



El daño moral en materia de familia

Rama del Derecho: Derecho de Familia.	Descriptor: Daños y perjuicios en materia de Familia.
Palabras Clave: Naturaleza "in re ipsa", Análisis doctrinario, Deber del juez de constatar su existencia.	
Fuentes: Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 29/04/2014.

El presente documento contiene jurisprudencia sobre el daño moral en materia de familia, cita algunas sentencias del tribunal de familia, explicando temas como: la naturaleza "in re ipsa", el análisis histórico, doctrinario y de derecho comparado en relación con el divorcio, el deber del juez constatar la existencia del daño moral constatar y su relación de causalidad, entre otros.

Contenido

JURISPRUDENCIA	2
1. Naturaleza "in re ipsa" implica que se desprende de los propios hechos y no requiere de prueba para conceder una indemnización en caso de sevicia	2
2. Daño moral en materia de familia: Análisis histórico, doctrinario y de derecho comparado en relación con el divorcio.....	3
3. Deber del juez al condenar por daño moral de constatar su existencia y la relación de causalidad, así como fundamentar su gravedad	10
4. Daño moral en materia de familia: Procedencia de indemnización por traspaso de bien con naturaleza ganancial	17

JURISPRUDENCIA

1. Naturaleza "in res ipsa" implica que se desprende de los propios hechos y no requiere de prueba para conceder una indemnización en caso de sevicia

[Tribunal de Familia]ⁱ

Voto de mayoría:

“VII.- SOBRE EL DAÑO MORAL: Acusa el impugnante que no hay prueba del daño moral, por lo que no se le debió condenar al pago de una indemnización por tal rubro.

El daño moral es de naturaleza *in res ipsa*, es decir que " habla por sí mismo", lo cual implica que se desprende de los propios hechos y no requiere de prueba para conceder una indemnización, más que de acreditar el hecho o hechos que lo configuran. De ahí que en un caso como el presente, demostrada la sevicia es obvio que esta causó sufrimiento, aflicción y dolor a la víctima.

Al respecto de este tema, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en el voto número 413 de las once horas veinte minutos del ocho de agosto de dos mil tres, indicó:

*“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 suplido).

De tal suerte, en la especie se acreditó la causal de sevicia, lo cual implica que la víctima sufrió daño moral, el cual debe ser resarcido.

En consecuencia, se rechazan los agravios expresados a este respecto.”

2. Daño moral en materia de familia: Análisis histórico, doctrinario y de derecho comparado en relación con el divorcio

[Tribunal de Familia]ⁱⁱ

Voto de mayoría

“SÉTIMO: Finalmente cuestiona el apelante el rechazo del cobro de la indemnización de daño moral a su favor y de sus hijos por el adulterio en que incurrió la señora V. A efecto de comprender la decisión de esta integración del Tribunal debe explicarse el marco de los daños y perjuicios en el derecho de familia, concretamente en materia de divorcio. Ha de señalarse que es sobre todo en el derecho argentino donde encontramos una amplia preocupación por este tema y bien vale hacer una reseña de algunos aspectos con el objeto de que sirva para cimentar e ilustrar nuestro desarrollo en torno a una reforma legal relativamente nueva, la adición del artículo 48 bis al Código de Familia en el año de 1997. Podemos encontrar trabajos muy ilustrativos que abarcan la evolución histórica desde el derecho romano, el antiguo derecho español, el derecho francés (los autores se detienen en éste en forma muy especial por la riqueza de su jurisprudencia), el suizo, el alemán entre otros. Este tema es abordado específicamente sobre todo en Argentina por autores como Arturo Acuña Anzorena (“Responsabilidad civil del cónyuge adúltero y su cómplice por causa de adulterio” y “Naturaleza de la responsabilidad y régimen de prescripción de la acción resarcitoria ejercida por uno de los cónyuges contra el otro por causa de nulidad de matrimonio”), Atilio Alterini (“Cuestiones de responsabilidad civil en el derecho de familia”), P.V. Aréchaga (“¿Es la noción de culpa de la responsabilidad civil subjetiva idéntica a la culpa en el divorcio?”), Omar U. Barbero (“La primera sentencia argentina que condena a reparar el daño moral derivado de un divorcio”, “la responsabilidad civil en el Derecho de Familia”, “Daños y perjuicios derivados del divorcio”, y “Responsabilidad por daños resultantes del divorcio”), Augusto César Belluscio (“Daños y perjuicios derivados del divorcio”, “Daños y perjuicios derivados del divorcio frente a la reforma del Código Civil”, “Daños y perjuicios derivados del divorcio y de la anulación del matrimonio”), Germán Bidart Campos (“Los hechos que dieron origen al divorcio y la indemnización por daño moral” e “Indemnización del daño moral en caso de adulterio”), Guillermo Borda (“Reflexiones sobre la indemnización de los daños y perjuicios en la separación personal y en el divorcio”), Roberto Brebbia (“El daño moral en las relaciones de familia”), Jorge Bustamante Alsina (“Divorcio y responsabilidad civil” y “Daños y perjuicios. Responsabilidad civil derivada del divorcio”), F. Cecchini y E. Saux (“Daño entre cónyuges”), Santos Cifuentes (“El divorcio y la responsabilidad por el daño moral”), L. A. Colombo (Indemnización del daño producido por el adulterio de la esposa”), Daniel Hugo D Antonio (“Acción de daños y perjuicios contra el cónyuge culpable del divorcio”), P. Di Lella (“Derecho de daños versus derecho defamilia”), Enrique Díaz de Guijarro (Imprudencia del resarcimiento del daño moral en el juicio de divorcio y su admisibilidad en la nulidad del matrimonio”), Ricardo Dutto (“Responsabilidad entre cónyuges en caso de divorcio”), E. Fanzolato (“Alimentos y reparaciones en la separación y el divorcio”), Francisco Ferrer (“Resarcimiento de daños en la separación personal y en el divorcio” y “Daños resarcibles en el divorcio”), Cecilia Grosman (“La responsabilidad de los cónyuges entre sí y respecto de los hijos”), Aída Kemelmajer de Carlucci

