

Informe de Investigación

Título: El Adulterio como causal de Divorcio.

Rama del Derecho: Derecho de Familia.	Descriptor: Divorcio.
Palabras clave: El adulterio como causal de divorcio, La prueba del adulterio, Derecho y obligación de recíproca fidelidad, El adulterio de uno de los cónyuges, Causas de divorcio.	
Fuentes: Doctrina, Normativa y Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 07 – 2011.

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	2
2 Doctrina	2
a)EL ADULTERIO COMO CAUSAL DE DIVORCIO.....	2
b)EL ADULTERIO DE CUALQUIERA DE LOS CONYUGES (art. 48 inc. 1 C.F.).....	3
La prueba del adulterio.....	4
c)DERECHO Y OBLIGACIÓN DE RECÍPROCA FIDELIDAD.....	5
d)EL DEBER DE FIDELIDAD.....	6
e)ADULTERIO.....	10
Concepto.....	10
Valoración civil y penal del adulterio.....	11
Fundamento de la distinción.....	11
Derecho comparado.....	11
Adulterio en caso de matrimonio subsiguiente a un divorcio.....	12
Caso de cónyuges divorciados. Ley 14.394.....	13
Requisitos de la causa de adulterio.....	13
Prueba del adulterio.....	13
Circunstancias que prueban el adulterio.....	14
Circunstancias que no prueban el adulterio.....	15
Derecho comparado.....	15
f)EL DIVORCIO CONTENCIOSO.....	15
g)EL ADULTERIO DE UNO DE LOS CÓNYUGES.....	17
Prueba del adulterio.....	18
h)DIVORCIO POR CAUSAL.....	19
Adulterio.....	21
Concepto.....	21
Prueba.....	21

Deber de fidelidad.....	22
Responsabilidad por daños.....	22
i)CAUSAS DE DIVORCIO.....	24
3 Normativa	26
4 Jurisprudencia.....	27
a)Análisis jurisprudencial y doctrinal con respecto a la causal de adulterio y procedencia del daño moral	27
b)Concepto de adulterio y análisis doctrinal respecto a su comprobación mediante indicios y presunciones	30
c)Acreditación de la causal de adulterio por prueba presuntiva e indiciaria	32
d)Adulterio: Deber de probar la causal pese a existencia de allanamiento o rebeldía del demandado	34
e)Deber de probar la causal de adulterio pese a existencia de allanamiento o rebeldía del demandado	36
f)Procedencia por causal de adulterio y contestación afirmativa de la demanda	38
g)Divorcio: Concepto y medios probatorios para demostrar el adulterio	40

1 Resumen

Del tema ***el adulterio como causal de divorcio***, se desarrolla el presente, conteniendo doctrina normativa y jurisprudencia, explica los siguientes temas: el adulterio de cualquiera de los conyuges, la prueba del adulterio, el derecho y obligación de recíproca fidelidad, concepto de adulterio, circunstancias que prueban el adulterio, el divorcio contencioso, análisis jurisprudencial y doctrinal con respecto a la causal de adulterio y procedencia del daño moral, su comprobación mediante indicios y presunciones y el deber de probar la causal de adulterio pese a existencia de allanamiento o rebeldía del demandado, entre otros.

2 Doctrina

a)EL ADULTERIO COMO CAUSAL DE DIVORCIO

[Samayoa]¹

Se hace necesario para el desarrollo de este tema, analizar primero las causales de divorcio en general, para luego tratar por separado el adulterio, y realizar el estudio de éste de manera específica e independiente de los demás causales.



"En atención a los principios de protección a la familia que se encuentran en nuestro ordenamiento jurídico, el legislador ha establecido una enumeración taxativa de motivos (o causales) en base a los cuales los cónyuges pueden solicitar el pronunciamiento de una sentencia de divorcio".

Como podemos ver, existe una enumeración legislativa de los hechos que pueden dar motivo al divorcio, con ellos se excluye todo otro motivo para el mismo, y la enumeración legal tiene, en general, carácter taxativo. Conforme a este criterio riguroso se ha declarado que no puede concederse el divorcio por causales distintas o las enunciados en la ley civil.

Si bien es cierto que el matrimonio se ha considerado siempre de manera perpetuo y que solamente en casos de excepción se da el divorcio, es precisamente por esta razón que la ley reconoce ciertos hechos que van en contra de la vida conyugal, pues habrá hechos que también perjudican la familia, o mejor dicho, la vida en común de los cónyuges, pero que el legislador, por lo poco importante o frecuencia de los mismos, no ha reparado en ellos como para elevarlos a la categoría de los primeros.

El Estado, interesado en la estabilidad matrimonial, por considerar que el matrimonio asegure la existencia de la familia, la cual a su vez es base de la sociedad, acepta el divorcio como una solución para casos extraordinarios, como un mal impuesto por la necesidad y no para satisfacer caprichos de los esposos o el interés de los mismos únicamente; por ello, el legislador y para evitar abusos, ha tenido que fijar taxativamente los hechos que pueden dar origen a la disolución del vínculo matrimonial.

A través de la historia hemos podido observar que es grande la importancia que en materia de divorcio se le ha dado y se le da en la actualidad al adulterio.

Como ya lo dejamos dicho en páginas anteriores, el adulterio se traduce en la falta del deber de fidelidad conyugal, y es que por el solo hecho de contraer matrimonio, los cónyuges quedan obligados a guardarse fidelidad. Esto se debe a que el vínculo matrimonial es ante todo y sobre todo interno. El fundamento de este deber, más que jurídico es moral. Se puede decir que es el primero entre los deberes conyugales, por lo que el control de esta obligación está más que todo basado en la formación ética de los esposos. De ahí que el legislador haya llevado a la categoría de causal de divorcio, la infidelidad de cualquiera de los cónyuges, considerando la inmoralidad como un acto antijurídico.

Al considerar la ley al adulterio como una conducta antijurídica de cualquiera de los cónyuges, persigue como fin primordial, mantener ileso el honor de cada uno de ellos y, a través de los mismos, el de toda la familia.

Sintetizando podemos decir, que el deber de fidelidad consiste en un no hacer; es una abstención por la cual a los esposos les está vedado conocerse carnalmente con terceros personas o ejecutar actos capaces de lesionar los sentimientos del otro cónyuge. Por consiguiente el adulterio como causal de divorcio, es aquel hecho voluntario de uno o de ambos cónyuges que por estar revestido de ilegalidad o inmoralidad, ha sido reconocido por el legislador como suficiente motivo para disolver el vínculo matrimonial.

b) EL ADULTERIO DE CUALQUIERA DE LOS CONYUGES (art. 48 inc. 1 C.F.)

[Pérez]²

Se entiende por adulterio "el hecho de que una persona casada tenga voluntariamente relaciones sexuales con otra persona que no es su cónyuge. Este hecho constituye la violación del deber mutuo de fidelidad impuesto a los esposos... y por este motivo es causal perentoria de divorcio...". En esta materia la reforma consistió en una equiparación de los cónyuges en lo que se refiere al tratamiento jurídico de la infidelidad. En el sistema anterior la infidelidad masculina que podía dar lugar a una solicitud de disolución del vínculo matrimonial tenía que configurarse como "concubinato escandaloso", bastando, en cambio, en el caso de la mujer el adulterio. "Tradicionalmente esta causal, y así estaba establecido entre nosotros, hacía distinciones si se trataba del marido o de la esposa. Generalmente para ésta estableció la existencia pura y simple de la infidelidad, mientras que para el marido se establecía que la infidelidad fuera más notoria, más "escandalosa".

La equiparación en examen es una aplicación del principio constitucional (artículo 33 de la Constitución Política) de igualdad. Uno de los principales redactores de la nueva ley explica esta disposición en los siguientes términos: "La causal del artículo 48 del Proyecto de Código de Familia, para decretar el divorcio por el adulterio de cualquiera de los cónyuges, es una consecuencia, jurídicamente hablando, de la igualdad de derechos y deberes de los esposos en la que el artículo 2 del mismo fundamenta la institución. De acuerdo con el artículo 73 del Código Civil vigente y el 34 del proyecto, los esposos están obligados a guardarse fidelidad recíprocamente. De ahí que la arcaica disposición de que en cuanto al adulterio del marido, para que constituya causal de divorcio ha de revestir el carácter de "concubinato escandaloso", no puede mantenerse en un código que procura la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges".

Dentro de la clasificación de los motivos de divorcio se considera el adulterio como causal perentoria. Basta su constatación para que el juez deba, en sentencia, pronunciar el divorcio. Del adulterio se ha dicho que "supone una infracción del deber de fidelidad y constituye el más directo de los ataques dirigidos contra el vínculo conyugal. El adulterio no sólo es condición necesaria sino también suficiente de la estimación de la demanda de divorcio, sin que sea precisa la concurrencia de circunstancias agravantes, aun tratándose del adulterio del marido, ya que se suprimió el desigual tratamiento imperante en el C. C."

La prueba del adulterio

Por sus especiales caracteres el adulterio se lleva a cabo normalmente dentro del mayor sigilo, por lo que es muy difícil obtener del mismo una comprobación directa. Por estos motivos nuestra jurisprudencia ha sostenido que "... por regla general, hay que recurrir para la demostración del adulterio a la prueba presuntiva...". El juez con base en diversos indicios establece una presunción (de las llamadas "de hombre" o "judiciales"); "como forzosamente ocurre en casos de adulterio, en que la relación sexual se opera muy privadamente, los jueces obtienen la convicción de la infidelidad de la parte demandada de los indicios que resultan del conjunto de la prueba".

Con base en estas premisas generales han sido resueltos varios casos por nuestra jurisprudencia.



A manera de ejemplo transcribimos algunas consideraciones de un fallo reciente: "...el proceder de la señora "Y" con las continuas o reiteradas visitas o paseos de día y de noche efectuadas con el abogado que cita el fallo y otras intimidaciones con él, no son, las propias que caracterizan las relaciones que pueden existir entre un profesional y su cliente y dan lugar a presumirse en buena lógica las relaciones indebidas".

"Las relaciones entre "Y" y el Licenciado "X", se iniciaron como consecuencia de haber promovido ella una demanda de separación de cuerpos contra su marido el 15 de junio de 1961...; pero no se mantuvieron dentro del ámbito profesional pues las visitas constantes que él le hacía durante horas del día o de la noche; la forma en que a veces se conducía al pasar frente a la casa de ella en su automóvil, sonando el claxon para advertirle su presencia; la familiaridad con que ella se subía al vehículo del precitado profesional; sus salidas en automóvil acompañada únicamente con él; las repetidas ocasiones en que la actora esperaba a don ".Y" frente al edificio "H", llegado el cual subía a su automóvil; el haber entrado esta última sola al edificio "G". como a las siete de la "noche," donde como se dijo se "encuentra la oficina del repetido profesional regresando en esa ocasión en autobús a su casa como a las diez de la noche; las visitas frecuentes del señor "X" a la casa de doña "Y" donde permanecía mucho tiempo retirándose en horas avanzadas de la noche, todo lo cual viene en exacta síntesis demostrando, con la abundante prueba testifical que al respecto se evacuó en autos, configura la causal de adulterio que prevé el art. 80, inciso 1 del Código Civil, imputable a la actora y que obliga a otorgar el divorcio contrademandado, aunque no aparezca demostrada esa deslealtad conyugal con prueba directa, pues como ya lo tienen establecido reiteradamente los Tribunales Superiores, ese acto ilícito, dada su naturaleza particular se lleva a cabo dentro del mayor sigilo, tomando las precauciones necesarias para la ocultación de la infidelidad, y de ahí que no pueda exigirse la prueba en referencia pues no existe en la mayoría de los casos por la razón apuntada, sino que la gravedad, precisión y concordancia de la indiciaría como la que se ha producido en autos, es la que da base para tenerlo por consumado".

Ejemplos recientes de constatación del adulterio mediante prueba indiciaria se encuentran también en la jurisprudencia del Juzgado encargado de la materia familiar.

Frente a este tipo de prueba indiciaria no han valido argumentaciones relativas a diferencias de edad, ni a avanzada edad de uno de los sujetos. En tal sentido se ha manifestado nuestra Sala de Casación.

Así: "una diferencia de edad como la que se apunta, no hace inverosímil las relaciones aludidas y sí aceptables las presunciones a que se llegó en el caso en estudio".

Y, por otra parte: "... el hecho de que una mujer casada tenga alrededor de cincuenta años y sea hasta abuela no es argumento para negar la posibilidad de que cometa adulterio".

La tesis no funciona, sin embargo, cuando la edad es más elevada según la jurisprudencia del Juzgado de Familia; así se ha dicho: "nótese que el demandado es persona de avanzada edad (70 años), circunstancia que hace presumir que las visitas que éste hacía a la casa de la señora X podrían tener cualquier otro objetivo, menos el de adulterio que esos testigos suponen llegaba a cometer dicho accionado".

c)DERECHO Y OBLIGACIÓN DE RECÍPROCA FIDELIDAD

[Fernández]³

También los consignan todas las legislaciones, por ser inherentes a la naturaleza misma del matrimonio. Dada la generalidad y unanimidad de los preceptos concernientes a este deber, creemos innecesario especificar el lugar que ocupan en los cuerpos legales de cada país.

El principio está consignado sin excepción, pero tampoco es fácil su aseguramiento.

En casi todas las legislaciones, las consecuencias del incumplimiento de esa trascendental obligación de fidelidad suelen ser las mismas. Dar lugar a una acción de divorcio y poder ser constitutiva de un delito de adulterio, aunque la acción en este caso sea privada y reservada al cónyuge inocente. Hay legislaciones, como la española, que para establecer el adulterio como causa de divorcio, formulan distinción, entre el cometido por el marido y el perpetrado por la mujer, y consignan, con manifiesta desigualdad, que constituye causa de divorcio el adulterio de la mujer en todo caso, y el del marido, sólo cuando hubiese mediado escándalo público o menosprecio de la mujer.

Las razones en que esa distinción se funda están en verdad anticuadas, y la Ley de divorcio española, promulgada durante la República, en 2 de marzo de 1932, y después derogada por el actual régimen político, modificó ese precepto y equiparó el adulterio de cualquiera de los cónyuges como causa de divorcio.

La mayoría de las legislaciones modernas han seguido el mismo criterio y consideran como motivo de divorcio el adulterio, sin distinguir el cometido por la mujer del perpetrado por el marido.

Dada la índole elemental de este trabajo y los escasos matices diferenciales que existen en las legislaciones al tratar este punto, creemos suficiente lo expuesto, en relación con la materia.

d)EL DEBER DE FIDELIDAD

[Lacruz]⁴

1. Hasta época muy reciente la doctrina ha considerado el deber de fidelidad en un doble aspecto, positivo y negativo: en el uno, representa la recíproca disponibilidad sexual de los cónyuges, que en el primer momento se traduce, según la doctrina inglesa, en el derecho a consumir el matrimonio. En el aspecto negativo, implica la exclusividad de relaciones sexuales entre los cónyuges, y por tanto la obligación de cada uno de ellos de abstenerse de tales relaciones con terceros y, en general, de cualquier conducta que permita suponer que existen.

2. En cuanto al *ius in corpus* y la generación, creo que podemos aceptar como un buen resumen de los *loci communes* en todos los ordenamientos europeos y el propio nuestro hasta época reciente, la exposición de Bromley, para quien «el derecho mutuo al trato sexual prosigue cuando el matrimonio se consuma, con tal que sea razonablemente ejercitado: un cónyuge no está obligado a someterse a las exigencias del otro que sean desordenadas o no razonables, o puedan acarrear



perjuicio a su salud. La esposa tiene derecho a realizar su natural deseo de tener hijos, de modo que su marido no puede insistir en el uso de anticonceptivos o de otros artificios».

Evidentemente, el cumplimiento de estas obligaciones no puede ser coaccionado por el cónyuge; una vieja sentencia inglesa, país donde el marido no puede incurrir en delito de violación frente a su mujer, aclara que no le está permitido emplear la fuerza para tener relaciones sexuales con ella, pudiendo en otro caso ser convicto de assault, incluso si no ha aplicado más fuerza de la necesaria a sus fines (R. *versus* Jackson, año 1891).

