

Informe de Investigación

Título: JURISPRUDENCIA RELACIONADA AL RECLAMO DE DAÑO MORAL POR LA CAUSAL DE ADULTERIO EN MATERIA DE FAMILIA

Rama del Derecho: Derecho de Familia	Descriptor: Daños y perjuicios en materia de familia
Tipo de investigación: Simple	Palabras clave: Daños y perjuicios, adulterio
Fuentes: Jurisprudencia	Fecha de elaboración: 12/2009

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	1
2 Jurisprudencia.....	1
a)Análisis del reclamo del daño moral en materia de familia, análisis general.....	1
b)Procedencia en general como consecuencia del rompimiento del vínculo.....	17
c)Análisis sobre la improcedencia de la indemnización por daños y perjuicios cuando se decreta divorcio amparado en el adulterio comprobado de uno de los cónyuges.....	34
Voto No. 1459.....	36

1 Resumen

En el presente informe de investigación se recopila la jurisprudencia que realiza un análisis relacionado al cobro de daño moral por la causal de adulterio, se ha ubicado primero la que realiza un análisis general sobre el cobro de daño moral en materia de familia y luego se concluye con la que analiza el tema en específico con respecto a la causal de adulterio.



2 Jurisprudencia

a) Análisis del reclamo del daño moral en materia de familia, análisis general.

[TRIBUNAL DE FAMILIA]¹

VOTO No. 39 – 07.-

TRIBUNAL DE FAMILIA.-San José, a las ocho horas veinte minutos del once de enero del año dos mil siete.-

Proceso Ordinario de Divorcio establecido por marta bolaños mora , mayor, casada, ama de casa, con cédula número cinco – doscientos catorce – ochocientos ochenta y cuatro, vecina de Tilarán, Guanacaste; contra julio cesar arias olivares, mayor, casado, comerciante y empresario, con cédula número seis – ciento cincuenta y cinco – setecientos cincuenta, vecino de Tilarán, Guanacaste. Funge como Apoderado Especial Judicial de la parte actora el Licenciado Douglas Román Díaz. Se ha tenido como parte al Patronato Nacional de la Infancia.-

RESULTANDO:

1.-La actora con base en los hechos y citas de derecho que invocó en su demanda, solicita que en sentencia se declare:"1- Con lugar la demanda en todos sus extremos. 2- Que el demandado es cónyuge culpable de las causales de Adulterio, Sevicia y/o Ofensas Graves en mi perjuicio y/o de mis hijos. Que tanto la suscrita como mis hijos tenemos Derecho a Pensión Alimentaria, obviamente conforme a nuestras necesidades y las posibilidades del demandado. 4- Que la Guarda, Crianza y Educación de nuestra hija menor corresponde a la suscrita. Por supuesto que el padre podrá visitarla, y solicitar la regulación en la vía correspondiente. 5- Que la suscrita TIENE EL DERECHO A GANANCIALES, ES DECIR A LA MITAD DEL VALOR NETO DE TODOS LOS BIENES CONSTATADOS EN EL PATRIMONIO DEL DEMANDADO, SEAN TODOS LOS DESCRITOS EN ESTA DEMANDA, ASÍ COMO TODOS AQUELLOS QUE TENGA EN SU PATRIMONIO EL SEÑOR ARIAS Y LAS SOCIEDADES CITADAS Y DEMANDADAS. 6- Que también tienen carácter de Bienes Gananciales, tanto las acciones como los bienes muebles, inmuebles, inscritos o no, inventario y equipo en general de las Sociedades citadas y cualquiera otra del demandado. 7. Que a título de daños y perjuicios, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 bis del Código de Familia, el señor Julio Cesar Debe indemnizarme con la suma de tres millones de colones. CONCRETAMENTE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CORRESPONDEN A TODO EL DAÑO SOCIAL Y MORAL QUE ME HA CAUSADO EL DEMANDADO ARIAS CON SU ACTUAR TANTO EN EL ADULTERIO COMO EN LA SEVICIA Y LAS OFENSAS GRAVES. 8- En caso de que para ese momento aún no se haya ordenado, de conformidad con lo establecido en los artículos 53 y 61 del Código de Familia se ordenará la salida del demandado del domicilio conyugal. 9- En caso de oposición a esta demanda, se condenará al demandado al pago de costas

personales y procesales.”-

2.-El demandado en su condición personal y como representante de las sociedades La Lucha de Tilarán S.A. y Agrotila Internacional S.A. fue debidamente notificado de la presente acción la cual contestó en forma negativa, oponiendo la excepción de falta de derecho, falta de legitimación activa y pasiva, la de caducidad y la genérica de sine actione agit.

3.-El demandado en su doble condición antes mencionada con base en los hechos y citas de derecho, presenta una contrademanda y solicita que en sentencia se declare: disuelto el vínculo matrimonial por la causal de sevicia en sui perjuicio, que se declare que todos los bienes muebles que se encuentran en la casa de la actora, vehículos y propiedades inscritas a su nombre son bienes gananciales y por ende le corresponde el cincuenta por ciento del valor neto de los mismos, previo pago de todas las deudas adquiridas por él en su condición personal, así como las deudas de su representada la sociedad Comercial Agrotila Internacional Sociedad Anónima, ordénese mediante ejecutoria la inscripción de su derecho al cincuenta por ciento sobre dichos bienes. Que se le exima del pago de pensión a favor de la contrademanda. Que se declare que Julio César no es dueño de acciones, ni socio de la sociedad Ganadera La Lucha Sociedad Anónima desde el veintitrés de febrero del año dos mil tres y se ordene el levantamiento de cualquier anotación de demanda ordinaria promovida por la contrademandada en contra de los bienes de dicha sociedad. Que sus hijos son mayores de edad y que se condene en costas a la demandada.-

4.-La contrademandada fue debidamente notificado y opuso las excepciones de legitimación activa y pasiva y la de falta de interés, la de caducidad y la de falta de derecho.

5.-La Licenciada Ana Cristina Fernández Acuña Jueza del Juzgado Civil y de Trabajo de Cañas, por sentencia de las trece horas diez minutos del cuatro de agosto de dos mil seis, resolvió: “POR TANTO: Por lo expuesto y artículos 41, 48 inciso 1 y 4 y 56 del Código de Familia, sin lugar las excepciones de Falta de Derecho, Falta de Legitimación Activa y Pasiva y la genérica de sine actione agit, opuestas por el demandado y reconvencor Arias Olivares, en su condición personal, y se acogen únicamente con relación a las sociedades demandadas Ganadera La Lucha S.A. y Agrotila Internacional S.A. Se declara CON LUGAR la demanda ORDINARIA DE DIVORCIO incoada por MARTA BOLAÑOS contra JULIO CÉSAR ARIAS OLIVARES se disuelve el vínculo matrimonial que une a la actora con el demandado. Inscríbase este fallo en el Registro Civil, en la Sección de Matrimonios, Provincia de Guanacaste, al tomo cuarenta y tres, folio ciento setenta y dos, asiento trescientos cuarenta y tres. Se omite pronunciamiento sobre aspectos de guarda crianza y educación de los hijos por ser todos mayores de edad. Así mismo se omite pronunciamiento sobre la pretensión subsidiaria por haberse acogido la principal. Se declara el derecho de la actora a demandar pensión alimentaria en su favor y a su vez se le exime del pago de pensión alimentaria a favor del demandado. En consecuencia, tal y como lo solicita la actora se declara el derecho de los cónyuges a la repartición de los bienes gananciales, entendiéndose esto como el derecho de los cónyuges a participar en la mitad del valor neto de los bienes habidos dentro del matrimonio a título oneroso y constatados en el patrimonio del otro, mismos que se liquidarán en la etapa de ejecución de sentencia y entre los que indiscutiblemente se encuentran vehículos placas CL-169555, marca TOYOTA, el CL-104229, marca MITSUBISHI, el CL-131407 marca MACK y el vehículo MOT 104687, marca HONDA, todos a nombre del demandado Arias

Olivares y placas MOT-110507 marca HONDA, modelo 2002, el placas 502963 marca MITSUBISHI, modelo 1997 y el vehículo placas 019058 marca VOLVO, modelo 1977, todos a nombre de la señora Bolaños Mora, así como las siguientes fincas: finca Partido de Guanacaste Folio Real Matrícula número ciento tres mil doscientos sesenta y nueve secuencia cero cero cero, inscrita el once de diciembre de mil novecientos noventa y siete; la finca Partido de Guanacaste Folio Real Matrícula número ciento cinco mil quinientos sesenta y cinco secuencia cero cero cero, inscrita el seis de diciembre del año dos mil y la finca Partido de Guanacaste Folio Real Matrícula número ciento cinco mil veintiséis secuencia cero cero cero, inscrita el primero de abril de mil novecientos noventa y ocho. Sin lugar el pago de daños y perjuicios a favor de la actora. Asimismo, se declaran con lugar las excepciones de Falta de legitimación Activa y Pasiva y la de falta de interés, la de caducidad, falta de Derecho, toda vez que la causal invocada no fue demostrada se declara SIN LUGAR en todos sus extremos la CONTRADEMANDA establecida por JULIO CÉSAR ARIAS OLIVARES en su condición personal y como apoderado generalísimo sin límite de suma de las sociedades GANADERA LA LUCHA DE TILARÁN SOCIEDAD ANÓNIMA y COMERCIAL AGROTILA INTERNACIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA contra MARTA BOLAÑOS MORA .. Conforme a lo resuelto se condena en costas personales y procesales al demandado Julio César Arias Olivares, en lo que corresponde a la demanda y también respecto de la contrademanda.”-

6.- Conoce este Tribunal del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la actora señor Martha Bolaños Mora contra la referida sentencia. Esta sentencia se dicta dentro del plazo de Ley.-

Redacta el Juez BENAVIDES santos; y,

CONSIDERANDO:

I.-SENTENCIA Y APELACIÓN : En la sentencia que es objeto de esta instancia se declara con lugar el divorcio por la causal de adulterio, se mantiene el derecho de la actora de demandar alimentos a su favor. Se declara el derecho a gananciales sobre algunos bienes, unos inscritos a nombre de la actora y otros inscritos a nombre del demandado. Se rechaza la pretensión de daños y perjuicios. Se declara sin lugar la contrademanda y se condena en costas al demandado reconventor. La actora reconvenida apela, inconforme porque no se acogió la causal de sevicia, y en cuanto no se condenó en daños y perjuicios, y porque no se declaró con lugar la nulidad de traspasos. Agrega agravios en cuanto deja para la determinación de gananciales la etapa de ejecución de sentencia específicamente sobre las acciones de las empresas.-

II.-SOBRE LOS HECHOS PROBADOS Y NO PROBADOS: Se debe agregar al cuadro de hechos probados el siguiente: J) Que el señor Julio César Arias Olivares ha incurrido en sevicia en perjuicio de su esposa y de sus hijos. Dicho señor ha incurrido en maltratos físicos y psicológicos lastimando a su esposa y a sus hijos (Demanda a folio 39, testimonios de María Victoria Bolaños Mora a folio 385, de María Teresa Bolaños Mora a folio 389, de M. A.B. a folio 392, así como las piezas de la violencia doméstica y la causa por desobediencia a la autoridad de folios 600 a 690) K) Que se tramitó solicitud de medidas de protección en la cual se mantuvieron las medidas y luego se

tramitó causa penal por desobediencia a la autoridad que terminó en una conciliación que contenía disculpas y medidas de protección, lo que trajo consigo un sobreseimiento (ver folios 600 a 690). Se elimina de los hechos no probados el marcado como B).-

III.-SEVICIA: El primer agravio se refiere a la configuración de la causal de sevicia. Luego de revisar el material probatorio incluyendo los documentos de folios 600 a 690, a los cuales se le dio admisión y trámite del contradictorio en esta instancia, el Tribunal llega a la conclusión de que dicha causal se acredita y que en este sentido debe modificarse la sentencia recurrida. Para tener una plena comprensión sobre este punto conviene repasar lo que constituye la sevicia, para luego analizar el caso concreto. Ha de entenderse que no existe una definición legal de lo que constituye la causal de sevicia, la cual está concatenada con el deber de respeto que se deben los cónyuges consagrado en los artículos 11 y 34 del Código de Familia. La definición de lo que es sevicia tendrá un carácter histórico-social acorde con los parámetros legales del artículo 10 del Código Civil:

“...ARTÍCULO 10.- Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas...”

Además el contenido de dicha causal estará determinado sistemáticamente por las normas de rango superior, en el caso de la sevicia, sobre todo por aquellos instrumentos de respeto a los derechos humanos, y entrándose de la mujer, ha de señalarse claramente que existen tratados internacionales sectoriales para la protección de esa parte de la población y que innegablemente determinan el contenido de los actos que pueden entenderse comprendidos en la causal de sevicia. Ya este Tribunal ha señalado cómo el motor del desarrollo actual del Derecho de Familia son los derechos humanos. Una autora que realiza un estudio jurisprudencial identifica esta premisa y señala lo siguiente:

“El estudio de esa jurisprudencia me ha convencido no sólo de que los derechos humanos tienen aplicación en el ámbito de la familia sino que se han constituido en el principal motor de la actual evolución del derecho de familia...” (Kemelmajer de Carlucci, Aida: Derechos Humanos y Derecho de Familia, en Memoria del XI Congreso Internacional de Derecho de Familia)

Este Tribunal coincide con esa perspectiva que deriva no sólo del estudio comparado de la jurisprudencia, sino que esa tendencia de desarrollo se da en los demás planos jurídicos como lo son la ley y la doctrina.

El máximo Tribunal de la materia en nuestro país, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en cuanto al tema de la sevicia realiza el enlace con los instrumentos internacionales y con los derechos humanos:

“...II.-El Código de Familia no define los alcances de la causal de sevicia, prevista en el inciso 4),



del artículo 48 del Código de Familia, debiendo hacerlo el juzgador a la luz de la doctrina y jurisprudencia sobre el tema, pues no es cualquier hecho o su reiteración, aún cuando sea reprochable, el que puede invocarse como justificante de la disolución del matrimonio, dado que, el ordenamiento jurídico, tiene un interés especial en su preservación, al considerársele la base esencial de la familia y, ésta, elemento natural y fundamento de la sociedad, merecedora de tutela por parte del Estado (artículos 51 y 52 de la Constitución Política) (ver, en tal sentido el Voto de esta Sala número 212, de las 9:40 horas, del 1 de octubre de 1993). Para valorar los hechos en que se funda el divorcio, se debe tomar en consideración que, el numeral 52 mencionado, contempla el principio de la igualdad de derechos entre los cónyuges. En el mismo sentido, el inciso c), del punto 1, del artículo 16 de la Convención Sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, ratificada por Costa Rica, por Ley Número 6968, del 2 de octubre de 1984, expresa: "1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: ... c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución.". Esas reglas son, a su vez, recogidas y desarrolladas por el Código de Familia, el cual, en su artículo 11, dispone que el matrimonio tiene por objeto la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio y, el 34 siguiente, establece: "Los esposos comparten la responsabilidad y el gobierno de la familia. Conjuntamente deben regular los asuntos domésticos, proveer a la educación de sus hijos y preparar su porvenir. Asimismo están obligados a respetarse, a guardarse fidelidad y a socorrerse mutuamente ...". Ese respeto que debe siempre imperar en el seno familiar, está referido no sólo a la integridad física de una persona, sino, también a su integridad psíquica y moral; no es otra cosa que el respeto al cónyuge, en tanto es una persona con igualdad de derechos y de oportunidades; postulado consagrado en términos generales en los artículos 33 y 40 de la Constitución Política, que protegen a toda persona contra la discriminación, los tratos crueles y degradantes en perjuicio de su integridad física, psíquica y moral, por existir un derecho fundamental a que se le respete su honra y su dignidad; tal y como también lo expresan los artículos 5 y 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Para el particular caso de la violencia en perjuicio de la mujer, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belem do Pará", adoptada por la Organización de Estados Americanos, el 9 de junio de 1994, vigente en el país por Ley número 7499, del 2 de mayo de 1995, dispone, en su artículo primero, que constituye violencia cualquier acción o conducta, basada en su género que cause daño, muerte o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado. Asimismo, ese instrumento establece que toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado y a que se le reconozca el goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos, incluyendo que se respete su integridad física, psíquica y moral (artículos 3 y 4). En consecuencia, se puede concluir que cuando esos valores son gravemente incumplidos por el cónyuge, ello puede dar lugar a la declaración de la separación judicial o del divorcio, dependiendo de la conducta tomada en cuenta por el legislador, para enumerar las causales para decretarlos (Voto número 189, de las 15:00 horas, del 24 de julio de 1998)..." (voto 2001-00032 de las catorce horas veinte minutos del doce de enero del dos mil uno)

Continúa ese voto, desarrollando la relación que tiene la causal de la sevicia con la tutela de los derechos humanos, en especial de las mujeres:

"...III.-La paz en el ámbito familiar y los efectos que su ausencia provoca, es un problema que afecta a la sociedad en general; debiendo considerarse siempre para resolver la litis, la aludida igualdad entre cónyuges y el derecho, de todos los miembros de la familia, a vivir en un ambiente



libre de violencia, garante de su desarrollo integral. Con el afán de tutelar los derechos humanos de todas las personas y en especial de las mujeres, se han dictado diversas normas a nivel nacional e internacional que tratan de erradicar la violencia y la discriminación que ellas han sufrido, históricamente, en todos los ámbitos (familiar, político, social etc). En la búsqueda de una respuesta justa a la realidad de nuestra sociedad, tratándose de la invocación de violencia en perjuicio de la esposa, debemos acudir a la normativa especial a su respecto. A los efectos de valorar la existencia de una sevicia invocada como fundamento del divorcio, interesa conocer el tema de la violencia doméstica, particularmente de la sufrida por la cónyuge a causa de su esposo; la cual, no siempre es física, sino que también puede ser sexual y psicológica. Según la doctrina y la jurisprudencia, la sevicia, en tanto causal de divorcio, se configura, por la violencia física o moral empleada por uno de los cónyuges en perjuicio del otro o de sus hijos, ya sea por medio de hechos o de palabras, o bien por acciones u omisiones, las que siendo altamente mortificantes perturban tanto la salud física como mental y por consiguiente hacen prácticamente imposible la vida en pareja (Voto número 213, de las 10:00 horas, del 24 de setiembre de 1997)....." (voto 2001-00032 de las catorce horas veinte minutos del doce de enero del dos mil uno)

En nuestro caso, como hemos adelantado, el material probatoria deja en evidencia que se ha dado la causal de sevicia. Los testimonios de María Victoria Bolaños Mora a folio 385, de María Teresa Bolaños Mora a folio 389, de M.A.B. a folio 392, así como las piezas de la violencia doméstica y la causa por desobediencia a la autoridad de folios 600 a 690. En primer término en estos dos procesos se mantuvieron las medidas de protección en virtud de que el demandado aceptó los hechos y las medidas, y en el proceso penal se dio una conciliación en la cual el demandado pide disculpas y se dan medidas de restricción lo que da pie a que se dicte un sobreseimiento. Ya de por sí estos documentos nos reflejan que se han dado hechos continuados de violencia doméstica del demandado contra su esposa y contra sus hijos. La testigo María Victoria nos relata lo siguiente: "Don Julio se ha distinguido por ser de carácter fuerte y en lo que a mi respecta es la agresión de él contra Marta, M. y P, a Marta y a M, las tomó por el cuello por una discusión que tuvieron, no estuve presente, pero me enteré por cuanto ellas me lo contaron a mi y a mi familia y Pablo inclusive fue atendido en el Hospital de Tilarán y por eso él tenía una orden de no acercamiento a la casa. Pablo había llegado tomado a la casa y él se le fue encima en la cama donde estaba, pero tampoco estuve presente, pero se que fue en el cuello....". Sigue explicando la testigo: "...Yo no pude ver las secuelas físicas de cuando Julio agarró a Marta y a M. por el cuello ya que no estaba en Tilarán cuando pasó eso, pero emocionalmente si pude ver a M. muy afectada por cuanto ella sólo de eso hablaba, que la discusión se dio a raíz de que M. le reclamó a Julio por lo de M. y le recomendé a mi hermana que le pagara un psicólogo para adolescente pero con el inconveniente de que esos tratamientos son largos y caros. Durante el matrimonio de ellos pude observar que el trato de Julio a Marta, con una forma muy prepotente. En una ocasión llegué al negocio de ellos y él me comenzó a decir que Marta no hacía nada, que no servía...". La testigo María Teresa entre otras cosas narra lo siguiente: "...En el caso de M, cuando sucedió la agresión contra ella, llegó a mi casa, llegaron las dos Marta y M, ésta venía llorando y me dijo tía vea lo que me hizo papi y traía señas en el cuello y el brazo golpeado, no le pregunté con qué la golpeó, me dijo que estaban discutiendo por M. Antes M. se quedaba en mi casa, cuando Marta iba a estudiar, luego ella se fue a quedar con Julio y eso ocurrió estando M. con él. Mi casa queda como a un kilómetro de la casa de Marta. Pablo yo no vi la agresión, pero Marta me contó que Julio lo había agarrado del cuello en la casa también. Si he visto el daño psicológico de Marta y M, la primera ha estado muy enferma y la segunda la tuvieron que poner con un psicólogo. Marta nunca le ha perdonado a Julio sus adulterios, lo que pasa es que Julio es una persona muy manipuladora y burlista y Marta tenía que estar sujeta a lo que él decía y ahora que ella decidió denunciarlo, se

molestó con ella y con todos nosotros sujeta a lo que él decía y ahora que ella decidió denunciarlo, se molestó con ella y con todos nosotros los de la familia. Marta nunca ofendió ni humilló a Julio al contrario él era el que decía siempre que ella no servía para nada, una vez se lo dijo en el centro turístico y yo lo vi..."

