

Informe de Investigación

Título: Daños y perjuicios en materia de Familia

Rama del Derecho: Derecho de Familia.	Descriptor: Daños y Perjuicios.
Tipo de investigación: Compuesta.	Palabras clave: Código de Familia, Código Civil, indemnización, cónyuge inocente, nulidad de matrimonio.
Fuentes: Normativa, Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 06 – 2010.

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	1
2 Normativa.....	2
ARTICULO 48 bis.- CF.....	2
De la prescripción negativa.....	2
3 Jurisprudencia.....	3
a) Daños y perjuicios en materia de familia: Fundamento del deber de indemnizar en caso de sevicia.....	3
b) Daños y perjuicios en materia de familia: Condena en caso de nulidad de matrimonio.....	12
c) Divorcio: Análisis acerca de la posibilidad de indemnizar en daños y perjuicios y daño moral al cónyuge inocente.....	21
d) Daño moral: Inexistencia del nexo de causalidad entre la conducta desplegada y el resultado obtenido impide su indemnización.....	28

1 Resumen

En el presente informe se recopilan cuatro jurisprudencias que explican el proceder de los Tribunales de Familia cuando se dan los daños y perjuicios en materia de familia al resultar los mismos de un proceso de divorcio, de nulidad del matrimonio, la sevicia entre otros. También se agrega el artículo del Código de Familia que, 48bis, que concede estos daños, y los artículos sobre la prescripción negativa del Código Civil, que al vincular el 48bis CF el artículo 1045 del CC, toma en cuenta los criterios civilistas.



2 Normativa

[Código de Familia]¹

ARTICULO 48 bis.- CF

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 este numeral por el artículo único de la ley No.7689 de 21 de agosto de 1997)

De la prescripción negativa

[Código Civil]²

ARTÍCULO 865.- Por la prescripción negativa se pierde un derecho.- Para ello basta el transcurso del tiempo.

ARTÍCULO 866.- La acción para hacer efectivo un derecho, se extingue por la prescripción del mismo derecho.

ARTÍCULO 867.- Prescrita la acción por el derecho principal, quedan también prescritas las acciones por los derechos accesorios.

ARTÍCULO 868.- Todo derecho y su correspondiente acción se prescriben por diez años. Esta regla admite las excepciones que prescriben los artículos siguientes y las demás establecidas expresamente por la ley, cuando en determinados casos exige para la prescripción más o menos tiempo.

ARTÍCULO 869.- Prescriben por tres años:

1º.- Las acciones para pedir intereses, alquileres, arrendamientos, pensiones y rentas, siempre que el pago se haya estipulado por semestres o por otro período mayor que un semestre.

2º.- Las acciones por sueldos, honorarios o emolumentos de servicios profesionales.

3º.- La acción de los empresarios para cobrar el valor de las obras que ejecutaren por destajo.

4º.- Las acciones para cobrar el uso o cualquier otro derecho sobre bienes muebles.

ARTÍCULO 870.- Prescriben por un año:

1º.- Las acciones a que se refiere el inciso primero del artículo anterior, cuando el pago se haya estipulado por períodos de tiempo menor que un semestre.

2º.- (Derogado por el Código de Trabajo, Ley N° 2 de 27 de agosto de 1943, inciso 18 del artículo I de las Disposiciones Finales.)

3º.- La de los tenderos, boticarios, mercaderes y cualquier otro negociante por el precio de las venta que hagan directamente a los consumidores.

4º.- La de los artesanos por el precio de las obras que ejecutaren.

ARTÍCULO 871.- Las acciones civiles procedentes de delito o cuasi-delito se prescriben junto con el delito o cuasi-delito de que proceden.

ARTÍCULO 872.- Aquel a quien se opone una de las prescripciones establecidas en los artículos 869 y 870, puede exigir del que se la opone o de sus herederos, confesión para que digan si la acción está realmente extinguida por pago o cumplimiento de la obligación, pudiendo pedirse tal confesión en un plazo igual al de la prescripción opuesta, contado desde el cumplimiento de ella.

ARTÍCULO 873.- Las acciones a que se refieren los artículos 869, 870 y 871, si después de ser exigible la obligación se otorgare documento o recayere sentencia judicial, no se prescribirán en los términos antes expresados, sino en el término común que se comenzará a contar desde el vencimiento del documento o desde el día de la sentencia ejecutoria.

ARTÍCULO 874.- El término para la prescripción de acciones comenzará a correr desde el día en que la obligación sea exigible.

