



## Informe de Investigación

**Título: El Plazo en el Divorcio por Mutuo Consentimiento**

<b>Rama del Derecho:</b> Derecho de Familia.	<b>Descriptor:</b> Divorcio.
<b>Tipo de investigación:</b> Compuesta.	<b>Palabras clave:</b> Plazo para solicitar el Divorcio por Mutuo Consentimiento, Inconstitucionalidad del plazo anterior.
<b>Fuentes:</b> Normativa, Jurisprudencia.	<b>Fecha de elaboración:</b> 11 – 2010.

### Índice de contenido de la Investigación

<b>1 Resumen.....</b>	<b>1</b>
<b>2 Normativa.....</b>	<b>2</b>
ARTICULO 48.- .....	2
<b>3 Jurisprudencia.....</b>	<b>3</b>
a) Divorcio por mutuo consentimiento: Plazo.....	3
b) Inconstitucionalidad del artículo 48 inciso 7) del Código de Familia. ....	7

#### 1 Resumen

El presente informe muestra el plazo para la solicitud del divorcio por mutuo consentimiento, al cual se le eliminó el requisito de los tres años, esto por medio de la declaración de inconstitucionalidad de la Sala Constitucional sobre el artículo 48 inciso 7 del Código de Familia. En el informe se muestra una jurisprudencia en la cual se aplica dicho criterio y la resolución de la acción de inconstitucionalidad.



## 2 Normativa

[Código de Familia]<sup>1</sup>

### Del Divorcio

#### **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)*

### 3 Jurisprudencia

#### a) Divorcio por mutuo consentimiento: Plazo

[Tribunal de Familia]<sup>2</sup>

II.- El artículo 48 inciso 7 del Código de Familia dispone que el divorcio se puede decretar por mutuo consentimiento de ambos cónyuges. Dispone también la parte final de dicho artículo, que el divorcio por mutuo acuerdo no podrá pedirse sino después de tres años de celebrado el matrimonio. Con base en lo dispuesto en dicha norma es que el juez a quo procede al rechazo de plano de la solicitud de homologación planteada por los señores HLH y BJRS. No obstante lo anterior, mediante acción de inconstitucionalidad tramitada bajo el expediente número 08-007528-0007-CO tramitada ante la Sala Constitucional se impugnó la mencionada norma. Dicha Sala resuelve la acción mediante el Voto número 2008-16099 de las ocho horas y treinta y cuatro minutos del veintinueve de octubre del año dos mil ocho y declara inconstitucional la mencionada norma con efectos retroactivos a la vigencia de la norma. Dicha Sala en la parte medular de este voto indicó: "... 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. Como ya se indicó, el principio de libertad jurídica se encuentra expresado principalmente en el principio de autonomía privada, según el cual el administrado puede regular jurídicamente de acuerdo a su voluntad y en la medida de su contenido, su esfera de acción. Básicamente el principio de libertad jurídica significa que el administrado puede fijarse él mismo los fines de su conducta y los medios para cumplirlos. Ciertamente no podría hablarse de fines completamente libres, toda vez que bajo ciertas circunstancias, el Estado puede imponerle excepcionalmente fines al particular (como los gastos públicos). Lo esencial estriba en que el Estado no puede interferir en la esfera de acción privada de los administrados, sino es a través de una autorización expresa de una norma escrita o no escrita que provenga del ordenamiento jurídico, y que los particulares puedan realizar todas aquellas actividades que no estén expresamente prohibidas. De modo que, si el ordenamiento no prohíbe una conducta, se puede interpretar que el administrado está autorizado para determinar sus**



*propios fines y a la vez los medios a través de los cuales los quiere realizar. 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 contencioso. 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 estime 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 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. Por tanto: Se declara con lugar la acción. En consecuencia, se anula por inconstitucional la frase del artículo 48 inciso 7) del Código de Familia que indica: “no podrá pedirse sino después de tres años de celebrado el matrimonio y” . Por conexidad, se**

***declara inconstitucional 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. 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."***

