

Informe de Investigación

Título: La separación de hecho como causal de divorcio

Rama del Derecho: Derecho de Familia.	Descriptor: Divorcio.
Palabras clave: Separación de Hecho. Artículo 48 inciso 8 Cód. Familia, Requisitos de la separación de hecho. Separación Judicial.	
Fuentes: Doctrina, Normativa y Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 05 – 2012.

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	2
2 Doctrina	2
a)La separación judicial por mutuo consentimiento.....	2
b)La Separación de Hecho.....	4
Requisitos de la Separación de Hecho.....	4
i. La separación de Hecho durante dos años consecutivos.....	5
ii. La separación de hecho sea después de dos años de verificado el matrimonio.....	6
c)La separación de hecho en el derecho español.....	7
Introducción.....	7
Clases de separación de hecho.....	8
Abandono familiar.....	9
d)Causas de separación personal y de divorcio.....	10
Causas con declaración de culpa.....	10
e)La separación conyugal (España).....	13
1. La desaparición de las «causas» de la separación.....	13
2. Clases de separación conyugal.....	14
2.1. La separación de mutuo acuerdo.....	14
2.2. La separación instada sólo por uno de los cónyuges.....	14
3. Los efectos de la separación.....	15
3.1. En la esfera personal.....	15
3.2. En la esfera patrimonial.....	16
4. La reconciliación de los cónyuges separados y sus efectos.....	16
3 Normativa	18
ARTICULO 48.- Será motivo para decretar el divorcio.....	18
8) La separación de hecho por un término no menor de tres años.....	18
4 Jurisprudencia.....	19



a) Separación de hecho: Análisis sobre sus requisitos como causal de divorcio.....	19
b) Divorcio: Innecesario determinar el origen de la ruptura para que se configure la causal de separación de hecho.....	23
c) Divorcio: Otorgamiento de exequátur por separación de hecho.....	24
d) Acción de inconstitucionalidad: Inciso 8) del artículo 48 del Código de Familia.....	25
e) Divorcio: Presupuestos para que configure la causal de separación de hecho.....	26
f) Separación de hecho: Análisis sobre sus requisitos como causal de divorcio.....	29

1 Resumen

De la **separación de hecho** se crea el siguiente informe, por medio de doctrina, normativa y jurisprudencia, explicando la separación judicial por mutuo consentimiento, la separación de hecho, los requisitos de la separación de hecho, las clases de separación de hecho, el artículo 48 inciso 8 del Código de Familia: "8) La separación de hecho por un término no menor de tres años" y variada jurisprudencia sobre el mismo.

2 Doctrina

a) La separación judicial por mutuo consentimiento

[Trejos]¹

La separación judicial consiste en el debilitamiento, aprobado o decretado mediante resolución judicial, de los vínculos jurídicos a que da origen el matrimonio, en virtud de ciertas causales ocurridas después de su celebración. [En vez de "separación judicial" nuestro Código Civil (art. 91) empleaba la expresión "separación de cuerpos" para designar el debilitamiento del vínculo del matrimonio, nombre que era considerado por BRENES CORDOBA como "poco apropiado al objeto" y hasta mal sonante, pues, por una parte, no indica el carácter jurídico de la separación, y por otra, despierta una idea demasiado material y vulgar del concepto de la unión. La frase procede del Código francés: *séparation de corps*, y está consagrada por el uso general. La manera de decir empleada por el derecho canónico: *separatio a mesa et toro*, separación de la mesa y del techo, es todavía más inadecuada y vulgar que la otra.

El título de "separación judicial" es preferible por acomodarse mejor al objeto, pues a la par que sirve para diferenciar esta separación de la pura mente de hecho, da a conocer la fuente de que procede: te autoridad del juez.]

El mutuo consentimiento como causal de separación judicial fue regulado en el Código Civil de 1888 y producía, indirectamente el divorcio. El mutuo consentimiento —comentaba BRENES CORDOBA — no da lugar, de modo directo, al divorcio, pero sí puede, indirectamente, llegar a producirlo, y es cuando lo pida alguno de los cónyuges que han estado dos años separados judicialmente de común acuerdo, siempre que durante ese tiempo no haya mediado reunión o reconciliación entre ellos".

A la separación judicial por mutuo consentimiento son aplicables las normas del Código de Familia [*El artículo 61 del Código de Familia manda que lo dispuesto para el divorcio se observará también para la separación judicial en cuanto fuera aplicable y no contradiga lo dispuesto para la separación*] y las consideraciones que hemos formulado sobre la naturaleza y el procedimiento para obtener el divorcio consensual: se trata de un acto de jurisdicción voluntaria y, por consiguiente, cabe el desistimiento unilateral antes de que esté firme la resolución judicial que homologa la solicitud.

En orden a los requisitos que exige la ley para obtener el divorcio y los que exige para decretar la separación judicial, una sola diferencia cabe señalar: la separación por mutuo consentimiento no podrá pedirse sino después de dos años de verificado el matrimonio, en vez de los tres años de matrimonio que exige la ley para la obtención del divorcio consensual.

Las otras diferencias entre el divorcio y la separación judicial por mutuo consentimiento obedecen a los diversos efectos que producen ambas instituciones.

El divorcio disuelve el vínculo matrimonial, mientras que las personas que se separan conservan la calidad de cónyuges, subsistiendo, por lo tanto, los deberes de fidelidad y mutuo auxilio.

La resolución judicial que declara la separación produce el debilitamiento del vínculo matrimonial porque:

1. Los esposos quedan dispensados de la vida en común que el matrimonio les imponía.
2. Se procede, como en el divorcio, a la liquidación del régimen que regula las relaciones patrimoniales.
3. Debe definirse caso de que existan hijos menores, a cuál de los cónyuges corresponde la guarda, crianza y educación de los hijos.

Como la resolución que decreta la separación judicial no disuelve el vínculo matrimonial, los cónyuges pueden reconciliarse, quedando sin efecto la ejecutoria que declaró la separación. Reconciliación es —dice la Sala de Casación— [*Ramírez vs. Granados, las 77, 8 de julio de 1970.*]el acuerdo a que llegan los cónyuges con base en el peritón de los agravios para continuar la vida en común y mantener las relaciones propias del matrimonio, acuerdo que de ordinario se exterioriza en la vida maridable que tales cónyuges reanudan o prosiguen después de que se quebranta la armonía, conyugal.



b) La Separación de Hecho.

[Gómez]²

Es causal de separación de cuerpos la separación de hecho de los cónyuges mantenida durante dos años consecutivos y ocurrida ésta después de dos años de haberse celebrado el matrimonio.

Por su misma naturaleza, la separación de hecho o bienal como también se le conoce, constituye un simple estado de hecho provocado por los cónyuges y que parece surgir cuando los esposos ponen fin a la convivencia matrimonial¹ en virtud del alejamiento.

Para efectos de exposición didácticos consideramos que debemos distinguir entre la separación judicial y la separación de hecho. Una semejanza podría ser el que la primera es el fin y la segunda el medio. La separación de hecho de los cónyuges es un motivo o causal para llegar a un estado posterior, a saber, la separación judicial. Otra diferencia la encontramos en cuanto a las personas que declaran o intervienen en la separación; en la de hecho son las partes² quienes la hacen mientras que la separación judicial es decretada por el Juez competente mediante sentencia firme al efecto. En un caso existen solemnidades y formalidades como son las contenidas en una sentencia, aparte de que los alcances de la separación son fijados por el Juez en base a la ley, mientras que en la separación bienal las voluntades de los cónyuges resuelven su estado de hecho.

Conforme a lo anterior podemos concluir diciendo que la separación bienal acarrea a los esposos un status de hecho y la separación judicial produce un status jurídico. Esto en términos generales toda vez que aún la separación bienal también produce derechos y obligaciones, como se verá.

Requisitos de la Separación de Hecho.

Conforme a la ley es necesario que se cumpla con dos requisitos fundamentales para que se produzca la separación judicial de cuerpos:

- i. Que la separación de hecho de los cónyuges sea por un período de dos años consecutivos, y
- ii. Que esa separación de hecho sea después de dos años de verificado el matrimonio³.

1 "La ley impone a los cónyuges la obligación de vivir el mismo hogar; cuando esa obligación se quebrante, de modo que los cónyuges se alejan el uno del otro y ponen fin a la convivencia, allí surge esa figura que se denomina separación de hecho" (el subrayado no es del original) Chaverri v. Saborío, Cas. # 46, 1969, I-1, sin publicar.

2 En relación a si es un sólo o ambos cónyuges quienes deciden la separación de hecho, nos inclinamos a decir que bien puede ser uno o el otro o bien ambos. En este sentido Casación ha dicho que la separación de hecho "se opera por el tiempo y por la voluntad de uno o de ambos cónyuges" Baumgartener v. Sáenz, Cas. 15:30 hrs. 14 agosto, 1947, II-1, p. 707

3 Inc. 7, art. 31, C. Civ. que dice que es causal de separación de cuerpos "La separación de hecho de los cónyuges durante dos años consecutivos, ocurrida después de dos años de verificado el matrimonio".

i. La separación de Hecho durante dos años consecutivos.

Para cumplir con el primer requisito que señala la ley es necesario que el alejamiento de los cónyuges se mantenga por dos años consecutivos, en otros términos, que la separación sea ininterrumpida. En base a lo anterior, consideramos que para que la separación de hecho contenga la consecutividad que la ley señala, debe existir plena voluntad de mantenerse los cónyuges alejados el uno del otro. No debemos omitir que es necesario analizar la voluntad de los cónyuges en cuanto a la intención de mantenerse separados únicamente en los casos de duda en cuanto a si se realizó o no la separación de hecho. Así por ejemplo, según Casación no existe plena voluntad de los consortes en mantenerse separados si un cónyuge viajó al extranjero con la autorización del otro, máxime cuando éste le ha suministrado los emolumentos y recursos necesarios. En tal evento la separación judicial no prosperaría por no haber real, mente una separación de hecho⁴.

Creemos conveniente hacer el comentario a la sentencia citada, de que en casos de duda sobre la voluntad de los cónyuges de mantenerse alejados, el Juez deberá precisar muy bien la intención que motivó a uno de los esposos a hacer el viaje. Podría suceder que el viaje haya sido por negocios, salud o cualquier otra razón que no muestre intención de alejarse del otro, en cuyo caso nos parece que no prosperaría la acción de separación. Mas si el viaje al exterior es con el objetivo de lograr una efectiva separación de hecho, aún y cuando un cónyuge otorgue su consentimiento e inclusive le de al otro recursos para que pueda viajar, la demanda prosperaría si el viaje se prolonga por más de dos años.

¿Interrumpe la separación de hecho el que los cónyuges hayan tenido en alguna oportunidad relaciones sexuales entre sí? Casación ha sostenido que "La separación de hecho no deja de existir por la circunstancia de que en algunas fechas los cónyuges se entrevistaran y tuvieran relaciones, aunque éstas fueran de carácter íntimo, pues el simple ayuntamiento sexual no excluye que la separación prosiga"⁵. En otros términos, el que los esposos algunas veces hayan tenido relaciones sexuales no implica que se haya operado una reconciliación. Como veremos en su oportunidad, ésta implica un perdón de los agravios y el deseo de continuar cumpliendo con las de más obligaciones matrimoniales.

En la especie, nos parece muy atinado el fallo de Casación puesto que las relaciones sexuales no son el único fin del matrimonio. No debemos olvidarnos del mutuo auxilio, el socorro, la fidelidad, la convivencia, para tan sólo citar algunas de las demás obligaciones del matrimonio. De modo pues que si los esposos se reúnen ocasionalmente y tienen relaciones sexuales y luego se alejan, con su actitud demuestran desinterés por una efectiva separación, y por ende la separación de hecho continúa.