3 Jurisprudencia

a) Daños y perjuicios en materia de familia: Fundamento del deber de indemnizar en caso de sevicia

[Tribunal de Familia]³

Voto de mayoría

"III.- **SEVICIA:**[...] 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 tratándose 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)[...]*

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 Guijarro (Imprudencia 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 (“Imprudencia 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 consumir el matrimonio, quien además de continuar sus relaciones íntimas con su amante, constituía no solamente una injuria grave para hacer pronunciar el divorcio a favor de la mujer, sino al mismo tiempo un cuasidelito susceptible de dar lugar a favor de ella a una indemnización en dinero fijada por los jueces. Invocó los arts. 231 y 1382 del Cód. Civil. Desde entonces en adelante se aplicó la responsabilidad civil a todos los hechos generadores del divorcio,



de un modo general. Dicha orientación jurisprudencial continúa; en diversos fallos se condenó a pagar indemnización por: La actitud de la mujer al salir de la alcaldía donde se había celebrado el matrimonio civil, lamentó públicamente haberlo hecho, promovió escenas odiosas y ridículas, se negó a cumplir el débito conyugal y finalmente promovió demanda de divorcio sin motivo alguno. El tribunal consideró que tales hechos habían ocasionado al marido daños materiales apreciables en dinero (gastos para la fiesta de casamiento y para cambios en su casa). La negativa del marido a consumir el matrimonio y su abandono del hogar a los dos meses de haberlo contraído. El abandono del marido –casado con mujer veinte años mayor- producido a los pocos días del matrimonio y acompañado de la sustracción de bonos que constituían los ahorros de la mujer. Las relaciones adulterinas del marido con una dactilógrafa de su oficina y su abandono del hogar, para instalarse cerca de su amante. Se condenó a indemnizar los perjuicios sufridos por la esposa al verse rechazada del hogar a los 50 años y privada de una brillante posición económica que ella había contribuido a conquistar (daño material); además, lo sufrido en su afectividad y en su dignidad al luchar incesantemente por conquistar a su marido (había llegado a enfrentar a la amante) y fracasar (daño moral). El abandono injustificado del hogar por parte del marido, para unirse a su concubina. La falta de asistencia de la mujer, después del matrimonio civil, a la ceremonia religiosa y su negativa a reunirse con el marido. El daño moral derivado de la actitud del marido, que hacía frecuentes visitas a una de sus vecinas...” (pp. 147 a 149). Este íter jurisprudencial entiende diferente los daños derivados del divorcio en sí, que estima indemnizados con la pensión alimentaria, de aquellos derivados del hecho constitutivo de la causal de divorcio. Ahora bien, Belluscio reseña que en 1941 y 1948 se dieron unas reformas al Código Civil francés, agregando al artículo 301 y al 311 párrafos, y especifica que desde ahí “la doctrina distinguió tres categorías de perjuicios derivados del divorcio o de la separación de cuerpos: 1) los derivados de la desaparición de asistencia material, que eran reparados mediante la pensión alimentaria contemplada por el art. 301, primer párrafo del Cód. Civil; 2) el perjuicio material y moral resultante de la disolución del matrimonio o de la separación de cuerpos, fuera del que consiste en la desaparición de la obligación de asistencia material en el divorcio, indemnizado conforme al art. 301, segundo párrafo, y el art. 311, cuarto párrafo; 3) el perjuicio material y moral distinto del que surge de la disolución del matrimonio o de la separación de cuerpos, experimentado como consecuencia de la culpa del cónyuge, que había admitido la jurisprudencia anterior a 1941, fuera por los hechos que habían dado lugar al divorcio o a la separación de cuerpos, fuera por otros distintos pero imputables siempre al cónyuge, al cual los nuevos textos aludían al referirse a “todas las otras reparaciones” y que se indemnizan con fundamento en el art. 1382...” (pp. 6 y 7). Belluscio sigue explicando que en 1975 en Francia también se llevó a cabo una reforma general al régimen del divorcio que sustituyó toda su anterior regulación, y es el numeral 266 del Código Civil el que ahora se refiere al tema que nos ocupa, en cuanto expresa “Cuando el divorcio ha sido decretado por culpa exclusiva de uno de los esposos, éste puede ser condenado a daños y perjuicios como reparación del perjuicio material o moral que la disolución del matrimonio hace sufrir a su cónyuge”. Esta norma excluye la indemnización en casos en que el divorcio se dé por culpa de ambos cónyuges. Los autores Belluscio y Barbero se refieren también al **derecho suizo**, pues su Código Civil de 1907 previó expresamente el tema que nos interesa así “El esposo inocente cuyos intereses pecuniarios, aún eventuales, son comprometidos por el divorcio, tiene derecho a una equitativa indemnización de parte del cónyuge culpable. Si los hechos que han determinado le divorcio han causado un grave atentado a los intereses personales del esposo inocente, el juez le puede conceder además una suma de dinero a título de reparación moral.”. También hacen referencia dichos autores al **derecho alemán**, relación que vale la pena parafrasear puesto que en la exposición de motivos de dicho cuerpo normativo se tocó el tema expresamente rechazando la posibilidad. Barbero traduce así: “a) la idea de que el matrimonio no puede basarse en principios de orden moral, mientras que el otorgamiento de la indemnización lo asimilaría a un acto jurídico que pudiera ser fuente de ventajas pecuniarias; b) porque el inocente podría verse seducido por el



