Universidad de Costa Rica

Facultad de Derecho

Tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho

Análisis jurídico del matrimonio simulado para obtener la residencia o la nacionalidad costarricense. Estudio de la participación de instituciones públicas relacionadas

Pamela Bonilla Valverde

Josué Gutiérrez Rodríguez

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio

2015

06 de julio del 2015
FD-AI-461-2015

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de los estudiantes: Pamela Bonilla Valverde, carne A81028 y Josué Gutiérrez Rodríguez, carne A62702 denominado: "Análisis jurídico del matrimonio simulado para obtener la residencia o la nacionalidad costarricense. Estudio de la participación de instituciones públicas relacionadas" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: ***"EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABILES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA"***

Tribunal Examinador

Informante	*MSc. Ileana Palma Porras*
Presidente	*Dra. Ana María Picado Brenes*
Secretaria	*MSc. Roxana Figueroa Flores*
Miembro	*Lic. Alberto Jiménez Mata*
Miembro	*Lic. Gustavo Jiménez Madrigal*

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el ***27 de Julio del 2015,*** *a las 6:00 p.m. en la Sede Rodrigo Facio.*

Atentamente,

Ricardo Salas Porras
Director

FACULTAD DE DERECHO ÁREA DE INVESTIGACIÓN

lcv
Cc. arch. expediente

25 de junio de 2015

Señor:
Ricardo Salas Porras
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

He finalizado la lectura del Trabajo Final de Graduación de los egresados Pamela Bonilla Valverde y Josué Gutiérrez Rodríguez, titulado: "Análisis jurídico del matrimonio simulado para obtener la residencia o la nacionalidad costarricense. Estudio de la participación de instituciones públicas relacionadas". Es por ello que, en mi calidad de Directora de dicha investigación, tengo el agrado de comunicarle que cumple, ampliamente, con los requisitos de forma y contenido que exige la normativa universitaria.

El trabajado efectuado por los egresados Gutiérrez y Bonilla aborda un tema muy poco explorado por la doctrina nacional, pero muy ocurrente en la práctica diaria del ejercicio profesional del derecho. Se trata de un campo de gran interés teórico y práctico, que los postulantes abordan con sobrada propiedad, luego de una investigación minuciosa, que se ve plasmada en un trabajo escrito con esmero y rigurosidad metodológica.

Las anteriores razones, me permiten reiterar la aprobación dada al trabajo elaborado por los egresados.

Con las muestras de mi consideración y respeto.

Atentamente,

Licda. Ileana Palma Porras
Directora

San José, 3 de julio de 2015

Señores:
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Quién suscribe, en mi condición de lector del trabajo final de graduación de los egresados **Pamela Bonilla Valverde, carnet A81028 y Josué Gutiérrez Rodríguez, carnet A62702**; titulada: "***Análisis jurídico del matrimonio simulado para obtener la residencia o la nacionalidad costarricense. Estudio de la participación de instituciones públicas***", procedo a aprobar la misma, por cumplir con los requisitos formales y sustanciales que se exigen para este tipo de trabajos.

Esta tesis introduce un estudio de la forma en que en los últimos tiempos se ha empezado a utilizar un instituto clásico familiar, como lo es el matrimonio, para justificar una ventaja migratoria de residencia o nacionalización nacional para personas que provienen de otros países y lo consideran como medio idóneo para sus intereses, lejos éstos de una situación familiar por crear, y de cómo el Estado ha debido de interponer normativas y actuaciones a fin de evitar este tipo de situaciones de aprovechamiento jurídico.

Además en el trabajo se manejan adecuadamente las normas propias de una investigación que, desde lo cualitativo, busca encontrar respuestas a las interrogantes planteadas para la confirmación de la hipótesis dada.-

Atentamente:

Alberto Jiménez Mata

Profesor – Lector de tesis

cc: Archivo

Estudiantes Bonilla Valverde y Gutiérrez Rodríguez

San José, 25 de junio de 2015

Señores
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimados señores:

Por medio de la presente hago constar que, en mi calidad de lector, he leído y examinado el Trabajo Final de Graduación a fin de optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho de los estudiantes Pamela Bonilla Valverde y Josué Gutiérrez Rodríguez, la cual se titula **"Análisis jurídico del matrimonio simulado para obtener la residencia o la nacionalidad costarricense. Estudio de la participación de instituciones públicas relacionadas"**.

