



Martes 15 de junio de 2010, n. 115

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
Sala Constitucional

Exp. N° 09-001886-0007-CO.—Res. N° 2010-003951.—San José, a las catorce horas y cuarenta y nueve minutos del veinticuatro de febrero del dos mil diez.

Acción de inconstitucionalidad promovida por Bernal Ríos Robles, mayor, abogado, carné 3217; en su condición de apoderado especial judicial de José Ángel Varela Lobo, portador de la cédula de identidad número 2-262-398, pensionado, vecino de Palmares de Pérez Zeledón; contra el artículo 48 inciso 5) del Código de Familia. Intervino también en el proceso Ana Lorena Brenes Esquivel, en representación de la Procuraduría General de la República.

**Resultando:**

1°—Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 8:30 horas del 10 de febrero del 2009, el accionante alega que el plazo de un año establecido en el artículo 48 inciso 5) del Código de Familia violenta el principio de autonomía privada, al imponer u obligar a mantener la ficción de un matrimonio vincular sobre la base de una voluntad matrimonial que ya no existe, pues ya fue declarada la separación judicial. Además considera que la norma, al facultar que el Juez solicite informes sobre la relación, violenta el principio de confidencialidad como parte de la autonomía privada, y ello hace que la norma sea desproporcionada. Por otro lado, indica que se viola la equidad y se limita el acceso a la justicia al coaccionarse a los ciudadanos que quieren el divorcio a solicitar y asistir a comparecencias bajo el apercibimiento de la sanción irracional de duplicar el plazo para poder acceder al divorcio. Menciona que las exigencias impuestas por la norma impugnada, a las personas separadas judicialmente, para poder acceder a la justicia en pro de obtener su divorcio atenta contra la dignidad del ser humano, el cual ya pasó por un proceso de separación judicial y ahora solamente desea el divorcio. Además, la norma indica que si el juez subjetivamente así lo considera, puede hacer esperar a las partes, contra su voluntad, un plazo de dos años para poder divorciarse, lo cual sin duda alguna roza con el principio de razonabilidad y el sistema de legalidad del artículo 28 de la Constitución. Considera que esta limitación es absolutamente contraproducente porque resulta más perjudicial que beneficiosa, ya que plazos de uno o dos años, según las circunstancias, podrían tornar más tensa una relación afectiva que se extinguió. A efecto de fundamentar la legitimación que ostenta para promover esta acción de inconstitucionalidad, señala el proceso de divorcio que se sigue en el expediente N° 08-000206-0165-FA, en el cual apeló la resolución que rechazó ad portas su demanda, con base en el artículo 48 inciso 5) del Código de Familia que se impugna aquí.

2°—La certificación literal del libelo en que se invoca la inconstitucionalidad consta del folio 11 al 18.

3º—Por resolución de las 10:32 horas del 24 de febrero del 2009 (folio 25), se le dio curso a la acción, confiriéndole audiencia a la Procuraduría General de la República.

4º—La Procuraduría General de la República rindió su informe (folio 28), señalando que el actor está legitimado para plantear la acción de inconstitucionalidad. Sobre el plazo para poder decretar el divorcio después de la separación judicial, lo primero que debe aclararse es que separación judicial y divorcio no son sinónimos. La primera no disuelve el vínculo matrimonial, aunque sí suspende algunos deberes inherentes al matrimonio. Es un relajamiento del vínculo matrimonial que produce los efectos del divorcio, excepto la ruptura del vínculo, por lo que subsisten los deberes de fidelidad y mutuo auxilio. En cuanto a la separación judicial como causal de divorcio, se indica que aun cuando la separación se haya acordado por ambos cónyuges no puede sostenerse que su intención sea la de disolver el vínculo. Por ello, sujetar la declaratoria del divorcio a un plazo no lesiona el principio de autonomía individual. La demanda de divorcio podría ser presentada por solo uno de los cónyuges. Eso sí, si fuera planteada por los dos considera la Procuraduría que imponer un plazo sí resultaría inconstitucional, principalmente siguiendo los motivos por los cuales se declaró inconstitucional el inciso 7) del mismo artículo 48 del Código de Familia, mediante sentencia N° 2008-16099 de las 8:34 horas del 29 de octubre del 2008. Es decir, no puede establecerse un plazo durante el cual deban seguir unidas en matrimonio dos personas que están de acuerdo en disolver el vínculo. Debe efectuarse una interpretación de la norma, conforme al Derecho de la Constitución, según la cual de constar el consentimiento de ambos cónyuges no debe imponérseles esperar ningún tiempo mínimo adicional. En cambio, cuando este acuerdo de voluntades es inexistente, desatender el plazo implicaría imponer la decisión de uno de los esposos al otro. El plazo es necesario para definir con absoluta certeza la situación del vínculo matrimonial suspendido. También la norma es idónea para conciliar los intereses disímiles de los cónyuges, no se obliga a una persona a permanecer indefinidamente vinculada a la otra y se da un lapso para que la otra parte decida si quiere conceder el divorcio. Finalmente, se califica como proporcionada al fin de dar espacio a los esposos para decidir sobre su futuro conyugal. En lo que se refiere a la obligación de comparecer a audiencias de reconciliación como requisito indispensable para dictar el divorcio, bajo pena de ampliar el plazo para poder requerir la disolución del vínculo, considera la Procuraduría que es inconstitucional. Constituye una injerencia en la vida privada de las personas, intromisiones prohibidas en el artículo V de la Declaración Americana de Derechos Humanos, artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 24 de la Constitución Política. La Corte Europea de Derechos Humanos estableció en los casos Mikulic vs. Croacia (2002) y Niemietz vs. Alemania (1992), a partir del artículo 8º de la Convención Europea de Derechos Humanos, que la protección de la vida privada incluye aspectos de la identidad social o física de la persona. Debe considerarse extendida al derecho de establecer relaciones con otros seres humanos. Así, la obligación de asistir a audiencias de conciliación y brindar informes sobre el avance en las relaciones entre los esposos, para que no se amplíe el plazo a dos años, es inconstitucional. Una audiencia de conciliación no puede ser obligatoria e incluso podría resultar riesgosa, tratándose de violencia doméstica. De igual forma, la obligación de informar sobre el avance de las relaciones implica invasión de la esfera de intimidad.