La deponente M.A.B, explica lo siguiente: "...Con la agresión que me hizo mi padre me dejó una marca en el cuello y en el brazo. Mi hermano Pablo en otra ocasión fue agredido por mi padre y le dejó una marca en la espalda y en el brazo, además quedó muy golpeado y mi madre también había recibido otra agresión, una noche que él entró a la casa tomado, y pensó que mi mamá estaba sola, la agarró del cuello y como pudo me llamó porque duermo en el cuarto de a la par, y donde me vio que yo llegué la soltó inmediatamente y empezó a hablarme para despistar que no estaba haciéndole nada, yo le decía que se fuera y él para despistar me hablaba, me decía mire que yo no le hecho nada a su mamá y al final se fue. Esas agresiones fueron en diferentes fechas, la de mi hermano antes de la separación, la de mi mamá fue después de la separación porque yo me acuerdo que él decía a ella que él podía negociar Agro Tila, ya estaban separados y mi mamá la decía que en otra ocasión que no era ni la hora ni el momento apropiado ya que él andaba tomado y la mía también ya estaban separados y fue una discusión por la señora Margoth. Toda la vida mi padre ha ofendido a mi madre de palabras, él legaba al negocio bravo por algo, o porque se le dañó un camión o por algo de un empleado y llegaba a la casa a desquitarse con mi mamá a decirle que ella no servía para nada y que ella no se espabilaba, que nosotros éramos unos vagos, que no servíamos para nada y que no trabajábamos y que la culpa de eso la tenía mi mamá y que si mi hermano se jalaba alguna torta o algo era culpa de mi mamá, como si ella era la culpable de todo. Actualmente mi padre y yo no nos hablamos porque la agresión que pasó, las palabras que él dirige hacia mi me hirió mucho y después de eso no he tenido contacto con él, no soy su enemiga y lo voy a seguir queriendo, pero me hizo sentir muy mal, con mucho gusto le hablaría, al igual que mi madre y mi hermano no estoy mintiendo. Mi madre nunca lo agredió física o moralmente, ella ha sido muy sumisa, siempre se ha quedado callada y nunca le llevaba la contraria ya que lo que él decía estaba bien y punto, hasta ahora que ya decidió no aguantar más insultos, más infidelidades y más agresiones..."

Toda esta prueba, entendiéndolo además de un contexto de adulterio público, como se ha tenido por demostrado y razón por la cual en primera instancia se tuvo por configurada la otra causal, nos deja patente un grado de maltrato psicológico y físico en contra de su esposa y de sus hijos, que configura sin lugar a dudas, no ofensas graves como se dijo en primera instancia, sino que dentro de un marco de derechos humanos, es sevicia, tratos crueles y degradantes, un ejercicio abusivo de una relación de poder que lesionó la integridad psíquica de su esposa y de sus hijos. Así que en ese sentido la sentencia debe ser modificada. No se da la caducidad que alega el demandado puesto que nótese que por ejemplo los hechos denunciados en el trámite de violencia doméstica sucedieron en julio del dos mil cuatro y esta demanda fue presentada el primero de diciembre de ese mismo año. Esas medidas como se dijo se mantuvieron porque el demandado aceptó los hechos y las medidas. Se trata antes que nada de un ciclo de invalidación de actos continuados y que desde luego que no se encuentra caduca la causal.-

IV.-DAÑOS Y PERJUICIOS: El otro tema en que la apelante se muestra inconforme es en cuanto a los daños y perjuicios. Luego de analizar las situaciones que se han presentado a la luz de la legislación vigente, este Tribunal también llega a la conclusión de que en este aspecto, también



debe ser modificada la sentencia, para que en su lugar se conceda el extremo en la versión del daño moral. A efecto de comprender esta decisión debe explicarse el marco de los daños y perjuicios en el derecho de familia, concretamente en materia de divorcio. En cuanto al tema de los daños y perjuicios derivados del divorcio ha de señalarse que es sobre todo en el derecho argentino donde encontramos una amplia preocupación por este tema y bien vale hacer una reseña de algunos aspectos con el objeto de que sirva para cimentar e ilustrar nuestro desarrollo en torno a una reforma legal relativamente nueva, la adición del artículo 48 bis al Código de Familia en el año de 1997. Podemos encontrar trabajos muy ilustrativos que abarcan la evolución histórica desde el derecho romano, el antiguo derecho español, el derecho francés (los autores se detienen en éste en forma muy especial por la riqueza de su jurisprudencia), el suizo, el alemán entre otros. Este tema es abordado específicamente sobre todo en Argentina por autores como Arturo Acuña Anzorena (“Responsabilidad civil del cónyuge adúltero y su cómplice por causa de adulterio” y “Naturaleza de la responsabilidad y régimen de prescripción de la acción resarcitoria ejercida por uno de los cónyuges contra el otro por causa de nulidad de matrimonio”), Atilio Alterini (“Cuestiones de responsabilidad civil en el derecho de familia”), P.V. Aréchaga (“¿Es la noción de culpa de la responsabilidad civil subjetiva idéntica a la culpa en el divorcio?”), Omar U. Barbero (“La primera sentencia argentina que condena a reparar el daño moral derivado de un divorcio”, “la responsabilidad civil en el Derecho de Familia”, “Daños y perjuicios derivados del divorcio”, y “Responsabilidad por daños resultantes del divorcio”), Augusto César Belluscio (“Daños y perjuicios derivados del divorcio”, “Daños y perjuicios derivados del divorcio frente a la reforma del Código Civil”, “Daños y perjuicios derivados del divorcio y de la anulación del matrimonio”), Germán Bidart Campos (“Los hechos que dieron origen al divorcio y la indemnización por daño moral” e “Indemnización del daño moral en caso de adulterio”), Guillermo Borda (“Reflexiones sobre la indemnización de los daños y perjuicios en la separación personal y en el divorcio”), Roberto Brebbia (“El daño moral en las relaciones de familia”), Jorge Bustamante Alsina (“Divorcio y responsabilidad civil” y “Daños y perjuicios. Responsabilidad civil derivada del divorcio”), F. Cecchini y E. Saux (“Daño entre cónyuges”), Santos Cifuentes (“El divorcio y la responsabilidad por el daño moral”), L. A. Colombo (Indemnización del daño producido por el adulterio de la esposa”), Daniel Hugo D Antonio (“Acción de daños y perjuicios contra el cónyuge culpable del divorcio”), P. Di Lella (“Derecho de daños versus derecho de familia”), Enrique Díaz de Guíjarro (Improcedencia del resarcimiento del daño moral en el juicio de divorcio y su admisibilidad en la nulidad del matrimonio”), Ricardo Dutto (“Responsabilidad entre cónyuges en caso de divorcio”), E. Fanzolato (“Alimentos y reparaciones en la separación y el divorcio”), Francisco Ferrer (“Resarcimiento de daños en la separación personal y en el divorcio” y “Daños resarcibles en el divorcio”), Cecilia Grosman (“La responsabilidad de los cónyuges entre sí y respecto de los hijos”), Aída Kemelmajer de Carlucci (“Responsabilidad civil en el derecho de familia”), Levy, Wagmaister e Iñigo de Quidiello (“La situación de divorcio como generadora de responsabilidad civil entre cónyuges”), L. Mankianich de Basset (“Familia y responsabilidad civil”, “La separación personal y el divorcio y la reparación de daños morales”) H.L. Manchini (“Resarcimiento de daños y perjuicios a causa del divorcio”), Jorge A. Mazzinghi (“El fallo plenario sobre el daño moral en el divorcio”), Graciela Medina (“Daño entre cónyuges”, “Daños y perjuicios derivados del divorcio evolución jurisprudencial”), María Josefa Méndez Costa (“Separación personal, divorcio y responsabilidad civil. Sus fundamentos”), N. Minyerski (“Los daños derivados del divorcio y de la sentencia judicial”), M. Mizrahi (“Improcedencia de las indemnizaciones por daños en los divorcios decretados por causales subjetivas”, “Un nuevo pronunciamiento acerca de los daños y perjuicios en el divorcio”), Jorge Mosset Iturraspe (“Los daños emergentes del divorcio”), A. Salas (“Indemnización de los daños derivados del divorcio”) Jorge Tarabolereilli (“Responsabilidad civil derivada del cónyuge culpable en la separación personal y en el divorcio”), Eduardo Zannoni (“Repensando el tema de los daños y perjuicios en el divorcio”). Por ejemplo, el autor Omar U. Barbero en su libro “Daños y perjuicios derivados del divorcio” ubica el derecho romano como primer antecedente histórico de



este tema. Explica que en la época imperial, antes de la era cristiana, los divorcios aumentaron, y para impedir su frecuencia se aplicaban penas pecuniarias al cónyuge culpable y a favor del cónyuge inocente siendo éste quien recibía la suma de dinero con un carácter claramente resarcitorio. Sigue relatando Barbero que el derecho justinianeo siguió el mismo derrotero, aplicándose una sanción pecuniaria que resultaba relevante para las clases pudientes al extremo que era altamente eficaz para desestimular al cónyuge de un propósito de romper el vínculo matrimonial. Luego reseña este autor que en Las Partidas del derecho español también hay un antecedente, pues se imponía a la mujer culpable del adulterio la pérdida de la dote y de las arras. Igualmente en el derecho francés anterior a la Revolución existía una condena al cómplice de la mujer adúltera para indemnizar al marido. Luego de la vigencia del Código Civil, 1804, los tribunales franceses admitieron la condena de daños y perjuicios materiales y morales contra el cónyuge culpable de adulterio y contra su cómplice, con base en la responsabilidad derivada del delito. Reseña Barbero los casos “Plantade c. Femme Plantade et Dubarry” y el de “Avis c. Ledain”, casos célebres en la jurisprudencia francesa referidos a los perjuicios con el adulterio. Augusto César Belluscio en su monografía “Daños y perjuicios derivados del divorcio y de la anulación del matrimonio” enfatiza que es en un fallo de la Corte de Montpellier de 1897, en el cual se admite en general la reparación de los daños y perjuicios materiales y morales causados por los hechos generadores del divorcio, al estimar que éstos, al mismo tiempo que causales de divorcio eran cuasidelitos. Sobre este caso y otros en el mismo sentido Barbero comenta:

“...El Tribunal declaró que las causas de divorcio pueden ocasionar al esposo ofendido un perjuicio moral y material que su autor está obligado a reparar. Y en particular –a propósito de caso que le tocaba juzgar-, que la negativa del marido a consumar el matrimonio, quien además de continuar sus relaciones íntimas con su amante, constituía no solamente una injuria grave para hacer pronunciar el divorcio a favor de la mujer, sino al mismo tiempo un cuasidelito susceptible de dar lugar a favor de ella a una indemnización en dinero fijada por los jueces. Invocó los arts. 231 y 1382 del Cód. Civil. Desde entonces en adelante se aplicó la responsabilidad civil a todos los hechos generadores del divorcio, de un modo general. Dicha orientación jurisprudencial continúa; en diversos fallos se condenó a pagar indemnización por: La actitud de la mujer al salir de la alcaldía donde se había celebrado el matrimonio civil, lamentó públicamente haberlo hecho, promovió escenas odiosas y ridículas, se negó a cumplir el débito conyugal y finalmente promovió demanda de divorcio sin motivo alguno. El tribunal consideró que tales hechos habían ocasionado al marido daños materiales apreciables en dinero (gastos para la fiesta de casamiento y para cambios en su casa). La negativa del marido a consumar el matrimonio y su abandono del hogar a los dos meses de haberlo contraído. El abandono del marido –casado con mujer veinte años mayor- producido a los pocos días del matrimonio y acompañado de la sustracción de bonos que constituían los ahorros de la mujer. Las relaciones adulterinas del marido con una dactilógrafa de su oficina y su abandono del hogar, para instalarse cerca de su amante. Se condenó a indemnizar los perjuicios sufridos por la esposa al verse rechazada del hogar a los 50 años y privada de una brillante posición económica que ella había contribuido a conquistar (daño material); además, lo sufrido en su afectividad y en su dignidad al luchar incesantemente por conquistar a su marido (había llegado a enfrentar a la amante) y fracasar (daño moral). El abandono injustificado del hogar por parte del marido, para unirse a su concubina. La falta de asistencia de la mujer, después del matrimonio civil, a la ceremonia religiosa y su negativa a reunirse con el marido. El daño moral derivado de la actitud del marido, que hacía frecuentes visitas a una de sus vecinas...” (pp. 147 a 149). Este íter jurisprudencial entiende diferente los daños derivados del divorcio en sí, que estima indemnizados con la pensión alimentaria, de aquellos derivados del hecho constitutivo de la causal de divorcio. Ahora bien, Belluscio reseña que en 1941 y 1948 se dieron unas reformas al



Código Civil francés, agregando al artículo 301 y al 311 párrafos, y especifica que desde ahí “la doctrina distinguió tres categorías de perjuicios derivados del divorcio o de la separación de cuerpos: 1) los derivados de la desaparición de asistencia material, que eran reparados mediante la pensión alimentaria contemplada por el art. 301, primer párrafo del Cód. Civil; 2) el perjuicio material y moral resultante de la disolución del matrimonio o de la separación de cuerpos, fuera del que consiste en la desaparición de la obligación de asistencia material en el divorcio, indemnizado conforme al art. 301, segundo párrafo, y el art. 311, cuarto párrafo; 3) el perjuicio material y moral distinto del que surge de la disolución del matrimonio o de la separación de cuerpos, experimentado como consecuencia de la culpa del cónyuge, que había admitido la jurisprudencia anterior a 1941, fuera por los hechos que habían dado lugar al divorcio o a la separación de cuerpos, fuera por otros distintos pero imputables siempre al cónyuge, al cual los nuevos textos aludían al referirse a “todas las otras reparaciones” y que se indemnizan con fundamento en el art. 1382...” (pp. 6 y 7). Belluscio sigue explicando que en 1975 en Francia también se llevó a cabo una reforma general al régimen del divorcio que sustituyó toda su anterior regulación, y es el numeral 266 del Código Civil el que ahora se refiere al tema que nos ocupa, en cuanto expresa “Cuando el divorcio ha sido decretado por culpa exclusiva de uno de los esposos, éste puede ser condenado a daños y perjuicios como reparación del perjuicio material o moral que la disolución del matrimonio hace sufrir a su cónyuge”. Esta norma excluye la indemnización en casos en que el divorcio se dé por culpa de ambos cónyuges. Los autores Belluscio y Barbero se refieren también al derecho suizo, pues su Código Civil de 1907 previó expresamente el tema que nos interesa así “El esposo inocente cuyos intereses pecuniarios, aún eventuales, son comprometidos por el divorcio, tiene derecho a una equitativa indemnización de parte del cónyuge culpable. Si los hechos que han determinado el divorcio han causado un grave atentado a los intereses personales del esposo inocente, el juez le puede conceder además una suma de dinero a título de reparación moral.”. También hacen referencia dichos autores al derecho alemán, relación que vale la pena parafrasear puesto que en la exposición de motivos de dicho cuerpo normativo se tocó el tema expresamente rechazando la posibilidad. Barbero traduce así: “a) la idea de que el matrimonio no puede basarse en principios de orden moral, mientras que el otorgamiento de la indemnización lo asimilaría a un acto jurídico que pudiera ser fuente de ventajas pecuniarias; b) porque el inocente podría verse seducido por el pensamiento de recibir una suma de dinero a título de indemnización e inclinarse a invocar causas mínimas para obtener el divorcio; c) porque la fijación de la indemnización sería más o menos arbitraria, y d) porque no sería eficaz como medio de coerción para que los cónyuges diesen cumplimiento a sus obligaciones emergentes del matrimonio...” (p. 172). En el derecho argentino no existe una regulación expresa, por lo que la doctrina se ha dividido. Los autores clasifican las tesis en “negativas” y “positivas” y Francisco Ferrer se refiere a la tesis “intermedia”. La tesis negativa es representada por Babiloni, Borda y Llambías (aún y cuando éste último rectificó en algunos puntos específicos) se fundamenta en argumentos éticos, jurídicos y psicosociales para rebatir la pertinencia de la responsabilidad civil en el divorcio. La positiva por la mayoría de los autores: Rébora, Salas, Acuña, Anzorena, Colombo, Belluscio, Brebbia, Gustavino, Spota, López del Carril, Mazzinghi, Barbero, D Antonio, Kemelmajer de Carlucci, Mosset Iturraspe, Méndez Costa, Fassi, Bossert, Bidart Campos, Manchini, Uriart, Lagomarsino, Bustamante Alsina, Dutto, Fanzolato, García de Ghiglino, Morello de Ramírez, Lombardi, Medina, Tarborelli. Como regla de principio estos autores aceptan la aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil en esta materia, lo que ha acogido la jurisprudencia. La tesis intermedia que refiere Ferrer la abandera Santos Cifuentes en el sentido de que el silencio del legislador es *ex professo* y que por lo tanto no hay bases para sostener la aplicación de las normas comunes de la responsabilidad civil, pero si la acepta que “cuando los hechos que lleven al divorcio tengan una expansión y gravedad que, al margen de la separación conyugal, entrañen un verdadero daño moral”. Luego Ferrer destaca la tesis de las doctoras Levy, Wagmaister e Iñigo de Quidiello que especifican que al receptar su legislación el divorcio remedio, sostienen que aunque no existan



conductas culpables, igualmente pueden generarse perjuicios derivados de la situación de divorcio. Plantean que la relación de causalidad ya no funciona entre culpa y daño, sino entre el divorcio y el daño evolucionando más a una responsabilidad de tipo objetivo basado en el factor de la “equidad”. La autora Graciela Medina hace especial referencia a la jurisprudencia española y se detiene en el caso de la Audiencia de Barcelona del 1 de junio de 1999, Sección 6, que trata de una condena de dos millones de pesetas en concepto de daño moral al esposo, por haber violado a su esposa mediando separación entre ellos. En cuanto a la jurisprudencia de los Estados Unidos de América, Medina refiere que por un largo tiempo los tribunales de ese país insistieron en rechazar este tipo de pretensiones, considerando que esposo y esposa no podían demandarse mutuamente. Esto ha ido evolucionando aunque muchos Estados conservan la inmunidad entre cónyuges, pero aceptando cada vez más excepciones. Reseña Medina que el caso Thomson v. Thompson de 1910 es el que ha marcado la pauta. El autor Francisco Ferrer hace un recuento de otra legislación americana, como por ejemplo el artículo 288 último párrafo del Código Civil de México que dispone “Cuando por el divorcio se originan daños o perjuicios a los interesados del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como el autor de un hecho ilícito”; también el artículo 144 del Código de Familia de Bolivia establece que el cónyuge culpable del divorcio puede ser condenado al resarcimiento del daño material y moral que haya causado al inocente por la disolución del matrimonio. Por su parte el Código Civil de Perú en su artículo 351 establece que si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente el Juez podrá conceder una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral. También reseña Ferrer el derecho salvadoreño que recepta la pensión compensatoria. Alude a que en el derecho brasileño la doctrina sostiene la procedencia de la indemnización del daño material y moral a favor del cónyuge inocente. Este autor se detuvo en el derecho costarricense con la anterior versión del artículo 41 del Código de Familia y la pensión prevista en el artículo 57