Este trabajo expone la problemática del matrimonio simulado y la respuesta de diversas instituciones estatales, a partir de un vasto análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial, que permite tener un amplio panorama del tema, por lo que constituye un valioso aporte para la comprensión del ordenamiento jurídico en cuanto a este fenómeno.

Por todo lo anterior, considero que este trabajo cumple con los requisitos sustanciales y formales que exige el Reglamento de Trabajos Finales de Graduación de la Universidad, dándole mi completa aprobación para su respectiva réplica.

Atentamente,

Lic. Gustavo Jiménez Madrigal
Lector

San José, viernes 03 de julio de 2015.

Señores:
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

El suscrito filólogo, bachiller y licenciado (in fieri) por la Universidad de Costa Rica, después de leer el trabajo final de graduación titulado: ***"Análisis jurídico del matrimonio simulado para obtener la residencia o la nacionalidad costarricense. Estudio de la participación de instituciones públicas relacionadas"***, elaborado por Pamela Bonilla Valverde (portadora de la cédula de identidad 1-1429-0854) y Josué Gutiérrez Rodríguez (portador de la cédula de identidad 1-1377-0362) para optar al grado académico de Licenciados en Derecho; y luego de realizar las correcciones pertinentes en cuanto a estilo y redacción da fe de que el trabajo está listo para presentarse.

Sin otro particular, se despide atentamente,

Bach. Armando Acosta Zamora, Lic. (in fieri)
Cédula 2-579-353
Filólogo

Dedicatoria

A Dios y a mis padres quienes me han alentado y apoyado para la culminación de esta tesis de manera satisfactoria.

A todas aquellas personas que han sido víctimas de un matrimonio simulado que les ha cambiado y afectado sus vidas así como la de sus seres queridos.

Josué

Dedicatoria

A mis padres Mario y Zaida.

Pamela

Agradecimientos

Agradezco a Dios por su gracia y favor, lo que me ha permitido avanzar a lo largo de esta carrera y que a partir de experiencias y circunstancias en mi vida se generara una formación personal y profesional íntegra.

Agradezco a mis padres Ana y Jorge y a mi hermana Rebeca por apoyarme siempre en mis proyectos y sueños.

A Pamela, amiga y compañera en este proceso de investigación, que con satisfacción y esfuerzo logramos vivenciar en este recorrido.

A la profesora Ileana Palma, nuestra directora, por la paciencia, esfuerzo y dedicación al orientarnos en esta labor investigativa.

Al profesor Alberto Jiménez por su valioso conocimiento y aporte profesional en esta tesis e impulsarnos a dar lo mejor.

Al profesor Gustavo Jiménez por su excelente aporte a esta investigación y su accesibilidad en todo este tiempo para llevar a cabo este proyecto.

Y a todos mis seres queridos; aquellas personas que me apoyaron desde el primer día que entré a la carrera de Derecho y me infundieron esperanza para llegar a esta meta con éxito.

Josué

Agradecimientos

A mis padres Zaida y Mario y mi hermana Mariana.

A mi novio Luis.

A Josué.

A la profesora Ileana y los profesores Alberto y Gustavo.

A las personas que colaboraron con esta investigación y con las cuales compartí mi vida universitaria.

Gracias por su apoyo y comprensión.

Pamela

Epígrafe

"La existencia de ese matrimonio ha cambiado mi vida de muchas maneras.
Con el dinero que me iban a dar yo pude haber hecho un negocio,
no puedo obtener bono de vivienda,
no le puedo poner la pensión al padre de mi hija,
mis hijos no entienden el por qué tienen un apellido diferente al del padre,
mi vida no es la misma desde entones…"

Frase de la ofendida J. S. M. R. Tribunal Penal, Primer Circuito Judicial de San José, sentencia n° 848-2014 de las 14:00 horas, del 25 de setiembre de 2014, p.81.

