ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

ADICIÓN DE UN INCISO 9 AL ARTÍCULO 48 Y REFORMA DEL ARTÍCULO 49 DEL CÓDIGO DE FAMILIA, LEY N°5476, DEL 21 DE DICIEMBRE DE 1973, LEY PARA LA REIVINDICACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL PROCESO DE DIVORCIO

EXPEDIENTE N° 20.406

DICTAMEN AFIRMATIVO MAYORIA
26 de junio de 2019

SEGUNDA LEGISLATURA
(Del 1º de mayo del 2019 al 30 de abril del 2020)

DEPARTAMENTO DE COMISIONES
COMISIÓN PERMANENTE DE ASUNTOS JURÍDICOS

ADICIÓN DE UN INCISO 9 AL ARTÍCULO 48 Y REFORMA DEL ARTÍCULO 49 DEL CÓDIGO DE FAMILIA, LEY N°5476, DEL 21 DE DICIEMBRE DE 1973, LEY PARA LA REIVINDICACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL PROCESO DE DIVORCIO

EXPEDIENTE Nº 20.406

ASAMBLEA LEGISLATIVA:

Los suscritos diputados miembros de la Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Jurídicos, encargada del estudio del proyecto de ley, **ADICIÓN DE UN INCISO 9 AL ARTÍCULO 48 DEL CÓDIGO DE FAMILIA, LEY N°5476, DEL 21 DE DICIEMBRE DE 1973, LEY PARA LA REIVINDICACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA LIBERTAD EN EL PROCESO DE DIVORCIO** expediente legislativo Nº 20.406, iniciativa de los diputados y las diputadas, Edgardo Araya Sibaja, Patricia Mora Castellanos, Suray Carrillo Guevara, Gerardo Vargas Varela, José Antonio Ramírez Aguilar y José Francisco Camacho Leiva, que fue publicado mediante La Gaceta N°128 del 06 de julio de 2017, en el alcance N°165; rendimos el presente Dictamen Afirmativo de Mayoría. Lo anterior con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. OBJETO DEL PROYECTO

El proyecto legislativo en estudio tiene como fin la incorporación de una nueva causal de divorcio a las que ya son contempladas en el artículo 48 del Código de Familia, Ley N° 5476 del 21 de diciembre de 1973.

Esta nueva causal, se establece como: “la imposibilidad de hacer vida en común”, situación que puede ser argumentada por una de las partes.

En favor de la propuesta se argumenta que el matrimonio es un acto que resulta de la autonomía de la voluntad. No obstante, de acuerdo con los proponentes, no es posible su disolución cuando una de las voluntades que concurre a este acto cambia.

Además, los proponentes consideran que existe una contradicción jurídica que se presenta entre el matrimonio como el acuerdo de voluntades y su disolución, que se puede lograr solo con el "mutuo consentimiento de ambos cónyuges". Esta situación provoca una desigualdad en el tratamiento, por cuanto se ve vulnerado el principio de autonomía de la voluntad, al obligar a mantenerse en ese estado civil, pese a que la voluntad ha cambiado.

2. CONSULTAS A INSTITUCIONES:

Mediante moción de orden N°3-3 del diputado Villalta Flórez-Estrada, se aprobó de manera unánime la consulta a las siguientes instituciones y organizaciones:

- Corte Suprema de Justicia
- Procuraduría General de la República
- INAMU
- Defensoría de los Habitantes
- Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica
- Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica

3. CRITERIOS RECIBIDOS:

FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE COSTA RICA **FD-1479-2018**	"(…) Responde a la reflexión actual en el ámbito del Derecho de Familia sobre la autonomía de la libertad en las relaciones de pareja. Los juristas que se inclinan por considerar que este principio rige la relación matrimonial parten del reconocimiento de que toda persona tiene derecho a formar una pareja,

	sea como relación de hecho o matrimonial y no puede ser obligado a permanecer en ella en contra de su voluntad. El enfoque de este proyecto que se plasma en la exposición de motivos, es acorde con esta tendencia y significa para nuestro ordenamiento un paso más en el proceso de construcción de un "derecho a la vida familiar", inspirado en la pluralidad y que reconozca que cada cónyuge conserva sus libertades personales, como la expresión, la libertad religiosa, derecho a la intimidad, el derecho a desarrollar la propia actividad laboral, entre otros."
INAMU **INAMU-PE-368-6-2018**	• En la ley vigente, para la validez jurídica del matrimonio es indispensable que exista el libre consentimiento de las partes y que su voluntad no tenga ningún vicio de nulidad. Sin embargo, una vez establecido el vínculo, éste no se disuelve cuando la voluntad de uno de los cónyuges cambia y opta por la disolución de dicho vínculo, ya que nuestra legislación no

