afecta al pasado, no puede negarse la existencia de un matrimonio válido y no puede tampoco pretenderse que los cónyuges nunca hayan estado casados. Aquí reside la enorme diferencia (jurídica y religiosa) entre el divorcio y la nulidad del matrimonio."

"El vínculo disuelto faculta a los divorciados para casarse de nuevo, aunque la mujer ha de dejar transcurrir el plazo de trescientos días al objeto de impedir la confusión de paternidades" (Art. 16 inciso 2 del C. de F).

La libertad para contraer un nuevo matrimonio constituye la gran diferencia (jurídica y religiosa) que media entre el divorcio y la separación judicial. Los excónyuges pueden casarse de nuevo en el caso de que se arrepientan de su anterior decisión.

Pero en el caso del divorcio contencioso sus efectos van a producirse en función de la culpabilidad o inocencia de los cónyuges. Como expresa Carbonnier, "cabe que exista un inocente (el que ha obtenido el divorcio) y un culpable (aquél contra quien se haya declarado la disolución); también es posible la existencia de dos culpables (cocolpabilidad en el divorcio). El cónyuge inocente va a aprovecharse de ciertos beneficios inherentes a su situación, al paso que el culpable quedará sujeto a determinadas penalidades y sanciones. La aspereza de los procesos de divorcio no siempre responde a un interés en la disolución del vínculo, sino al afán de obtener las ventajas derivadas del mismo y así se ve con frecuencia como los demandados contraatacan afanosamente para convertir en divorcio cocolpable la disolución que lleve trazas de configurarse como imputable a ellos. Las demandas reconventionales no tienden ya a la disolución del vínculo sino a la obtención de estos beneficios".³⁰⁶

En el derecho costarricense el cónyuge declarado culpable en la sentencia de divorcio o de separación judicial se hace acreedor a dos sanciones de orden pecuniario: a) la pérdida de su derecho a participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio de su consorte y b) la pérdida del derecho a la pensión alimenticia.

a) *Pérdida de gananciales.*

El Código Civil (art. 90) disponía que en caso de divorcio o de

^{305 bis} *Op. Cit.* p. 184.

³⁰⁶ *Op. Cit.*, p. 185.



separación judicial que no fuere voluntaria, el cónyuge culpable perdía su derecho a los gananciales procedentes de los bienes del otro cónyuge.³⁰⁷ Lo que el cónyuge culpable pierde, manifestaron nuestros tribunales en reiterada jurisprudencia, es su derecho a gananciales en los bienes adquiridos por el otro cónyuge durante el matrimonio y, además, la mitad de los bienes que a título oneroso él mismo hubiere adquirido durante el matrimonio.³⁰⁸

El C. de F. cambió radicalmente aquel estado de cosas. Al omitir incorporar a sus disposiciones la regla contenida en el artículo 90 del Código Civil,³⁰⁹ dispuso, implícitamente, que el cónyuge culpable no perdía los bienes gananciales y que por consiguiente éstos debían distribuirse por mitades entre cada cónyuge, independientemente de la culpabilidad o de la inocencia de cada esposo en el juicio de divorcio o de separación judicial.

Después de promulgado el Código de Familia las ventajas y desventajas de la disposición contenida en el derogado artículo 90 fueron objeto de discusión. En favor del criterio originalmente seguido por el nuevo Código, Fonseca Montoya, por ejemplo, opina: "no existe motivo que justifique la pérdida de gananciales como sanción para el cónyuge culpable de divorcio o separación judicial, por ser ésta una circunstancia muchas veces aislada y que generalmente responde a un momento de incertidumbre y confusión que puede ser perfectamente excusable si se le compara con los largos años de trabajo, colaboración y mutuo auxilio entre los esposos, que dieron como resultado un capital al que, por derecho propio, ambos tienen merecida participación, independientemente de las debilidades humanas que pudieron haber dado lugar a la disolución del matrimonio; tómesese en consideración, además, que la

³⁰⁷ El artículo 156 del Código General de 1841 sancionaba con la pérdida de los gananciales únicamente a la mujer que hubiera dado lugar al divorcio por adulterio, y al marido cuando la causa de la disolución del vínculo fuere la negativa de éste a proporcionar alimentos a su familia.