pensamiento de recibir una suma de dinero a título de indemnización e inclinarse a invocar causas mínimas para obtener el divorcio; c) porque la fijación de la indemnización sería más o menos arbitraria, y d) porque no sería eficaz como medio de coerción para que los cónyuges diesen cumplimiento a sus obligaciones emergentes del matrimonio..." (p. 172). En el **derecho argentino** no existe una regulación expresa, por lo que la doctrina se ha dividido. Los autores clasifican las tesis en "negativas" y "positivas" y **Francisco Ferrer** se refiere a la tesis "intermedia". La tesis negativa es representada por Babiloni, Borda y 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 Ghigliano. Morello de Ramírez, Lombardi, Medina, Tarborelli. Como regla de principio estos autores aceptan la aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil en esta materia, lo que ha acogido la jurisprudencia. La tesis intermedia que refiere Ferrer la abandera Santos Cifuentes en el sentido de que el silencio del legislador es ex professo y que por lo tanto no hay bases para sostener la aplicación de las normas comunes de la responsabilidad civil, pero si la acepta que *"cuando los hechos que lleven al divorcio tengan una expansión y gravedad que, al margen de la separación conyugal, entrañen un verdadero daño moral"*. Luego Ferrer destaca la tesis de las doctoras Levy, Wagmaister e Iñigo de Quidiello que especifican que al receptor su legislación el divorcio remedio, sostienen que aunque no existan conductas culpables, igualmente pueden generarse perjuicios derivados de la situación de divorcio. Plantean que la relación de causalidad ya no funciona entre culpa y daño, sino entre el divorcio y el daño evolucionando más a una responsabilidad de tipo objetivo basado en el factor de la "equidad". La autora **Graciela Medina** hace especial referencia a la **jurisprudencia española** y se detiene en el caso de la Audiencia de Barcelona del 1 de junio de 1999, Sección 6, que trata de una condena de dos millones de pesetas en concepto de daño moral al esposo, por haber violado a su esposa mediando separación entre ellos. En cuanto a la **jurisprudencia de los Estados Unidos de América**, Medina refiere que por un largo tiempo los tribunales de ese país insistieron en rechazar este tipo de pretensiones, considerando que esposo y esposa no podían demandarse mutuamente. Esto ha ido evolucionando aunque muchos Estados conservan la *inmunidad entre cónyuges*, pero aceptando cada vez más excepciones. Reseña Medina que el caso Thomson v. Thompson de 1910 es el que ha marcado la pauta. El autor Francisco Ferrer hace un recuento de otra legislación americana, como por ejemplo el artículo 288 último párrafo del **Código Civil de México** que dispone *"Cuando por el divorcio se originan daños o perjuicios a los interesados del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como el autor de un hecho ilícito"*; también el artículo 144 del **Código de Familia de Bolivia** establece que el cónyuge culpable del divorcio puede ser condenado al resarcimiento del daño material y moral que haya causado al inocente por la disolución del matrimonio. Por su parte el **Código Civil de Perú** en su artículo 351 establece que si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente el Juez podrá conceder una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral. También reseña Ferrer el **derecho salvadoreño** que recepta la pensión compensatoria. Alude a que en el **derecho brasileño** la doctrina sostiene la procedencia de la indemnización del daño material y moral a favor del cónyuge inocente. Este autor se detuvo en el derecho costarricense con la anterior versión del artículo 41 del Código de Familia y la pensión prevista en el artículo 57 En 1997, **en Costa Rica**, la Ley número 7689 del 6 de agosto, publicada en ese año en La Gaceta número 172 del 8 de setiembre, adicionó un artículo 48 bis al Código de Familia, a la vez que se reformaron los numerales 8, 41 y 98 de ese mismo cuerpo normativo. La apreciación de la prueba punto tocado en el aparte anterior de este fallo, el recurso de casación, la eliminación de las consecuencias en el tema de gananciales de la culpabilidad en la causal, la



amplitud en cuanto a las pruebas de filiación, y los daños y perjuicios derivadas de algunas causales de divorcio son los temas de dicha ley. El artículo 48 bis dicho, incluye una regulación específica sobre petitorias de daños y perjuicios para casos en que el divorcio se decrete 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 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). 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 extremos de daño moral en la suma de tres millones de colones.-"

b) Daños y perjuicios en materia de familia: Condena en caso de nulidad de matrimonio