	contempla esa posibilidad. • Cuando en una relación de matrimonio uno de los cónyuges desea divorciarse y la otra persona no tiene el mismo interés, genera desigualdades y vulnera el principio jurídico de la autonomía de la voluntad, principio básico del Derecho Civil. El valor de este principio se aprecia en el hecho de considerarse como una manifestación de la libertad de la persona, el cual se traduce en la posibilidad que tiene ésta de regular libremente sus intereses, ejercer los derechos de los cuales son titulares y concretar negocios jurídicos. • Actualmente (…) si la situación de una persona que desea divorciarse no está dentro de los supuestos establecidos, debe optar por separarse de hecho y esperar varios años para la solicitud y decreto de un divorcio o una separación judicial y obligarse a mantener un vínculo

	matrimonial que no desea. • (…) para hombres y mujeres el deber del vínculo matrimonial tiene un impacto diferenciado desde la perspectiva de género, ya que, en relaciones de poder históricamente desiguales, las mujeres se ven obligadas a mantener situaciones de convivencia poco armoniosas, en situaciones de violencia intrafamiliar, en ausencia de condiciones de bienestar y placenteras, en muchos casos aislados de sus vínculos familiares, sociales e interpersonales. • En un análisis de derecho comparado, países como Chile, El Salvador y Nicaragua contemplan dentro de sus ordenamientos jurídicos la figura del divorcio unilateral. • El Instituto avala iniciativas de ley como la presente, dirigidas a proteger el ejercicio de la autonomía de la voluntad, y en ese caso concreto como lo es

	el divorcio unilateral, consideramos importante que sea requisito necesario la sola voluntad de uno de los cónyuges para poner fin al matrimonio y proceder a la disolución de dicho vínculo, evitándose así, sobre todo para las mujeres, un proceso engorroso, costoso y desgastante.
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA **0285-P-2018**	• El texto consultado no se refiere a la organización o funcionamiento del Poder Judicial.
DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES **DH-MU-0645-2018**	• El derecho a la autodeterminación de las personas humanas está enraizado en el valor de la libertad que tienen todas las personas por lo que su tutela es un asunto de Derechos Humanos. • Las nuevas regulaciones tienen a migrar de la enumeración de las causales taxativas del divorcio a una petición conjunta por ambos cónyuges o en forma

	unilateral, sin mención de causas, es decir con solo la voluntad de uno de los cónyuges. • Si bien el proyecto avanza en esa línea, conteste con las nuevas formas de regulación y la correspondencia con el principio de autodeterminación y autonomía de la voluntad, es necesario advertir que la fórmula prevista en el proyecto de ley señala nuevamente una sujeción a lo que constituye una causal, cuando agrega a la solicitud de divorcio, la frase "ante la imposibilidad de hacer vida en común, auto limitando una causal a este derecho de petición, por lo que debe prescindirse de esta última frase. • Expresa su conformidad con la eventual aprobación del proyecto de ley en los términos consultados.

4. SOBRE EL INFORME DE SERVICIOS TÉCNICOS:

El Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa rindió informe sobre el proyecto de ley, bajo el número AL-DEST-IJU-396-2018, del 5 de setiembre de 2018. En lo que interesa al efecto, el informe destaca a partir del Apartado III, de Análisis del Articulado. En dicho apartado, se realiza un análisis que se detallará a continuación, al tiempo que se indican las razones por las cuales es imposible coincidir con el mismo:

- *"La propuesta legislativa que se compone de un artículo único pretende adicionar una causal más a esta lista, para ello la establece así:*

  "9) La solicitud de una de las partes ante la imposibilidad de hacer vida en común"

  (…)

  En primer término considera esta asesoría que es insuficiente establecer dicha acción como una "solicitud" como fundamento de la acción ante "la imposibilidad de hacer vida en común". Como lo indicamos en el análisis que antecede, las causales indicadas en el artículo 48 del Código de Familia con excepción del mutuo acuerdo son acciones o demandas judiciales lo que implica o conlleva consecuencias de tipo patrimonial y procesal

  Cabe señalar que el establecimiento de esta causal es muy amplia y admite cualquier contenido o interpretación, a un grado que haría las restantes causales inaplicables por razones poco prácticas. Esto es más evidente respecto de la causal contenida en el inciso 8) del artículo supra citado referido a la separación de hecho por un término no menor de tres años en la que de acuerdo con la jurisprudencia analizada, la ruptura de la vida en común ha sido objeto de análisis como elemento determinante para la configuración de la causal de separación de hecho."