³⁰⁸ V. en el mismo sentido: Sala Segunda civil, N^o 222 del 27 de junio de 1974. En igual sentido: Aizemann Sagal vs. Margules Gutowski, Cas. del 1^o de agosto de 1947, II Sem., I Tomo, p. 678. Sala Primera Civil, N^o 233,10 de agosto, 1973.

³⁰⁹ Cabe preguntarse si la disposición del artículo 90 del Código Civil fue omitida involuntariamente por el legislador o si fue consciente y expresamente derogada.

Estudiando las Actas de la Comisión Redactora encontrarnos que la decisión de omitir la regla del Artículo 90 del Código Civil fue ampliamente discutida en el seno de la Comisión Redactora, cuyos miembros, en las sesiones 37 y 38, aprobaron un sistema que hacía perder al cónyuge culpable el 25% de los gananciales, pues consideraban muy severa la sanción del artículo 90 (pérdida total de los gananciales). En la versión final del Proyecto se hizo desaparecer pura y simplemente la norma de cuestión.



culpabilidad de uno de los consortes, aunque sea judicialmente declarada, puede tener una causa oculta en la cual bien pudo haber tenido mucha responsabilidad el cónyuge reputado como inocente".

"Por todo ello –continúa Fonseca– estimamos como acertada la decisión de nuestro legislador, al eliminar en el nuevo Código de Familia la sanción contenida en el artículo 90 del Código Civil de 1888, por la cual el cónyuge culpable de divorcio o separación, perdía el derecho a los gananciales".³¹⁰

Mas la aprobación del sistema instaurado por el Código de Familia no fue unánime. En efecto, con ocasión de discutirse en la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa un proyecto de reforma al artículo 111 del Código de Familia que se convirtió, finalmente, en la referida ley N° 5895 de 23 de marzo de 1976, fue aprobada una reforma al Código de Familia para volver al sistema del Código Civil. En el Dictamen de Mayoría Afirmativo (Expediente N° 7236), publicado en La Gaceta de 15 de noviembre de 1975, la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa expresa que... "...creyó oportuno recomendar al Plenario la modificación al texto del artículo 41 del Código en comentario, volviendo a la disposición que nos rigió por muchísimos años, con plena aceptación. Nos referimos a la institución de los gananciales. Los proponentes creemos que debe existir una sanción para el cónyuge culpable, y que ésta debe ser traducida en la pérdida de los gananciales en los bienes del cónyuge inocente" (sic).

El Plenario de la Asamblea Legislativa consagró la sesión ordinaria número 77 de 3 de noviembre de 1975, y las sesiones extraordinarias números 20 y 23, de 4 y 11 de noviembre de 1975, a discutir las ventajas y desventajas del sistema que estableció el Código Civil y el Código de Familia en su versión original. Finalmente los legisladores dispusieron volver al sistema del Código de 1888.³¹¹

No queremos dejar de expresar nuestro criterio sobre esta reforma. Pensamos que aun cuando existen razones para defender una u otra tesis, hubiera sido más justo mantener el régimen que instituyó originalmente el Código de Familia. En efecto, la pérdida de gananciales con que se castiga al "cónyuge culpable", sumada a la pérdida del derecho a demandar una pensión alimenticia, es una sanción extremadamente severa, que como bien señala Fonseca Montoya

³¹⁰ Vid. Oscar FONSECA MONTOYA: *Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges*. Tesis de grado. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1975. p. 217.

³¹¹ El restablecimiento de la pérdida de gananciales fue aprobado por la Asamblea Legislativa en primer, segundo y tercer debate en las sesiones extraordinarias celebradas los días 12, 13 y 14 de enero de 1976, e incorporado al texto del Código mediante ley N° 5895 de 23 de marzo de 1976.