En 1997, en Costa Rica, la Ley número 7689 del 6 de agosto, publicada en ese año en La Gaceta número 172 del 8 de setiembre, adicionó un artículo 48 bis al Código de Familia, a la vez que se reformaron los numerales 8, 41 y 98 de ese mismo cuerpo normativo. La apreciación de la prueba punto tocado en el aparte anterior de este fallo, el recurso de casación, la eliminación de las consecuencias en el tema de gananciales de la culpabilidad en la causal, la amplitud en cuanto a las pruebas de filiación, y los daños y perjuicios derivadas de algunas causales de divorcio son los temas de dicha ley. El artículo 48 bis dicho, incluye una regulación específica sobre petitorias de daños y perjuicios para casos en que el divorcio se decreta con fundamento en las causales de los incisos 2, 3 y 4 del artículo 48. Sobre el numeral 48 bis la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha iniciado el camino de la aplicación con los votos 170-03 de las 10:40 horas del 9 de abril del 2003 y 413-03 de las 11:20 horas del 8 de agosto del 2003. En el voto 170-03 la Sala desarrolla el deber de la parte actora de cumplir con lo que preceptúa el artículo 290 inciso 5 del Código Procesal Civil. En el voto 413-03 la Sala desarrolló lo siguiente:

"...XI.-DEL DAÑO MORAL EN MATERIA DE FAMILIA: La demandada-reconventora, en su segunda pretensión, solicitó que se condene al señor ... al pago de los daños y perjuicios ocasionados –que técnicamente es daño moral-, tanto a ella como a su hijo. En el primer caso como producto del adulterio y, en ambos casos por el sufrimiento que les causó la sevicia atribuidas al actor-reconvenido, la cual ocasionó afectación psíquica, emocional y psicológica. Estima dichos perjuicios en la suma de diez millones de colones (¢10.000.000). Prima facie, conviene advertir que el daño adquiere poco a poco una relevancia trascendental en materia de divorcio, tanto desde el punto de vista moral como del patrimonial. El primero, sea el moral, se



produce cuando se lesionan los sentimientos de una persona, es un “daño de afección” que se da cuando se lesionan sentimientos como el amor, la dignidad y el honor de uno de los cónyuges y se traducen en pena, tristeza, mortificación, disgusto o inseguridad personal. Estas conductas reiteradas o no, pueden ser constitutivas de separación personal y de divorcio sanción que pueden producir daños de orden moral; ya sea que lesionen derechos subjetivos matrimoniales de orden extra patrimonial (como por ejemplo las infidelidades) o del patrimonial (como podría ocurrir en el caso de los actos simulados fraudulentos de uno de los cónyuges en perjuicio de los derechos del otro en el caso de los bienes gananciales). Incluso, si analizamos detalladamente las secuelas psicológicas y las bases de cada caso de separación o de divorcio en concreto, podríamos encontrar que también pueden ser susceptibles de ocasionar daño moral. Con respecto a la prueba de esta clase de daño, surge de la demostración de los hechos mismos constitutivos de las causales invocadas, según las reglas generales de la materia, en este caso las de familia; y le corresponderá, en todo caso, al responsable, la demostración de la existencia de alguna situación objetiva que permita excluir en el caso en concreto ese tipo de daño o que disminuya su entidad. El daño moral, entonces, se deduce por los propios hechos ilícitos que han perjudicado a la persona en sus afecciones más íntimas, en su integridad física o psíquica o en ambas, en su honor, etc. Sin necesidad, incluso, de demostrar especialmente la pena o el dolor del sujeto o su trascendencia familiar o social. Por ello, pareciera descartado considerar que un adulterio por el hecho de ser discreto no produce un daño grave susceptible de reparación. O una ofensa o humillación que no sea pública o incluso un atentado contra la propia dignidad. Ahora bien, en cuanto al menor de edad, la misma premisa es posible aplicar (al respecto pueden consultarse, GONZÁLEZ MORA, R (compilador). Daños y Perjuicios en el Proceso de Divorcio y de la Separación Judicial. Escuela Judicial, pág. 61 a 89). Sentado lo anterior y analizadas las probanzas vertidas al proceso a la luz de la sana crítica y del correcto entendimiento humano, se concluye que tanto doña ... como su hijo resultaron perjudicados por el comportamiento amoral e ilegítimo del actor-reconvenido. Así, en el “Dictamen Pericial Psicológico Clínico Forense” practicado por la Licenciada en Psicología ..., visible de folio 329 a 333, a la señora ..., se destacó la presencia de evidentes secuelas de daño emocional y psicológico producto, justamente, de la quebrantada relación existente entre la pareja litigante. También, detectó sentimientos en ella- la demandada- de temor, tristeza e impotencia. Con respecto al menor, en el dictamen respectivo...” (sic) (folios 334 a 338), la misma profesional indicó que en el plano emocional presentaba signos de ansiedad, demanda de atención y afecto, irritabilidad, enfado, conducta agresiva, soledad, tristeza, poca tolerancia a los límites, confuso ante la situación familiar; aspectos que atribuye a la separación de sus padres. No hay duda, entonces, que existe una relación de causalidad entre la conducta adúltera y seviciosa de don ...y el trastorno psicológico de su pareja e hijo. El artículo 48 bis del Código de Familia establece: “De disolverse el vínculo matrimonial, con base en alguna de las causales establecidas en los incisos 2), 3) y 4) del artículo 48 de este Código, el cónyuge inocente podrá pedir, conjuntamente con la acción de separación o de divorcio, daños y perjuicios de conformidad con el artículo 1045 del Código Civil” (Así adicionado mediante Ley N° 7689 de 21 de agosto de 1997). Por su parte, el numeral 1045 del Código Civil, dispone: “Todo aquel que por dolo, falta, negligencia, o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios”. Esta norma general, aplicable a la especie, permite concluir que el señor ... debe reparar los daños y perjuicios ocasionados a la demandada y a su hijo, los cuales se fijan, prudencialmente, en la suma de dos millones de colones (¢2.000.000) para cada uno....”

Don Gerardo Trejos comenta en el Derecho de Familia Costarricense que antaño los Tribunales habían rechazado las demandas de daños y perjuicios derivados del divorcio:



"Nuestros tribunales (Cas. No. 381 de 1973), empero, habían desestimado este tipo de indemnización por daños moral, porque consideran que la sanción que mediante ésta se podría obtener iba incluida en las consecuencias legales que se imponían al cónyuge culpable (pérdida de gananciales y del derecho a solicitar pensión), La Ley No. 7689 de 21 de agosto de 1997, antes citada, ha restado fundamento a esta jurisprudencia al conceder expresamente al cónyuge inocente el derecho a solicitar, conjuntamente con la acción de separación o de divorcio, daños y perjuicios de conformidad con el artículo 1045 del Código Civil". (Juricentro, 1998, tomo I, p. 287)

Don Ricardo González por su parte concluye en su trabajo "Daños y perjuicios en el proceso de divorcio y de la separación judicial -Antología-" (Escuela Judicial, 1999), lo siguiente:

"...Desde un punto de vista doctrina, es indudable la procedencia de la indemnización por daños y perjuicios derivados de las relaciones familiares. Desde un punto de vista normativo, la posibilidad de exigir reparación de daños y perjuicios parece quedar reducida a los casos expresamente mencionados en el artículo 48 bis del Código de Familia. Para extender la aplicación del principio indemnizatorio a los demás supuestos de divorcio y separación judicial, debe recurrirse a una interpretación integral y expansiva de las normas del Código Civil relativas a la responsabilidad civil extracontractual. En términos generales, la indemnización debe abarcar tanto daños morales como materiales, y no cabe su compensación, ni entender que se encuentran cancelados con el pago de la obligación alimentaria que pueda subsistir a favor del cónyuge inocente. Además la reparación normalmente será en términos dinerarios y eventualmente podrá cobrarse también a terceros que participaron en la causal que origina el reclamo." (pp. 90 y 91)

La culpabilidad e inocencia tendrían ahora importancia para efectos de la legitimación para pedir el divorcio (artículo 49 del Código de Familia), para el tema de pensión alimentaria (artículo 57) y para éste de los daños y perjuicios derivados del divorcio decretado por las causales de atentado, corrupción y sevicia.

Naturalmente este numeral tiene relación con el 41 de la Constitución Política y con el 1045 del Código Civil que el mismo artículo adicionado cita. El artículo 41 de la Constitución Política dispone:

"...Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad e intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes ..."

El 1045 del Código Civil que se refiere a la responsabilidad civil subjetiva o responsabilidad aquiliana, dispone:

"...Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios..."

Repasemos con algunas citas de jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual:



“... IV.-Tocante a la responsabilidad civil extracontractual, esta Sala ha expresado: " Mediante la responsabilidad civil se atribuye a un sujeto la obligación de reparar, indemnizar o compensar (caso este último del daño moral), un daño infligido a la esfera jurídica de otro sujeto, como consecuencia de un acto o una actividad realizada por aquél.- Esta responsabilidad se divide en responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva, de acuerdo con el criterio de imputación que se utiliza en cada caso: en el primero, la voluntad del deudor, que actúa en forma culpable; en el segundo, criterios objetivos tales como el riesgo, expresamente establecidos por la ley. También suele ser dividida en contractual y extracontractual, según provenga del incumplimiento de una obligación convenida libremente por las partes, o del incumplimiento del deber general de no causar daño a los demás...Por su parte, la responsabilidad extracontractual recae sobre quien, fuera de toda relación contractual previa, ha causado un daño en la esfera jurídica de otro sujeto, por culpa, o a través de la puesta en marcha de una actividad riesgosa o creación de un riesgo social. Esta responsabilidad no nace del incumplimiento de un vínculo determinado, sino de la violación del deber general de no dañar a los otros. Su régimen está basado en los artículos 1045, 1046, 1047 y 1048 del Código Civil. El primero de ellos dispone que: "Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios".- Principio que es fundamento de toda responsabilidad civil." (Resolución número 320 de las 14:20 Hrs. del 9 de noviembre de 1990). Tocante a la regulación del artículo 1045, esta Sala ha dicho: "IX.- El artículo 1045 del Código Civil establece el fundamento de la responsabilidad extracontractual subjetiva: "Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios." El deber de resarcimiento, en este caso, deriva del incumplimiento culposo del principio general de "no causar daño a los demás." Para que haya responsabilidad, se requiere que el daño haya sido ocasionado con culpa (negligencia, imprudencia o impericia), o dolo del agente. La carga de la prueba corresponde entonces al acreedor, es decir, a la víctima que solicita el resarcimiento..." (Resolución número 34 de las 14:25 Hrs. del 22 de marzo de 1991). La doctrina científica moderna, al analizar la figura del dolo, es conteste al indicar que supone la voluntad de realizar un acto antijurídico con conocimiento de su ilegalidad, sabiendo, su autor, que puede ser dañoso a los demás, pero sin necesidad de que haya previsto o podido prever todos y cada uno de sus posibles efectos. En este sentido, se afirma, no precisa la intención de dañar, basta la voluntad de infringir el deber, la mala fe, la conciencia de que se realiza un acto ilícito. El dolo presume el conocimiento de la producción de un daño, al menos probable, como consecuencia de la acción querida (dolo eventual). Se afirma, asimismo, la falta de intención no constituye el dolo, aquí estamos en presencia de la denominada "culpa lata". Sin embargo, una negligencia extrema debería acarrear para el agente las consecuencias del dolo. Por su parte, la culpa supone un actuar negligente, descuidado, imprevisor que causa un daño sin quererlo. Se ha dividido, la conducta culposa, en consciente e inconsciente. La primera se da cuando, aún reconociendo que la propia conducta puede conducir a cierto resultado dañoso, el agente tiene, sin embargo, la esperanza de que en las circunstancias dadas no se ha de producir, mientras, en la segunda, el autor no reconoce la posibilidad del resultado. En todo caso, para que exista culpa, es preciso que el resultado dañoso haya sido previsto como posible, o que haya tenido que ser previsto, verosimilitud del resultado que no puede ser tan pequeña que aunque la persona actúe conforme a sus deberes no le hubiere hecho desistir de la acción. Se afirma que para determinar si el acto es negligente, es relevante considerar si una persona razonable podía prever que ha de causar daño. La culpa consiste, entonces, en una falta de cuidado, precaución y diligencia exigibles. La diligencia se ha considerado como la racional y ordinaria cautela que debe acompañar a todos los actos de los que puedan derivarse daños, según la clase de actividad de que se trate y la que puede y debe esperarse de persona, normalmente razonable y sensata, perteneciente a la esfera técnica del caso. Es decir, si la persona obró con el cuidado, atención o perseverancia exigibles y con la reflexión necesaria con vistas a evitar el perjuicio de bienes ajenos, jurídicamente protegidos. Incluso, la doctrina indica que la diligencia obligada no abarca sólo las precauciones y



cuidados ordenados en cada caso por los reglamentos, sino también toda la prudencia precisa para evitar el daño. Tocante a la carga de la prueba, en materia de responsabilidad civil extracontractual, esta Sala ha indicado: "VII.- Una de las diferencias fundamentales entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, radica en la carga de la prueba, pues en la responsabilidad derivada de un contrato el acreedor no está obligado a demostrar la culpa del deudor, ya que ésta se presume en tanto el segundo no demuestre que su incumplimiento o el atraso no le son imputables, como el caso fortuito o la fuerza mayor; en cambio, en la responsabilidad extracontractual o aquiliana le compete al damnificado demostrar la culpabilidad del autor del acto ilícito. Así el artículo 317, inciso 1), del Código Procesal Civil, dispone que a quien formule una pretensión le incumbe la carga de la prueba respecto de los hechos constitutivos de su derecho...Por otra parte, uno de los elementos configurantes de la responsabilidad extracontractual subjetiva, lo constituye la relación de causalidad directa o eficiente que debe existir entre el comportamiento o conducta antijurídica y el daño, siendo este último el presupuesto de cualquier tipo de responsabilidad extracontractual por lo que su demostración también constituye un requisito sine quo non para que prospere la pretensión resarcitoria..." (Sentencia número 17 de las 15 Hrs. del 29 de enero de 1992)...." (Voto 53-98 dictado a las 15:10 hrs del 27 de mayo de 1998 por la Sala Primera).

Ahora bien, en nuestro caso se pide daños y perjuicios que corresponden al daño social y moral que ha causado el demandado Arias con su actuar. Se han tenido por demostradas las causales de adulterio y de sevicia. Si bien la causal de adulterio no está contemplada dentro de las causales que enuncia el artículo 48 bis, lo cierto es que la integralidad de esa sevicia en el contexto de un adulterio como el que se ha presentado, en aplicación del artículo 48 bis del Código de Familia en conexión con el 1045 del Código Civil que es cláusula general del ordenamiento y en relación con el numeral 41 de la Constitución Política, hacen que deba acogerse la pretensión. Es indudable el daño que se ha producido de tipo moral en la esposa y familia del demandado con su actuar, y que, la suma pedida de tres millones de colones, no resulta inadecuada ni exorbitante sino representativa de una indemnización a los daños morales causados a la actora razonable y proporcional. Las conductas presentadas lesionan los sentimientos como la dignidad, el respeto, el honor, y se han traducido en tristeza, pena, mortificación, disgusto e inseguridad personal. El daño moral, entonces, se deduce por los propios hechos antijurídicos que han perjudicado a la esposa en sus afecciones más íntimas, en su integridad física o psíquica o en ambas, en su honor, en su ámbito familiar, etc. Sin necesidad, incluso, de demostrar especialmente la pena o el dolor del sujeto o su trascendencia familiar o social. No corresponde en estos casos nombrar un perito sino que recae en el juez como perito de los peritos justipreciar un monto representativo, y en este caso, este Tribunal estima que el monto pedido es una suma adecuada, y por ende ha de revocarse la sentencia en este extremo para en su lugar otorgar el extremo de daño moral en la suma de tres millones de colones.

IV.-PRETENSIONES DE NULIDAD DE TRASPASOS Y DE DECLARAR GANANCIALES LAS ACCIONES DE SOCIEDADES: Ahora bien, también la parte apelante ha mostrado inconformidad respecto a las decisiones sobre las peticiones de nulidad de traspaso y en cuanto a dejar para la etapa de ejecución de fallo. Luego de revisar los antecedentes del proceso en estos aspectos y el fallo sobre los mismos que adopta el Juez de primera instancia, este Tribunal llega a la conclusión que la decisión responde a lo que se desprende de los autos conforme con una acertada aplicación de la normativa. Nótese cómo la pretensión sobre nulidad se hizo ante una prevención que hiciera el Juzgado, y la misma se enuncia en una forma general e imprecisa, y los hechos respecto a los cuales ahora quiere hacerse ligar la pretensión general, la misma parte señala que los desconocía

para el momento en que presentó su demanda. La inclusión al debate debió hacerse conforme con el artículo 313 del Código Procesal Civil o bien, ante la preclusión, pudo plantearse otra demanda, que eventualmente pudo pedirse se acumulara a la presente. El análisis del Juzgado sobre este aspecto lo comparte y avala este Tribunal, y por ende, se decide que el punto debe mantenerse. Igual sucede con la decisión de no declarar aún ganancial o bien excluir las acciones de sociedades pues será en la etapa de ejecución de fallo, que contando con todo el material probatorio se despeje la ganancialidad o no ganancialidad de las mismas, y será en esa fase que se apliquen dispositivos legales o presunciones ante una eventual falta de más pruebas, pero, conforme con los principios propios del derecho de familia lo que corresponde en este caso, dejar para esa otra etapa la determinación o no de la ganancialidad de dichas acciones. Por ende, lo que corresponde también es mantener esa parte del fallo.-

V.- CONCLUSIÓN: De acuerdo con todo lo dicho, lo que corresponde entonces es -en cuanto a lo apelado- revocar parcialmente la sentencia recurrida en cuanto denegó acoger la demanda por la sevicia y en cuanto denegó otorgar daños y perjuicios. En su lugar se debe acoger la demanda de divorcio también por esa causal de sevicia y se debe condenar al demandado a pagar por daño moral la suma de tres millones de colones.

POR TANTO:

En lo apelado se revoca parcialmente la sentencia recurrida en cuanto denegó acoger la demanda por la sevicia y en cuanto denegó otorgar daños y perjuicios. En su lugar se acoge la demanda de divorcio también por esa causal y se condena al demandado a pagar por daño moral la suma de tres millones de colones.

b) Procedencia en general como consecuencia del rompimiento del vínculo

[TRIBUNAL DE FAMILIA]²

VOTO N° 416-08

TRIBUNAL DE FAMILIA.- San José, a las once horas con veinte minutos del seis de marzo del año dos mil ocho.