(“Responsabilidad civil en el derecho de familia”), Levy, Wagmaister e Iñigo de Quidiello (“La situación de divorcio como generadora de responsabilidad civil entre cónyuges”), L. Mankianich de Basset (“Familia y responsabilidad civil”, “La separación personal y el divorcio y la reparación de daños morales”) H.L. Manchini (“Resarcimiento de daños y perjuicios a causa del divorcio”), Jorge A. Mazzinghi (“El fallo plenario sobre el daño moral en el divorcio”), Graciela Medina (“Daño entre cónyuges”, “Daños y perjuicios derivados del divorcio evolución jurisprudencial), María Josefa Méndez Costa (“Separación personal, divorcio y responsabilidad civil. Sus fundamentos”), N. Minyerski (“Los daños derivados del divorcio y de la sentencia judicial”), M. Mizrahi (“Improcedencia de las indemnizaciones por daños en los divorcios decretados por causales subjetivas”, “Un nuevo pronunciamiento acerca de los daños y perjuicios en el divorcio”), Jorge Mosset Iturraspe (“Los daños emergentes del divorcio”), A. Salas (“Indemnización de los daños derivados del divorcio”) Jorge Tarabolerelli (“Responsabilidad civil derivada del cónyuge culpable en la separación personal y en el divorcio”), Eduardo Zannoni (“Repensando el tema de los daños y perjuicios en el divorcio”). Por ejemplo, el autor *Omar U. Barbero* en su libro “Daños y perjuicios derivados del divorcio” ubica el *derecho romano* como primer antecedente histórico de este tema. Explica que en la época imperial, antes de la era cristiana, los divorcios aumentaron, y para impedir su frecuencia se aplicaban penas pecuniarias al cónyuge culpable y a favor del cónyuge inocente siendo éste quien recibía la suma de dinero con un carácter claramente resarcitorio. Sigue relatando Barbero que el derecho justiniano siguió el mismo derrotero, aplicándose una sanción pecuniaria que resultaba relevante para las clases pudientes al extremo que era altamente eficaz para desestimular al cónyuge de un propósito de romper el vínculo matrimonial. Luego reseña este autor que en *Las Partidas del derecho español* también hay un antecedente, pues se imponía a la mujer culpable del adulterio la pérdida de la dote y de las arras. Igualmente en el *derecho francés* anterior a la Revolución existía una condena al cómplice de la mujer adúltera para indemnizar al marido. Luego de la vigencia del Código Civil, 1804, los tribunales franceses admitieron la condena de daños y perjuicios materiales y morales contra el cónyuge culpable de adulterio y contra su cómplice, con base en la responsabilidad derivada del delito. Reseña Barbero los casos “Plantade c. Femme Plantade et Dubarry” y el de “Avis c. Ledain”, casos célebres en la jurisprudencia francesa referidos a los perjuicios con el adulterio. *Augusto César Belluscio* en su monografía “Daños y perjuicios derivados del divorcio y de la anulación del matrimonio” enfatiza que es en un fallo de la Corte de Montpellier de 1897, en el cual se admite en general la reparación de los daños y perjuicios materiales y morales causados por los hechos generadores del divorcio, al estimar que éstos, al mismo tiempo que causales de divorcio eran cuasidelitos. Sobre este caso y otros en el mismo sentido Barbero comenta:

“...El Tribunal declaró que las causas de divorcio pueden ocasionar al esposo ofendido un perjuicio moral y material que su autor está obligado a reparar. Y en particular –a propósito de caso que le tocaba juzgar-, que la negativa del marido a consumir el matrimonio, quien además de continuar sus relaciones íntimas con su amante, constituía no solamente una injuria grave para hacer pronunciar el divorcio a favor de la mujer, sino al mismo tiempo un cuasidelito susceptible de dar lugar a favor de ella a una indemnización en dinero fijada por los jueces. Invocó los arts. 231 y 1382 del Cód. Civil. Desde entonces en adelante se aplicó la responsabilidad civil a todos los hechos generadores del divorcio, de un modo general. Dicha orientación jurisprudencial continúa; en diversos fallos se condenó a pagar indemnización por: La actitud de la mujer al salir de la alcaldía donde se había celebrado el matrimonio

civil, lamentó públicamente haberlo hecho, promovió escenas odiosas y ridículas, se negó a cumplir el débito conyugal y finalmente promovió demanda de divorcio sin motivo alguno. El tribunal consideró que tales hechos habían ocasionado al marido daños materiales apreciables en dinero (gastos para la fiesta de casamiento y para cambios en su casa). La negativa del marido a consumar el matrimonio y su abandono del hogar a los dos meses de haberlo contraído. El abandono del marido –casado con mujer veinte años mayor- producido a los pocos días del matrimonio y acompañado de la sustracción de bonos que constituían los ahorros de la mujer. Las relaciones adulterinas del marido con una dactilógrafa de su oficina y su abandono del hogar, para instalarse cerca de su amante. Se condenó a indemnizar los perjuicios sufridos por la esposa al verse rechazada del hogar a los 50 años y privada de una brillante posición económica que ella había contribuido a conquistar (daño material); además, lo sufrido en su afectividad y en su dignidad al luchar incesantemente por conquistar a su marido (había llegado a enfrentar a la amante) y fracasar (daño moral). El abandono injustificado del hogar por parte del marido, para unirse a su concubina. La falta de asistencia de la mujer, después del matrimonio civil, a la ceremonia religiosa y su negativa a reunirse con el marido. El daño moral derivado de la actitud del marido, que hacía frecuentes visitas a una de sus vecinas...” (pp. 147 a 149). Este íter jurisprudencial entiende diferente los daños derivados del divorcio en sí, que estima indemnizados con la pensión alimentaria, de aquellos derivados del hecho constitutivo de la causal de divorcio. Ahora bien, Belluscio reseña que en 1941 y 1948 se dieron unas reformas al Código Civil francés, agregando al artículo 301 y al 311 párrafos, y especifica que desde ahí “la doctrina distinguió tres categorías de perjuicios derivados del divorcio o de la separación de cuerpos: 1) los derivados de la desaparición de asistencia material, que eran reparados mediante la pensión alimentaria contemplada por el art. 301, primer párrafo del Cód. Civil; 2) el perjuicio material y moral resultante de la disolución del matrimonio o de la separación de cuerpos, fuera del que consiste en la desaparición de la obligación de asistencia material en el divorcio, indemnizado conforme al art. 301, segundo párrafo, y el art. 311, cuarto párrafo; 3) el perjuicio material y moral distinto del que surge de la disolución del matrimonio o de la separación de cuerpos, experimentado como consecuencia de la culpa del cónyuge, que había admitido la jurisprudencia anterior a 1941, fuera por los hechos que habían dado lugar al divorcio o a la separación de cuerpos, fuera por otros distintos pero imputables siempre al cónyuge, al cual los nuevos textos aludían al referirse a “todas las otras reparaciones” y que se indemnizan con fundamento en el art. 1382...” (pp. 6 y 7). Belluscio sigue explicando que en 1975 en Francia también se llevó a cabo una reforma general al régimen del divorcio que sustituyó toda su anterior regulación, y es el numeral 266 del Código Civil el que ahora se refiere al tema que nos ocupa, en cuanto expresa “Cuando el divorcio ha sido decretado por culpa exclusiva de uno de los esposos, éste puede ser condenado a daños y perjuicios como reparación del perjuicio material o moral que la disolución del matrimonio hace sufrir a su cónyuge”. Esta norma excluye la indemnización en casos en que el divorcio se dé por culpa de ambos cónyuges. Los autores Belluscio y Barbero se refieren también al derecho suizo, pues su Código Civil de 1907 previó expresamente el tema que nos interesa así “El esposo inocente cuyos intereses pecuniarios, aún eventuales, son comprometidos por el divorcio, tiene derecho a una equitativa indemnización de parte del cónyuge culpable. Si los hechos que han determinado le divorcio han causado un grave atentado a los intereses personales del esposo inocente, el juez le puede conceder además una suma de dinero a título de reparación moral.”. También hacen referencia dichos autores al derecho alemán, relación que vale la pena parafrasear puesto que en la exposición de motivos de dicho