"...no se encuentra conforme con la mayoría de la doctrina ni la legislación extranjera y al parecer no hay precedentes en igual sentido".³¹²

Cabe agregar, por otro lado, que no siempre quien aparece en un expediente judicial como *cónyuge culpable* de la disolución de un matrimonio es el *verdadero culpable*. Su conducta contraria al mantenimiento del vínculo pudo perfectamente haber sido provocada por su consorte y por ello pareciera injusto privarlo de un derecho a participar de un patrimonio que se formó con su esfuerzo y colaboración. Por otra parte, el hecho de que de la declaración de culpabilidad o inocencia en un proceso de divorcio o de separación judicial dependa, en algunos casos, la distribución de cuantiosos haberes patrimoniales, contribuirá a hacer más dramático y controvertido el proceso de divorcio.

"La finalidad de las sanciones impuestas al divorcio —dice Carbonnier³¹³— parece ser el desanimar, en cierto modo, de incurrir en infracciones conyugales, al esposo que vacila ante el deber. La realidad es que pocos son los cónyuges que contemplan las cosas tan a lo lejos y casi siempre las faltas aludidas ofrecen un carácter pasional frente al que resultan ineficaces todos los dispositivos sancionadores."

También hubiera sido posible imprimir al sistema un sesgo menos individualista y tener presentes los superiores intereses familiares (por ejemplo ley inglesa de 30 de julio de 1937, art. 10: El Tribunal puede ordenar al marido que efectúe un "settlement" en provecho de los hijos. La estimación del interés individual del apellidado cónyuge inocente, no es una medida demasiado cauta, ya que el estímulo de las ventajas patrimoniales obtenibles puede constituir un sabroso cebo para intentar demandas de divorcio. El dispositivo de la responsabilidad civil puede convertirse fácilmente en un germen de reivindicaciones y, por tanto, de desconcierto social. Es incluso probable que la extensa vigencia jurisprudencial del principio de la pensión alimenticia, haya afluído a una multiplicación de los divorcios, fomentando la propensión natural —tan agudizada en nuestro siglo— a lo que se ha dado en llamar "vivir de las rentas", percepción de una pensión periódica antes de la edad en que, por equidad, se les debiera adjudicar)".

Si, como puede, verse, la pensión del artículo 57 tiene un marcado carácter alimenticio, la pérdida, en juicio de divorcio o de separación judicial, del derecho a participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del

³¹² *Op. Cit.*, p. 213.

³¹³ *Op. Cit.*, pp. 192-193.



otro cónyuge tiene, en cambio, carácter indemnizatorio. El crecimiento que experimenta el patrimonio del cónyuge inocente, como lógica consecuencia de la pérdida de ganancias con que se sanciona al consorte culpable, viene a indemnizar el perjuicio material y moral imputable al cónyuge que ha dado lugar al divorcio.

b) *La pensión alimenticia y el deber de auxilio entre cónyuges y excónyuges.*

Durante el transcurso normal del matrimonio el cumplimiento del deber de auxilio se realiza mediante la contribución de cada esposo al pago de los gastos que demanda la familia (capítulo octavo, p. 171), pero durante la desarmonía conyugal ese deber de auxilio económico se cumple, generalmente, mediante el pago de una *pensión alimenticia* fijada por el Juez.

Como observa el profesor Carbonnier: "Lo lógico sería que, una vez disuelto el matrimonio, no subsistiese ninguno de los aspectos del deber de auxilio, pese a lo cual hay que reconocer la supervivencia del vínculo en cierto sentido, por cuanto que, en su día, el matrimonio se contrajo a través de un compromiso moral intencionalmente perpetuo y el marido (principalmente) tomó a su cargo el deber vitalicio de proteger a su mujer contra la miseria." El derecho se sirve de esta base, éticamente articulada, para prolongar el deber de auxilio a través de la obligación alimenticia subsiguiente al matrimonio.