Como se ve, con dicho voto, queda mas que clara la situación aquí confrontada. Es factible entonces, convenir el divorcio independientemente el tiempo que haya transcurrido a partir de la fecha de celebración del matrimonio. Aún más, como se ve en el voto transcrito, la Sala dimensiona la inconstitucionalidad indicando que la declaratoria de la misma tiene efectos declarativos y retroactivos a la fecha de la vigencia de la norma anulada, con lo cual, a la solicitud de homologación presentada, debe dársele el trámite respectivo, toda vez que la prohibición que sustentó el rechazo de plano, ya no existe.-

### ***b)Inconstitucionalidad del artículo 48 inciso 7) del Código de Familia.***

[Sala Constitucional]<sup>3</sup>

Resultando:

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 13:50 horas del 16 de mayo del dos mil ocho, el accionante solicita que se declare la inconstitucionalidad del artículo 48 inciso 7) del Código de Familia. Alega que ésta priva la libertad de las personas de rehacer su vida, al imponer una limitante a la voluntad de las partes para divorciarse por mutuo consentimiento si no han transcurrido 3 años de matrimonio, lo cual se aplica también a la separación por mutuo consentimiento. Asimismo, manifiesta que la norma impugnada priva a las personas de rehacer su vida, obligadas a una unión que no existe al no desear continuar con el vínculo matrimonial. Alega que no existe base razonable, para dictar esos plazos, atentando contra la dignidad humana, no se debe violentar el derecho a divorciarse por el hecho de no cumplir un requisito injusto, que unos tendrán y otros no, contrarios al artículo 33 de la Constitución Política, atentando contra la libertad de rehacer su vida, y con lo dispuesto en los artículos 1 y 17 inciso 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Además considera que se obliga a una unión que ya no existe, al no desear continuar con el vínculo matrimonial, lo que lograría exponer a la mujer a posibles agresiones.

2.- Por resolución de las ocho horas cuarenta minutos del diecisiete de junio del dos mil ocho (visible a folios 14 y siguientes del expediente), se le dio curso a la acción, confiriéndole audiencia a la Procuraduría General de la República.

3.- La Procuraduría General de la República rindió su informe visible a folios 21 y siguientes. Señala que una vez aplicado el “test de razonabilidad” conforme a los parámetros establecidos por la jurisprudencia constitucional, concluye que la frase objeto de la presente acción contenida en el inciso 7) del artículo 48 del Código de Familia, efectivamente roza con el principio constitucional de razonabilidad y, en general con el bloque de constitucionalidad. Alega que no existe una justificación objetivamente razonada, ni consta la existencia de estudios científicos o periciales donde se haya logrado determinar o concluir fehacientemente que exista una necesidad de índole psicológica, fisiológica o social que amerite imponer un plazo de tres años como impedimento para las parejas que hayan contraído matrimonio por su propia voluntad puedan disolver dicho vínculo de la misma forma. Considera que hasta tanto no exista o no se conozca dicho estudio o criterio que fundamente la existencia y necesidad real de esa limitación de tres años para poder tramitar un divorcio bajo la causal de mutuo consentimiento es inconstitucional. Indica que efectivamente la normativa impugnada lesiona, además de la autonomía de la voluntad, el derecho a la igualdad consagrado en el numeral 33 de nuestra Carta Fundamental, pues con dicha disposición se está obligando a cierto grupo de personas a mantener un vínculo marital pese a no tener el deseo ni la voluntad para ello, sin que exista un fundamento técnico, válido y objetivo que respalde esa restricción. Menciona que la limitación de tres años para optar por la causal de divorcio por mutuo consentimiento no tiene razón de ser en el tanto que, al no existir la voluntad de la pareja de seguir unidos bajo la figura del matrimonio, no se cumplen los objetivos básicos de la figura del matrimonio, pues ciertamente no se puede hablar de vida común, cooperación entre los cónyuges ni mutuo auxilio. Señala que la norma impugnada obliga a las personas a mantener una especie de matrimonio ficticio o simulado, lo que a todas luces es contrario al derecho a la libertad y a la autonomía de la voluntad, todo ello en contradicción con lo establecido en los artículos 1 y 11 del Pacto de San José. Además se impone a las personas mantenerse unidas contra su voluntad viéndose estas obligadas a buscar otros medios para poder dar fin al vínculo que los une, incluso incurrir en fraude de ley. Por último, considera necesario indicar que la norma objetada puede estar en contradicción con el artículo 53 párrafo segundo constitucional que establece el derecho de toda persona de saber quiénes son sus padres. Lo anterior ya que, en el caso de que una pareja desee divorciarse por mutuo consentimiento dentro de los tres años posteriores a su matrimonio, y ante la eventualidad de que la mujer se encuentre en estado de gravidez siendo el padre menor otro hombre diferente de su esposo, la persona por nacer se presumiría, por disposición de la ley, como hijo habido dentro del matrimonio obligándose a éste a adoptar los apellidos de quien en ese momento figura como pareja “legal” de la madre pese a no ser el padre biológico. Lo anterior en detrimento del numeral 53 supracitado en relación con el artículo 18 del Pacto de San José que establece el derecho de toda persona a tener un nombre propio y el apellido de sus padres; y los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