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

gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente el Juez podrá conceder una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral. También reseña Ferrer el *derecho salvadoreño* que recepta la pensión compensatoria. Alude a que en el *derecho brasileño* la doctrina sostiene la procedencia de la indemnización del daño material y moral a favor del cónyuge inocente. En mil novecientos noventa y siete, *en Costa Rica*, la Ley número 7689 del 6 de agosto, publicada en ese año en La Gaceta número 172 del 8 de setiembre, adicionó un artículo 48 bis al Código de Familia, a la vez que se reformaron los numerales 8, 41 y 98 de ese mismo cuerpo normativo. La apreciación de la prueba punto tocado en el aparte anterior de este fallo, el recurso de casación, la eliminación de las consecuencias en el tema de gananciales de la culpabilidad en la causal, la amplitud en cuanto a las pruebas de filiación, y los daños y perjuicios derivadas de algunas causales de divorcio son los temas de dicha ley. El artículo 48 bis dicho, incluye una regulación específica sobre petitorias de daños y perjuicios para casos en que el divorcio se decrete con fundamento en las causales de los incisos 2, 3 y 4 del artículo 48. Sobre el *numeral 48 bis la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia* ha iniciado el camino de la aplicación con los votos 170-03 de las 10:40 horas del 9 de abril del 2003 y 413-03 de las 11:20 horas del 8 de agosto del 2003 y en el citado por el recurrente (número 413-03)

Por otro lado, el licenciado Ricardo González Mora concluye en su trabajo "Daños y perjuicios en el proceso de divorcio y de la separación judicial -Antología-" (Escuela Judicial, 1999), lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

"... IV.- Tocante a la responsabilidad civil extracontractual, esta Sala ha expresado: " Mediante la responsabilidad civil se atribuye a un sujeto la obligación de reparar, indemnizar o compensar (caso este último del daño moral), un daño infligido a la esfera

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

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

El señor F. critica, en síntesis, que el señor Juez A-quo haya tenido "como hecho no probado la afectación emocional" de él y de sus hijos y sostiene que "SOLO BASTA SABER que se ha tenido por demostrado el adulterio". El agravio no es de recibo. Efectivamente, como se indica en la sentencia recurrida pese a la acreditación de la falta del deber de fidelidad por parte de la esposa no demostró el marido, como era su deber procesal, la afectación que tan enfáticamente reclama para él y sus hijos, simplemente no hay prueba. Nótese que de la prueba testimonial recibida se infiere que los hijos no tenían conocimiento, que fue sorpresivo y que su madre se fue del hogar, así lo informó una de las hijas de las partes, A. quien afirmó: " Mi mamá se fue de la casa en diciembre del año pasado...cuando ella me dijo que tenía una relación con otro hombre fue como unos diez días antes de que se fuera, **YO NO TENÍA NINGUNA SOSPECHA, para mi fue una completa sorpresa**", por otro lado la hermana de la señora V., E. indicó: "**A mi no me consta que ellos hayan visto a la mamá con este muchacho en situaciones amorosas**" (destacado suplido), tampoco el señor A.G., padre de la señora V. aportó información relevante sobre el sufrimiento del marido o la afectación emocional de los hijos. El hecho del adulterio de la esposa y madre en las condiciones particulares de este caso no generó afectación emocional en los hijos y el marido, al menos no se acreditó. Distinta podría haber sido la situación si, por ejemplo, los hijos hubieran visto a su madre con otro hombre en actos amorosos o en el hogar **familiar**, pero nada de ello aconteció. En estas condiciones la pretensión indemnizatoria no podía proceder y fue correctamente denegada. Con base en todo lo expuesto, en lo apelado, se confirma la sentencia."

3. Deber del juez al condenar por daño moral de constatar su existencia y la relación de causalidad, así como fundamentar su gravedad

[Tribunal de Familia]ⁱⁱⁱ

Voto de mayoría

“XI.- La finalidad de la responsabilidad civil es restablecer la situación patrimonial de la persona que ha sufrido un daño en su esfera jurídica como consecuencia de un acto o una actividad realizada por otra. Eso se logra cuando se le impone a su autor o autora o a quien la ley determina como responsable, el deber concreto de repararlo. En los casos de divorcio-sanción, esa obligación del o de la cónyuge culpable, reconocida en forma expresa e inequívoca con la adición del artículo 48 bis al *Código de Familia*, operada por Ley N.º 7689, de 21 de agosto de 1997, tiene un carácter eminentemente personal (responsabilidad por culpa), a fuerza del cual sus reglas y principios se inspiran en el sistema subjetivo de responsabilidad civil. Así lo confirma la remisión al 1045 del *Código Civil*. Esto quiere decir que, además de la existencia del menoscabo, para su configuración es necesario tanto un calificativo legal de su conducta lesiva como un título jurídico que permita atribuirle aquel (criterio normativo de imputación) y genere, en su perjuicio, el deber de indemnizarlo o compensarlo. RODRIGO ESCOBAR GIL [*Responsabilidad contractual de la Administración Pública, Bogotá: Editorial TEMIS, 1989, pp. 79 y 80*] lo sintetiza de la siguiente manera: “Para imponer a un sujeto la obligación de reparar un daño es necesario realizar un juicio de imputabilidad, que consiste en atribuir el daño a su autor, lo que requiere la concurrencia de dos elementos: la relación de causalidad y los criterios normativos de imputación. En primer lugar es necesario que obre una relación de causalidad material entre la lesión y la actividad del sujeto responsable, para poder atribuirle a este las consecuencias del evento lesivo por ser su autor. En segundo lugar se requiere la concurrencia de un criterio normativo de imputación, que es la circunstancia que justifica atribuir la lesión a su autor, o sea trasladar el daño del patrimonio del sujeto lesionado a su autor o al sujeto imputado. En ningún caso se trata de calificar un acto humano sino de encontrar “un título jurídico” o “una razón de justicia o equidad” que, además de la mera causalidad material, legitime la atribución del deber de reparar el daño a un sujeto determinado. Para la imputación del daño no solo es necesario la imputatio facti -causalidad material- sino además la imputatio juris -criterio normativo de imputación-.” En otras palabras, además del incumplimiento malicioso o culposo de alguno o de varios de los deberes impuestos por el matrimonio, en esta clase de asuntos se debe analizar y constatar la existencia de un daño a un interés jurídicamente relevante, que sea cierto, efectivo, individualizable y susceptible de valoración económica, aun cuando esta sea indeterminada o difícil de apreciar; así como la relación de causalidad entre una (la actuación humana) y otro (el detrimento). Solo cuando esos presupuestos del instituto en cuestión son identificados en el caso concreto, procede ordenar la reparación en la justa medida en que se haya afectado la esfera jurídica de quien la reclama.-