"En realidad, —agrega Carbonnier— la beneficiaria de la institución viene a ser la mujer, ya que (incluso en el momento actual) es el marido quien, merced a su trabajo, subviene a las necesidades matrimoniales, de tal manera que el divorcio implica una brusca alteración en el nivel de vida de aquélla. La pensión alimenticia se nos presenta como una institución feminista, aunque conceptualmente funcione de manera recíproca y pueda tener al marido como destinatario".³¹⁴

En la sentencia que declare el *divorcio sanción o divorcio contencioso*, aunque se origine en una separación judicial, (arts. 48.1, 2, 3, 4 y 58. 2.3.4.) el Tribunal *puede* conceder al cónyuge declarado inocente una pensión alimenticia a cargo del culpable³¹⁵

³¹⁴ *Op. Cit.*, p. 186.

³¹⁵ La Sala Segunda Civil en Res. N° 242 del 4 de agosto de 1978 juzgó que podía imponer *de oficio* el pago de una pensión sin incurrir por ello en *ultra petita*: "Aunque la actora renunció a su pensión alimenticia en el libelo de la demanda y en la *petitoria*, no incurre esta Sala en *ultra petita* si ordena conceder al cónyuge declarado inocente una pensión a cargo del culpable, pues el derecho de pedir alimentos es irrenunciable, puesto que se trata de la



que conforme al art. 57.2 *podrá* ser revocada, a solicitud del obligado, cuando el alimentario inocente contraiga *nuevas nupcias*.³¹⁶ La nueva unión posiblemente disminuya sus necesidades y aumente sus recursos.

El art. 57 *faculta* al Tribunal –no lo obliga– a conceder al *cónyuge inocente una pensión alimenticia a cargo del culpable*.

Esta medida sobre suministro de alimentos, expresa don Alberto Brenes Córdoba³¹⁷ "no es de rigor en todo divorcio, porque no siempre estaría apoyada en la razón y la justicia. Todo depende de las circunstancias; por eso la ley establece como facultativa para el juez semejante atribución". Según puede observarse, Brenes Córdoba no indica cuáles son esas *circunstancias* que debe tomar en cuenta el Juez para liberar o imponerle al cónyuge culpable la obligación de pagar alimentos a su consorte.

Esas circunstancias no son otras, a juicio nuestro, que las posibilidades de quien la da y las necesidades de quien la recibe. En efecto, puesto que se trata de una *pensión alimenticia*, a la hora de fijar su monto el Tribunal debe tomar en cuenta las posibilidades económicas de quien la da y las necesidades de quien la recibe, por ello si la demandante no necesitare la pensión no debe imponerse al accionado su pago. Sobre el particular la Sala Segunda Civil en Res. N^o 199 de 18 de junio de 1980 confirmó un auto que acogió un incidente de exoneración de pensión por juzgar "evidente la mejoría económica que ha experimentado la demandante, cuya situación económica es, incluso, mejor que la del alimentante, por lo que, mientras las mismas condiciones se mantengan, amerita liberar al alimentante de tal obligación".

Momento y requisitos para solicitar la pensión alimenticia.

La pensión debe ser solicitada en la demanda de divorcio o en la reconvencción, y no en acción *diferente* y posterior al juicio de divorcio, puesto que el art. 57 de c. de f. sólo *faculta* al Tribunal para conceder una pensión alimenticia al cónyuge inocente en la *sentencia que declare el divorcio*.

Obsérvese que aun cuando teóricamente una de las características del derecho a la pensión es su reciprocidad, en la práctica los mismos jueces ven con aprehensión la concesión de alimentos a favor

jurisdicción de familia, que es de interés público y tutelada por el Estado.

³¹⁶ Si el nuevo matrimonio de la apelante está probado en autos –dice la Sala Segunda Civil en Res. N^o 100 del 17 de abril de 1979– y este fue el único motivo que tuvo el Juzgado para decretar la rebaja de la cuota alimentaria en beneficio del incidentista, al exonerarlo de la obligación de seguirle pagando los alimentos a aquélla, debe confirmarse el auto recurrido.

³¹⁷ Op. Cit., N^o 181.



del hombre, como lo atestigua la Res. N° 747 de 1981 del Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, que en lo que interesa dice: "Aun cuando es cierto que de acuerdo con el Código de Familia los progenitores están obligados a alimentar a sus hijos, resulta inaudito y sumamente extraño que el hombre le pida a la mujer una cuota para alimentos (para los hijos) que es obligación suya; de ahí que proceda confirmar el incidente de pensión alimenticia formulado por el demandado".

