



## EL DIVORCIO EN EL NUEVO CODIGO DE FAMILIA

Dr. Víctor Pérez Vargas

### CONTENIDO:

|                                                                                                                                                                  |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Introducción                                                                                                                                                  | 48 |
| 2. Notas históricas                                                                                                                                              | 48 |
| 3. Concepto. Etimología. Diferencias con la invalidez                                                                                                            | 50 |
| 4. Divorcio vincular y no vincular                                                                                                                               | 51 |
| 5. Las concepciones sobre el divorcio                                                                                                                            | 52 |
| 6. Las causales de divorcio                                                                                                                                      | 53 |
| 7. Causales absolutas y relativas                                                                                                                                | 53 |
| 8. Las causales en nuestro Código de Familia                                                                                                                     | 54 |
| a) El adulterio de cualquiera de los cónyuges                                                                                                                    | 54 |
| La prueba del adulterio                                                                                                                                          | 54 |
| b) El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro                                                                                                    | 56 |
| c) La tentativa de uno de los cónyuges para prostituir o corromper al otro cónyuge y la tentativa de corrupción o corrupción de los hijos de cualquiera de ellos | 56 |
| d) La sevicia                                                                                                                                                    | 57 |
| e) La separación judicial por un término no menor de un año                                                                                                      | 58 |
| f) La ausencia del cónyuge legalmente declarada                                                                                                                  | 59 |
| g) El mutuo consentimiento de ambos cónyuges                                                                                                                     | 59 |
| 9. El procedimiento de divorcio                                                                                                                                  | 60 |
| 10. La acción de divorcio. Sujeto legitimado. Caducidad                                                                                                          | 60 |
| 11. La posición del cónyuge demandado                                                                                                                            | 61 |
| 12. Medidas provisionales durante la tramitación del divorcio                                                                                                    | 61 |
| a) La salida del domicilio conyugal                                                                                                                              | 62 |
| b) La custodia de los hijos                                                                                                                                      | 62 |
| c) Alimentos                                                                                                                                                     | 62 |
| 13. La prueba del divorcio. Medios. Carga                                                                                                                        | 63 |
| 14. Muerte de cualquiera de los cónyuges durante la tramitación del divorcio                                                                                     | 63 |
| 15. Reconciliación                                                                                                                                               | 64 |
| 16. La sentencia de divorcio. Extremos. Efectos. Recursos                                                                                                        | 64 |
| 17. Bibliografía                                                                                                                                                 | 68 |

## 1. INTRODUCCION

Establece nuestra Constitución Política y nuestro Código de Familia la existencia de "un interés a la familia" (1), lo que significa que se establece un deber (genérico) (2) del Estado a su protección. La familia en cuanto a agrupación humana para finalidades jurídicamente relevantes merece, según los valores históricos presentes en nuestro medio, el apoyo y el estímulo de los órganos públicos. Frente a estas consideraciones se levanta la situación real: el Estado no puede crear la armonía donde ésta no existe, lo mismo que no puede hacer que una familia donde no existe la comprensión se convierta en una familia feliz. Como resultado de esta elemental constatación y como solución a los problemas que una familia desintegrada plantea, existe el remedio del divorcio. Se trata de una manifestación más de la función del Derecho como respuesta a los problemas humanos (jurídicamente relevantes, en cuanto su existencia afecta los valores del sistema). "El punto verdaderamente decisivo es que el trabajo del jurista está dirigido a resolver problemas prácticos, reales, puestos por los casos de la vida y que, como sabemos, los efectos jurídicos, entendidos en su sentido sustancial, no son otra cosa que las respuestas a estos problemas" (3). "En la base de toda norma —se sostiene, siguiendo a Ihering— debe discernirse un problema de la vida y de intereses vitales que no puede ser ni entendido ni resuelto por el jurista sin una referencia a la realidad social y a sus exigencias" (4).

El divorcio es la respuesta del Ordenamiento a aquellos casos de matrimonios donde por razones objetivas o subjetivas se hace imposible (jurídicamente) la continuación de la convivencia. Puede considerarse que en el nuevo Código de Familia existe "una privatización y una funcionalización del Derecho de Familia, en el sentido de que lo que se persigue es otorgar la máxima tutela posible a las exigencias del individuo, respecto a la tutela otorgada al grupo como tal, siendo éste funcional para la tutela de sus componentes, con lo que encuentra justificación la misma disolución del grupo (mediante el divorcio) cuando los intereses jurídicamente relevantes de sus miembros no encuentran realización armónica dentro del mismo" (5).

Tal es, en síntesis, la justificación genérica de la Institución en examen.

## 2. NOTAS HISTORICAS

Llama la atención el carácter poco formalista del divorcio en legislaciones antiguas. Lo que la voluntad unía, la voluntad podía separar, sin mayores formalidades. Así, "En las legislaciones primitivas, lo mismo en la de la antigua Roma, que en las costumbres germánicas y en la vieja ley judía, no se encuentra un divorcio análogo al que funciona en nuestra sociedad actual, con la necesidad, de una parte, de sentencia judicial y, de otra, de motivos de divorcio taxativamente determinados por la ley, sino una verdadera facultad de repudiación, ya unilateral, ya consensual, es decir resultante de la voluntad común de los dos esposos" (6).

No falta quien todavía ve con temor, la posibilidad de regresar a tal sistema (7). Como características

- (1) Y no "de" la familia, según la expresión de LIPARI, Nicolò. *Diritto Privato. Una ricerca per l'insegnamento*. Laterza, Bari, 1974, pág. 168.
- (2) Sobre los conceptos genéricos de poder y de deber v. ROMANO, Santi. *Fragmentos de un Diccionario Jurídico*. Buenos Aires, EJE, 1964, pág. 138.
- (3) FALZEA, Angelo, *Eficacia Jurídica*, Facultad de Derecho, U. C. R. pág. 21 y ss.
- (4) *Ibidem*.
- (5) PEREZ, Víctor. *Orientaciones del Derecho de Familia Costarricense*. Instituto de Derecho Privado. U. C. R., 1975, pág. 77 en contraposición a la vieja tesis de Cicu (hoy bastante abandonada) que consideraba que la familia era un agregado social que no existe tanto en función de los intereses de sus miembros, como en función del interés estatal. CICU, Antonio. *Lo spirito del diritto familiare*. Discorso inaugurale letto nell'aula magna dell'Università di Macerata, 23 nov. 1913, *Scritti minori*, I, I, Milano, 1965, pág. 124 a 143 y CICU, Antonio. *Il diritto di famiglia nello Stato Fascista*. *Scritti minori*, cit. págs. 179, 180, cit. p. BESSONE, Mario. *Il diritto di famiglia*. Genova, 1974, págs. 25, 26.
- (6) COLIN Y CAPITANT. *Curso elemental de Derecho Civil*. Tomo I, Ed-Reus, Madrid, 1952, pág. 437.
- (7) Se ha dicho: "Si en definitiva todas las posibles causas de separación pueden ser unificadas bajo la única categoría de la intolerabilidad de la vida conyugal y si el juez de ese estado de intolerabilidad puede ser solamente uno de los cónyuges, el remedio de la separación arriesga ser dejado al arbitrio y hasta al capricho del cónyuge y al juez no le queda más que constatar la voluntad de uno de los sujetos de la relación conyugal..." FORTINO Marcella, *Riflessi del regime della separazione personale sul divorzio*. Instituto Diritto Privato. Università di Messina, Giuffrè-ed, Milano, 1973, pág. 183.

podemos señalarle la de ser objetivo (independiente de la idea de culpa) (8) y voluntario. Tal institución se denominó "REPUDIUM". "...su primer significado histórico: notificación de uno de los cónyuges al otro, acerca de su voluntad de divorciarse" (9).

La institución en examen en Roma guardaba plena coherencia con la concepción contractualista del matrimonio. Las causas indicativas de imposibilidad o de intolerabilidad de la vida conyugal variaron en las diversas épocas, pero siempre tuvieron como substrato la ausencia de amor, la pérdida de la "affectio maritalis" el requisito elemental para la subsistencia del matrimonio (10). No era posible concebir la existencia del "consortium omnis vitae", de la definición de Modestino contenida en el Digesto, cuando los cónyuges ya no se tenían afecto (11).

El matrimonio subsistía siempre que la convivencia tuviera como substrato psíquico la "maritalis affectio". Tal requisito era necesario no sólo originalmente (como ocurre todavía hoy en muchas legislaciones formalistas) sino también durante lo que hoy se denominaría "fase de actuación de la relación". Bastaba su ausencia para que siempre fuera admitido el divorcio (12).

En cierta forma, muchas de las características del matrimonio romano persisten en lo que hoy se denomina "familia de hecho" o "convivencia" (13) basada sobre la "affectio maritalis" y —en su cara social— por el llamado "honor matrimonii". Pugliatti ha puntualizado la distinción entre "l'affectio maritalis" y "l'honor matrimonii", haciendo ver que éste, modernamente entendido se refiere al recíproco tratamiento de los cónyuges como tales especialmente frente a terceros y tiene esencialmente valor social (14).

No es del caso examinar ahora la influencia del cristianismo y, concretamente, de la Iglesia, sobre las vicisitudes de la Institución. En nuestro medio puede considerarse como una de las manifestaciones de los movimientos liberales de fines del siglo pasado. En efecto "...el divorcio existe en Costa Rica desde el año de 1888, con la promulgación del Código Civil. Es decir existe el divorcio con disolución del vínculo y la consiguiente permisión de contraer nupcias al divorciado, pues el Código General del año de 1841, contenía la institución, pero sin disolución del vínculo" (15).

El nuevo Código de Familia (16) contiene importantes innovaciones que iremos analizando. Por el momento detengámonos brevemente para revisar algunos aspectos de la normativa anterior:

"En la REGULACIÓN DEL DIVORCIO es interesante observar la situación anterior con relación a tres aspectos: el mutuo consentimiento, la ausencia y la infidelidad.

En cuanto al mutuo consentimiento se establecía la prohibición de que éste pudiera dar lugar al divorcio; con el objeto de reafirmar tal prohibición se decía "no basta que la parte demandada acepte como reales los hechos que la contraria invoque en apoyo de la acción que establece, sino que deben ser probados por otros medios" (17). Estas disposiciones, en la práctica, cuando se presentaban casos de cónyuges que querían divorciarse y no se había producido uno de los hechos previstos como causales, conducían a la invención de un motivo y a su falsa demostración; se producía, en síntesis, un uso desnaturalizador del proceso (18).