La apreciación de que se trata de una causal amplia que admite cualquier contenido, no debe verse desde un punto de vista peyorativo o, considerando que ésta es una debilidad del proyecto, pues, es justamente lo que se pretende. Coincidiendo con los criterios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y del Instituto Nacional de las Mujeres, las causales de divorcio actualmente contempladas no son suficientes, en el tanto, si la voluntad necesaria para la validez del matrimonio cambia, sin que necesariamente alguna de las partes incurra en las causales culpables, el procedimiento que lleva a la disolución del vínculo es largo, complejo y limita la autonomía de la voluntad de las partes, pues se mantiene el matrimonio por años, hasta alcanzar los plazos establecidos en el ordenamiento jurídico. Es decir, en la amplitud de la causal, radica su relevancia.

- *"En otro orden de ideas, es preciso tener presente lo que dispone el mismo Código de Familia en su numeral 49[1], como es que para la formulación de una acción de divorcio, ésta debe ser establecida por el cónyuge inocente.*

  (…)

  *Lo señalado, haría que la demanda de divorcio pueda ser formulada por cualquiera de los cónyuges, dado que la causal se enmarca como "La solicitud de una de las partes ante la imposibilidad de hacer vida en común". Esto hace que no sea necesario determinar si el actor del proceso es inocente o no, dado que basta con que lo establezca "**una de las partes**".*

  Es decir, que para establecer la acción de demanda de divorcio fundamentado en la nueva causal no será preciso que la formule el

[1] "Artículo 49.- La acción de divorcio sólo puede establecerse por el cónyuge inocente, dentro de un año contado desde que tuvo conocimiento de los hechos que lo motiven.

En los casos de ausencia judicialmente declarada podrá plantear la acción el cónyuge presente en cualquier momento. Para estos efectos el Tribunal nombrará al demandado un curador ad litem." (el subrayado es propio)

cónyuge inocente, esto es que ambos cónyuges se encuentran legitimados para presentar la acción que solicite la disolución del vínculo matrimonial.

Tal y como se puede determinar en caso de aprobarse la propuesta, se produciría una derogación tácita del numeral 49 del Código de Familia. Es decir que la norma posterior por ser contraria a la normativa vigente, prima y con ello, en forma tácita modificará o derogará el contenido del señalado artículo 49."

Sobre esta observación, lleva razón el Departamento de Servicios Técnicos en cuanto a que el artículo 49 del Código de Familia no sería aplicable para la causal que se está incorporando. Sin embargo, no se están derogando el resto de causales culpables, por lo tanto, se mantiene la posibilidad jurídica de una persona de decidirse por incoar el proceso de divorcio con sustento en el resto de causales. Por lo tanto, corresponde aclarar expresamente, que el numeral 49 del Código de Familia, no aplicaría para la nueva causal, sin derogarlo.

- *"Desde esa perspectiva la nueva causal que se pretende adicionar mediante esta iniciativa, en cuanto a su alcance no se encuentra desarrollada, parece que la solicitud de una de las partes (cualquiera) imposibilitada de hacer vida en común, es una idea que cae dentro de la mayor subjetividad, la determinación es unilateral, a un grado que no parece siquiera necesario darle audiencia a la otra parte. Esto por cuanto es una decisión ya adoptada desde que se formula la solicitud.*

  De acuerdo a la exposición de motivos de este expediente se destaca la libertad de determinación como elemento sobre el que gravita esta propuesta y por tanto, pareciera ser suficiente con lo manifestado por la parte que formula la demanda, amparada en la nueva causal, para que se decrete el divorcio. No obstante lo anterior puede representar un quebranto del principio de seguridad jurídica que exige que "el destinatario de las normas jurídicas pueda saber con certeza 'a qué atenerse' cuando es confrontado con esas normas" (Procuraduría General de la República, Dictamen C-367-2003). Adicionalmente podría representar un problema de

constitucionalidad por su misma redacción al establecer con un contenido amplio e indeterminado la causal objeto de estudio, dada las variadas interpretaciones que se podrían dar al término "vida en común"."

Es imposible coincidir con el criterio esgrimido por el Departamento, en el tanto, la seguridad jurídica, el saber a qué atenerse, no es un principio jurídico que pueda ubicarse por encima del principio de autonomía de la voluntad.

Es absolutamente improcedente considerar que, porque las expectativas de una de las personas vinculada a otra a través del matrimonio, pudieran llegar a verse afectadas, alguien deba verse en la obligación de mantener un vínculo en el cual ya no quiere estar, por las razones que sea. Cuando hablamos de seguridad jurídica en la disolución del vínculo matrimonial, ésta se supedita a la garantía en cuanto a situaciones que adquieren relevancia a partir de la disolución del vínculo, como la distribución de los bienes o el cuido de las personas menores de edad. No es posible oponerse a la decisión de una persona de disolver un matrimonio, sea cual sea su motivación subjetiva, alegando que se afecta el derecho a saber a qué atenerse de su cónyuge.