Mas la doctrina de los últimos años viene pasando a un primer término la necesidad de respetar cualquier intromisión en el aspecto íntimo de esas relaciones conyugales, que las hace inabordables para el Derecho: así, recientemente, Wacke, en el conocido y solvente Münchener Kommentar, se limita a decir que «no tiene cada cónyuge obligación estricta de trato sexual con el otro: un proceso dirigido a este extremo sería algo penoso e inelegante. El Estado no puede dictar a los cónyuges instrucciones sobre su vida íntima». Y, por ejemplo, en los *Principles of Family Law*, de Cretney (año 1979), no se encuentra ninguna consideración sobre un asunto que en época anterior había merecido tanta atención a la doctrina contemporánea.

Algunos autores italianos rechazan el antiguo ius in corpus, en homenaje a «las exigencias de la personalidad del individuo», que no «legitiman una reducción del propio individuo y de su cuerpo a objeto de una situación jurídica subjetiva y, en definitiva, de un derecho real» (Furguiele).

Luego aludiré al riesgo que entraña el recurso demasiado fácil a los «derechos de la personalidad». Por ahora retengamos la evidente incoercibilidad directa o indirecta de los deberes íntimos conyugales, pero esto, no exactamente en atención a los derechos de la personalidad del cónyuge casado, sino a la intimidad misma de la relación (no ya sólo «personalidad de la prestación» en el sentido del art. 1161 del Código Civil), que impide al orden judicial entrar en el examen y prueba de sus diversos aspectos, incidencias y motivaciones. Pero retengamos también su condición última de deber jurídico, pues nada obliga a renunciar a la doctrina tradicional y dominante que lo incluye entre los «deberes conyugales» del art. 68, así como en aquellos cuya infracción menciona, como causa de separación, el art. 82, regla primera. La dificultad se refiere a la prueba de la infracción, pero no a las consecuencias de ésta cuando la evidencia pueda conseguirse por medios permitidos, como la confesión espontánea del infractor.

3. Un aspecto particular de la relación sexual entre los cónyuges es el de la procreación. ¿Tiene uno de ellos derecho a que el otro coopere para tener hijos? En principio, de la propia naturaleza del matrimonio se desprende la respuesta afirmativa, si bien la tutela frente al incumplimiento está sujeta a las limitaciones ahora señaladas.

En la doctrina alemana se discute sobre el valor de los convenios entre los esposos para impedir la procreación: Wacke piensa que «no son contrarios a las buenas costumbres, aunque en un país de natalidad particularmente escasa, como Alemania, no sean deseables», y estima (contra la postura de Bromley antes referida) que cambiando de opinión una de las partes, la otra puede insistir en mantener el acuerdo. Es más: «la interrupción del uso de medios anticonceptivos sin comunicarlo a la otra parte, es igualmente contraria a la ética matrimonial en cuanto representa un engaño», y lo mismo el uso unilateral de anticonceptivos después de la decisión común de tener un hijo, o bien la esterilización, o el aborto contra la voluntad del otro cónyuge o sin ella.

Para el Derecho español, pienso yo que aquellos hechos que sólo se manifiestan en las relaciones íntimas de los cónyuges no pueden ser materia de convenio con eficacia jurídica, y por tanto que

tampoco cabe atribuir consecuencias a su infracción, mientras que la negativa de un cónyuge a la generación fecunda, una vez demostrada por medios permitidos, puede ser relevante a efectos de la separación de los cónyuges por incumplimiento de los deberes conyugales, siempre que el hecho pueda apreciarse por el Juez sin entrar en valoraciones éticas o de conveniencia de la familia, que parecen reservadas a los esposos. Obsérvese que en el matrimonio civil la exclusión del *bonum proles* no es causa de nulidad.

Distinto es el caso de aquellos hechos (esterilización, aborto) que se manifiestan al exterior, de modo que la infracción puede ser demostrada fuera del ámbito de las relaciones íntimas.

4. La tutela jurídica del aspecto negativo del deber de fidelidad ha sufrido una ruda transformación con la abolición del delito de adulterio, por Ley de 28 de mayo de 1978; al dejar de ser éste igualmente causa de indignidad sucesoria; al permitir la reforma de 13 de mayo de 1981 el reconocimiento de los hijos adulterinos y equipararlos en derechos con los matrimoniales; al sentar la reforma del Título IV el principio de la irrelevancia inicial de la culpa para la fijación de las pensiones en la separación personal de los cónyuges; y al permitir la Ley de 13 de mayo de 1981 que la mujer, en ciertos casos, pueda impugnar la paternidad de su marido (art. 137). Sin embargo, el Código continúa insistiendo, en su nueva redacción, en el deber de fidelidad, que se ha conservado en el art. 68, mientras el 82.1 establece como causa de separación «la infidelidad conyugal», para la que, además, señala un límite: la separación de hecho antecedente libremente consentida, o bien impuesta por el otro al cónyuge infiel.

En mi opinión, se han restringido ciertos presupuestos del deber de fidelidad; han cambiado las formas de tutela de tal deber, y por tanto las consecuencias de su infracción; pero persiste el deber mismo. Sigue, por consiguiente, constituyendo el adulterio una grave infracción de la fe conyugal, y obligado cada esposo a la exclusiva sexual frente al otro y a observar una conducta congruente con esa deuda. Varían los efectos de la infracción, pero no la regla que impone el deber infringido.

5. Frente a esto, una reciente doctrina pretende dar un «nuevo sentido» a la obligación de fidelidad, que —dice— «ha perdido el originario carácter de deber formal impuesto desde afuera y tutelado como valor jurídico autónomo y relevante en el plano privatístico (separación por culpa) y en el plano penal (adulterio y concubinato), para asumir significado sustancial, desenganchado del deber de exclusiva sexual y adherido, en cambio, al recíproco vínculo de responsabilidad de los cónyuges» (Alagna). «Lo importante es la *voluntad de plena unión de los cónyuges*»; la armonía entre ellos, y también la estabilidad familiar en interés de los hijos, con independencia de la exclusiva sexual, por lo que se habrá de valorar en cada caso si las eventuales relaciones físicas de un cónyuge con tercero quebrantan o no esa unidad.

Mantiene esta doctrina que en el derecho del individuo a la libertad, la autonomía y la plena realización, garantizado por la Constitución, entra el derecho a la propia vida afectiva: a realizar la propia personalidad también en el plano afectivo. Me parece entender, entonces, que este plano afectivo puede desvincularse del de la unidad familiar, que no se podría perseguir «individualizando una serie de límites a la unidad física y síquica de los cónyuges» ni menos «incentivando un espíritu de reivindicación en el cónyuge ofendido» (Alagna).

En el extremo de esta línea ideológica se inscribe (entre otras) una sentencia italiana de la pretura de Pontedera (año 1972) que, con arreglo a la nueva moral, apostrofa incluso la actitud del cónyuge ofendido que no acepta su situación y llega a la querrela criminal. Prescindo ahora de la oportunidad de este remedio penal, cuya supresión en España por Ley de 28 de mayo de 1978 me parece acertada, y me fijo solamente en los razonamientos de la sentencia, en un caso en el que —



dice— la esposa, ante la constitución de un segundo hogar por su marido, se negó obstinadamente «a aceptar con dignidad la hoy definitiva ruptura», abandonando entonces el marido el domicilio conyugal «no por capricho, no por ir en busca de fáciles y placenteras diversiones sentimentales con mujeres acaso más alegres o más jóvenes que la suya, sino asumiendo prácticamente el peso de otra familia, y al unirse con una ex-prostituta, madre de tres hijos y separada de su marido que se encuentra en la cárcel, ha afrontado una realidad dramática que nada de placentero ni de divertido puede ofrecer». Según la sentencia, en tal caso, no sólo «no se puede culpar al demandado que está enamorado de otra mujer, porque se trata de hechos que escapan al control de la voluntad humana», sino que el marido, abandonando su casa, «eligió la solución moralmente más sana y ventajosa para todos los componentes de la familia, a los cuales continuó prestando la debida asistencia material». Tal solución viene abonada por «razones sentimentales que pueden fundadamente considerarse serias, profundas, meditadas y, en definitiva, insuprimibles», esto es, que frente a ellas debe ceder toda obligación relacionada con la responsabilidad familiar, excepto la debida asistencia económica. En suma: se erige en regla jurídica que *le coeur á de raisons que la raison ne connait pas*.

6. Estas apreciaciones, que probablemente son innecesarias para fundar la sentencia, nunca podrían valer en el Derecho español vigente: al cónyuge no se le puede exigir amor, ni devoción, ni dedicación abnegada al otro, pero sí una responsabilidad que ha contraído frente al otro y a los hijos comunes, y de la que no podría desprenderse unilateralmente mientras el matrimonio, aún disoluble hoy, siga produciendo efectos.

En particular, no es seria la contraposición entre la fidelidad entendida en el sentido tradicional y los derechos de autonomía y realización personal, que se emplean entonces como un comodín para deshacerse de deberes y responsabilidades que en un momento dado coartan el propio arbitrio. Con el mismo fundamento podría negarse un deudor a cumplir sus obligaciones porque el hacerlo le produce un trauma, o pretender cualquiera que el vecino le entregue el reloj o la cuenta corriente porque los precisa para el armónico desarrollo de su personalidad. El matrimonio comporta unas limitaciones personales que ha asumido el que se casa y que coartan su vida sexual y afectiva legítimamente, en virtud de un compromiso aprobado por la Constitución.

En el ámbito de responsabilidad del cónyuge, en el cual no entran los sentimientos, sí entra, y esto es una cuestión de principio, la exclusiva sexual, precisamente como una de las bases del matrimonio, y como una base de orden público: tanto más ahora, cuando su incumplimiento no tiene consecuencias penales (lo que puede dar la impresión —así, De los Mozos— de una cierta libertad para infringir el deber).

Tal es el significado del art. 68, que de lo contrario resultaría inútil en este aspecto. Cosa distinta es que, una vez admitido el principio, se reconozca, no sólo la imposibilidad de coaccionar directamente el cumplimiento del deber de fidelidad en sus diversos aspectos, sino también la necesidad de juzgar las infracciones de este deber con arreglo a las circunstancias del caso, de la familia y del entorno, que son las que les dan o quitan relevancia como causa de separación o, eventualmente, de una acción de daños.

De las orientaciones más recientes sí podemos acoger la extensión del deber de fidelidad al ámbito afectivo en general: al reducirse el vigor de la tutela se extiende el contenido del deber, que abarca, por ejemplo, el recelo infundado y los celos de un cónyuge que destruyen la relación de mutua confianza (Gschnitzer), o su conducta equívoca, que crea una apariencia comprometedor y lesiva para la dignidad del otro. El TS, con un criterio que me sigue pareciendo actual, al aplicar la Ley del Divorcio de 2 de marzo de 1932, especificó que «pueden cometerse actos que sean atentatorios a

la fidelidad conyugal, que sin tener una demostración de que lleguen a la categoría de ayuntamiento carnal, constitutivo de adulterio, pueden entrañar una conducta inmoral o deshonrosa de uno de los cónyuges que produzca la perturbación en las relaciones matrimoniales que haga insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida común» (Sentencia 24 de enero de 1935). A la conducta de una esposa, obligada a evitar toda relación «anormal», que pueda «servir de base de desprestigio del marido», aludió la sentencia de 31 de enero de 1935; y al «respeto y corrección que exige el vínculo», la sentencia de 7 de febrero de 1935.

7. Del carácter de orden público que conserva —dentro de su reducido ámbito de eficacia— el deber de fidelidad, se deduce que los cónyuges no pueden dispensarse mutuamente (o uno de ellos al otro) de su cumplimiento, de modo que tal dispensa no vale; no vincula para el futuro, aunque como circunstancia de hecho impediría reclamar por las infracciones realizadas sirviéndose de ella.

Esto resuelve el problema de la heteroinseminación artificial realizada con el consentimiento del marido: éste no podrá reclamar. Sin dicho consentimiento, aunque no se pueda calificar tal acto de adulterio, por falta de relación sexual con tercero, sí constituye infidelidad.

e) **ADULTERIO**

[Morduchowicz]⁵

Concepto

El inc. del artículo 67 de la ley de matrimonio civil inaugura la enumeración de las causales de divorcio admitidas en el derecho argentino, con el *adulterio de la mujer o del marido*. El inciso se refiere, indistintamente, al adulterio de ambos cónyuges, en una actitud de equiparación de la que enseguida se hará mérito.

El término *adulterio*, cuya significación literal es ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer siendo uno de ellos o los dos casados, necesita, para su caracterización jurídica, una más amplia explicación.

Es preciso advertir en el adulterio, como causal de divorcio, dos elementos: un elemento material, consistente en las relaciones sexuales con una persona distinta del cónyuge, y un elemento intencional, la libre voluntad de realizar ese acto. La misma distinción debe hacerse para caracterizar el adulterio en el derecho penal, como figura delictiva, aunque entre la causa de divorcio y el delito hay diferencias importantes.

En ese sentido, se ha dicho que cuando uno de los mencionados elementos falta, no puede haber ni penalidad ni divorcio. Una intimidad deshonrosa, por ejemplo, no podría invocarse como constitutiva de adulterio que implicara el divorcio, y lo mismo ocurre con la tentativa de adulterio. Estos actos pueden ser valorados como injurias graves, pero no como adulterio. Y con idéntico criterio no hay adulterio cuando el acercamiento sexual ha sido la consecuencia de un acto de violencia, o el resultado de una sugestión hipnótica o de cualquier otro vicio de la voluntad que

elimine el elemento intencional.

Cada uno de los cónyuges tiene el derecho de obtener el divorcio por adulterio del otro. Ello surge del mutuo deber de fidelidad que no admite dos grados diferentes (artículo 50, ley matrimonio civil).

Valoración civil y penal del adulterio

Hay importantes diferencias entre el adulterio como causa de divorcio y la figura delictiva del mismo nombre. La ley civil equipara la situación de ambos cónyuges para considerar la conducta que tiene relevancia como causa determinante del divorcio; en otros términos, ambos cónyuges están colocados en un plano semejante para valorar sus relaciones extramatrimoniales, porque el deber de fidelidad es igual para los dos cónyuges: *los esposos están obligados a guardarse fidelidad, sin que la infidelidad del uno autorice al otro a proceder del mismo modo* (artículo 50, ley matrimonio civil) ; y la igualdad de tratamiento en la cuestión del divorcio es perfectamente compatible con el mantenimiento de la antigua diferencia con la represión penal del adulterio.

En efecto, desde el punto de vista del derecho penal, el adulterio se perfecciona con distintos elementos según se trate de la mujer o del marido. En el caso de la mujer, un solo hecho es suficiente para configurar el delito, mientras que en el del marido la figura sólo se perfeccionaría cuando él *tuviere manceba dentro o fuera de la casa conyugal* (artículo 117, incs. 1° y 3° del cód. Penal).

En numerosos supuestos en que la figura del derecho penal no pueda ser penada, cabe, sin embargo, la acción por divorcio por la misma causal. Deben tenerse en cuenta los supuestos de delito cometido en el extranjero, de que no se haya iniciado la acción criminal, que es privada, o que se abandone (artículo 73, cód. penal) , o la prescripción de la acción o de la pena. En todos esos supuestos en que no podría funcionar la sanción penal, progresaría, a pesar de ello, la acción del divorcio.

Fundamento de la distinción

Desde el punto de vista del derecho civil, es indiferente que el adulterio lo cometa la mujer o el marido. Se trata de una violación del deber de fidelidad, cuyo cumplimiento no admite grados, y es exactamente igual para ambos cónyuges: absoluto y recíproco. Es una de las más importantes consecuencias del matrimonio monogámico. Es obvio, entonces, que el más elemental criterio de justicia aconseja conceder el divorcio a la mujer en un plano de perfecta igualdad con el marido.

En cambio es distinto el criterio desde el punto de vista penal, porque se trata de la represión del adulterio como delito, y es necesario tener en cuenta los intereses jurídicos protegidos, que determinan las modalidades de la figura delictiva. En el caso, es necesario señalar, entre ellos, la protección de la seguridad de la filiación, que reposa en la fidelidad. Desde ese punto de vista, el adulterio del marido es mucho menos peligroso que el de la mujer, porque no levanta sospecha sobre la filiación de los hijos. La legislación penal contempla el peligro social que implica el adulterio de la mujer y por esta consideración establece la desigualdad en los elementos



constitutivos del delito.