5º—Los edictos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 81 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional fueron publicados en los números 54, 55 y 56 del *Boletín Judicial*, de los días 18, 19 y 20 de marzo del 2009 (folio 46).

6º—Se prescinde de la vista señalada en los artículos 10 y 85 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, con base en la potestad que otorga a la Sala el numeral 9 ibídem, al estimar suficientemente fundada esta resolución en principios y normas evidentes, así como en la jurisprudencia de este Tribunal.

7º—En los procedimientos se ha cumplido las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado Armijo Sancho; y,

**Considerando:**

I.—**Sobre la admisibilidad.** El artículo 75 párrafo primero de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece que para interponer una acción de inconstitucionalidad es necesario que exista un asunto pendiente de resolver en los tribunales o un 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 presente caso, el asunto previo que legitima al accionante, corresponde al proceso de familia N° 09-000206-0164-FA, en el cual el actor impugnó la resolución del Juzgado de Familia del Segundo Circuito Judicial de San José de las 17:18 horas del 29 de enero del 2009, que rechazó su demanda de divorcio (folio 15 de ese expediente). El aquí accionante apeló esa decisión, recurso que fue admitido el 19 de febrero del 2009 (folio 20) y está pendiente de resolución. Tampoco es obstáculo para admitir la acción su objeto, pues se encuentra dentro de los supuestos contemplados en los artículos 10 de la Constitución Política y 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

II.—**Objeto de la impugnación.** Dispone, en lo conducente, el artículo 48 del Código de Familia:

*“Artículo 48.- Será motivo para decretar el divorcio: (...)*

*5º—La separación judicial por término no menor de un año, si durante ese lapso no ha mediado reconciliación entre los cónyuges; durante dicho lapso el Tribunal, a solicitud de los interesados y con un intervalo mínimo de tres meses, celebrará no menos de dos comparecencias para intentar la reconciliación entre los cónyuges. La primera comparecencia no podrá celebrarse antes de tres meses de decretada la separación.*

*Para tales efectos, el Tribunal solicitará los informes que considere pertinentes.*

*Si alguno de los cónyuges no asistiere a las comparecencias, si éstas no se solicitan, o si las conclusiones a que llegue el Tribunal así lo aconsejan, el plazo para decretar el divorcio será de dos años”.*

De la norma el actor impugna el plazo de un año, contado a partir de la separación judicial, para poder decretar el divorcio; la obligación de rendir al juez informes sobre el estado de la relación conyugal; y la supeditación de tales informes, así como de la celebración de audiencias de conciliación a una eventual decisión discrecional del Juez de extender el plazo por otro año adicional.