XII.- Como lo puntualizó la Sala Primera en el voto n.º 112-F-92, de las 14:15 horas del 15 de julio de 1992, “El daño, en sentido jurídico, constituye todo menoscabo, pérdida o detrimento de la esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial de la persona

(damnificado), el cual provoca la privación de un bien jurídico, respecto del cual era objetivamente esperable su conservación de no haber acaecido el hecho dañoso. Bajo esta tesitura, no hay responsabilidad civil si no media daño, así como no existe daño si no hay damnificado. Por otra parte, sólo (sic) es daño indemnizable el que se llega a probar (realidad o existencia), siendo ello una cuestión de hecho reservada al prudente arbitrio del juzgador [o de la juzgadora]. En suma, el daño constituye la brecha perjudicial para la víctima, resultante de confrontar la situación anterior al hecho ilícito con la posterior al mismo. " Ahora bien, tratándose de la compensación del de índole moral, es preciso tener claro su concepto y las implicaciones de este a efecto de definir, en primer término, su procedencia o improcedencia y, en caso de establecer que sí cabe reconocerlo, fijar el monto correspondiente. En ese mismo voto, reiterado, entre otros, en los n.os 14-F-93, de las 16 horas del 2 de marzo; 41-F-93, de las 15 horas del 18 de junio; 65-F-93, de las 14 horas del 1º de octubre, los tres de 1993; 45-F-95, de las 14:45 horas del 25 de abril de 1995; 1-F-96, de las 14:50 horas del 10 de enero de 1996; 96-F-S1-2009, de las 16 horas del 29 de enero y 794-F-S1-2009, de las 16:10 horas del 30 de julio, ambos de 2009, ese órgano de Casación señaló que "El daño moral (llamado en doctrina también incorporal, extrapatrimonial, de afección, etc.) se verifica cuando se lesiona la esfera de interés extrapatrimonial del individuo, empero como su vulneración puede generar consecuencias patrimoniales, cabe distinguir entre daño moral subjetivo "puro", o de afección, y daño moral objetivo u "objetivado". El daño moral subjetivo se produce cuando se ha lesionado un derecho extrapatrimonial, sin repercutir en el patrimonio, suponiendo normalmente una perturbación injusta de las condiciones anímicas del individuo (disgustos, desánimo, desesperación, pérdida de satisfacción de vivir, etc., vg. el agravio contra el honor, la dignidad, la intimidad, el llamado daño a la vida en relación, aflicción por la muerte de un familiar o ser querido, etc.). El daño moral objetivo lesiona un derecho extrapatrimonial con repercusión en el patrimonio, es decir, genera consecuencias económicamente valubles (vg. el caso del profesional que por el hecho atribuido pierde su clientela en todo o en parte). Esta distinción sirve para deslindar el daño sufrido por el individuo en su consideración social (buen nombre, honor, honestidad, etc.) del padecido en el campo individual (aflicción por la muerte de un pariente), así uno refiere a la parte social y el otro a la afectiva del patrimonio. Esta distinción nació, originalmente, para determinar el ámbito del daño moral resarcible, pues en un principio la doctrina se mostró reacia a resarcir el daño moral puro, por su difícil cuantificación. (...). La diferencia dogmática entre daño patrimonial y moral no excluye que, en la práctica, se presenten concomitantemente uno y otro, podría ser el caso de las lesiones que generan un dolor físico o causan una desfiguración o deformidad física (daño a la salud) y el daño estético (rompimiento de la armonía física del rostro o de cualquier otra parte expuesta del cuerpo), sin que por ello el daño moral se repunte como secundario o accesorio, pues evidentemente tiene autonomía y características peculiares. En suma el daño moral consiste en dolor o sufrimiento físico, psíquico, de afección o moral infligido con un hecho ilícito. Normalmente el campo fértil del daño moral es el de los derechos de la personalidad cuando resultan conculcados." Tal como se destacó en esos mismos fallos, "En lo referente a la prueba del daño moral el principio es el siguiente: debe acreditarse su existencia y gravedad, carga que le corresponde a la víctima, sin embargo se ha admitido que tal prueba se puede lograr a través de presunciones de hombre (sic) inferidas de indicios, ya que, el hecho generador antijurídico pone de manifiesto el daño moral, pues cuando se daña la psiquis, la salud, la integridad física, el honor, la intimidad, etc. es fácil inferir el daño, por ello se dice que la

prueba del daño moral existe "in re ipsa". Sobre el particular, esta Sala ha manifestado que en materia de daño moral "...basta, en algunas ocasiones, con la realización del hecho culposo para que del mismo (sic) surja el daño, conforme a la prudente apreciación de los Jueces [y Juezas] de mérito, cuando les es dable inferir el daño con fundamento en la prueba de indicios" (Sentencia No. 114 de las 16 horas del 2 de noviembre de 1979)." (Ver, en igual sentido, los votos n.ºs 41-F-93, de las 15 horas del 18 de junio de 1993; 1-F-96, de las 14:50 horas del 10 de enero de 1996; 311-F-01, de las 16:10 horas del 25 de abril de 2001; 1157-F-S1 -2009, de las 14:20 horas del 5 de noviembre de 2009 y 1111-F-S1 -2010, de las 10:15 horas del 23 de setiembre de 2010). Y para saber cuándo se aplica una u otra regla, tener clara su clasificación resulta sumamente relevante: "En el caso del objetivo, se debe hacer la demostración correspondiente como acontece con el daño patrimonial; pero en el supuesto del daño moral subjetivo al no poder estructurarse y demostrarse su cuantía de modo preciso, su fijación queda al prudente arbitrio del juez (sic), teniendo en consideración las circunstancias del caso, los principios generales del derecho y la equidad, no constituyendo la falta de prueba acerca de la magnitud del daño óbice para fijar su importe." -