¿Podría darse una separación de hecho cuando los cónyuges viven bajo un mismo techo? O lo que es lo mismo, para que se produzca la separación de hecho deben vivir los cónyuges en distintas residencias? Parece ser que bien podría efectuarse una separación de hecho entre los cónyuges aún cuando viven bajo un mismo techo. La Sala Primera Civil nos dice "que no es absolutamente exacto el concepto omitido por el señor Juez de que para que proceda la separación de cuerpos con base en la separación durante dos años consecutivos es indispensable que los cónyuges vivan totalmente separados entre sí, bajo techos distintos, pues aún cuando podría existir la presunción de que cuando los cónyuges viven en una casa es por que se han reconciliado, ya se han presentado casos en que esa convivencia, obligada por circunstancias especiales no ha tenido fuerza suficiente para desvirtuar el hecho probado de la separación de hecho de los cónyuges en la

4 Berrocal v. Bindé, Cas. 14:40 hrs. 26 de junio, 1940, I-1, p. 508.

5 Cas. # 46, Chaverri v. Saborío, 1969, I-1, sin publicar



forma en que lo exige la ley"⁶.

Obsérvese que la resolución en análisis contiene una presunción, la cual consideramos que podría ser así: Si los cónyuges viven en un mismo techo no existe separación de hecho, salvo prueba en contrario que demuestre efectivamente que aún viviendo así, se encuentran separados de hecho.

ii. La separación de hecho sea después de dos años de verificado el matrimonio.

Estando los esposos en una pugna constante que haya originado una separación de hecho por más de dos años consecutivos, los consortes podrán pedir la separación judicial si han transcurrido dos años de verificado el matrimonio. Aclara los términos anteriores la Sala Primera Civil al decir que "Lo que la ley quiere y exige como requisito indispensable para que se pueda decretar la separación judicial con base en la separación de hecho de dos años, es que entre la fecha en que se celebró el matrimonio y la fecha en que se demanda la separación, hayan transcurrido por lo menos cuatro años, dos de matrimonio y dos de separación"⁷.

Nos parece conveniente observar el que la ley habla de que el matrimonio tenga dos años de "verificado" y no de vida matrimonial. De ahí que estimamos que la separación de hecho puede comenzar en los primeros días del matrimonio. En este sentido la Sala Primera Civil ha sostenido que no tiene "...importancia para el caso que esa separación haya comenzado antes de cumplirse los dos primeros años de matrimonio"⁸. En este supuesto, los consortes tendrían siempre que esperar dos años de supuesto matrimonio más dos años de separación de hecho, -para plantear la respectiva demanda de separación. ¿Debe existir un cónyuge culpable para que se decrete la separación judicial con fundamento en la separación bienal?

Carece de interés jurídico la existencia o inexistencia de un cónyuge culpable para que se produzca la separación de hecho⁹. Para que prospere "la acción en juicio de separación de hecho basta que se pruebe dicha separación durante dos años consecutivos"¹⁰, siempre y cuando la misma se intente después de dos años de haberse verificado el matrimonio. Pues bien, probados los dos requisitos fundamentales, la separación deberá decretarse, no importando que alguno o ambos cónyuges hayan sido culpables de la misma. Recuérdese que la separación de hecho es una

6 Sala Primera Civil, Res. # 612, 10:25 hrs., 1 noviembre 1966. La resolución citada pareciera que puede obligar a las partes a ofrecer pruebas complacientes ya que los testigos que se aporten es probable que no conozcan la realidad de los hechos. Les será sumamente difícil determinar si los consortes cohabitan, o si se brindan o no, auxilio y socorro, todo lo cual puede llevar a una injusticia. Y aún más, puede sugerirse a los testigos que digan, afirmen o nieguen algo que no les consta. Aparte, de que una situación como la que plantea la resolución citada parece reñir con el concepto de separación de hecho, por cuanto si los cónyuges viven separados pero bajo un mismo techo, en realidad no están tan separados como pareciera requerir el legislador para que la causal se configure.

7 Sala Primera Civil, Ees. # 276 de 10:10 hrs. de 12 de junio de 1964. Pueden verse de la misma Sala Civil, las res. # 570 de 1964, la # 502 de 1964, las sentencias # 641 de 1966, la # 323 de 1971.

8 La sentencia citada rompe con la creencia popular de que se necesita dos años de vida en común

9 "Cuando se ha producido la separación de hecho por dos años, debe decretarse por este mismo hecho, la separación judicial solicitada, sin que interese que pueda resultar beneficiado el mismo cónyuge culpable, debiendo aplicarse taxativamente la ley que así lo dispone", Cas. # 14 Miranda v. Herrera, 1966, I-1, p. 258

10 Araya v. Morales, Cas. 9:55 hrs., 28 enero 1941, I-1, p.73

situación de hecho, que "existe o no, fuera de causales; se opera por el tiempo y por la voluntad de uno o de ambos cónyuges" de manera que basta la comprobación de dos años de separación consecutiva después de dos años de verificado el matrimonio para que proceda la separación judicial.

¿Cuál cónyuge está legitimado para solicitar la separación judicial con fundamento en la separación de hecho?

Casación ha sostenido el criterio de que cualquiera de los esposos está facultado para ejercer la acción de separación judicial siempre y cuando se hayan dado los requisitos señalados anteriormente. Así por ejemplo dice que "cuando han transcurrido los dos años de que habla la ley de separación de hecho, queda autorizado cualquiera de los cónyuges para demandar la separación judicial".

La causal analizada parece que cubre a todos los demás ya que al estado de separación de hecho de los cónyuges puede originarse en razón de ofensas graves, embriaguez habitual o escandalosa, por un mutuo acuerdo, por abandono voluntario y malicioso, por negativa a poseer alimentos o bien por cualquier situación constitutiva de las causales de divorcio. Lo que pretendemos decir es que a la separación de hecho muchas veces se llega en virtud de haberse constituido alguna otra causal lo cual produce un alejamiento entre los cónyuges.

c) La separación de hecho en el derecho español

Introducción

[Varela]³

1. Noción.

La separación de hecho es una situación por la que los cónyuges, por mutuo acuerdo o unilateralmente, deciden interrumpir —de un modo temporal o definitivo— la vida en común, sin intervención de la autoridad competente.

En este intento de definición de la separación de hecho, podemos encontrar las siguientes características:

- interrupción temporal o definitiva de la vida en común;
- por mutuo acuerdo o bien unilateralmente (casos de expulsión o abandono del hogar);
- sin intervención de la autoridad competente.

Una vez señaladas las notas más importantes de la separación de hecho, trataremos de analizar a continuación, las circunstancias que dan lugar a este fenómeno.

2. Es un fenómeno sociológico.

Nos encontramos, en la separación de hecho, ante una situación existencial, que va adquiriendo mayores proporciones con el paso del tiempo y que, sin embargo, no se encuentra contemplada en

la legislación positiva, siendo objeto de un trato hostil por la doctrina —que ha prestado escasa atención a este fenómeno—, y de la jurisprudencia, que considera antijurídicas e inexistentes estas formas de separación. Esta disociación entre la norma y la vida provoca numerosos conflictos en las partes afectadas, y plantea importantes problemas —sobre todo de carácter patrimonial—, cuya solución está condicionada por la irrelevancia jurídica que la separación de hecho entraña.

3. Causas.

Las causas últimas de la separación de hecho, exceden del ámbito jurídico, y sólo encontraremos una respuesta satisfactoria, si tratamos de indagar en la esfera de intimidad en que se desenvuelven las relaciones conyugales.

Entre los múltiples y variados motivos que pueden dar lugar a esta situación —y que difícilmente se pueden encuadrar dentro de unos esquemas preconcebidos—, se encuentra normalmente uno común a todos ellos: el distanciamiento afectivo de los cónyuges. Esto da lugar a que los continuos roces de la vida diaria, que son inevitables entre quienes están sometidos a una permanente convivencia —y que en una etapa anterior servían para que los cónyuges estuvieran más unidos—, sean ahora motivo de incomprensiones recíprocas, hasta el punto de hacer esta convivencia insoportable. En algunos casos, es la falta de entendimiento en cuestiones patrimoniales o económicas, lo que da origen a la separación de hecho. En otras ocasiones, será el panorama poco alentador que un 1 proceso judicial —lento y costoso— inspira, unido a la natural resistencia de los esposos a desvelar públicamente lo que pertenece al reducto de la intimidad conyugal, pues como dice Faus Esteve, «los cónyuges muchas veces no ven otra salida que la separación silenciosa, preocupado el marido por su reputación y el honor familiar que puede comprometer el debate y la mujer por las consecuencias posibles de un escándalo para el porvenir de sus hijos».

Por otra parte, la separación de hecho hace que quede latente en el ánimo de los cónyuges la esperanza de una futura reconciliación, que se vería seriamente comprometida si una de las partes optara por presentar demanda de separación judicial ante los Tribunales; a este respecto comenta Cámara: «Los que por razones profesionales vivimos en contacto directo o indirecto con estas realidades sabemos muy bien que los cónyuges judicialmente separados no se reúnen jamás y que, en cambio, no es del todo extraño que parejas separadas de hecho vuelvan, después de algunos años a la normalidad de su relación matrimonial» .

Pueden ser estas razones, entre otras, las que hacen que los cónyuges no acudan ante los tribunales para resolver sus diferencias y prefieran tratar de solucionarlas en el ámbito privado, porque, de lo contrario, y si está en su ánimo, fácilmente encontrarán una causa legal que dé pie a la separación judicial.

Clases de separación de hecho

Siguiendo a Puig Brutau n, que hace una detallada clasificación de la separación de hecho, podemos distinguir entre:

1. Separación de hecho excepcionalmente reconocida por la ley y hasta cierto punto regulada en sus efectos.

Comprende los supuestos del art. 1441 del Código Civil y una serie de disposiciones dispersas en nuestra legislación, que hacen referencia —de un modo directo o indirecto—, a esta forma de separación.

2. Separación de hecho reconocida por la Ley pero no regulada en sus efectos.

Se da en el art. 58 del Código Civil, por el que la mujer podrá ser eximida por los tribunales de su obligación de seguir a su marido, si existe justa causa y el marido traslada su residencia a ultramar o a un país extranjero, y en el art. 855 del mismo código, cuyo párrafo segundo afirma que «para que las causas que dan lugar a la separación personal lo sean también de desheredación, es preciso que no vivan los cónyuges bajo un mismo techo», lo que presupone una situación previa de separación de hecho, sin que en ninguno de estos dos casos la Ley prevea los efectos que se deducen de ambas disposiciones.

3. Separación de hecho no reconocida ni regulada.

Es la que interesa más directamente al objeto de nuestro estudio, y que, a su vez, se puede sintetizar en la siguiente subdivisión:

A. Motivada por la concurrencia de causa legal no alegada por las partes.

Cuando el cónyuge inocente, que puede aducir una justa causa de separación ante los tribunales, con arreglo al art. 105 del Código civil, no lo hace. Aquí podemos incluir la figura del abandono familiar, que trataremos más detenidamente a continuación.

B. Convenida privadamente.

Cuando los cónyuges, mediante acuerdo, deciden la separación.

Abandono familiar

1. Noción.

Podemos definir el concepto civil de abandono familiar, como el alejamiento voluntario e injustificado del domicilio conyugal, con ánimo de interrumpir definitivamente la convivencia.

Se trata, por tanto, de la infracción del deber de convivencia —inherente a la institución matrimonial—, que se lleva a cabo de modo unilateral por uno de los cónyuges.