III.—**Sobre el fondo.** Considera el promovente que las pautas para la decisión de este asunto están fijadas por la sentencia de la Sala N° 2008-16099 de las 8:34 horas del 29 de octubre del 2008, en la cual se analizó la conformidad con la Constitución del inciso 7) del mismo artículo 48 que ahora se impugna. Indicó este Tribunal en aquella oportunidad:

*“IV.—Sobre la inconstitucionalidad alegada. El artículo 28 de la Constitución Política preserva tres valores fundamentales del Estado de Derecho costarricense: a) el principio de libertad que, en su forma positiva implica el derecho de los particulares a hacer todo aquello que la ley no prohíba y, en la negativa, la prohibición de inquietarlos o perseguirlos por la manifestación de sus opiniones o por acto alguno que no infrinja la ley; b) el principio de reserva de ley, en virtud del cual el régimen de los derechos y libertades fundamentales sólo puede ser regulado por ley en sentido formal y material, no por reglamentos u otros actos normativos de rango inferior; y c) el sistema de la libertad, conforme el cual las acciones privadas que no dañen la moral, el orden público o las buenas costumbres y que no perjudiquen a tercero están fuera de la acción, incluso, de la ley. Esta norma vista como garantía, implica la inexistencia de potestades reglamentarias para restringir la libertad o derechos fundamentales, y la pérdida de las legislativas para regular las acciones privadas fuera de las excepciones, de ese artículo en*

su párrafo 2º, el cual crea, así, una verdadera “reserva constitucional” en favor del individuo, a quien garantiza su libertad frente a sus congéneres, pero, sobre todo, frente al poder público. (...) En el caso de estudio, la voluntad de los contrayentes debe concretarse en el llamado consentimiento matrimonial, ya que el matrimonio es siempre un acto voluntario y libre, que requiere un específico consentimiento. Y así es estipulado por nuestro Código de Familia en su artículo 13 al expresar literalmente lo siguiente:

“Para que exista matrimonio el consentimiento de los contrayentes debe de manifestarse de modo legal y expreso”.

Las formalidades que comporta el acto matrimonial tiene como fin que las personas que van a suscribirlo tomen conciencia de la importancia y consecuencias que se van a producir. Por medio de procedimientos formales, se induce a las partes a expresarse con mayor exactitud, a crear una expresión de la voluntad clara y completa. Precisamente el valor que le otorga la ley al consentimiento para llevar a cabo un acto de tan gran trascendencia jurídica como lo es el matrimonio, es porque éste responde a los sentimientos de los contrayentes, unirse para alcanzar los fines que persigue el matrimonio. Hay una voluntad concurrente y coincidente de los contrayentes dirigida hacia un mismo punto, la creación del matrimonio. No obstante, los fines e incluso la voluntad de los contrayentes puede cambiar durante el matrimonio, lo que ha dado origen a su rompimiento, o sea al divorcio, lo cual puede ser de forma contenciosa o voluntaria. Nuestra legislación ha adoptado como una forma de disolución del vínculo matrimonial el divorcio por mutuo consentimiento. Esta causal se fundamenta básicamente en el acuerdo simultáneo y voluntario de los cónyuges en disolver el vínculo que los une bajo términos pactados por ambos, acudiendo al Tribunal únicamente para verificar que se cumpla el procedimiento establecido. Se trata de una jurisdicción voluntaria, por cuanto no es contenciosa. Es considerado un divorcio remedio, puesto que no se fundamenta en una causal de sanción. A ninguno de los consortes se les atribuye un hecho censurable ni se les culpa de nada, simplemente ambos voluntariamente manifiestan su deseo de romper el vínculo que los une, lo que manifiestan a través de una escritura pública. La institución del matrimonio fue creada para que los cónyuges pudieran desarrollar una vida en común, mutuo auxilio y cooperación entre ellos, fin que desaparece cuando se extingue la voluntad de estos de permanecer unidos bajo la figura jurídica del matrimonio. Como ya se indicó, nuestro ordenamiento contempla la posibilidad de romper el vínculo matrimonial, sin embargo lo autoriza sólo después de 3 años de matrimonio. Ese plazo establecido como requisito, se impone como una limitación a ese derecho fundamental de las personas de autonomía de la voluntad de optar por la disolución matrimonial en el momento en que lo estimen pertinente, ya que mediante la disposición impugnada se obliga a las personas a permanecer tres años unidas en matrimonio para poder obtener el divorcio por mutuo consentimiento. Los derechos fundamentales no resultan en principio irrestrictos, sin embargo dicha limitación para que sea válida constitucionalmente, debe atender a un interés público, ser razonable y proporcionada. Esta Sala ha señalado que un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: que sea necesario, idóneo y proporcional. La necesidad de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad -o de un determinado grupo- mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. En el presente caso, se ha justificado la necesidad de la norma fundamentándose en que nuestro Estado reconoce el matrimonio como base esencial de la sociedad y que como tal, un matrimonio viene a constituirse en pieza muy importante. Sin embargo, debe entenderse el matrimonio en sentido integral no meramente formal, lo cual implica que tenga como objetivo la vida en común de los cónyuges, la cooperación y el mutuo auxilio dispuesto en el artículo 11 del Código de Familia, así como el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades dispuestas en el artículo 34 del mismo Código, según el cual deben compartir la responsabilidad y el