4.- Los edictos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 81 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional fueron publicados en los números 151, 152 y 153 del Boletín Judicial, de los días 6 de agosto, 7 de agosto y 8 de agosto del 2008 (folio 20).

5.- 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.

Redacta la Magistrada **Calzada Miranda**; y,

**Considerando:**

**I.- Sobre la Legitimación.** El artículo 75 párrafo primero de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece que para interponer una acción de inconstitucionalidad es necesario que exista 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 a la accionante, corresponde al recurso de amparo presentado ante la Sala, con vista al expediente 08-006349-0007-CO, en el cual se le otorgó plazo al accionante para impugnar el inciso 7 del artículo 48 del Código de Familia. De este modo, y estimando la Sala que la accionante cumple con los presupuestos de legitimación, la acción resulta admisible.

**II.- Objeto de impugnación.** El accionante solicita la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 48 inciso 7) del Código de Familia, por considerar que el plazo de tres años para poder obtener un divorcio por mutuo consentimiento, violenta el derecho de autodeterminación y el derecho de toda persona a conocer quienes son sus padres. El artículo impugnado establece:

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

7) *El mutuo consentimiento de ambos cónyuges.*

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

**III.- Antecedentes jurisprudenciales.** De previo a la resolución de fondo de la presente acción, este Tribunal debe aclarar que en la sentencia No. 1998-105 de las diez horas doce minutos del nueve de enero de mil novecientos noventa y ocho, se emitió un criterio respecto a la norma en cuestión en el siguiente sentido:

*“...Es evidente asimismo, que los cónyuges que tienen más de tres años de casados se encuentran en condiciones distintas a los que tienen menos tiempo de casados, pues ya han tenido un tiempo relativamente suficiente para establecer si les resulta o no posible emprender un proyecto de vida juntos y si pueden o no consolidar el compromiso de mutuo auxilio que han aceptado al contraer matrimonio. La condición de los representados del promovente se ubica dentro de uno de los supuestos previstos por la norma en cuestión, la cual no contempla excepción alguna a ese respecto, su situación específica -pareja con menos de tres años de matrimonio- se distingue de las circunstancias de otras parejas -las que superan esos tres años- para quienes la ley prevé un trato distinto según tales diferencias, y no se da en ese sentido, una identidad de situaciones. En consecuencia, lo dispuesto por la norma impugnada no infringe el principio de igualdad garantizado en el artículo 33 constitucional, porque las situaciones que el promovente busca identificar a efecto de demostrar la alegada infracción a ese derecho fundamental, son evidentemente distintas.*

*II.- Ahora bien, en concordancia con lo señalado anteriormente, conviene analizar la proporcionalidad y razonabilidad del parámetro que utilizó el legislador para distinguir los dos supuestos de hecho que contempla la norma cuestionada -parámetro que consiste en el término de tres años o más de matrimonio para que a una pareja le sea permitido acceder al divorcio por mutuo consentimiento-, de modo que se pueda dilucidar si tal criterio de distinción se ajusta a los principios constitucionales. Para tales efectos resulta indispensable remitirse a los principios*

rectores del Derecho de Familia, los que a su vez encuentran sustento en los artículos 51 a 55 de la Constitución Política. Interesa citar para este análisis, los numerales 51 y 52 constitucionales, que sobre el particular señalan:

*"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. Muestra de esto la constituye parte de la exposición de motivos contenida en el Proyecto de Código de Familia -presentado a la Asamblea Legislativa en mil novecientos setenta-, en donde se hizo énfasis en la separación que habría de tener la materia de familia del Código Civil, dadas sus particularidades:*

*"Por otra parte, discutida con amplitud, privó en la Comisión una tesis que hoy se afirma en el campo doctrinario: la autonomía del Derecho de Familia. La tesis tradicional de que éste es una parte del Derecho Civil y, en consecuencia, materia regulada en los códigos de la materia, encuentra su inspiración en la circunstancia de haber sido la familia la unidad económica básica de las sociedades rurales anteriores a la revolución industrial, y en que se considerasen las relaciones familiares como materia en la cual no cabe supervisión alguna estatal. Contra esos postulados se alzan circunstancias actuales como el hecho de que sea hoy la empresa la unidad económica básica del mundo de los negocios, y la necesidad, sentida cada vez con mayor fuerza, de que entidades estatales especializadas ejerzan la debida vigilancia sobre el cumplimiento de las obligaciones familiares, en salvaguarda, primordialmente, del interés de los hijos menores. Se afirma entonces la separación del Derecho de Familia del Derecho Civil, sus características propias de una disciplina autónoma, orientadas con finalidades en las cuales el espíritu de lucro no juega papel alguno, y sí lo tiene, en forma muy especial la protección de los hijos, el mantenimiento de la familia, y el desarrollo armónico de las relaciones entre sus miembros, en forma que hagan posible el desenvolvimiento de la sociedad." (Expediente legislativo de la Ley No. 5476 del siete de diciembre de mil novecientos setenta y tres, pág. 5).*

*Así las cosas, encontramos en el actual Código de Familia una serie de disposiciones que involucran decididamente la tutela estatal -especialmente representada en el Poder Judicial-, y entre tal normativa la relacionada con el divorcio de los cónyuges. De lo comentado anteriormente, se desprende con facilidad que a la sociedad costarricense le interesa la permanencia del matrimonio en la medida que éste constituye precisamente la base que la sostiene, de modo que su disolución atenderá necesariamente a causas de considerable gravedad, que de no producir tal ruptura, generarían resultados contraproducentes para la sociedad misma. En otras palabras, las causales de divorcio existen en virtud de que su presencia en un matrimonio desnaturizaría el objeto de tal institución, llamada a crear y promover relaciones basadas en la comprensión y el*



*mutuo auxilio -no en la confrontación y el peligro-, indispensables para la protección y desarrollo del ser humano y la comunidad. En este sentido, no fue sino con la promulgación del Código de Familia -mediante la Ley número 5476 del siete de diciembre de mil novecientos setenta y tres- que se estimó procedente establecer como causal de divorcio el mutuo acuerdo de los cónyuges, para lo cual el legislador tuvo presente la realidad social de la época. Aprobación que fuera precedida de una serie de comentarios, como el del diputado Manuel Mora Valverde, quien señaló-: "Nosotros los abogados sabemos que en Costa Rica es posible hacer un divorcio en cinco o seis días cuando ambos están de acuerdo. Uno de los esposos se hace responsable de la causal de divorcio; generalmente el hombre. Por regla general se escoge la causal de concubinato escandaloso, porque se cree que el concubinato escandaloso no daña el prestigio del hombre. Así se producen los divorcios. Nadie los puede evitar. Si no los hace un abogado, los hace otro. Los cónyuges que no pueden vivir juntos buscan el divorcio. Querer obligarlos a no divorciarse es tal vez más perjudicial que el divorcio mismo. Un matrimonio que vive peleando, que vive en constantes discusiones, es una mala escuela para los hijos".*