2. Características.

Analizando brevemente esta definición, encontramos las siguientes características:

A. Alejamiento voluntario.

Se puede considerar bajo dos aspectos. Por una parte, que no sea debido a causas independientes de la voluntad del actor, como sucedería si el abandono estuviese motivado por fuerza mayor o por necesidades profesionales. Por otra parte, el abandono ha de ser voluntario, en el sentido de que no puede ser impuesto por el otro cónyuge, bien directamente, mediante la expulsión del domicilio conyugal, o de un modo indirecto, por medio de coacción, amenaza o injurias.

B. Injustificado.

El alejamiento del hogar ha de ser injustificado, pues si éste se debe a una justa causa, el abandono no puede ser considerado ilícito. Ahora bien ¿qué motivos se pueden considerar como justificativos del abandono para que éste no tenga carácter ilícito?

En principio, todas las causas que dan lugar a la separación judicial —enumeradas en el art. 105 del Código Civil—, justificarán el abandono del domicilio conyugal. A este respecto, observa Minoli que la justa causa del abandono del hogar conyugal, debe ser valorada, teniendo en cuenta los caracteres concretos de este abandono, y sobre todo su duración, pues no todos justifican un igual tipo de interrupción de la convivencia, sin excluir que haya causas que justifiquen un abandono indefinido, como las causas permanentes que continuamente renuevan la justificación del

abandono, siendo las más típicas las que dan lugar a un peligro para la vida o la salud del cónyuge o de los hijos.

La jurisprudencia española afirma que no se puede aducir el abandono como conducta ilícita de uno de los cónyuges, si se demuestra que hay una causa legítima que lo justifique. Así, la sentencia de 27 de abril de 1956 sostiene que el abandono del hogar por parte de la mujer, ha sido justificado «por documentos auténticos obrantes en los autos» (primer resultado), por lo que el marido queda obligado a la prestación de alimentos a su mujer.

C. Animo de interrumpir definitivamente la convivencia.

No constituye abandono, el alejamiento temporal del domicilio conyugal, si se debe a causas justificadas o cuando tiene por objeto el cortar en su raíz una desavenencia que comienza a aflorar en el seno del hogar.

Sólo una firme decisión de interrumpir la convivencia, infringiendo con carácter permanente el deber de cohabitación, puede ser considerada como abandono. Para ello no se requiere ninguna formalidad especial, siendo suficiente la negativa reiterada del cónyuge de volver al hogar, sin aducir ningún motivo que justifique este modo de proceder.

d) Causas de separación personal y de divorcio

[Mazzinghi]⁴

§ 498. Introducción

Desaparecido el sistema de divorcio sanción que rigió durante la vigencia de la ley 2393, el estudio de las causas de separación personal y de divorcio vincular se ha complicado considerablemente, ya que junto a los hechos ilícitos que la ley contemplaba y que mantiene en su actual regulación, se alinean otros que no revisten ese carácter, y, en fin, se computa la voluntad de ambos cónyuges o de uno solo de ellos como factor de la separación o de la disolución del vínculo.

Vamos a analizar, pues, separadamente, los hechos ilícitos admitidos como causa de separación o de divorcio; los hechos frente a los cuales se admite la separación a título de remedio y, finalmente, la posibilidad de alcanzar la separación o el divorcio por simple consecuencia de la voluntad de los esposos y aun por decisión unilateral de uno de ellos.

Causas con declaración de culpa

§ 499. Naturaleza jurídica

Las causas que conllevan la declaración de la culpa están enumeradas en el art. 202 del Cód. Civil, en orden a la separación personal. A ese texto se remite el 214, inc. ls, en cuanto aplica las mismas causas al divorcio vincular.

Todas ellas tienen una naturaleza común: son hechos ilícitos pues, sin excepción, las conductas previstas en el texto mencionado participan efectivamente de los caracteres propios de tales hechos', que son los siguientes:



a) *Carácter voluntario.* — Ante todo, ha de tratarse de hechos voluntarios, esto es, realizados con discernimiento, intención y libertad. Si alguno de estos elementos faltara, o estuviera gravemente viciado, las consecuencias del hecho no serían imputables a su autor (art. 900, Cód. Civ.).

Así, por ejemplo, no comete adulterio la mujer que es objeto de una violación, o el cónyuge que ofende al otro durante la pérdida ocasional del discernimiento, o quien se aleja del hogar por la fuerza o intimidación de terceros.

b) *Norma prohibitiva.* — Según el art. 1066 del Cód. Civil, para ser ilícito, el hecho ha de ser "expresamente prohibido por las leyes", o sea que ha de violar una prohibición, lo que no implica que sea necesaria la existencia de una norma expresa que la establezca.

Con referencia a las causales de divorcio, ha de tenerse en cuenta que los arts. 198 y 199 del Cód. Civil prescriben los deberes personales de los cónyuges -fidelidad, asistencia, alimentos, cohabitación- y es obvio que el incumplimiento deliberado de tales deberes configura una conducta ilícita.

Los artículos 202 y 214, inc. 19, por su parte, establecen que determinadas acciones -adulterio, tentativa de homicidio, instigación a cometer delitos, injurias y abandono- son causas de separación personal y de divorcio, lo cual implica una prohibición de que los cónyuges incurran en ellas, y al mismo tiempo prevén una sanción para quien las viole.

c) *Daño resultante.* — Cualquiera de los hechos prohibidos por la ley que hemos mencionado supone un daño que, como dice Aguiar, es "la destrucción o detrimento experimentado por una persona en alguno de sus bienes.

"La definición -prosigue el maestro cordobés- comprende en consecuencia a toda especie de bienes: los económicos y los morales, tanto desde el punto de vista de su aniquilamiento por su total destrucción, como desde el de su simple desmejora".

La violación de los deberes conyugales provoca un daño que encuadra en el concepto expresado, pues implica, en todo caso, el avasallamiento de un derecho que corresponde al cónyuge ofendido: el adulterio, las injurias, el abandono, atentan, en efecto, contra el derecho de cada esposo a la fidelidad, la asistencia y la cohabitación a que el otro está obligado, o sea que destruyen bienes jurídica y expresamente protegidos por la ley.

Pero junto a la violación del derecho, que constituye algo así como el núcleo del daño, pueden producirse otras consecuencias del hecho, como el daño físico, cuando las injurias se concretan en malos tratos; el patrimonial, cuando no se cumple el deber alimentario, y en todo caso el agravio moral, del cual nos ocuparemos al tratar sobre los efectos del divorcio.

d) *Factor intencional.* — Por último, en todo hecho ilícito hay un factor intencional que permite ubicarlo en la especie de los "delitos" o de los "cuasidelitos".

1. *Discusión de orden general.* La doctrina es controvertida a este respecto. La tendencia que acepta la responsabilidad objetiva y que se aleja, por lo tanto, de la persona del autor del hecho para concentrarse en la reparación del daño, se inclina a prescindir de la distinción entre la culpa y el dolo y, consiguientemente, la distinción entre cuasidelitos y delitos.

No es ese el criterio de nuestro Código ni el que nos parece más acertado.

Creemos que el derecho debe tomar en cuenta, dentro de lo posible, los aspectos intencionales, pues desentendido de ellos, despojado de apreciaciones morales, aun cuando pueda presentar una apariencia de mayor eficacia y objetividad, tiende a deshumanizarse, a transformarse en una técnica fría, sin alma, destinada a languidecer en cuanto las formulaciones jurídicas se alejen de la

fuente que les da vida y vigor, que es la regla moral.

Esta convicción nos lleva a optar por las consecuencias diferentes que, en materia de hechos ilícitos, se atribuyen al delito o al cuasidelito.

2. El tema en el ámbito matrimonial. En materia matrimonial cabe, asimismo, distinguir entre el carácter doloso y el culposo de los hechos que se admiten como causas de divorcio.

La distinción generalmente aceptada para caracterizar una y otra intención suele ser la identificación del dolo con el deseo de causar daño, mientras que la culpa se relaciona con la negligencia, la imprudencia o la impericia, que si bien funcionan como causas del daño, no implican el propósito de provocarlo.

Aguiar entiende que nuestro Código Civil divide los actos ilícitos en delitos y cuasidelitos, "según que el acto se haya realizado teniendo la conciencia del daño que con él se ocasionaría o se podría ocasionar; o que no se haya previsto dicho daño, habiéndose podido preverlo, si se hubiese procedido con mayor atención o diligencia al ejecutar el acto". Y concluye: "Si se conocieran las consecuencias dañosas del acto realizado: delito. Si se pudieron conocer y no se conocieron por culpa o negligencia: cuasidelito".

Cualquiera sea el criterio que se acepte para diferenciar ambas especies, lo cierto es que las causales de divorcio pueden revestir el carácter de delitos o cuasidelitos, es decir que el cónyuge que viola el derecho del otro puede actuar con dolo o con culpa.

3. Aplicación a casos concretos. No vamos a intentar una explicación más o menos casuística de lo que afirmamos, sino que nos limitaremos a formular algunos ejemplos.

Tomemos el caso del adulterio: con prescindencia de su calificación penal, no nos cabe duda de que se trata de un delito civil.

Se podrá argumentar que quien comete adulterio no está necesariamente inspirado por el deseo de provocar un daño al cónyuge ofendido. Por lo tanto, aplicando el criterio que identifica el dolo con el deseo de producir daño, se llegaría a la conclusión de que en la conducta del adúltero no habrá necesariamente dolo.

Lo más frecuente es que el cónyuge infiel no quiera que el otro se entere, y oculte su conducta, evitando así que el ofendido conozca la ofensa y padezca el agravio moral que el adulterio implica.

Pero tal actitud no alcanza para desvanecer el carácter doloso del adulterio. El daño que este causa consiste en la violación del derecho, en la destrucción, detrimento o menoscabo de un bien, entendido en el más amplio alcance de la palabra -material o moral-.

Y en este caso el adúltero destruye el bien de la fidelidad, y de ese modo vulnera el derecho del otro.

No importa que este otro conozca o no la violación. El daño se ha producido de todas maneras, como se ha producido el daño cuando alguien destruye una cosa de otro, y este último lo ignora.

Tampoco importa que la víctima de la infidelidad consienta en ella. Tal actitud podrá acaso enervar la acción de divorcio, pero no priva de su carácter ilícito al adulterio, ya que el derecho a la fidelidad es irrenunciable.

Y cuanto llevamos dicho sobre el adulterio puede aplicarse al abandono o a los malos tratos. En principio, los hechos susceptibles de quedar encuadrados en estas causales de divorcio son delitos civiles.



Por el contrario, algunas injurias pueden estar encuadradas en el campo de los cuasidelitos. Así, por ejemplo, el cónyuge negligente en ciertos aspectos de la relación personal con el otro, que prescinde de él, que descuida la casa, la propia higiene, que trabaja poco o nada, incurrirá en una conducta característica de la culpa, pero carecerá, seguramente, de la voluntad de violar el derecho del otro.

En suma, después del análisis que acabamos de efectuar, no nos queda duda de que corresponde calificar como hechos ilícitos -delitos civiles o cuasidelitos- a las causales de separación personal o de divorcio que la ley enuncia.

e) La separación conyugal (España)

[Acedo]⁵

1. La desaparición de las «causas» de la separación

Los dos grandes pilares, aunque no los únicos, de la profunda reforma legislativa del Derecho matrimonial llevada a cabo en España en 2005 a través de las dos citadas leyes innovadoras, de tanta trascendencia social y jurídica, fueron básicamente, de un lado, el reconocimiento legal del matrimonio homosexual con plenos efectos jurídicos y absoluta igualdad respecto del heterosexual, ya examinado brevemente más arriba, y de otro, el que ahora nos ocupa, la completa desaparición del sistema de toda referencia a las tradicionales causas (denominadas causales en Latinoamérica) que legalmente eran exigidas, diferentes según la época de su vigencia, para que pudiera solicitarse por un cónyuge la separación.