En cuanto a la ausencia, ésta no podía conducir a la disolución del matrimonio y, en consecuencia, el

- (8) En el Derecho Romano clásico, el resuelto de común acuerdo entre los cónyuges, o el querido por uno de ellos sin que a ninguno de los consortes cupiera imputarle falta grave alguna. CABANELLAS, Repertorio Jurídico, Ed. Heliasta S R L, Buenos Aires, 1974, pág. 175.
- (9) CABANELLAS, op. cit. supra 8 pág. 20.
- (10) BRUNELLI, Giovanni. Divorzio e nullità di matrimonio negli Stati d'Europa, Giuffrè-ed. Milano, 1968, pág. 9.
- (11) "Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio". cit. p. ARIAS RAMOS, Derecho Romano II, Ed. Rev. Der. Privado. Madrid, 1963, pág. 731.
- (12) V. sobre el tema, BRUNELLI, op. cit. supra 9, pág. 7.
- (13) Según la Oficina de Estadística y Censos en nuestro país hay más de 87.000 familias en "convivencia". Nuestro Ordenamiento no ha dado respuesta a los diversos problemas que plantea (alimentos, sucesiones, bienes comunes, etc).
- (14) SCARDULLA, Francesco. La separazione personale ...el divorzio Giuffrè-ed. Milano, 1974, pág. 45.
- (15) SOLANO, Jorge. Texto comparativo y explicación de las reformas al Código Civil para crear el Código de Familia de Costa Rica. Inédito. San José, 1974, pág. 42.
- (16) Ley No. 5467 de 7 de noviembre de 1973.
- (17) BRENES, Alberto. Tratado de las Personas. Imprenta Trejos, San José 1925, pág. 170. Sobre la inadmisibilidad de la confesión en juicio de divorcio, v. la sentencia de la Sala de Casación N-3 de 14 hrs. de 7 de enero de 1948. Del mismo modo en materia de separación judicial se decía: "La regla de que la confesión judicial prueba plenamente contra quien la hace no tiene aplicación tratándose de demandas para que se declare la separación de cuerpos, cuando hay litigio. Sentencia de la Sala de Casación de 4 p. m. de 23 de agosto de 1923, II sem. pág. 172.
- (18) En tales casos demanda y contestación se presentaban como una fachada detrás de la cual se escondía una sustancial identidad de propósitos y fines (esto, cuando las razones del litigio no habían sido del todo inventadas). El proceso resultaba así desnaturalizado y distorsionado de los fines que le eran propios. V. sobre este tema RESCIGNO, Pietro. Lezioni su proprietà e famiglia Ed-Patrón. Bologna, 1971, p. 177.

cónyuge cuyo compañero(a) hubiese desaparecido y se ignorase su paradero no podía nunca contraer nuevas nupcias.

Finalmente, la infidelidad conyugal era diversamente tratada, según que el sujeto activo de la misma fuese el hombre o la mujer. Se decía: "El adulterio del marido no lo considera nuestro Derecho como causal de divorcio por no revestir a los ojos de la ley tanta gravedad como la que entraña el adulterio de la mujer, el que a más de lesionar en alto grado la honra del esposo, puede ser causa de que se introduzca en la familia un hijo extraño..." (19). La infidelidad del marido sólo podía llevar al divorcio cuando tenía el carácter de concubinato escandaloso, de modo que para que pudiese ser considerado como causal de divorcio tenía que ser notorio, capaz de llamar la atención de la gente produciendo el mal ejemplo (20).

En lo relativo a los EFECTOS DEL DIVORCIO, con relación a los hijos la regla general era que la guarda, crianza y educación de los mismos debía ser atribuida al cónyuge inocente, lo que no siempre era lo mejor por cuanto en muchas hipótesis el cónyuge que no había incurrido en una causal de divorcio no siempre era el más apto para tener los hijos (21)." (22).

### 3. CONCEPTO

"La expresión DIVORCIO indica, en el lenguaje jurídico, la disolución del matrimonio —válidamente contraído por una causa distinta de la muerte" (23).

Don Alberto Brenes Córdoba nos da el siguiente concepto: "Se llama divorcio, la disolución del matrimonio, por sentencia judicial, en virtud de ciertas causales ocurridas con posterioridad a la celebración del mismo.

Fuera de las causales que para el efecto de divorcio determina la ley, ninguna otra es susceptible de producirlo..." (24). Esto es lo que se denomina "taxatividad de las causales".

Los mismos elementos se encuentran incorporados en la definición conceptual que nos ofrecen Colin y Capitant: "El divorcio es la disolución del matrimonio, viviendo los dos esposos, a consecuencia de una decisión judicial dictada a demanda de uno de ellos o de uno y otro, por las causas establecidas por la ley" (25).

Etimológicamente, la palabra viene del latín "divertere" que equivale a "irse cada uno por su lado" (26). En las fuentes romanas el término se refiere tanto a la divergencia psíquica, mental y espiritual en que llegan a encontrarse los cónyuges, como a las distintas direcciones que tienen los cónyuges que se dividen.

La divergencia psíquica, mental y espiritual y la cesación de la cohabitación se encuentran también en la "separatio quoad thorum et mensam". Esta separación, sin embargo, es distinta del divorcio. Ella deja intacto el vínculo matrimonial y representa el instituto que, en sustitución del divorcio, es admitido por la Iglesia

(19) BRENES, op. cit. supra 16, pág. 170.

(20) BRENES, op. cit. supra 16, pág. 172. Estas ideas encuentran antecedente relevante en la exposición de motivos hecha por PORTALIS en la reunión del cuerpo legislativo del 16 ventoso del año XI (10 de marzo de 1803) quien afirmaba: "dado que la infidelidad de la mujer hace suponer mayor corrupción y los efectos que de ella derivan llevan a otras consecuencias, con menor severidad se juzga al hombre". PORTALIS, en LOCRE. *Legislazione Civile, commerciale e criminale*, ossia, commentario e compimento del codici francese, II, Napoli, 1840, pág. 526.

(21) El cuidado de los hijos afirma la doctrina contemporánea debe otorgarse al cónyuge que sea considerado más idóneo para cumplir los deberes de mantenimiento, instrucción y educación. RESCIGNO, op. cit. supra 18 pág. 213. El criterio decisivo debe ser, en todo caso, el interés de los menores. Op. cit. pág. 229. En la Unión Soviética, en repetidos fallos, la jurisprudencia ha afirmado que "el tribunal sólo debe considerar el interés del menor" v. DAVID Y HAZARD. *El Derecho Soviético*, Tomo II. La Ley Soc. An. Editora e Impresora, Buenos Aires, 1964, pág. 363. Ello, en aplicación del artículo 33 del Código de Familia soviético, según el cual "los derechos de los padres se ejercitan en el interés de los hijos". GREGNANIN, Antonio, *El matrimonio della Repubblica Socialista Federativa Sovietica Russa nella filosofia e nel diritto*. Giuffrè-ed Milano, 1957, pág. 93. En el Derecho de Albania se establece expresamente que el cuidado y la educación de los hijos puede ser confiado aún al cónyuge culpable, si así lo exige el interés de los menores. BRUNELLI, op. cit. supra 10, pág. 106. En Alemania también se confían los hijos al cónyuge que, en el interés de ellos, sea más idóneo, independientemente de la culpa, op. ult. cit. pág. 247. Lo mismo ocurre en Yugoslavia, op. cit. pág. 324. Sobre la solución en nuestra jurisprudencia v. en particular la sentencia de la SALA SEGUNDA CIVIL No. 223 de 15 y 30 hrs. de 27 de junio de 1974.

(22) PEREZ, op. cit. supra 5, pág. 11 a 13.

(23) SCARDULLA, op. cit. supra 14, pág. 31.

(24) BRENES, Alberto. *Tratado de las Personas*. Ed. C. R. San José, 1974, pág. 153.

(25) COLIN Y CAPITANT. Op. cit. supra 6, pág. 436.

(26) SUAREZ, Roberto. *Derecho de Familia*. Ed. Temis. Bogotá, 1971, pág. 186.

Católica para permitir en determinados casos extremos que los cónyuges vivan separados. El divorcio, en cambio, destruye el vínculo matrimonial y lleva a su disolución, de modo que los cónyuges, readquirida su libertad de estado, pueden pasar a nuevas nupcias (27).

## DIVORCIO E INVALIDEZ DEL MATRIMONIO

Si bien es cierto que: "Con la anulación, o con la disolución, del matrimonio, el cónyuge es libre de pasar a nuevas nupcias", (28) es necesario establecer la distinción entre ambos remedios ya que responden a diversas patologías y sus efectos tienen diversos alcances.

Así, con el divorcio "El vínculo matrimonial se extingue para lo sucesivo pero sin alcance retroactivo, pues, en lo que afecta al pasado, no puede negarse la existencia de un matrimonio válido y no puede tampoco pretenderse que los cónyuges nunca hayan estado casados. Aquí reside la enorme diferencia (jurídica y religiosa) entre el divorcio y la nulidad del matrimonio" (29).

La raíz de la distinción se encuentra en otra: a) factores originarios (concomitantes al matrimonio en cuanto acto), y b) factores sobrevinientes (relativos al matrimonio como relación) (30). "La invalidez del acto, que depende de causas al mismo preexistentes o coexistentes, no debe confundirse con el divorcio, el cual no se refiere propiamente al acto de matrimonio, sino que es más bien una disolución de la relación por causas sobrevinientes" (31).

La diversidad entre divorcio e invalidez del matrimonio se percibe claramente si se piensa que el primero supone la existencia de un matrimonio válido y se fundamenta en hechos posteriores a la celebración. La invalidez se basa en causas anteriores o contemporáneas respecto a las nupcias (32). Messineo resume estas distinciones en los siguientes términos: "Cosa distinta de la anulación es la disolución del matrimonio; en el primer caso, se trata de impugnar un vínculo que ha surgido irregularmente, y, pues, inválidamente; no tiene nada de diverso de las demás causas de invalidez, las cuales son internas y preexistentes, coetáneas, al surgimiento del vínculo matrimonial. Contrariamente, la muerte de uno de los cónyuges y el divorcio... no son casos de anulación del matrimonio, sino casos de disolución (ex nunc) —por causas externas y sobrevinientes— de un vínculo, que se supone constituido regularmente y válidamente. El divorcio, es, en su estructura (no en su sustancia) algo parecido a la resolución del contrato, precisamente implica la acción de una causa posterior al (regular) constituirse del vínculo conyugal; es diverso de la anulación del matrimonio, como la resolución del contrato es diversa de su invalidación" (33).

## 4. DIVORCIO VINCULAR Y NO VINCULAR

El término "divorcio" ha tenido en la doctrina, en particular debido a la influencia de la Iglesia Católica sobre algunos países (mediante concordatos) una doble acepción: divorcio vincular (que es el que mejor corresponde al concepto técnico más difundido) y divorcio "no vincular". El primero tiene como efecto fundamental la libertad de estado de los cónyuges (34). Puede decirse, de acuerdo a la teoría de la eficacia jurídica, que tiene efecto innovativo-extintivo (35). El segundo no disuelve el vínculo, no genera la libertad de estado, si bien permite lo que se podría llamar un "relajamiento" del vínculo, en cuanto desaparece, por ejemplo, la obligación de convivencia, "el divorcio no vincular consiste únicamente en la separación personal

(27) V. BRUNELLI, op. cit. supra 10, pág. 3 y 4.

(28) MESSINEO, Francesco. *Manuale di diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè, ed. Milano, 1965, Vol. II, pág. 98.

(29) CARBONNIER, Jean. *Derecho Civil*. Tomo I, Vol. II. Bosch ed. Barcelona, 1961, pág. 184.