- *"Finalmente se advierte posible infracción a los principios de proporcionalidad, razonabilidad y debido proceso al desprotegerse a una de las partes de la eventual demanda.*

  Es conveniente precisar que nuestra legislación autoriza hoy día el divorcio por mutuo consentimiento o la separación judicial, pueden independientemente del tiempo que tengan de haber contraído matrimonio."

La afirmación en cuanto a la posible infracción de los principios de razonabilidad, proporcionalidad y debido proceso, carece de sentido jurídico, en el tanto, no existe ninguna desprotección a ninguna de las partes, justamente, porque lo que se pretende con la inclusión de la causal propuesta, es que nuestro sistema deje de contemplar únicamente causales culpables, a partir de las cuales, se tiene que demostrar una falta de alguna de las personas dentro del matrimonio, para que nazca a la vida jurídica, la posibilidad de solicitar un divorcio.

En el caso de esta causal, efectivamente, no hay nada qué probar. Se parte del reconocimiento de la voluntad de ambas partes para contraer matrimonio y, en consecuencia, si una de esas voluntades cambia, uno de los requisitos esenciales para la validez del matrimonio deja de existir, siendo posible la disolución del vínculo con la simple solicitud de una de las partes: aquella que ya no tiene voluntad para mantenerse en matrimonio.

De conformidad con las argumentaciones expuestas, rendimos el presente **Dictamen Afirmativo de Mayoría**, sobre el proyecto de ley: **ADICIÓN DE UN INCISO 9 AL ARTÍCULO 48 DEL CÓDIGO DE FAMILIA, LEY N°5476, DEL 21 DE DICIEMBRE DE 1973, LEY PARA LA REIVINDICACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA LIBERTAD EN EL PROCESO DE DIVORCIO, expediente legislativo Nº 20.406.**

DADO EN LA COMISIÓN PERMANENTE ORDINARIA DE ASUNTOS JURÍDICOS, A LOS VEINTISÉIS DÍAS DEL MES DE JUNIO DE 2019.

ASAMBLEA LEGISLATIVA
COMISIÓN PERMANENTE ORDINARIA DE ASUNTOS JURÍDICOS
DECRETA:

ADICIÓN DE UN INCISO 9 AL ARTÍCULO 48 Y REFORMA DEL ARTÍCULO 49 DEL CÓDIGO DE FAMILIA, LEY N°5476, DEL 21 DE DICIEMBRE DE 1973, LEY PARA LA REIVINDICACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL PROCESO DE DIVORCIO

EXPEDIENTE Nº 20.406

"ADICIÓN DE UN INCISO 9 AL ARTÍCULO 48 Y REFORMA DEL ARTÍCULO 49 DEL CÓDIGO DE FAMILIA, LEY N°5476, DEL 21 DE DICIEMBRE DE 1973, LEY

PARA LA REIVINDICACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL PROCESO DE DIVORCIO

ARTÍCULO 1.- Se adiciona un inciso 9) al artículo 48 del Código de Familia, Ley N.° 5476, de 21 de diciembre de 1973. El texto dirá:

"**Artículo 48.-** Será motivo para decretar el divorcio:

(…)

9) La solicitud de una de las partes ante la incompatibilidad de caracteres para poder hacer vida en común, después de transcurridos seis meses contados a partir de la celebración del matrimonio.

ARTÍCULO 2.- Se modifica el artículo 49 del Código de Familia, Ley N.° 5476, de 21 de diciembre de 1973, para que en adelante se lea de la siguiente manera:

"**Artículo 49.-** La acción de divorcio sólo puede establecerse por el cónyuge inocente, **salvo en los casos de las causales de los incisos 8) y 9) del artículo 48, en los que podrá ser presentada por cualquiera de los cónyuges. La demanda deberá entablarse** dentro del plazo de un año contado desde que **la parte actora** tuvo conocimiento de los hechos que la motiven.

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

Rige a partir de su publicación."

FIRMADO EL ÁREA LEGISLATIVA VII, SEDE DE LA COMISIÓN PERMANENTE DE ASUNTOS JURÍDICOS. SAN JOSÉ, A LOS VEINTISEIS DÍAS DEL MES DE JUNIO DEL AÑO DOS MIL DIECINUEVE.

Franggi Nicolás Solano
Presidenta

Floria María Segreda Sagot
Secretaria

Mileidy Alvarado Arias

Silvia Vanessa Hernández Sánchez

Enrique Sánchez Carballo

María Inés Solís Quirós

Walter Muñoz Céspedes

Carolina Hidalgo Herrera

José María Villalta Florez-Estrada

Diputados (as)