gobierno de la familia, regular los asuntos domésticos, proveer la educación de sus hijos, preparar su porvenir, están obligados a respetarse, guardarse fidelidad y a socorrerse mutuamente, así como a mantenerse en un mismo hogar. Tales consecuencias y obligaciones forman parte del fuero interno y del ámbito más íntimo de una persona. Desde el punto religioso ciertamente no se trata de cualquier convenio, y por los efectos que se derivan de esta unión, tampoco podría decirse que es igual que cualquier otro convenio. Sin embargo, la idealización de lo que debiera ser una institución social no puede reducir la condición de cualquier ser humano de verse forzado a mantenerse vinculado formalmente a otra persona durante tres años como establece la norma en cuestión con los efectos gravosos que ello apareja a los cónyuges. La limitación además de ser necesaria debe ser válida e idónea. Requisitos que no se cumplen actualmente, pues cuando las parejas se encuentran frente a una decisión de divorcio es porque no se está frente a lo que es considerado verdaderamente un matrimonio, no satisface los fines señalados y el plazo legal estipulado como un impedimento para que se opte por el divorcio tampoco resulta idóneo, puesto que lo que subyace es únicamente una ficción jurídica, donde sólo los une un estado civil, no lo que supone el presupuesto de la norma, que se reconcilie la pareja y se mantenga el matrimonio. En la legislación anterior, se estipulaba un plazo de cinco años que posteriormente fue rebajado a 3 sin fundamento o estudio técnico alguno por parte de los legisladores que justificaran un plazo u otro. Se indicaba que la mera existencia de este plazo significaba un tiempo determinado que obligara a los cónyuges a buscar una solución a sus problemas y no culminarse con la desintegración del hogar, lo cual como ya se indicó es una ficción jurídica. Las partes cuando no están seguras se separan y no deciden el divorcio en el acto, y si eventualmente así lo acordaren y posteriormente se arrepienten no les está vedado el volver a contraer nupcias. Sin embargo, pretender que un matrimonio se mantenga forzosamente sí trae consecuencias más gravosas que las que pretende tutelar. En un plazo tan extenso de 3 años, en que las parejas se ven obligadas a convivir en un ambiente de hostilidad la violencia se puede generar con mayor facilidad, propiciando situaciones más graves en las que podrían incluso verse afectados menores nacidos en el mismo matrimonio o los que se hayan procreado con anterioridad, se propician relaciones de adulterio, nacimientos de hijos con los apellidos del cónyuge sin ser hijos de éste, discusión respecto de los bienes que se produzcan mientras subsistan los efectos civiles, entre otros. Incluso, en la eventualidad de que la mujer se encuentre en estado de embarazo, siendo el padre uno diferente al que presume la ley como hijo habido dentro del matrimonio, el menor no podría portar los apellidos de su padre biológico, si el esposo de ésta no impugna su paternidad, con lo que se le estaría vedando la posibilidad al menor de saber quienes son sus verdaderos padres y con ello violentando el interés superior del menor. La imposición de este plazo no resulta idónea, aunque los legisladores pretendan a través de leyes proteger la unión matrimonial estableciendo una prohibición para divorciarse durante los primeros tres años, cuando los cónyuges deciden por razones objetivas o subjetivas que no pueden o deben continuar conviviendo, éstos recurrirán a cualquier medio disponible para disolver el vínculo que los une, incluso a falsear procesos de divorcio con tal de lograr la disolución del vínculo. Por su parte, la proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad. De conformidad con lo ya expuesto, en criterio de este Tribunal la medida cuestionada no resulta proporcionada a los efectos que pretende, pues son mayores los perjuicios que conlleva la obligatoriedad de mantener a dos personas conviviendo dentro del ámbito más privado de todo individuo en un mismo lugar y con las obligaciones y efectos de todo matrimonio contra su voluntad, que el fortalecer la institución matrimonial bajo criterios voluntaristas que propicien los fines de un verdadero matrimonio base esencial de nuestra sociedad. La intervención del Estado debe ser lo menos posible respecto a la vida privada de las personas, pues su esfera de acción más íntima debe ser dejada a su arbitrio, siempre y cuando no exceda los límites establecidos en el artículo 28 constitucional. Para que el Estado procure