[Tribunal de Familia]⁴

Voto de mayoría

“ III.- RESPECTO AL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA PARTE ACTORA: La actora se muestra inconforme con la sentencia dictada por el juez a quo únicamente en cuanto no fue acogida su pretensión en torno al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados con el actuar del demandado. Se considera entonces que a fin de tratar el tema, lo primero que debe hacerse es delimitar el mismo, y al efecto, este Tribunal en un voto reciente, analizó a profundidad lo relativo a los daños y perjuicios en materia de derecho de familia, y así indicó: *“...DAÑOS Y PERJUICIOS:... 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 Tarabolerelli (“Responsabilidad civil derivada del cónyuge culpable en la separación personal y en el divorcio”), Eduardo Zannoni (“Repensando el tema de los daños y perjuicios en el divorcio”). Por ejemplo, el autor Omar U. Barbero en su libro “Daños y perjuicios derivados del divorcio” ubica el derecho romano como primer antecedente histórico de este tema. Explica que en la época imperial, antes de la era cristiana, los divorcios aumentaron, y para impedir su frecuencia se aplicaban penas pecuniarias al cónyuge culpable y a favor del cónyuge inocente siendo éste quien recibía la suma de dinero con un carácter claramente resarcitorio. Sigue relatando Barbero que el derecho justiniano siguió el mismo derrotero, aplicándose una sanción pecuniaria que resultaba relevante para las clases pudientes al extremo que era altamente eficaz para desestimular al cónyuge de un propósito de romper el vínculo matrimonial. Luego reseña este autor que en Las Partidas del derecho español también hay un antecedente, pues se imponía a la mujer culpable del adulterio la pérdida de la dote y de las arras. Igualmente en el derecho francés anterior a la Revolución existía una condena al cómplice de la mujer adúltera para indemnizar al marido. Luego de la vigencia del Código Civil, 1804, los tribunales franceses admitieron la condena de daños y perjuicios materiales y morales contra el cónyuge culpable de adulterio y contra su cómplice, con base en la responsabilidad derivada del delito. Reseña Barbero los casos “Plantade c. Femme Plantade et Dubarry” y el de “Avis c. Ledain”, casos célebres en la jurisprudencia francesa referidos a los perjuicios con el adulterio. Augusto César Belluscio en su monografía “Daños y perjuicios derivados del divorcio y de la anulación del matrimonio” enfatiza que es en un fallo de la Corte de Montpellier de 1897, en el cual se admite en general la reparación de los daños y perjuicios materiales y morales causados por los hechos generadores del divorcio, al estimar que éstos, al mismo tiempo que causales de divorcio eran cuasidelitos. Sobre este caso y otros en el mismo sentido Barbero comenta: “...El Tribunal declaró que las causas de divorcio pueden ocasionar al esposo ofendido un perjuicio moral y material que su autor está obligado a reparar. Y en particular –a propósito de caso que le tocaba juzgar-, que la negativa del marido a 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 receptor su legislación el divorcio remedio, sostienen que aunque no existan conductas culpables, igualmente pueden generarse perjuicios derivados de la situación de divorcio. Plantean que la relación de causalidad ya no funciona entre culpa y daño, sino entre el divorcio y el daño evolucionando más a una responsabilidad de tipo objetivo basado en el factor de la "equidad". La autora Graciela Medina hace especial referencia a la jurisprudencia española y se detiene en el caso de la Audiencia de Barcelona del 1 de junio de 1999, Sección 6, que trata de una condena de dos millones de pesetas en concepto de daño moral al esposo, por haber violado a su esposa mediando separación entre ellos. En cuanto a la jurisprudencia de los Estados Unidos de América, Medina refiere que por un largo tiempo los tribunales de ese país insistieron en rechazar este tipo de pretensiones, considerando que esposo y esposa no podían demandarse mutuamente. Esto ha ido evolucionando aunque muchos Estados conservan la inmunidad entre cónyuges, pero aceptando cada vez más excepciones. Reseña Medina que el caso Thomson v. Thompson de 1910 es el que ha marcado la pauta. El autor Francisco Ferrer hace un recuento de otra legislación americana, como por ejemplo el artículo 288 último párrafo del Código Civil de México que dispone "Cuando por el divorcio se originan daños o perjuicios a los interesados del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como el autor de un hecho ilícito"; también el artículo 144 del Código de Familia de Bolivia establece que el cónyuge culpable del divorcio puede ser condenado al resarcimiento del daño material y moral que haya causado al inocente por la disolución del matrimonio. Por su parte el Código Civil de Perú en su artículo 351 establece que si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente el Juez podrá conceder una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral. También reseña Ferrer el derecho salvadoreño que recepta la pensión compensatoria. Alude a que en el derecho brasileño la doctrina sostiene la procedencia de la indemnización del daño material y moral a favor del cónyuge inocente. Este autor se detuvo en el derecho costarricense con la anterior versión del artículo 41 del Código de Familia y la pensión prevista en el artículo 57. En 1997, en Costa Rica, la Ley número 7689 del 6 de agosto, publicada en ese año en La Gaceta número 172 del 8 de setiembre, adicionó un artículo 48 bis al Código de Familia, a la vez que se reformaron los numerales 8, 41 y 98 de ese mismo cuerpo normativo. La apreciación de la prueba punto tocado en el aparte anterior de este fallo, el recurso de casación, la eliminación de las consecuencias en el tema de gananciales de la culpabilidad en la causal, la amplitud en cuanto a las pruebas de filiación, y los daños y perjuicios derivadas de algunas causales de divorcio son los temas de dicha ley. El artículo 48 bis dicho, incluye una regulación específica sobre peticiones de daños y perjuicios para casos en que el divorcio se decreta con fundamento en las causales de los incisos 2, 3 y 4 del artículo 48. 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 amoroso 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 artículo 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..."