XIII.- De acuerdo con lo expuesto, se debe reiterar que, aun cuando no se discute que su determinación y cuantificación puede hacerse en forma prudencial, el reclamo de la indemnización por daño moral subjetivo hace necesario demostrar debidamente la conducta lesiva, así como la relación de causalidad entre esta y aquel, pues una y otra son indispensables para otorgarla. Eso no significa, claro está, que esa decisión no pueda justificarse en el potencial ofensivo del comportamiento del sujeto responsable, en cuyo caso su acreditación se hace a partir de presunciones, lo que supone, sin duda, una fundamentación suficiente tomando en cuenta las particularidades del caso concreto con base en criterios de racionalidad y proporcionalidad. Así lo ha destacado la Sala Primera en diversos pronunciamientos. En el n.º 112-F-92, de las 14:15 horas del 15 de julio de 1992, enfatizó que *"Los parámetros o pautas que debe tener en consideración el juzgador [o la juzgadora] al momento de definir el cuántum indemnizatorio son de vital importancia, para no caer en reparaciones arbitrarias por su carácter exiguo, meramente simbólico, o excesivo. Así por ejemplo el juez [o la jueza] debe ponderar la intensidad del dolor sufrido siendo ello un factor variable y casuista por lo cual debe acudir a la equidad; la gravedad de la falta cometida por el agente sin que ese factor sea determinante para acoger o rechazar la pretensión indemnizatoria; las circunstancias personales y repercusión subjetiva del daño moral en la víctima (estado económico patrimonial, estado civil, número de hijos y edad, posición social, nivel cultural, grado de cohesión y convivencia familiar, etc.); también debe considerarse, de alguna manera, el estado patrimonial del agente, intensidad de las lesiones (vg. gravedad de las lesiones, tiempo de curación, secuelas temporales o permanentes etc.). Desde luego, tales pautas deben conjugarse con el prudente arbitrio del juez [o de la jueza], su ciencia y experiencia."* En el n.º 41-F-93, de las 15 horas del 18 de junio de 1993, señaló que *"En estos casos, como se ha indicado, la determinación de su extensión no puede hacerse en forma objetiva, pues no es posible medir ni cuantificar el dolor percibido ni el menoscabo a la dignidad y honra del sujeto. Por ende, corresponde fijar la respectiva indemnización según el prudente arbitrio del juez [o de la jueza], teniendo en consideración las circunstancias del caso, los principios generales del derecho y la equidad. No se trata, entonces, de cuantificar el valor de la honra y dignidad de un sujeto, pues estos son bienes inapreciables, sino de fijar una compensación monetaria a su lesión, único mecanismo del*

cual puede echar mano el derecho, para así reparar, al menos en parte su ofensa. No cabría, dentro de tal filosofía, establecer indemnizaciones exorbitantes, como sucede en otros sistemas jurídicos, pues ello produciría el enriquecimiento injusto del ofendido [u ofendida] (...). Dentro de los principios fundamentales del derecho, hállanse los de razonabilidad y proporcionalidad, a los cuales se les ha reconocido en nuestro medio el rango de principios constitucionales (ver al respecto, las resoluciones de la Sala Constitucional #1739-92 de las 11:45 horas del primero de julio y 3495-92 de las 14:30 horas del diecinueve de noviembre, ambas de 1992). Aplicándolos a situaciones como la presente, resulta indispensable, al fijar las obligaciones nacidas en situaciones jurídicas indemnizatorias, atender la posición de las partes y la naturaleza, objeto y finalidad del resarcimiento, sin llegar a crear situaciones absurdas, dañinas o gravemente injustas. En tal sentido, el daño moral, en casos como el analizado, no podría dar lugar a indemnizaciones millonarias (...). Ello abriría un portillo inconveniente, para dar paso a pretensiones desproporcionadas las cuales, so pretexto de tutelar el ámbito subjetivo del individuo, conducirían a un enriquecimiento injustificado (...). De igual manera, una fijación exigua, amén de injusta, atentaría contra la dignidad humana, por razones obvias, tratándose de un menoscabo en el ámbito de los sentimientos humanos.” En el n.º 99-F-95, de las 16 horas del 20 de setiembre de 1995, acotó que, “Si bien el daño moral -en relación con el tema en cuestión- debido a su naturaleza, permite un amplio margen de discrecionalidad al juzgador en cuanto a su fijación, ésta (sic) debe observarse necesariamente dentro de ciertos parámetros insoslayables. Por ejemplo, la antigua Sala de Casación, en sentencia #114 de las 16 horas del 2 de noviembre de 1979 avala la prudente apreciación de los jueces [y las juezas] “... cuando les es dable inferir el daño con fundamento en la prueba de indicios. Esta Sala, en su fallo #114-93, señala que el prudente arbitrio aludido, ha de tener en consideración las circunstancias del caso, los principios generales del derecho y la equidad.” En el n.º 170-F-02, de las 15:45 horas del 13 de febrero de 2002, reiterado en los n.ºs 265-F-2003, de las 10:40 horas del 14 de mayo; 537-F-03, de las 10:40 horas del 3 de setiembre, ambos de 2003; 124-F-2008, de las 16:28 horas del 14 de febrero de 2008; 1157-F-S1 -2009, de las 14:20 horas del 5 de noviembre de 2009 y 1111-F-S1 -2010, de las 10:15 horas del 23 de setiembre de 2010, precisó “(...) que el daño moral subjetivo proviene de la lesión de un derecho extrapatrimonial. Sea, no repercute en el patrimonio. Supone una perturbación injusta de las condiciones anímicas. No requiere de una prueba directa y queda a la equitativa valoración del Juez [o de la Jueza]. Si se trata de daño moral subjetivo los tribunales están facultados para decretar y cuantificar la condena. La naturaleza jurídica de este tipo de daño no obliga al liquidador a determinar su existencia porque corresponde a su ámbito interno. Ello no es problema de psiquiatras o médicos. Se debe comprender su existencia o no porque pertenece a la conciencia. Se deduce a través de las presunciones inferidas de indicios, ya que, el hecho generador antijurídico pone de manifiesto el daño moral, pues cuando se daña la psiquis, la salud, la integridad física, el honor, la intimidad, etc. es fácil inferir el daño, por ello se dice que la prueba del daño moral existe “in re ipsa”. Tampoco se debe probar su valor porque no tiene un valor concreto. Se valora prudencialmente. Entonces la prueba pericial es inconducente. En relación, pueden consultarse, entre otras, las sentencias de esta Sala No. 112 de las 14 horas 15 minutos del 15 de julio de 1992; No. 14 de las 16 horas del 2 de marzo; No. 41 de las 15 horas del 18 de junio; No. 65 de las 14 horas del 1 de octubre, todas las anteriores de 1993; No. 100 de las 16 horas 10 minutos del 9 de noviembre; No. 116 de las 14 horas del 16 de diciembre, ambas de 1994; No. 45 de las 14 horas 45 minutos del 25 de abril y No. 99 de las 16 horas del 20 de setiembre; las dos últimas de 1995.” En el n.º 878-F-2007, de las 8:15 horas del 14 de diciembre de 2007,