Y Brenes Córdoba, por su parte, expresa: "Desde luego, aunque se habla indistintamente del hombre y la mujer como sujetos en cuyo provecho es decretable la pensión, por la igualdad que los litigantes gozan ante la ley, bien se comprende que el beneficio es introducido particularmente respecto de ella por ser quien merece mayor protección atendiendo a su natural debilidad y desamparo. Sólo en el caso de que siendo el marido el cónyuge inocente se hallare impedido para trabajar y en suma pobreza, y que la mujer en cambio disfruta de suficientes bienes de fortuna, estaría justificada la obligación que se le impusiera de atender a los alimentos del que fue su consorte".^{317 bis}

Mas para que, de acuerdo con el artículo 57 del Código de Familia, en el juicio de divorcio pueda imponerse al cónyuge culpable el pago de una pensión alimenticia, no es suficiente que el otro cónyuge obtenga una sentencia favorable, sino que a la vez es indispensable que se encuentre libre de alguno de los motivos señalados en el artículo 160 del Código de Familia, que exoneran de la obligación de proporcionar alimentos cuando el cónyuge que los pretende incurre en alguno de ellos, independientemente de toda acción de divorcio o separación judicial, ya que si dichos motivos rigen entre los esposos, sea, cuando subsiste el matrimonio, con mayor razón han de regir una vez disuelto éste, en que la dicha obligación de dar los alimentos es de excepción, desde que es facultativo del Juez imponerla. El adulterio, por ejemplo, es uno de esos motivos, previsto en el inciso 4^o del citado artículo 160 – y antes en el artículo 169, inciso 3^a del Código Civil–. De modo que si, como ha sucedido, en un juicio se deniega la declaratoria de divorcio *por estar caduca la causal de adulterio alegada por el demandante*, tal caducidad es intrascendente en cuanto alimentos, pues si la demandada fue infiel, por esa sola circunstancia cesó para su esposo –a pesar de que éste fue declarado *cónyuge culpable de adulterio*, por haberse acogido este extremo de la contrademanda que presentó la accionada– la obligación de proporcionarle la pensión pretendida en su contrademanda, salvo en el supuesto de que después del adulterio hubiese existido reconciliación, caso en el

^{317 bis} *Op. Cit.* N° 83.



cual necesariamente el actor-contrademandado habría tenido que probar, para librarse del pago de alimentos, algún motivo sobreviniente (Cas. N° 112 de 1979). La relevancia de esta resolución es evidente: para efectos de la pérdida de pensión *cónyuge culpable* no es sólo quien ha sido declarado, en la sentencia de divorcio o de separación judicial/ autor responsable de una de las faltas consignadas en los arts. 48 y 58, sino también el consorte que incurriere en una de las formas de mala conducta sancionadas en el art. 160.

Innovando sobre el particular, el Código de Familia dispone (párrafo final del art. 57) que *aunque no existiere cónyuge culpable*, o sea en los casos de divorcio y separación no contenciosa o por causa objetiva (arts. 48.6, 7 y 58.5, 6, 7,8), podrá el tribunal, *según las circunstancias*, conceder una pensión alimenticia a uno de los cónyuges y a cargo del otro.