(Voto numero 39-97 dictado por el Tribunal de Familia a las ocho horas veinte minutos del once de enero del año dos mil siete). Ahora bien, teniendo en cuenta el marco fáctico presentado en este caso, este Tribunal si considera que la pretensión resarcitoria planteada por la actora debe ser acogida, y en este aspecto, la sentencia venida en alzada debe ser revocada. Según ha quedado demostrado en autos, el señor Adrián Antonio Ulloa Navarro contrajo matrimonio el día veintiocho de febrero del año de mil novecientos ochenta y uno con la señora Giselle Goyenaga Briceño. En el año de mil novecientos noventa y cuatro, dichos señores firmaron convenio de separación judicial, el cual es presentado ante el Juzgado Primero Civil de Cartago, y este despacho mediante la sentencia de las trece horas del veinticuatro de abril del año de mil novecientos ochenta y cuatro lo homologa, sentencia que queda debidamente firme y así se inscribe en el Registro Civil. Estando en su condición de separado judicialmente, el señor Adrián Antonio Ulloa Navarro contrae matrimonio civil con la aquí actora, la señora Ana Lorena Brenes Murillo. Este matrimonio se realiza ante el notario José Luis Rodríguez Solano el día doce de febrero del año de mil novecientos noventa y ocho, el cual, como es obvio, fue declarado nulo. Es totalmente injustificado el actuar del señor Ulloa Navarro, quien teniendo pleno conocimiento de su verdadero estado civil, contrae "matrimonio" con la aquí actora, lo cual, es evidente, y no merece prueba alguna, le ha causado a esta un daño emocional importante. En efecto, sabiendo el demandado que está imposibilitado legalmente para contraer matrimonio, aún así, comparece ante notario publico identificándose como divorciado, y contrae matrimonio con la actora. En este caso concreto, se ha demostrado la imposibilidad absoluta que tenía el demandado, en razón de su estado civil, de contraer matrimonio, y aun así accede al mismo, lo que como se reitera, ha producido un perjuicio de tipo moral en la esposa y su familia que debe ser resarcido. Las conducta presentada lesiona 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. En este sentido, la Sala de Casación ha indicado que "*...Con respecto a la prueba en 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 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...*"

(Voto 2003-00413 dictado por la SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA a las once horas veinte minutos del ocho de agosto del dos mil tres). 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 de cinco millones de colones es una suma adecuada, proporcional y justa, y sobretodo que se ajusta plenamente a la gravedad de los hechos acaecidos. Además de lo anterior, se considera que se debe condenar al demandado a resarcir todos los daños patrimoniales que se infringieron a la actora por los hechos que sustentaron el presente proceso, los cuales si deberán ser liquidados en el respectivo proceso de ejecución de sentencia."

c) Divorcio: Análisis acerca de la posibilidad de indemnizar en daños y perjuicios y daño moral al cónyuge inocente