(30) Sobre la distinción entre matrimonio —acto y matrimonio— relación v. PEREZ, op. cit. supra 5, págs. 27 y ss. y TORRENTE, Andrea, *Manuale di diritto privato*. Giuffrè-ed Milano, 1968, pág. 773. GALOPPINI, Annamaria. *Aspetti e problemi di una nuova leg. familiare* Riv. Democrazia e diritto, Oct. dic. 1969, p. 557.

(31) V. BRANCA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto privato*. Zanichelli, Bologna, 1973, pág. 145.

(32) V. BRUNELLI, op. cit. supra 10, pág. 4.

(33) MESSINEO, op. cit. supra 28, pág. 97.

(34) Por ello, los cónyuges pueden válidamente contraer nuevo matrimonio v. SUAREZ, Roberto. op. cit. supra 26, pág. 186 y 187.

(35) V. FALZEA, op. cit. supra 3, pág. 90.

de los esposos, sin que se disuelva el vínculo matrimonial... no obstante tal subsistencia, el divorcio, además de la separación de cuerpos, produce otros importantes efectos que se refieren al domicilio, a los hijos del matrimonio, a los alimentos, a los bienes, y a la capacidad y obligaciones de la mujer" (36).

Se ha argumentado que a pesar de la existencia de un concordato con la Santa Sede (que tendría el rango jerárquico de tratado) el mismo no es oponible al valor constitucional de igualdad, en cuanto no es posible esta discriminación por motivos de credo religioso.

"El divorcio perfecto o vincular (*quo ad vinculum*), disuelve el vínculo matrimonial; por el imperfecto se pone fin a la vida en común de los casados pero sin detrimento del vínculo. Es esta la separación definida por POTHIER como "la dispensa que por justa causa, es acordada por el juez a uno de los cónyuges, de la obligación de cohabitar con el otro, y de cumplir con él el débito conyugal, sin romper, sin embargo, el vínculo de su matrimonio" (37).

## 5. LAS CONCEPCIONES SOBRE EL DIVORCIO

La institución sobre el divorcio ha sido objeto, a través de la historia, de contradictorios puntos de vista. Por un lado, ha sido considerado como una sanción para el cónyuge que, con su comportamiento, ha llevado la vida familiar a un estado patológico. La concepción en examen se funda en el presupuesto de que todo comportamiento capaz de llevar a la disolución del vínculo matrimonial es, en sí mismo, antijurídico y merecedor de una sanción. En tales casos el pronunciamiento tiene carácter sancionatorio (lo que presupone la constatación de una conducta culpable) (38). Esta concepción "la más estrecha, la del divorcio-sanción, no admitirá como causas determinadas más que las faltas cometidas por un esposo contra el otro, el incumplimiento de las obligaciones que nacen del matrimonio" (39).

Don Eladio Vargas resume esta concepción en los siguientes términos: "En cuanto a las características de las causales de divorcio, unas legislaciones sólo aceptan como causas de divorcio las faltas graves que un cónyuge cometa contra el otro. En consecuencia, los hechos que no sean imputables al cónyuge, aunque hagan difícil la vida en común, no pueden ser invocados como motivos de divorcio. A este sistema se le llama divorcio-sanción" (40).

Por otro lado, encontramos la concepción del divorcio-remedio, que en realidad es el modo más correcto de afrontar el problema (41). "La concepción más amplia, la del divorcio-remedio, verá una causa de divorcio en toda situación que haga intolerable la vida en común, aunque esta situación tenga por origen circunstancias absolutamente independientes de la voluntad de los esposos" (42).

En síntesis: "Caben, con relación al divorcio, dos actitudes por parte del legislador. La primera consiste en atribuir al mismo la calidad de una sanción, por entender que todo divorcio comporta la existencia de una falta y, por ende, sólo hay lugar a la disolución vincular cuando exista un cónyuge inocente y otro culpable, víctima de la infracción imputable al primero. La otra posibilidad reside en la concepción del divorcio a la manera de un remedio que trata de poner fin a una situación cuya continuación se hace imposible, y que evidencia la quiebra de la unión matrimonial (atribuible tanto a infracciones de los cónyuges como a acaecimientos fortuitos), todo lo cual conduce a configurar las causas de divorcio como circunstancias enteramente objetivas."

Muy ilustrativa y digna de encomio resulta la posición sostenida por uno de los principales redactores de nuestra legislación familiar: "Yo creo que la institución del divorcio actualmente debe comenzar a verse con un criterio distinto del que tuvo en épocas pasadas: debe comenzar a verse con el criterio de conveniencia social. El Estado facilita la disolución del matrimonio que no puede subsistir: El Estado no se presta para

(36) ARIAS, José. Derecho de Familia, Kraft-ed. Buenos Aires. 1952. p. 261. Debe aclararse que en nuestro medio no produce alteraciones de la capacidad de ninguno de los cónyuges.

(37) SUAREZ, op. cit. supra 34, pág. 186.

(38) SCARDULLA, op. cit. supra 14, pág. 32.

(39) COLIN Y CAPITANT, op. cit. supra 6, pág. 456.

(40) VARGAS, Eladio, Notas y Comentarios al tratado de las personas. Editorial Costa Rica, 1974. pág. 161.

(41) "El efecto debe "convenir" al hecho como la solución, el remedio, debe responder al problema" FALZEA, op. cit. supra 3, pág. 26.

(42) COLIN Y CAPITANT, op. cit. supra 6, pág. 456.

mantener por la fuerza un matrimonio que no tiene base porque el desamor y hasta el odio se ha introducido en él (43).

Nuestro sistema, en términos generales ha adoptado la concepción divorcio-remedio. Quedan, sin embargo diversas huellas del divorcio-sanción. El comportamiento antijurídico de uno de los cónyuges ya no tiene la fuerza determinante (que tenía en el Código Civil) con relación a algunos efectos de la sentencia de divorcio (por ejemplo en lo relativo a guarda, crianza y educación de los hijos), pero la culpa es criterio discriminativo para otras consecuencias. Así, por ejemplo, expresa el artículo 41 del Código de Familia, según reforma mediante Ley No. 5895 de 9 de marzo de 1976, en tema de "gananciales": "Perderá ese derecho el cónyuge declarado culpable en juicio de divorcio o de separación judicial" (44). Se ha considerado que este tratamiento diferenciado que se da a los cónyuges encuentra justificación como preventivo de la unidad familiar (45).

## 6. LAS CAUSALES DE DIVORCIO

En atención a los principios de protección a la familia que se encuentran en nuestro ordenamiento, 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. Además de esta función algunas causas de divorcio, por la antijuridicidad de la conducta de uno de los cónyuges, tienden a que se establezca una culpabilidad que tiene determinadas consecuencias (como la que hemos examinado contenida en el artículo 41 C. F.). Al respecto expresa Carbonnier: "La función de las causas de divorcio no se reduce a provocar su declaración sino también a determinar el sentido en que ha de pronunciarse. El cónyuge que demuestra la existencia de un motivo de divorcio consigue, a la vez, que el juez afirme la culpabilidad del demandado. Si, aparte de esto, consigue neutralizar toda causa de divorcio "contraalegada" por aquél, no sólo demuestra que uno de los dos es culpable sino también que evidenciá su propia inocencia logrando que el pronunciamiento jurisdiccional tenga lugar en beneficio suyo. El cónyuge inocente goza de determinados beneficios (art. 41 C. F.)." (46).

## 7. CAUSALES ABSOLUTAS O PERENTORIAS Y RELATIVAS O NO PERENTORIAS. ESPECIALES Y GENERALES

Según la fuerza determinante que han de tener sobre la eventual sentencia de divorcio, las causales se clasifican en absolutas y relativas (47). Así, "la doctrina alemana clasifica las causas de divorcio en absolutas o perentorias y relativas o no perentorias. Las primeras consisten en ciertos hechos específicos determinantes de la causa que se invoca (atentado, bigamia, adulterio, etc.); y las segundas resultan de ciertas circunstancias prevista solamente en una fórmula vaga o general, de modo que puedan ser apreciadas en cada caso por el juez según la educación, el carácter, la personalidad y todas las demás condiciones subjetivas de los consortes, para saber si se hace verdaderamente intolerable la continuación del matrimonio, por ejemplo, violación grave de los deberes conyugales, conducta deshonorosa o inmoral, ocupación infamante, etc." (48). Se trata, en este segundo caso de hipótesis donde la oportunidad de conceder el divorcio tiene carácter discrecional, permitiendo al juez valorar (y no solamente constatar) los hechos alegados (49).

En los otros casos "el Tribunal no goza de ningún (o muy escaso) poder de apreciación para denegar la petición del actor. Se denomina perentorias a las causas que operan de esta manera automática" (50).

(43) SOLANO, op. cit. supra 13, pág. 48.

(44) Gaceta, abril 3, 1976.

(45) Así, BUSNELLI en conferencia dictada el lunes 24 de febrero en la Facoltà di giurisprudenza de la Universidad de Génova (inédita).

(46) CARBONNIER, op. cit. supra 29, pág. 167.

(47) V. CARBONNIER, op. cit. supra 29, pág. 160.

(48) Enciclopedia Jurídica Española, Tomo XII, cit. p. VARGAS, op. cit. supra 40, pág. 161.

(49) SCARDULLA, op. cit. supra 14, pág. 31, 32.

(50) CARBONNIER, op. cit. supra 29, pág. 160.

Otra clasificación de las causales las divide en especiales y generales: "Se pueden contraponer las causas especiales (adulterio, condena penal, sevicias, etc.) a la causa general e indeterminada representada por la injuria, que juega como motivo comprensivo y amplísimo. La injuria supone un concepto sumamente elástico..." (51).

## 8. LAS CAUSALES EN NUESTRO CODIGO DE FAMILIA

Establece el artículo 48 del Código de Familia.

"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 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; durante dicho lapso el Tribunal, a solicitud de los interesados y con un intervalo mínimo de tres meses, celebrará 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.

El divorcio por mutuo consentimiento no podrá pedirse sino después de tres años de celebrado el matrimonio y 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 u oscuro en los puntos señalados en este artículo de previo a su aprobación".

Veamos separadamente estas causales:

### a) "EL ADULTERIO DE CUALQUIERA DE LOS CONYUGES"

(art. 48 inc. 1 C.F.)

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..." (52). 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 distinción 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" (53).

(51) CARBONNIER, op. cit. supra 29, pág. 160.

(52) CAPITANT, Henri. Vocabulario Jurídico. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1973, pág. 34.

(53) SOLANO, op. cit. supra 15, pág. 43.

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" (54).

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." (55).

### 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..." (56). El juez con base en diversos indicios establece una presunción (57) (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" (58).

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 intimidades 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 indebidamente".

"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 "X" 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,

(54) SOLANO op. cit. supra 15, pág. 44. El JUZGADO SETIMO CIVIL, encargado de la materia familiar ha ya dictado varios fallos con base en la causal de "adulterio del marido". V. No. 116 de 8 hrs. de 10 de marzo de 1976, No. 334 de 10 hrs. de 30 de abril de 1976, No. 340 de 15 hrs. 30 m. de 30 de abril de 1976, No. 458 de 14 hrs. de 19 de diciembre de 1975. En otros casos se ha declarado con base en el adulterio de la mujer: No. 124 de 16 hrs. de 12 de marzo de 1976, No. 200 de 9 hrs. de 18 de setiembre de 1975.