De esta manera el Código de Familia hace innecesaria la interpretación un tanto forzada a que, para evitar injusticias, se vieron obligados los jueces y de conformidad con la cual la culpa de la separación debía proyectar sus efectos sobre el divorcio, aun cuando este se decretara con fundamento en una causa no contenciosa. En efecto la Sala de Casación en sentencia N^B 83 de 1958, entre otras, había declarado lo siguiente: "En el juicio ordinario de separación de cuerpos incoado por X contra Y, decretaron los Tribunales con lugar esa demanda, habiendo tenido por probado "que el demandado Y, abandonó el hogar, la esposa y el hijo el cinco de junio de mil novecientos cincuenta y dos; y que el demandado n»ha cumplido en su totalidad con la obligación de dar alimentos a su hijo y a la actora". En consecuencia se decretó la separación de cuerpos, siendo desde luego cónyuge culpable el señor Y y su esposa doña X cónyuge inocente. Transcurridos los dos años que indica el artículo 82 del Código Civil, pide el marido que se decrete el divorcio, y como él considera que en este nuevo juicio en que se pide el divorcio no hay cónyuge culpable ni cónyuge inocente, y como el divorcio rompe todo vínculo o nexo jurídico entre los esposos, no tiene obligación de dar alimentos a su esposa. Es cierto que uno de los modos que la ley señala para obtener el decreto de divorcio es el hecho de haber transcurrido dos años desde la declaratoria de separación de cuerpos sin que entre los cónyuges, dentro de ese lapso haya habido reconciliación; pero riñe con todo sentido jurídico –sin haber variado las circunstancias– el que un marido que ha sido declarado culpable en juicio contradictorio y cuya sentencia se halla firme, con sólo pedir el divorcio acogiéndose a la disposición del artículo 82 citado, quede relevado de toda responsabilidad no obstante que su esposa fue y sigue siendo porque no se ha demostrado lo contrario,



inocente. El origen del juicio de divorcio a que este expediente se refiere es el de separación de cuerpos, que no fue por mutuo consentimiento, sino un litigio en que la esposa comprobó y precisamente por eso obtuvo un fallo a su favor, que su marido era de un modo absoluto cónyuge culpable. Ni el transcurso de dos años ni el camino que abre el artículo 82 del Código Civil son bastantes para borrar lo que ya está declarado por sentencia firme: que el señor Y es cónyuge culpable y en consecuencia, de conformidad con el artículo 88 del Código Civil procede acordar una pensión en favor de la esposa".

El cónyuge culpable en ningún caso tendrá derecho a pensión. Igual sucede en el supuesto de cocolpabilidad.

El legislador no se planteó el problema de si puede ser acogido un *incidente de exoneración de pensión* cuando el obligado probare que la alimentaria en vez de contraer legítimas nupcias con un tercero vive en público concubinato con otra persona o, simplemente, que dio a luz un hijo extramatrimonial. El punto es difícil de resolver. Una respuesta simple y legalista podríamos encontrarla escudándonos en una interpretación literal del párrafo 2 del artículo 57 del Código de Familia: la pensión únicamente podrá perderla el cónyuge que ha contraído válidamente un nuevo matrimonio, después de la disolución del vínculo anterior.

Esta interpretación, sin embargo, nos parece excesivamente estrecha. Opinamos que la pensión también debe ser revocada en caso de concubinato porque de lo contrario se estaría propiciando un verdadero *fraude a la ley*,³¹⁸ puesto que los convivientes, únicamente con el objeto de evitar la pérdida de la pensión alimenticia, podrían abstenerse de contraer matrimonio.

Si la mujer divorciada beneficiaría de una pensión da a luz un hijo extramatrimonial nos inclinamos por creer, en cambio, que la pensión debe mantenerse. El criterio nuestro coincide con lo expresado por el Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, en Res. N° 93 de 1981. Este Tribunal al conocer de la solicitud que hizo un alimentante para que se le eximiera del pago de mil colones mensuales de pensión del total de dos mil que ha venido pagando, bajo el argumento de que la pensión a favor de su exseñora es en el tanto que guarda la compostura moral que exige nuestra sociedad, y no cumpliéndose tal condición, por tener ella relaciones con otro hombre de las cuales ha nacido un hijo, dispuso acoger, en todo su tenor, las consideraciones que hizo el órgano a-quo para denegar

³¹⁸ El *fraude a la ley* lo configuran aquellos comportamientos que tratan de eludir una ley determinada de orden público, sin contravenirla formalmente, de suerte que se infringe el espíritu de la norma, respetando la letra de la misma. En síntesis: consiste en jugar con la ley en vez de violarla abiertamente.