*Esta manifestación fue secundada por otras, también relacionadas con la finalidad del matrimonio, por lo que el Dictamen de Mayoría favorable al Proyecto del Código de Familia "... no ha hecho otra cosa que recoger, como dice el Profesor Carbonnier, una reflexión que rueda un poco por todas partes: la de que para funcionar armónicamente, las instituciones familiares necesitan estar sostenidas por relaciones de afecto." Es con fundamento en lo anterior que se puede concluir que el legislador realizó una valoración seria de la realidad nacional de la época, de modo que no ignoró en aquel entonces el fraude procesal y las situaciones nocivas que efectivamente se daban en los matrimonios y representaban una verdadera amenaza a su finalidad esencial. Idea percibida por destacados estudiosos de nuestro Derecho de Familia, cuando sobre las novedades introducidas en la legislación de la materia se observa: "Por otra parte, encontramos en el nuevo Código una privatización y una funcionalización del Derecho de Familia, en el sentido de que lo que se persigue es otorgar la máxima tutela otorgada al grupo como tal, siendo éste funcional para la tutela de sus componentes, con lo que encuentra justificación la misma disolución del grupo (por ejemplo, mediante el divorcio) cuando los intereses jurídicamente relevantes de sus miembros no encuentran realización armónica dentro del grupo (familiar). En síntesis, la tutela del grupo está condicionada al hecho de que éste realice la tutela de los individuos que lo integran. La unidad de la familia que antes justificaba su misma estructura jerárquica, se encuentra en el nuevo Código al mismo nivel que el interés de sus componentes, como principio general de la legislación familiar." No obstante lo anterior, no debía ignorarse por su parte la unidad de la familia -principio todavía rector de la materia-, por lo que al abrir la posibilidad de esa nueva causal de divorcio, se estableció a su vez un límite que impidiera la ligereza en la utilización de tal alternativa; al respecto hay que recordar que las cuasales de divorcio constituyen situaciones especiales y de considerable gravedad. Así las cosas, si bien el divorcio por mutuo acuerdo está plenamente aceptado en la legislación respectiva en atención a circunstancias reales, también ésta exige el transcurso de un lapso determinado de vida matrimonial -tres años-, con el objeto de fomentar la unidad familiar, que a su vez constituye uno de sus objetivos y responsabilidades. Causal ésta que fue introducida después de la constatación de un uso distorsionado del proceso, mediante la invención de una determinada causal y de la correspondiente culpabilidad de uno de los cónyuges. Sin embargo, con el fin de proporcionar alguna garantía a la unidad familiar el divorcio por mutuo consentimiento deberá tramitarse en vía ordinaria y no podrá pedirse sino después de tres años de celebrado el matrimonio. No debe olvidarse al respecto que dentro de la legislación de familia se encuentran otras disposiciones tendientes a dar cabida a la unidad familiar -aún cuando sus petentes buscan disolverla- como lo son evidentemente, los procesos conciliatorios previstos para algunos casos, aún cuando se encuentra en curso ante la autoridad judicial la pretensión de disolución del vínculo. De la misma forma, el legislador apreció que un término de tres años permitía a la pareja un*



espacio suficiente para meditar la decisión del divorcio, de modo que una reconciliación entre los cónyuges tuviera más posibilidades, en aras de la permanencia del matrimonio. Estima en conclusión esta Sala, que el parámetro establecido por el legislador para determinar cuáles parejas pueden gestionar el divorcio por mutuo consentimiento y cuáles no, está acorde con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que informa la misma Constitución Política, toda vez que se buscó en el caso concreto, la equidad entre el mandato constitucional -protección especial a la familia y el matrimonio- y la realidad humana y social imperante. De conformidad con lo expuesto, la diferencia establecida en la norma impugnada no resulta contraria a los preceptos de nuestra Ley Fundamental.