(55) CARBONNIER, op. cit. supra 29, págs. 160, 161.

(56) SALA DE CASACION. 54. 16 hrs. del 30 de junio 1955. S. I. T. único p. 563.

(57) Los indicios deben ser precisos, graves y concordantes, no siendo estos determinantes aisladamente. Así, por ejemplo, la compañía de estudios no basta para configurar esta causal. Así, JUZGADO SETIMO CIVIL, No. 460 de 15 hrs. de 23 de diciembre de 1975.

(58) SALA DE CASACION. 120. 16 hrs. 12 de noviembre 1965. S. II, T. II, p. 745.

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 indiciaria como la que se ha producido en autos, es la que da base para tenerlo por consumado" (59).

Ejemplos recientes de constatación del adulterio mediante prueba indiciaria se encuentran también en la jurisprudencia del Juzgado encargado de la materia familiar (60).

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" (61).

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" (62).

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" (63).

**b) "EL ATENTADO DE UNO DE LOS CONYUGES CONTRA LA VIDA  
DEL OTRO O DE SUS HIJOS"**  
(art. 48 inc. 2 C.F.)

Cuando ocurre este tipo de hechos la seguridad personal (la misma integridad física y la vida) de uno de los cónyuges está en peligro por lo que la ley le proporciona el medio de obtener su seguridad (64).

La modificación introducida por el nuevo Código de Familia consistió en agregar además del atentado a la vida del otro cónyuge, el atentado a la vida de sus hijos (65).

**c) "LA TENTATIVA DE UNO DE LOS CONYUGES PARA PROSTITUIR O  
CORROMPER AL OTRO CONYUGE Y LA TENTATIVA DE CORRUPCION  
O CURRUPCION DE LOS HIJOS DE CUALQUIERA DE ELLOS"**  
(art. 48 inc. 3 C. F.)

Sobre esta causal nos limitamos a transcribir las consideraciones del Lic. Jorge Solano:

"En la causal 3), se agregó igualmente la tentativa de corrupción o prostitución de los hijos, que es tan grave como la de la propia esposa. Un hecho curioso es que la ley establece como causal "la tentativa de prostituir al otro", pero no la prostitución realizada. Ello obedece evidentemente a que la tentativa constituye

(59) SALA DE CASACION. 95. 15 hrs. 21 setiembre 1965. S. II. T. I. p. 357.

(60) V. por ejemplo: No. 457 de 16 hrs. de 18 de diciembre de 1975; No. 437 de 10 hrs. de 12 de diciembre de 1975; 435 de 7 hrs. 30 m. de 15 de diciembre de 1975. Juzgado Séptimo Civil.

(61) SALA DE CASACION. 118. 15 hrs. 30 m. del 11 de noviembre de 1964. S. II, T. II. pág. 947.

(62) SALA DE CASACION. 94 de 16 hrs. 15 m. 10 octubre 1967. S. II, Tomo II, pág. 763.

(63) JUZGADO SETIMO CIVIL, Sentencia No. 423 de 10 hrs. 45 m. de 9 de diciembre de 1975.

(64) En este sentido se encuentra la fundamentación que le da BRENES, Alberto. Tratado de las personas, op. cit. supra 40, p. 155.

(65) V. SOLANO, op. cit. supra 15, pág. 43.

una ofensa, una afrenta, y la prostitución realizada, ya tiene la aceptación del otro cónyuge, por donde desaparece la ofensa, y además, el vicio compartido por ambos cónyuges no puede dar origen a una disolución de matrimonio punitivo ni necesario. En cuanto a los hijos, su corrupción por un cónyuge, sí es daño grave al matrimonio, y ofensa al otro cónyuge" (66).

#### d) LA SEVICIA

(art. 48 inc. 4o.)

La determinación conceptual de la expresión sevicia ha de tomar en consideración los diversos elementos que la constituyen: puede pensarse en la existencia de un elemento subjetivo constituido por la intencionalidad del sujeto activo de este tipo de conducta, no siendo por ello determinantes las susceptibilidades exacerbadas de un cónyuge (67), y un elemento de orden objetivo, aunque no necesariamente material (68), que es un resultado dañoso (físico o moral). Por las razones apuntadas al término es sinónimo de "malos tratos" (69), de "excesos" o "violencias", (70) de "crueldad excesiva" o "brutalidad" (71).

Los comportamientos que la constituyen pueden ser uno o varios. En tal sentido, nuestra jurisprudencia ha expresado: "Unas veces la sevicia puede contraerse a un solo acto, como en el caso de lesión; otras constituirle una serie de hechos duramente mortificantes que hacen la vida común insoportable" (72). Veamos algunos ejemplos de hechos constitutivos de sevicia según nuestra jurisprudencia: golpes, (73) lesiones, (74) privación de alimentos, (75) estrecha reclusión (76), no así las ofensas aunque sean graves (77). Sí se ha considerado que la agresión implica sevicia. En este sentido se ha dicho (transcribo un párrafo de una sentencia de la Sala de Casación): "Lo ocurrido en enero de 1956, que es el remate de una serie de hechos parecidos, que recobran actualidad para juzgar el caso, sí pudo llevar a los juzgadores de instancia al convencimiento de la existencia de sevicia, —"crueldad excesiva, malos tratos, según el diccionario de la Real Academia Española, la doctrina y la jurisprudencia, pues" ...el día 22 de enero del año próximo pasado (1956), en la tarde, llegó el demandado a su casa como lo acostumbraba en estado de ebriedad, se sentó en el corredor a conversar unas pocas palabras con la vecina, cuando la actora lo llamó de buena manera a comer y esto bastó para que "X" pasara al interior de la casa tomara su cuchillo y en actitud violenta y amenazante sin que hubiera la menor ofensa o provocación de parte de su esposa, se abalanzó sobre ésta desenvainando

(66) SOLANO, op. cit. supra 15, pág. 44.

(67) Don Alberto Brenes Córdoba, en su definición habla de que estas conductas deben estar "encaminadas intencionalmente" a dañar la salud o mortificar. V. BRENES, op. cit. supra 24, p. 155 y 156.

(68) Así COLIN Y CAPITANT, op. cit. supra 6, p. 462 y SALA DE CASACION No. 19 de 16 hrs. 30 m. de 26 de enero de 1966, S. I, T. I, p. 361.

(69) Según la definición de CARBONNIER, op. cit. supra 29, pág. 161 y 162. V. JUZGADO SETIMO CIVIL, No. 210 de 8 hrs. de 19 set. de 1975.

(70) Según la definición de COLIN Y CAPITANT, op. cit. supra 6, pág. 462.

(71) Según BRENES, op. cit. supra 24, pág. 155 y 156 y según la jurisprudencia de la SALA DE CASACION No. 11 de 10 y 15 hrs. de 27 de enero de 1968, S. I, T. I, pág. 143, No. 19 de 16 hrs. 30 m. de 26 de enero de 1966, Sem. I, T. I, pág. 36 se ha hablado también de "Trato cruel de palabra y obra". Así JUZGADO SETIMO CIVIL, No. 335 de 13 hrs. de 30 abril 1976 y No. 113 de 10 hrs. 40 m. de 9 de marzo de 1976.

(72) SALA DE CASACION, No. 11 de 10 y 15 hrs. de 27 de enero de 1968, sem. I, T. I, pág. 143.

(73) JUZGADO SETIMO CIVIL, No. 452 de 7 hrs. 30 m. de 18 de dic. de 1975 y SALA DE CASACION No. 117 de 15 hrs. 45 m. de 28 de diciembre de 1966. Sem. II, Tomo II, p. 801.

(74) JUZGADO SETIMO CIVIL, No. 455 de 11 hrs. de 18 de diciembre de 1975 y No. 441 de 13 hrs. de 16 de dic. de 1975 y SALA DE CASACION No. 103 de 16 hrs. de 25 de octubre de 1967, S. II, T. II, pág. 862.

(75) SALA DE CASACION, No. 11 de 10 y 15 hrs. de 27 de enero de 1968, S. I, T. I, pág. 143.

(76) SALA DE CASACION, No. 11 de 10 y 15 hrs. de 27 de enero de 1968, S. I, T. I, pág. 143. También BRENES, op. cit. supra 24, pág. 155 y 156. Sobre este tema se han realizado algunas aclaraciones: "Los hechos transcritos revelan que los cónyuges por motivo de las desavenencias que el proceso informa, lamentablemente llegaron a una situación de aislamiento, dejando el marido de sacar a su esposa a pasear o llevarla al cine o reuniones sociales, situación que no podía afirmarse que fuera la reclusión desde luego que la prueba testimonial citada no da base para sostener que el marido prohibiera a su esposa salir de la casa para cumplir con los menesteres del hogar o de carácter familiar o social. Es decir, tal como se presentan los hechos no son constitutivos de las causales de sevicia u ofensas graves, por lo que tampoco han sido violados los artículos 80 inciso 5 y 91 inciso 6 del Código Civil". SALA DE CASACION No. 61 de 16 hrs. 45 m. día 16 agosto 1966, S. II, T. I, pág. 68.

(77) SALA DE CASACION, No. 1 de 16 hrs. 15 m. 11 de enero 1967, sem. I, T. I, pág. 3.

en mano, profiriéndole denuestos al propio tiempo que le decía "voy a matar a esta condenada" (78).

La sevicia puede clasificarse como causal no perentoria en cuanto está sujeta a la apreciación judicial la gravedad de los comportamientos. Así nuestra Sala de Casación ha dicho: "Es al juez a quien corresponde apreciar la gravedad del hecho o hechos implicativos de la causal de sevicia, pues no todo maltrato material o moral conduce a la disolución del vínculo matrimonial. En ese examen debe tomarse en cuenta también las circunstancias que precedieron el hecho ya que algunas veces se puede deducir alguna justificación." (79). Tal valoración debe tomar en cuenta el ambiente social (80).

Además de la apreciación de la gravedad de los hechos el juez goza de la facultad de apreciar la prueba por cuanto "...ninguna persona fuera de los que se hallen dentro del hogar, o muy cerca de él, se entera de los insultos o malos tratos que un marido da a su mujer; o de la rebeldía o carácter irascible e insoportable de la mujer. Son escenas que se desarrollan dentro de la intimidad del hogar, y por eso para demostrarlas sólo determinados testigos pueden dar fe de ellas, razón por la cual el derecho procesal, y más concretamente el art. 325 del Código de Procedimientos Civiles establece que los Tribunales apreciarán la prueba testimonial conforme a las reglas de la sana crítica teniendo en cuenta "las circunstancias que en ellos concurren" (81).

#### e) LA SEPARACION JUDICIAL POR UN TERMINO NO MENOR DE UN AÑO (48-5 C. F.)

Expresa el inciso 5 del artículo 48 del nuevo Código de Familia:

"La separación judicial por un 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, celebrará 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.