Derecho comparado

Resabios de la distinta valoración que incluso en sede civil se otorgaba antaño al adulterio de los cónyuges son los dos artículos que para referirse a él contiene el cód. civil francés (artículos 229 y 230), que mencionan exactamente con los mismos términos el adulterio cometido por la mujer y el cometido por el marido; el doble texto tenía su razón de ser en la redacción primitiva, que establecía una diferencia entre los dos esposos: todo adulterio cometido por la mujer, lo mismo aislado, que fuera de la casa conyugal, acarrea contra ella la sentencia de divorcio. Por el contrario, el adulterio del marido no daba lugar al divorcio en tanto no fuese acompañado de una doble circunstancia agravante: el mantenimiento regular de una concubina y dicho mantenimiento en la casa conyugal. La diferencia fué suprimida en 1884.

En el derecho alemán el adulterio es causa de divorcio y se le equiparan la bigamia punible y el delito, también punible, contra natura, entre hombre y hombre, y hombre y animal (artículo 165, cód. civil alemán). Otras inmoralidades graves se toman en cuenta sólo como causas relativas de divorcio, es decir, que es necesario tener en cuenta, en cada caso, si esos hechos han perturbado el matrimonio in concreto.

Adulterio en caso de matrimonio subsiguiente a un divorcio

Antes de la sanción de la ley 14.394 que estableció el divorcio ad vinculum, existían dificultades para determinar si había o no adulterio en el caso de matrimonios celebrados en el extranjero, después de haber obtenido una sentencia de divorcio vincular entre esposos domiciliados en Argentina. La ley argentina no admitía la disolución del matrimonio sino por la muerte, y por ello se resolvió que la segunda unión no puede ser considerada sino como concubinato si el matrimonio anterior no fué disuelto.

En otro pronunciamiento se estableció que el casamiento del marido, en el extranjero, después de haber obtenido allí el divorcio de su matrimonio celebrado en nuestro país, en un juicio en el que la esposa no tuvo intervención, no puede considerarse sino como un concubinato; por ello la esposa accionante puede invocarlo como fundamento de su demanda de divorcio por adulterio. En sentido coincidente, cuando se ha probado que la esposa contrajo enlace en país extranjero y vive con el nuevo contrayente, es pertinente el divorcio por adulterio de la esposa. También se declaró que corresponde decretar el divorcio por injurias graves y adulterio de la esposa, si ésta contrajo enlace por poder en México; la nueva unión de ella fué calificada como concubinato, y se ha admitido que si con posterioridad al casamiento ilegal de la esposa, el marido también contrae nuevo matrimonio, en iguales condiciones, incurre del mismo modo en adulterio, conforme al artículo 50 de la ley de matrimonio civil.

En contraposición al criterio predominante en los pronunciamientos transcritos, no se admitió la causal de adulterio en un caso en que el cónyuge contrajo nuevo enlace en Montevideo, después de tramitado el divorcio en México. En este caso, el tribunal sostuvo que el adulterio exige, además de los hechos materiales, el factor psicológico intencional. Para configurar la causal de divorcio, el

hecho debe constituir siempre un delito desde el punto de vista civil (artículo 1072 Cód. Civil). Sostener que los matrimonios realizados bajo el amparo de leyes extranjeras siempre constituyen uniones adúlteras, parece excesivo y contrario a los hechos, ya que nuestra jurisprudencia, interpretando los principios que establecían los tratados que nos vinculaban a -otras naciones, llegó a acordar, en ciertas condiciones, validez a dichos actos.

Con la institución del divorcio ad vinculum en el derecho argentino, la solución no cambia substancialmente en los casos referidos. Debe respetarse la competencia judicial determinada por las leyes de la materia, y a esa competencia deben someterse los cónyuges para accionar por divorcio. Todas las acciones que se intenten en colusión a las normas legales serán nulas, y en consecuencia, los hechos posteriores que acontezcan producirán sus consecuencias legales.

Caso de cónyuges divorciados. Ley 14.394.

En el caso de cónyuges divorciados en la Argentina por sentencia de juez competente, que posteriormente obtengan la disolución del vínculo por la acción que instituye la ley 14.394, es evidente que al estar autorizados para contraer nuevas nupcias, sus relaciones sexuales no pueden configurar la causal de divorcio de adulterio ni el delito del mismo nombre.

¿Pueden constituir adulterio las relaciones extramatrimoniales de un cónyuge separado que no intentó ni se acogió a la acción de disolución del vínculo, si media la disolución por instancia del otro cónyuge? A pesar de que el efecto de la declaración es personal, la respuesta es evidentemente negativa. Si el cónyuge separado judicialmente se encuentra, a pesar de no haber intentado la acción de disolución, habilitado para contraer nuevo matrimonio legítimo, es evidente que sus relaciones sexuales no pueden configurar el adulterio. Por otra parte, el único que podría invocarlo sería el otro cónyuge, es decir, el que demandó y obtuvo la disolución, y por efecto de la misma, no puede hacerlo en virtud de que ha desaparecido, a su respecto, la obligación de fidelidad porque se han extinguido los efectos del anterior matrimonio.

Requisitos de la causa de adulterio.

Ya se ha visto que el adulterio requiere la presencia necesaria de sus dos elementos: el elemento material de la relación sexual y el intencional o psicológico de tener el propósito de mantener esa relación. Pero, a más de ello, para que las relaciones extramatrimoniales puedan valorarse como causa de divorcio, es necesario que haya habido menoscabo para el cónyuge accionante, es decir, que no haya habido de su parte, motivos para excluir el dolo de su consorte. El marido que hubiera favorecido la conducta irregular de su esposa no podría eficazmente pretender que se dictara y fundara en lo irregular de esa conducta un pronunciamiento de divorcio, porque el adulterio en tales circunstancias habría perdido su carácter injurioso y porque sería irrisorio que quien se considerara ofendido fuese, precisamente, el mismo que invocara el hecho. Incluso podría aparecer, en ese caso, la provocación determinante de divorcio que prevé el inc. 3° del artículo 67 de la ley de matrimonio civil.



Prueba del adulterio

Los primeros pronunciamientos judiciales, producidos después de la sanción de la ley de matrimonio civil de 1889, exigieron, para tener por comprobado el adulterio, la prueba directa, y por consiguiente plena; se temía entonces que la admisión de las pruebas indiciarias permitiera la declaración de divorcios logrados por consentimiento entre los cónyuges. Pero esa prueba es prácticamente imposible.

Hay que tener en cuenta, por otra parte, las diferencias apuntadas entre el concepto civil y penal del adulterio, de las que surgen importantes consecuencias en el orden de la prueba. En el orden penal se exige rigurosamente la reunión de todos los elementos que constituyen la figura delictiva y es necesaria la verificación material del acceso carnal, lo que ha incidido para que, en la práctica judicial, sean muy escasas las condenas por ese delito.

En cambio, en el orden civil, al estimar el adulterio como causa de divorcio, se exige solamente la prueba indiciaria, es decir, elementos idóneos para llevar al ánimo del juzgador la convicción precisa de que el adulterio se ha consumado, lo que resulta de presunciones graves, precisas y concordantes, sin que sea menester acreditar el concubito. A pesar de la uniformidad de la jurisprudencia en cuanto a la admisión de la prueba indiciaria para acreditar el adulterio, se ha declarado que si se trata de un hecho tan grave como el adulterio de la esposa que tan fuertemente la ley y la sociedad sancionan, las exigencias de la prueba deben llevarse al máximo y basta una duda para que no deba tenerse por comprobada la causal.

Circunstancias que prueban el adulterio

Han sido consideradas como probatorias del adulterio las anotaciones llevadas por la esposa en forma de diario íntimo cuya autenticidad fué debidamente comprobada, en cuanto revelan su inconducta, corroborada por la prueba testimonial producida; también se ha considerado probada la causal del inc. 1° del artículo 67 de la ley de matrimonio civil, cuando existe una carta de la esposa dirigida al marido, ausente en el extranjero, en la que anuncia su decisión de irse a vivir con otro hombre, a quien, según dice, "ama a pesar de todo" y la sinceridad de la misma se halla corroborada por la presencia de testigos que declaran haber visto muchas veces a la demandada con el que aparece como cómplice, en diversos lugares, y afirman por otras circunstancias que ambos viven en concubinato.

En otro caso se resolvió que la forma de actuar de la esposa con respecto a un vecino soltero, con el que pasaba largo rato con marcada frecuencia en su pieza, a pesar de la prohibición del marido y sus familiares, sus gestos excesivamente expresivos en la azotea al ir a lavar la ropa de él, lleva a la conclusión de la evidencia del adulterio, pues tal familiaridad pasa los límites de una simple amistad, "aún en esta época en que ciertas formas se sobrepasan sin mayor preocupación" (sic). El mismo criterio informó otro pronunciamiento en el que se resolvió que acreditado en autos que la esposa vivía en otra localidad en concubinato con una tercera persona y que estuvo internada en una maternidad como esposa de dicha persona, donde dió a luz una criatura, debe tenerse como suficientemente probado el concurso de adulterio, injurias graves y abandono voluntario y malicioso, que justifican la declaración del divorcio por su culpa.

La declaración de la concubina del marido que reconoció su amancebamiento con el mismo, la partida de nacimiento del hijo denunciado por ella como natural y su reconocimiento por aquél al instituirlo beneficiario de un seguro, son pruebas suficientes de su adulterio.

Acreditan el adulterio de la mujer separada de hecho su conducta al andar acompañada de otro hombre, tomados del brazo y en "actitud de pareja" como el hecho de haber sido atendida diez años después de la separación de una lúe en actividad. Idéntico criterio determinó la resolución que consideró configurada la causa del inc. 19 del art. 67 de la ley de matrimonio civil por el hecho de que la mujer vivía en la misma casa del hombre a quien se le imputa, según prueba testimonial rendida en el juicio, ser su cómplice en el adulterio y con quien se la ha visto acompañada en distintos lugares públicos. Han sido estimadas como circunstancias que prueban el adulterio el aborto producido a los varios años de la separación, y desde luego el alumbramiento, lo mismo que la declaración formulada por la esposa en la policía de haber vivido en concubinato con un hombre a quien acusa de haberla golpeado.

Circunstancias que no prueban el adulterio

En cambio no se ha considerado suficientemente probado el adulterio con la confesión de la demandada, ni con el documento con el que el marido acredita el mal venéreo adquirido por la esposa, y en general con la presencia de enfermedades sexuales. Tampoco ha sido considerada suficiente probanza la declaración de dos sirvientes que relatan hechos en parte inverosímiles o que revelan una actitud tan temeraria y despreocupada en la cónyuge acusada de adulterio, que resultan inadmisibles ante la comprobación de su ejemplar conducta anterior; o el dicho del testigo que afirma habersele referido en el barrio que el demandado vivía con su presunta cómplice; o el dicho de testigos que afirman haber visto entrar a la esposa a una casa de departamentos, si la casa resulta ocupada por personas honestas. Tampoco se consideró probado el adulterio con los dichos de testigos que vieron alguna vez al marido entrar del brazo a un teatro con una mujer, o pasear en igual forma por una calle céntrica de gran afluencia de público, cuando ninguno de los deponentes dijo que lo hicieran solos, ni que por su actitud no pudiera tratarse de persona de amistad íntima del marido, sin otra malsana vinculación, y además, tampoco refirieron que la persona de la acompañante fuera siempre la misma.

Derecho comparado

En el derecho francés se admiten todos los medios de prueba para establecer el hecho del adulterio, entre ellos la confesión cuando no es decisoria y a condición de que no haya sido tomada de un documento confidencial. También puede recurrirse a la prueba testimonial o a las simples presunciones cuando sean claras y convincentes a criterio del juzgador. La confesión o las presunciones pueden resultar de la correspondencia. La prueba del adulterio también puede resultar de una sentencia penal.

f) EL DIVORCIO CONTENCIOSO

[Benavides]⁶

El denominado divorcio contencioso requiere la concurrencia de una causal demostrada aún en grado de indicios. No se ha aceptado el allanamiento expreso o tácito a los hechos o la confesión como suficiente para acoger una demanda. El artículo 48 contiene un elenco de causales, aunque ya sabemos que la del inciso 7 se refiere al supuesto ya descrito, del divorcio no contencioso. Estas son:

- 1) El adulterio de cualquiera de los cónyuges;
- 2) El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de sus hijos;
- 3) La tentativa de uno de los cónyuges para prostituir o corromper al otro cónyuge y la tentativa de corrupción o la corrupción de los hijos de cualquiera de ellos;
- 4) La sevicia en perjuicio del otro cónyuge o de sus hijos;
- 5) La separación judicial por término no menor de un año, si durante ese lapso no ha mediado reconciliación entre los cónyuges; durante dicho lapso el Tribunal, a solicitud de los interesados y con un intervalo mínimo de tres meses, deberá celebrar no menos de dos comparecencias para intentar la reconciliación entre los cónyuges.
La primera comparecencia no podrá celebrarse antes de tres meses de decretada la separación. Para tales efectos, el Tribunal solicitará los informes que considere pertinentes.
Si alguno de los cónyuges no asistiere a las comparecencias, si éstas no se solicitan, o si las conclusiones a que llegue el Tribunal así lo aconsejan, el plazo para decretar el divorcio será de dos años;
- 6) La ausencia del cónyuge, legalmente declarada; y
- 7) El mutuo consentimiento de ambos cónyuges.
- 8) La separación de hecho por un término no menor de tres años.

Es importante mencionar que a partir de 1997 se incluye la siguiente norma, que pareciera permite el reclamo de daños y perjuicios ante el divorcio, pero ha sido criticada, pues más bien limita las posibilidades:

Artículo 48 bis.— Daños y perjuicios.— «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 1.045 del Código Civil».

En cuanto a la legitimación y el tiempo para pedir el divorcio el artículo 49 dice: *«La acción de divorcio sólo puede establecerse por el cónyuge inocente, dentro de un año contado desde que tuvo conocimiento de los hechos que lo motiven.*

En los casos de ausencia judicialmente declarada podrá plantear la acción el cónyuge presente en cualquier momento. Para estos efectos el Tribunal nombrará al demandado un curador ad litem».

Sobre la muerte de alguno de los cónyuges se regula en el artículo 50 que: *«La muerte de cualquiera de los cónyuges pone término al juicio de divorcio».*

Y respecto a la reconciliación, según el artículo 52: *«No procede el divorcio si ha habido reconciliación o vida marital entre los cónyuges después del conocimiento de los hechos que habrían podido autorizarlo, o después de la demanda; mas si se intenta una nueva acción de*



divorcio por causa sobrevenida a la reconciliación, el Tribunal podrá tomar en cuenta las causas anteriores».

Una de las medidas interlocutorias que expresamente establece el Código de Familia es la salida del hogar de alguno de los cónyuges, de ahí lo previsto en el artículo 53: *«Pedido el divorcio, el Tribunal puede autorizar u ordenar a cualquiera de los cónyuges la salida del domicilio conyugal».*

Otra de las medidas de trámite es la relacionada con el cuidado de los hijos, según el artículo 54 del Código de Familia: *«A solicitud del padre o madre, del Ministerio Público, o del Patronato Nacional de la Infancia, el Tribunal resolverá a cuál de los cónyuges, persona, pariente, o institución adecuada debe dejarse el cuidado provisional de los hijos».*

Ahora bien, el artículo 55 establece el momento en que se tiene por operado el divorcio: *«La sentencia firme de divorcio disuelve el vínculo matrimonial».*

Una de las necesarias disposiciones que debe tomarse en la sentencia de divorcio es lo relativo a la guarda, crianza y educación y relaciones paterno-filiales, por ello el artículo 56 establece que: *«Al declarar el divorcio, el Tribunal, tomando en cuenta el interés de los hijos menores y las aptitudes física y moral de los padres, determinará a cuál de los cónyuges confía la guarda, crianza y educación de aquéllos. Sin embargo, si ninguno de los progenitores está en capacidad de ejercerlas, los hijos se confiarán a una institución especializada o persona idónea, quienes asumirán las funciones de tutor.*

«El tribunal adoptará, además, las medidas necesarias concernientes a las relaciones personales entre padres e hijos.

«Cualquiera que sea la persona o institución a cuyo cargo queden los hijos, los padres quedan obligados a sufragar los gastos que demanden sus alimentos, conforme el artículo 35.

«Lo resuelto conforme a las disposiciones de este artículo no constituyen cosa juzgada y el Tribunal podrá modificarlo de acuerdo con la conveniencia de los hijos o por un cambio de circunstancias».