Proceso ORDINARIO DE LIQUIDACIÓN ANTICIPADA DE BIENES GANANCIALES, NULIDAD DE DONACIÓN DE BIENES, DAÑOS Y PERJUICIOS , promovido por SONIA TORRES UGALDE , mayor, casada, comerciante, vecina de Esparza, portadora de la cédula de identidad número 6-100-1365, contra ABRAHAM CAMBRONERO GAMBOA , mayor, casado, comerciante, con cédula de identidad número 6-089-163, vecino de Esparza, en su condición personal, y representante de las sociedades BAZAR Y ZAPATERÍA SEIS A DE ESPARZA SOCIEDAD



ANÓNIMA cédula jurídica número 3-101--377891, BAZAR Y ZAPATERÍA TRES A S.A. cuya cédula jurídica es la número 3-101-227884, además ABRAHAM CAMBRONERO TORRES , mayor, casado, comerciante, vecino de Esparza, con cédula de identidad número 6-279-276, ALEXANDER CAMBRONERO TORRES , mayor, casado, comerciante, vecino de Esparza, con cédula de identidad número 2-476-321, en representación de las sociedades demandada e índole personal. Intervienen además la Licda. Marisela Berrocal Velásquez y el Licdo. Carlos Luis Mellado Soto cada uno en su condición de apoderados especiales judiciales de las partes.

RESULTANDO :

PRIMERO: La actora, en escrito recibido el veintidós de julio del año dos mil cinco, promovió la presente demanda para que en sentencia se condene a lo siguiente: otorgarle el reconocimiento de su derecho a gananciales sobre los siguientes bienes y acciones en sociedades: a) Bazar y Zapatería Seis A de Esparza S.A. cuya cédula jurídica es la número 3-101--377891, Bazar y Zapatería Tres A S.A cuya cédula jurídica es la número 3-101-227884, en cuanto a la mitad del valor neto de la totalidad de acciones que le pertenecen al co demandado Abraham Cambronero Gamboa. b) La mitad del valor neto sobre la finca del Partido de Puntarenas, número 20440-000, junto con su menaje de casa. c) La mitad del valor neto sobre la finca del Partido de Puntarenas, matrícula 89492-000, que incluye el valor neto de la Zapatería conocida como Bazar y Zapatería Tres A S.A, lo que incluye su inventario, ganancias y similares. d) La mitad del valor neto sobre la finca del Partido de Puntarenas, matrícula 114821-000, que incluye de igual forma el valor neto sobre la zapatería conocida como Bazar y Zapatería Seis A S.A, lo que incluye su inventario ganancias y similares. e) Incluye además el valor neto del inventario de las tiendas de Zapatería ubicadas en Puntarenas, y en Orotina. f) La mitad del valor neto de las patentes a nombre de Abraham Cambronero Gamboa, y Bazar y Zapatería Tres A y Bazar y Zapatería Seis A. S.A.-

g) La mitad del valor neto sobre la mitad del dinero existente en las cuentas corrientes de Abraham Cambronero Gamboa, Bazar y Zapatería Tres A y Bazar y Zapatería Seis A. S.A, todo sin perjuicio a otros derechos sobre otros bienes que lleguen a constatarse como gananciales. h) Daños y perjuicios: Se estiman los perjuicios originados por la conducta del co demandado Abraham Cambronero Gamboa, al ofender verbal, psicológica y patrimonialmente a la actora, al decirle que "no tiene derecho a nada, haciendo abandono malicioso y voluntario del hogar, sustrayendo bienes de que son de la masa ganancial para no compartirlos, estimando dicha afectación en la suma de Diez millones de colones. Daños consistentes en todas aquellas sumas de dinero que le corresponden patrimonialmente y que el demandado ha utilizado en su totalidad como el producto de la venta de un vehículo, que se traspaso y no se inscribió, los daños se calculan en la suma de Cinco millones de colones. Que se decrete la nulidad e ineficacia de las donaciones de la finca número 89492-000, realizada por el accionado Cambronero Gamboa el día primero de febrero del dos mil cinco, mediante escritura número trescientos treinta y tres, ante la notaria pública del señor Affib Soto González a la sociedad Anónima denominada Bazar y Zapatería Tres A inscrita al tomo quinientos cuarenta y siete, asiento catorce mil ochocientos cuarenta y nueve, consecutivo cero uno, y de la cuál él es el representante legal ya que dicho negocio está viciado de nulidad absoluta, por la gravedad de su vicio, no puede producir efectos jurídicos válidos y permanentes, toda vez que se hizo en perjuicio y engaño de su persona. Asimismo la nulidad absoluta de la donación realizada por el señor Abraham Cambronero Gamboa a la sociedad Bazar y Zapatería Seis A S.A. (de la cual él es apoderado también) de la finca número 114821- 000 del Partido de Puntarenas, realizada por el demandado el día primero de febrero del año dos mil cinco ante el mismo notario anteriormente mencionado, y mediante escritura número trescientos treinta y dos, inscrita el diecisiete de febrero del dos mil cinco, bajo el

tomo quinientos cuarenta y siete, asiento catorce mil ochocientos cincuenta y uno, todo con el fin de que ambas fincas vuelvan a la masa de bienes gananciales como se encontraban antes de la simulación de dichas donaciones. Se condene a la parte demandada al pago de ambas costas de la acción.

SEGUNDO: Los demandados contestan bajo los términos de los memoriales de folios 157 al 161, 165 al 168, y solicitan que se declare sin lugar en todos sus extremos la presente demanda, por no darse los presupuestos exigidos en la legislación en cuanto a la liquidación de bienes gananciales, y con respecto a las nulidades de donación de bienes piden también que se declare sin lugar la demanda, otorgando así la validez requerida para los mismos, solicita se condene a la actora al pago de costas de esta acción, y oponen las excepciones de falta de derecho, falta de legitimación activa y pasiva, falta de interés actual, prescripción y caducidad. Sin expresar los motivos de su posición para análisis en la resolución de fondo. Asimismo indican que en virtud de considerar procedente la demanda pide que en sentencia se declare que: a) que todos los vehículos citados en la demanda no son bienes gananciales en virtud de que los mismos nunca fueron adquiridos a nombre del señor Cambronero Gamboa. b) Que con respecto a las fincas del Partido de Puntarenas matrículas 89492-000, 114821-000 las mismas no son bienes gananciales en virtud de que tales bienes inmuebles fueron traspasados lícitamente a nombre de las sociedades co-demandadas mucho antes de que se notificará el traslado de la presente demanda. c) Que los negocios comerciales denominados Zapatería Tres A S.A. ubicada en Esparza, Puntarenas y Orotina no son bienes Gananciales ya que los primeros no fueron adquiridos con el esfuerzo de la actora y el señor Cambronero Gamboa, y con respecto a los demás no son bienes del señor Cambronero Gamboa ya que los mismos son negocios de los señores Alexander y Abraham ambos de apellidos Cambronero Torres, en sus condiciones personales. d) En todo caso lo único que puede ser considerado como bien ganancial es: la tercera parte del capital social que tiene el señor Cambronero Gamboa en las dos citadas sociedades. Finca del Partido de Puntarenas, matrícula 20440-000 que es el inmueble donde reside la actora. El derecho que tiene el señor Cambronero Gamboa sobre la finca del Partido de Puntarenas, matrícula 600010-001. No se formulo contrademanda, por parte de los accionados.-

TERCERO: La licenciada MITZI EUGENIA CALDERÓN GOLDENBERG. JUEZA del JUZGADO DE FAMILIA DE PUNTARENAS, por resolución de las catorce horas con treinta y cinco minutos del treinta de abril del año dos mil siete, resolvió: " POR TANTO: De conformidad con lo expuesto, normas legales citadas y artículos 1, 7, 99, 153, 317, 287 y siguientes del Código Procesal Civil y 2 del Código de Familia, se rechazan las excepciones de falta de derecho, falta de legitimación activa y pasiva, falta de interés actual, prescripción y caducidad. Se declara CON LUGAR que el presente Proceso Ordinario de Liquidación Anticipada de Bienes Gananciales, Nulidad de Donación de Bienes, Daños y Perjuicios, promovido por la señora Sonia Torres Ugalde contra Abraham Cambronero Gamboa en su condición personal, y representante de las sociedades Bazar y Zapatería Seis A de Esparza Sociedad Anónima cédula jurídica número 3-101--377891, Bazar y Zapatería Tres A S.A cuya cédula jurídica es la número 3-101-227884, además Abraham Cambronero Torres y Alexander Cambronero Torres en representación de las sociedades demandada e índole personal. Se decreta la nulidad e ineficacia de las donaciones de la finca número 89492-000, realizada por el accionado Cambronero Gamboa el día primero de febrero del dos mil cinco, mediante escritura número trescientos treinta y tres, ante la notaría pública del señor Affib Soto González a la sociedad Anónima denominada Bazar y Zapatería Tres A S.A. inscrita al tomo quinientos cuarenta y siete, asiento catorce mil ochocientos cuarenta y nueve,

consecutivo cero uno, toda vez que se hizo en perjuicio y engaño de la parte actora. Se decreta la nulidad de la donación realizada por el señor Abraham Cambroner Gamboa a la sociedad Bazar y Zapatería Seis A S.A., de la finca número 114821- 000 del Partido de Puntarenas, realizada por el demandado el día primero de febrero del año dos mil cinco ante el mismo notario anteriormente mencionado, y mediante escritura número trescientos treinta y dos, inscrita el diecisiete de febrero del dos mil cinco, bajo el tomo quinientos cuarenta y siete, asiento catorce mil ochocientos cincuenta y uno. Todo con el fin de que ambas fincas vuelvan a la masa de bienes gananciales como se encontraban antes de la simulación de dichas donaciones, una vez firme expídase la ejecutoria que interesa al Registro Público, sección Inmuebles. Se decreta la liquidación anticipada de bienes gananciales, cada cónyuge adquiere el derecho de participar en la mitad del valor neto de los bienes que constaten en patrimonio del otro. Desde ya, se tiene en condición de bienes gananciales 1) las acciones que le pertenecen al co demandado Abraham Cambroner Gamboa en las sociedades Bazar y Zapatería Seis A de Esparza S.A. cuya cédula jurídica es la número 3-101--377891, y sociedad Bazar y Zapatería Tres A S.A cuya cédula jurídica es la número 3-101-227884. 2) La finca del Partido de Puntarenas, número 20440-000, junto con su menaje de casa, lo cual se liquidará en ejecución de sentencia. 3) La finca del Partido de Puntarenas, matrícula 89492-000, que incluye el valor neto de la Zapatería conocida como Bazar y Zapatería Tres A S.A, lo que incluye su inventario, ganancias y similares, los cuales se liquidarán en ejecución de sentencia. 4) La finca del Partido de Puntarenas, matrícula 114821-000, que incluye de igual forma el valor neto sobre la zapatería conocida como Bazar y Zapatería Seis A S.A, lo que incluye su inventario ganancias y similares. 5) Además el inventario de las tiendas de Zapatería ubicadas en Puntarenas, Esparza y en Orotina. 6) De igual forma se encuentra bajo está tutela el derecho que tiene el señor Cambroner Gamboa sobre la finca del Partido de Puntarenas, matrícula 600010-001, es decir, el derecho de la actora de participar en la mitad del valor neto de los bienes que constaten en patrimonio del demandado. Este valor neto se determinará una vez establecido el valor del bien y reducido los gravámenes que pesen sobre él, mismo que conforme se indico supra deberán ser cancelados únicamente por el demandado, pues fueron adquiridos ya estando en conflicto la relación matrimonial. En cuanto a los Daños y Perjuicios se acogen lo petitionado pues han sido originados por la conducta del co demandado Abraham Cambroner Gamboa, al ofender psicológica y patrimonial a la actora, al considerar que "no tiene derecho a nada", sustrayendo bienes de que son de la masa ganancial para no compartirlos, estimando dicha afectación en la suma de Diez millones de colones. Y los daños consistentes en todas aquellas sumas de dinero que le corresponden patrimonialmente y que el demandado ha utilizado en su totalidad en el día a día comercial de la cadena de tiendas de zapatería, en la suma de Cinco millones de colones. Se condena a la parte demandada al pago de las costas personales y procesales de este asunto."

CUARTO: Conoce este Tribunal del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la DEMANDADA, contra la referida sentencia. Esta sentencia se dicta dentro del plazo de Ley. En los procedimientos se han observado las prescripciones correspondientes.

Redacta el JUEZ BENAVIDES SANTOS:Y;

CONSIDERANDO:

I.- En la sentencia apelada se declara con lugar la demanda de liquidación anticipada de bienes



gananciales, nulidad de donación y daños y perjuicios y se condena al demandado al pago de las costas.

II.-Contra esa decisión apela la parte demandada. Alega que no se dan los presupuestos de la liquidación anticipada de bienes gananciales que tampoco se dan los presupuestos de la nulidad de traspasos. Agrega no hay razón para dar daños y perjuicios y no se comprende cómo se cuantifican. Se muestra inconforme con la condenatoria en costas pues argumenta que no ha actuado de mala fe. Luego adiciona que el inmueble seis-cero ochenta y seis mil cuatrocientos noventa y dos-cero cero cero no puede ser considerado ganancial porque el mismo fue adquirido por los tres demandados, y sostiene que tampoco lo puede ser el inmueble seis-ciento catorce mil ochocientos veintiuno. Igual afirma el apelante que no quedó demostrado que zapaterías y tiendas ubicadas en Orotina fueran del esposo.

III.- El Tribunal avala el elenco de hechos tenidos por demostrados pues es fiel reflejo de lo que se desprende de los autos conforme con una adecuada apreciación de las probanzas.

IV.- Luego de que se revisa lo que ha acontecido en este proceso a la luz de los argumentos de inconformidad del apelante, este Tribunal llega a la conclusión de que la sentencia dictada responde al mérito de los autos y a una correcta aplicación de la normativa de la materia y que por ende merece ser confirmada. Para comprender la decisión que se toma en esta instancia debe tomarse en cuenta las siguientes premisas respecto al régimen patrimonial- matrimonial. A).-

RÉGIMEN PATRIMONIAL MATRIMONIAL DE COSTA RICA: Nuestro régimen patrimonial matrimonial, siempre ha llamó la atención en el derecho comparado, y es citado en la doctrina, como el primer país que normativizó un régimen legal de participación , es decir mixto, que combina características del régimen de comunidad y el de separación. Se ha denominado diferido , puesto que la participación surge al momento de producirse el divorcio, la muerte, la separación judicial, la nulidad de matrimonio para el cónyuge que ha obrado de buena fe, cuando se otorgan capitulaciones y no se ha dispuesto sobre bienes presentes o pasados, y con la liquidación anticipada de gananciales. Diferir significa, suspender, aplazar o dilatar la ejecución de algo. En nuestro caso el derecho de gananciales nace con esos supuestos que se han dicho. Se ha reconocido que fue alguno de los derechos de Europa oriental que surgió por costumbre un sistema de estos, también en otro país en forma opcional, pero que fue el de nuestro país el primero que lo consagró como sistema legal. Por ejemplo los autores Imre Zajtay de la Universidad de París y Eduardo Vaz, de la Universidad de Montevideo hicieron en 1950 un estudio de derecho comparado denominado "Contribución al estudio de los regímenes matrimoniales de participación" y el mismo comienza con las siguientes frases:

"...Desde hace algunos años empezó a llamar la atención de los juristas un régimen matrimonial que comenzó a expandirse en el mundo a partir de su adopción por la ley sueca de 1920 y que va ganando cada vez más terreno sobre los regímenes tradicionales...Se puede caracterizar en síntesis este régimen diciendo que, en regla general, funciona como el de separación y se liquida como el de comunidad. Y no es en realidad un régimen nuevo: surgió hace siglos en el derecho consuetudinario de Hungría como régimen de derecho común de ciertas clases sociales y es



también desde hace más de medio siglo el régimen legal del Código Civil de Costa Rica. Posteriormente se extendió en Escandinavia y en algunos países de América Latina..." (Zatjay, Imre-Vaz Ferreira, Eduardo: Contribución al estudio de los regímenes matrimoniales de participación, Montevideo, 1950, pp. 3 y 4)

Carlos Vidal Taquini también explica que:

"...El Código Civil costarricense, que entró en vigor el 1° de enero de 1888, es el primero código que adopta el régimen patrimonial matrimonial llamado de participación en los gananciales..." Agrega que con el Código de Familia "...El régimen sigue siendo el de participación en los adquiridos..."

(pp. 158-159).

Este autor ya había explicado que el sistema se había originado en el sistema costumbrista húngaro, señala que el Código polaco de 1825 fue el primero en regularlo como régimen convencional, pero que es el nuestro el primero que lo regula como régimen legal supletorio:

"...Pero ya en 1888, Costa Rica había sancionado su código, que fue el primero en el mundo que lo consagró en los arts. 76 y 77 como régimen legal supletorio. Durante el matrimonio: separación de bienes; a la disolución: partición de gananciales..." (pp. 21 y 22) (Vidal Taquini, Carlos H: Régimen de bienes en el matrimonio, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978).

Pero también ha de puntualizarse que nuestro sistema principal es el de las capitulaciones matrimoniales, que se trata de un contrato realizado por los cónyuge o bien por los futuros cónyuges respecto a los bienes adquiridos durante el matrimonio. Es decir, nuestra primera opción es el sistema convencional. Existen requisitos formales para esas convenciones como lo son el otorgamiento en escritura pública, y la inscripción en el Registro Público, y tratándose de modificaciones de dicho contrato inicial, ha de agregarse la publicación de un aviso. El sistema subsidiario, es decir la opción legal en ausencia de la convencional, es como ya se ha dicho el sistema de participación diferida en el valor de los bienes. Así, en nuestro sistema supletorio, el derecho a gananciales es un derecho personal a una suma de dinero, así que la diferencia entre los derechos reales y las obligaciones como tales, nos da la clave. El derecho personal es el vínculo jurídico entre dos personas, a diferencia del real, en el que predomina la relación entre una persona y una cosa. En el primero ha de haber dualidad de sujetos, un acreedor y un deudor, y puede no existir cosa alguna de por medio. El derecho real puede definirse como la potestad sobre una o más cosas, constituye una relación jurídica entre una persona y una cosa. Es importante puntualizar que en nuestro ordenamiento y jurisprudencia – a la luz del otrora artículo 76 y 77 del Código Civil de 1888- en algún momento se tuvo que el derecho a gananciales constituía un derecho real de copropiedad, es decir podríamos decir que se trataba de una participación en especie no como valor. Esto se dio porque el término que utilizaba la ley era que los bienes se considerarían comunes y se distribuirían por igual. Esa misma fórmula se utilizó en la versión original del Código de Familia Código de Familia, es decir en la Ley número 5476 del veintiuno de diciembre del mil novecientos setenta y tres. Pero la primera reforma que se le hizo a dicho Código, a saber la ley número 5895 del veintitrés de marzo de mil novecientos setenta y seis, introdujo la fórmula de el derecho a gananciales constituía la participación en el cincuenta por



ciento del valor neto de los bienes con esa naturaleza que se constaten en el patrimonio del otro cónyuge. Participar en un valor no implica copropiedad, sino la definición de una suma de dinero que ha de pagar un cónyuge al otro. El derecho a gananciales es entonces un derecho personal, a saber un cónyuge como acreedor y otro como deudor. B) LIBRE DISPOSICIÓN: Ahora bien, dentro de las características de régimen de separación que contiene nuestro régimen mixto, está la de la libre disposición de los bienes y también la de titularidad de sus bienes, contenida en el artículo 40 del Código de Familia: "cada cónyuge queda dueño y dispone libremente de los bienes que adquiera durante él por cualquier título y de los frutos de unos y otros". No obstante esos derechos de libre disposición y de titularidad, está la contraparte, y es el derecho de participación en el valor de los bienes que se han adquirido a título oneroso durante el matrimonio que tendría el otro cónyuge, y también, la garantía que establece la ley para satisfacer ese derecho con ese bien. Aquí entonces, se presenta una de esas facetas donde deben armonizarse unos derechos y otros para encontrar el adecuado equilibrio (que de todas maneras debe encontrar también un adecuado equilibrio con los derechos de las personas menores de edad que han nacido por la misma relación de pareja). Uno de los puntos clave de ese equilibrio de derechos está en la graduación o calibración del derecho a disponer libremente por el cónyuge "dueño" a fin de que el cónyuge que ha contribuido con un esfuerzo común en su adquisición no se vea burlado por el otro mediando abusos, simulaciones e incluso impericia. En este tema uno de los primeros aspectos que debe abordarse es de la posibilidad de liquidar y lograr las participaciones anticipadamente.