Sobre esta causal expresa CARBONNIER: "El legislador ha estimado que la separación corporal, al imponer una situación de obligado celibato, implica un estado de anormalidad; por eso ha sido su deseo que dicha separación no se perpetúe indefinidamente en contra de la voluntad de una de las partes. De ahí la posibilidad de que la separación corporal se convierta en divorcio; están legitimados para solicitar la conversión tanto el cónyuge culpable como el inocente, de lo que se infiere que la separación corporal ha sido concebida por el legislador a la manera de un período de prueba durante el cual se espera la reconciliación de los cónyuges" (82).

La legitimación activa para solicitar el divorcio con base en esta causal corresponde a ambos cónyuges. Ha dicho al respecto la Sala de Casación: "el divorcio con base en separación judicial puede pedirse por cualquiera de los cónyuges, independientemente de la culpa que le hubiere correspondido en el juicio de separación. Así lo da a entender el artículo 82 del Código Civil y así lo resolvió la Sala de Casación en la sentencia de las 15:30 hrs. del 6 de enero de 1950" (83).

- (78) SALA DE CASACION, No. 62 de 15 hrs. 30 m. de 10 de junio de 1958, S. I, T. II, pág. 971. En términos análogos JUZGADO SETIMO CIVIL, No. 429 de 14 y 30 hrs. de 11 de diciembre de 1975.
- (79) SALA DE CASACION, No. 103 de 15 hrs. de 25 de octubre de 1967, S. II, T. II, p. 862.
- (80) Así, CARBONNIER, op. cit. supra 29, pág. 162.
- (81) SALA DE CASACION, No. 16 de 15 y 15 hrs. de 3 de marzo de 1955, S. I, pág. 170.
- (82) CARBONNIER, op. cit. supra 29, pág. 225.
- (83) SALA DE CASACION, No. 21 de 10 y 30 hrs. de 28 de enero de 1966, S. I, T. I, pág. 388.

f) "LA AUSENCIA DEL CONYUGE LEGALMENTE DECLARADA"  
(48-6 C. F.)

Es de especial importancia, la introducción de la ausencia legalmente declarada como motivo para que sea declarado el divorcio (art. 48 inc. 6 C. F.) (84). Coherentemente con la eficacia preclusiva (85) de la sentencia que "declara" el divorcio "la reaparición del ausente no revive el vínculo matrimonial disuelto (art. 51 C. F.) (86).

g) "EL MUTUO CONSENTIMIENTO DE AMBOS CONYUGES"  
(48-7. C. F.)

"Cuando se está envuelto en un conflicto la única cosa saludable es cordura, juicio, sensatez. Es importante ir a ver al hombre imparcial cuya autoridad sea suficiente para conciliar pacíficamente el conflicto o para resolverlo equitativamente" I. CHING.

Expresa el inciso 7 del artículo 48 del Código de Familia: "El mutuo consentimiento de ambos cónyuges. El divorcio por mutuo consentimiento no podrá pedirse sino después de tres años de celebrado el matrimonio y 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".

Para la comprensión del sentido histórico de la introducción de esta causal nada mejor que transcribir las consideraciones de su autor: "Yo me he permitido presentar esta moción... sobre todo para evitar que se esté burlando la ley como se está haciendo en este momento. Todos los que somos abogados, y aun los particulares, saben que en la mayoría de las ocasiones los divorcios se realizan, no porque haya ocurrido la causal en la cual se funda la demanda, sino porque se toma como base hechos falsos, y para probarlos se presentan al juicio las declaraciones de testigos falsos, de manera que yo creo que va siendo hora de que demos la oportunidad a las parejas que deseen divorciarse por mutuo consentimiento, que lo hagan sin tener que recurrir al trámite que se sigue en este momento" (87).

Hasta el momento han sido homologados diversos convenios de divorcio por mutuo consentimiento (88).

- (84) Sobre este tema v. CARROZZA, Antonio. Scioglimento del matrimonio dello scomparso. Rivista di diritto matrimoniale italiano No. 2 y 3 dell'anno 1952, pág. 5. En Albania la nueva ley matrimonial contiene la declaración de ausencia como motivo de disolución del matrimonio (art. 55) BRUNELLI, op. cit. supra 24, pág. 104. En Bulgaria en cambio, se permite solicitar el divorcio si "por grave perturbación del matrimonio determinada por ausencia no es posible la continuación de la vida conyugal". Op. ult. cit. pág. 176. En Checoslovaquia se requiere sentencia firme de declaración de muerte de un cónyuge como motivo de disolución del matrimonio. Op. ult. cit. pág. 189. En Yugoslavia la declaración de muerte presunta disuelve el matrimonio. Op. ult. cit. pág. 323. En Noruega también la declaración de muerte produce este efecto op. ult. cit. pág. 341.
- (85) Sobre el concepto de eficacia preclusiva v. FALZEA, Angelo. Efficacia Giuridica, op. cit. supra 79, pág. 498 y ss. Se ha observado que la experiencia jurídica presenta transformaciones que podrían llamarse "ambivalentes" en cuanto no presuponen necesariamente ni la conservación ni la transformación del estado jurídico anterior. V. tam. BUSNELLI, Francesco D. Della tutela giurisdizionale dei diritti. En Commentario del Codice Civile, UTET, pág. 209.
- (86) Sobre el problema de la reaparición v. CARROZZA, op. cit. supra 86, pág. 8.
- (87) SOLANO, op. cit. supra 15, pág. 46.
- (88) A manera de ejemplo v. las siguientes sentencias del JUZGADO SETIMO CIVIL: No. 361 de 10 hrs. de 30 de abril de 1976 (en este caso el cuidado y alimentación de los menores se dejó exclusivamente a cargo de la madre), No. 193 de 8 hrs. de 17 de setiembre de 1975 (en este caso se realizó una distribución del cuidado de los hijos entre el padre y la madre, conservando ambos la autoridad parental), No. 150 de 9 hrs. de 22 de marzo de 1976 (en este caso no se estableció pensión a cargo de ninguno de los cónyuges), No. 471 de 8 hrs. de 23 de diciembre de 1975 (se fijó pensión), No. 367 de 9 hrs. de 5 de mayo de 1975 (se realizaron acuerdos sobre la casa de habitación), No. 364 de 10 hrs. de 4 de mayo de 1976 (en términos análogos). Otros casos: No. 345 de 9 hrs. de 3 de mayo de 1976, No. 148 de 17 hrs. 30 m. de 18 de marzo de 1976, No. 363 de 10 hrs. de 30 de abril de 1976.

## 9. "EL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO"

A diferencia de la institución del "repudium" existente en Roma y en diversas legislaciones antiguas, donde faltando la "affectio maritalis" no había razón para que se mantuviera el vínculo, en los sistemas contemporáneos debe, por el contrario, obtenerse sentencia judicial de disolución del matrimonio, con base en un procedimiento ordinario. El juicio de divorcio se tramita como ordinario de mayor cuantía (89). En síntesis, "se trata de una institución cuya eficacia sólo opera a través de una contienda entre partes, siendo inadmisibles a los ojos de la ley el divorcio por mero convenio entre cónyuges y sin pronunciamiento jurisdiccional alguno" (90).

## 10. "LA ACCION DE DIVORCIO (SUJETO LEGITIMADO. CADUCIDAD)"

"Quien quisiese erigirse en reordenador según el propio arbitrio, podría provocar errores y fracasos. Pero, al llamado a ser reordenador justo, le vienen al encuentro las circunstancias y de su prosperidad participan sus semejantes" I. CHING.

Establece el artículo 49 del Código de Familia: "La acción de divorcio sólo puede establecerse por el cónyuge inocente, dentro de un año contado desde que tuvo conocimiento de los hechos que la motiven.

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

Así, "en principio, cada uno de los esposos debe poder intervenir en un divorcio, ya sea para pedirlo, por vía principal, ya para defenderse y, si es preciso, para formular una demanda con reconvencción, a fin de echar sobre sus adversarios las pérdidas que gravitan sobre el esposo en cuyo perjuicio se pronuncia el divorcio" (91).

El artículo en examen (correspondiente al anterior artículo 81 del Código Civil) establece una caducidad (92). El fundamento de la misma se ha querido ver en el perdón del ofendido (93).

La caducidad (94) es el resultado de una valoración jurídica que se atribuye a una determinada situación de hecho. Lo que interesa determinar para captar el sentido de la misma es cuál es la situación de hecho y cuál es el problema que se plantea, para luego establecer, sobre esta base, el sentido del efecto que al mismo se atribuye, en cuanto, como sabemos, el efecto jurídico es la respuesta del Ordenamiento al problema en función del interés de la comunidad.

Debe aclararse previamente otro aspecto: la caducidad resulta de una conexión de figuras jurídicas; para que pueda hablarse de caducidad es preciso que con anterioridad se haya producido un determinado efecto jurídico, es preciso que haya surgido una determinada situación jurídica de posibilidad axiológica (un poder hacer) cuya falta de ejercicio en una forma determinada produzca su extinción. Además, los términos de caducidad son mucho más cortos que los términos de prescripción, lo que revela un interés más inmediato a la corteza que en ésta; ello, sin embargo, no puede considerarse como uno de los caracteres de la caducidad, sino más bien como un posible indicio para su identificación.

- (89) V. SUAREZ, op. cit. supra 34, pág. 196.
- (90) CARBONNIER, op. cit. supra 29, pág. 173.
- (91) COLIN Y CAPITANT, op. cit. supra 6, pág. 471.
- (92) Así, SALA DE CASACION, No. 95 de 16 hrs. 45 m. de 11 de octubre de 1967, S. II, T. II, pág. 774.
- (93) Así, la SALA DE CASACION ha expresado: "El número 81 establece que la acción de divorcio sólo se admitirá si fuere establecida dentro de un año contado desde que llegaron a noticia del ofendido los hechos que pudieran motivarlo; la disposición copiada —dijo este Tribunal, en su fallo de 10 y 15 hrs. del 13 de marzo de 1942, considerando I, a folio 153 de la colección— "se funda en el presunto perdón del cónyuge ofendido; pero si se trata de actos sucesivos de adulterio o de sevicia, o de una situación continuada como la de concubinato escandaloso, no puede imponerse al ofendido el perdón de la ofensa, haciendo inadmisibles la demanda de divorcio por cuanto en tiempo anterior dispensó el agravio". SALA DE CASACION, No. 62 de 15 hrs. 30 m. de 10 de junio de 1958. Sem. I. T. II, pág. 971. Estos razonamientos fueron íntegramente transcritos en sentencia de SALA DE CASACION No. 88 de 15 hrs. 20 m. de 24 de agosto de 1973.
- (94) En general sobre la caducidad puede consultarse TEDESCHI, Vittorio. Decadenza (Enc. Dir.) Vol. XI, Giuffrè-ed Milano, 1962, pág. 773.

Frente a la falta de ejercicio en forma determinada de una situación de poder sujeta a caducidad, con el cumplimiento del término se produce un efecto de orden innovativo-extintivo (lo que implica otra diferencia respecto a la prescripción donde el efecto es, más bien, preclusivo).