De la misma manera, en la sentencia se debe resolver sobre la pensión alimentaria entre los excónyuges. A tal fin, dispone el artículo 57: *«En la sentencia que declare el divorcio, el tribunal podrá conceder al cónyuge declarado inocente una pensión alimentaria a cargo del culpable. Igual facultad tendrá cuando el divorcio se base en una separación judicial donde existió cónyuge culpable.*

Esta pensión se regulará conforme a las disposiciones sobre alimentos y se revocará cuando el inocente contraiga nuevas nupcias o establezca unión de hecho.

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

No procederá la demanda de alimentos del ex cónyuge inocente que contraiga nuevas nupcias o conviva en unión de hecho».

En el Derecho de Familia costarricense no se regula la pensión compensatoria.

g) EL ADULTERIO DE UNO DE LOS CÓNYUGES

[Sotomayor]⁷

El *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* define al adulterio como: «El ayuntamiento carnal voluntario entre persona casada y otra de distinto sexo que no sea su cónyuge.»

El *Diccionario Aristos*, en una forma brevísima lo define como: violación de la fe conyugal.

Esta causal es muy antigua y en la Ley Judaica se la menciona como: «El trato sexual de un hombre casado con mujer casada, pues, si la mujer era soltera a este acto se lo calificaba sólo como fornicación.

En Roma, la *Lex Julia Adulteris Coercendis* calificó al adulterio como crimen público y social, que acarreaba un castigo para la mujer culpable y para su cómplice como era la relegación del culpable a las islas penales. En la época de Constantino y más tarde Justiniano, el cómplice fue condenado a pena de muerte y la mujer sometida a reclusión permanente en un convento.

La palabra adulterio proviene del latín «*adultare*», que significa falsificar o corromper y atenta contra la esencialidad de los fines que supone el matrimonio, constituyendo un agravio inconmensurable para el otro cónyuge.

Para la Iglesia Católica el adulterio es: «El ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer siendo uno de los casados o ambos.»

Dado que el adulterio consiste en la unión carnal entre un varón casado con una mujer distinta de la propia o de una mujer casada con varón que no sea su marido, cabe preguntarse si esta causal de adulterio se da cuando la relación sexual tiene lugar con una persona del mismo sexo, en los casos de homosexualidad o lesbianismo. El criterio jurídico en general es que no existe en estos casos adulterio, sino una **injuria grave** a la dignidad del cónyuge, toda vez que el matrimonio implica el deber de fidelidad y respeto a su dignidad humana. El mismo comentario lo podemos aplicar en los casos de bestialidad (zoofilia) y sodomía.

El Código Penal ecuatoriano, lo tenía configurado al adulterio como un delito, pero esta figura penal ya ha sido derogada.

Prueba del adulterio

Desde luego es sumamente difícil la prueba del adulterio y nuestra Corte Suprema de Justicia ha rechazado como prueba la confesión de la parte demandada. En la Gaceta Judicial, Serie XIII, N° 1, página 87, se señala que para que proceda esta causal se requiere de **prueba plena** y no basta la testimonial; mientras que en la misma Serie XIII, N° 2, página 367, se señala que el adulterio, dada la intimidad en que se perpetra el hecho sólo puede estar sujeto a **prueba conjetural**, que debe apreciarla el juez, tomando en consideración las presunciones graves, precisas y concordantes que aparezcan del proceso. Entre estas pruebas se abordan, por ejemplo el reconocimiento de un hijo fuera del matrimonio.

Si ambas partes han cometido adulterio o se encuentran conviviendo con distintas parejas, no procede esta causal, Gaceta Judicial, Serie XIV, N° 7, página 1715.

La tentativa de adulterio no constituye causal, ni tampoco los actos deshonestos y el bestialismo.

Para que el adulterio se dé, tiene que existir un **elemento material** consistente en las relaciones sexuales con una persona distinta del cónyuge de otro sexo y un **elemento intencional**, pues el adulterio no se da en los casos de violación o cuando la persona está privada de la razón.

También han surgido interrogantes relativas a la **inseminación artificial** de una tercera persona distinta al cónyuge, en estos casos, también se requiere conocer la intencionalidad o el asentimiento previo de los cónyuges que han convenido en este proceso. En el caso de la mujer fecundada con el semen de otro varón, mal podría ser acusada de adulterio si su cónyuge expresamente lo ha permitido. Lo propio podría ocurrir con el varón que fecunde por este medio a una mujer distinta de su cónyuge.

Tenemos que considerar que estamos viviendo una etapa de gran avance científico y tecnológico que ha dado paso a estos medios fecundatorios y para ello se han establecido los llamados «bancos de semen», que por supuesto, observan severas reglamentaciones para mantener la más absoluta reserva de los nombres de los donantes y beneficiarios. Sin embargo, por los modernos estudios del ADN, es relativamente fácil, ahora, la identificación de la paternidad o filiación de una persona y las leyes todavía están en conflicto con respecto a los derechos de eventuales herederos que pueden probar en un momento dado su legítima descendencia de tal o cual persona, inclusive de una persona fallecida, cuyo semen ha fecundado a otra persona, posteriormente a su deceso. Esta temática obliga a una concienzuda reflexión y estudio para poder plasmar en la ley las situaciones jurídicas que se dan dentro de este proceso indetenible de evolución social.

La acción de divorcio, por adulterio, prescribe en un año a partir del momento en el que el cónyuge afectado tuvo conocimiento del hecho y no desde la fecha en la que tuvo lugar, como lo establece el artículo 194 del Código Civil.

h) DIVORCIO POR CAUSAL

[Ramos]⁸

En nuestro Derecho solo procede esta vía procedimental por las causales establecidas en el artículo 148 del Código Civil, previstas para la separación de cuerpos y aplicables también al divorcio en virtud de lo dispuesto por el artículo 187 numeral 1o del Código Civil, debiéndose tener presente además el artículo 189 del Código Civil que hace aplicables al divorcio las disposiciones establecidas para la separación de cuerpos.

Parte de la doctrina admite que dicha enumeración tiene carácter taxativo, fundándose en el acápite del artículo 148 que establece que la separación de cuerpos «solo puede tener lugar» y luego enumera las causales. También se basa en el artículo 152 del Código Civil que establece que el Juez debe rechazar en forma liminar toda demanda de separación de cuerpos que no se funde en forma clara y terminante en alguna de las causales previstas por la ley.



Otros autores entienden, sin embargo, que dado que en nuestro país, al igual que en Argentina y en Francia, se ha asignado a la expresión «injurias graves» enunciada como causal en el numeral tercero del artículo 148 del Código Civil en un sentido sumamente amplio, en realidad ello ha determinado que en los hechos esta causal sea indeterminada, abriéndose por esta vía la nómina de causales de admisibilidad de la acción prevista por la ley.

Las causales no son excluyentes entre sí, por lo cual puede invocarse y probarse más de una conjuntamente, no requiriéndose que se haga en forma subsidiaria.

Promovido un juicio por determinada causal en el cual no fue posible probar ésta suficientemente, no existe impedimento alguno para interponer nuevamente la acción tendente a solicitar el divorcio o la separación de cuerpos en virtud de otra causal.

La ley señala ciertos casos en los que los hechos que configuran la causal implican la existencia de dolo o culpa en la conducta de uno o de ambos cónyuges, como por ej. sería el caso de la causal de adulterio. A este tipo de hipótesis la doctrina las denomina causales subjetivas.

Aquellas causales que, en cambio, no suponen culpa de alguno de los cónyuges, tales como la separación de hecho por más de tres años, son denominadas por los autores causales objetivas. Por lo tanto, este tipo de causales determina que por la mera constatación del hecho que configura la causal, recaiga el decreto judicial de divorcio sin que se proceda a indagar el origen o los móviles que le han dado lugar.

Asimismo, se ha hablado de causales que implican reproche a inconductas conyugales y causales que son moralmente neutras respectivamente, surgiendo otra clasificación manejada por la doctrina y la jurisprudencia que se refiere al divorcio sanción y el divorcio quiebra o divorcio remedio. La primera ve al divorcio como un castigo al cónyuge culpable; la segunda en cambio, lo encara como un remedio, como la forma de liberar a los cónyuges de un vínculo insostenible o que ya no existe en los hechos, sin que a ninguno de ellos pueda imputársele la situación que padecen.

En relación con esta clasificación hay que tener en cuenta que nuestra jurisprudencia ha admitido un criterio amplio en la valoración de la prueba en los casos de divorcio remedio pero no en el divorcio sanción. Cuando estamos frente a una causal que responde al concepto de divorcio remedio, como por ejemplo la de riñas y disputas, no se procura juzgar un comportamiento sino una situación matrimonial con abstracción del elemento culpabilidad.

Si se trata de un caso de separación de cuerpos o divorcio sanción, solo puede entablar la acción el cónyuge no culpable, es decir, quien ha sufrido la inconducta del otro, de acuerdo con lo establecido por el artículo 149 del Código Civil que establece que ninguno de los cónyuges puede fundar la acción en su propia culpa.

Otra clasificación que ha realizado la doctrina de las causales de separación de cuerpos y divorcio atiende a la mayor o menor discrecionalidad que en su apreciación se le otorga al Juez, distinguiendo de este modo entre causales absolutas, perentorias o determinadas y causales relativas, facultativas o indeterminadas.

En el caso de las primeras, el Juez debe limitarse a comprobar el hecho material que configura la causal y si resultare probado deberá decretar el divorcio o la separación de cuerpos. No corresponderá en estos casos que ingrese al análisis de algún otro elemento, ya que carece de la

facultad de apreciar libremente si la falta cometida por el cónyuge culpable es o no de tal gravedad que amerite la separación de cuerpos o el divorcio. Estas son las causales de los numerales 1, 2, 4, 5, 7, 8 y 9 del artículo 148 del Código Civil.

Por el contrario, en las causales indeterminadas o facultativas el Juez puede o no decretar la separación de cuerpos o el divorcio, ya que posee la facultad de practicar la apreciación antes referida, sin perjuicio de que en la práctica lo que normalmente ocurrirá será que los jueces siempre apreciarán si existe o no el hecho previsto como causal por la norma⁸. Son causales indeterminadas, facultativas o relativas las de los numerales 3, 6 y 10 del citado artículo.

Adulterio

Artículo 148: «La separación de cuerpos solo puede tener lugar: 1° Por el adulterio de cualquiera de los cónyuges».

Concepto

Esta causal de separación de cuerpos o divorcio implica la violación del deber de fidelidad impuesto a ambos cónyuges por el artículo 127 del Código Civil, por lo tanto en nuestro Derecho solo son sujetos de adulterio el hombre y la mujer casados.

El adulterio consiste en la relación sexual que tiene lugar en forma voluntaria entre una persona unida en matrimonio y otra persona de distinto sexo que no es su cónyuge.

El Código Civil no define el adulterio, por lo tanto de conformidad con lo dispuesto por el artículo 18 del Título Preliminar del Código Civil corresponde acudir a su significado natural y obvio.

La Real Academia define adulterio como «ayuntamiento carnal voluntario entre persona casada y otra de distinto sexo que no sea su cónyuge».

La doctrina en general distingue dos elementos en la configuración de esta causal. Así deben concurrir un elemento objetivo o material, consistente en las relaciones sexuales con persona de distinto sexo que no es su cónyuge y otro elemento subjetivo o intencional, que se traduce en la voluntad del adúltero en mantener dichas relaciones, o sea que debe haber existido voluntad de cometer adulterio, por lo tanto, no se configura esta causal cuando ha existido violación o la persona unida en matrimonio se encontraba privada de la razón, en estado hipnótico, etc.

Por lo tanto, cabe puntualizar que no constituye adulterio, sin perjuicio de que pueda dar lugar a la configuración de la causal de injurias graves, la tentativa de mantener relaciones sexuales con un tercero, así como tampoco lo es la relación sexual consumada con una persona del mismo sexo, ni tampoco aquella que ha tenido lugar contra la propia voluntad de aquél que está unido en matrimonio.

En otros países no se establece como causal de separación de cuerpos o divorcio el adulterio sino la «infidelidad conyugal». Pese a que como resulta evidente tanto el adulterio como la infidelidad

importan una violación del deber de fidelidad, la segunda resulta ser un concepto más amplio que el primero y en consecuencia lo incluye, es decir, todo adulterio constituye infidelidad, pero no se da la inversa.

Prueba

Como resulta obvio la prueba directa del adulterio es prácticamente imposible, por lo cual, a través de la jurisprudencia se observa que fundamentalmente ha consistido en una prueba de presunciones.

Por lo que son admisibles todo tipo de pruebas (documentos, testigos, presunciones, etc.), pero ellas deben apreciarse por el juez con un criterio riguroso.

Algunas de las consideraciones vertidas por nuestros jueces en torno a la prueba del adulterio son, en primer lugar, que por su gravedad y trascendencia jurídica y social debe probarse con mayor claridad que las otras causales.

Deber de fidelidad

Nuestro Código Civil ha consagrado desde su inicio el deber de fidelidad durante la vigencia del matrimonio.

No obstante, con la reciente Ley de unión concubinaria N° 18.246 de 18 de diciembre de 2007 se limitó su permanencia hasta que los cónyuges mantengan vida de consuno. En consecuencia, nuestro ordenamiento legal ha derogado el deber de fidelidad entre cónyuges que no tienen vida de consuno".

Si bien no es objeto de este trabajo recordamos que la vida de consuno supone un elemento subjetivo, esto es el ánimo de estar separados de hecho y un elemento objetivo que es la separación misma. De lo dicho se desprende que cometerá adulterio el cónyuge que, teniendo vida de consuno con su consorte, mantenga relaciones sexuales en forma voluntaria con otra persona de distinto sexo.

El problema que puede derivar de la aplicación de esta norma que no fija plazo alguno al respecto, radica —más allá de las observaciones morales que se puedan hacer a ella— en las dudas referidas a la filiación del hijo que diera a luz la mujer casada.

Responsabilidad por daños

A excepción de las causales que se interpretan en el sentido de no entrañar la culpabilidad de uno de los cónyuges necesariamente, como las riñas y disputas, las restantes derivan en que la ilicitud se origine precisamente en la contravención a las normas del Derecho de familia o más precisamente del matrimonio, como lo sería la trasgresión al deber de fidelidad que implica el



adulterio. Por lo tanto, toda causal de divorcio que determine el advenimiento de un daño moral o que cause un daño material, como por ejemplo, el abandono, la injuria grave, etc., con los requisitos que la ley determina para su configuración como causal de disolución del vínculo matrimonial, pueden eventualmente habilitar la pretensión resarcitoria como cualquier hecho ilícito que provoque un daño, conforme con el artículo 1.319 del Código Civil.

La causal de divorcio en virtud de la cual se ha solicitado más comúnmente la reparación patrimonial del daño, ha sido la de adulterio, si bien como dijimos en aplicación del artículo 1.319, eventualmente podría entablarse esta reclamación en el caso de otras causales. El primer fallo dictado en el Uruguay admitiendo el resarcimiento por daño moral causado por el adulterio de uno de los cónyuges fue de fecha 6 de marzo de 1989 y la dictó el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno.

No existe en nuestro Derecho norma expresa que regule la responsabilidad en este ámbito, ya que si bien algunas normas imponen determinadas sanciones al cónyuge culpable del divorcio, tales como la pérdida de las ventajas matrimoniales y de la pensión congrua (artículos 179 y 183 Código Civil respectivamente), tienen finalidad punitiva y no resarcitoria, motivo por el cual resultan insuficientes para el resarcimiento del daño que pudo haberse provocado en el caso concreto. Las referidas normas, por otra parte, tienen escasa aplicación práctica.

Por lo tanto, para la indemnización del daño causado por el adulterio, la jurisprudencia mayoritaria acepta la aplicación de las normas referidas a la responsabilidad aquiliana, posición sobre la cual no existe unanimidad doctrinaria.

Puede mencionarse, no obstante, alguna posición que ha negado la posibilidad de reclamar indemnización de daños y perjuicios al cónyuge culpable del divorcio por adulterio. Esa fue la postura adoptada por uno de los Ministros del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2o Turno, al presentar su discordia respecto de la sentencia favorable al acogimiento de la pretensión indemnizatoria, que fue la primera que a nivel de Tribunales debió pronunciarse sobre este punto, fundándose básicamente en que: 1) desde que se implantó el divorcio es el primer litigio donde se entabla una reclamación de tal naturaleza; 2) que tal pretensión es contraria a la moral y buenas costumbres por pretender lucrar con la deshonra; 3) que el adulterio constituye un ilícito que el Código Civil sanciona con la facultad del cónyuge agraviado de disolver el matrimonio, no existiendo norma legal que habilite a agregar otra sanción pecuniaria; 4) que el artículo 179 establece una sanción contra el cónyuge culpable del divorcio sin imponerle indemnización alguna por el daño causado.