reiterado en los n.ºs 1-F-S1-2009, de las 9:05 horas del 6 de enero de 2009; 184-F-S1 -2009, de las 13 horas del 23 de febrero de 2009; 468-F-S1-2009, de las 15:15 horas del 7 de mayo de 2009; 510-F-S1-2009, de las 15:40 horas del 21 de mayo de 2009 y 984-S1 -F-2009, de las 8 horas del 18 de setiembre de 2009, agregó que "De lo anterior se infiere que en estos casos el ejercicio de la conducta antijurídica permite, por sí sola, presumir la existencia de aquél (sic). La determinación y cuantificación del daño moral subjetivo entonces, queda a la equitativa y prudente valoración del Juzgador [o de la Juzgadora], quien acude para ello a presunciones del ser humano inferidas de los hechos comprobados. La presunción humana es un juicio lógico del juez [o de la jueza], en virtud del cual se considera probable un hecho, con fundamento en las máximas generales de la experiencia, que indican cuál es el modo normal como suceden las cosas y los hechos." En el n.º 125-F-S1 -2009, de las 15:35 horas del 5 de febrero, reiterado en los n.ºs 463-F-S1-2009, de las 10:35 horas del 7 y 517-F-S1-2009, de las 10:25 horas del 27, ambos de mayo y todos de 2009, advirtió que "Tal derecho de reparación requiere de la existencia de un factor de atribución de responsabilidad, en contra de otro sujeto y de un nexo de causalidad entre la conducta combatida y los daños alegados. (...) conforme a la mayoría doctrinal abocada al tema y a la abundante jurisprudencia de esta misma Sala, el daño moral subjetivo es "in re ipsa", sea, es consustancial o inherente a la lesión misma, va con la cosa, se entiende en principio como derivación del hecho o la conducta adoptada. No obstante lo anterior, ha de quedar claro que dicha calificación no exime al reclamante de algún atisbo probatorio que permita siquiera, por medio de indicios, extraer la aflicción subjetiva que se atribuye (...). Pero de igual manera, resulta esencial, y por ende, de particular relevancia, que se establezca el necesario nexo causal entre la infracción reprochada por la sentencia que se ejecuta y el daño moral cuya reparación se pretende." En el n.º 92-S1-F-2010, de las 14:40 horas del 14 de enero de 2010, consideró "(...) importante recalcar que, tratándose del daño moral subjetivo, el justiciable no se encuentra en la obligación de suministrar prueba directa sobre su aficción (...)", pero sí se requiere que aporte "(...) suficientes indicios que permitan a quien resuelva deducir, a partir de presunciones humanas, una lesión a un derecho extrapatrimonial, propio del fuero interno de la víctima. " Sobre el tema, conviene consultar, además, los votos de esa Sala n.ºs 17, de las 14:30 horas del 21 de febrero de 1996; 581-F-03, de las 11:15 horas del 17 de setiembre; 605-F-2003, de las 10 horas del 26 de setiembre, los dos de 2003; 184-F-S1 -2009, de las 13 horas del 23 de febrero; 1154-F-S1 -2009, de las 14 horas del 5 de noviembre, ambos de 2009; 549-F-S1-2010, de las 9:10 horas; 564-A-S1-2010, de las 13:43 horas, los dos del 6 de mayo; 870-F-S1-2010, de las 9:10 horas del 22 de julio y 1111-F-S1 -2010, de las 10:15 horas del 23 de setiembre, los últimos de 2010.-

XIV.- En este tipo de asuntos, so pretexto de la posibilidad de fijar prudencialmente el monto de la reparación, el órgano jurisdiccional suele obviar la debida constatación de la relación de causalidad y de la existencia del daño y, en particular, la fundamentación de su gravedad y magnitud en las particulares circunstancias del conflicto sometido a su conocimiento y decisión. También es usual que olvide justificar su correlación con la suma otorgada. Cuando se actúa de esa manera, se coloca a las partes, especialmente a la condenada a pagarla, en una evidente situación de incertidumbre y, por ende, de indefensión, pues no solo se le impide conocer los motivos por los cuales se le impuso tal obligación con los alcances dispuestos, sino que se le obstaculiza el ejercicio de su derecho a la doble instancia, pues no puede cuestionar, en esta sede, aquello que, en el mejor de los casos, solo ha podido intuir. Eso no quiere decir, claro está, que no hagamos nuestra la