De lo dicho, puede observarse que cuando nos encontramos frente a una hipótesis de caducidad tenemos como supuesto una carga de perentoria observancia de un término rígido (la rigidez del término es otra diferencia frente a la prescripción donde puede haber interrupciones y suspensiones) para el cumplimiento específico de un acto (normalmente se trata de un derecho potestativo) con la consecuencia de que el derecho se pierde (efecto innovativo-extintivo) si el acto de ejercicio no es cumplido dentro del término prefijado o (lo que es lo mismo) si es cumplido extemporáneamente (95).

Debe aclararse, finalmente, que en aquellas causales de realización continuada, como el concubinato, el término perentorio de caducidad no empieza a correr sino desde que termina tal estado de cosas.

Así, por ejemplo, ha dicho la Sala de Casación: "Nuestra jurisprudencia ha repetido que el quebranto de la fidelidad conyugal mantiene en vigor la acción del cónyuge inocente, mientras no transcurra un año después de haber cesado tal situación irregular" (96).

En términos análogos otra sentencia afirma: "El concubinato del marido que sirve de fundamento a la demanda como causal de divorcio, ha podido iniciarse muchos años antes de la fecha de la demanda, pero como ha sido un hecho continuado y que, según parece se mantiene aún, el derecho para incoar la acción no ha caducado, ni tampoco ha desmerecido ni ha perdido su valor la prueba que le sirve de apoyo" (97).

## 11. "LA POSICION DEL CONYUGE DEMANDADO"

Con relación al sujeto demandado basta decir que sus actitudes posibles se resumen o bien en "aceptación" o si no en "oposición".

La oposición, a su vez, puede fundarse en la negativa de los hechos alegados por el demandante o en la articulación de una excepción que paralice la acción ejercitada. También puede pedir el divorcio por vía de reconvencción. La resolución del Tribunal ha de decidir sobre ambas demandas, la principal y la reconvenccional (98).

## 12. "MEDIDAS PROVISIONALES DURANTE LA TRAMITACION DEL DIVORCIO"

- a) Salida del domicilio conyugal.
- b) Cuidado provisional de los hijos.
- c) Alimentos.

A pesar de que la disolución del vínculo conyugal no opera sino hasta el momento en que queda firme la sentencia de divorcio, durante el procedimiento, se produce una gran perturbación de la vida familiar, por lo que en cierta forma se anticipa una ruptura ("a medias") del vínculo. Las medidas provisionales se encaminan a la organización de un "modus vivendi" entre los cónyuges (99).

(95) V. PEREZ, Víctor. La prescripción negativa y la caducidad en el Derecho Civil costarricense. Revista de Ciencias Jurídicas. No. 24, San José, págs. 378, 379.

(96) SALA DE CASACION, No. 132 de 10 hrs. de 21 de diciembre de 1956. S. II, T. II, pág. 1006.

(97) SALA DE CASACION, No. 1 de 9 y 45 hrs. de 9 de enero de 1961, S. I, T. I, pág. 3.

(98) CARBONNIER, op. cit. supra 29, pág. 175.

(99) Sobre esta justificación genérica de las medidas provisionales v. CARBONNIER, op. cit. supra 29, pág. 176 y COLIN Y CAPITANT, op. cit. supra 6, pág. 478.

### a) LA SALIDA DEL DOMICILIO CONYUGAL

Esta medida, prevista por el artículo 53 del Código de Familia tiene como contenido el de ser una "dispensa temporal del deber de convivencia por lo que las demás obligaciones derivadas del matrimonio subsisten íntegramente. Se ha hablado más correctamente de "residencia separada de los cónyuges" (100).

### b) LA CUSTODIA DE LOS HIJOS.

Expresa el artículo 54 del Código de Familia: "A solicitud del padre o madre, del Ministerio Público, o del Patronato Nacional de la Infancia resolverá a cuál de los cónyuges, persona, pariente o institución adecuada debe dejarse el cuidado provisional de los hijos" (101).

La medida en examen no necesita particulares comentarios.

### c) ALIMENTOS.

Esta medida provisional resulta de la combinación del artículo 155, los incisos 1 y 2 del artículo 156 y el 157 del Código de Familia.

Transcribo a continuación los artículos referidos:

**Artículo 155.** Mientras se ventila la obligación de dar alimentos, probado el parentesco, podrá el juez ordenar que se den provisionalmente, por cualquiera de las personas indicadas en el artículo siguiente, sin perjuicio de la restitución que deben hacer el obligado preferente, o el propio alimentario si en sentencia se decide que no hay derecho para cobrarlos.

Esta fijación se hará prudencialmente, en suma capaz de llenar de momento las necesidades más perentorias de los alimentarios, y subsistirá mientras no fuere variada en sentencia.

**Artículo 156.** Deben alimentos:

- 1) Los cónyuges entre sí;
- 2) Los padres a sus hijos menores o incapaces y los hijos a sus padres...

**Artículo 157.** Los cónyuges pueden demandar alimentos para sí y para sus hijos comunes aunque no se encuentren separados, cuando hubiere descuido del otro cónyuge en asumir dicha obligación.

La madre puede demandar alimentos para sus hijos extramatrimoniales en las circunstancias del párrafo anterior.

(100) CARBONNIER, op. cit. supra 29, pág. 176. Esta aclaración se basa en la distinción teórica entre domicilio y residencia "El sentido jurídico-técnico del concepto de domicilio no siempre coincide con el uso corriente de este término. En el lenguaje común es el lugar donde uno vive, siendo por ello sinónimo de residencia. MAZEAUD, Lecciones de Derecho Civil, Parte I, Vol. II, E.J.E.A. Bs. Aires, 1959, p. 160. Etimológicamente la palabra tiene un significado análogo por su derivación del latín "domus" que significa casa. BRENES op. cit. supra 40 pág. 81. En latín "domicilium" significa "morada". RIPERT Y BOULANGER, Tratado de Derecho Civil, Tomo II. Vol. I. La ley ed. Bs. Aires, 1963, p. 627. Sin embargo, repetimos, jurídicamente domicilio no coincide necesariamente con residencia. PLANIOL, Marcel, Traité élémentaire de Droit et de Jurisprudence, Tome I, L. G. D. J. Paris, 1920, pág. 196. MESSINEO, Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial. EJE.A. Bs. Aires. 1971, pág. 134. La distinción se ha hecho en el sentido de que domicilio es el lugar donde la persona tiene su sede principal mientras que la residencia es su morada habitual. TORRENTE, Andrea, "Manuale di Diritto Privato. Giuffrè-Ed, Milano, 1970, pág. 82. La diferencia se ha hecho también en base a la fijeza o estabilidad del domicilio que no siempre se desplaza con la persona, lo que sí ocurre con la residencia, RIPERT Y BOULANGER. Op. cit., págs. 63-65. Así, mientras que el domicilio es la sede estable de la persona, esta estabilidad no se tiene en la residencia. Tal estabilidad no se deduce sólo de la presencia física sino de la intención. ESPIN CANOVAS, Diego. "Derecho Civil Español". Ed. Rev. Der. Priv. 1968, pág. 244. PEREZ, Víctor. La localización del sujeto, Instituto de Derecho Privado, 1974, pág. 3.

(101) Sobre el tema CARBONNIER, op. cit. supra 29, pág. 178.

### 13. "LA PRUEBA EN EL DIVORCIO"

- a) Medios
- b) Carga.

#### a) MEDIOS.

Dice al respecto Carbonnier: "En principio y como regla general, no cabe deshechar ningún medio de prueba para demostrar la existencia de dichos hechos; se incluyen los testigos, las presunciones de hombre y los indicios" (102).

Con la introducción del divorcio por mutuo consentimiento en nuestro ordenamiento carece ya de sentido la orientación tradicional de la jurisprudencia (103) en el sentido de no considerar suficiente la confesión.

#### b) CARGA.

El proceso civil ordinario está basado en el principio de neutralidad del juez que no puede buscar de oficio el dato real. La producción de las pruebas es asunto exclusivo de las partes. Esta regla se encuentra contenida en el Código de Procedimientos Civiles en el sentido de que "Todo aquel que intente una acción u oponga una excepción debe probar los hechos en que se fundamente". Así: "La declaración de divorcio se condiciona a la concurrencia de ciertos motivos, apellidados causas de divorcio. El actor carga con la prueba de dichas causas; el demandado ha de demostrar, eventualmente, la existencia de las pertinentes excepciones" (104).

### 14. "MUERTE DE CUALQUIERA DE LOS CONYUGES DURANTE LA TRAMITACION DEL JUICIO DE DIVORCIO"

Expresa el artículo 50 del Código de Familia: "La muerte de cualquiera de los cónyuges pone término al juicio de divorcio".

Antes de la entrada en vigencia del nuevo Código de Familia, el art. 81 del Código Civil establecía que la acción de divorcio instaurada podía continuarse por los herederos. "La norma fue objeto de discusión ya que se pensó que en algunos casos pudiera interesar a los herederos de un cónyuge que hubiera sentencia para efectos patrimoniales o para efectos de honor. Pero en la discusión se llegó a la conclusión que la norma es del todo acertada, pues el propósito principal del divorcio es disolver el vínculo matrimonial, disolución que produce la muerte, siendo por ese lado entonces inútil el pronunciamiento judicial..." (105).

Este planteamiento es formulado por los profesores COLIN Y CAPITANT en los siguientes términos: "La acción de divorcio se extingue por la muerte de uno de los esposos, ocurrida durante el pleito, o si éste hubiere terminado antes de que la sentencia fuere irrevocable... Con facilidad se comprende que la instancia de divorcio, generadora de crueles sufrimientos y de escándalo no debe continuar cuando el matrimonio se disuelve naturalmente por la muerte. El único interés para el esposo superviviente o para los herederos del difunto es de orden pecuniario; y este interés no cree la ley que debe tomarlo en consideración" (106).

(102) CARBONNIER, op. cit. supra 29, pág. 178.

(103) V. La sentencia de la SALA DE CASACION, No. 3 de 14 hrs. de 7 de enero de 1943 y de 4 p. m. de 23 de agosto de 1923, II sem. p. 172.

(104) CARBONNIER, op. cit. supra 29, págs. 158-159.

(105) SOLANO, op. cit. supra 15, pág. 44.

(106) COLIN Y CAPITANT, op. cit. supra 6, pág. 467.

## 15. "RECONCILIACION"

(...divididos exteriormente, pero unidos en el corazón. Están separados por sus posiciones en la vida. Entre ellos hay muchos obstáculos e impedimentos que los entristecen. Pero no se dejan separar. Permanecen fieles el uno al otro... cuando se encuentren, su tristeza se transformará en alegría". I. CHING).

Expresa el artículo 52 del Código de Familia:

"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".

Ya en el Derecho Romano se había considerado la reconciliación como un hecho con eficacia conservativo-fortalecedora (107) respecto al vínculo matrimonial y extintiva respecto a la acción. Se decía "Brevi reversa uxor nec divertisse videtur. No se considera divorciada la mujer que al poco tiempo vuelve con su marido" (108).