Y es que, como es sabido, al margen de la nulidad, el modelo de ineficacia matrimonial español, ha venido regulando, como en la inmensa mayoría de los ordenamientos de los países de nuestra tradición jurídica, un sistema denominado causalista basado en la previsión legal de una serie de supuestos de hecho tasados en la ley que al incurrir un cónyuge en cualquiera de ellos legitima al otro para solicitar judicialmente y obtener con éxito la separación, tras la oportuna probanza en el proceso.

En concreto, el antiguo artículo 81.2° del Código civil, en su redacción concedida por la entonces tan reformadora Ley 30/1981, de 7 de julio, que ha estado vigente casi veinticinco años y reinstauró el divorcio en España tras más de cuarenta años de absoluta exclusión del ordenamiento jurídico, establecía que la declaración judicial de separación podía instarse por un cónyuge cuando el otro se encontraba «incurso en causa legal de separación», según la dicción legal del viejo precepto, y tras probarse en el oportuno proceso la certeza de aquélla, se dictaba la pertinente sentencia de separación judicial. En otro caso el Juez debía, legalmente, pronunciar una sentencia desestimatoria de la demanda, negando (con efectos prácticos, a veces, rocambolescos) la separación de los esposos. Pero como se apuntó, desde 2005, todo esto ya es historia.

2. Clases de separación conyugal

Al margen de la separación de hecho, a la que recurren no pocos casados, en ocasiones para no exteriorizar ni dar publicidad a sus desavenencias conyugales, y evitarse además un proceso, siempre doloroso y difícil de sobrellevar, en contraposición a ésta, ya la Ley 30/1981 instauró en España la separación legal ante el Juez, ahora simplificada por el nuevo régimen vigente derivado de la Ley 15/2005, que la denomina separación judicial.

El Código civil ofrece a los cónyuges dos modelos procesales de separación (siempre judicial) cuya elección dependerá de la capacidad de aquéllos para entenderse en la organización del nuevo status una vez deteriorado, siquiera temporalmente, el lazo matrimonial que les venía uniendo: la separación de mutuo acuerdo y la instada por uno solo de los esposos.

2.1. La separación de mutuo acuerdo

También llamada separación consensual, requiere un pronunciamiento judicial en todo caso, ya que ha de ser declarada mediante sentencia.

Su régimen lo establece el artículo 81.1° del Código civil y los requisitos que se exigen son extraordinariamente simples, básicamente, los siguientes:

- A) Que lo soliciten ambos cónyuges, o uno sólo con el consentimiento del otro.
- B) Que hayan transcurrido, al menos, tres meses desde la celebración del matrimonio.
- C) Que se acompañe a la demanda una propuesta de convenio regulador conteniendo las medidas que han de adoptarse para regular la situación tras la ruptura, en concreto, las medidas personales y patrimoniales referidas a los hijos y a los cónyuges.

Admitida a trámite la demanda el Juzgador debe limitarse, en cuanto al fondo, a la comprobación del cumplimiento de los citados requisitos, ya que carece de facultades para decidir la oportunidad de la separación, no pudiendo denegarla, aunque sí deberá velar porque del convenio no se deriven perjuicios para los hijos menores o para el otro cónyuge. En la separación consensual el Juez más que aprobar se limita a homologar el acuerdo al que han llegado los esposos que han decidido poner fin a su relación mediante la separación.

2.2. La separación instada sólo por uno de los cónyuges

Si faltara aquella voluntad común para iniciar la separación consensual, conjunta o de mutuo acuerdo, ello no es obstáculo para lograr el mismo fin instándola uno sólo de los esposos sin la anuencia del otro, e incluso en contra de la voluntad de aquél, al haberse eliminado de nuestro sistema, como se ha dicho, la necesidad de probar la concurrencia de cualquier causa de separación pues se han desterrado expresamente del ordenamiento jurídico español.

El artículo 81.2° del Código civil, establece similares requisitos cuando la separación no cuenta con el consenso de ambos cónyuges, ordenando que se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, cuando se cumplan los siguientes presupuestos:

- A) Cuando lo solicite uno de los cónyuges, al margen de la voluntad del otro.
- B) Deben haber transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio. Sin embargo, dicho plazo no será preciso cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los

hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

C) Se acompañará una propuesta fundada que contenga las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.

Siguiéndose casi idéntico régimen que en la separación consensual, la diferencia estriba, tan sólo, en que el plazo de tres meses de «espera» puede desaparecer, pudiendo instarse la separación inmediatamente después (o incluso, tal vez, pues resulta técnicamente posible, el mismo día de la boda) de la celebración matrimonial, cuando se demuestre en el proceso oportuno que concurren cualquiera de las circunstancias que se han expresado, referidas, claro está, al hecho de sufrir por parte de un cónyuge, o sus hijos, un episodio de violencia familiar por parte del otro.

Por lo demás, si en la separación de mutuo acuerdo hay que adjuntar a la demanda el convenio regulador con los efectos de la separación, en la instada por un solo cónyuge sin el consentimiento del otro, se exige adjuntar una propuesta unilateral escrita del que interpone la demanda conteniendo las previsiones para regular aquellos mismos efectos personales y patrimoniales.

3. Los efectos de la separación

Los efectos de la sentencia de separación, tras el proceso civil oportuno, ya sea por ambos, o por uno sólo de los cónyuges, es decir, con o sin acuerdo, son idénticos y se esbozan en el muy parco artículo 83 del Código civil que los despacha con dos frases.

3.1. En la esfera personal

El citado artículo 83 del Código civil se limita, respecto de la esfera personal, a indicar que la sentencia de separación produce el efecto de suspender «la vida común de los casados».

Sin embargo, también se producen otros efectos de mucha mayor trascendencia que habrán de contenerse en el convenio regulador de la separación de mutuo acuerdo, o en la resolución adoptada por el Juez a falta de consenso entre los cónyuges, sobre tales efectos personales para ellos y sus hijos, principalmente.

Pero, también, se relaja, en buena medida, la obligación mutua de cumplir con los deberes conyugales, contenidos en los artículos 66 a 71 del Código civil.

En nada se altera el principio de igualdad del artículo 66 del Código civil («Los cónyuges son iguales en derechos y deberes»). Siguen vigentes los deberes de respeto y actuar en interés de la familia del artículo 67 del Código civil (no tanto el de «ayudarse mutuamente», salvo que se incluyeran aquí los alimentos).

Desaparecen, obviamente, las obligaciones conyugales, que establece el artículo 68 del Código civil, de «vivir juntos» y «guardarse fidelidad», pero no la de «socorrerse mutuamente», entendiendo dentro de ésta el deber de prestar alimentos cuando proceda, por convenio regulador, o por orden judicial.

Algo difícil de materializar de manera efectiva y conjuntamente, serán los deberes legales de «compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo», puesto que, más que compartir estas obligaciones, hasta ahora conyugales, en adelante habrán de repartirlos entre ellos, pero como obligaciones familiares además de como efectos personales de la ruptura matrimonial.

Lo que no cabe duda es que permanecen intactas, incluso, tal vez, reforzadas, que siempre se contendrán en las medidas consensuadas o en las impuestas por el Juzgador, las obligaciones de



los cónyuges, en cuanto padres, respecto de los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, según el caso, especialmente sobre los menores, y en segundo plano, aunque igualmente obligatorias, las que afecten a los demás ascendientes (padres, abuelos) y descendientes (nietos, bisnietos) que tuvieran los cónyuges.

Decae por completo la presunción del artículo 69 del Código civil («Se presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos»). En el convenio regulador consensuado, o a falta de éste en la resolución del Juez, se fijará el domicilio conyugal (en principio aquél donde residirá el cónyuge que obtenga la guarda y custodia de los hijos menores, salvo en la custodia compartida), siempre «teniendo en cuenta el interés de la familia», según exige el artículo 70 del Código civil. Y finalmente, adquiere aún más virtualidad la disposición contenida en el artículo 71 del Código civil sobre la representación entre los casados («Ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiere sido conferida»).

3.2. En la esfera patrimonial

Igualmente, con la sentencia de separación «cesa la posibilidad de vincular los bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica», expresa el artículo 83 del Código civil en lo referido a los efectos patrimoniales de la ruptura.

Aunque serán detallados conjuntamente estos efectos más adelante, pues se aplican similares normas a la separación conyugal que al divorcio y a la nulidad matrimonial, es oportuno adelantar algunas interesantes consideraciones expuestas por la más reciente doctrina.

- a) Cada cónyuge recupera la total administración y disponibilidad de los bienes adquiridos individualmente tras la disolución del régimen económico matrimonial.
- b) Quedan sin efecto las capitulaciones matrimoniales pactadas y cuya vigencia cesa con la separación.
- c) Las nuevas adquisiciones de cada cónyuge (salvo las que, improbablemente, hicieran conjuntamente), serán de su propia (o en cierto modo, privativa) titularidad exclusiva, siendo del todo ajeno el otro a las obligaciones, responsabilidades, cargas y beneficios que afectaren a tales bienes.
- d) Sólo se mantienen intactas las obligaciones de hacer frente, de manera común, a los gastos precisos para el mantenimiento de las cargas familiares.

Por otra parte, no debe olvidarse que, incluso tras la sentencia firme de separación, el vínculo matrimonial permanece vigente, por lo que todavía es posible la reconciliación de los cónyuges separados, como examinamos a continuación.

4. La reconciliación de los cónyuges separados y sus efectos

La separación judicial de los cónyuges, como se ha dicho, deja intacto el vínculo matrimonial, por lo que los esposos siguen todavía casados. Es más, si alguno de ellos contrajera nuevas nupcias, antes o después de haberse dictado la sentencia de separación, con firmeza o sin ella, podría incurrir en una conducta ilícita tipificada como delito en el vigente Código Penal español.

Y es que la separación se viene configurando en los sistemas matrimoniales como una especie de estadio anterior, o paso previo, al divorcio, donde los cónyuges tienen la oportunidad de reconsiderar su ruptura, superando su crisis matrimonial, bien por haber reflexionado, desde las vidas separadas, sobre su nueva situación personal y respecto de los hijos, bien por otros motivos

cualesquiera. No obstante, es un hecho constatado en España que la inmensa mayoría de parejas separadas judicialmente terminan divorciándose.

El remedio instaurado para aquellos cónyuges que desean reanudar su vida matrimonial es el de la reconciliación regulada en el artículo 84 del Código civil al disponer que la «reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él». Sin embargo, se impone a los dos cónyuges la obligación de ponerlo, cada uno de ellos de manera individual, «en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio» a los efectos oportunos.

Es decir, que con la notificación al Juzgado, por parte de cada uno de los cónyuges, de que éstos se han reconciliado, se pone fin al proceso judicial de separación iniciado, e igualmente, se deja sin efecto el contenido de la sentencia de separación, ya esté en fase de recurso, ya sea firme.

Pero los efectos invalidantes que la convalidación produce sobre la sentencia de separación no son absolutos, puesto que no se vuelve exactamente a la situación anterior, sino que se producen algunas alteraciones.

Al respecto, el párrafo segundo³⁶ del citado artículo 84 del Código civil determina que ello, «no obstante, mediante resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación a los hijos, cuando exista causa que lo justifique».