esa solicitud, considerando que "no obstante que el señor afirma que la señora tiene ya el compañero que buscó, la verdad es que, dentro de estas diligencias, no se ha hecho demostración plena de esa circunstancia; únicamente quedó corroborada la existencia del menor y como bien lo dice la resolución recurrida, ese solo hecho, no puede afectarle la condición de beneficiaria, si roto el vínculo conyugal, también desapareció el deber de fidelidad entre ellos". Si, en cambio, la mujer tuviere sucesivos hijos de padres diferentes, la pérdida de la pensión encontraría apoyo en lo dispuesto en el art. 160.5 que expresa que no existirá la obligación de dar alimentos cuando el alimentario observare mala conducta o ésta fuere disoluta, licenciosa o incompatible con el decoro y buen ejemplo.

Puede suceder, por otra parte, que quien contraiga nuevas nupcias sea el alimentista y no el alimentario, el obligado y no el beneficiario, y que presente un incidente de rebaja de pensión, aduciendo las nuevas obligaciones que ha contraído. Sobre este particular nuestros tribunales han tenido la oportunidad de pronunciarse: la Sala Primera Civil, en resolución N° 189 de 1977 expresó que si el incidentista, al divorciarse de su primera esposa, se comprometió a darle una determinada suma a ella y a sus cinco hijos para cubrir sus necesidades alimentarias, el hecho de que aquél se casara de nuevo no puede perjudicar el derecho adquirido con anterioridad por sus alimentados, puesto que debe suponerse que antes de contraer nuevas nupcias debió pesar su capacidad económica, dadas las circunstancias dichas.³¹⁹ Distinto sería —agrega la Sala— si en su segundo matrimonio llegare a tener otros hijos, porque ya la situación no sería la misma.³²⁰

Determinación del monto y naturaleza de la pensión.

Para determinar el monto de la pensión los jueces podrán librarse a una apreciación sobre las particularidades o *circunstancias* de cada caso (Cas. N° 113, 1951). Esas circunstancias son, fundamentalmente, que quien los necesite esté en condiciones de no

³¹⁹ Reiteradamente la jurisprudencia ha sostenido que quien teniendo determinadas obligaciones continúe contrayendo otras que no son consecuencia directa ni inmediata de las primeras, es porque está en capacidad de atenderlas sin perjuicio de aquéllas (ver Sala Primera Civil, Nos. 358 de 1979, 492 de 1975, 248 de 1974 y 34 de 1970).

³²⁰ Los tribunales se inclinan, en efecto, a tomar en cuenta para fijar el monto de la pensión las nuevas obligaciones adquiridas por el alimentante como consecuencia del nacimiento de hijos de un segundo matrimonio (ver, en este sentido, entre las resoluciones más recientes, Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, N°107 de 1981).



serle posible vivir sin el auxilio que la pensión alimenticia representa, pues "si posee o es dueño de bienes bastante para proveer a sus necesidades, no puede pedirlos, sólo le sería dable exigirlos si viniese a menos en sus necesidades de vida" (Cas. de las 15:30 hrs. del 23 de octubre de 1942). Estas necesidades, sin embargo, serán apreciadas por los juzgadores de conformidad con la forma de vida social de los alimentarios (Sala Primera Civil N° 41 de 1975). Durante el mes de diciembre, por aumentar los gastos de la alimentaria ésta, según reiteradísima jurisprudencia de nuestros tribunales, puede solicitar una pensión extraordinaria. No es conveniente, empero, tramitar en un mismo legajo lo relativo a la pensión ordinaria y la extraordinaria, en beneficio de un mayor orden en los procedimientos y para evitar así entorpecimiento y confusión al dictarse las distintas resoluciones. Consiguientemente el reclamo de la pensión ordinaria y de la extraordinaria deben tramitarse en piezas separadas (Vid., en este sentido, entre otras, Sala Primera Civil, N° 321 de 1972, N° 99 de 1976, N° 92 de 1977). La fecha a partir de la cual debe pagarse la pensión alimenticia, según criterio reiterado de nuestros tribunales, es la del auto que la fija o modifica, y no desde la firmeza de esa resolución (Sala Segunda Civil N° 126 de 1976). Y como esa obligación consiste en el pago de una suma de dinero (art. 151) los daños y perjuicios a que puede dar lugar el incumplimiento de la obligación consisten en el pago de intereses sobre la suma debida (Tribunal Superior Civil, Alajuela, N° 1283 de 1975).