Veamos cuáles son las condiciones de la reconciliación: se trata de una cuestión de hecho que los jueces han de apreciar; condicionada a la presencia de un elemento material y otro psicológico. Sobre este último elemento son muy interesantes las consideraciones que ha realizado nuestra jurisprudencia. Se ha dicho: "La presunta reconciliación no puede configurarse por simples apariencias, si la voluntad del accionante se encuentra viciada por la influencia alcohólica, una vez que el avenimiento o arreglo de los cónyuges debe responder más bien a un estado espiritual o anímico, libre y espontáneo, vale decir de plena conciencia, que deje ver sin lugar a dudas el propósito común de los cónyuges de perdonar u olvidar las ofensas recibidas, para reanudar la vida conyugal sobre una base normal y correcta" (109).

Los efectos de la reconciliación se reducen a la paralización de la demanda (110). Si la reconciliación se produce después de ocurrida la conducta prevista legalmente como causal, pero antes de que haya sido interpuesta la demanda, ésta no podrá ser ya intentada. Si se produce la reconciliación una vez planteada la acción ésta queda paralizada. "Una vez demostrada la reconciliación, todas las causas de divorcio (incluso las perentorias) quedan enervadas a virtud de la evenencia matrimonial. Técnicamente estamos en presencia de una excepción que paraliza la acción de divorcio no ejercitada, o la extingue..., al igual que las demás defensas esgrimibles en materia de divorcio, se dirige a la consolidación de la unión matrimonial, por lo que puede hacerse valer en cualquier fase litigiosa, pudiendo apreciarse de oficio por el juzgador, cuando de las actuaciones procesales se desprende que los esposos se reconciliaron con posterioridad a los acaecimientos alegados como motivos de disolución.

Los efectos de la reconciliación sólo se extienden a los hechos anteriores" (111).

Esto debe aclararse en el sentido de que la reconciliación no impide al cónyuge intentar nueva demanda si descubre hechos que desconocía cuando perdonó.

## 16. "LA SENTENCIA DE DIVORCIO.

## EXTREMOS. EFECTOS. RECURSOS"

Los extremos que ha de contemplar la sentencia de divorcio son fundamentalmente: hijos menores, distribución de bienes conyugales y pensión alimenticia si resulta procedente (112).

La sentencia que concluye el procedimiento de divorcio tiene como efecto fundamental la cesación del estado conyugal (113). Se ha dicho que la misma tiene efecto constitutivo (114), pero la verdad es que su

(107) V. FALZEA, op. cit. supra 3, p. 96.

(108) PAULO, Ley 48, cit. CABANELLAS, op. cit. supra 8, pág. 50.

(109) SALA DE CASACION. No. 86, 15 hrs. 15 m. 13 agosto 1968. S. II, T. I. pág. 222.

(110) V. COLIN Y CAPITANT, op. cit. supra 6, pág. 468.

(111) CARBONNIER op. cit. supra 29, pág. 166.

(112) V. BRENES, op. cit. supra 24, pág. 158.

(113) "La sentencia firme de divorcio disuelve el vínculo matrimonial (55 C. F.).

(114) SCARDULLA, op. cit. supra 14, pág. 139.

eficacia es más bien de orden innovativo-extintivo. No crea, no constituye una relación jurídica sino que, más bien produce la extinción de un vínculo. "En abstracto podría hablarse de extinción (si se mira la obligación que ha cesado) y también de constitución (si se mira la liberación obtenida). Pero, en rigor, sólo se puede hablar de extinción porque lo que debe mirarse es la situación de relevancia específica" (115). Este punto de vista es compartido por CARBONNIER, quien sin embargo utiliza la expresión "constitutiva-extintiva", dando a la expresión "constitutiva" el sentido de "innovativa".

Otro de los caracteres de la sentencia es su oponibilidad a terceros, (116) por lo que debe cumplirse el mecanismo correspondiente de publicidad (117).

El efecto extintivo fundamental de la sentencia de divorcio consiste en lo que se denomina "libertad de estado" que se resume en la idea de que los divorciados quedan facultados para casarse de nuevo, aunque la mujer ha de dejar transcurrir el plazo de 300 días con el objeto de impedir confusión de paternidades, a menos que haya habido parto antes de cumplirse este término, o se pruebe mediante dictámenes de dos peritos médicos oficiales que no existe embarazo (artículo 16 inciso 2o. Código de Familia) (118).

En síntesis "el divorcio pone fin a las relaciones jurídicas que el matrimonio había creado entre los esposos, bien entendido de que no las borra en el pasado. En esto difiere de la anulación del matrimonio. Sin embargo, para el porvenir, no subsiste ya ninguna relación jurídica entre los antiguos esposos" (119).

Además del efecto fundamental que hemos comentado, el divorcio puede determinar consecuencias jurídicas de otros órdenes:

- a) patrimoniales
  - b) parentales
  - c) alimentarios.
- a) **PATRIMONIALES.**

Los efectos patrimoniales se encuentran claramente expresados en el artículo 41 del Código de Familia:

**Artículo 41.** Al disolverse o declararse nulo el matrimonio, al declararse la separación judicial y al celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge adquiere el derecho a participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro. Perderá ese derecho el cónyuge declarado culpable en juicio de divorcio o de separación judicial.

Podrá procederse a la liquidación anticipada de los bienes gananciales cuando el Tribunal, previa solicitud de uno de los cónyuges, compruebe, de modo indubitable, que los intereses de éste corren el riesgo de ser comprometidos por la mala gestión de su consorte, o por actos que amenacen burlarlos. Únicamente no son gananciales los siguientes bienes, sobre los cuales no existe el derecho de participación:

- 1) Los que fueren introducidos al matrimonio, o adquiridos durante él, por título gratuito o por causa aleatoria;
- 2) Los comprados con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ellos en las capitulaciones matrimoniales;
- 3) Aquellos cuya causa o título de adquisición precedió al matrimonio;
- 4) Los muebles o inmuebles, que fueron subrogados a otros propios de alguno de los cónyuges; y
- 5) Los adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges.

Se permite renunciar, en las capitulaciones matrimoniales o en un convenio que deberá hacerse en escritura pública, a las ventajas de la distribución final" (120).

(115) FALZEA, op. cit. supra 3, pág. 90.

(116) SCARDULLA, op. cit. supra 14, pág. 176.

(117) CARBONNIER, op. cit. supra 29, pág. 176.

(118) V. CARBONNIER, op. cit. supra 29, p. 184. COLIN Y CAPITANT, op. cit. supra 6, pág. 503.

(119) COLIN Y CAPITANT, *Ibidem*.

(120) Sobre el tema v. FONSECA, Oscar. Relaciones patrimoniales entre los cónyuges. Universidad de Costa Rica. 1975, p. 199 y ss.

## b) PARENTALES.

Expresa el artículo 56 del Código de Familia:

"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 al art. 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 (121).

Estas ideas se reiteran en el artículo 139 de dicho Código que expresa:

"En caso de divorcio, nulidad de matrimonio o separación judicial, el Tribunal, tomando en cuenta primordialmente el interés de los hijos menores, dispondrá, en sentencia, todo lo relativo a la patria potestad, guarda, crianza y educación de ellos, administración de bienes y adoptará las medidas necesarias concernientes a las relaciones personales entre padres e hijos y los abuelos de éstos. Queda a salvo lo dispuesto para el divorcio y la separación por mutuo consentimiento. Sin embargo, el Tribunal podrá en estos casos improbar o modificar el convenio en beneficio de los hijos.

Lo resuelto conforme a las disposiciones anteriores no constituye cosa juzgada y el Tribunal podrá modificarlo por vía incidental, a solicitud de parte o del Patronato Nacional de la Infancia, de acuerdo con la conveniencia de los hijos o por un cambio de circunstancias (122).

## c) ALIMENTARIOS.

Este aspecto se encuentra previsto en el artículo 57 del Código de Familia:

Artículo 57 C. F.: "En la sentencia que declare el divorcio, aunque se origine en una separación judicial, puede el Tribunal conceder al cónyuge declarado inocente, una pensión alimenticia a cargo del culpable.

Esta pensión se regulará conforme a las disposiciones sobre alimentos y se revocará cuando el inocente contraiga nuevas nupcias.

Si no existiere cónyuge culpable, podrá el Tribunal, según las circunstancias, conceder una pensión alimenticia a uno de los cónyuges y a cargo del otro.

La fijación de una pensión alimenticia a cargo del cónyuge culpable ha sido considerada por nuestra jurisprudencia como una sanción. En efecto, se ha dicho: "En atención a que el divorcio rompe el vínculo matrimonial y con ello la obligación alimentaria respectiva, (Código Civil, arts. 86 e inciso 1o. del 162), sólo a título de sanción para el culpable del divorcio, así declarado, el número 88 ibídem concede al juez la facultad —que por serlo impide que su veredicto pueda ser reformado por esta Corte—, de mantener aquella obligación alimentaria, desaparecida la unión conyugal, Regla esa de carácter excepcional y precisa, no puede hacerse extensiva a otras situaciones. La tesis de esa Corte ha sido constante al efecto, en casos similares al presente; véase, entre otras, las sentencias de 14:20 hrs. del 22 de octubre de 1942, pág. 114 de la Colección; 9:25 hrs.

(121) Este principio había sido jurisprudencialmente establecido en reiteradas sentencias de la SALA DE CASACION; v. No. 72 de 15 hrs. 30 m. de 26 de junio de 1953, sem. I. Tomo II, pág. 1529. No. 132 de 15 hrs. 25 m. de 4 de diciembre de 1953, sem. II Tomo II, pág. 875; No. 74 de 14 hrs. 25 m. de 29 de julio de 1955, Tomo I, II sem. pág. 278; No. 85 de 16 hrs. del 10 de octubre de 1956, Tomo I, II sem. pág. 1637; No. 107 de 16 hrs. 30 m. del 11 de diciembre de 1956, Tomo II, II sem. pág. 2065; No. 2 de 14 hrs. 5m. del 8 de enero de 1964, I Tomo, I sem. pág. 15.

Sobre la cosa juzgada en particular v. BUSNELLI, F. D. Considerazioni sul significato e sulla natura della cosa giudicata. Estratto dalla Riv. Trim. di diritto e procedura civile. Fasc. 4, 1961 y BUSNELLI, F. D. op. cit. supra 87, pág. 202 y ss.

En Yugoslavia se establece expresamente que las resoluciones con relación a los hijos pueden ser modificadas en cualquier momento con el cambio de las circunstancias. BRUNELLI, op. cit. supra 24, pág. 324. En Italia, el artículo 9 de la Ley de Divorcio prevé la revisión de las disposiciones relativas a los hijos. SCARDULLA, Francesco. op. cit. supra, pág. 155.

(122) Estas tesis han encontrado aplicación en algunas sentencias del JUZGADO SETIMO CIVIL. V. No. 460 de 1975 y No. 154 de 8 hrs. 15 m. de 23 de marzo de 1976.

del 18 de marzo de 1944, p. 301; 16:15 hrs. del 9 de abril de 1945, p. 210 y de 10:00 hrs. del 21 de noviembre de 1956, p. 1918" (123).