*una sociedad esencialmente justa debe respetar que un ser autónomo tenga la capacidad de alterar sus preferencias y no que queden atadas y fijadas por una socialización determinada, sino más bien permitir un proceso que permita el desarrollo de las personas. El Estado debe ser neutral respecto a la socialización de sus miembros, pues debe asegurar la autonomía necesaria para alterar sus preferencias mediante la reflexión racional. La elección de nuestras preferencias como seres humanos, deben realizarse atendiendo solamente a las relaciones generales entre las prácticas sociales y los intereses humanos que pueden suponerse razonablemente, y las restricciones generales a las circunstancias establecidas por el horizonte de factibilidad, no por una irrazonabilidad impuesta. Si el matrimonio es un acto esencialmente voluntario, no podría concebirse el sobrellevarlo si la voluntariedad ya no existe. Y respecto a los efectos de terceros por los cuales se ha fundamentado la imposición de dicha limitación, esta tampoco resulta procedente. Se ha argumentado que el matrimonio afecta también a los hijos y que éstos terceros también tienen interés en que aquel subsista, no obstante las relaciones de padre a hijo y viceversa no deberían alterarse con la disolución del matrimonio, ya que la disolución de la relación se circunscribe a los esposos en su esencia personal no como padres. También se ha indicado que el matrimonio interesa igualmente a la sociedad, lo cual puede ser muy válido pero como ya se indicó, lo que pueda considerarse realmente un matrimonio, donde hay una voluntad libre de convivir, para alcanzar los fines del matrimonio en forma conjunta. Cuando el delito, la infidelidad, vicios profundos e incurables, la aversión completa e invencible producto de causas graves y permanentes, vienen a romper la solidaridad del vínculo conyugal, abriendo un abismo entre los cónyuges que hace absolutamente intolerable la vida marital, irreconciliables a los ánimos, faltan en tal supuesto las condiciones constitutivas del matrimonio, haciendo imposible el cumplimiento de la función social y personal a que está llamado. No puede, pues sostenerse la subsistencia del matrimonio, por virtud de simple ficción, cuando ya en realidad no existe por faltar las condiciones propias de vida. Las parejas también tienen derecho a resguardar la confidencialidad del caso cuando se produce alguna otra causal de divorcio y no quieren hacerla pública, lo cual hacen en algunos casos resguardando su intimidad mediante el divorcio por mutuo consentimiento. Ahora si lo que el legislador pretende es resguardar con la norma en cuestión otros efectos colaterales, como sería por ejemplo la condición de matrimonio para efectos migratorios, se trata de una situación que debe regular de otra manera que no resulte desproporcionadamente lesiva en los términos expuestos y para dichos efectos directamente.*

*V.—Conclusión. De conformidad con todo lo anteriormente expuesto, el plazo dispuesto en el artículo 48 inciso 7) del Código de Familia para que se pueda optar por el divorcio bajo la causal de mutuo consentimiento, resulta violatorio de la autonomía de la voluntad de las personas, del principio de razonabilidad y proporcionalidad y del artículo 53 de la Constitución Política. Por conexidad, se debe declarar inconstitucional también el artículo 60 del Código de Familia, únicamente en cuanto dispone que la separación por mutuo consentimiento no podrá pedirse sino después de dos años de verificado el matrimonio, bajo las mismas consideraciones expuestas. Lo anterior implica, que las personas que deseen optar por el divorcio por mutuo consentimiento o por la separación judicial, pueden hacerlo independientemente del tiempo que tengan de haber contraído matrimonio”.*

Analizada la disposición con detenimiento, concluye la Sala que no se trata de un supuesto idéntico al abordado en el pronunciamiento N° 2008-16099. La separación judicial por espacio de un año, como motivo para decretar el divorcio es una causal diferente de la del consentimiento de ambos cónyuges para dar por finalizado el matrimonio, caso en el cual, de todas formas, ya la Sala removió el obstáculo del plazo en la sentencia citada. Habría que partir aquí del supuesto de la separación judicialmente decretada y el probable desacuerdo de los cónyuges sobre poner fin al vínculo o, al menos, la falta de interés de los dos esposos en requerir el divorcio.

IV.—Esa conclusión se extrae, al menos, del expediente del asunto base, que revisado en setiembre del 2009, constaba de 36 folios, sin que aparezca actuación alguna de la cónyuge ni se haya aportado ninguna manifestación suya sobre su aquiescencia al trámite. Se trata de una petición unilateral del actor. La Sala potenció el principio de autonomía de la voluntad frente a la armonía de voluntad entre los cónyuges y claramente diferenció la petición de divorcio voluntaria de la contenciosa. Incluso para efectos de la separación judicial suprimió el compás de espera previsto en el Código (artículo 60), pero también en los casos de mutua aquiescencia. No debe entenderse que la decisión N° 2008-16099 implica la abrogación de cualquier plazo relacionado con los procesos de separación y divorcio, sino que sienta las bases para suprimir, por inconstitucionales, las restricciones irrazonables que se hagan pesar sobre los cónyuges que, libremente y concurriendo sus voluntades, desean disolver el lazo matrimonial.