[Tribunal de Familia]⁵

Voto de mayoría

“ 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 (“Imprudencia de las indemnizaciones por daños en los divorcios decretados por causales subjetivas”, “Un nuevo pronunciamiento acerca de los daños y perjuicios en el divorcio”), Jorge Mosset Iturraspe (“Los daños emergentes del divorcio”), A. Salas (“Indemnización de los daños derivados del divorcio”) Jorge Tarabolerelli (“Responsabilidad civil derivada del cónyuge culpable en la separación personal y en el divorcio”), Eduardo Zannoni (“Repensando el tema de los daños y perjuicios en el divorcio”). Por ejemplo, el autor **Omar U. Barbero** en su libro “Daños y perjuicios derivados del divorcio” ubica el **derecho romano** como primer antecedente histórico de este tema. Explica que en la época imperial, antes de la era cristiana, los divorcios aumentaron, y para impedir su frecuencia se aplicaban penas pecuniarias al cónyuge culpable y a favor del cónyuge inocente siendo éste quien recibía la suma de dinero con un carácter claramente resarcitorio. Sigue relatando Barbero que el derecho 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 adúlteras 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, Wagmeister 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 decrete 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).”

d) Daño moral: Inexistencia del nexo de causalidad entre la conducta desplegada y el resultado obtenido impide su indemnización

[Tribunal de Familia]⁶

Voto de mayoría

"IV. SOBRE EL TEMA DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DEL DIVORCIO: La sentencia de primera instancia otorgó la suma de dos millones a la demandada reconventora en concepto de daño moral. En la parte considerativa, la Juzgadora de primera instancia se refiere a la exclusión de dicha contrademandante del domicilio como el hecho generador de esa responsabilidad, pese a que dicho hecho caducó para efectos de la causal de sevicia. Contra dicho fallo apela la parte actora reconvenida. Alega que el hecho determinado no es sevicia, que se estableció que lo que ocurría era una situación altamente conflictiva de ambos cónyuges. Argumenta también que el **artículo 48 bis del Código de Familia** solo es aplicable cuando el divorcio se decreta con base en algunas de las tres causales que taxativamente se enuncian en dicha norma, y que la causal que sirvió para decretar el divorcio fue la separación de hecho que no está enunciada en ese artículo 48 bis. Agrega que la sevicia no puede tenerse como generadora de responsabilidad civil extracontractual pues no es la base sobre la cual se decreta la disolución del matrimonio. Por su parte la demandada reconventora en su tercer agravio se refiere a que se encuentra inconforme con que la indemnización se diera por solo dos millones de colones. Argumenta que la suma de dos millones es ínfima considerando el dinero que manejó el señor Casey y la magnitud del daño moral que ha sufrido. Esta apelación nos ubica entonces en el tema de los daños y perjuicios derivados del divorcio. Para iniciar su análisis ha de señalarse que es en el derecho argentino donde encontramos una amplia preocupación por este tema y bien vale hacer una reseña de algunos aspectos con el objeto de que sirva para cimentar e ilustrar nuestro desarrollo en torno a una reforma legal relativamente nueva, la adición del artículo 48 bis al Código de Familia en el año de 1997. Podemos encontrar trabajos muy ilustrativos que abarcan la evolución histórica desde el derecho romano, el antiguo derecho español, el derecho francés (los autores se detienen en éste en forma muy especial por la riqueza de su jurisprudencia), el suizo, el alemán entre otros. Este tema es abordado específicamente sobre todo en Argentina por autores como Arturo Acuña Anzorena ("Responsabilidad civil del cónyuge adúltero y su cómplice por causa de adulterio" y "Naturaleza de la responsabilidad y régimen de prescripción de la acción resarcitoria ejercida por uno de los cónyuges contra el otro por causa de nulidad de matrimonio"), Atilio Alterini ("Cuestiones de responsabilidad civil en el derecho de familia"), P.V. Aréchaga ("¿Es la noción de culpa de la responsabilidad civil subjetiva idéntica a la culpa en el divorcio?"), Omar U. Barbero ("La primera sentencia argentina que condena a reparar el daño moral derivado de un divorcio", "la responsabilidad civil en el Derecho de Familia", "Daños y perjuicios derivados del divorcio", y "Responsabilidad por daños resultantes del divorcio"), Augusto César Belluscio ("Daños y perjuicios derivados del divorcio", "Daños y perjuicios derivados del divorcio frente a la reforma del Código Civil", "Daños y perjuicios derivados del divorcio y de la anulación del matrimonio"), Germán Bidart