Estas consideraciones, que intentan justificar la no procedencia de la pretensión resarcitoria basada en el divorcio por adulterio, han sido prácticamente superadas y actualmente la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia de nuestro país admiten tal reclamación sobre la base del artículo 1.319 del Código Civil, siempre que se prueben todos los extremos que requiere la ley.

En cuanto al daño, debiendo aplicarse las normas generales, cabe puntualizar que la sola declaración del divorcio por adulterio no alcanza para provocar la condena al resarcimiento, sino que en general se exige que se pruebe por el accionante el daño efectivamente sufrido.

El daño a resarcir puede ser material, por ejemplo gastos de médicos, psicólogos y medicinas, o moral. Respecto de este último entendemos que si bien debe ser probado, no se requiere su prueba directa como en el daño material, sino que el juez deberá apreciar las circunstancias de hecho y cualidades morales de la víctima para establecer si objetiva y presuntivamente tuvo lugar

el daño moral.

No obstante, en la valoración de la prueba del daño moral causado por adulterio, la jurisprudencia, en algunos fallos, parece adoptar un criterio más restringido. Así aparece en el siguiente fallo donde se expresa que «... *en casi todas las hipótesis de esta naturaleza no hay un daño moral puro, sino un daño biológico, cuando el hecho, como en el caso que se sentencia, ha menoscabado la integridad psicológica del sujeto, poniendo en riesgo su salud integral, lo que ha de repercutir en toda su actividad, incluso impidiéndole prestar la debida atención a sus intereses, lo que en definitiva apareja daños patrimoniales (...)*». En este caso, se afirmó que surge probado de autos que el adulterio del marido había provocado a la actora graves trastornos psíquicos con repercusiones orgánicas, ésta desmejoró físicamente, adelgazó y experimentó trastornos en su voz, que determinaron una operación, perdió su alegría interior y fue marginada de cuadros docentes, asimismo perdió rendimiento en el desempeño de su trabajo como profesora, todo lo cual surge de los testimonios vertidos por los testigos, así como de los informes de los médicos de medicina general y psiquiatras y de la psicóloga interviniente.

Es importante tener en cuenta que la jurisprudencia nacional ha entendido (aún antes de la sanción de la Ley N° 18.246) que habiendo separación de hecho entre los cónyuges aunque sin estar divorciados, o cuando la separación fue consecuencia de una relación deteriorada, no existiendo ya vínculo afectivo alguno, estas situaciones en ciertos casos y de acuerdo con la aplicación de los principios de la regla de la sana crítica, podrían llegar a excluir el daño. En otras palabras, se entiende que en estos casos si bien se configuró la causal de adulterio y por lo tanto, dada la culpabilidad de uno de los cónyuges, son de aplicación las sanciones ut supra referidas de los artículos 179 y 183 del Código Civil, no procedería la condena por responsabilidad aquiliana porque el cónyuge no culpable no sufrió perjuicio alguno.

j) CAUSAS DE DIVORCIO

[Simo]⁹

Por lo que respecta al divorcio, el Derecho alemán se apoya en cuatro principios fundamentales: principio de culpabilidad, principio mixto de culpabilidad y relajamiento de la paz conyugal y principio puro del relajamiento de las relaciones matrimoniales.

a) El principio de culpabilidad encuentra su expresión en el artículo 42 de la EheG. En su virtud, uno de los cónyuges puede pedir el divorcio si el otro ha cometido adulterio culpable, sin que sea necesario probar que el adulterio cometido fue causa de la ruptura de la paz familiar.

El concepto deriva del artículo 172 del Código penal y presupone objetivamente cohabitación con persona de sexo contrario y subjetivo dolo eventual. El adulterio es una causa absoluta de divorcio, es decir, lo desencadena, sin que precise probarse que ha perturbado objetivamente el matrimonio. Sin embargo, se excluye el derecho de divorcio cuando el demandante ha consentido el adulterio, lo ha hecho posible o lo ha facilitado.

b) En la práctica, la mayor importancia la reviste el artículo 43 de la EheG; contiene éste una cláusula general que se apoya tanto en el hecho objetivo del relajamiento de la paz conyugal como en el originar culpablemente dicho relajamiento. Dice así: «Un cónyuge puede solicitar el divorcio

cuando el otro, por una falta conyugal grave o por un comportamiento deshonroso o inmoral ha producido culpablemente una tal perturbación en las relaciones matrimoniales que no puede esperarse la reanudación de una vida en común digna. No se puede solicitar el divorcio cuando un cónyuge ha cometido una falta que, atendiendo a su naturaleza y sobre todo a causa de la conexión de la falta del otro cónyuge con su propia culpabilidad, no justifica la solicitud de divorcio que atienda debidamente a la dignidad de la institución matrimonial».

La jurisprudencia ha reconocido como infracciones: cualquier infidelidad, aunque no suponga adulterio; malos tratos, amenazas, ofensas; vigilancia infundada por medio de detectives; trato de desafecto, también hacia los hijos o hijas; en poner socialmente al descubierto con afirmaciones como «no responda de las deudas de mi mujer»; las denuncias infundadas; el revelar intimidades de la vida conyugal; la constante negativa al comercio sexual; trato sexual desconsiderado; incumplimiento del deber de alimentos, incluso si es respecto a los hijos; descuido de la educación de los hijos o de la administración doméstica; abandono malicioso, e incluso la negativa a la procreación. Sin embargo, hay que utilizar la jurisprudencia sobre esta cuestión con cautela, porque en numerosos casos ha apreciado la concurrencia de infracciones conyugales a consecuencia de la conducta política (ofensas al «Führer», actividades comunistas, relaciones con judíos, falta de colaboración con el Partido Obrero Nacional Socialista). En la actualidad no deben fundarse las sentencias en tales consideraciones racistas, políticas o religiosas, y las que total o predominantemente se basen en tales criterios y hayan sido dictadas desde el año 1933 pueden ser impugnadas mediante demanda de atenuación de perjuicios.

También concurre la grave infracción del matrimonio en la conducta deshonrosa o inmoral, prescindiendo de que se dirija contra el otro cónyuge, por ejemplo, embriaguez, vida inmoral o actos delictivos.

En el caso de que ambos cónyuges hayan contribuido culpablemente al relajamiento de la paz conyugal, deberá comprobarse y hacerse constar —en la solicitud de coexistencia de culpa o en la reconvencción del cónyuge demandado— si predomina la culpabilidad de uno o del otro cónyuge. Los cónyuges pueden también, por su parte, renunciar a la ponderación de culpas por el Tribunal, cosa que ocurre frecuentemente en la práctica una vez aclarada la cuestión de la prestación de alimentos.

c) Junto al divorcio, según el artículo 43 de la EheG, en la práctica, juega el papel más importante la demanda que se funda en el artículo 48 de la misma ley, según el cual deberá pronunciarse el divorcio si la comunidad doméstica cesó hace por lo menos tres años y a causa de un profundo e insubsanable relajamiento de la paz conyugal no puede presumirse la reanudación de una vida en común digna.

Para evitar el abuso del derecho al divorcio que concede este artículo, el cónyuge demandado tiene el derecho de oposición en caso de que el demandante sea total o predominantemente culpable de la perturbación. Se desestimarán la oposición cuando el cónyuge demandado sea predominantemente culpable o lo sean ambos de modo aproximado, o bien cuando la perturbación se funde en circunstancias de las que ninguno de los dos es culpable.

Finalmente, no han de atenderse los deseos de divorcio cuando, a tenor del mismo artículo, el interés de uno o varios hijos menores del matrimonio exija el mantenimiento de éstos.

d) Al lado de estas normas las demás causas del relajamiento de la paz conyugal juegan en la práctica un papel secundario. Entre ellas podemos citar las siguientes: enfermedad mental,

conducta derivada de trastorno mental y enfermedad contagiosa o repulsiva (arts. 44 a 46).

En todos estos casos no procede pronunciar el divorcio en armonía con la cláusula general del artículo 47, cuando no esté justificado moralmente a pesar de que concurren los demás requisitos.

La ley sólo reconoce como enfermedad mental el trastorno grave, que excluya en tal grado la libre determinación, que justifique la incapacitación, dando lugar a la incapacidad de gestión plena. Para operar como causa de divorcio es preciso que la perturbación impida la comunidad espiritual de los cónyuges, y que la enfermedad sea crónica, siendo imprevisible la reanudación de esa comunidad.

El divorcio a causa de conducta debida a trastorno mental, procura hacer posible la disolución del matrimonio en aquellos casos en que no se está ante una enfermedad mental en sentido técnico, sino que lo que sucede es que el matrimonio ha sido perturbado de forma insubsanable debido a un comportamiento que, por tener su origen patológico, no puede calificarse como infracción del matrimonio en el sentido del artículo 43. Entran aquí en consideración todos los estados patológicos que excluyen la plena imputabilidad, como son: la histeria, la neurastenia, las sicopatías leves, la embriaguez.

Mientras que el divorcio a causa de enfermedad mental no presupone perturbación del matrimonio, por el contrario, en el supuesto de conducta debida a trastorno mental, debe probarse que la conducta en cuestión ha perturbado de modo insubsanable el matrimonio.

Entre las causas de grave enfermedad contagiosa o repulsiva, que deben establecerse con criterio objetivo y no considerando la sensibilidad particular del cónyuge, la jurisprudencia admitió: la tuberculosis pulmonar, sífilis, ano artificial, lupus. La gravedad de la enfermedad debe ser tal que se oponga a una auténtica vida en común, y la curación o eliminación del contagio no debe ser previsible. No se exige que la curación sea totalmente imposible.

3 Normativa

CAPITULO VII Del Divorcio

[Código de Familia]¹⁰

ARTICULO 48.- Será motivo para decretar el divorcio:

1) El adulterio de cualquiera de los cónyuges;

- 2) El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de sus hijos;
- 3) La tentativa de uno de los cónyuges para prostituir o corromper al otro cónyuge y la tentativa de corrupción o la corrupción de los hijos de cualquiera de ellos;
- 4) La sevicia en perjuicio del otro cónyuge o de sus hijos;
- 5) La separación judicial por un término no menor de un año, si durante ese lapso no ha mediado reconciliación entre los cónyuges;

(Así reformado este inciso de acuerdo con la anulación parcial ordenada por resolución de la Sala Constitucional N° 3951 del 24 de febrero de 2010.)

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

El divorcio por mutuo consentimiento deberá presentarse al Tribunal el convenio en escritura pública en la forma indicada en el artículo 60 de esta ley. El convenio y la separación, si son procedentes y no perjudican los derechos de los menores, se aprobarán por el Tribunal en resolución considerada; el Tribunal podrá pedir que se complete o aclare el convenio presentado si es omiso, oscuro en los puntos señalados en este artículo de previo a su aprobación.

(Así reformado por el artículo 1º de la ley N° 5895 de 23 de marzo de 1976)

(Así reformado el inciso anterior, mediante resolución de la Sala Constitucional N° 16099-08 del 29 de octubre del 2008.)

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

(Así adicionado este inciso por el artículo 2 de la ley No.7532 del 8 de agosto de 1995)

4 Jurisprudencia

a) Análisis jurisprudencial y doctrinal con respecto a la causal de adulterio y procedencia del daño moral

[Sala Segunda]¹¹

Voto de mayoría

“II.- [...] Esa posición del tribunal que urge la demostración del nexo causal entre el hecho generador y el daño a efecto de reconocer el daño moral derivado de los hechos que propiciaron el divorcio entre las partes resulta contraria a la jurisprudencia reiterada que esta Sala ha dictado en la materia. Al efecto, este órgano jurisdiccional ha sostenido: *“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” (énfasis agregado) (véase las sentencias n.ºs. 413 de las 11:20 horas, del 8 de agosto de 2003; 195 de las 10:00 horas, del 5 de marzo de 2008; 795 de las 9:30 horas, del 21 de agosto de 2009; 162 de las 11:20 horas, del 29 de enero; 204 de las 10:25 horas, del 10 de febrero y 269 de las 10:25 horas, del 19 de febrero, todas de 2010). Sobre el particular también en Argentina, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil dictó un fallo cuya doctrina es la siguiente: *“En nuestro derecho positivo es susceptible de reparación el daño moral ocasionado por el cónyuge culpable, como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio”* (Mazzinghi, Jorge Adolfo. Tratado de Derecho de Familia: Separación Personal y Divorcio, Buenos Aires, La Ley, 4ta. edición, Tomo III, 2006, p. 285). En iguales términos Ferrer, citado por Eduardo Sambrizzi, afirmó que todos los supuestos de hecho que constituyen causales de separación personal o divorcio, son susceptibles de provocar daños morales, a raíz de la naturaleza de los derechos lesionados y del carácter profundamente afectivo de los sentimientos heridos, con lo que se puede perjudicar gravemente la integridad espiritual, psíquica y moral de los esposos (véase Sambrizzi, Eduardo A. Daños en el Derecho de Familia, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 162). Lo anterior por cuanto la conducta que ocasiona la quiebra del hogar conyugal es un hecho ilícito de tal gravedad que hace inobjetable la reparación del daño moral originado como consecuencia de ésta (Mazzinghi, Jorge Adolfo. Tratado de Derecho de Familia: Separación Personal y Divorcio, Buenos Aires, La Ley, 4ta. edición, Tomo III, 2006, p. 281. Véase también Lagomarsino, Carlos A.R. y Salerno, Marcelo U. Enciclopedia de Derecho de Familia, Buenos Aires, Editorial Universidad, Tomo I, 1991, p. 765 a 766), el cual resulta de la afección a los sentimientos y afecciones del cónyuge, a su honor y dignidad y a su seguridad personal; por la pérdida de las esperanzas de una vida matrimonial normal; por la pérdida de la asistencia moral que se confió recibir del otro esposo, así como de la asistencia en la educación de los hijos; o en la repercusión en el padre o la madre, que los efectos de la separación o del divorcio tienen sobre los hijos; o por el hecho de verse privado de su tenencia (Méndez Costa citado por Sambrizzi, Eduardo A. Daños en el Derecho de Familia, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 162). Dentro de este orden de cosas nuestro ordenamiento jurídico prevé en el artículo 48 bis del Código de Familia que: *“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.º 7689 de 21 de agosto de 1997). Por su parte, el citado 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”*. Y si bien es cierto, hay dificultad en la prueba del daño moral, ello no puede constituirse en un motivo para no repararlo, máxime cuando al perjudicado le asiste el derecho a obtener una suma de dinero (único o cuasi único medio de restauración) idónea que le permita paliar, al menos en parte, las consecuencias del hecho dañoso. Al respecto, Zannoni explica: *“que sea difícil demostrar la realidad del dolor, del pesar, de las aflicciones, y más aún que ese dolor o, en general, sentimientos que el daño provoca no tengan precio, no significa que no sea susceptibles de una apreciación pecuniaria. Es claro que la apreciación pecuniaria no se hace con fines de compensación propiamente dicha, es decir, para reemplazar mediante equivalente en dinero un bien o valor patrimonial destruido, dañado, sustraído, etcétera. La apreciación pecuniaria cumple más bien un rol satisfactorio, en el sentido de que se repara el mal causado aunque no se puedan borrar los efectos del hecho dañoso, cuando se acuerda al ofendido el medio de procurarse satisfacciones equivalentes a las que le fueron afectadas”* (Dutto, Ricardo J. Daños ocasionados en las relaciones de familia, Buenos Aires, Hammurabi, 1era. edición, 2006, p. 56 a 58). También, Antonio Borrel había expresado antes: *“Dice Santo Tomás: ‘En las cosas en que no se puede restituir lo equivalente, basta que se haga la compensación en la medida posible’, como también*