III. En relación con la infracción al derecho de acceso a la justicia, debe recordarse que éste no es un derecho absoluto y el legislador se encuentra legitimado por la misma Constitución Política para limitarlo, en el tanto utilice criterios de razonabilidad y proporcionalidad en tal labor. En toda disposición normativa dirigida a regular la gestión de los particulares ante los tribunales de justicia, se establecen una serie de requerimientos mínimos, que por el hecho de exigir el cumplimiento de ciertas pautas para ser oído por un juez no constituyen violación alguna a los derechos fundamentales de las personas. Téngase presente que el artículo 41 constitucional - en su última frase- establece con claridad esa potestad del legislador de normar el acceso a la justicia al disponer que: "Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, y sin denegación y **en estricta conformidad con las leyes.**"

Sobre esta particular función del legislador, este Tribunal ha comentado en diversas oportunidades que la Carta Magna permite expresamente su intervención en aras de delimitar ciertos aspectos relacionados con los derechos fundamentales, y ha destacado que:

"Claro está la legislación de que se trate estará sujeta a la fiscalización respecto de su proporcionalidad, y razonabilidad, en tanto estos conceptos de referencia permitirían a la judicatura, en especial a esta jurisdicción constitucional, valorar el prudente, moderado y sensato ejercicio de la delegación acordada por la Constitución al establecer esas 'limitaciones y excepciones'". (Sentencia número 2570-97 de las quince y treinta nueve horas del trece de mayo de mil novecientos noventa y siete).

Interesa entonces dejar patente la efectiva existencia de la potestad del legislador para definir y delimitar el acceso a la justicia, mientras no atente en su función contra la dignidad humana. Por último, no estima esta Sala que exista infracción alguna contra el derecho en comentario, dado que por un lado, la norma impugnada no está estableciendo reglas para la presentación del acuerdo de divorcio a los tribunales, sino que está describiendo un presupuesto a cumplir para la procedencia del divorcio por mutuo acuerdo -que constituye materia distinta de la procesal-, y por otro lado, la limitación establecida no es indefinida y tiene un parámetro cierto y determinado -que además se ajusta a los principios constitucionales según se analizara en el considerando anterior-. De conformidad con lo expuesto, procede también rechazar por el fondo la acción en cuanto a este extremo se refiere."

Este Tribunal con una nueva conformación se replantea el tema y resuelve variar el criterio emitido en aquella oportunidad, con base en las siguientes consideraciones.

**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. Como ya se indicó, el principio de libertad jurídica se encuentra expresado principalmente en el principio de autonomía privada, según el cual el administrado puede regular jurídicamente de acuerdo a su voluntad y en la medida de su contenido, su esfera de acción. Básicamente el principio de libertad jurídica significa que el administrado puede fijarse él mismo los fines de su conducta y los medios para cumplirlos. Ciertamente no podría hablarse de fines completamente libres, toda vez que bajo ciertas circunstancias, el Estado puede imponerle excepcionalmente fines al particular (como los gastos públicos). Lo esencial estriba en que el Estado no puede interferir en la esfera de acción privada de los administrados, sino es a través de una autorización expresa de una norma escrita o no escrita que provenga del ordenamiento jurídico, y que los particulares puedan realizar todas aquellas actividades que no estén expresamente prohibidas. De modo que, si el ordenamiento no prohíbe una conducta, se puede interpretar que el administrado está autorizado para determinar sus propios fines y a la vez los medios a través de los cuales los quiere realizar. 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 contencioso. 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 estime 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 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.

**Por tanto: Se declara con lugar la acción. En consecuencia, se anula por inconstitucional la frase del artículo 48 inciso 7) del Código de Familia que indica: “no podrá pedirse sino después de tres años de celebrado el matrimonio y” . Por conexidad, se declara inconstitucional 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. 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.**



**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 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: 19 de 19 del 24/02/2010. Datos de la Publicación: N° Gaceta: 24 del: 05/02/1974. Alcance: 20. Colección de leyes y decretos: Año: 1973 Semestre: 2 Tomo: 4 Página: 1816.
- 2 TRIBUNAL DE FAMILIA.- Sentencia número 337 de las ocho horas diez minutos del veinticuatro de febrero de dos mil nueve. Expediente: 08-000259-0187-FA.
- 3 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 16009 de las ocho horas treinta y cuatro minutos del veintinueve de noviembre de dos mil ocho. Expediente: 08-007528-0007-CO.