Campos (“Los hechos que dieron origen al divorcio y la indemnización por daño moral” e “Indemnización del daño moral en caso de adulterio”), Guillermo Borda (“Reflexiones sobre la indemnización de los daños y perjuicios en la separación personal y en el divorcio”), Roberto Brebbia (“El daño moral en las relaciones de familia”), Jorge Bustamante Alsina (“Divorcio y responsabilidad civil” y “Daños y perjuicios. Responsabilidad civil derivada del divorcio”), F. Cecchini y E. Saux (“Daño entre cónyuges”), Santos Cifuentes (“El divorcio y la responsabilidad por el daño moral”), L. A. Colombo (Indemnización del daño producido por el adulterio de la esposa”), Daniel Hugo D Antonio (“Acción de daños y perjuicios contra el cónyuge culpable del divorcio”), P. Di Lella (“Derecho de daños versus derecho de familia”), Enrique Díaz de Guijarro (Imprudencia 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 (“Imprudencia de las indemnizaciones por daños en los divorcios decretados por causales subjetivas”, “Un nuevo pronunciamiento acerca de los daños y perjuicios en el divorcio”), Jorge Mosset Iturraspe (“Los daños emergentes del divorcio”), A. Salas (“Indemnización de los daños derivados del divorcio”) Jorge Tarabolerelli (“Responsabilidad civil derivada del cónyuge culpable en la separación personal y en el divorcio”), Eduardo Zannoni (“Repensando el tema de los daños y perjuicios en el divorcio”). Por ejemplo, el autor **Omar U. Barbero** en su libro “Daños y perjuicios derivados del divorcio” ubica el **derecho romano** como primer antecedente histórico de este tema. Explica que en la época imperial, antes de la era cristiana, los divorcios aumentaron, y para impedir su frecuencia se aplicaban penas pecuniarias al cónyuge culpable y a favor del cónyuge inocente siendo éste quien recibía la suma de dinero con un carácter claramente resarcitorio. Sigue relatando Barbero que el derecho justiniano siguió el mismo derrotero, aplicándose una sanción pecuniaria que resultaba relevante para las clases pudientes al extremo que era altamente eficaz para desestimular al cónyuge de un propósito de romper el vínculo matrimonial. Luego reseña este autor que en **Las Partidas del derecho español** también hay un antecedente, pues se imponía a la mujer culpable del adulterio la pérdida de la dote y de las arras. Igualmente en el **derecho francés** anterior a la Revolución existía una condena al cómplice de la mujer adúltera para indemnizar al marido. Luego de la vigencia del Código Civil, 1804, los tribunales franceses admitieron la condena de daños y perjuicios materiales y morales contra el cónyuge culpable de adulterio y contra su cómplice, con base en la responsabilidad derivada del delito. Reseña Barbero los casos “Plantade c. Femme Plantade et Dubarry” y el de “Avis c. Ledain”, casos célebres en la jurisprudencia francesa referidos a los perjuicios con el adulterio. **Augusto César Belluscio** en su monografía “Daños y perjuicios derivados del divorcio y de la anulación del matrimonio” enfatiza que es en un fallo de la Corte de Montpellier de 1897, en el cual se admite en general la reparación de los daños y perjuicios materiales y morales causados por los hechos generadores del divorcio, al estimar que éstos, al mismo tiempo que causales de divorcio eran cuasidelitos. Sobre este caso y otros en el mismo sentido Barbero comenta:

“...El Tribunal declaró que las causas de divorcio pueden ocasionar al esposo ofendido un perjuicio moral y material que su autor está obligado a reparar. Y en particular –a propósito de caso que le



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

prevista en el artículo 57. En 1997, **en Costa Rica**, la Ley número 7689 del 6 de agosto, publicada en ese año en La Gaceta número 172 del 8 de setiembre, adicionó un artículo 48 bis al Código de Familia, a la vez que se reformaron los numerales 8, 41 y 98 de ese mismo cuerpo normativo. La apreciación de la prueba punto tocado en el aparte anterior de este fallo, el recurso de casación, la eliminación de las consecuencias en el tema de gananciales de la culpabilidad en la causal, la amplitud en cuanto a las pruebas de filiación, y los daños y perjuicios derivadas de algunas causales de divorcio son los temas de dicha ley. El artículo 48 bis dicho, incluye una regulación específica sobre 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 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).

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...."