Índice de contenido

Dedicatoria……...i
Agradecimientos……iii
Epígrafe……..v
Índice……...vi
Abreviaturas……x
Resumen……xi
Ficha bibliográfica……1
Título Primero……...2
Cuestiones introductorias……...2
Justificación……...2
Problemática……4
Objetivos……5
I. General……5
II. Específicos……5
Hipótesis……5
Antecedentes……6
Marco metodológico……9
I. Enfoque de la investigación……9
II. Tipo de investigación……10
Alcances y limitaciones……11
Título Segundo……12
Capítulo I: Nociones básicas del matrimonio……12
Sección I. El concepto de matrimonio……12
I.A Aproximación histórica de la noción de matrimonio……12
I.B Naturaleza jurídica del matrimonio……16
I.C El derecho humano a casarse o *Ius connubii*……19
Sección II. Matrimonio en la legislación costarricense……22
II.A El matrimonio en la Constitución Política……22
II.B Requisitos y fines del matrimonio……24

III.C Reformas legislativas al matrimonio……..34
Sección III. Invalidez e ineficacia del matrimonio..…….40
III.A Consecuencias de la invalidez del matrimonio…….....42
III.B Tipos de invalidez…….....42
III.C Tipos de nulidad del matrimonio…….....47
Capítulo II: El matrimonio simulado……..56
Sección I. La simulación y el negocio simulado…..…….56
I.A La simulación.…….…56
I.B Requisitos del acto simulado…….…59
I.C El negocio simulado…….....59
Sección II. Teorías elementales de la simulación……..…….....61
II.A La Teoría de la simulación-nulidad…….....61
II.B Sobre la simulación y la buena fe…….....62
II.C La teoría de la apariencia y la *Causa simulandi*……...63
Sección III. El procedimiento de la simulación……..64
III.A Elementos constitutivos de la simulación…….....65
III.B Tipos de simulación…….....70
III.C La prueba de la simulación…….…….70
Sección IV. Los efectos de la simulación..……..77
IV.A Sobre la invalidez del negocio simulado……..…….....77
IV.B Sobre lo nulo en el negocio simulado…… ……..77
IV.C Sobre los efectos entre las partes…….78
IV.D Efectos frente a los terceros…….....80
Sección V. Alcances de la nulidad e inexistencia en el matrimonio simulado…....83
V.A La nulidad en el matrimonio simulado…….…83
V.B La inexistencia en el matrimonio simulado…….....84
V.C Efectos jurídicos de nulidad e inexistencia en el matrimonio simulado…..…….....88
Capítulo III: Análisis penal del matrimonio simulado……..…….....91
Sección I. La familia como el Bien Jurídico tutelado…….…….91
Sección II. Matrimonio ilegal y ocultación del impedimento……..…….…….92

Sección III. Responsabilidad del funcionario……...93
Sección IV. Simulación de matrimonio y matrimonio simulado…….....93
Sección V. Falsedad ideológica……..……98
Capítulo IV: Análisis jurídico de la nacionalidad…….……105
Sección I. El concepto de nacionalidad..……..……...105
I.A Nacionalidad originaria y no originaria…….……111
I.B Tipos de naturalización……..……...112
Sección II. El procedimiento de obtención de la nacionalidad costarricense por naturalización……..……..115
II.A Naturalización por residencia……..…….....117
II.B Naturalización por matrimonio con costarricense……118
II.C Naturalización por transcendencia de alguno de los progenitores…….....121
II.D Naturalización por domicilio no menor de veinte años en Costa Rica.……122
II.E Naturalización de mayor de veinticinco años de edad, nacido en Costa Rica e hijo de padres extranjeros……..123
II.F Naturalización de mayor de veinticinco años de edad, nacido en el extranjero e hijo de padre o madre costarricense por nacimiento…….....123
Capítulo V: Análisis jurídico de instituciones públicas……126
Marco referencial de las instituciones involucradas y análisis de políticas públicas en la disminución de los efectos del Matrimonio Simulado…….....126
Sección I. Dirección General de Migración y Extranjería (DGME)…….....127
I.A Sobre la Dirección General de Migración y Extranjería……..……130
I.B Visas de ingreso……..……...134
I.C Residencia temporal y permanente……..……...…..144
Sección II. Tribunal Supremo de Elecciones…….…....158
II.A Análisis del Registro Civil, Secretaría General y Oficina de Opciones y Naturalizaciones……..……...……162
Sección III. Poder Judicial y Ministerio Público……..……168
III.A El Poder Judicial……....…168
III.B Análisis jurídico del Ministerio Público…….....175

Sección IV. Procuraduría General de la República……182
Sección V. Dirección Nacional de Notariado……..……..….187
V.A Conceptualización de la figura del Notario Público y de su ejercicio, el notariado……..…….....187
V.B La responsabilidad del notario público……..……..……...191
V.C La figura del Notario Público en el matrimonio simulado…..…….....202
Conclusiones……..……..…..208
Referencias bibliográficas……..….219