Por otra parte, la sentencia de separación produce la terminación del régimen económico matrimonial de gananciales, según el artículo 1.392.3° del Código civil, extremo que no se altera por la reconciliación conyugal, como expresamente indica el artículo 1.443 del Código civil («La separación de bienes decretada no se alterará por la reconciliación de los cónyuges en caso de separación personal o por la desaparición de cualquiera de las demás causas que la hubiese motivado»), rigiendo desde entonces el régimen de separación de bienes si subsistiere el matrimonio, como se deduce del artículo 1.435.3° del Código civil.

Resumiendo, la reconciliación de los cónyuges judicialmente separados produce los siguientes efectos:

- 1°. Queda sin efecto lo acordado en la sentencia, salvo las medidas adoptadas sobre los hijos que se mantendrán o modificarán según sea necesario.
- 2°. Vuelven a regir los deberes conyugales.
- 3°. Se restablece la convivencia entre los esposos.
- 4°. Queda extinguido el régimen económico de gananciales, o el de participación en las ganancias, rigiéndose por el de separación de bienes.



3 Normativa

Del Divorcio

[Código de Familia]⁶

ARTICULO 48.- Será motivo para decretar el divorcio

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

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

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

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

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

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

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

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

4 Jurisprudencia

a) Separación de hecho: Análisis sobre sus requisitos como causal de divorcio

Configuración cuando los cónyuges vivan bajo el mismo techo sin tener vida en común

Análisis con respecto a la pensión alimentaria

[Sala Segunda]⁷

Voto de mayoría

“III.- RECURSO POR LA FORMA: El artículo 8 del Código de Familia, reformado por la Ley número 7689 del 21 de agosto de 1997 establece: *“Corresponde a los tribunales con jurisdicción en los asuntos familiares, conocer de toda la materia regulada por este Código, de conformidad con los procedimientos señalados en la legislación procesal civil. Sin embargo, los jueces en materia de familia interpretarán las probanzas sin sujeción a las reglas positivas de la prueba común, atendiendo todas las circunstancias y los elementos de convicción que los autos suministren; pero, en todo caso, deberán hacerse constar las razones de la valoración. El recurso admisible para ante la Sala de Casación se regirá, en todo lo aplicable, por las disposiciones del Capítulo V, Título VII del Código de Trabajo”*. La Sala ha interpretado esa norma, en el sentido de que la tramitación del recurso admisible en esta materia, se rige por lo que a su respecto señala la legislación laboral y que los presupuestos para la admisibilidad de la impugnación siguen siendo los contemplados en el Código Procesal Civil, pues, a su respecto, no se introdujo modificación expresa alguna. De ahí que, a diferencia de la materia laboral, en esta otra, es posible interponer un recurso por razones procesales, siempre que los motivos alegados estén contenidos en el numeral 594 del Código Procesal mencionado (ver, en igual sentido, el voto número 248, de las 9:30 horas, del 25 de agosto de 1999). Esa norma textualmente expresa: *“Casación por razones procesales. Procederá el recurso por razones procesales: 1) Por falta de emplazamiento o notificación defectuosa de éste, no sólo a las partes sino a los intervinientes principales. 2) Por denegación de pruebas admisibles o falta de citación para alguna diligencia probatoria durante la tramitación, cuyas faltas hayan podido producir indefensión. 3) Si el fallo fuere incongruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, u omitiere hacer declaraciones sobre alguna de tales pretensiones, hechas a su tiempo en el pleito, o si otorgare más de lo pedido, o contuviere disposiciones contradictorias. No obstante, no será motivo de nulidad la omisión de pronunciamiento en cuanto a costas; o sobre incidentes que no influyan de modo directo en la resolución de fondo del negocio; o cuando no se hubiere pedido adición del fallo para llenar la omisión; de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 158. 4) Si el proceso no fuere de competencia de los tribunales civiles, ya sea por razón del territorio nacional o por razón de la materia. 5) Si la sentencia se hubiere dictado por menor número de los jueces superiores que el señalado por la ley. 6) Cuando la sentencia haga más gravosa la situación del único apelante. 7) Cuando se omiten o no se den completos los plazos para formular alegatos de conclusiones o de expresión de agravios, salvo renuncia de la parte”*. Ahora bien, en este asunto ninguno de los reproches contenidos en el apartado denominado



“CASACIÓN POR LA FORMA” tienen ese carácter, toda vez que están previstos en la legislación como motivos de casación por el fondo (artículo 595 del Código Procesal Civil), por lo que atendiendo a su verdadera naturaleza se entrarán a conocer.

IV.- RECURSO POR EL FONDO: Los agravios expuestos ante la Sala fundamentalmente están relacionados con el tema de la valoración de las probanzas, de ahí que para resolverlos, debe partirse del contenido del párrafo segundo del artículo 8 del Código de Familia, que reza: En esta materia, la prueba debe ser apreciada de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 8 del Código de Familia, según el cual *“los jueces... interpretarán las probanzas sin sujeción a las reglas positivas de la prueba común, atendiendo todas las circunstancias y los elementos de convicción que los autos suministren; pero, en todo caso, deberán hacerse constar las razones de la valoración”*. A la luz de lo dispuesto en esa norma, no rige en esta materia las reglas de valoración de la prueba previstas en el derecho común y, por esa razón, tampoco ha de aplicarse la prueba tasada prevista en esa otra normativa que parte de valores previamente establecidos por el ordenamiento a los que quienes juzgan deben sujetar su actividad intelectual de valoración del material probatorio. No obstante, no se está en total libertad para valorar los elementos de prueba, pues, debe hacerse con base en parámetros de sana crítica, en forma integral y exponiendo las razones que justifiquen sus conclusiones. Sobre este tema, esta Sala ha indicado: *“...en esta materia, el artículo 8 citado introdujo una modificación en el sistema de apreciación y valoración de las pruebas distinto al vigente según las normas del Derecho Civil. De acuerdo con esta disposición, en la jurisdicción familiar las pruebas deben valorarse sin sujeción a las reglas positivas de la prueba común, atendiendo todas las circunstancias y los elementos de convicción que los autos suministren y haciendo constar las razones de valoración. Corresponde entonces al juez de familia, un ejercicio intelectual en la apreciación de las probanzas, en el cual le sirven de apoyo las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia cotidiana en un marco de referencia dado; lo cual excluye cualquier arbitrariedad, siempre ilegítima y espuria”*. (Voto número 20 de las 10:10 horas del 26 de enero de 2005).

V.- El artículo 48 del Código de Familia contempla las causales para decretar el divorcio. Para resolver la litis, interesa el contenido de su inciso 8), según el cual: *“Será motivo para decretar el divorcio: ... 8) La separación de hecho por un término no menor tres años”*. Para la parte recurrente, el tribunal incurrió en error, toda vez que del expediente se deduce que le asiste derecho a que se declare disuelto el vínculo matrimonial por haberse configurado dicha causal. En ese orden de ideas, tenemos que efectivamente, tal y como se invoca en la impugnación de que se conoce, en el hecho cuarto de la demanda se expresó: “[...]. Mas, de lo expuesto hasta el momento claramente se desprende que las partes desde el año 2000 dormían en habitaciones separadas producto de los problemas de pareja. Ya la Sala ha tenido la oportunidad de analizar situaciones como la que se conoce y por unanimidad ha arribado a la conclusión de que en estos casos se configura la causal de divorcio por separación de hecho, cuando se cumple con el plazo contemplado en la norma. Así, en la sentencia número 58 de las 10:40 horas del 3 de marzo de 1999 consideró: **“V .- SOBRE LA SEPARACIÓN DE HECHO DE LOS CÓNYUGES:** / *En el sub-júdice, la única prueba clara que acredita que la supuesta fecha de la separación de hecho entre las partes, la constituye la declaración de la testigo J.M., quien declaró que la misma se dio a partir del mes de febrero de 1995, cuando la actora trasladó sus pertenencias para continuar durmiendo en el cuarto de la empleada doméstica. De las preguntas efectuadas en la confesión de la accionante, se desprende que la parte demandada reconoce que ella se mudó a dicho cuarto -folio 229-, sin embargo, aduce que ello ocurrió en febrero de 1996. Es cierto, que existe cierta contradicción entre la fecha de la separación, no obstante, en aplicación del principio de economía procesal, en aras de tutelar el interés familiar y dado que existen probanzas de las diferencias irreconciliables entre los cónyuges, se debe considerar que al dictarse la sentencia de primera*



instancia ya había transcurrido más de un año de la separación de hecho de las partes, incluso tomando en cuenta la fecha que aduce el demandado, por lo que, procede acoger la demanda con base a esa causal. Lo anterior, no causaría ningún problema con respecto a los bienes gananciales, puesto que los juzgadores de instancia determinaron una lista taxativa de dichos bienes”. Luego, en otro voto, el número 1036 de las 10:25 horas del 1° de diciembre del año 2004 expresó: **“IV.- SOBRE LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSAL DE DIVORCIO:** ... En el caso en estudio, el recurrente muestra su inconformidad con la declaratoria del divorcio con base en la separación de hecho, porque él habitaba en el domicilio conyugal hasta que la actora logró su salida, mediante la demanda de violencia doméstica. Esa situación fáctica (donde los cónyuges comparten el mismo domicilio pero no tienen vida en común), a la luz de la doctrina antes citada, se debe interpretar como separación de hecho, porque existe un acuerdo implícito de mantenerse separados como pareja incumpliendo de esa forma con uno de los objetivos del matrimonio, como es la comunidad de vida personal entre el varón y la mujer, obligación principal que se extrae del artículo 11 del Código de Familia. Es en este sentido amplio que debe entenderse la Ley 7532 de 8 de agosto de 1995 que adicionó un inciso al artículo 48 del Código de Familia, concediéndole efecto extintivo del vínculo matrimonial a “La separación de hecho por un término no menor de tres años”. Sobre este tema, esta Sala en el Voto N° 183 de las 14:00 horas del 14 de julio de 1999, dijo: “ Sin duda, a partir de la reforma del Código de Familia, antes mencionada, los legisladores y las legisladoras costarricenses optaron por reconocerle plenos efectos jurídicos extintivos al simple hecho de la separación conyugal por un período de tres años. Nótese que no la sujetaron a ninguna otra condición. Con ello no se pretendió premiar a quien podría ser catalogado como responsable de la ruptura, por haberse ido de la casa, por ejemplo, sino regularizar o legalizar una situación fáctica de total ineficacia de un acto jurídico –el matrimonio-, que afecta el estado civil. De ese modo, se excluyó del arbitrio de la persona inocente, la decisión de mantenerse o no vinculada, de derecho, a la culpable y se les reconoció, a ambas, su derecho a liberarse del vínculo, una vez transcurrido el tiempo mínimo establecido. Por eso mismo, la causal invocada por el actor-reconvenido, no requiere ninguna manifestación de conformidad de la esposa. Por consiguiente, en Costa Rica, la disolución del vínculo matrimonial que, en la realidad, no surte sus efectos propios durante más de tres años, al margen de quien tenga la culpa de ello, es, ahora, un asunto de interés público, sujeto, solamente, a la instancia de cualquiera de las partes. Se tutela, entonces, la libertad de estado, por razones de seguridad jurídica, en detrimento del eventual interés de una de los cónyuges de permanecer casado/a.-”. Queda clara, entonces, la doctrina jurisprudencial de esta Sala, misma que se inclina por la disolución del vínculo matrimonial aplicando implícitamente la tesis doctrinal del “divorcio-remedio” cuando el matrimonio ha caído en ineficacia por voluntad expresa o implícita de alguno de los cónyuges, garantizando de ese modo la libertad de tener un estado civil que satisfaga a la persona como ser humano. Pues a ninguna persona puede obligársele a mantenerse unida a otra en matrimonio, salvo que una norma que sea acorde al principio de regularidad jurídica (que no sea contraria a la Constitución) se lo exija; ya que como se dijo en el voto supracitado, con la reforma al Código de Familia, artículo 48 inciso 8), la disolución del vínculo matrimonial que en la realidad no surte sus efectos propios durante más de tres años, con independencia de quien tenga la culpa de ello, es ahora un asunto de interés público, sujeto solamente a la instancia de cualquiera de las partes, pues se tutela la libertad de estado por razones de seguridad jurídica, que debe privar por sobre el interés de uno de los cónyuges de permanecer casado (casada). Sobre esta misma causal, esta Sala también ha señalado “ ...La causal se configura con la simple ruptura de la vida en común, verificada en la realidad y prolongada durante al menos tres años. Lo importante es la separación de hecho en esas condiciones y es indiferente y jurídicamente irrelevante determinar las razones o motivos que la originaron...”. (Sentencia N° 183 de las 14:00 horas del 14 de julio de 1999). El propósito de la reforma al artículo 48 del Código de Familia, en la que se adicionó el inciso 8, es conceder efectos jurídicos extintivos a la separación conyugal por un lapso de tres años o más, sin requerir ninguna