En términos análogos se expresó en otra sentencia que "No obstante que el art. 94 del C. C. dice que los efectos del divorcio y los de la separación (judicial) son los mismos, hace una salvedad que es precisamente donde estriba la diferencia que coloca en terrenos jurídicos enteramente distintos esas dos instituciones del derecho privado. En el divorcio el lazo que une a los cónyuges desaparecen totalmente no quedando entre ellos relación alguna legal. No obstante esa ruptura del vínculo el juez puede, habida cuenta de las circunstancias, dejar obligación al cónyuge culpable de pagar una pensión alimenticia al inocente. Esa obligación se derivaría entonces no del artículo 74 del Cód. Civil porque ya no existe matrimonio sino que le viene como una sanción por haber provocado el divorcio con su conducta antijurídica. Solamente en el caso contemplado por el art. 88 del citado Código Civil sería posible imponer ese gravamen a uno de los ex-cónyuges."

También en el caso en que el divorcio se decreta con base en la causal de separación judicial por un término legal (que antes era de dos años y que ahora es de uno) nuestra jurisprudencia ha considerado que la culpa de la separación proyecta sus efectos sobre esta causal no contenciosa (124) determinando la posibilidad de que sea acordada una pensión alimenticia a favor de aquel que en la misma fue considerado cónyuge inocente (125).

Coherentemente ha sostenido nuestra jurisprudencia que cuando no hay cónyuge culpable no procede realizar condenatoria al pago de alimentos. Así se ha dicho: "...nuestra jurisprudencia ha sido constante en el sentido de que en casos como el presente en que no hay cónyuge culpable, la obligación alimentaria que se origina en el matrimonio cesa con la disolución de éste, como cesan todos los derechos y obligaciones entre los cónyuges que dejan de serlo" (126).

En modo análogo: "Decretado el divorcio sin que exista cónyuge culpable, ningún papel juega el artículo 88 del Código Civil que permite al juez conceder pensión alimenticia al cónyuge inocente. En consecuencia, no debe condenarse a pensión" (127).

Lo mismo ocurre cuando el divorcio se decreta con base en una separación judicial que ha sido concedida con fundamento en la "separación de hecho" (128).

La sentencia que declara el divorcio es apelable y la resolución que resuelve la apelación, es, a su vez, impugnabile en casación (129).

(123) SALA DE CASACION. No. 58 de 16 hrs. 30 m. de 31 de mayo de 1958 S. I. T. II, pág. 390.

(124) Sobre el concepto de causal no contenciosa v. GOMEZ, José Antonio. Las causales de separación judicial según la jurisprudencia. Universidad de Costa Rica, 1974, pág. 20 y ss.

(125) Transcribo a continuación un trozo de una sentencia en este sentido: "En el juicio ordinario de separación de cuerpos incoado por X contra Y, decretaron los Tribunales con lugar esa demanda, habiendo tenido por probado "que el demandado Y, abandonó el hogar, la esposa y el hijo el cinco de junio de mil novecientos cincuenta y dos; y que el demandado no ha cumplido en su totalidad con la obligación de dar alimentos a su hijo y a la actora". En consecuencia se decretó la separación de cuerpos, siendo desde luego cónyuge culpable el señor Y y su esposa doña X cónyuge inocente. Transcurridos los dos años que indica el artículo 82 del Código Civil, pide el marido que se decrete el divorcio, y como él considera que en este nuevo juicio en que se pide el divorcio no hay cónyuge culpable ni cónyuge inocente, y como el divorcio rompe todo vínculo o nexo jurídico entre los esposos, no tiene obligación de dar alimentos a su esposa. Es cierto que uno de los modos que la ley señala para obtener el decreto de divorcio es el hecho de haber transcurrido dos años desde la declaratoria de separación de cuerpos sin que entre los cónyuges, dentro de ese lapso haya habido reconciliación; pero riñe con todo sentido jurídico —sin haber variado las circunstancias— el que un marido que ha sido declarado culpable en juicio contradictorio y cuya sentencia se halla firme, con sólo pedir el divorcio acogándose a la disposición del artículo 82 citado, quede relevado de toda responsabilidad no obstante que su esposa vive y sigue siendo porque no se ha demostrado lo contrario, inocente. El origen del juicio de divorcio a que este expediente se refiere es el de separación de cuerpos, que no fue por mutuo consentimiento, sino un litigio en que la esposa comprobó y precisamente por eso obtuvo un fallo a su favor, que su marido era de un modo absoluto cónyuge culpable. Ni el transcurso de dos años ni el camino que abre el artículo 82 del Código Civil son bastantes para borrar lo que ya está declarado por sentencia firme: que el señor Y es cónyuge culpable y en consecuencia, de conformidad con el artículo 88 del Código Civil procede acordar una pensión en favor de la esposa". SALA DE CASACION, No. 83 de 29 de julio de 1958; S. II, T. I, pág. 201.

(126) SALA DE CASACION. No. 13 de 14 y 30 hrs. de 18 de enero de 1968, S. I, T. I, pág. 115.

(127) SALA DE CASACION. No. 97 de 10 hrs. de 21 de noviembre de 1956. S. II, T. II, pág. 1918.

(128) Así por ejemplo se ha dicho: "...el divorcio se concede conforme se demandó, con fundamento en "la separación de hecho de los cónyuges durante dos años consecutivos ocurrida después de dos años de verificado el matrimonio" que es la causal sétima que contiene el artículo 91 del Código citado. Y en estos casos, como lo ha expuesto repetidamente nuestra jurisprudencia no existe parte culpable y por eso, falta motivo para una condena de alimentos". SALA DE CASACION. No. 35 de 10 hrs. de 2 de marzo de 1961. S. I, T. I, pág. 451.

(129) CARBONNIER, op. cit. supra 29, págs. 175, 176.

## 17. "BIBLIOGRAFIA"

- ARIAS, José. Derecho de Familia. Kraft-ed. Buenos Aires, 1952.
- ARIAS RAMOS. Derecho Romano. Ed. Rev. Der. Priv. Madrid, 1963.
- BRANCA, Giuseppe. Istituzioni di diritto privato, Zanichelli, Bologna, 1973.
- BRUNELLI, Giovanni. Divorzio e nullita di matrimonio negli stati d'Europa. Giuffrè-ed, Milano, 1968.
- BUSNELLI, Francesco. Conferencia dictada el lunes 24 de febrero de 1975, en la Facolta di Giurisprudenza de la Universidad de Genova (inédita).
- BUSNELLI, Francesco D. Considerazioni sul significato e sulla natura della cosa giudicata. Estratto dalla Riv. Trim. di diritto e procedura civile. Fasc.4, 1961.
- CABANELLAS, Guillermo. Repertorio Jurídico. Editorial Heliasta, S. R. L. Buenos Aires, 1974.
- CAPITANT, Henri. Vocabulario Jurídico. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1973.
- CARBONNIER, Jean. Derecho Civil. Tomo I, Vol. II. Bosch-ed. Barcelona, 1961.
- CARROZZA, Antonio. Scioglimento del matrimonio dello scomparso. Rivista di diritto matrimoniale italiano. N - 2 y 3. 1952.
- CICU, Antonio. Il diritto di famiglia nello Stato Fascista. Scritti minori. Milano, 1965.
- CICU, Antonio. Lo spirito del diritto familiare. Discorso inaugurale letto nell'aula magna dell'Università di Macerata. 23 de noviembre de 1913, Scritti minori, I, Milano, 1965.
- COLIN Y CAPITANT. Curso elemental de Derecho Civil. Tomo Primero. Instituto ed-Reus. Madrid, 1952.
- DAVID Y HAZARD. El Derecho soviético, Tomo II, La ley-ed. Buenos Aires, 1964.
- ESPIN CANOVAS, Diego. Derecho Civil español. Ed. Rev. Der. Priv. 1968.
- FALZEA, Angelo. Eficacia Jurídica. Facultad de Derecho. U. C. R. 1973.
- FERNANDEZ, Luis. El Derecho de Familia en la legislación comparado. UTEHA, México.
- FONSECA, Oscar. Relaciones patrimoniales entre los cónyuges. U. C. R. 1975.
- FORTINO, Marcella. Riflessi del regime della separazione personale sul divorzio. Istituto di diritto privato. Università di Messina. Giuffrè-ed Milano, 1973.
- GALOPPINI, Annamaria. Aspetti e problemi di una nuova legislazione familiare. Riv. democrazia e diritto. Oct-dic. 1969.
- GOMEZ, José Antonio. Las causales de separación según la jurisprudencia, U. C. R., 1974.

GREGNANIN, Antonio. Il matrimonio nella Repubblica socialista federativa sovietica russa nella filosofia e nel diritto. Giuffrè-ed. Milano, 1957.

GUICHARD, Alain. Aux Senat: Reforme du divorce: le texte du government souvent préfère a celui de l'assemblée. Le Monde, París. Periódico del día 18 de junio de 1975.

LIPARI, Nicolo. Diritto Privato. Una ricerca per l'insegnamento. Laterza, Bari, 1974.

MAZEAUD, MAZEAUD. Lecciones de Derecho Civil. Parte I, Vol. II. E. J. E. A. Buenos Aires, 1959.

MESSINEO, Francesco. Manuale di diritto Civile e commerciale. II, Giuffrè-ed. Milano, 1965.

PEREZ, Víctor. La localización del sujeto. Instituto de Derecho Privado. U. C. R., San José, 1974.

PEREZ, Víctor. La prescripción negativa y la caducidad en el Derecho Civil costarricense. Revista de Ciencias Jurídicas. U. C. R. No. 24, 1974.

PEREZ, Víctor. Orientaciones del Derecho de Familia costarricense. Instituto de Derecho Privado. U. C. R., 1975.

PLANIOL, Marcel. Traité elementaire de Droit et Jurisprudence. Tome I. L. G. D. E., París, 1920.

PORTALIS, en LOCRE. Legislazione civile commerciale e criminale. Napoli, 1840.

RESCIGNO, Pietro. Lezioni su proprietà e famiglia. Ed. Patrón. Bologna, 1971.

RIPERT Y BOULANGER. Tratado de Derecho Civil. Tomo II, Vol. I, La Ley-ed. Buenos Aires, 1963.

ROMANO, Santi. Fragmentos de un diccionario jurídico. Buenos Aires. EJE, 1964.

SCARDULLA, Francesco. La separazione personale dei coniugi. Il Divorzio, Giuffrè-ed. Milano, 1974. 1974.

SOLANO, Jorge. Texto comparativo y explicación de las reformas al Código Civil para crear el Código de Familia de Costa Rica. San José, 1974. (inérito).

SUAREZ, Roberto. Derecho de Familia. Ed. Temis, Bogotá, 1971.

TEDESCHI, Vittorio. Decadenza (dir e proc. civ.). Enciclopedia del diritto, Vol. XI, Giuffrè-ed., Milano, 1962.

TORRENTE, Andrea. Manuale di diritto privato. Giuffrè-ed. Milano, 1968.

VARGAS, Eladio. Notas y Comentarios al Tratado de Las Personas de Brenes, Alberto. Editorial Costa Rica, San José, 1974.