C.-SOBRE LA LIQUIDACIÓN ANTICIPADA DE BIENES GANANCIALES: El artículo 41 del Código de Familia, párrafo segundo, regula lo siguiente: "...Podrá procederse a la liquidación anticipada de los bienes gananciales cuando el Tribunal, previa solicitud de uno de los cónyuges, compruebe de modo indubitable, que los intereses de éste corren el riesgo de ser comprometidos por la mala gestión de su consorte, o por actos que amenacen burlarlos..."

El adjetivo de anticipado , implica, que el derecho de gananciales se otorgará, y liquidará, antes de que ocurra alguno de los actos o hechos jurídicos mediante los cuales ordinariamente se otorgan o liquidan gananciales, como los son el divorcio o la separación judicial, o bien la muerte . La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha ido decantando, con su evolución jurisprudencial, el verdadero quid de la norma:

"... IV.-El principio de tutela jurídica de los derechos entra en juego en todas aquellas situaciones cuando un derecho es amenazado o está en peligro. Uno de los atributos del derecho mismo es la potestad de cada titular de defenderlo, demandando la tutela que le brinda el ordenamiento. La necesidad de la protección es lo que determina el interés legítimo de las personas para demandar el amparo. Entonces, lo que hay que analizar en el caso concreto, es si el derecho de la actora a una eventual y futura participación en el inmueble indicado, a título de gananciales, puede estar en peligro por actuaciones del demandado. Según se desprende del expediente, las partes han estado separadas de hecho por más de un año (punto que tampoco es ya objeto del debate, al haber sido narrado en la demanda y aceptado en su contestación, en folios 1 y siguientes y 20 y siguientes). Lo anterior puede considerarse como un indicador clásico de una eventual disolución del vínculo matrimonial y, por tanto, como sustento jurídico suficiente de una solicitud de liquidación anticipada de bienes gananciales (ver en ese sentido TREJOS (Gerardo) Derecho de Familia Costarricense , Editorial Juricentro, 1982, pp. 183-184). Mas, si además, durante el matrimonio el accionado ha actuado con evidente mala fe, respecto de su esposa, al punto de que ni siquiera ha respetado su



integridad física (folios 92 y siguientes y 297 y siguientes), pues incluso fue denunciado y condenado por el delito de lesiones levísimas, en su perjuicio; cabe concluir, que hay indicios graves, precisos y concordantes, tal y como acertadamente lo consideraron los señores jueces del Tribunal, de que los intereses patrimoniales de su cónyuge están en peligro inminente. En consecuencia, es razonable que la actora ante las acciones de su marido, a todas luces reprochables, recurriera a pedir la liquidación anticipada de la finca de que se da cuenta.

V.-El artículo 41 citado contempla dos supuestos, en los cuales es posible disponer la liquidación anticipada. El primero no tiene importancia para este proceso, porque se refiere a situaciones en que el peligro potencial o virtual está determinado por una mala gestión del titular de los bienes, que puede estar condicionada por muchas causas, inclusive durante la convivencia efectiva de la pareja. Lo que la actora ha invocado como causa de pedir es que el demandado, con manifestaciones suyas hechas dentro de una situación fáctica de separación de hecho y de conflicto efectivo entre la pareja, y ha amenazado que le va a afectar el disfrute de su eventual derecho a gananciales. La situación que viven las partes, no corresponde a la de una convivencia normal, sino, todo lo contrario. La demandante no ha buscado una solución al problema que pudo haber alcanzado a través de una demanda de dispensa de vida en común o inclusive hasta de divorcio, lo cual, es sin duda potestativo. Su única preocupación se ha centrado en el tema de la tutela de su derecho patrimonial. Es cierto que no hay prueba directa de expresiones concretas del demandado acerca de la burla del derecho; pero es completamente de sentido común entender, y así lo enseña la experiencia, que en situaciones de hecho como éstas, las partes pretendan excluir al otro consorte de cualquier ventaja patrimonial, al punto de que muchas veces es el verdadero motivo de los conflictos jurídicos, sobre todo que en el expediente hay pruebas directas de esa actitud negativa del derecho, pues, en la misma contestación de la demanda, el actor se ha opuesto a la pretensión de la actora negando la existencia del derecho de gananciales que se reclama y necesariamente por la existencia de actos perturbadores. De esta manera, interpretadas todas esas cuestiones de hecho de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 del Código de Familia y con un verdadero sentido protector, la realidad de lo que acontece en la pareja representa una situación de peligro virtual para el derecho de la actora, de modo que sí existe razón para tutelarla, con independencia de la desvinculación de la pareja o de su separación judicial. La norma, es su segundo punto, o sea, aquel que autoriza la liquidación anticipada por hechos que amenacen el derecho, debe ser analizada a la luz de la situación real de las parejas; es decir, en cada caso concreto, de modo que existiendo comportamientos como lo son la misma separación de hecho, el impedimento del disfrute del bien y la negación misma del derecho, entre otros, sea un mecanismo efectivo de desprotección. Así las cosas, para la Sala, los actos a los que alude la norma, en modo alguno pueden circunscribirse a comportamientos efectivos de mala gestión, pues, en su segundo supuesto se contempla otros, como los constados en este proceso, que no tienen esa naturaleza y que constituyen una real amenaza a los intereses patrimoniales de la esposa. En realidad de lo que se trata es de evitar que, un cónyuge, en este caso el demandado, ante las graves desavenencias con su esposa, pretenda lesionarla económicamente sustrayendo el único bien que fue comprado con el esfuerzo común, por haber sido adquirido durante el matrimonio...” (Voto 2002-00214 dictado a las quince horas diez minutos del nueve de mayo del dos mil dos. En el mismo sentido, voto 2002-00372 de las quince horas del veintiséis de julio de dos mil dos).

De ahí, que detectadas legalmente ciertas circunstancias de amenaza o ya consumadas, a los derechos del otro cónyuge procedería esa liquidación anticipada del régimen patrimonial matrimonial. D).-

ABUSO DE DERECHO DE LIBRE DISPOSICIÓN: Ahora bien, existe otra dimensión del problema planteado como lo es el reclamo ante actos concretos consumados de disposición de bienes en perjuicio del cónyuge titular. Ante esto, es importante retomar el tema de la graduación o calibración del derecho de libre disposición. Al respecto la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha vertido el siguiente criterio:

“...Jurisprudencialmente, se ha externado el criterio de que, el derecho de disposición del cónyuge sobre los bienes inscritos a su nombre, no es irrestricto; dado que, como cualquier otro derecho, debe ejercerse siempre conforme al principio de la buena fe. En ese entendido, se ha calificado como fraude a la ley, la conducta de la parte que dispone de sus bienes, a los efectos de intentar hacer nugatorio el derecho a gananciales, por parte de su cónyuge (artículos 20, 21 y 22, todos del Código Civil). Así, en el Voto Número 322, de las 14:30 horas, del 17 de diciembre de 1997, en lo que interesa, se indicó: "Sin embargo, a pesar de que no exista, en la normativa de familia, alguna limitación concreta a esa libertad de administración y de disposición de los bienes propios con vocación de ganancialidad, es innegable que, tal derecho, no es absoluto, pues tiene como barrera infranqueable, máxime cuando se vislumbra la disolución del vínculo, las exigencias de la buena fe. Esto se infiere de un principio general y del numeral 21 del Código Civil. Nótese, también, que esa pauta otorga el fundamento material a la facultad de pedir la liquidación anticipada de los bienes de esa naturaleza. Adicionalmente, el último cuerpo legal citado, reconoce y sanciona el fraude de ley en su artículo 20, disposición que es aplicable en todas las materias. Al efecto se instituye: "Los actos realizados al amparo del texto de una norma, que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico; o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de la ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.". Del mismo modo, se establece la obligación, a cargo de quien abusó de su derecho o de quien lo ejerció antisocialmente, de reparar el daño producido por cualquiera de esos actos suyos, y la de adoptar las medidas judiciales necesarias para impedir la persistencia de sus ilegítimos efectos, en perjuicio de una persona determinada (ordinales 22 y 1045 *ibídem*). Tales reglas y principios imponen, a los juzgadores y a las juzgadoras, el deber de evitar, en este caso, que el derecho a la participación diferida en los gananciales pueda ser burlado, invocando la existencia de un acto de disposición formalmente válido y eficaz, pero cuyo propósito, al menos por la parte demandada, fue y es, en realidad, contrario a derecho ."

....” (Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, voto número 950-98 dictado a las ocho horas treinta minutos del veinticuatro de noviembre del dos mil).

Entonces hemos de identificar una idea "género" o "global" que tiene como sustrato el ejercicio abusivo del derecho de libre disposición de los bienes del cónyuge o conviviente titular, en perjuicio evidente de los derechos de participación del otro cónyuge o conviviente, sobrepasando manifiestamente los límites normales del ejercicio de ese derecho de disposición, tanto por que esa sea la intención u objeto del autor, o por las circunstancias en que se realiza dicho traspaso (artículos 20, 21 y 22 del Código Civil), todo en consonancia con la norma autoejecutiva de rango superior que señala: “...Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo...” (Artículo 17 párrafo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) . Dentro de este género, la jurisprudencia ha ubicado una "especie" que es la posibilidad de la nulidad de contratos de traspaso que han sido



simulados, en los cuales realmente no existe una voluntad de traspaso, careciendo el contrato de uno de sus presupuestos fundamentales. Es importante que nos detengamos en algunos de los ejes jurisprudenciales en torno a este tema: E.-

NULIDAD DE TRASPASO: El quid del asunto, es el carácter fraudulento de los traspasos de los bienes gananciales con expectativa de que se declaren gananciales, por vicios en la voluntad, pues realmente no ha existido la voluntad de realizar ese traspaso. La jurisprudencia ha decantado el significado de la simulación y para ilustrar sus supuestos acudimos al voto número 47 de las nueve horas cuarenta minutos del cuatro de marzo de mil novecientos noventa y cuatro de la Sala Segunda que in extenso desarrolla la doctrina sobre el contrato simulado:

“...III.- Ahora sí y siempre con la intención de ir fijando la posición de la Sala, en punto a la esencia de lo que resolvieron el a-quo, la mayoría del ad-quem; así como sobre lo fundamental del recurso de casación por el fondo, incoado por la parte demandada (...); podemos transcribir, en materia de simulación de actos jurídicos y en lo conducente, lo que dijo la Sala Primera Civil de la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia N° 4, de las 15.15 Hrs. del 6-1-78, Considerandos V, VI y IX; veamos: "V.-

En un sentido generalísimo, simular significa representar o hacer aparecer alguna cosa fingiendo o imitando lo que no es; disimular, ocultar lo que es, teniendo en ambos casos el individuo idéntico objetivo, es decir, el engaño. Estos dos conceptos similares aparecen como aspectos diversos de un mismo fenómeno: la simulación. Dichos términos al pasar del lenguaje corriente al campo jurídico, no cambian de sentido. Conforme con la mayoría de los tratadistas modernos, el acto simulado consiste en el acuerdo de partes, de darán una declaración de voluntad a designio divergente de sus pensamientos íntimos, con el fin de engañar inocuamente o en perjuicio de la ley o de terceros; llamándose simulación el vicio que afecta ese acto. Entonces, cuando los contratantes llevan a cabo el acto simulado, realizan un negocio jurídico sólo aparente, con interés de efectuar otro distinto -simulación relativa- o no verificar ninguno -simulación absoluta-; de ahí la diferencia entre simulación absoluta y relativa ... Los juriconsultos modernos, más o menos uniformemente, reconocen como elementos constitutivos e indispensables del negocio jurídico aparente: a) el acuerdo entre partes; b) el propósito de engañar, ya sea inocuo o en perjuicio de terceros o de la ley; c) la disconformidad conciente entre la voluntad y la declaración" (Héctor Cámara, Simulación en los Actos Jurídicos, 2a. edición, Buenos Aires, 1958, páginas 28 y 29). En igual sentido, Francisco Ferrara, La Simulación de los Negocios Jurídicos, 2a. edición, Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1960, páginas 77 y siguientes. En la simulación relativa los contratantes siempre han tenido la intención de celebrar un negocio jurídico y de efectuar el traspaso, si es que el acto es de enajenación. Tal sería por ejemplo el caso en que el padre traspasa al hijo un inmueble, lo que hace gratuitamente, sea en donación, pero para evitar el pago de un impuesto fuerte en la escritura se expresa como compra-venta. Aquí hay simulación, pero como en todo momento ha sido intención de las partes de celebrar un negocio jurídico que es la donación y de efectuar y mantener el traspaso, por eso es que declarado ineficaz como compra-venta el actor y el traspaso siempre se mantienen como donación (Sentencia de Casación de las 9.20 horas del 9 de junio de 1934). En la simulación absoluta en cambio, no obstante el acto que aparecen celebrando las partes, en realidad éstas en ningún momento han tenido la intención de efectuarlo ni de llevar a cabo el traspaso, manteniéndose el bien en poder del transmitente, quien sigue siendo su legítimo dueño y poseedor. Como elemento constitutivo de la simulación se ha señalado el propósito o intención de engañar, ya sea inocuo o en perjuicio de terceros o de la ley. Por eso es que hay que distinguir la intención de engañar de la intención de dañar, porque si bien



el fraude es de la naturaleza de la simulación no es de su esencia, por lo que puede haber casos de simulación en que está ausente la idea del fraude, ya sea en perjuicio de acreedores o de terceros, *fraus creditorum* o fraude pauliano, como en perjuicio de la ley, fraude a la ley o *fraus legis*. En doctrina se distingue el acto *contra legem agere* y el acto *in fraud legis*; en el primero, contrario a la ley, el acto choca en forma abierta y directa contra la norma positiva; en el segundo, en fraude a la ley, la violación se cumple de manera encubierta, velada, pues aparentando conformidad con el texto legal se infringe su contenido. El fraude a la ley consiste en las maniobras o procedimientos tendientes a eludir, en forma indirecta, la aplicación de una ley imperativa, para obtener bajo forma lícita un resultado prohibido por la ley. Es un ataque a la ley no realizado de frente, a la luz del día, sino en forma encubierta. El tutor que compra directamente los bienes de su pupilo, en un acto *contra lege*; si ese mismo tutor adquiere los bienes de su pupilo por interpósita persona, el acto es *in fraud legis*. La más moderna doctrina se orienta en el sentido de que el acto en fraude a la ley es una especie o modalidad del acto contrario a la ley, pero también admite que en el acto en fraude a la ley las personas revelan mayor habilidad y por ahí una mayor peligrosidad, pues actúan con cierto "esprit de finesse" al decir de Ripert, y aparentando cumplir con la ley violan su contenido. Por eso es que, desde el derecho romano de modo uniforme el acto *in fraud legis* se sanciona con la nulidad".

Es entonces, que en realidad lo que ocurre en el supuesto de la simulación que las partes en el contrato en ningún momento han tenido la intención de efectuarlo ni de llevar a cabo el traspaso, manteniéndose el bien en poder del transmitente, quien sigue siendo su legítimo dueño y poseedor. En cuanto a la prueba a exigir, dicho voto se pronuncia de la siguiente manera: "... No obstante esa divergencia, en lo que sí están de acuerdo es en que, en la simulación en fraude a la ley, *in fraud legis*, no es necesario el contradocumento y es admisible todo medio de prueba, porque "aquellos que por vía cubierta o abierta obran contra las leyes, no merecen protección jurídica" (obras citadas, Ferrara, páginas 361 y siguientes, Cámara, páginas 132 y siguientes, 179 y siguientes). Debe tenerse presente además que con frecuencia la prueba de la simulación resulta del contenido mismo del documento en que se hizo constar el contrato simulado, el que en tales casos por lo menos constituye principio de prueba por escrito, circunstancia que hace admisible entonces la prueba de testigos y la de indicios, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 757, inciso 1°, y 763 del Código Civil. Tampoco es obstáculo para declarar la simulación el hecho de que el contrato simulado conste en escritura pública. Es cierto que el artículo 735 del Código Civil establece que los documentos o instrumentos públicos, mientras no sean argüidos de falsos, hacen plena prueba de la existencia material de los hechos que el oficial público afirma en ellos haber realizado él mismo, o haber pasado en su presencia en el ejercicio de sus funciones. Pero también es cierto que por regla general lo que el Notario anota es que los contratantes comparezcan ante él y dicen haber celebrado el contrato en la forma que allí lo relatan; de esto es de lo que da fe el Notario, de lo que dicen las partes, no de que el contrato se haya celebrado en esos términos exactos; si de esto último diera fe el Notario, ello sólo se podría destruir mediante una declaratoria de falsedad en la vía penal. Pero si se limita a consignar lo que dicen los contratantes, esto es lo único que tiene valor de plena prueba, porque esos son los hechos que pasan en su presencia, lo que dicen los contratantes, según lo relata la escritura, pero sin que en tal caso deba tenerse por cierto que el contrato es como lo refieren las partes, porque bien pueden convenir una cosa y decir otra..."

Así establecemos entonces la admisibilidad de todo tipo de pruebas para acreditar la simulación del acto para pretender su nulidad. Naturalmente después de la emisión de dicho voto del año 1994, se



dio, precisamente en 1997, una reforma legal que tiende a la amplitud, flexibilidad y libertad en el tema de pruebas . El artículo 8 párrafo segundo del Código de Familia tiene una frase en el siguiente sentido: "los jueces en materia de familia interpretarán las probanzas sin sujeción a las reglas positivas de la prueba común, atendiendo todas las circunstancias y los elementos de convicción que los autos suministren, pero en todo caso, deberán hacer constar las razones de su valoración..."

. De esta manera el legislador intenta suministrar al Juez de Familia mayores herramientas para abordar correctamente los delicados y sensibles conflictos de orden familiar. Implica con ello otro distanciamiento del proceso "común" civil, dotándole a la jurisdicción especializada de familia libertad en cuanto a la apreciación y valoración de la prueba, lo que tiene también como necesario corolario la libertad y amplitud en el ofrecimiento, admisibilidad y práctica de probanzas e incluso en el tema de la carga de la prueba, de manera que se puedan adoptar criterios como el de la normalidad, flexibilidad o facilidad probatoria, de manera tal que es el criterio de sana crítica la base y límite del sistema probatorio familiar, con sus pautas de la lógica, la ciencia y la experiencia como guías de los procesos de apreciación (véase al respecto votos 707-04, 997-04 y 1409-04 de este Tribunal en relación con el voto 724-98 de la Sala Constitucional que se refiere a un sistema de libertad, amplitud y flexibilidad en las probanzas análogo al del artículo 8 del Código de Familia).- Ahora bien, abandonando ya el tema probatorio para continuar con el de la nulidad de traspasos por simulación, ese mismo voto en el que nos basamos para este desarrollo que es de suma importancia para esta materia (47-94 de la Sala Segunda) aclara lo de la legitimación para pedir la nulidad de los traspasos:

"...En punto a la legitimación para poder reclamar contra una simulación, haremos uso, de nuevo, de la doctrina, en este caso utilizando la obra del Licenciado Ernesto Jinesta L., "La Simulación en el Derecho Privado", en lo que nos interesa. Así tenemos que en ese tema, nos expone: "Sección Segunda: Legitimación. A.-

Activa. 1) Principio general: La acción declarativa de simulación, puede ser ejercida, por cualquiera que tenga interés jurídico, en tal sentido señala CASAFONT "Conviene a los civilistas en que la "acción de simulación", dada la inexistencia o nulidad absoluta del negocio ficticio o aparente, puede ser ejercitada no sólo por el titular del derecho violado o perjudicado con dicho negocio, sino también por el "tercero interesado", pues el principio dominante es el de que el tercero en general y a virtud de un "interés" tutelado por el ordenamiento jurídico, puede hacer valer, es decir, descubrir la simulación". Por su parte CARIOTA FERRARA indica que "La regla es que la simulación y la nulidad que de ella deriva pueden hacerse valer por cualquiera que tenga interés". La doctrina moderna acepta que impugne el negocio simulado, cualquier tercero que tenga interés jurídico, bien por tratarse del titular de un derecho subjetivo formado, que el respectivo negocio aparente lesione, o por encontrarse en la esfera de una situación jurídica que el mismo vulnera o amenaza, "...ya que la protección jurídica, como imperativo de justicia, se extiende aun a las llamadas "situaciones interinas", "de espera o de pendencia", a las "expectativas de derecho", pues aunque de momento no se dé una titularidad cierta de derecho subjetivo, existe un interés en que dichas situaciones interinas o expectativas de derecho futuro o jurídicas, en dirección de convertirse mediante su desarrollo o desenvolvimiento en el verdadero "derecho subjetivo", no se vean frustradas por el acto o negocio simulado o absolutamente nulo que con su apariencia las amenaza o vulnera, y de ahí la legitimación del "interesado" para accionar la nulidad y obtener la correspondiente declaración judicial, ya que sin tal pronunciamiento se perjudica o eventualmente podría afectarse el derecho o la situación jurídica aludidos". Igual opinión sostiene MOSSET

ITURRASPE: "Doctrina y jurisprudencia coinciden en acordar la acción de simulación a cualquiera que tenga interés en tal declaración, tanto si se trata de un derecho subjetivo actual, y aún eventual, como en el caso en que el acto impugnado entrañe un peligro de hacer perder ese derecho o de no poder utilizar una facultad legal"..."