otra condición, es por esa razón que la causal invocada por la actora, y acreditada en autos, es suficiente para que se decrete el divorcio, sin que para ello sea necesaria la concurrencia de voluntad del recurrente. (En similar sentido ver sobre este tema elVoto N° 630 de las 9:40 horas del 31 de octubre de 2003)". Y, agrega: "V.- El recurrente se opone a la disolución del matrimonio argumentando que no existe separación de hecho porque vivían bajo el mismo techo, hasta el momento en que la actora lo obligó a salir de la casa al denunciarlo por violencia doméstica, aunque reconoce que en los últimos seis años que vivió bajo el mismo techo con la actora no cohabitaban y tenían problemas de comunicación. De la prueba testimonial y de la confesional se desprende, con meridiana claridad, que entre las partes se interrumpió la vida en común por más de tres años antes de la presentación de esta demanda (3 de setiembre del 2003) a pesar de que compartían el mismo techo, y aún se mantiene, ahora no solo por la separación de hecho sino por la salida del hogar del cónyuge, debido a las medidas de protección que en su contra pidió la señora ... el 20 de junio del 2003 (folios 16,17 y 86)... De las manifestaciones de las deponentes se desprende que había una ruptura de la vida en común, sin que sea óbice el hecho de que habitaran en una misma casa, para declarar que hubo separación de hecho. El vivir bajo un mismo techo no garantiza, como ha quedado acreditado en el sub iudice, la vida en común, pues este concepto es esencialmente más que compartir un techo, como lo pretende el casacionista. A este tampoco le asiste el derecho, por su sola voluntad, a seguir unido en matrimonio con la señora ... en contra de la voluntad de ésta, quien ha dado claras manifestaciones de rechazo a la vida en común (no dormir en el mismo cuarto, ni compartir la mesa, ni comunicarse directamente, sino que lo hacían por interpósita persona –la hija en común-). En consecuencia, habiéndose acreditado la separación de hecho por más de 3 años, lo que se refuerza con la confesión de la parte demandada que lo ha reconocido expresamente y lo reitera en el recurso, cuando afirma que es cierto que tienen más de 3 años de no hacer vida de pareja, se constituyó la causal prevista por el artículo 48 inciso 8) del Código de Familia, por lo que no son atendibles los motivos de agravio expresados por el señor C.R. y no se consideran violentadas las normas constitucionales y legales cuya infracción acusa" (en igual sentido se pueden consultar las sentencias números 872 de las 15:45 horas del 20 de octubre de 2005 y 1616 de las 10:40 horas del 15 de diciembre de 2010). En el caso concreto, es evidente que las partes a pesar de vivir en la misma casa dejaron de ser una pareja, no tuvieron vida en común por muchos años (desde el 3 de junio del año 2000), por lo que debe interpretarse que se dio una separación de hecho en los términos previstos en el artículo 48 del Código de Familia. Por ello, en nada varía el que con posterioridad –2 de abril de 2009- saliera de la casa con motivo de un proceso de violencia doméstica y que desde esta otra fecha a la presentación de la demanda el 4 de diciembre siguiente no hayan transcurrido tres años, pues se repite, la separación de hecho comenzó a computarse desde aquel año 2000 cuando dejaron de convivir como pareja. Lo anterior es así con independencia de que esa situación obedeciera a la culpa de la esposa o del esposo, toda vez que, tal y como lo ha expuesto también esta Sala en otros asuntos, esa causal de divorcio es objetiva, bastando el transcurso del tiempo para que se configure (en ese sentido, se pueden consultar el voto número 929 de las 9:35 horas del 6 de octubre de 2006). Por consiguiente, en ese aspecto debe acogerse el recurso interpuesto, pues, la pretensión contenida en la demanda de que se declare el divorcio con base en la causal de separación de hecho está ajustada a derecho.

VI .- [...] En lo que sí le asiste razón es en cuanto reclama su derecho alimentario a cargo del actor. El artículo 57 del Código de Familia contempla la potestad de quien juzga de reconocer una pensión alimentaria a un (a) cónyuge y a cargo del otro (a), siempre que el (la) beneficiario (a) no sea declarado (a) culpable de la disolución del vínculo matrimonial. Dicha norma textualmente establece: "En la sentencia que declare el divorcio, el tribunal podrá conceder al cónyuge declarado inocente una pensión alimentaria a cargo del culpable. Igual facultad tendrá cuando el divorcio se base en una separación judicial donde existió cónyuge culpable. / Esta pensión se regulará



conforme a las disposiciones sobre alimentos y se revocará cuando el inocente contraiga nuevas nupcias o establezca unión de hecho. / **Si no existe cónyuge culpable, el tribunal podrá conceder una pensión alimentaria a uno de los cónyuges y a cargo del otro, según las circunstancias.** / No procederá la demanda de alimentos del ex cónyuge inocente que contraiga nuevas nupcias o conviva en unión de hecho” (énfasis suplido). Conforme lo así dispuesto, la obligación del mutuo auxilio propia del matrimonio (artículo 11 del mismo cuerpo normativo) puede subsistir a pesar de la ruptura del vínculo matrimonial y constituye, precisamente, un paliativo de la situación de desamparo en que podría quedar una de las partes con motivo del divorcio. En el caso concreto, la ruptura del vínculo matrimonial se decreta con base en una causal objetiva, a saber, la separación de hecho. En consecuencia, no hay cónyuge culpable. En atención a lo dispuesto en la norma citada, el (la) juez (a) tiene la potestad de reconocer una pensión alimentaria a una de las partes a cargo de la otra, de acuerdo con sus circunstancias particulares. Según la doctrina y la jurisprudencia esas circunstancias, a las que hace referencia la norma, son las relativas a las posibilidades de quien estaría a cargo la pensión y las necesidades de quien la recibiría, que son precisamente los parámetros que contempla el artículo 164 del Código de Familia (ver, entre otras, las sentencias números 284, de las 9:40 horas del 15 de marzo de 2000 y 519 de las 11:35 horas del 8 de agosto de 2007). En el caso concreto, cada parte tiene un bien inscrito a su nombre considerado ganancial y por ende sujeto a liquidación. Luego, de la demanda y su contestación se desprende que el actor es salnero mientras que la señora B.A.M.T. es ama de casa y según lo expuso el propio actor al plantear el interrogatorio para evacuar la prueba confesional, ella ha dependido exclusivamente de él (folio 89). Como corolario de lo expuesto es evidente que en un caso como el presente, la demandada tiene necesidad de recibir el auxilio de su marido después de la disolución del vínculo. Por ello, el derecho de alimentos a su favor debe mantenerse.”

b) Divorcio: Innecesario determinar el origen de la ruptura para que se configure la causal de separación de hecho

[Tribunal de Familia]⁸

Voto de mayoría

“ **IV.- SOBRE EL FONDO:** Los agravios de la parte demandada son bastante confusos, pareciera que no está conforme con el hecho de que se haya decretado sin lugar la causal de separación judicial. Sin embargo, no repara en que sí se acreditó la existencia de la causal de separación de hecho, la cual produce la disolución del vínculo matrimonial y se trata de una causal remedio; sea aquella en la cual no importan las razones de la separación. Es decir, no hay cónyuge inocente ni culpable, simplemente de probarse la separación misma se produce el divorcio.

Sobre el tema la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en voto número 929-2006 de las nueve horas treinta y cinco minutos del seis de octubre de dos mil seis, afirmó: *“La separación de hecho de los cónyuges por un plazo de tres años fue introducida como causal de divorcio al Código de Familia a partir del 28 de agosto de 1995 cuando entró en vigencia la Ley N ° 7532 que, entre otras reformas, introdujo el inciso 8 al artículo 48. De dicha norma se extraen dos elementos o*



condiciones necesarias para que opere la causal aludida: a) una circunstancia objetiva, como lo es el transcurso de un plazo igual o superior a tres años; b) la separación de hecho de los cónyuges durante ese lapso por una situación que haga suponer su voluntad de no querer convivir maritalmente, o con fundamento en hechos imputables a uno o ambos esposos que supongan una crisis de la relación. Como apuntan Gerardo Trejos y Marina Ramírez: “El verdadero motivo del divorcio es la ruptura de la vida en común, caracterizada por el hecho de que los esposos vivan separadamente. Para justificar el divorcio es necesario y suficiente que los esposos –todavía unidos por el vínculo conyugal y no separados judicialmente- **no vivan en común**, cualquiera que sea la causa de su separación. **El origen de la ruptura es indiferente.** Poco importa que la separación haya sido decidida de común acuerdo (separación amistosa) o establecida por iniciativa de uno solo de los cónyuges (abandono unilateral). El mismo autor del abandono puede, en este último caso, prevalerse de la separación de hecho que él mismo ha creado.” (La negrita es del original). (*Derecho de Familia Costarricense*. Tomo I. San José, Editorial Juricentro, 5° edición, 1999, p.p. 301-302). De tal forma, corresponde analizar si en el caso en estudio se logró demostrar la causal alegada por el accionante. En primer lugar, debe tenerse presente que el único testigo que fue presentado al proceso manifestó: “Lo que sé es que ahora en enero próximo el actor cumple cuatro años de vivir solo en un apartamento que yo le alquilo en Heredia.” (Folio 85). Esta transcripción corresponde a la totalidad de la declaración hecha por el testigo. Si bien se trata de un único testigo, de su deposición se logra extraer que, efectivamente, ha transcurrido un plazo superior a los tres años desde que el actor vive solo, por lo que se deduce que no convive desde entonces maritalmente con la accionada. **Como se explicó anteriormente, esto es suficiente para que se demuestre la causal alegada, pues quedó claro el transcurso del tiempo y la ausencia de convivencia entre los cónyuges durante ese período.**” (el destacado es nuestro).