V.—Importa recordar que la separación judicial puede decretarse por los motivos que autorizan el divorcio; el abandono voluntario y malicioso que uno de los cónyuges haga del otro; la negativa infundada de uno de los cónyuges a cumplir los deberes de asistencia y alimentación para con el otro o los hijos comunes; las ofensas graves; la enajenación mental de uno de los cónyuges que se prolongue por más de un año u otra enfermedad o los trastornos graves de conducta de uno de los cónyuges que hagan imposible o peligrosa la vida en común; el haber sido sentenciado cualquiera de los cónyuges a sufrir una pena de prisión durante tres o más años por delito que no sea político; el mutuo consentimiento de ambos cónyuges; y la separación de hecho de los cónyuges durante un año consecutivo, ocurrida después de dos años de verificado el matrimonio (artículo 58 del Código de Familia). Habiéndose declarado judicialmente la separación, entraría a correr el plazo que aquí ocupa de un año, para poder solicitar el divorcio. En este sentido es razonable que medie un lapso entre la separación como presupuesto del divorcio no querido por uno de los cónyuges, máxime si se toma en consideración que se trata de un espacio temporal relativamente breve. Que en ese tiempo no se haya producido la reconciliación de los esposos es también una condición armónica con el propósito de la norma de solamente concretizar la disolución de un matrimonio ya debilitado.

VI.—Durante la separación judicial hay una flexibilización de la condición conyugal, pero no es equiparable a su extinción. Por ejemplo, el artículo 62 del Código de la materia precisa que la separación no disuelve el vínculo, y subsisten los deberes de fidelidad y mutuo auxilio. Asimismo, se dota a la reconciliación del efecto de poner término al juicio si no estuviere concluido y de dejar sin efecto la ejecutoria que declare la separación (artículo 63 *ibídem*). Por las razones dadas hasta aquí es que este órgano de jurisdicción constitucional no considera que se contravenga la Carta Fundamental ni los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos al regularse en el artículo 48 inciso 5) del Código de Familia la separación judicial no menor a un año como motivo para decretar el divorcio, siempre que no haya mediado reconciliación entre los cónyuges.

VII.—La disposición cuestionada contiene, sin embargo, condiciones adicionales que la alejan de la validación constitucional recién apuntada. Primero, se prevé la celebración de, al menos, dos comparecencias tendientes a la reconciliación de los cónyuges. El espíritu aparentemente voluntario de esos actos procesales resulta contrariado por las aseveraciones del último párrafo del inciso, según el cual “si alguno de los cónyuges no asistiere a las comparecencias, si éstas no se solicitan, o si las conclusiones a que llegue el Tribunal así lo aconsejan” en vez de atenderse al plazo inicialmente fijado de un año, se ampliaría a dos años para poder decretar el divorcio. Es decir, las comparecencias son conminatorias para los esposos, bajo pena de esperar un año adicional para poder demandar el divorcio. Y no solo eso: la norma podría interpretarse en el sentido que, pese a haberse celebrado las audiencias, “si las conclusiones a que llegue el Tribunal así lo aconsejan”, podría dar lugar a la ampliación del plazo en condiciones de absoluta discrecionalidad para el juzgador. Hablar de audiencias de conciliación forzadas es paradójico. El juez de familia termina fungiendo como una especie de tutor de los cónyuges —pues se les equipara a incapaces de decidir sobre su vida en común—, confiriéndosele el poder de obligarlos a mantenerse vinculados, pese a

que alguno de ellos esté en desacuerdo con la medida. Se crea aquí el vínculo artificial y contrario al principio de libertad tachado de inconstitucional en la sentencia N° 2008-16099, resultando la disposición violatoria del Derecho de la Constitución.

VIII.—Adicionalmente, el hecho que el juez pueda pedir informes a los efectos de las comparecencias de reconciliación, resulta altamente ambiguo. No se dice a quién solicita el informe ni sobre cuáles hechos o comportamientos. Pero es bastante plausible la caracterización que hace el actor de ese informe como uno sobre el estado de la relación entre los esposos. Así que, amén de innecesaria, la potestad jurisdiccional de solicitar informes ofrece un alto riesgo de intromisión en la vida privada de las personas separadas, cuya protección constitucional ha reiterado la Sala:

*“el derecho a la vida privada se puede definir como la esfera en la cual nadie puede inmiscuirse. La libertad de la vida privada es el reconocimiento de una zona de actividad que es propia de cada uno y el derecho a la intimidad limita la intervención de otras personas o de los poderes públicos en la vida privada de la persona” (sentencia N° 6776-94 de las 14:57 hrs. del 22 de noviembre de 1994)*