F.-DIFERENCIA DEL DERECHO A GANANCIALES Y SU GARANTÍA DE SATISFACCIÓN: Uno de esos temas que es importante aclarar en cuanto a gananciales es la diferencia entre el derecho a gananciales como derecho a un valor y el derecho a que un bien ganancial responda por ese derecho de valor. El voto 950-00 de la Sala Segunda, dictado a las ocho horas treinta minutos del veinticuatro de noviembre del año dos mil. , desarrolla lo siguiente sobre el particular:

"... VI.-El hecho de que el bien estuviera, sólo formalmente, fuera del patrimonio del accionado al momento de plantearse la litis, no constituye, desde el punto vista jurídico, obstáculo alguno para declarar el derecho de la actora, sobre el cincuenta por ciento del valor neto de aquella finca; y, en tal sentido, la tesis del recurso, es legalmente improcedente. De acuerdo con el artículo 41 aludido, el derecho a gananciales, es de naturaleza personal o de valor, pero el mismo puede hacerse valer sobre el bien que lo genera; el cual, para ese efecto, se puede considerar gravado de pleno derecho, a partir de las resultas de la respectiva liquidación. Desde esta perspectiva, o sea, tomando en cuenta que es un derecho personal, pero que también puede llegar a gravarse el bien, como se dijo, a partir de las resultas de la respectiva liquidación; la parte que pretende la ganancialidad tiene dos caminos, para hacer valer su derecho; a saber; puede consistir en la nulidad de los actos de disposición y en la consecuente reintegración de los bienes, al patrimonio del deudor, a fin de hacer efectivo el gravamen previsto y lo cual se asemeja a una acción de naturaleza real (reipersecutoriedad); o bien, en el ejercicio del derecho personal, según se hizo en el proceso (véase la pretensión identificada con el número 2), a efecto de que se declare su derecho a la mitad del valor neto de los bienes; para lo cual, los Tribunales, pueden constatar el derecho, tomando en cuenta aquellos bienes con relación a los cuales se realizaron actos fraudulentos, para intentar burlar el derecho de la contraparte; de tal manera que su derecho se mantenga incólume, como si dichos actos no existieran, porque esa es la única forma de tutelar, efectivamente, el derecho en estos casos de conductas indebidas y preordenadas. A ambas vías es legítimo acudir. En un caso semejante, esta Sala manifestó: "...Tales reglas y principios imponen, a los juzgadores y a las juzgadoras, el deber de evitar, en este caso, que el derecho a la participación diferida en los gananciales pueda ser burlado, invocando la existencia de un acto de disposición formalmente válido y eficaz, pero cuyo propósito, al menos por la parte demandada, fue y es, en realidad, contrario a derecho.- IV.- En esta sede, el recurrente insiste en que el automotor placas ciento sesenta mil trescientos treinta y siete no es un bien ganancial, tal y como se resolvió en segunda instancia, toda vez que ya no le pertenece y que su traspaso a otro sujeto de derecho está anotado y pendiente de inscripción en el Registro Público de la Propiedad de Vehículos. Apoya su alegato en los ordinales 7 de la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres y 455 del Código Procesal Civil. Es cierto que esas normas estipulan, como pauta general, que los títulos sujetos a inscripción perjudican a terceros desde la fecha de su presentación a la entidad indicada. También lo es que la señora ... tiene ese carácter respecto de la compraventa del bien mueble de comentario. La conjunción y el aislamiento de esas verdades obligaría, entonces, a darle la razón al representante legal del señor ... Sin embargo, estando suficientemente acreditado, conforme lo está, que dicho acto jurídico de disposición fue realizado en fraude de ley, al emitirse con el propósito de frustrar los legítimos derechos de la actora, resulta imperativo reconocer que no puede tener la virtud de afectarle, aunque sea una tercera y no haya solicitado que se declarara su

simulación ... Por otra parte, aún cuando no es necesario emitir criterio alguno en lo concerniente al carácter en que participó la persona jurídica compradora, el hecho de que su representante sea el mismo demandado evidencia, sin posibilidad de objeción alguna, que éste utilizó el velo social para incurrir en un acto de apariencia legítima, pero cuya finalidad es del todo contraria al ordenamiento jurídico. No cabe duda, entonces, que ese negocio jurídico, documentado el 16 de agosto de 1993, y su posterior anotación en el Registro Público de la Propiedad de Vehículos (ver folios 30 y 31), se hicieron con el firme propósito de excluir el bien referido, fraudulentamente, de la comunidad de gananciales. Así las cosas, fue realizado en fraude de ley, por lo que carece de la virtud de impedir la declaratoria de ganancialidad del valor económico de su objeto, tal y como acertadamente se estableció en segunda instancia. Por consiguiente, ninguna infracción de los numerales 455 del Código Civil y 5 y 7 de la Ley de Tránsito fue cometida por el Tribunal Superior de Familia al emitir su pronunciamiento.- V.- Asimismo, para resolver de esa manera se ha tenido en cuenta que, en este proceso, no ha estado en discusión derecho real alguno sobre el mencionado vehículo. Lo único que se está determinando es el derecho de la demandante a participar en el cincuenta por ciento de su valor neto. Es ésta la pretensión incoada en lo relativo a ese automotor, la cual es procedente en su totalidad, y su efecto lógico resulta ser, únicamente, el que su precio actual deba ser considerado como parte de los bienes del accionado a la hora de realizar la liquidación respectiva. Ello es posible en el ordenamiento jurídico costarricense por cuanto el derecho a gananciales es de naturaleza crediticia, es decir, personal. De ahí que no haga falta reintegrar el referido vehículo al patrimonio del señor ..., pues, para hacer efectivo el derecho sobre la mitad de su valor neto, la acreedora, señora ..., puede perseguir cualquier otro bien del deudor y éste podría, si así lo estima pertinente, evitar la eventual ejecución coactiva, cancelando, de modo voluntario, la que corresponda ..." (Voto Número 322, de las 14:30 horas, del 17 de diciembre de 1997). En el caso concreto, la actora escogió ejercer su derecho personal, a los gananciales, sin pedir la nulidad del acto de la donación de la finca, de que se da cuenta, lo que es absolutamente legítimo; pues, esta otra pretensión, no es un requisito, según se indicó en el precedente citado, para hacer efectivo su derecho, sobre la mitad de su valor neto; pudiendo perseguir cualquier otro bien del deudor, para satisfacerlo de manera plena..."

Por lo que, esto plantearía la hipótesis de declarar el derecho a gananciales como valor, independientemente de una petición de reversión o nulidad de actos que tiendan a restituir bienes al patrimonio del cónyuge dueño y eventualmente deudor por el derecho a gananciales, como de hecho se ha pronunciado la Sala Segunda en este voto, y en el otro que ese extracto cita como es el 322-97.

G).-EL ANALISIS DEL PRESENTE CASO EN CUANTO A GANANCIALES:

V.-DAÑOS Y PERJUICIOS: En 1997, en Costa Rica, la Ley número 7689 del 6 de agosto, publicada en ese año en La Gaceta número 172 del 8 de setiembre, adicionó un artículo 48 bis al Código de Familia, a la vez que se reformaron los numerales 8, 41 y 98 de ese mismo cuerpo normativo. La apreciación de la prueba punto tocado en el aparte anterior de este fallo, el recurso de casación, la eliminación de las consecuencias en el tema de gananciales de la culpabilidad en la causal, la amplitud en cuanto a las pruebas de filiación, y los daños y perjuicios derivadas de algunas causales de divorcio son los temas de dicha ley. El artículo 48 bis dicho, incluye una regulación específica sobre petitorias de daños y perjuicios para casos en que el divorcio se decreta con fundamento en las causales de los incisos 2, 3 y 4 del artículo 48. Sobre el numeral



48 bis la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha iniciado el camino de la aplicación con los votos 170-03 de las 10:40 horas del 9 de abril del 2003 y 413-03 de las 11:20 horas del 8 de agosto del 2003. En el voto 170-03 la Sala desarrolla el deber de la parte actora de cumplir con lo que preceptúa el artículo 290 inciso 5 del Código Procesal Civil. En el voto 413-03 la Sala desarrolló lo siguiente: "...XI.-

DEL DAÑO MORAL EN MATERIA DE FAMILIA: La demandada-reconventora, en su segunda pretensión, solicitó que se condene al señor ... al pago de los daños y perjuicios ocasionados –que técnicamente es daño moral-, tanto a ella como a su hijo. En el primer caso como producto del adulterio y, en ambos casos por el sufrimiento que les causó la sevicia atribuidas al actor-reconvenido, la cual ocasionó afectación psíquica, emocional y psicológica. Estima dichos perjuicios en la suma de diez millones de colones (¢10.000.000). Prima facie, conviene advertir que el daño adquiere poco a poco una relevancia trascendental en materia de divorcio, tanto desde el punto de vista moral como del patrimonial. El primero, sea el moral, se produce cuando se lesionan los sentimientos de una persona, es un “daño de afección” que se da cuando se lesionan sentimientos como el amor, la dignidad y el honor de uno de los cónyuges y se traducen en pena, tristeza, mortificación, disgusto o inseguridad personal. Estas conductas reiteradas o no, pueden ser constitutivas de separación personal y de divorcio sanción que pueden producir daños de orden moral; ya sea que lesionen derechos subjetivos matrimoniales de orden extra patrimonial (como por ejemplo las infidelidades) o del patrimonial (como podría ocurrir en el caso de los actos simulados fraudulentos de uno de los cónyuges en perjuicio de los derechos del otro en el caso de los bienes gananciales). Incluso, si analizamos detalladamente las secuelas psicológicas y las bases de cada caso de separación o de divorcio en concreto, podríamos encontrar que también pueden ser susceptibles de ocasionar daño moral. Con respecto a la prueba de esta clase de daño, surge de la demostración de los hechos mismos constitutivos de las causales invocadas, según las reglas generales de la materia, en este caso las de familia; y le corresponderá, en todo caso, al responsable, la demostración de la existencia de alguna situación objetiva que permita excluir en el caso en concreto ese tipo de daño o que disminuya su entidad. El daño moral, entonces, se deduce por los propios hechos ilícitos que han perjudicado a la persona en sus afecciones más íntimas, en su integridad física o psíquica o en ambas, en su honor, etc. Sin necesidad, incluso, de demostrar especialmente la pena o el dolor del sujeto o su trascendencia familiar o social. Por ello, pareciera descartado considerar que un adulterio por el hecho de ser discreto no produce un daño grave susceptible de reparación. O una ofensa o humillación que no sea pública o incluso un atentado contra la propia dignidad. Ahora bien, en cuanto al menor de edad, la misma premisa es posible aplicar (al respecto pueden consultarse, GONZÁLEZ MORA, R (compilador). Daños y Perjuicios en el Proceso de Divorcio y de la Separación Judicial. Escuela Judicial, pág. 61 a 89). Sentado lo anterior y analizadas las probanzas vertidas al proceso a la luz de la sana crítica y del correcto entendimiento humano, se concluye que tanto doña ... como su hijo resultaron perjudicados por el comportamiento amoral e ilegítimo del actor-reconvenido. Así, en el “Dictamen Pericial Psicológico Clínico Forense” practicado por la Licenciada en Psicología ..., visible de folio 329 a 333, a la señora ..., se destacó la presencia de evidentes secuelas de daño emocional y psicológico producto, justamente, de la quebrantada relación existente entre la pareja litigante. También, detectó sentimientos en ella- la demandada- de temor, tristeza e impotencia. Con respecto al menor, en el dictamen respectivo...” (sic) (folios 334 a 338), la misma profesional indicó que en el plano emocional presentaba signos de ansiedad, demanda de atención y afecto, irritabilidad, enfado, conducta agresiva, soledad, tristeza, poca tolerancia a los límites, confuso ante la situación familiar; aspectos que atribuye a la separación de sus padres. No hay duda, entonces, que existe una relación de causalidad entre la conducta adúltera y seviciosa de don ...y el trastorno



psicológico de su pareja e hijo. El artículo 48 bis del Código de Familia establece: "De disolverse el vínculo matrimonial, con base en alguna de las causales establecidas en los incisos 2), 3) y 4) del artículo 48 de este Código, el cónyuge inocente podrá pedir, conjuntamente con la acción de separación o de divorcio, daños y perjuicios de conformidad con el artículo 1045 del Código Civil" (Así adicionado mediante Ley N° 7689 de 21 de agosto de 1997). Por su parte, el numeral 1045 del Código Civil, dispone: "Todo aquel que por dolo, falta, negligencia, o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios". Esta norma general, aplicable a la especie, permite concluir que el señor ... debe reparar los daños y perjuicios ocasionados a la demandada y a su hijo, los cuales se fijan, prudencialmente, en la suma de dos millones de colones (¢2.000.000) para cada uno...."

Naturalmente este numeral tiene relación con el 41 de la Constitución Política y con el 1045 del Código Civil que el mismo artículo adicionado cita. El artículo 41 de la Constitución Política dispone: "...Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad e intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes ..."

El 1045 del Código Civil que se refiere a la responsabilidad civil subjetiva o responsabilidad aquiliana, dispone: "...Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios..."

Repasemos con algunas citas de jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual : "... IV.-

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



o impericia), o dolo del agente. La carga de la prueba corresponde entonces al acreedor, es decir, a la víctima que solicita el resarcimiento..." (Resolución número 34 de las 14:25 Hrs. del 22 de marzo de 1991). La doctrina científica moderna, al analizar la figura del dolo, es conteste al indicar que supone la voluntad de realizar un acto antijurídico con conocimiento de su ilegalidad, sabiendo, su autor, que puede ser dañoso a los demás, pero sin necesidad de que haya previsto o podido prever todos y cada uno de sus posibles efectos. En este sentido, se afirma, no precisa la intención de dañar, basta la voluntad de infringir el deber, la mala fe, la conciencia de que se realiza un acto ilícito. El dolo presume el conocimiento de la producción de un daño, al menos probable, como consecuencia de la acción querida (dolo eventual). Se afirma, asimismo, la falta de intención no constituye el dolo, aquí estamos en presencia de la denominada "culpa lata". Sin embargo, una negligencia extrema debería acarrear para el agente las consecuencias del dolo. Por su parte, la culpa supone un actuar negligente, descuidado, imprevisor que causa un daño sin quererlo. Se ha dividido, la conducta culposa, en consciente e inconsciente. La primera se da cuando, aún reconociendo que la propia conducta puede conducir a cierto resultado dañoso, el agente tiene, sin embargo, la esperanza de que en las circunstancias dadas no se ha de producir, mientras, en la segunda, el autor no reconoce la posibilidad del resultado. En todo caso, para que exista culpa, es preciso que el resultado dañoso haya sido previsto como posible, o que haya tenido que ser previsto, verosimilitud del resultado que no puede ser tan pequeña que aunque la persona actúe conforme a sus deberes no le hubiere hecho desistir de la acción. Se afirma que para determinar si el acto es negligente, es relevante considerar si una persona razonable podía prever que ha de causar daño. La culpa consiste, entonces, en una falta de cuidado, precaución y diligencia exigibles. La diligencia se ha considerado como la racional y ordinaria cautela que debe acompañar a todos los actos de los que puedan derivarse daños, según la clase de actividad de que se trate y la que puede y debe esperarse de persona, normalmente razonable y sensata, perteneciente a la esfera técnica del caso. Es decir, si la persona obró con el cuidado, atención o perseverancia exigibles y con la reflexión necesaria con vistas a evitar el perjuicio de bienes ajenos, jurídicamente protegidos. Incluso, la doctrina indica que la diligencia obligada no abarca sólo las precauciones y cuidados ordenados en cada caso por los reglamentos, sino también toda la prudencia precisa para evitar el daño. Tocante a la carga de la prueba, en materia de responsabilidad civil extracontractual, esta Sala ha indicado: "VII.- Una de las diferencias fundamentales entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, radica en la carga de la prueba, pues en la responsabilidad derivada de un contrato el acreedor no está obligado a demostrar la culpa del deudor, ya que ésta se presume en tanto el segundo no demuestre que su incumplimiento o el atraso no le son imputables, como el caso fortuito o la fuerza mayor; en cambio, en la responsabilidad extracontractual o aquiliana le compete al damnificado demostrar la culpabilidad del autor del acto ilícito. Así el artículo 317, inciso 1), del Código Procesal Civil, dispone que a quien formule una pretensión le incumbe la carga de la prueba respecto de los hechos constitutivos de su derecho...Por otra parte, uno de los elementos configurantes de la responsabilidad extracontractual subjetiva, lo constituye la relación de causalidad directa o eficiente que debe existir entre el comportamiento o conducta antijurídica y el daño, siendo este último el presupuesto de cualquier tipo de responsabilidad extracontractual por lo que su demostración también constituye un requisito sine quo non para que prospere la pretensión resarcitoria..." (Sentencia número 17 de las 15 Hrs. del 29 de enero de 1992)...." (Voto 53-98 dictado a las 15:10 hrs del 27 de mayo de 1998 por la Sala Primera).

VI.-COSTAS: Debe señalarse que la condenatoria en costas responde a la aplicación de la regla general del artículo 221 del Código Procesal Civil, sin que sea de recibo la aplicación de las excepciones del artículo 222 del mismo cuerpo legal. Recordemos que el artículo 221 del Código Procesal Civil plantea la pauta de que el vencido en el proceso pagará las costas procesales y

personales. El numeral 222 de ese Código señala la posibilidad de no aplicar dicha regla general del numeral 221 cuando se ha litigado con evidente buena fe, cuando la demanda o contrademanda comprenda pretensiones exageradas, cuando el fallo acoja solamente parte de las peticiones fundamentales de la demanda o reconvención, cuando el fallo admita defensas fundamentales de importancia invocadas por el vencido y cuando haya vencimiento recíproco. Este Tribunal considera que ninguno de los presupuestos de excepción se configura plenamente como para que se decrete una absolución de costas al vencido. Por ello, lo que corresponde es confirmar en este punto apelado la sentencia recurrida .

VII.-Encontrando la sentencia dictada en primera instancia acorde con el mérito de los autos y construida a tenor de una adecuada aplicación de la normativa y principios de la materia, y no encontrando razón en los agravios de la parte apelante, lo que corresponde es confirmar la sentencia impugnada.

POR TANTO:

Se confirma la sentencia apelada

c)Análisis sobre la improcedencia de la indemnización por daños y perjuicios cuando se decreta divorcio amparado en el adulterio comprobado de uno de los cónyuges.