Ahora bien, en autos consta que la testigo RGL, a folio 37 vuelto, señaló que las partes tenían más de cinco años de separados, al momento de la deposición. En idéntica forma se manifestó el testigo ASM, *ibidem*. De tal suerte, la apelación de la recurrente es francamente insubstancial, toda vez que no hay elementos que puedan contradecir lo resuelto en primera instancia. Demostrada la separación de hecho -por la razón que sea- sobreviene el divorcio, el cual se privilegia a cualquier causal de separación judicial que se hubiera invocado. Por consiguiente, se rechazan los agravios y se confirma la sentencia recurrida.”

c) Divorcio: Otorgamiento de exequátur por separación de hecho

[Sala Primera]⁹

Voto de mayoría:

“II.- Conforme consta en la ejecutoria presentada, el señor MFGM, gestionó ante la Corte extranjera, la disolución del matrimonio, sin que se colija cuál fue la causal que la justificaba. No obstante, la citada Corte, el 15 setiembre de 1986, pronunció el divorcio de los cónyuges. En las condiciones actuales de la presente causa, tal situación se asemeja a lo previsto en el inciso 8), del ordinal 48 del Código de Familia, que prevé que la separación de hecho por un término superior a

tres años es causal de divorcio y, lo es igualmente de separación judicial si se mantiene en forma consecutiva por un plazo de un año, la que decretada lleva al divorcio por vía indirecta cuando transcurran los plazos que señala el citado ordinal en su inciso 5), es decir, después de un año de la firmeza de la sentencia de separación judicial, y en tanto dentro de ese lapso se celebren comparecencias judiciales de reconciliación, o de dos años en el supuesto contrario. Como se ve, el caso de autos, a esta fecha enmarca en la causal prevista en el referido artículo, pues aunque no consta que se requiriera la celebración de comparecencias judiciales previas, con mayor razón, el divorcio decretado en firme por más de un año, bien podría sustituir la separación judicial. De manera que, por haber transcurrido el plazo previsto por la indicada normativa, ello es razón suficiente para otorgar el exequátur, habida cuenta de que -se reitera-, la legislación costarricense admite el divorcio por la separación de hecho, una vez transcurrido el plazo aludido, el que en este caso lo ha sido sobradamente.

III.- Por las razones expuestas, y al cumplirse con los requisitos que establece el artículo 705 del Código Procesal Civil, el exequátur debe otorgarse con arreglo al artículo 707 del mismo Código y 48, inciso y 8) del Código de Familia.”

d) Acción de inconstitucionalidad: Inciso 8) del artículo 48 del Código de Familia

Rechaza por el fondo la acción debido a que no el antecedente al cual elude el accionante no es aplicable en este caso

[Sala Constitucional]¹⁰

Voto de mayoría

“I.- SOBRE LA LEGITIMACIÓN Y LA ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. De conformidad con el artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional inciso a), cabe acción de inconstitucionalidad contra leyes o disposiciones de carácter general que infrinjan, por acción u omisión, normas o principios constitucionales. El accionante cuestiona el inciso 8) del artículo 48 del Código de Familia, Ley No. 5476 de 2 de diciembre de 1973, con lo cual se verifica el cumplimiento de este supuesto. En cuanto a la legitimación, el párrafo 1° del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece que, para interponer una acción de inconstitucionalidad, es necesario que exista un asunto pendiente de resolver ante los tribunales, inclusive de hábeas corpus o de amparo, o en el procedimiento para agotar la vía administrativa, en que se invoque esa inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado. En el caso que nos ocupa, la acción de inconstitucionalidad tiene como asunto base el expediente No. 10-002469-0165-FA, el cual es un proceso de divorcio. Dentro de dichas diligencias está pendiente de resolver un recurso de apelación formulado por CGVB, contra el auto de las 11:22 hrs. de 3 de noviembre de 2010, mediante la cual se rechazó de plano la demanda. En la referida impugnación, se invocó la inconstitucionalidad del numeral cuestionado, mediante el escrito visible en su folio 25. Así las cosas, la Sala estima que el accionante está legitimado para interponer la acción de inconstitucionalidad.

II.- OBJETO DE LA ACCIÓN. El promovente cuestiona la conformidad del inciso 8) del artículo 48 del Código de Familia, Ley No. 5476 de 2 de diciembre de 1973, con el Derecho de la Constitución, en el tanto estima ilegítimo que se obligue a quienes están separados de hecho, a esperar tres años, para poder optar por el divorcio. Por lo descrito, estima irrespetado el principio de autonomía de la voluntad, consagrado por el artículo 28 de la Constitución Política.

III.- NORMA IMPUGNADA. La disposición cuestionada del Código de Familia, dispone lo siguiente:

“(...) Será motivo para decretar el divorcio: (...) 8) La separación de hecho por un término no menor de tres años (...)”

IV.- SOBRE EL FONDO. CGVB considera que el inciso 8) del artículo 48 del Código de Familia, Ley No. 5476 de 2 de diciembre de 1973, es inconstitucional, dado que, desde su punto de vista, contraría el principio de autonomía de la voluntad, el obligar a quienes están separados de hecho, a esperar tres años, para poder optar por el divorcio. Observa esta Sala Constitucional que el promovente alude, para sustentar su posición, a la sentencia No. 2008-16009 de las 08:34 hrs. de 29 de octubre de 2008. Dicho antecedente no es aplicable al caso concreto. En aquella oportunidad este Tribunal declaró inconstitucional el inciso 7) del artículo 48 del Código de Familia, pues forzaba a los cónyuges a permanecer unidos por tres años de previo a optar por el divorcio, sin importar que estuvieran de acuerdo en deshacer el vínculo, supuesto totalmente distinto al presente, en el cual no hay concierto de voluntades. Por consiguiente, en criterio de esta Sala Constitucional la acción resulta manifiestamente improcedente y así debe declararse.

V.- En mérito de lo expuesto, se impone rechazar por el fondo la acción de inconstitucionalidad.”

e) Divorcio: Presupuestos para que configure la causal de separación de hecho

[Tribunal de Familia]¹¹

Voto de mayoría

“III.-En el presente asunto, el actor-reconvenido invoco la causal de separación de hecho por no menos de tres años en contra de su esposa, y con fundamento en la misma, solicita la disolución del vínculo matrimonial que los une. El recurso de apelación lo sustenta, únicamente, en el hecho de que no se haya decretado el divorcio por la separación de hecho. Lo primero que esta integración considera importante aclarar son los presupuestos necesarios para que esta causal pueda acogerse. Veamos lo que ha dicho la Sala de Casación al respecto: “... **EN RELACIÓN CON LA CAUSAL DE DIVORCIO ALEGADA:** La separación de hecho de los cónyuges por un plazo de tres años fue introducida como causal de divorcio al Código de Familia a partir del 28 de agosto de 1995, cuando entró en vigencia la Ley N° 7532 que, entre otras reformas, introdujo el inciso 8 al artículo 48. De dicha norma se extraen dos elementos o condiciones necesarias para que opere la causal aludida: **a)** una circunstancia objetiva, como lo es el transcurso de un plazo igual o superior a tres años; **b)** la separación de hecho de los cónyuges durante ese lapso por una situación que haga suponer su voluntad de no querer convivir maritalmente, o con fundamento en hechos imputables a uno o ambos esposos que supongan una crisis de la relación. Al respecto, G. y MR.



apuntan: “El verdadero motivo del divorcio es la ruptura de la vida en común, caracterizada por el hecho de que los esposos vivan separadamente. Para justificar el divorcio es necesario y suficiente que los esposos -todavía unidos por el vínculo conyugal y no separados judicialmente- **no vivan en común**, cualquiera que sea la causa de su separación. El origen de la ruptura es indiferente. Poco importa que la separación haya sido decidida de común acuerdo (separación amistosa) o establecida por iniciativa de uno solo de los cónyuges (abandono unilateral). El mismo autor del abandono puede, en este último caso, prevalerse de la separación de hecho que él mismo ha creado”. -énfasis agregado- (Derecho de Familia Costarricense. San José, Editorial Juricentro, 5° edición, Tomo I, 1999, pp. 301-302). Sobre el tema, esta Sala en el Voto N° 183 de las 14:00 horas, del 14 de julio de 1999 sostuvo: “Sin duda, a partir de la reforma del Código de Familia, antes mencionada, los legisladores y las legisladoras costarricenses optaron por reconocerle plenos efectos jurídicos extintivos al simple hecho de la separación conyugal por un período de tres años. Nótese que no la sujetaron a ninguna otra condición. Con ello no se pretendió premiar a quien podría ser catalogado como responsable de la ruptura, por haberse ido de la casa, por ejemplo, sino regularizar o legalizar una situación fáctica de total ineficacia de un acto jurídico –el matrimonio–, que afecta el estado civil. De ese modo, se excluyó del arbitrio de la persona inocente, la decisión de mantenerse o no vinculada, de derecho, a la culpable y se les reconoció, a ambas, su derecho a liberarse del vínculo, una vez transcurrido el tiempo mínimo establecido. Por eso mismo, la causal invocada por el actor-reconvenido, no requiere ninguna manifestación de conformidad de la esposa. Por consiguiente, en Costa Rica, la disolución del vínculo matrimonial que, en la realidad, no surte sus efectos propios durante más de tres años, al margen de quien tenga la culpa de ello, es, ahora, un asunto de interés público, sujeto, solamente, a la instancia de cualquiera de las partes. Se tutela, entonces, la libertad de estado, por razones de seguridad jurídica, en detrimento del eventual interés de una de los cónyuges de permanecer casado/a.-”. Queda clara, entonces, la jurisprudencia de esta Sala, se inclina por la disolución del vínculo matrimonial aplicando implícitamente la tesis doctrinal del “divorcio-remedio” cuando el matrimonio ha caído en ineficacia por voluntad expresa o implícita de alguno de los cónyuges, garantizando de ese modo la libertad de tener un estado civil que satisfaga a la persona como ser humano. Pues a ninguna persona puede obligársele a mantenerse unida a otra en matrimonio, salvo que una norma que sea acorde al principio de regularidad jurídica (que no sea contraria a la Constitución) se lo exija; ya que como se dijo en el voto supracitado, con la reforma al Código de Familia, artículo 48 inciso 8), la disolución del vínculo matrimonial que en la realidad no surte sus efectos propios durante más de tres años, con independencia de quien tenga la culpa de ello, es ahora un asunto de interés público, sujeto solamente a la instancia de cualquiera de las partes, pues se tutela la libertad de estado por razones de seguridad jurídica, que debe privar por sobre el interés de uno de los cónyuges de permanecer casado (a)...” **Res: 2008-000785 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** San José, a las nueve horas cincuenta minutos del doce de septiembre del dos mil ocho. En un voto todavía mas reciente, la Sala indicó: “... **pues la causal de divorcio por separación de hecho por un término no menor de tres años** (con la cual se adicionó un inciso al artículo 48 del Código de Familia mediante Ley n° 7532 del 8 de agosto de 1995, publicada en La Gaceta n° 162 del 28 de agosto siguiente) sólo requiere para su configuración, la falta de convivencia entre los cónyuges (la ruptura de la vida en común) durante el plazo allí establecido, con independencia de las razones que motivaron esa no convivencia; circunstancia que evidentemente se dio en el sub litem, toda vez que las pruebas traídas a los autos aportan suficientes elementos para tenerla por acreditada (la causal de divorcio por separación de hecho), en virtud de que las partes han vivido separadas por más de once años, con lo que se demostró el incumplimiento de uno de los objetivos del matrimonio, cual es, la comunidad de vida personal entre el varón y la mujer, obligación principal que se extrae de los artículos 11 y 34 del Código de Familia. En relación con el tema, esta Sala ha emitido varios pronunciamientos tratando de precisar teóricamente el contenido de esta causal de divorcio. Así sustentándose en lo