*‘acerca de los honores que se refieren a Dios y a los padres’ enseña Aristóteles. Por lo tanto, cuando no es posible restituir lo que se ha quitado dando alguna cosa igual, debe hacerse la compensación en la forma que sea posible; por ejemplo, en dinero o en algún honor, considerada la condición de ambos según el parecer de un hombre prudente” (Borrel Macia, Antonio. Responsabilidades Derivadas de Culpa Extracontractual Civil, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 2da. edición, 1958, p. 219). Así, en el Derecho de familia “la suma que percibe la víctima tiene carácter resarcitorio, lo que determina que el quantum debe correlacionarse con el agravio sufrido y no con la culpa del ofensor. (...) Para fijar la indemnización del daño moral, deberá meditarse: la gravedad objetiva del daño; la personalidad de la víctima, su situación familiar y social y su receptividad particular; la gravedad de la falta; y la personalidad del autor” (Dutto, Ricardo J. Daños ocasionados en las relaciones de familia, Buenos Aires, Hammurabi, 1era. edición, 2006, pp. 56 a 58. En igual sentido, véase a Sambrizzi, Eduardo A. Daños en el Derecho de Familia, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 165 a 166), pues los elementos probatorios no ofrecen datos abundantes a los efectos de determinar esa responsabilidad. Sin embargo, la naturaleza de la infracción cometida, su gravedad y trascendencia en la afectación de la vida e integridad de las personas, se convierten en datos importantes a considerar, aunque sin obviar que los criterios para su estimación (daño moral) resulten discrecionales, circunstanciales y de muy difícil objetivación (Dutto, Ricardo J. Daños ocasionados en las relaciones de familia, Buenos Aires, Hammurabi, 1era. edición, 2006, p. 67). En esa misma dirección, la Sala Primera de la Corte de Suprema de Justicia, sobre la valoración del daño moral ha dispuesto: “**Valoración del daño moral subjetivo. Esta Sala, al respecto ha dispuesto que se valora in re ipsa: ‘...Esto supone que partiendo del evento lesivo, y de las condiciones que rodeaban al damnificado, aplicando presunciones humanas, el juzgador puede inferir, aún sin prueba directa que lo corrobore, aflicciones tales como preocupación, tristeza, aflicción, dolor, estrés, porque resulta presumible que ante un determinado evento lesivo y las particularidades en las que se produce, el afectado les haya experimentado’.** No. 97 de 16 horas 3 minutos del 29 de enero de 2009. En lo tocante a este aspecto el Tribunal señaló: ‘...En el caso bajo análisis, concede la A quo una suma de dos millones de colones por concepto de daño moral subjetivo, en tanto tuvo por acreditado los efectos negativos que sobre la psiquis del actor tuvo la sustracción de los dos automotores, las congojas económicas que vivió y el tiempo que se mantuvo la situación de incertidumbre vivida por el apelante hasta el pago parcial de los daños que hiciera la entidad demandada. Observada esa valoración y el monto concedido en sentencia, no encuentra este Tribunal la subvaloración que se alega.’ Teniéndose en cuenta que la prueba de este tipo de lesión es ‘in re ipsa’, la fijación del monto debe serlo de acuerdo con el prudente arbitrio de los juzgadores y con base en los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Esa valoración debe ser acorde a Derecho de modo que no lleve a indemnizaciones desproporcionadas que beneficien injustificadamente a una de las partes. Consecuentemente, deben guardar un justo equilibrio derivado del cuadro fáctico específico. De lo que se trata, es ‘...de fijar una compensación monetaria a su lesión, único mecanismo al cual puede acudir el derecho, para así reparar, al menos en parte, su ofensa.’ (No. 537 de 10 horas 40 minutos del 3 de septiembre de 2003). En igual sentido, el no. 845 de 10 horas 5 minutos del 23 de noviembre de 2007. En el caso de examen, se desprende que la suma fijada por el Juzgado, confirmada luego por el Ad quem, fue establecida dentro de los presupuestos y parámetros de proporcionalidad y razonabilidad indicados, en tanto su determinación se encuentra justificada y acorde con lo ocurrido” (sic) (sentencia n° 662 de las 14:20 horas, del 26 de mayo de 2010). Asimismo, en la sentencia n° 549 de las 9:10 horas, del 6 de mayo de 2010 se expresó: “**V.- En lo tocante al daño moral alegado por el quejoso, debe indicarse que se está ante el denominado subjetivo. Según ha resuelto reiteradamente esta Sala, permite un margen de discrecionalidad al juzgador. Sin embargo, el prudente arbitrio debe tener en cuenta las circunstancias del caso, los principios generales del derecho y la equidad. No es posible establecer el valor de la honra y dignidad de un sujeto, al ser bienes inapreciables. Por ende, se trata de determinar una***



compensación monetaria a su lesión, único mecanismo del cual puede hacer uso el derecho, para reparar, aún cuando sea parcialmente su ofensa. Para tal efecto, han de valorarse los principios fundamentales del derecho, entre ellos, los de razonabilidad y proporcionalidad. A la luz de tales postulados, es menester considerar la posición de las partes, la naturaleza, objeto y finalidad del resarcimiento, sin llegar a constituir situaciones absurdas, dañinas o gravemente injustas. En relación, puede consultarse, entre muchas otras, la sentencia de esta Sala número 580 de 11 horas 10 minutos del 17 de setiembre del 2003” (en sentido similar, véase las sentencias n°s 1154 de las 14:00 horas, del 5 de noviembre; 1157 de las 2:20 horas, del 5 de noviembre, ambas de 2009 y 509 de las 11:00 horas, del 30 de abril de 2010). También, esta Sala se ha referido al quantum del daño moral en la materia, estableciendo que “...el juzgador puede establecer el monto del daño moral según los antecedentes probatorios que consten en autos, sin necesidad, incluso, de acudir a prueba técnica especializada para tal efecto” (sentencia n° 795 de las 9:30 horas, del 21 de agosto de 2009; 162 de las 11:20 horas, del 29 de enero; 204 de las 10:25 horas, del 10 de febrero, ambas de 2010).”

b)Concepto de adulterio y análisis doctrinal respecto a su comprobación mediante indicios y presunciones

[Sala Segunda]¹²

Voto de mayoría

III.- EN RELACIÓN CON LA CAUSAL DE DIVORCIO POR ADULTERIO: El artículo 48 del Código de Familia señala en su inciso 1) el adulterio de cualquiera de los cónyuges como uno de los motivos para decretar el divorcio. El adulterio constituye una trasgresión al deber de fidelidad y de respeto base del matrimonio, y hace presumir la existencia de relaciones sexuales con persona distinta al cónyuge. Su prueba debe basarse en presunciones graves, precisas y concordantes, apoyada en hechos acreditados que formen una segura convicción en quien juzga. De tal forma que: *“Para tener por configurado el adulterio debe tratarse de presunciones graves, requiriéndose que la prueba sea convincente y categórica, aportando a la conciencia del juzgador una certeza moral que excluya toda duda razonable, basada en hechos y no en interpretaciones subjetivas”* (Perrino, Jorge Oscar. Derecho de Familia. Primera Edición, Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2006, v.2, p.1044.[...].

IV.- DE LA CAUSAL DE DIVORCIO POR SEPARACIÓN: La separación de hecho de los cónyuges por un plazo de tres años fue introducida como causal de divorcio al Código de Familia a partir del 28 de agosto de 1995 cuando entró en vigencia la Ley n° 7532 que, entre otras reformas, introdujo el inciso 8 al numeral 48. De dicha norma se extraen elementos o condiciones necesarias para que opere la causal aludida: a) un elemento objetivo que se constituye por la interrupción de la cohabitación de los cónyuges por el alejamiento físico; b) un elemento psicológico que consiste en la intención de los cónyuges de romper la comunidad de la vida conyugal; c) y un elemento temporal que se evidencia con el transcurso del plazo legal de tres años establecido por la norma, el cual debe ser continuo –es decir sin interrupciones-. Corresponde analizar si en el caso en estudio se logró demostrar esta causal. Sobre el particular, esta Sala da plena credibilidad a lo establecido por ambas partes del proceso en su demanda y contestación, las cuales aceptaron como un hecho no controvertido que ambos se encontraban separados desde finales de los años

noventas (folio 1 vuelto y 14). [...]

V.- SOBRE EL DERECHO DE ALIMENTOS ENTRE CÓNYUGES DESPUÉS DEL DIVORCIO: En relación con la facultad que concede a la persona juzgadora el artículo 57 párrafo 3) del Código de Familia, permite fijar una pensión alimentaria en favor de uno de los cónyuges, particularmente en aquellos casos en que el vínculo matrimonial se disuelve sin declararse a alguna de las partes como culpable. Efectivamente esta Sala ha señalado que tal facultad debe ejercitarse acorde con el examen de cada situación en particular, debiendo quien juzga determinar en cada caso concreto, si es procedente o no, la concesión del beneficio, atendiendo siempre a las concretas circunstancias económicas de ambas partes. La constitucionalidad de tal potestad ya ha sido expresamente reconocida por la Sala Constitucional en el voto n° 7517 de las 14:50 horas, del 1 de agosto de 2001. En éste se dispuso: *“El artículo 52 de la Constitución Política establece que el matrimonio es la base esencial de la familia, y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges. El artículo 51 del mismo Cuerpo de Leyes, define a la familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad e indica que como tal, tiene derecho a la protección del Estado. Como desarrollo de esos preceptos constitucionales, el legislador estableció en el Código de Familia que el matrimonio es la base esencial de esa institución y tiene por objeto la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio (artículo 11). El artículo 34 de ese Código refiere que los esposos están obligados a respetarse, a guardarse fidelidad y a socorrerse mutuamente. De esa obligación de socorro mutuo surge la obligación alimentaria que está prevista en el artículo 169 inciso 1) del Código de Familia, el cual indica que se deben alimentos los cónyuges entre sí... Una vez disuelto el vínculo, el legislador, en el ámbito de su competencia, previó la posibilidad de que el juez establezca en la sentencia donde se decreta el divorcio, la obligación de pagar una pensión alimenticia a cargo del cónyuge culpable y a favor del inocente, o bien; en los casos donde no exista cónyuge culpable, a cargo de uno de los cónyuges, considerando las circunstancias particulares de cada caso... En el caso concreto de la norma impugnada, su razonabilidad dependerá del apego que demuestre de los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad referidos. En lo referente a la necesidad, conforme se indicó, el derecho a la prestación alimentaria es de rango constitucional, pues tiene que ver con la subsistencia y bienestar de la persona humana, y en la relación matrimonial surge como consecuencia del mutuo auxilio y solidaridad que rigen dicha institución. La medida resulta necesaria, pues se proporciona al juez la posibilidad de acordar el pago de una pensión alimenticia a cargo del cónyuge culpable y a favor del inocente, tomando en cuenta las posibilidades y necesidades de cada quien, como un paliativo al estado financiero en que queda el cónyuge inocente, tras la ruptura matrimonial, por una causa ajena a su voluntad. Al Estado le interesa proteger a las partes más débiles y desprotegidas de la relación aún después de la disolución del vínculo. Sobre la idoneidad de la medida adoptada, no cabe duda de que estableciendo esa obligación alimentaria a cargo del cónyuge culpable, se protege el derecho al bienestar del cónyuge que resulta más afectado económicamente y que además no se apartó de las normas de convivencia que establece el ordenamiento para la institución del matrimonio. Ahora bien, en cuanto a la proporcionalidad de la medida, según lo contempla la misma norma, deben aplicarse las disposiciones generales sobre alimentos, las cuales se encuentran básicamente en el Código de Familia y en la Ley de Pensiones Alimentarias. Según esa normativa, los alimentos deben brindarse conforme a las posibilidades económicas y el capital que le pertenezca o posea a quien ha de darlos y las necesidades y el nivel de vida acostumbrado por el beneficiario, para su normal desarrollo físico y síquico, así como sus bienes (artículo 164 del Código de Familia); no se deben sino en la parte que los bienes y el trabajo del alimentario no los satisfagan (artículo 166 del Código de Familia). También son aplicables las reglas que establecen los casos en que no existirá obligación de proporcionar los alimentos: entre ellos, que quien los reciba, deje de necesitarlos (artículo 173 del Código de Familia). En ese sentido es claro que la prestación alimentaria puede*



modificarse por el cambio de circunstancias de quien la da o de quien la recibe (artículo 174), dado que las resoluciones dictadas en esa materia no producen cosa juzgada material (artículo 8 de la Ley de Pensiones Alimentarias). Por otra parte, el juez tiene la posibilidad de acordar o no el pago de dicha pensión, se trata de una facultad: para ello, debe tomar en cuenta las circunstancias económicas de cada uno de los cónyuges y no sólo la declaratoria de culpabilidad o inocencia, pues no es una consecuencia automática del divorcio. Los alimentos son por definición indispensables para la subsistencia y supervivencia misma de los acreedores alimentarios. Desde ese punto de vista, no es en modo alguno irrazonable que se imponga al cónyuge culpable el pago de una pensión alimenticia a favor del inocente. Este último es quien sufre un menoscabo en su situación económica que no le es atribuible, porque no fue quien contribuyó a que se produjera el divorcio, por lo que resulta lícito que se garantice que sus condiciones de vida no se vean desmejoradas. De manera que no podría afirmarse, que la pensión alimenticia a cargo del cónyuge culpable sea una sanción, sino una medida para procurar que el cónyuge inocente no resulte tan perjudicado económicamente por haberse truncado su proyecto de vida en común” (también puede consultarse la sentencia n° 1276, de las 16:09 horas del 7 de marzo de 1995).

En el caso bajo análisis, se estima que debe disponerse la obligación del pago de una pensión a la demandada, considerando que doña L. cuenta con una edad que es superior a los cincuenta y seis años de edad (conforme a la certificación del Registro Civil visible a folio 5, se advierte que ésta tenía 20 años cuando se casó con el actor el día 06 de enero de 1973), circunstancia que limita su inserción o incorporación al mercado laboral, máxime cuando consta en autos que la señora L. se vio forzada a trabajar en labores domésticas fuera del hogar para mantener a los hijos de ambos cónyuges. Y es esa misma necesidad de buscar una vida digna la que sirvió para serle erróneamente imputada la causal de adulterio en un primer momento. Todos estos elementos permiten visualizar la necesidad de recursos para subsistencia y sostenimiento en una pensión alimentaria la cual no consta en autos haber sido proporcionada por el actor.”

c)Acreditación de la causal de adulterio por prueba presuntiva e indiciaria

Valoración de la prueba en materia de familia

[Tribunal de Familia]¹³

Voto de mayoría

“**CUARTO:** En primer lugar y sobre el reclamo relativo a la causal de adulterio, el apelante destaca que es difícil la demostración de la falta al deber de fidelidad salvo cuando *"la pareja se une a vivir bajo un mismo techo"*, pero destaca que la relación de noviazgo con el señor L. quedó demostrada, reclama que la señora M. *"no hace comportamiento de mujer casada, sino de mujer soltera- libre y sin compromiso"*, agrega que incluso con la prueba confesional de ella se tiene por demostrado el adulterio porque ella reconoció que *"de vez en cuando sale a bailar con él"*, afirmando que *"sabemos bien, que un hombre no saca a bailar a una mujer por solo verla bailar"*. Sobre la causal es necesario tener presente que el artículo 48 del Código de Familia señala en su inciso 1) el adulterio de cualquiera de los cónyuges como uno de los motivos para decretar el divorcio. El adulterio constituye una trasgresión al deber de fidelidad y de respeto que son base del matrimonio, y hace presumir la existencia de relaciones sexuales con persona distinta al cónyuge, siendo que la



consumación material del adulterio siempre se desarrolla en un ámbito privado. Sobre este tema los autores nacionales Trejos y Ramírez señalan: *“Por la índole del hecho, casi siempre resulta imposible la prueba directa del adulterio (...) Por ello, lo que se acredita generalmente, son hechos de los cuales de los cuales racionalmente se puede inducir que esa causal de divorcio es cierta”* (Trejos, Gerardo y Ramírez Marina: Derecho de Familia Costarricense Tomo I Quinta Edición, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1999, folio 290). De modo que el adulterio comúnmente no es un hecho susceptible de demostrarse mediante la declaración de testigos, por lo que debe recurrirse a otro tipo de pruebas como podrían ser indicios precisos y graves que en conjunto con todas las probanzas permitan asegurar que se ha dado el adulterio. En este sentido la Sala Segunda ha dicho: *“Cabe señalar que para demostrar la causal de adulterio, es necesario acudir, en la generalidad de los casos, a la prueba presuntiva y a la indiciaria, por tratarse de actos que se desarrollan de manera clandestina y sigilosa, donde el cónyuge adúltero, por la situación en que está, pretende ocultar sus relaciones extramatrimoniales, a su núcleo familiar y a otras personas. Sobre los indicios y las presunciones, resulta oportuno citar la opinión del maestro Hugo Alsina, en su obra TRATADO TEÓRICO PRACTICO DE DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL, Ediar. Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, 1961, Tomo III, página 684, en la que señala: “...indicio y presunción son dos conceptos independientes, pero que se complementan. Un hecho, una cosa, una actitud, se transforman en indicios en cuanto indican la existencia de una relación mediante la cual puede presumirse la existencia de otro hecho del que es un atributo. Presunción es la operación mental en la que, por aplicación de esa relación, puede llegarse al conocimiento de ese hecho. El indicio es así el punto de partida para llegar a establecer una presunción. Por eso la prueba por presunciones constituye un silogismo, en el que la premisa mayor es el principio general, la premisa menor es el hecho conocido y la conclusión es el hecho que se desea conocer”. De ahí que las presunciones y los indicios, le permiten a quien juzga, que partiendo de un hecho conocido, puedan llegar a conclusiones ciertas, aplicando las reglas del correcto entendimiento humano”* (Voto número 117 de las 10:00 horas del 15 de marzo del 2002, en igual sentido véanse entre otros los votos números 58 de las 9:00 horas el 26 de enero del 2001, 293 de las 14:10 horas del 19 de junio del 2003, y 753 de las 9:35 horas del 9 de setiembre del 2005”. (ver Res: 2007-000625 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas del seis de setiembre del dos mil siete).