[TRIBUNAL DE FAMILIA]³

VOTO NO.1831-05

TRIBUNAL DE FAMILIA. San José, a las nueve horas diez minutos del veintinueve de noviembre del dos mil cinco.

PROCESO ABREVIADO DE DIVORCIO, establecido por VICTOR SOTO CAMPOS, mayor, casado una vez, chofer, cédula número cuatro-uno dos seis-dos dos cuatro, vecino de San Pablo de Heredia, contra MARIA DEL CARMEN CERDAS RAMÍREZ, mayor, casada una vez, dependiente, cédula número uno-cinco siete cuatro-dos cuatro uno. En apelación formulada por la demandada, conoce este Tribunal de la resolución dictada a las, por el Juzgado de Familia de Heredia.

Redacta el Juez CORRALES VALVERDE; y,

CONSIDERANDO:

I.- Se aprueban los hechos probados contenidos en la sentencia recurrida, según el respaldo de los elementos citados para cada uno. Asimismo se aprueba la afirmación referida a un hecho tenido como no probado.

II.- La sentencia de primera instancia resolvió el proceso abreviado de divorcio en los términos ya indicados en el resultando, al transcribir su parte dispositiva. De ella ha presentado recurso de apelación la demandada María del Carmen Cerdas, dando como argumento de su recurso que ella es persona asmática y enferma, no puede trabajar y no puede pagar los daños y perjuicios, ni puede vivir sin la pensión. Solicita se admita una prueba ofrecida para mejor proveer, pues ella no ha cometido ningún acto indecoroso como se le ha endilgado.

III.- La integración en pleno de este Tribunal imparte aprobación a las consideraciones de fondo a las que llegó el órgano a quo para la sentencia, y a las decisiones en sí mismas, con la excepción del extremo del daño moral otorgado a la parte actora. Los hechos del adulterio fueron constatados con toda claridad durante el proceso y ninguna duda surge al respecto. Son contundentes los contenidos de las declaraciones rendidas por la hermana del actor y por el hijo de las partes, ante quienes la propia demandada admitió sus preferencias en la sexualidad, y ha sido vista por el hijo en actitudes infieles para con su esposo. En relación a la indefensión que manifiesta la recurrente, no existe la misma, y todos los procedimientos han sido llevados con el rigor procesal y el respeto del debido proceso. Fue María del Carmen quien no se presentó a la audiencia de pruebas a pesar de estar debidamente notificada.

IV.- En cuanto a la condena a pagar daño moral, el mismo carece de asidero jurídico en esta vía, pues la reforma introducida al Código de Familia en el año mil novecientos noventa y siete adicionó un artículo numerado cuarenta y ocho bis, que faculta a demandar daños y perjuicios dentro de un juicio de divorcio pero cuando la causal sea alguna de las contempladas en el inciso 2 (atentado contra la vida del cónyuge o de sus hijos), en el inciso 3 (la tentativa de uno de los cónyuges para prostituir o corromper al otro cónyuge y la tentativa de corrupción de los hijos de cualquiera de ellos, y en el inciso 4 (la sevicia), pero no en el inciso 1 (el adulterio). En su demanda el señor Víctor Manuel Soto Campos pidió declarar el divorcio por la causal de adulterio pero nunca pidió por sevicia. Aún cuando la sentencia de primera instancia cita una resolución de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia que otorgó daño moral, y la autoridad de primera instancia interpreta que fue con base en un adulterio, ello no es así y ese caso citado tenía además la causal de sevicia que sí facultaba para acoger ese extremo. Así se extrae de la transcripción que hace el juzgado a folio 53: "...surge de la demostración de los hechos mismos constitutivos de las causales invocadas..."

(sin destacados). Por consiguiente, el extremo del daño moral que contiene la sentencia está otorgado con error y en ese aspecto se revoca parcialmente la sentencia, y se rechaza ese extremo. El extremo de los alimentos a los que quedó obligada la esposa, si son consecuencia de su conducta y así lo establece expresamente el artículo 57 del mismo Código de Familia. de manea que este extremo apelado queda como fue resuelto y no se atiende el recurso en cuanto a él.



POR TANTO:

En lo apelado se revoca parcialmente la sentencia recurrida, únicamente en cuanto condenó a la demandada al pago de daño moral, y en su lugar se rechaza ese extremo.

Voto No. 1459

[TRIBUNAL DE FAMILIA]⁴

VOTO No. 1459-08

TRIBUNAL DE FAMILIA.-San José, a las diez horas cincuenta y cinco minutos del seis de agosto del dos mil ocho.

PROCESO ABREVIADO DE DIVORCIO , establecido por VÍCTOR JULIO BARRANTES HIDALGO, mayor, chofer, cédula número dos-dos tres dos-cero ocho uno , contra MARÍA CECILIA ALFARO SOLÍS , mayor, de oficios del hogar, cédula número dos-dos siete siete-uno cuatro cuatro siete .

RESULTANDO

1.-El actor interpone la presente acción y con base en los hechos expuestos y citas de derecho invocados, solicita que en sentencia se declare: Disuelto el vínculo matrimonial que lo une con la accionada, ello con base en la causal de separación de hecho ocurrida durante el tiempo de ley; además solicita se condene a la accionada en el pago de ambas costas en caso de que presente oposición a este trámite (ver libelo de demanda de folios 5 a 7).

2.-La accionada contesta la demanda que se le incoa en los términos que estimó pertinente hacerlo, mostrándose conforme con la solicitud de divorcio pero solicitando se establezca el derecho a percibir alimentos del accionante, (ver folio 14 a 16).

3.-El Licenciado Mario Murillo Chaves, Juez del Juzgado de Familia de Grecia, por sentencia dictada a las nueve horas del seis de junio del dos mil ocho, resolvió: “ POR TANTO : Se acoge con lugar la DEMANDA DE DIVORCIO establecida pro el señor VÍCTOR JULIO BARRANTES HIDALGO mediante PROCESO ABREVIADO en contra de la señora MARÍA CECILIA ALFARO SOLÍS por la causal de separación de hecho, debiendo entonces disponerse la disolución del vínculo matrimonial que hasta este momento los ha unido en matrimonio. LOa reconvención de DIVORCIO presentada por doña MARÍA CECILIA en contra de don VÍCTOR JULIO debe igualmente acogerse con lugar, en este caso también por la causal de separación de hecho así

como por la de adulterio que se le atribuye el accionante, no así por la causal de sevicia que se declara caduca. En consecuencia, se declara extinto el vínculo que ha unido a las partes en matrimonio, debiendo procederse con la respectiva inscripción en la Sección de Matrimonios del Registro Civil, Provincia Alajuela, al Tomo: 079, Folio : 349 y Asiento: 697. Se rechaza la solicitud de la reconventora para que conceda a su favor y a cargo del reconvenido el pago de daño moral, así como daños y perjuicios, lo mismo que pensión alimentaria; quedando ambos libres de todo compromiso entre sí incluyendo el de pensión alimentaria. Se resuelve este asunto sin especial condena en costas.

4.-Conoce este Tribunal del presente proceso en virtud del recurso de apelación interpuesto por la demandada, contra la referida sentencia. Esta sentencia se dicta dentro del plazo de Ley. En los procedimientos se han observado las prescripciones correspondientes.

Redacta el Juez BENAVIDES SANTOS ; y,

CONSIDERANDO:

I.- En la sentencia que es objeto de esta instancia se acogió la demanda de divorcio por la causal de hecho y se declaró con lugar la contrademanda de divorcio por las causales de separación de hecho y de adulterio. Se declaró sin lugar la petición de daño moral y de daños y perjuicios, lo mismo que la pensión alimentaria, ambos pedidos por la reconventora. Se resolvió sin especial condenatoria en costas. La parte demandada reconventora ha apelado por los extremos denegados de daño moral, daños y perjuicios y de pensión alimentaria.

II.-Se avala el elenco de hechos tenidos por probados por corresponder al mérito de los autos.

III.-En primer término esta apelación nos ubica en el tópico de los daños y perjuicios derivados del divorcio. Para iniciar su análisis ha de señalarse que es en el derecho argentino donde encontramos una amplia preocupación por este tema y bien vale hacer una reseña de algunos aspectos con el objeto de que sirva para cimentar e ilustrar nuestro desarrollo en torno a una reforma legal relativamente nueva, la adición del artículo 48 bis al Código de Familia en el año de 1997. Podemos encontrar trabajos muy ilustrativos que abarcan la evolución histórica desde el derecho romano, el antiguo derecho español, el derecho francés (los autores se detienen en éste en forma muy especial por la riqueza de su jurisprudencia), el suizo, el alemán entre otros. Este tema es abordado específicamente sobre todo en Argentina por autores como Arturo Acuña Anzorena (“Responsabilidad civil del cónyuge adúltero y su cómplice por causa de adulterio” y “Naturaleza de la responsabilidad y régimen de prescripción de la acción resarcitoria ejercida por uno de los cónyuges contra el otro por causa de nulidad de matrimonio”), Atilio Alterini (“Cuestiones de responsabilidad civil en el derecho de familia”), P.V. Aréchaga (“¿Es la noción de culpa de la responsabilidad civil subjetiva idéntica a la culpa en el divorcio?”), Omar U. Barbero (“La primera sentencia argentina que condena a reparar el daño moral derivado de un divorcio”, “la responsabilidad civil en el Derecho de Familia”, “Daños y perjuicios derivados del divorcio”, y “Responsabilidad por daños resultantes del divorcio”), Augusto César Belluscio (“Daños y perjuicios



derivados del divorcio”, “Daños y perjuicios derivados del divorcio frente a la reforma del Código Civil”, Daños y perjuicios derivados del divorcio y de la anulación del matrimonio”), Germán Bidart Campos (“Los hechos que dieron origen al divorcio y la indemnización por daño moral” e “Indemnización del daño moral en caso de adulterio”), Guillermo Borda (“Reflexiones sobre la indemnización de los daños y perjuicios en la separación personal y en el divorcio”), Roberto Brebbia (“El daño moral en las relaciones de familia”), Jorge Bustamante Alsina (“Divorcio y responsabilidad civil” y “Daños y perjuicios. Responsabilidad civil derivada del divorcio”), F. Cecchini y E. Saux (“Daño entre cónyuges”), Santos Cifuentes (“El divorcio y la responsabilidad por el daño moral”), L. A. Colombo (Indemnización del daño producido por el adulterio de la esposa”), Daniel Hugo D Antonio (“Acción de daños y perjuicios contra el cónyuge culpable del divorcio”), P. Di Lella (“Derecho de daños versus derecho de familia”), Enrique Díaz de Guijarro (Improcedencia del resarcimiento del daño moral en el juicio de divorcio y su admisibilidad en la nulidad del matrimonio”), Ricardo Dutto (“Responsabilidad entre cónyuges en caso de divorcio”), E. Fanzolato (“Alimentos y reparaciones en la separación y el divorcio”), Francisco Ferrer (“Resarcimiento de daños en la separación personal y en el divorcio” y “Daños resarcibles en el divorcio”), Cecilia Grosman (“La responsabilidad de los cónyuges entre sí y respecto de los hijos”), Aída Kemelmajer de Carlucci (“Responsabilidad civil en el derecho de familia”), Levy, Wagmaister e Iñigo de Quidiello (“La situación de divorcio como generadora de responsabilidad civil entre cónyuges”), L. Mankianich de Basset (“Familia y responsabilidad civil”, “La separación personal y el divorcio y la reparación de daños morales”) H.L. Manchini (“Resarcimiento de daños y perjuicios a causa del divorcio”), Jorge A. Mazzinghi (“El fallo plenario sobre el daño moral en el divorcio”), Graciela Medina (“Daño entre cónyuges”, “Daños y perjuicios derivados del divorcio evolución jurisprudencial), María Josefa Méndez Costa (“Separación personal, divorcio y responsabilidad civil. Sus fundamentos”), N. Minyerski (“Los daños derivados del divorcio y de la sentencia judicial”), M. Mizrahi (“Improcedencia de las indemnizaciones por daños en los divorcios decretados por causales subjetivas”, “Un nuevo pronunciamiento acerca de los daños y perjuicios en el divorcio”), Jorge Mosset Iturraspe (“Los daños emergentes del divorcio”), A. Salas (“Indemnización de los daños derivados del divorcio”) Jorge Tarabolereilli (“Responsabilidad civil derivada del cónyuge culpable en la separación personal y en el divorcio”), Eduardo Zannoni (“Repensando el tema de los daños y perjuicios en el divorcio”). Por ejemplo, el autor Omar U. Barbero en su libro “Daños y perjuicios derivados del divorcio” ubica el derecho romano como primer antecedente histórico de este tema. Explica que en la época imperial, antes de la era cristiana, los divorcios aumentaron, y para impedir su frecuencia se aplicaban penas pecuniarias al cónyuge culpable y a favor del cónyuge inocente siendo éste quien recibía la suma de dinero con un carácter claramente resarcitorio. Sigue relatando Barbero que el derecho justiniano siguió el mismo derrotero, aplicándose una sanción pecuniaria que resultaba relevante para las clases pudientes al extremo que era altamente eficaz para desestimular al cónyuge de un propósito de romper el vínculo matrimonial. Luego reseña este autor que en Las Partidas del derecho español también hay un antecedente, pues se imponía a la mujer culpable del adulterio la pérdida de la dote y de las arras. Igualmente en el derecho francés anterior a la Revolución existía una condena al cómplice de la mujer adúltera para indemnizar al marido. Luego de la vigencia del Código Civil, 1804, los tribunales franceses admitieron la condena de daños y perjuicios materiales y morales contra el cónyuge culpable de adulterio y contra su cómplice, con base en la responsabilidad derivada del delito. Reseña Barbero los casos “Plantade c. Femme Plantade et Dubarry” y el de “Avis c. Ledain”, casos célebres en la jurisprudencia francesa referidos a los perjuicios con el adulterio. Augusto César Belluscio en su monografía “Daños y perjuicios derivados del divorcio y de la anulación del matrimonio” enfatiza que es en un fallo de la Corte de Montpellier de 1897, en el cual se admite en general la reparación de los daños y perjuicios materiales y morales causados por los hechos generadores del divorcio, al estimar que éstos, al mismo tiempo que causales de divorcio eran cuasidelitos. Sobre este caso y otros en el mismo sentido Barbero comenta:



“...El Tribunal declaró que las causas de divorcio pueden ocasionar al esposo ofendido un perjuicio moral y material que su autor está obligado a reparar. Y en particular –a propósito de caso que le tocaba juzgar-, que la negativa del marido a consumar el matrimonio, quien además de continuar sus relaciones íntimas con su amante, constituía no solamente una injuria grave para hacer pronunciar el divorcio a favor de la mujer, sino al mismo tiempo un cuasidelito susceptible de dar lugar a favor de ella a una indemnización en dinero fijada por los jueces. Invocó los arts. 231 y 1382 del Cód. Civil. Desde entonces en adelante se aplicó la responsabilidad civil a todos los hechos generadores del divorcio, de un modo general. Dicha orientación jurisprudencial continúa; en diversos fallos se condenó a pagar indemnización por: La actitud de la mujer al salir de la alcaldía donde se había celebrado el matrimonio civil, lamentó públicamente haberlo hecho, promovió escenas odiosas y ridículas, se negó a cumplir el débito conyugal y finalmente promovió demanda de divorcio sin motivo alguno. El tribunal consideró que tales hechos habían ocasionado al marido daños materiales apreciables en dinero (gastos para la fiesta de casamiento y para cambios en su casa). La negativa del marido a consumar el matrimonio y su abandono del hogar a los dos meses de haberlo contraído. El abandono del marido –casado con mujer veinte años mayor- producido a los pocos días del matrimonio y acompañado de la sustracción de bonos que constituían los ahorros de la mujer. Las relaciones adulterinas del marido con una dactilógrafa de su oficina y su abandono del hogar, para instalarse cerca de su amante. Se condenó a indemnizar los perjuicios sufridos por la esposa al verse rechazada del hogar a los 50 años y privada de una brillante posición económica que ella había contribuido a conquistar (daño material); además, lo sufrido en su afectividad y en su dignidad al luchar incesantemente por conquistar a su marido (había llegado a enfrentar a la amante) y fracasar (daño moral). El abandono injustificado del hogar por parte del marido, para unirse a su concubina. La falta de asistencia de la mujer, después del matrimonio civil, a la ceremonia religiosa y su negativa a reunirse con el marido. El daño moral derivado de la actitud del marido, que hacía frecuentes visitas a una de sus vecinas...” (pp. 147 a 149). Este íter jurisprudencial entiende diferente los daños derivados del divorcio en sí, que estima indemnizados con la pensión alimentaria, de aquellos derivados del hecho constitutivo de la causal de divorcio. Ahora bien, Belluscio reseña que en 1941 y 1948 se dieron unas reformas al Código Civil francés, agregando al artículo 301 y al 311 párrafos, y especifica que desde ahí “la doctrina distinguió tres categorías de perjuicios derivados del divorcio o de la separación de cuerpos: 1) los derivados de la desaparición de asistencia material, que eran reparados mediante la pensión alimentaria contemplada por el art. 301, primer párrafo del Cód. Civil; 2) el perjuicio material y moral resultante de la disolución del matrimonio o de la separación de cuerpos, fuera del que consiste en la desaparición de la obligación de asistencia material en el divorcio, indemnizado conforme al art. 301, segundo párrafo, y el art. 311, cuarto párrafo; 3) el perjuicio material y moral distinto del que surge de la disolución del matrimonio o de la separación de cuerpos, experimentado como consecuencia de la culpa del cónyuge, que había admitido la jurisprudencia anterior a 1941, fuera por los hechos que habían dado lugar al divorcio o a la separación de cuerpos, fuera por otros distintos pero imputables siempre al cónyuge, al cual los nuevos textos aludían al referirse a “todas las otras reparaciones” y que se indemnizan con fundamento en el art. 1382...” (pp. 6 y 7) . Belluscio sigue explicando que en 1975 en Francia también se llevó a cabo una reforma general al régimen del divorcio que sustituyó toda su anterior regulación, y es el numeral 266 del Código Civil el que ahora se refiere al tema que nos ocupa, en cuanto expresa “Cuando el divorcio ha sido decretado por culpa exclusiva de uno de los esposos, éste puede ser condenado a daños y perjuicios como reparación del perjuicio material o moral que la disolución del matrimonio hace sufrir a su cónyuge” . Esta norma excluye la indemnización en casos en que el divorcio se dé por culpa de ambos cónyuges. Los autores Belluscio y Barbero se refieren también al derecho suizo , pues su Código Civil de 1907 previó expresamente el tema que nos interesa así “El esposo