dicho por Eduardo Zannoni y Augusto Morello, mediante voto n° 595 de las 9:50 horas, del 3 de octubre de 2001, en lo de interés dispuso: “De acuerdo con ZANNONI, la separación de hecho de los cónyuges, se produce por el abandono de hecho del hogar, por parte de uno de ellos, o por la decisión común, **de vivir, en adelante, separados**, sin que medie un juicio de divorcio. Puede suceder que, solamente uno de ellos, haga **abandono de la cohabitación**; o bien que, ambos, **resuelvan separarse**, de común acuerdo. (Ver, ZANCONA, Eduardo. Derecho Civil. Derecho de Familia, Tomo I, 2° edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 591 y siguientes). Para MORELLO, la separación de hecho “es la situación en que se encuentran los cónyuges, que sin previa decisión jurisdiccional **quiebran el deber de cohabitación** en forma permanente, sin que causa justificada alguna lo imponga y ya sea por voluntad de uno o de ambos esposos.” (MORELLO, Augusto, en: Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXV, Driskill S.A., 1986, p. 410)...” (énfasis agregado). De este modo, el ordenamiento ha optado ante situaciones como las que nos ocupa, por ponerle remedio a una condición anormal, tendiente a regularizar o legalizar una situación fáctica de total ineficacia del acto jurídico del matrimonio, en tutela de la libertad de estado, por razones de seguridad jurídica. (Al respecto, véase entre otras las resoluciones de esa Sala n°s 183 de las 14:00 horas, del 17 de julio de 1999; 630 de las 9:40 horas, del 31 de octubre de 2003 y 1036 de las 10:25 horas, del 1 de diciembre de 2004). Además, tal proceder favorece (el previsto por el ordenamiento jurídico) tanto el bienestar familiar como la integridad personal de los directamente involucrados en los hechos, pues situaciones como las que describe la demandada son anómalas y propician sentimientos como lo expresados por ella cuando en forma reveladora destacó: “esta situación me afecta emocionalmente llegando incluso a sentirme desvalorizada no solo ante los demás quienes se dan cuenta de mi situación adoptando el papel de la amante de mi propio marido, sino ante mi misma, sintiéndome no querida, y relegada a segundo y terceros lugares, hechos éstos que mucha gente conoce, y de lo cual me siento avergonzada” (ver contestación de la demanda a folios 32 a 33. En relación con lo expuesto, véase también sus manifestaciones a folio 76). Finalmente, sobre el punto concreto (lo descrito por la demandada en torno a los encuentros, incluso amorosos o íntimos, que en su parecer imposibilitan la configuración de la separación) esta Sala en la resolución n° 127 de las 7:30 horas, del 25 de agosto de 1989 sostuvo: “Que no es cierto el reparo de que el Tribunal Superior violó, por aplicación indebida, la norma citada en último término, en razón de que al mismo tiempo se tuvo por demostrado que no obstante la situación reseñada en el Considerando I, el actor hizo visitas a la casa de habitación de la demandada en la que a veces se quedó a dormir con ella, y que también salió de paseo en su compañía, lo cual, a juicio del recurrente, hace desaparecer la separación de hecho. Esta se da por la voluntad de uno o de ambos cónyuges y subsiste mientras no sucedan hechos conforme a los cuales se pueda extraer con claridad el deseo de la pareja de volver a vivir bajo un mismo techo, si no están de por medio las salvedades que el mismo artículo 34 indica. Ha sido criterio de la jurisprudencia, el cual se reitera, que la circunstancia de que tengan lugar visitas o encuentros como los que sucedieron entre las partes, no hacen desaparecer el estado de separación de hecho, ya que semejante conducta o se puede tomar en un caso como el presente como significado de una voluntad en el sentido dicho, porque no por ella renació la vida en el mismo hogar, conforme al deber del matrimonio que de ese modo se siguió violando. La antigua Sala de Casación, en la sentencia No. 46 de las 15 horas del 7 de mayo de 1969, dijo al respecto en el Considerando III, “Que la separación no ha dejado de existir por la circunstancia de que algunas veces el actor y la demandada se entrevistaran y tuvieran relaciones, aunque éstas fueran de carácter íntimo..., prosiga...”

Res: 2010-000046 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas quince minutos del trece de enero de dos mil diez. Ahora bien, teniendo en cuenta, de acuerdo a lo transcrito, cuales son los presupuestos necesarios para poder acoger el divorcio por la causal de separación de hecho, esta integración, después del análisis de los autos,

considera que en este caso, no se ha cumplido el presupuesto objetivo del plazo, sea que las partes no han estado separados por más de tres años, y al no cumplirse lo anterior, el divorcio, por esta causal, no puede acogerse, y por ende, debe confirmarse, en lo apelado, lo resuelto por la jueza a quo. En efecto, se llega a concluir lo anterior fundamentalmente por lo que declaran los testigos D., MP., R. y E., quienes detallan la separación, pero se demuestra que la misma no cumple el plazo de ley. El testigo D. indicó: "...se encuentran actualmente separados por ahí de dos años a dos años y medio sin que desde esa fecha se hayan reconciliado...". El testigo MP. al respecto declaró: "...Ellos están separados no recuerdo cuanto tiene pero aproximadamente puede ser más de un año...". El testigo M. manifestó: "...Rafael y Magali se separaron en el año dos mil nueve desconozco los motivos de la separación...". Por ultimo, el testigo E. declaró: "...De la fecha que MP. se fue a este momento ha transcurrido como un año aproximadamente tal vez un año y unos meses no preciso exactamente la fecha...". Estas declaraciones, todas, tienen un elemento en común, y es el hecho de que, en efecto, las partes no tienen mas de tres años de separadas de hecho. El agravio que indica el actor, en cuanto a que el plazo no es necesario, no es de recibo. Aquí, independientemente lo resuelto por la Sala Constitucional en torno a los tres años para que se puede consentir el divorcio, el plazo esta totalmente vigente, y comotal, debe demostrarse y cumplirse el mismo, cosa que como se expuso, no ha ocurrido."

f) Separación de hecho: Análisis sobre sus requisitos como causal de divorcio

[Tribunal de Familia]¹²

Voto de mayoría

“III.- EN CUANTO A CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO: El numeral 48, inciso 8) del Código de Familia prevé como causal de divorcio la separación de hecho de los cónyuges por un plazo **no menor a tres años**. Esta causal es de las llamadas "remedio", por cuanto las razones para las cuales se dio la misma y la determinación de quién la haya provocado es totalmente intrascendente. Simplemente, se debe acreditar la existencia objetiva de la separación para decretar la disolución del vínculo matrimonial. Al respecto, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en voto número 785 de las nueve horas cincuenta minutos del doce de setiembre de dos mil ocho, señaló: **"La separación de hecho de los cónyuges por un plazo de tres años fue introducida como causal de divorcio al Código de Familia a partir del 28 de agosto de 1995, cuando entró en vigencia la Ley N° 7532 que, entre otras reformas, introdujo el inciso 8 al artículo 48. De dicha norma se extraen dos elementos o condiciones necesarias para que opere la causal aludida: a) una circunstancia objetiva, como lo es el transcurso de un plazo igual o superior a tres años ; b) la separación de hecho de los cónyuges durante ese lapso por una situación que haga suponer su voluntad de no querer convivir maritalmente, o con fundamento en hechos imputables a uno o ambos esposos que supongan una crisis de la relación. Al respecto, Gerardo Trejos y Marina Ramírez apuntan: "El verdadero motivo del divorcio es la ruptura de la vida en común, caracterizada por el hecho de que los esposos vivan separadamente. Para justificar el divorcio es necesario y suficiente que los esposos -todavía unidos por el vínculo conyugal y no separados judicialmente- no vivan en común,**



cualquiera que sea la causa de su separación. El origen de la ruptura es indiferente. Poco importa que la separación haya sido decidida de común acuerdo (separación amistosa) o establecida por iniciativa de uno solo de los cónyuges (abandono unilateral). El mismo autor del abandono puede, en este último caso, prevalerse de la separación de hecho que él mismo ha creado”. -énfasis agregado- (Derecho de Familia Costarricense. San José, Editorial Juricentro, 5° edición, Tomo I, 1999, pp. 301-302). Sobre el tema, esta Sala en el Voto N° 183 de las 14:00 horas, del 14 de julio de 1999 sostuvo: “Sin duda, a partir de la reforma del Código de Familia, antes mencionada, los legisladores y las legisladoras costarricenses optaron por reconocerle plenos efectos jurídicos extintivos al simple hecho de la separación conyugal por un período de tres años. Nótese que no la sujetaron a ninguna otra condición. Con ello no se pretendió premiar a quien podría ser catalogado como responsable de la ruptura, por haberse ido de la casa, por ejemplo, sino regularizar o legalizar una situación fáctica de total ineficacia de un acto jurídico –el matrimonio-, que afecta el estado civil. De ese modo, se excluyó del arbitrio de la persona inocente, la decisión de mantenerse o no vinculada, de derecho, a la culpable y se les reconoció, a ambas, su derecho a liberarse del vínculo, una vez transcurrido el tiempo mínimo establecido. Por eso mismo, la causal invocada por el actor-reconvenido, no requiere ninguna manifestación de conformidad de la esposa. Por consiguiente, en Costa Rica, la disolución del vínculo matrimonial que, en la realidad, no surte sus efectos propios durante más de tres años, al margen de quien tenga la culpa de ello, es, ahora, un asunto de interés público, sujeto, solamente, a la instancia de cualquiera de las partes. Se tutela, entonces, la libertad de estado, por razones de seguridad jurídica, en detrimento del eventual interés de una de los cónyuges de permanecer casado/a.- (El énfasis no es del original).

De conformidad con lo anterior, solamente, hay que probar la separación por al menos tres años para que se declare con lugar la demanda de divorcio.”

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

- 1 TREJOS SALAS, G. (1977). El Divorcio y la separación judicial por consentimiento. Cuadernos Juricentro. Ediciones Juricentro S.A. San José, Costa Rica. Pp. 41-43.
- 2 GÓMEZ CORTÉS, J. A. (1974). Las causales de separación judicial según la jurisprudencia. Tesis de grado para optar al título de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. San José, Costa Rica. Pp. 29-38.
- 3 VARELA DE LIMIA, F. (1972). La separación convencional de los cónyuges y el derecho español. Ediciones Universidad de Navarra, S. A. Pamplona, España. Pp. 21-29.
- 4 MAZZINGHI, J. A. (1996). Derecho de familia. Tomo III. Separación personal y divorcio. Tercera edición, actualizada y reestructurada. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires, Argentina. Pp. 85-90.
- 5 ACEDO PENCO, A. (2009). El Divorcio en el Derecho español (Capítulo 10). EL DIVORCIO EN EL DERECHO IBEROAMERICANO. Editoriales: Temis S.A. (Bogotá), UBIJUS (México D.F.), Reus (Madrid), Zavalia(Buenos Aires). Pp. 350-357.
- 6 ASAMBLEA LEGISLATIVA.- Ley número 5476 del veintiuno de diciembre de 1973. Código de Familia. Fecha de vigencia desde 05/08/1974. Versión de la norma 21 de 21 del 17/06/2011. Datos de la Publicación Gaceta número 24 del 05/02/1974. Alcance 20. Colección de leyes y decretos año: 1973. Semestre 2. Tomo 4. Página 1816.
- 7 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 830 de las diez horas cuarenta minutos del siete de octubre de dos mil once. Expediente: 09-003117-0165-FA.
- 8 TRIBUNAL DE FAMILIA.- Sentencia número 1097 de las cuatro horas doce minutos del cuatro de octubre de dos mil once. Expediente: 11-000104-0338-FA.
- 9 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 1005 de las nueve horas treinta y cuatro minutos del veintitrés de agosto de dos mil once. Expediente: 11-000101-0004-FA.
- 10 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 2695 de las quince horas dos minutos del dos de marzo de dos mil once. Expediente: 10-016007-0007-CO.
- 11 TRIBUNAL DE FAMILIA.- Sentencia número 242 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del veintidos de febrero de dos mil once. Expediente: 10-000545-0338-FA.
- 12 TRIBUNAL DE FAMILIA.- Sentencia número 968 de las nueve horas treinta minutos del veinte de julio de dos mil diez. Expediente: 09-400795-0464-FA.