*“Se trata de un fuero de protección a la vida privada de los ciudadanos. La intimidad está formada por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por éstos puede turbarla moralmente por afectar su pudor y su recato, a menos que esa misma persona asienta a ese conocimiento. Si bien, no puede menos que reputarse que lo que suceda dentro del hogar del ciudadano es vida privada, también puede ser que lo que suceda en oficinas, hogares de amigos y otros recintos privados, esté en ese ámbito. De esta manera los derechos constitucionales de inviolabilidad del domicilio, de los documentos privados y de las comunicaciones existen para proteger dicha intimidad, que es un derecho esencial de todo individuo...” (sentencia N° 1026-94 de las 10:54 horas del 18 de febrero de 1994. En el mismo sentido la decisión N° 12402, de las 15:00 horas del 3 de noviembre del 2004).*

La relación entre los cónyuges es uno de los principales valladares de la intimidad de las personas. La mirada del Estado-juez en su seno, sin ningún propósito concreto de utilidad para los interesados y sin regulación legal suficiente, es claramente inconstitucionalidad. La acción, por ende, debe también concederse en lo que corresponde a este extremo.

IX.—Los Magistrados Mora, Cruz y Castillo salvan el voto y declaran inconstitucional únicamente el último párrafo de la norma cuestionada.

**POR TANTO:**

Se declara parcialmente con lugar la acción. En consecuencia, se anula por inconstitucional del artículo 48 inciso 5) del Código de Familia el texto que dice: “...durante dicho lapso el Tribunal, a solicitud de los interesados y con un intervalo mínimo de tres meses, celebrará no menos de dos comparecencias para intentar la reconciliación entre los cónyuges. La primera comparecencia no podrá celebrarse antes de tres meses de decretada la separación.

Para tales efectos, el Tribunal solicitará los informes que considere pertinentes.

Si alguno de los cónyuges no asistiere a las comparecencias, si éstas no se solicitan, o si las conclusiones a que llegue el Tribunal así lo aconsejan, el plazo para decretar el divorcio será de dos años.”. En lo demás, se declara sin lugar. Esta sentencia tiene efectos declarativos y retroactivos a la fecha de vigencia de la norma anulada, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe y las relaciones o situaciones jurídicas que se hubieran consolidado por prescripción, caducidad o en virtud de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada material. Publíquese íntegramente en el



*Boletín Judicial* y reséñese en el Diario Oficial *La Gaceta*. Los Magistrados Mora, Cruz y Castillo salvan el voto y declaran inconstitucional únicamente el último párrafo de la norma cuestionada.— Ana Virginia Calzada M., Presidenta.—Luis Paulino Mora M.—Gilbert Armijo S.—Ernesto Jinesta L.—Fernando Cruz C.—Fernando Castillo V.—Roxana Salazar C.

## VOTO SALVADO DE LOS MAGISTRADOS CASTILLO

VÍQUEZ, MORA MORA Y CRUZ CASTRO,

### CON REDACCIÓN DEL PRIMERO

Nos apartamos del criterio de mayoría y declaramos únicamente con lugar la acción interpuesta en relación con el último párrafo de la norma impugnada, con base en las razones que a continuación se exponen. Como es bien sabido, la separación judicial no causa el rompimiento del vínculo matrimonial, sino únicamente la suspensión de la vida en común de los cónyuges. En esta dirección, el numeral 62 del Código de Familia es claro cuando indica que los efectos de la separación son los mismos que los del divorcio, con la diferencia de que aquella no disuelve el vínculo, subsiste el deber de fidelidad y de mutuo auxilio.

Ahora bien, al haberse declarado inconstitucional el segundo párrafo del inciso 5) del artículo 48 del Código de Familia, donde se aumentaba el plazo para el divorcio a causa de que alguno de los cónyuges no asistía a las comparecencias, si éstas no se solicitaban, o si las conclusiones a que llegaba el Tribunal así lo aconsejan, no cabe duda que dichas comparecencias se transforman en voluntarias. En este contexto, no encontramos como las otras normas de ese inciso pueden vulnerar el principio de libertad de los consortes, por la elemental razón de que las comparecencias que solicitan los cónyuges de común acuerdo serían de naturaleza voluntaria. Más aún, tal y como hubiera quedado la norma en el caso de que la declaratoria de inconstitucional sólo hubiese afectado el último párrafo del inciso 5) del artículo 48, bastaría que un cónyuge no estuviese de acuerdo con éstas para su no realización. De ahí que consideremos que esas normas, desde ninguna perspectiva, vulneran el principio de libertad.