jurisprudencia de acuerdo con la cual existen casos en los cuales el daño moral es evidente y no necesita acreditarse; es decir, aquellos en los que la prueba existe *in re ipsa*, de manera que la realización del hecho culposo es suficiente para tener por producida la lesión (ver, por todos, los votos de la Sala Primera n.ºs 114, de las 16 horas del 2 de noviembre de 1979 y 100 de las 16:10 horas del 9 de noviembre de 1994). Sin embargo, en esa hipótesis el juez o la jueza competente está obligado/a a consignar en su fallo las razones que le permiten concluir que la situación fáctica amerita esa consideración, así como las que le conducen a fijar la indemnización en el monto que en definitiva otorgó, sin olvidar que debe adecuarse al contexto de las partes y, en especial, a la magnitud de la afectación o vejación que es legítimo, prudente y razonable derivar del hecho generador. Recuérdese que, en ninguna hipótesis, discrecionalidad es sinónimo de arbitrariedad. De conformidad con lo referido en el apartado anterior, aunque el otorgamiento de la indemnización no esté sujeto a estrictos factores probatorios (salvo que se refieran a la conducta lesiva y a la relación de causalidad), sino a la prudencia y objetivo arbitrio de la autoridad competente, para que su cuantificación sea acorde a Derecho y no favorezca o perjudique injustificadamente a una de las partes, ha de hacerse de conformidad con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, valorados en cada caso concreto; o sea, que debe satisfacer los requerimientos de equidad derivados del cuadro fáctico. De todo ello se deriva que, como lo apuntó la Sala Primera en el voto n.º 99-F-95, de las 16 horas del 20 de setiembre de 1995, *"(...) el prudente arbitrio a emplear por el juzgador [o la juzgadora] en situaciones como la presente, supone la observancia de parámetros ineludibles como la prueba indiciaría, las circunstancias propias del caso concreto, los principios generales del derecho, la equidad, la posición de las partes; la naturaleza, objeto y finalidad del resarcimiento y los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Sobre tales extremos puede y debe la parte interesada ofrecer prueba en lo posible. Solo así puede arribarse a un prudente arbitrio. Al margen de tales consideraciones la fijación discrecional corre el grave riesgo de incurrir en un exceso de poder (...). Sea, la prudente apreciación del juez [o de la jueza], aún contando con la realización del hecho generador -cual ocurre en la especie- (principio "in re ipsa"), precisa de las consideraciones o parámetros comentados, en torno al daño, para, con arreglo a ellos establecer el monto. En el evento de que no militaren en autos (sic) elementos de juicio sobre el particular, tendría el juzgador [o la juzgadora] que actuar en consonancia con tal situación, adoptando una actitud conservadora en la fijación, pues de no hacerlo así, podría incidir en exceso de poder."* (Ver, en similar sentido, el voto n.º 801-F-2002, de las 11:10 horas del 18 de octubre de 2002).-

XV.- En el sub-lite, esta Cámara ha constatado que el órgano de primera instancia al que correspondió *"(...) ponderar la intensidad del dolor sufrido, lo cual resulta ser un factor variable y casuista."* (Voto de la Sala Primera n.º 171-F-S1 -2008, a las 9:50 horas del 4 de marzo de 2008), no solo omitió señalar puntualmente cuáles son las conductas antijurídicas de las partes y explicitar las presunciones o indicios y las reglas de experiencia que le permitieron inferir que ponen de manifiesto el daño moral, así como los criterios y las razones de equidad gracias a los cuales cuantificó su compensación en las sumas de dos y doce millones de colones. Nótese que, como ya se apuntó, en el listado de aseveraciones fácticas solo se ocupó de las calificaciones jurídicas: la sevicia y la violencia intrafamiliar (hechos probados 3, 5 y 8) y que cuando intentó justificar su decisión aludió al daño en la salud. Así las cosas, hay una evidente inconsistencia en el fallo, que se agrava cuando se repara en la falta de referencias puntuales a las repercusiones de las conductas

dañinas en la órbita subjetiva de las víctimas (situación económica, estado civil, número de hijos y edad, nivel cultural, grado de cohesión y convivencia familiar, entre otros), en función, claro está, de las circunstancias particulares del caso y, en especial, de las personales de las damnificadas (sobre el particular conviene consultar también los votos de la Sala Primera n.ºs 100, de las 16:10 horas del 9 de noviembre de 1994 y 99, de las 16 horas del 20 de setiembre de 1995). No huelga repetir lo resuelto por la Sala Primera en el voto n.º 515, de las 10:15 horas del 27 de mayo de 2009, reiterado en el n.º 509-F-S1-2010, de las 11 horas del 30 de abril de 2010: *“La causalidad adecuada, como método jurídico para imputar un daño a una conducta, debe entenderse como aquella vinculación entre estos elementos, cuando el primero se origine, si no necesariamente, al menos con una alta probabilidad, según las circunstancias específicas que incidan en la materia, de la segunda. En esta línea, entre otras, pueden verse las resoluciones 467-F-2008 de las 14 horas 25 minutos del 4 de julio de 2008, o la 1008-F-2006 de las 9 horas 30 minutos del 21 de diciembre de 2006.”* De igual modo, es preciso reiterar que *“Dentro de las clases de daños, se encuentra en primer término el daño material y el corporal, siendo el primero el que incide sobre las cosas o bienes materiales que conforman el patrimonio de la persona, en tanto el segundo repercute sobre la integridad corporal y física. En doctrina, bajo la denominación genérica de daño material o patrimonial, suelen comprenderse las específicas de daño corporal y de daño material, en sentido estricto. La segunda parece ser la expresión más feliz, pues el daño corporal suele afectar intereses patrimoniales del damnificado (pago de tratamiento médico, gastos de hospitalización, medicamentos, etc.), ganancias frustradas si el daño lo ha incapacitado para realizar sus ocupaciones habituales (perjuicios), etc.. Esta distinción nació en el Derecho Romano, pues se distinguía entre el daño inferido a las cosas directamente (damnum) y el que lesionaba la personalidad física del individuo (injuria). En el daño patrimonial el menoscabo generado resulta ser valorable económicamente.”* (Voto de la Sala Primera n.º 112-F-92, de las 14:15 horas del 15 de julio de 1992) y que, a partir de ello, es posible postular *“(…) que el daño moral subjetivo y el psicológico son distintos, el primero, afecta los sentimientos en cuanto el dolor, congoja o sufrimiento que experimenta la persona ofendida como consecuencia del agravio; mientras que el segundo, es constatable científicamente por los síntomas que se exteriorizan mediante diferentes formas, pero que evidencian siempre una situación traumática.”* (Voto de la Sala Primera n.º 662-F-S1-2010, de las 14:20 horas del 26 de mayo de 2010).

XVI.- Como corolario de todo lo expuesto, al amparo de lo previsto en los numerales 194 y 197 del *Código Procesal Civil*, se debe anular el fallo apelado y devolver el expediente a su oficina de origen, para que, luego del estudio y análisis integral y conforme a derecho de las alegaciones de las partes y de los elementos de convicción aportados, se proceda a emitir uno nuevo, debidamente fundamentado, pues solo de esa forma será posible cumplir con las exigencias derivadas de los derechos fundamentales al debido proceso y de defensa. Se debe advertir a la autoridad recurrida que, en el momento de reponer la sentencia, debe tener en cuenta que como lo puntualizó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia de 5 de agosto de 2008 -caso Aritz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela-, *“(…) la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas (sic) han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen*

de la cuestión ante las instancias superiores.” También ha de tener en cuenta la necesidad de puntualizar las razones fácticas y jurídicas de cada una de las decisiones que se implementen para la correcta solución de este litigio. Por último, se le insta de modo respetuoso para que defina y ejecute las acciones que estime adecuadas a efecto de evitar, en el futuro, incorrecciones como las identificadas en este proceso.”