El razonamiento del apelante esta cargado de apreciaciones totalmente subjetivas que no se comparten, ni apoyan. No se le puede exigir a los esposos que no tenga amistades, o que no realice actividades sociales con otras personas incluso del sexo masculino, menos en un caso como este donde los esposos se encuentran separados de hecho desde hace varios años, de lo contrario se estaría perpetuando una actitud grosera limitando sus derechos como ser humano, lo cual es evidentemente machista. La prueba testimonial no aportó elementos suficientes para acreditar en forma idónea la falta acusada. El señor M.A. manifestó: *“Yo he escuchado decir que ella tiene un novio, pero no me consta, a nivel familiar he escuchado que son pareja, no se el nombre exacto del supuesto novio...no recuerdo haber visto a L. y a Y. juntos. No me consta que la señora Y. salga a bailar en el pueblo”* (el destacado es del redactor). Nótese que a este testigo no le consta directamente nada sobre el adulterio acusado, y pese a expresar lo que ha escuchado tuvo que admitir “no me consta”, ni siquiera recuerda haber visto a la demandada con el supuesto amante, o sea se trata de comentarios, sin que se conozca con exactitud la procedencia u otros elementos para valorar si son creíbles o no. Por otro lado, el señor W. afirmó: *“En dos ocasiones he vista (sic) a la demandada con un señor en el Pali, haciendo compras y luego en un carro tipo “jeep”, ella era pasajera, me parece que el señor con el que la he visto es el mismo, pero no estoy segura (sic) era de tez morena. No ha visto en bailes a la señora demandada”*. No se extrae de su testimonio actitudes objetivas que puedan considerarse como infracciones al deber de fidelidad. En este caso concreto y específico no es posible inferir en forma objetiva que la señora M. tiene una



relación de noviazgo o compañero de vida como lo califica el apelante con el señor L., pese a compartir con él en actividades sociales, ninguna de las personas recibidas como testigos ofreció información que permita inferir una conducta contraria al deber de fidelidad. Es cierto, y se reitera que muchas veces la prueba del adulterio es difícil y que por eso son admisibles los indicios, pero los mismos, dada la gravedad de las consecuencias del adulterio, tienen que ser claros, precisos y concordantes, y no basarse en conjeturas, especulaciones o rumores, como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia nacional: "*se requiere de mayores elementos que se constituyan en indicios graves y concordantes, convincentes para el juez de una conducta de esa naturaleza*" (ver Res: 2005-00604.SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas cincuenta y cinco minutos del trece de julio de dos mil cinco). Es al actor, de acuerdo con el artículo 317 del Código Procesal Civil, a quien le correspondía la carga de la prueba respecto del adulterio acusado, y la recibida no ha sido suficiente para tenerlo por configurado, por lo que la decisión de rechazar esa causal fue correcta y se comparte."

d) Adulterio: Deber de probar la causal pese a existencia de allanamiento o rebeldía del demandado

[Tribunal de Familia]¹⁴

Voto de mayoría

III.- El artículo 317 del Código Procesal Civil es claro en indicar que "*La carga de la prueba incumbe: 1) A quien formule una pretensión, respecto a las afirmaciones de los hechos constitutivos de su derecho...*". Esto no significa otra cosa que al plantearse un proceso, el actor (a) debe proveer al juez las pruebas que demuestren los hechos que alega, y que fundan su pretensión. En el caso que nos ocupa, la señora Milene Lorena Salguero Chaves presenta demanda de divorcio con base en la causal que establece el artículo 48 en sus incisos 1 y 8, que corresponde al adulterio y a la separación de hecho por más de tres años. Cabe indicar, que la actora, en su demanda, ofrece prueba testimonial y confesional para demostrar los hechos que invoca. Si bien es cierto, en el momento procesal oportuno se evacuó prueba testimonial, concretamente la declaración de la señora Kattia Mayela Salguero Chaves, esa declaración no es concluyente, y se funda en mera referencia, con lo cual, la misma bajo ninguna circunstancia demuestra el adulterio alegado. Literalmente la testigo indicó: "*...Mi hermana y el esposo viven juntos. Ellos han tenido problemas recientemente por la infidelidad de parte de él. Yo sé que él anduvo con una muchacha cierto tiempo, la conozco personalmente pero no la he visto con él. Eso lo digo porque él reconoció a mi hermana, mi hermana me lo contó. El me estuvo llamando para que yo intercediera por él ante mi hermana para que ella lo perdonara. Me decía que todos cometían errores y que la convenciera de que ella no optara por el divorcio. Igual él me negó a mí que tuviera algo con esa muchacha, me dijo que era una amiga. Esa muchacha se llama Cinthia con apellido Lewis. Ella es compañera de él, trabaja en el mismo departamento...*". Este testimonio se basa únicamente en lo que la actora le ha contado a la testigo, la testigo además indica que nunca ha visto al demandado con la presunta amante, y por el contrario, el demandado en las conversaciones que tuvo con la testigo, le negó la existencia de esa relación adulterina. Por otro lado, llama la atención de que al iniciar su declaración, la testigo refiere que las partes están viviendo juntas. Así entonces, este testimonio no es concluyente, es meramente referencial y se basa en lo que las mismas partes le han contado a la testigo, con lo cual, no se demuestra



fehacientemente el adulterio alegado. Ahora bien, alega la actora de que el hecho de que se hubiese declarado confeso en rebeldía al demandado, con sus consecuencias, necesariamente debió haberse declarado el adulterio, aspecto que este Tribunal ha reiterado que esto no es suficiente. En esta materia por existir un interés público familiar, los hechos que se invocan, independientemente sean o no aceptados por la contraparte, necesariamente deben ser demostrados, ya que estamos en presencia de intereses o derechos indisponibles de las partes, dado que la consecuencia en sí, es una modificación del estado civil de las personas. Así entonces, el panorama que se le presenta al juez a quo es una demanda de divorcio en donde se invoca la causal de adulterio, en la cual, las probanzas evacuadas tanto la documental, testimonial y confesional, no concluyen certeramente la existencia de la causal de adulterio que se alega, y por ende, se llega a concluir que lo resuelto por el a quo en la sentencia que se apela está dictado conforme a derecho, pero sobretodo, conforme a lo que reflejan los autos, y así debe declararse. Debe reiterarse, que el hecho de que se haya declarado confeso en rebeldía al demandado, y la respectiva consecuencia legal que esto conlleva, en esta materia no es trascendente, ya que se habla que en materia de familia existe un interés público familiar, con respecto al cual, los hechos que se invoquen en una demanda deben ser debidamente demostrados, caso contrario deberá denegarse la pretensión que se invoca, que es como se dijo, lo que procede en este caso. Un voto de la Sala de Casación estableció muy claramente esta situación: *“...II.- A tenor de lo dispuesto en el artículo 304 del Código Procesal Civil, el allanamiento de la demanda consiste en el reconocimiento que hace el demandado de la procedencia de las pretensiones deducidas en su contra. Mediante dicha figura procesal se dispone de los derechos litigiosos objeto del proceso y consecuentemente el órgano jurisdiccional debe proceder a la estimación de la demanda. De acuerdo a la doctrina que inspira el numeral 341 de ese Código, se debe entender que la contestación afirmativa de la demanda, en el fondo tiene el carácter de una confesión. Ahora bien, a la luz de los artículos 304, 316 y 338 de ese cuerpo normativo, en aquellos casos en que existan intereses superiores que deban ser tutelados, por ejemplo, a efectos de evitar un fraude procesal, o cuando los derechos objeto de debate sean indisponibles o cuando no exista capacidad para actuar, por parte de quien lo hace; el juez no puede dictar una sentencia estimatoria, fundada únicamente en la contestación afirmativa del demandado (ver en igual sentido el Voto de esta Sala Número 159, de las 9:00 horas, del 28 de julio de 1993). En el caso concreto, se pretende la declaratoria de divorcio con base en la causal de adulterio, contemplada en el inciso 1), del artículo 48 del Código de Familia, sin que se haya acreditado con prueba idónea y suficiente los hechos en que se basa la acción. Para resolver con acierto la litis, se debe tomar en cuenta que la Constitución Política contempla reglas respecto de la organización familiar, partiendo del enunciado básico de que la familia es el elemento natural y fundamento de la sociedad, teniendo derecho a una protección especial del Estado (artículo 51). Esa norma se complementa con el 52 siguiente, según el cual el matrimonio es la base esencial de la familia. Es decir, se estima de interés primordial y superior la consolidación de la familia y, por consiguiente, del matrimonio como base esencial de ella. La mayoría de la doctrina circunscribe la extensión del vocablo “estado civil”, para limitarlo a la posición de la persona desde el punto de vista matrimonial. El estado civil es un hecho jurídico complejo y constituye uno de los atributos de la personalidad en el sentido jurídico. Como tal, es un elemento que trasciende las cosas y los objetos incorporales susceptibles de tener un valor económico; siendo el orden público el que determina sus caracteres fundamentales sin permitir que la autonomía de la voluntad regule a designio (Enciclopedia Jurídica OMEBA, Buenos Aires, Driskill S.A., Tomo X, Voz: “ESTADO CIVIL”, 1989, pp. 876-877). De ahí que, sólo en los casos y por las formas previstas en la ley, se puede modificar el estado civil de las personas, en el caso concreto, el ordenamiento jurídico regula los supuestos en los cuales es posible disolver el vínculo matrimonial. Por esa razón, en aras de tutelar aquel interés superior, el juez está en la obligación de ejercer controles y, las partes de comprobar de manera indubitable la existencia de la causal en la cual se funda su pretensión, por lo que no basta la simple admisión de los hechos o el*



silencio del demandado, como generadores de la causal. En un caso similar la Sala Primera Civil de la Corte Suprema de Justicia, en el Voto Número 432, de las 8:10 horas, del 10 de octubre de 1975, externó el siguiente criterio: "...III.- La acción que ... ejercita viene fundada en la causal segunda del artículo 80 del Código Civil, que corresponde, hoy por hoy, a la primera del artículo 48 del Código de Familia. Se refiere esa causal al adulterio de alguno de los cónyuges, en este caso concreto del marido. Es cierto que el demandado ... contestó afirmativamente la demanda, pero tratándose de acción que ataca el estado civil de las personas, no es del caso aceptar la confesión expresa, ni mucho menos la ficta, para tener por demostrados los hechos que se invocan en apoyo del motivo de divorcio esgrimido, sino que éstos deben ser probados, por otros medios que lleven al ánimo del juzgador la convicción de que la causal existe y que en ella ha incurrido conscientemente el esposo demandado. Como aquí no se ha dado esto último ..., lo que procede, tal y como lo resolvió acertadamente el Juez Civil de Puntarenas, es desestimar, en todas sus partes, la presente acción." (en igual sentido, se puede consultar el Voto de la Sala Segunda Civil Número 170, de las 15:30 horas, del 7 de junio de 1979)..." **(Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 74-99 de las diez horas veinte minutos del veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y nueve).**

Por su parte este Tribunal ha sido claro también en este sentido y ha dicho: "... *En esta materia, se ha dicho que existe un interés público familiar y que no vale como único medio probatorio la contestación afirmativa que de los hechos haga la parte demandada, o el allanamiento a las pretensiones de la parte contraria. Es necesario que los hechos se demuestren y para ello la parte proponente debe ser diligente a fin de lograr su objetivo...*" **(Tribunal de Familia, Voto numero 623 de las diez horas del seis de setiembre de mil novecientos noventa y cinco).**

IV.- Así las cosas, de acuerdo a lo expuesto, este Tribunal considera que debe procederse confirmando la sentencia número 948-2009 dictada por el Juzgado de Familia del Segundo Circuito Judicial de San José a las dieciséis horas y treinta minutos del diez de diciembre del año dos mil nueve.-

e) Deber de probar la causal de adulterio pese a existencia de allanamiento o rebeldía del demandado

[Tribunal de Familia]¹⁵

Voto de mayoría

"III.-RESPECTO A LA CAUSAL DE ADULTERIO INVOCADA POR EL ACTOR: El artículo 317 del Código Procesal Civil es claro en indicar que "*La carga de la prueba incumbe: 1) A quien formule una pretensión, respecto a las afirmaciones de los hechos constitutivos de su derecho...*". Esto no significa otra cosa que al plantearse un proceso, el actor debe proveer al juez las pruebas que demuestren los hechos que alega, y que fundan su pretensión. En el caso que nos ocupa, el señor Jorge Manuel Enriquez Hernández presenta demanda de divorcio con base en la causal que establece el artículo 48 en su inciso 1, que corresponde al adulterio. Cabe indicar, que el actor, en su demanda, ofrece prueba testimonial y confesional para demostrar los hechos que invoca. Según alega el actor, con el solo hecho de que se hubiese declarado confesa en rebeldía a la actora,



necesariamente debió haberse declarado el adulterio, sobre lo cual no lleva razón. En esta materia por existir un interés público familiar, los hechos que se invocan, independientemente sean o no aceptados por la contraparte, necesariamente deben ser demostrados, ya que estamos en presencia de intereses o derechos indisponibles de las partes, dado que la consecuencia en sí, es una modificación del estado civil de las personas. Así entonces, el panorama que se le presenta al juez a quo es una demanda de divorcio en donde se invoca la causal de adulterio, en la cual, la única probanza es la que indica el actor, sea la confesión en rebeldía de la demandada, y por ende, se llega a concluir que lo resuelto por el a quo en la sentencia que se apela está dictado conforme a derecho, pero sobretodo, conforme a lo que reflejan los autos, y así debe declararse. Debe reiterarse, que el hecho de que se haya declarado confesa en rebeldía a la demandada, y la respectiva consecuencia legal que esto conlleva, en esta materia no es trascendente, ya que se habla que en materia de familia existe un interés público familiar, con respecto al cual, los hechos que se invoquen en una demanda deben ser debidamente demostrados, caso contrario deberá denegarse la pretensión que se invoca, que es como se dijo, lo que procede en este caso. Un voto reciente de la Sala de Casación estableció al respecto lo siguiente: *“... II.- A tenor de lo dispuesto en el artículo 304 del Código Procesal Civil, el allanamiento de la demanda consiste en el reconocimiento que hace el demandado de la procedencia de las pretensiones deducidas en su contra. Mediante dicha figura procesal se dispone de los derechos litigiosos objeto del proceso y consecuentemente el órgano jurisdiccional debe proceder a la estimación de la demanda. De acuerdo a la doctrina que inspira el numeral 341 de ese Código, se debe entender que la contestación afirmativa de la demanda, en el fondo tiene el carácter de una confesión. Ahora bien, a la luz de los artículos 304, 316 y 338 de ese cuerpo normativo, en aquellos casos en que existan intereses superiores que deban ser tutelados, por ejemplo, a efectos de evitar un fraude procesal, o cuando los derechos objeto de debate sean indisponibles o cuando no exista capacidad para actuar, por parte de quien lo hace; el juez no puede dictar una sentencia estimatoria, fundada únicamente en la contestación afirmativa del demandado (ver en igual sentido el Voto de esta Sala Número 159, de las 9:00 horas, del 28 de julio de 1993). En el caso concreto, se pretende la declaratoria de divorcio con base en la causal de adulterio, contemplada en el inciso 1), del artículo 48 del Código de Familia, sin que se haya acreditado con prueba idónea y suficiente los hechos en que se basa la acción. Para resolver con acierto la litis, se debe tomar en cuenta que la Constitución Política contempla reglas respecto de la organización familiar, partiendo del enunciado básico de que la familia es el elemento natural y fundamento de la sociedad, teniendo derecho a una protección especial del Estado (artículo 51). Esa norma se complementa con el 52 siguiente, según el cual el matrimonio es la base esencial de la familia. Es decir, se estima de interés primordial y superior la consolidación de la familia y, por consiguiente, del matrimonio como base esencial de ella. La mayoría de la doctrina circunscribe la extensión del vocablo “estado civil”, para limitarlo a la posición de la persona desde el punto de vista matrimonial. El estado civil es un hecho jurídico complejo y constituye uno de los atributos de la personalidad en el sentido jurídico. Como tal, es un elemento que trasciende las cosas y los objetos incorporales susceptibles de tener un valor económico; siendo el orden público el que determina sus caracteres fundamentales sin permitir que la autonomía de la voluntad regule a designio (Enciclopedia Jurídica OMEBA, Buenos Aires, Driskill S.A., Tomo X, Voz: “ESTADO CIVIL”, 1989, pp. 876-877). De ahí que, sólo en los casos y por las formas previstas en la ley, se puede modificar el estado civil de las personas, en el caso concreto, el ordenamiento jurídico regula los supuestos en los cuales es posible disolver el vínculo matrimonial. Por esa razón, en aras de tutelar aquel interés superior, el juez está en la obligación de ejercer controles y, las partes de comprobar de manera indubitable la existencia de la causal en la cual se funda su pretensión, por lo que no basta la simple admisión de los hechos o el silencio del demandado, como generadores de la causal. En un caso similar la Sala Primera Civil de la Corte Suprema de Justicia, en el Voto Número 432, de las 8:10 horas, del 10 de octubre de 1975, externó el siguiente criterio: “...III.- La acción que ... ejercita viene fundada en la causal*