5. Los efectos del divorcio y de la separación en el supuesto de cocolpabilidad.

Cuando se declara la cocolpabilidad de los cónyuges – anota Carbonnier,³²¹–, "el vínculo se disuelve en los mismos términos que si la culpabilidad y la inocencia se declarasen unilateralmente. La cuestión reside en la atribuibilidad de los beneficios derivados de la situación. En el aspecto procesal, sería válido pronunciarse a favor de un beneficio bilateral por el hecho de que ambas acciones han sido acogidas y tanto la demanda principal como la reconventional han afluído a una resolución estimatoria. En cambio, si examinamos el aspecto moral del problema, hemos de concluir que ninguno de los cónyuges puede aspirar a los efectos beneficiosos derivados de la disolución, ya que dichos efectos se conectan con la exención de responsabilidad (inocencia) y, en el supuesto referido, se ha llegado a demostrar precisamente lo contrario (la corresponsabilidad de los divorciados). El Derecho Positivo establece, de acuerdo con esta concepción, que cuando se declare

³²¹ *Op. Cit.*, p. 191.



culpables a ambos divorciados, se compartan por ellos las consecuencias gravosas pero no las resultas favorables de la decisión judicial".

Por consiguiente, ningún cónyuge podrá pretender derecho alguno en cuanto a costas, a la pensión alimenticia o participar en el valor neto de los gananciales del otro.³²² "Estos efectos – agrega el Profesor Carbonnier– explican la importancia práctica asumida por las *demandas reconvenzionales*, pues aunque haya seguridad absoluta de que la acción principal va a ser estimada el demandado tiene interés en accionar la reconvencción para eludir las sanciones pecuniarias (alimentos, indemnización) que le amenazan".³²³

BIBLIOGRAFÍA SUMARIA

- a) Extranjera: Gabriella AUTORINO STANZIONE, *Divorcio e tutela della persona, (L' esperienza francese, italiana e tedesca)*, Pubblicazioni della Scuola di perfezionamento in diritto civiles dell'Università di Camerino a cura de Fierro Perlingiere, 1981; Omar U. BARBERO, *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, Astrea, Buenos Aires, 1977; Jean Claude GROSLIERE, *La reforme du divorce*, editions Sirey, París, 1976; Alfred RIEG, *Divorce-sanction et divorce-faillite en droit francais*, Tomo XXIII de los Anales de la Facultad de Derecho, Estrasburgo; Eduardo A. ZAN-NONI, *Divorcio y obligación alimentaria entre cónyuges*, Astrea, Buenos Aires, 1977.
- b) Nacional: Gerardo TREJOS, *El divorcio y la separación por mutuo consentimiento*, Editorial Juricentro, San José, 1977. Víctor PÉREZ, *El divorcio en el nuevo Código de Familia*, Revista Judicial, N° 2, San José, 1976.

³²² En esta hipótesis (cocalpabilidad), dice BRENES CÓRDOBA, en cuanto a las responsabilidades y condenas relativas a la pérdida de gananciales, costas y cualesquiera otros accesorios, ninguno de los contendientes debe tener las ventajas en contra del otro, por ser idénticas las posiciones de ambos enfrente de la ley. *Op. Cit.* N° 174. La Sala primera Civil, por su parte, en Res. N° 289 de 1979 expresó que "si se demostró el adulterio de la demandada con un sujeto, con quien ha procreado un hijo, así como el adulterio del acto contrademandado, procede confirmar la sentencia recurrida que declaró con lugar la demanda de divorcio y privó a la accionada del derecho a ser alimentada, pero debe acogerse también la contrademanda, pues ambos cónyuges incurrieron en la misma causal".

³²³ *Op. Cit.*, p. 191.