4. Daño moral en materia de familia: Procedencia de indemnización por traspaso de bien con naturaleza ganancial

[Tribunal de Familia]^{iv}

Voto de mayoría

“QUINTO: Sobre el tema del daño moral es oportuno tener presente el valioso antecedente de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia número 413-03: “...XI.- DEL DAÑO MORAL EN MATERIA DE FAMILIA: La demandada-reconventora, en su segunda pretensión, solicitó que se condene al señor ... al pago de los daños y perjuicios ocasionados – que técnicamente es daño moral-, tanto a ella como a su hijo. En el primer caso como producto del adulterio y, en ambos casos por el sufrimiento que les causó la sevicia atribuidas al actor-reconvenido, la cual ocasionó afectación psíquica, emocional y psicológica. Estima dichos perjuicios en la suma de diez millones de colones (¢10.000.000). Prima facie, conviene advertir que el daño adquiere poco a poco una relevancia trascendental en materia de divorcio, tanto desde el punto de vista moral como del patrimonial. El primero, sea el moral, se produce cuando se lesionan los sentimientos de una persona, es un “daño de afección” que se da cuando se lesionan sentimientos como el amor, la dignidad y el honor de uno de los cónyuges y se traducen en pena, tristeza, mortificación, disgusto o inseguridad personal. Estas conductas reiteradas o no, pueden ser constitutivas de separación personal y de divorcio sanción que pueden producir daños de orden moral; ya sea que lesionen derechos subjetivos matrimoniales de orden extra patrimonial (como por ejemplo las infidelidades) o del patrimonial (como podría ocurrir en el caso de los actos simulados fraudulentos de uno de los cónyuges en perjuicio de los derechos del otro en el caso de los bienes gananciales). Incluso , si analizamos detalladamente las secuelas psicológicas y las bases de cada caso de separación o de divorcio en concreto, podríamos encontrar que también pueden ser susceptibles de ocasionar daño moral. Con respecto a la prueba de esta clase de daño, surge de la demostración de los hechos mismos constitutivos de las causales invocadas, según las reglas generales de la materia, en este caso las de familia; y le corresponderá, en todo caso, al responsable, la demostración de la existencia de alguna situación objetiva que permita excluir en el caso en concreto ese tipo de daño o que disminuya su entidad. El daño moral, entonces, se deduce por los propios hechos ilícitos que han perjudicado a la persona en sus afecciones más íntimas, en su integridad física o psíquica o en ambas, en su honor, etc. Sin necesidad, incluso, de demostrar especialmente la pena o el dolor del sujeto o su trascendencia familiar o social. Por ello, pareciera descartado considerar que un adulterio por el hecho de ser discreto no produce un daño grave susceptible de reparación. O una ofensa o humillación que no sea pública o incluso un atentado contra la propia dignidad.

Ahora bien, en cuanto al menor de edad, la misma premisa es posible aplicar (al respecto pueden consultarse, GONZÁLEZ MORA, R (compilador). Daños y Perjuicios en el Proceso de Divorcio y de la Separación Judicial. Escuela Judicial, pág. 61 a 89)".

SEXTO: En este caso concreto, la señora Jueza A-quo rechazó el cobro de daño moral bajo el argumento de que con la prueba aportada, el testimonio de J , no se puede acreditar, esta integración del Tribunal respeta pero no comparte esa conclusión. Como se indicó quedó demostrado que el traspaso que hizo el marido a su hermana, Y , de su derecho sobre la finca del partido de San José matrícula de folio real número [...], "*fue un acto deliberado...para despojara la actora de su derecho de participación en la liquidación de su derecho*", máxime que también se demostró que en ese inmueble, los aquí cónyuges construyeron una vivienda, esa actuación, sin necesidad de ningún otro tipo de prueba, evidentemente le provocó a la actora sufrimiento, por eso el marido, debe indemnizar a su esposa, y se estima que la suma pretendida, cinco millones de colones, es prudente, por eso el daño moral se fija en ese monto, revocándose en este punto el fallo. A pesar de que la pretensión de daño moral no se limitó al esposo, sino que también se hizo contra todos los otros codemandados, reiterada en el recurso de apelación, la solución respecto de las hermanas y el hermano del señor A. se estima que debe ser diferente, rechazándose respecto a ellos esa petición. A pesar del cuestionamiento que se hizo del traspaso del derecho del señor A.c a su hermana Y , lo cierto es que la actora, libremente, limitó su reclamo a la declaratoria de ganancialidad, no pidió la nulidad de ese traspaso para que el bien regresara al patrimonio de su marido, por lo que la señora Y. conservó ese derecho, lo que la legitimó para intentar el desahucio. Es cierto que revisado el fallo la señora Y. fue condenada al pago de daño material, pero como se indicó eso no es objeto de examen por parte de este Tribunal, porque ella no lo impugnó, se conformó y quedó firme. Además es cierto que consta documentalmente que los otros codemandados presentaron un proceso de desahucio en contra de la actora, para desalojarla de la casa que ocupaban ella y a su hijo, pero aún y cuando esa situación también pudo haber provocado angustia y preocupación en la señora F , lo cierto es que esa acción la promovieron en su condición de copropietarios del inmueble, de manera tal que estaban amparados a un derecho, máxime que en el caso de los señores M, L. y E , todos EV , sus derechos, distintos del que tenía el marido, no han sido objeto de cuestionamiento en este proceso."

ⁱ Sentencia: 00028 Expediente: 11-400314-0637-FA Fecha: 15/01/2014 Hora: 09:40:00 a.m.
Emitido por: Tribunal de Familia.

ⁱⁱ Sentencia: 00013 Expediente: 13-000183-0938-FA Fecha: 08/01/2014 Hora: 03:15:00 p.m.
Emitido por: Tribunal de Familia.

ⁱⁱⁱ Sentencia: 00637 Expediente: 08-000387-0165-FA Fecha: 12/09/2011 Hora: 02:45:00 p.m.
Emitido por: Tribunal de Familia.

^{iv} Sentencia: 00967 Expediente: 09-000410-0186-FA Fecha: 23/08/2011 Hora: 11:51:00 a.m.
Emitido por: Tribunal de Familia.