En otro orden de ideas, la participación del Juez, como representante del Estado, en este tipo de caso, es una consecuencia lógica de visualizar los derechos fundamentales como un sistema objetivo de valores. Como es bien sabido, a partir de esta concepción, se pasa de una postura exclusivamente reactiva —donde se le impone al Estado un deber de abstención— a una, que sin abandonar aquella, es proactiva, toda vez que se espera de él acciones afirmativas que efectivamente promuevan y garanticen, en toda su extensión, los derechos y libertades fundamentales, en este caso, los derechos del menor, de los hijos de los cónyuges que se encuentran en la antesala del divorcio. No podemos desconocer, que en la mayoría de los supuestos, la relación familiar no es exclusivamente bilateral, sino multilateral, pues, además de los cónyuges, están involucrados sus hijos, quienes tienen un interés directo en que el vínculo matrimonial se mantenga, ya que su rompimiento debilita, de forma significativa, los derechos que el Derecho internacional de los Derechos Humanos les reconoce. El derecho de los niños y adolescentes de permanecer en su familia es un presupuesto básico del cual parte todo el sistema de protección de los menores de edad consagrado en el Código de Familia, en el Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N° 7739 de 6 de enero de 1998, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño. Así, el artículo 101 del Código de Familia dispone:

*“Artículo 101.—*

*Derecho de permanecer con la familia consanguínea. Toda persona menor de edad, tiene el derecho de crecer, ser educado y atendidas al amparo de su familia bajo la responsabilidad de ella; solo podrá ser adoptada en las circunstancias que se determinen en este Código”.*

*Por su parte, la Convención de los derechos del niño, Ley N° 7124 de 18 de julio de 1990, en su artículo 9, indica lo siguiente:*

*“Artículo 9º—*

- 1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en un caso particular, por ejemplo, en un caso en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.*
- 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.*
- 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.*
- 4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas”.*

Por último el Código de la Niñez y la Adolescencia, en su numeral 36, expresa lo siguiente:

*“Artículo 30.—Derecho a la vida familiar. Las personas menores de edad tendrán derecho a conocer a su padre y madre; asimismo, a crecer y desarrollarse a su lado y ser cuidadas por ellos. Tendrán derecho a permanecer en su hogar del cual no podrán ser expulsadas ni impedidas de regresar a él, salvo decisión judicial que así lo establezca”. (El énfasis no corresponde al original).*

*Cuando se rompe el vínculo matrimonial el derecho de los menores de convivir con sus padres se debilita. De ahí la necesidad de que el Juez, cuando los cónyuges así lo solicitan, actúe como un mediador en el conflicto familiar. Lejos de perjudicar a los cónyuges, de lesionar sus derechos y libertades fundamentales, las normas que la mayoría declaró inconstitucionales, los benefician y promueve los derechos y libertades fundamentales de los menores, toda vez que es en el hogar, en la convivencia de los hijos con sus dos padres, que alcanza su máxima expresión el derechos de los niños y las niñas a la vida familiar.*

*Por otra parte, el Juez también está en la obligación de potenciar y fortalecer las instituciones sociales básicas que tienen cobertura y protección constitucional. En esta dirección, no se puede obviar los que al respecto indica el Derecho de la Constitución en los numerales 51 y 52.*

*“Artículo 51.—*

*La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido.*

*Artículo 52.—*

*El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges”. Resulta claro entonces, en primer término, que los costarricenses -cuya voluntad fue plasmada por la Asamblea Constituyente de 1949 en la Carta Magna- conciben a la familia como el elemento fundamental de la sociedad, y al matrimonio como pilar y base esencial de la familia, razón por la que le asignó al Estado la responsabilidad de garantizar su tutela. En atención a este concepto, el legislador no sólo definió los principios por los que sería regulada la actividad relacionada con la familia y el matrimonio -unidad de la familia, interés de los hijos, de los menores e igualdad de derechos y deberes de los cónyuges; todos previstos actualmente en el artículo 2 del Código de Familia-, sino que también aseguró la necesaria intervención del Estado en los casos en que lo estimó necesario”. (Sentencia N° 105-98. El énfasis no corresponde al original).*

En el caso que nos ocupa, no cabe duda que, cuando ambos cónyuges así lo solicitan, la participación del Juez es una necesaria intervención del Estado para tutelar y proteger instituciones nucleares de nuestra sociedad: el matrimonio y la familia.—Fernando Castillo V.—Luis Paulino Mora M.—Fernando Cruz C.

San José, 26 de mayo del 2010.

**Gerardo Madriz Piedra,**

1 vez.—(IN2010044337).

Secretario