inocente cuyos intereses pecuniarios, aún eventuales, son comprometidos por el divorcio, tiene derecho a una equitativa indemnización de parte del cónyuge culpable. Si los hechos que han determinado le divorcio han causado un grave atentado a los intereses personales del esposo inocente, el juez le puede conceder además una suma de dinero a título de reparación moral.” . También hacen referencia dichos autores al derecho alemán , relación que vale la pena parafrasear puesto que en la exposición de motivos de dicho cuerpo normativo se tocó el tema expresamente rechazando la posibilidad. Barbero traduce así: “a) la idea de que el matrimonio no puede basarse en principios de orden moral, mientras que el otorgamiento de la indemnización lo asimilaría a un acto jurídico que pudiera ser fuente de ventajas pecuniarias; b) porque el inocente podría verse seducido por el pensamiento de recibir una suma de dinero a título de indemnización e inclinarse a invocar causas mínimas para obtener el divorcio; c) porque la fijación de la indemnización sería más o menos arbitraria, y d) porque no sería eficaz como medio de coerción para que los cónyuges diesen cumplimiento a sus obligaciones emergentes del matrimonio...” (p. 172). En el derecho argentino no existe una regulación expresa, por lo que la doctrina se ha dividido. Los autores clasifican las tesis en “negativas” y “positivas” y Francisco Ferrer se refiere a la tesis “intermedia”. La tesis negativa es representada por Babiloni, Borda y Llambías (aún y cuando éste último rectificó en algunos puntos específicos) se fundamenta en argumentos éticos, jurídicos y psicosociales para rebatir la pertinencia de la responsabilidad civil en el divorcio. La positiva por la mayoría de los autores: Rébora, Salas, Acuña, Anzorena, Colombo, Belluscio, Brebbia, Gustavino, Spota, López del Carril, Mazzinghi, Barbero, D Antonio, Kemelmajer de Carlucci, Mosset Iturraspe, Méndez Costa, Fassi, Bossert, Bidart Campos, Manchini, Uriart, Lagomarsino, Bustamante Alsina, Dutto, Fanzolato, García de Ghiglino. Morello de Ramírez, Lombardi, Medina, Tarborelli. Como regla de principio estos autores aceptan la aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil en esta materia, lo que ha acogido la jurisprudencia. La tesis intermedia que refiere Ferrer la abandera Santos Cifuentes en el sentido de que el silencio del legislador es ex professo y que por lo tanto no hay bases para sostener la aplicación de las normas comunes de la responsabilidad civil, pero si la acepta que “cuando los hechos que lleven al divorcio tengan una expansión y gravedad que, al margen de la separación conyugal, entrañen un verdadero daño moral” . Luego Ferrer destaca la tesis de las doctoras Levy, Wagmaister e Iñigo de Quidiello que especifican que al receptar su legislación el divorcio remedio, sostienen que aunque no existan conductas culpables, igualmente pueden generarse perjuicios derivados de la situación de divorcio. Plantean que la relación de causalidad ya no funciona entre culpa y daño, sino entre el divorcio y el daño evolucionando más a una responsabilidad de tipo objetivo basado en el factor de la “equidad”.La autora Graciela Medina hace especial referencia a la jurisprudencia española y se detiene en el caso de la Audiencia de Barcelona del 1 de junio de 1999, Sección 6, que trata de una condena de dos millones de pesetas en concepto de daño moral al esposo, por haber violado a su esposa mediando separación entre ellos. En cuanto a la jurisprudencia de los Estados Unidos de América , Medina refiere que por un largo tiempo los tribunales de ese país insistieron en rechazar este tipo de pretensiones, considerando que esposo y esposa no podían demandarse mutuamente. Esto ha ido evolucionando aunque muchos Estados conservan la inmunidad entre cónyuges , pero aceptando cada vez más excepciones. Reseña Medina que el caso Thomson v. Thompson de 1910 es el que ha marcado la pauta. El autor Francisco Ferrer hace un recuento de otra legislación americana, como por ejemplo el artículo 288 último párrafo del Código Civil de México que dispone “Cuando por el divorcio se originan daños o perjuicios s los interesados del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como el autor de un hecho ilícito” ; también el artículo 144 del Código de Familia de Bolivia establece que el cónyuge culpable del divorcio puede ser condenado al resarcimiento del daño material y moral que haya causado al inocente por la disolución del matrimonio. Por su parte el Código Civil de Perú en su artículo 351 establece que si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente el Juez podrá conceder una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral.

También reseña Ferrer el derecho salvadoreño que recepta la pensión compensatoria. Alude a que en el derecho brasileño la doctrina sostiene la procedencia de la indemnización del daño material y moral a favor del cónyuge inocente. Este autor se detuvo en el derecho costarricense con la anterior versión del artículo 41 del Código de Familia y la pensión prevista en el artículo 57. En 1997, en Costa Rica, la Ley número 7689 del 6 de agosto, publicada en ese año en La Gaceta

número 172 del 8 de setiembre, adicionó un artículo 48 bis al Código de Familia, a la vez que se reformaron los numerales 8, 41 y 98 de ese mismo cuerpo normativo. La apreciación de la prueba punto tocado en el aparte anterior de este fallo, el recurso de casación, la eliminación de las consecuencias en el tema de gananciales de la culpabilidad en la causal, la amplitud en cuanto a las pruebas de filiación, y los daños y perjuicios derivadas de algunas causales de divorcio son los temas de dicha ley. El artículo 48 bis dicho, incluye una regulación específica sobre petitorias de daños y perjuicios para casos en que el divorcio se decreta con fundamento en las causales de los incisos 2, 3 y 4 del artículo 48. El artículo adicionado, dice:

"... ARTICULO 48 bis.-

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

Naturalmente este numeral tiene relación con el 41 de la Constitución Política y con el 1045 del Código Civil que el mismo artículo adicionado cita. El artículo 41 de la Constitución Política dispone:

"...Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad e intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes ..."

El 1045 del Código Civil que se refiere a la responsabilidad civil subjetiva o responsabilidad aquiliana, dispone:

"...Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios..."

Repasemos con algunas citas de jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual :

"... IV.-

Tocante a la responsabilidad civil extracontractual, esta Sala ha expresado: " Mediante la responsabilidad civil se atribuye a un sujeto la obligación de reparar, indemnizar o compensar (caso este último del daño moral), un daño infligido a la esfera jurídica de otro sujeto, como consecuencia de un acto o una actividad realizada por aquél.- Esta responsabilidad se divide en responsabilidad



subjetiva y responsabilidad objetiva, de acuerdo con el criterio de imputación que se utiliza en cada caso: en el primero, la voluntad del deudor, que actúa en forma culpable; en el segundo, criterios objetivos tales como el riesgo, expresamente establecidos por la ley. También suele ser dividida en contractual y extracontractual, según provenga del incumplimiento de una obligación convenida libremente por las partes, o del incumplimiento del deber general de no causar daño a los demás...Por su parte, la responsabilidad extracontractual recae sobre quien, fuera de toda relación contractual previa, ha causado un daño en la esfera jurídica de otro sujeto, por culpa, o a través de la puesta en marcha de una actividad riesgosa o creación de un riesgo social. Esta responsabilidad no nace del incumplimiento de un vínculo determinado, sino de la violación del deber general de no dañar a los otros. Su régimen está basado en los artículos 1045, 1046, 1047 y 1048 del Código Civil. El primero de ellos dispone que: "Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios".- Principio que es fundamento de toda responsabilidad civil." (Resolución número 320 de las 14:20 Hrs. del 9 de noviembre de 1990). Tocante a la regulación del artículo 1045, esta Sala ha dicho: "IX.- El artículo 1045 del Código Civil establece el fundamento de la responsabilidad extracontractual subjetiva: "Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios." El deber de resarcimiento, en este caso, deriva del incumplimiento culposo del principio general de "no causar daño a los demás." Para que haya responsabilidad, se requiere que el daño haya sido ocasionado con culpa (negligencia, imprudencia o impericia), o dolo del agente. La carga de la prueba corresponde entonces al acreedor, es decir, a la víctima que solicita el resarcimiento..." (Resolución número 34 de las 14:25 Hrs. del 22 de marzo de 1991). La doctrina científica moderna, al analizar la figura del dolo, es conteste al indicar que supone la voluntad de realizar un acto antijurídico con conocimiento de su ilegalidad, sabiendo, su autor, que puede ser dañoso a los demás, pero sin necesidad de que haya previsto o podido prever todos y cada uno de sus posibles efectos. En este sentido, se afirma, no precisa la intención de dañar, basta la voluntad de infringir el deber, la mala fe, la conciencia de que se realiza un acto ilícito. El dolo presume el conocimiento de la producción de un daño, al menos probable, como consecuencia de la acción querida (dolo eventual). Se afirma, asimismo, la falta de intención no constituye el dolo, aquí estamos en presencia de la denominada "culpa lata". Sin embargo, una negligencia extrema debería acarrear para el agente las consecuencias del dolo. Por su parte, la culpa supone un actuar negligente, descuidado, imprevisor que causa un daño sin quererlo. Se ha dividido, la conducta culposa, en consciente e inconsciente. La primera se da cuando, aún reconociendo que la propia conducta puede conducir a cierto resultado dañoso, el agente tiene, sin embargo, la esperanza de que en las circunstancias dadas no se ha de producir, mientras, en la segunda, el autor no reconoce la posibilidad del resultado. En todo caso, para que exista culpa, es preciso que el resultado dañoso haya sido previsto como posible, o que haya tenido que ser previsto, verosimilitud del resultado que no puede ser tan pequeña que aunque la persona actúe conforme a sus deberes no le hubiere hecho desistir de la acción. Se afirma que para determinar si el acto es negligente, es relevante considerar si una persona razonable podía prever que ha de causar daño. La culpa consiste, entonces, en una falta de cuidado, precaución y diligencia exigibles. La diligencia se ha considerado como la racional y ordinaria cautela que debe acompañar a todos los actos de los que puedan derivarse daños, según la clase de actividad de que se trate y la que puede y debe esperarse de persona, normalmente razonable y sensata, perteneciente a la esfera técnica del caso. Es decir, si la persona obró con el cuidado, atención o perseverancia exigibles y con la reflexión necesaria con vistas a evitar el perjuicio de bienes ajenos, jurídicamente protegidos. Incluso, la doctrina indica que la diligencia obligada no abarca sólo las precauciones y cuidados ordenados en cada caso por los reglamentos, sino también toda la prudencia precisa para evitar el daño. Tocante a la carga de la prueba, en materia de responsabilidad civil extracontractual, esta Sala ha indicado: "VII.- Una de las diferencias fundamentales entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, radica en la carga de la prueba, pues en la responsabilidad derivada

de un contrato el acreedor no está obligado a demostrar la culpa del deudor, ya que ésta se presume en tanto el segundo no demuestre que su incumplimiento o el atraso no le son imputables, como el caso fortuito o la fuerza mayor; en cambio, en la responsabilidad extracontractual o aquiliana le compete al damnificado demostrar la culpabilidad del autor del acto ilícito. Así el artículo 317, inciso 1), del Código Procesal Civil, dispone que a quien formule una pretensión le incumbe la carga de la prueba respecto de los hechos constitutivos de su derecho...Por otra parte, uno de los elementos configurantes de la responsabilidad extracontractual subjetiva, lo constituye la relación de causalidad directa o eficiente que debe existir entre el comportamiento o conducta antijurídica y el daño, siendo este último el presupuesto de cualquier tipo de responsabilidad extracontractual por lo que su demostración también constituye un requisito sine quo non para que prospere la pretensión resarcitoria..." (Sentencia número 17 de las 15 Hrs. del 29 de enero de 1992)...." (Voto 53-98 dictado a las 15:10 hrs del 27 de mayo de 1998 por la Sala Primera).

Sobre el numeral 48 bis la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha iniciado el camino de la aplicación con los votos 170-03 de las 10:40 horas del 9 de abril del 2003 y 413-03 de las 11:20 horas del 8 de agosto del 2003. En el voto 170-03 la Sala desarrolla el deber de la parte actora de cumplir con lo que preceptúa el artículo 290 inciso 5 del Código Procesal Civil. En el voto 413-03 la Sala desarrolló lo siguiente:

"...XI.-

DEL DAÑO MORAL EN MATERIA DE FAMILIA: La demandada-reconventora, en su segunda pretensión, solicitó que se condene al señor ... al pago de los daños y perjuicios ocasionados –que técnicamente es daño moral-, tanto a ella como a su hijo. En el primer caso como producto del adulterio y, en ambos casos por el sufrimiento que les causó la sevicia atribuidas al actor-reconvenido, la cual ocasionó afectación psíquica, emocional y psicológica. Estima dichos perjuicios en la suma de diez millones de colones (¢10.000.000). Prima facie, conviene advertir que el daño adquiere poco a poco una relevancia trascendental en materia de divorcio, tanto desde el punto de vista moral como del patrimonial. El primero, sea el moral, se produce cuando se lesionan los sentimientos de una persona, es un “daño de afección” que se da cuando se lesionan sentimientos como el amor, la dignidad y el honor de uno de los cónyuges y se traducen en pena, tristeza, mortificación, disgusto o inseguridad personal. Estas conductas reiteradas o no, pueden ser constitutivas de separación personal y de divorcio sanción que pueden producir daños de orden moral; ya sea que lesionen derechos subjetivos matrimoniales de orden extra patrimonial (como por ejemplo las infidelidades) o del patrimonial (como podría ocurrir en el caso de los actos simulados fraudulentos de uno de los cónyuges en perjuicio de los derechos del otro en el caso de los bienes gananciales). Incluso, si analizamos detalladamente las secuelas psicológicas y las bases de cada caso de separación o de divorcio en concreto, podríamos encontrar que también pueden ser susceptibles de ocasionar daño moral. Con respecto a la prueba de esta clase de daño, surge de la demostración de los hechos mismos constitutivos de las causales invocadas, según las reglas generales de la materia, en este caso las de familia; y le corresponderá, en todo caso, al responsable, la demostración de la existencia de alguna situación objetiva que permita excluir en el caso en concreto ese tipo de daño o que disminuya su entidad. El daño moral, entonces, se deduce por los propios hechos ilícitos que han perjudicado a la persona en sus afecciones más íntimas, en su integridad física o psíquica o en ambas, en su honor, etc. Sin necesidad, incluso, de demostrar especialmente la pena o el dolor del sujeto o su trascendencia familiar o social. Por ello, pareciera descartado considerar que un adulterio por el hecho de ser discreto no produce un daño grave susceptible de reparación. O una ofensa o humillación que no sea pública o incluso un atentado



contra la propia dignidad. Ahora bien, en cuanto al menor de edad, la misma premisa es posible aplicar (al respecto pueden consultarse, GONZÁLEZ MORA, R (compilador). Daños y Perjuicios en el Proceso de Divorcio y de la Separación Judicial. Escuela Judicial, pág. 61 a 89). Sentado lo anterior y analizadas las probanzas vertidas al proceso a la luz de la sana crítica y del correcto entendimiento humano, se concluye que tanto doña ... como su hijo resultaron perjudicados por el comportamiento amoral e ilegítimo del actor-reconvenido. Así, en el "Dictamen Pericial Psicológico Clínico Forense" practicado por la Licenciada en Psicología ..., visible de folio 329 a 333, a la señora ..., se destacó la presencia de evidentes secuelas de daño emocional y psicológico producto, justamente, de la quebrantada relación existente entre la pareja litigante. También, detectó sentimientos en ella- la demandada- de temor, tristeza e impotencia. Con respecto al menor, en el dictamen respectivo..." (sic) (folios 334 a 338), la misma profesional indicó que en el plano emocional presentaba signos de ansiedad, demanda de atención y afecto, irritabilidad, enfado, conducta agresiva, soledad, tristeza, poca tolerancia a los límites, confuso ante la situación familiar; aspectos que atribuye a la separación de sus padres. No hay duda, entonces, que existe una relación de causalidad entre la conducta adúltera y seviciosa de don ...y el trastorno psicológico de su pareja e hijo. El artículo 48 bis del Código de Familia establece: "De disolverse el vínculo matrimonial, con base en alguna de las causales establecidas en los incisos 2), 3) y 4) del artículo 48 de este Código, el cónyuge inocente podrá pedir, conjuntamente con la acción de separación o de divorcio, daños y perjuicios de conformidad con el artículo 1045 del Código Civil" (Así adicionado mediante Ley N° 7689 de 21 de agosto de 1997). Por su parte, el numeral 1045 del Código Civil, dispone: "Todo aquel que por dolo, falta, negligencia, o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios". Esta norma general, aplicable a la especie, permite concluir que el señor ... debe reparar los daños y perjuicios ocasionados a la demandada y a su hijo, los cuales se fijan, prudencialmente, en la suma de dos millones de colones (¢2.000.000) para cada uno...."

Ya en el análisis concreto de los agravios, y luego del anterior desarrollo, este Tribunal llega a la conclusión de que la indemnización en el contexto que nos ocupa no procede y por ende, la sentencia en este aspecto ha de mantenerse. Desde luego que en el cuadro fáctico se incluyó la alusión a un daño moral y a daños y perjuicios derivados de la causal de sevicia, y al no acogerse esta causal no pueden darse daños y perjuicios y concretamente daño moral a partir de la misma. Ahora bien, se observa en la demanda que en el cuadro fáctico hace referencia al daño moral por el adulterio. Ahora bien, conviene detenerse en el sistema que se ha generado con la norma adicionada, el artículo 48 bis. El artículo 48 bis del Código de Familia se refiere a la indemnización de daños y perjuicios cuando el divorcio se decreta con base en tres de las causales que ese canon cita, a saber el atentado, la corrupción y la sevicia. La norma se ha transcrito anteriormente y se enfatizó una frase. Debe observarse que no está incluida en dichas tres causales la de adulterio, por lo que la resolución recurrida en dicho aspecto también debe mantenerse. También debe hacerse una observación y es que la contrademanda es omisa en cumplir con el numeral 290 inciso 5 del Código Procesal Civil, a saber, en concretar en qué consisten dichos daños y la estimación específica de cada uno de ellos (Véase al respecto el voto 170-03 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia).

IV.-Ahora bien, sobre el tema de pensión alimentaria debe tomarse en cuenta que el artículo 57 del Código de Familia señala:"... ARTÍCULO 57.- PENSIÓN A FAVOR DEL EX-CÓNYUGE. En la sentencia que declare el divorcio, el tribunal podrá conceder al cónyuge declarado inocente una pensión alimentaria a cargo del culpable. Igual facultad tendrá cuando el divorcio se base en una separación judicial donde existió cónyuge culpable.Esta pensión se regular conforme a las disposiciones sobre alimentos y se revocar cuando el inocente contraiga nuevas nupcias o

establezca unión de hecho. Si no existe cónyuge culpable, el tribunal podrá conceder una pensión alimentaria a uno de los cónyuges y a cargo del otro, según las circunstancias.

No procede la demanda de alimentos del ex cónyuge inocente que contraiga nuevas nupcias o conviva en unión de hecho. (Así modificado mediante Ley N°7654 de 19 de diciembre de 1996)."

Ahora bien, luego de atender lo que esta norma dispone y lo que se deriva del expediente, este Tribunal concluye que lo resuelto sobre los alimentos de la actora, merece revocarse ya que en este último momento de la existencia del vínculo matrimonial ha de decidirse conforme con el numeral 57 del Código de Familia si la obligación alimentaria se proyecta entre los excónyuges con posterioridad a la liquidación del vínculo matrimonial. Un aspecto fundamental que concurre es el hecho de que la demandada reconvencional no sea cónyuge culpable, pues se ha alegado en su contra una causal remedio, la separación de hecho y ella ha acreditado que el actor reconvencional ha incurrido en adulterio. Ahora bien, en cuanto a los otros datos de si la actora ha trabajado o trabaja, o si eso fue en otro país y que acá le cuesta encontrar trabajo, lo cierto que esos presupuestos tanto de las necesidades como bien de las posibilidades, corresponderá dilucidarlas en el proceso de alimentos correspondiente. Así ha resuelto reiteradamente este Tribunal pues ante la duda de otorgar o no otorgar el derecho, este Tribunal estima que ha de resolverse a favor del mismo pues en este momento, como ya se ha dicho, es el último para resolver este aspecto en una pareja respecto de la cual se disuelve el vínculo conyugal como en este caso. Así, pues, en este caso, procede revocar la resolución recurrida en este aspecto.

POR TANTO:

En lo apelado se revoca la sentencia recurrida únicamente en el punto de los alimentos para en su lugar dar el derecho a la demandada reconvencional y será en la sede de pensiones alimentarias que se diluciden los demás presupuestos.

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 TRIBUNAL DE FAMILIA. VOTO No. 39 – 07. San José, a las ocho horas veinte minutos del once de enero del año dos mil siete.
- 2 TRIBUNAL DE FAMILIA. VOTO N° 416-08. San José, a las once horas con veinte minutos del seis de marzo del año dos mil ocho.
- 3 TRIBUNAL DE FAMILIA. VOTO NO.1831-05. San José, a las nueve horas diez minutos del veintinueve de noviembre del dos mil cinco.
- 4 TRIBUNAL DE FAMILIA.- VOTO No. 1459-08. San José, a las diez horas cincuenta y cinco minutos del seis de agosto del dos mil ocho.