Ahora bien, conviene detenerse en el sistema que se ha generado con la norma adicionada, el artículo 48 bis. En primer término existe un principio de orden constitucional de indemnización ante los daños causados, que en la parte extracontractual subjetiva es desarrollado por el numeral 1045 del Código Civil. Por su parte, en forma particular, el artículo 48 bis del Código de Familia se refiere a la indemnización de daños y perjuicios cuando el divorcio se decreta con base en **tres de las causales que ese canon cita, a saber el atentado, la corrupción y la sevicia**. Así, si en el Derecho de Familia se plantea una demanda por daños y perjuicios se presentan algunos problemas de aplicación que la jurisprudencia tendrá que resolver, como por ejemplo: **¿es posible la condenatoria en daños y perjuicios cuando los hechos configuran causales diferentes a las tres que esbozó el artículo 48 bis del Código de Familia?**. Debe observarse que no está incluida en dichas tres causales la de adulterio, y el artículo se refiere al divorcio, por lo que tampoco están incluidas dentro de una interpretación literal causales de separación judicial como la de ofensas graves. **¿Existen posibilidades residuales que no sean de esas tres causales con base en los principios del artículo 41 de la Constitución Política y 1045 del Código Civil? ¿Y qué hay del supuesto doctrinario de los daños y perjuicios derivados no de la misma causal, sino del divorcio es decir de lo que implica a la parte la disolución del matrimonio que ha tenido que pedir?** Otros puntos serían sobre **responsabilidad derivada de hechos que no dan pie al divorcio, como es el asunto presente ¿se puede otorgar indemnización, y si es así en qué casos procede?** Ya en el análisis concreto de los agravios, y luego del anterior desarrollo, este Tribunal llega a la conclusión de que la indemnización en el contexto que nos ocupa no procede y por ende, la sentencia en este aspecto ha de revocarse para en su lugar rechazar el extremo. Nótese como el marco de la contrademanda es el artículo 48 bis del Código de Familia y la responsabilidad se pidió por la sevicia: *"que el demandado por el daño moral causado con la sevicia en mi contra debe indemnizarme con la suma de trescientos millones"*. Lo cierto es que lleva razón el actor reconvenido apelante en el sentido de que la indemnización no ha de acogerse puesto que no se ha concedido el divorcio con base en la causal de sevicia sino con base en la separación de hecho, causal que de todas maneras no presupone dentro de nuestro sistema una culpabilidad y una sanción sino un remedio. La presente integración de este Tribunal es del criterio que para ingresar en el análisis de la posibilidad de aplicar los principios generales del artículo 41 de la Constitución Política y del artículo 1045 del Código Civil por hechos específicos diferentes a la causal que sirve de base para decretar el divorcio, la pretensión ha de ser muy específica -acorde con el inciso 5 del artículo 290 del Código Procesal Civil- en ese sentido, lo que no ocurre en este caso. La contrademanda se refirió a la sevicia y al artículo 48 bis del Código de Familia, esto es a que los daños y perjuicios son por una causal y que da pie al divorcio. No es de recibo analizar por separado un hecho como generador de responsabilidad al amparo del artículo 48 bis, si el mismo no dio pie al decreto del divorcio. Si bien se ha considerado que el hecho por el cual se ha otorgado la indemnización hubiese constituido sevicia sino hubiese estado caduco, lo cierto es que de la combinación del artículo que se invocó en la parte del derecho de la contrademanda, 48 bis del Código de Familia, en relación con la forma en que se redactó la petitoria segunda de dicha reconvenición, no ha de concederse la indemnización otorgada en primera instancia, y lógicamente tampoco debe aumentarse como pide el otro apelante, pues la causal de sevicia que se invoca en dicha petitoria no fue la que sirvió de base para decretar la disolución del vínculo matrimonial, sino que fue la de separación de hecho. Así las cosas, en este extremo la sentencia apelada debe ser revocada para en su lugar rechazar el extremo del daño moral pedido en la contrademanda."

CIJULENLINEA

CENTRO DE INFORMACIÓN JURÍDICA EN LÍNEA

CENTRO DE INFORMACIÓN JURÍDICA EN LÍNEA





ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL 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. CIJUL 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 CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL 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 ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley número 5476 veintiuno de enero de 1973. Código de Familia. Fecha de vigencia desde: 05/08/1974. Versión de la norma: 18 de 18 del 11/11/2009. Datos de la Publicación: N° Gaceta 24 del 05/02/1974, Alcance: 20. Colección de leyes y decretos: Año: 1973, Semestre 2 Tomo 4 Página 1816.
- 2 ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley número 63 del veintiocho de setiembre de mil novecientos ochenta y siete. Código Civil. Fecha de vigencia desde 01/01/1888. Versión de la norma 7 de 7 del 01/11/2007.
- 3 TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia número 39 de las ocho horas veinte minutos del once de enero de dos mil siete. Expediente: 04-400248-0389-FA.
- 4 TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia número 284 de las once horas diez minutos del diecisiete de febrero de dos mil nueve. Expediente: 05-001649-0338-FA.
- 5 TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia número 1459 de las diez horas cincuenta y cinco minutos del seis de agosto de dos mil ocho. Expediente: 08-400049-0687-FA.
- 6 TRIBUNAL DE FAMILIA. Sentencia número 2201 de las ocho horas del catorce de diciembre de dos mil cuatro. Expediente: 01-001172-0165-FA.