segunda del artículo 80 del Código Civil, que corresponde, hoy por hoy, a la primera del artículo 48 del Código de Familia. Se refiere esa causal al adulterio de alguno de los cónyuges, en este caso concreto del marido. Es cierto que el demandado ... contestó afirmativamente la demanda, pero tratándose de acción que ataca el estado civil de las personas, no es del caso aceptar la confesión expresa, ni mucho menos la ficta, para tener por demostrados los hechos que se invocan en apoyo del motivo de divorcio esgrimido, sino que éstos deben ser probados, por otros medios que lleven al ánimo del juzgador la convicción de que la causal existe y que en ella ha incurrido conscientemente el esposo demandado. Como aquí no se ha dado esto último..., lo que procede, tal y como lo resolvió acertadamente el Juez Civil de Puntarenas, es desestimar, en todas sus partes, la presente acción.” (en igual sentido, se puede consultar el Voto de la Sala Segunda Civil Número 170, de las 15:30 horas, del 7 de junio de 1979)...” (Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 74-99 de las diez horas veinte minutos del veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y nueve).

Por su parte este Tribunal ha sido claro también en este sentido y ha dicho: “... En esta materia, se ha dicho que existe un interés público familiar y que no vale como único medio probatorio la contestación afirmativa que de los hechos haga la parte demandada, o el allanamiento a las pretensiones de la parte contraria. Es necesario que los hechos se demuestren y para ello la parte proponente debe ser diligente a fin de lograr su objetivo...” (Tribunal de Familia, Voto numero 623 de las diez horas del seis de setiembre de mil novecientos noventa y cinco).”

f) Procedencia por causal de adulterio y contestación afirmativa de la demanda

[Tribunal de Familia]¹⁶

Voto de mayoría

“**CUARTO:** En este caso concreto nos encontramos ante una petición de divorcio con base en la causal de adulterio, la demandada se apersonó y contestó afirmativamente todos los hechos. La Juzgadora de primera instancia declaró sin lugar la demanda considerando que con la declaración del testigo recibido no se logró acreditar la causal y que la contestación afirmativa no es suficiente en esta materia. Las consideraciones de la señora Jueza son respetables y representan la postura tradicional en esta materia, no obstante ello esta integración del Tribunal, sin perjuicio del criterio de los otros compañeros jueces y juezas, estima que debe iniciarse una revisión de ese criterio a la luz del reciente voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia sobre el inciso 7) del artículo 48 del Código de Familia, y de sus consideraciones vinculantes erga omnes, entre las cuales resulta oportuno destacar las siguientes:

“el principio de libertad jurídica se encuentra expresado principalmente en el principio de autonomía privada, según el cual el administrado puede regular jurídicamente de acuerdo a su voluntad y en la medida de su contenido, su esfera de acción. Básicamente el principio de libertad jurídica significa que el administrado puede fijarse él mismo los fines de su conducta y los medios para cumplirlos. Ciertamente no podría hablarse de fines completamente libres, toda vez que bajo ciertas circunstancias, el Estado puede imponerle excepcionalmente fines al particular (como los gastos públicos). Lo esencial estriba en que el Estado no puede interferir en la esfera de acción

*privada de los administrados, sino es a través de una autorización expresa de una norma escrita o no escrita que provenga del ordenamiento jurídico, y que los particulares puedan realizar todas aquellas actividades que no estén expresamente prohibidas... Es considerado un divorcio remedio, puesto que no se fundamenta en una causal de sanción. A ninguno de los consortes se les atribuye un hecho censurable ni se les culpa de nada, simplemente ambos voluntariamente manifiestan su deseo de romper el vínculo que los une, lo que manifiestan a través de una escritura pública. La institución del matrimonio fue creada para que los cónyuges pudieran desarrollar una vida en común, mutuo auxilio y cooperación entre ellos, **fin que desaparece cuando se extingue la voluntad de estos de permanecer unidos bajo la figura jurídica del matrimonio**" (el destacado es del redactor, ver Res. N° 2008-016099. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las ocho horas y treinta y cuatro minutos del veintinueve de octubre del dos mil ocho).*

En ese mismo sentido debe consultarse de la Sala Segunda el voto número dos mil nueve-cientos noventa y cuatro de las diez horas catorce minutos del primero de julio del año dos mil nueve. En el caso en estudio los señores Melvin Vargas López y Rita Molina Rojas contrajeron matrimonio el día doce de octubre del año dos mil siete, el actor expuso que no tienen hijos en común, no adquirieron bienes y que la esposa convive maritalmente con otro hombre a todo ello la señora Molina Rojas contestó expresamente en forma afirmativa. Además contamos con la importante declaración del señor Oscar Vargas, hermano del actor, quien en forma clara y precisa confirmó que los esposos no viven juntos, ha pasado frente a la casa de ella y en ese lugar ha visto al hombre con quien se alega mantiene una convivencia de pareja, o sea suministra otro indicio más de la existencia de una verdadera ruptura de la convivencia matrimonial y del adulterio invocado. En estas condiciones los suscritos juzgadores cuestionan la utilidad y conveniencia de mantener jurídicamente un vínculo que en la realidad no existe, recuérdese que los señores Magistrados en el voto supracitado también destacaron lo siguiente:

"La intervención del Estado debe ser lo menos posible respecto a la vida privada de las personas, pues su esfera de acción más íntima debe ser dejada a su arbitrio, siempre y cuando no exceda los límites establecidos en el artículo 28 constitucional. Para que el Estado procure una sociedad esencialmente justa debe respetar que un ser autónomo tenga la capacidad de alterar sus preferencias y no que queden atadas y fijadas por una socialización determinada, sino más bien permitir un proceso que permita el desarrollo de las personas. El Estado debe ser neutral respecto a la socialización de sus miembros, pues debe asegurar la autonomía necesaria para alterar sus preferencias mediante la reflexión racional. La elección de nuestras preferencias como seres humanos, deben realizarse atendiendo solamente a las relaciones generales entre las prácticas sociales y los intereses humanos que pueden suponerse razonablemente, y las restricciones generales a las circunstancias establecidas por el horizonte de factibilidad, no por una irrazonabilidad impuesta. Si el matrimonio es un acto esencialmente voluntario, no podría concebirse el sobrellevarlo si la voluntariedad ya no existe. Y respecto a los efectos de terceros por los cuales se ha fundamentado la imposición de dicha limitación, esta tampoco resulta procedente. Se ha argumentado que el matrimonio afecta también a los hijos y que éstos terceros también tienen interés en que aquel subsista, no obstante las relaciones de padre a hijo y viceversa no deberían alterarse con la disolución del matrimonio, ya que la disolución de la relación se circunscribe a los esposos en su esencia personal no como padres. También se ha indicado que el matrimonio interesa igualmente a la Sociedad, lo cual puede ser muy válido pero como ya se indicó, lo que pueda considerarse realmente un matrimonio, **donde hay una voluntad libre de convivir, para alcanzar los fines del matrimonio en forma conjunta**. Cuando el delito, la infidelidad, vicios profundos e incurables, la aversión completa e invencible producto de causas

graves y permanentes, vienen a romper la solidaridad del vínculo conyugal, abriendo un abismo entre los cónyuges que hace absolutamente intolerable la vida marital, irreconciliables a los ánimos, faltan en tal supuesto las condiciones constitutivas del matrimonio, haciendo imposible el cumplimiento de la función social y personal a que está llamado. **No puede, pues sostenerse la subsistencia del matrimonio, por virtud de simple ficción, cuando ya en realidad no existe por faltar las condiciones propias de vida.** Las parejas también tienen derecho a resguardar la confidencialidad del caso cuando se produce alguna otra causal de divorcio y no quieren hacerla pública, lo cual hacen en algunos casos resguardando su intimidad..." (el destacado no está así en el original).

Valorando en conjunto los elementos que existen en este caso de conformidad con el artículo 8° del Código de Familia se tiene por acreditada la causal invocada de adulterio, en consecuencia se revoca la sentencia recurrida y en su lugar se acoge la demanda. Se decreta la disolución del vínculo matrimonial entre los señores Melvin Vargas López y Rita Molina Rojas. Firme inscribese este fallo en el Registro Civil, sección de matrimonios de la provincia de Limón, tomo sesenta y ocho, folio doscientos cincuenta y uno, asiento quinientos uno. Se declara que no hay hijos comunes, ni bienes que distribuir, ninguno de los cónyuges queda obligado a suministrar alimentos al otro.

Finalmente, se resuelve sin especial condenatoria en costas procesales y personales, considerando que la demandada litigó con evidente buena fe procesal al contestar afirmativamente la demanda."

g) Divorcio: Concepto y medios probatorios para demostrar el adulterio

[Tribunal de Familia]¹⁷

Voto de mayoría:

"III- El adulterio de uno de los cónyuges es regulado en el inciso 1 del artículo 48 del Código de Familia y al deber de fidelidad que se deben los cónyuges: se trata de una causal sanción, en la que va involucrada la culpa del cónyuge que incurrió en la causal. De acuerdo con el artículo 34 del Código de Familia, el deber de fidelidad debe ser respetado por ambos cónyuges. La Sala II de la Corte Suprema de Justicia en su resolución No.372 de las quince horas veinte minutos del once de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro definió el adulterio como "...la unión sexual de uno de los cónyuges con un tercero .." Por otro lado, la jurisprudencia siempre ha sido enfática, que para que se tenga por probada la causal de adulterio, la prueba que fuere recibida para demostrarla, debe ser clara y precisa en cuanto a las circunstancias de tiempo y lugar, lo anterior, unido a que ello implica, que los testigos deben ser claros y contestes en que se declaración aportará al juzgador, los datos necesarios para tener por comprobada la causal. En los autos, consta a folios 44 y 45, la prueba confesional de la apelante, en la que respondió negativamente al interrogante de que convive con otro hombre desde finales del dos mil siete. Posteriormente, se recibe la prueba testimonial, con los resultados siguientes: Félix Rojas Solís, indica que la pareja se fue a vivir a Bananito donde ella se juntó con otro y él se juntó con otra señora, no conoce el nombre de la persona con quien vivió su hermana, quien supuestamente se lo contó a su esposa,

no porque le conste en lo personal. En estos mismos términos, es la declaración de Víctor Luis Soto Araya, solo agrega que el supuesto compañero se llama Manuel. Félix Guevara Domínguez ignora si " ella le dio vuelta a él ", además, " yo no le mirado hombre a ella (sic)". Así las cosas, analizada la prueba a la luz de los principios de interpretación que regula el ordinal 8 del Código de Familia, en cuanto a que debe ser sin sujeción a las reglas positivas de la prueba común, atendiendo todas las circunstancias y los elementos de convicción que los autos suministren, concluye esta Integración, que no se ha demostrado la causal de adulterio endilgada a la apelante, la prueba testimonial recaba al efecto, es imprecisa, vaga sin ubicación en el tiempo y lugar: no se especifica la fecha en que supuestamente se ha visto a la accionada en compañía de otro hombre, si hay convivencia, la identificación de este tercero. Por ello, en consecuencia, se concluye que la causal no fue demostrada, de ahí que proceda revocar la sentencia apelada. En su lugar, se rechaza la demanda de divorcio incoada por Justo Pastor Sáenz Sánchez contra Norma María de Jesús Rojas Solís. Se dicta este fallo sin especial condenatoria en costas."



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 Samayoa Aguilar, R. A. (1980). El Adulterio como causal de Divorcio en Costa Rica y El Salvador. Tesis de Grado para optar por la Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. San Pedro de Montes de Oca. San José, Costa Rica. Pp. 35-37.
- 2 Pérez Vargas, V. G. (1991). Derecho de Familia. Reimpresión. San José, Costa Rica. Pp. 97-99.
- 3 Fernández Clérigo, L. (1947). El Derecho de Familia en la Legislación Comparada. Unión Tipográfica, Editorial Hispano-Americana. Mexico. Pp. 68-69.
- 4 Lacruz Berdejo, J. L. (*Coordinador*) (1982). Matrimonio y Divorcio. Comentarios al Nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil. Editorial Civitas S.A. Madrid. España. Pp. 388-392.
- 5 Morduchowicz, F. M. & Goldstein M. (1955). El Divorcio en el Derecho Argentino. Legislación al amparo de la familia. Editorial LOGOS. Buenos Aires. Argentina. Pp. 211-219.
- 6 Benavides Santos, D. -Costa Rica- (2009). El Divorcio en el Derecho Iberoamericano. Cordinadores: Ángel Acedo y Leonardo B. Pérez Gallardo. Editorial Temis, Editorial Ubijay, Reus, Zavalia. Bogotá, México, D.F., Buenos Aires. Pp. 191-194.
- 7 Sotomayor Unda J. -Ecuador- (2009). Ibidem. Pp. 321-323.
- 8 Ramos Cabanellas, B. & Rivero de Archancet, M.-Uruguay- (2009). Ibidem. Pp. 614-621.
- 9 Simo Santoja, V. L. (1973). Divorcio y Separación. Derecho comparado y conflictual europeo. Editorial Tecnos. Madrid. Pp. 212-215.
- 10 ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley número 5476 del veintiuno de diciembre de 1973. CÓDIGO DE FAMILIA. Fecha de vigencia desde 05/08/1974. Versión de la norma 20 de 20 del 18/05/2011. 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.
- 11 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 1479 de las diez horas cuarenta minutos del diez de noviembre de dos mil diez. Expediente: 07-001934-0338-FA.
- 12 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 1324 de las diez horas cincuenta y cinco minutos del veintitrés de setiembre de dos mil diez. Expediente: 09-000275-0165-FA.
- 13 TRIBUNAL DE FAMILIA.- Sentencia número 632 de las ocho horas veinte minutos del diecinueve de mayo de dos mil diez. Expediente: 09-400353-0421-FA.
- 14 TRIBUNAL DE FAMILIA.- Sentencia número 296 de las diez horas cuarenta minutos del veintitrés de febrero de dos mil diez. Expediente: 09-001644-0165-FA.
- 15 TRIBUNAL DE FAMILIA.- Sentencia número 1468 de las diez horas cuarenta minutos del primero de diciembre de dos mil nueve. Expediente: 04-000631-0364-FA.
- 16 TRIBUNAL DE FAMILIA.- Sentencia número 1758 de las diez horas diez minutos del veinticuatro de noviembre de dos mil nueve. Expediente: 08-400746-0932-FA.
- 17 TRIBUNAL DE FAMILIA.- Sentencia número 1809 de las nueve horas del catorce de octubre de dos mil ocho. Expediente: 08-400091-0464-FA.