Abreviaturas

CCSS	Caja Costarricense del Seguro Social
CIJ	Corte Internacional de Justicia
DGME	Dirección General de Migración y Extranjería
DNN	Dirección Nacional de Notariado
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
PGR	Procuraduría General de la República
TSE	Tribunal Supremo de Elecciones

Resumen

En este estudio se analiza e indaga la respuesta jurídica y sancionatoria del Estado respecto del matrimonio simulado entre nacionales y personas extranjeras que buscan obtener ya sea la residencia o, en el mejor de los casos, la nacionalidad costarricense. El análisis se fundamenta en la legislación nacional, particularmente en la reforma legislativa de 2009, en la cual se instituyen cambios relevantes en materia normativa.

La figura del matrimonio entre una persona nacional y una persona extranjera se ha utilizado como medio para obtener beneficios migratorios, lo cual transgrede los fines esenciales de este instituto. Al respecto, desde 2009 el Estado ha implementado una reforma legislativa en la Ley n° 8781 Reformas al Código de Familia, Ley n° 5476, Ley n° 4573 del Código Penal, Ley n° 7764 en el Código Notarial y la Ley General de Migración y Extranjería n° 8764, con lo que se sanciona el uso abusivo y fraudulento del matrimonio. Distintas instituciones públicas han impulsado acciones para reducir las consecuencias nocivas del matrimonio simulado por parte de la persona extranjera que utiliza este instituto para obtener su residencia o nacionalidad en el país.

Dicha investigación profundiza en la doctrina nacional e internacional y la indagación mediante entrevistas a directores y jerarcas de las oficinas de instituciones públicas y de la jurisprudencia cómo este tipo de uniones constituyen un abuso del derecho. La persona extranjera busca un estatus migratorio y por medio del vínculo matrimonial con un ciudadano costarricense logra adquirir la condición de nacional. Ello afecta al Estado costarricense, sus instituciones públicas y, principalmente, a las personas víctimas de uniones fraudulentas.

En el documento se desarrolla la figura del matrimonio, sus fines, el *ius connubi*, el derecho a una nacionalidad, a la reunificación familiar y sus implicaciones con respecto al matrimonio simulado. Se aborda con detalle la figura de la simulación, sus elementos, su marco probatorio e indiciario así como la figura de nulidad, inexistencia y las consecuencias y efectos jurídicos de la

declaración de estas en un matrimonio simulado. Asimismo se plantea un análisis crítico de los tipos penales en cuanto a: la simulación de matrimonio, del matrimonio simulado en sí, la falsedad ideológica y documento falso. A modo de respaldo se citan sentencias recientes, emitidas por los tribunales del país en la que existe sanción penal a notarios públicos que realizaron matrimonios simulados. También se echa mano de resoluciones de los tribunales de familia en las cuales se determina nulidad o inexistencia del vínculo matrimonial.

Se analiza la respuesta jurídica y sancionatoria del Estado mediante sus instituciones (entiéndase la Dirección General de Migración y Extranjería, el Tribunal Supremo de Elecciones, el Registro Civil, la Secretaría del Tribunal Supremo de Elecciones y Oficina de Opciones y Naturalizaciones, el Poder Judicial, el Ministerio Público, la Dirección Nacional de Notariado y la Procuraduría General de la República) las cuales han organizado un despliegue de recursos y de intercomunicaciones para la indagación, persecución y sanción de dichas uniones fraudulentas.

A raíz de este exhaustivo análisis se concluye que el Estado, en virtud de la reforma legislativa en contra del matrimonio simulado, ha generado un marco legal efectivo y sancionatorio ante este abuso del derecho, lo cual contribuye a disminuir la cantidad de falsas uniones en la actualidad.

Aun cuando la simulación está elaborada para pasar inadvertida existe una comunicación interinstitucional satisfactoria que ha permitido apercibir el engaño y, en consecuencia, abrir procesos mediante los cuales se han decretado condenas penales y nulidades. Ello ha permitido resarcir los derechos de las víctimas de matrimonios simulados, lograr la condena de notarios públicos involucrados, cancelar las cartas de naturalización otorgadas a extranjeros que abusaron de esta vía para consolidar su estatus migratorio en el país y aminorar el volumen de matrimonios simulados.

Ficha bibliográfica

Bonilla Valverde, Pamela Cristina; Gutiérrez Rodríguez, Josué Mauricio; *Análisis jurídico del matrimonio simulado para obtener la residencia o la nacionalidad costarricense. Estudio de la participación de instituciones públicas relacionadas*. *Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica, 2015.*

Directora: M. Sc. Ileana Palma Porras

Palabras claves: *matrimonio, matrimonio simulado, simulación, simulación de matrimonio, nulidad, inexistencia, notario público, nacionalidad, residencia, extranjero, falsedad ideológica.*

Título primero

Cuestiones introductorias

Justificación

El Derecho bajo su deber ser está creado con el propósito de regular situaciones de interés jurídico así como todas aquellas acciones y actos de trascendencia legal para una nación, ya que ejerce control, ofrece seguridad y orden a un país.

Mediante el Derecho, el Estado posee una serie de prerrogativas que rigen la esfera más íntima de cada persona y pueden crear la condición de nacional o extranjero. Estas son ficciones jurídicas con las cuales el aparato estatal reconoce determinados derechos y obligaciones, según se pertenezca a una u otra categoría.

Por la importancia del Derecho en la vida diaria de las personas y gracias a tratarse de un pilar fundamental para el país, se considera vital analizar desde una óptica jurídica la simulación del matrimonio entre una persona nacional con alguien del extranjero, para lograr su estatus de residencia u obtener la nacionalidad costarricense.

Este problema se ha originado debido a la utilización fraudulenta de las leyes y la burocracia institucional, que incitan a los emigrantes a buscar una forma rápida de adquirir la residencia o la nacionalidad.

A raíz de las continuas situaciones de fraude de ley por el matrimonio simulado, en Costa Rica se han promovido cambios normativos para prevenirlo. En el año 2009, el presidente Oscar Arias Sánchez firmó una reforma legal a fin de remediar la simulación matrimonial al tiempo que sancionaría con cárcel a los involucrados, ya fueran contrayentes, testigos o abogados. Este plan modificó el Código de Familia en su artículo 19 y agregó los artículos 12 bis, 14 bis y un párrafo segundo al artículo 64 del mismo Código. Asimismo se añadió el artículo 181 bis al Código Penal; se complementó un inciso d) al artículo 145 del Código Notarial y se adicionó el artículo 73 bis a la Ley General de Migración y Extranjería.

Pese a estos cambios jurídicos introducidos no se ha resuelto el asunto del matrimonio simulado, el cual persiste como un problema en la actualidad. A modo de ejemplo, el 28 de mayo de 2013, en la portada del periódico digital *CRHOY,* se divulgó: "*Sospechoso del mayor escándalo de lavado en la historia pagó ¢300 mil a una tica para obtener la ciudadanía*"; noticia que demuestra la continuidad del conflicto que las reformas aún no logran evitar. Incluso en este tipo de delitos de fraude se pueden encontrar vínculos con el crimen organizado. De lo anterior se deduce que en distintas notarías del país existe la posibilidad, aunque no con certeza (ya que es un delito de cifra negra, por lo que no es cuantificable), de que se continúen efectuando matrimonios simulados; por lo tanto resulta de suma importancia abarcar el tema con un análisis jurídico y nuevas propuestas.

En el presente, tanto el sistema jurídico costarricense como sus instituciones, migración y afines experimentan vulnerabilidad al respecto. Por otra parte han sucedido casos donde la persona costarricense es víctima del matrimonio simulado y enfrenta las consecuencias del vínculo, entre ellas la presunción de paternidad, las dificultades para acceder a subsidios estatales o de estudios debido a que su pareja simulada posee bienes e ingresos suficientes, incluso puede experimentar trabas para contraer matrimonio con su verdadera pareja porque ante el Registro Civil aparece casado o casada sin saberlo.

Ante esta realidad nacional -el uso indiscriminado de la figura del matrimonio por intermedio de notarios públicos y personas extranjeras- urge y conviene analizar el tema a la luz de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina nacionales, en especial, cuando se discuten prerrogativas como el derecho a la nacionalidad o a la reunificación familiar, criterio que ha mencionado la Sala Constitucional en una resolución relevante.

Se trata de un tema novedoso y de interés nacional, por lo que requiere un profundo y detallado estudio legal, jurisprudencial al tiempo que se deben analizar las políticas públicas con el propósito de demostrar la existencia de una problemática social y legal. Aunado a esto es vital analizar las actuaciones

de las instituciones gubernamentales implicadas en la adquisición de residencia o nacionalidad por medio del matrimonio.

El matrimonio simulado[1] debe verse como una problemática que acarrea al país gastos económicos y de talentos humanos, pues además de movilizar el aparato migratorio también despliega el judicial, al investigarse la existencia o no de la situación delictiva o la realización declaratoria de nulidad.

Sin duda hay participación de distintas personas, ya sean físicas como el notario público, el nacional, el extranjero; o entidades del Estado como el Tribunal Supremo de Elecciones, la Dirección General de Migración y Extranjería, la Dirección Nacional de Notariado, la Procuraduría General de la República y el Poder Judicial.

Por esta razón, como problemática se estudia **la respuesta jurídica y sancionatoria del Estado al matrimonio simulado con personas extranjeras que buscan la obtención de residencia o nacionalidad costarricense**. Se trata de un tema relevante en el momento actual, pues ha sido poco investigado y este estudio constituirá un referente de las acciones o respuestas de las distintas autoridades e instancias competentes.

Problemática

¿El Estado ha respondido de forma jurídica y sancionatoria al matrimonio simulado de personas extranjeras que buscan obtener la residencia o la nacionalidad costarricense?

[1]Entendido como aquella unión que no persigue los fines establecidos por el artículo 11 del Código de Familia: la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio, sino que su principal objetivo es agilizar la gestión de residencia ante la Dirección General de Migración y Extranjería o la naturalización ante el Registro Civil.

Objetivo general

Indagar la respuesta jurídica y sancionatoria del Estado respecto del matrimonio simulado de personas extranjeras que buscan obtener la residencia o la nacionalidad costarricense.

Objetivos específicos

1. Describir las bases doctrinales, teóricas y jurídicas entorno al matrimonio simulado, la nacionalidad y las opciones de naturalización en Costa Rica.
2. Explicar la figura de la nulidad e inexistencia y su proceso establecido en el artículo 64 del Código de Familia.
3. Explicar los tipos penales aplicables para sancionar el matrimonio simulado.
4. Describir la figura del notario público y sus funciones en el acto notarial del matrimonio a la luz del Código Notarial, Código de Familia y la Dirección Nacional de Notariado.
5. Investigar la competencia y respuesta de las instituciones públicas entorno al matrimonio simulado para obtener la nacionalidad o la residencia costarricense.

Hipótesis

El matrimonio entre una persona nacional y una persona extranjera puede utilizarse como artimaña para adquirir beneficios migratorios, lo cual transgrede los fines esenciales del matrimonio. Al respecto, desde el año 2009 el Estado ha implementado una reforma legislativa: Ley n° 8781 *Reformas al Código de Familia*, Ley n° 5476, Ley n° 4573 en el Código Penal, Ley n° 7764 en el Código Notarial y la Ley n° 8764 de Migración y Extranjería, a fin de contrarrestar y sanear su uso abusivo y fraudulento. Distintas instituciones públicas han implementado acciones para reducir las consecuencias nocivas de la simulación matrimonial por parte de la persona extranjera, que utiliza esta vía como estrategia para obtener su residencia o nacionalidad en el país.

Antecedentes

En este apartado, se bosquejan estudios científicos previos en relación con el tema de estudio.

Al respecto Johanna Peralta Guillén aporta, en su trabajo final de licenciatura en Derecho (UCR-2010), el tema: ***¿Constituye la cancelación definitiva de la licencia del notario público una sanción perpetua? Propuesta para incorporar en el Código Notarial las normas legales que revoquen la habilitación que el Estado otorga al abogado para ejercer el Notariado Público****.* Se analizan y contrarrestan de forma jurídica los criterios de la Sala Constitucional que originan la inconstitucionalidad de la cancelación definitiva en el ejercicio de las funciones notariales; se formula la necesidad y urgencia de una propuesta de reforma de ley que permita, bajo ciertas circunstancias, privar de forma definitiva al notario público del ejercicio de sus funciones notariales. Se emplea el método exploratorio, el método analítico-descriptivo y el método comparativo. En cuanto a las conclusiones de este trabajo se determina la necesidad de realizar reformas integrales al derecho notarial, pues la interpretación de la Sala Constitucional elimina de forma errónea la figura de la cancelación definitiva de la licencia notarial, sin considerar la naturaleza jurídica del notario público. Además, la cancelación definitiva de la licencia notarial no constituye una sanción, sino que se trata del ejercicio de una potestad de la Administración, sin que medie una violación a los derechos del notario público, puesto que la función pública no es un derecho. El Capítulo III es pertinente al matrimonio simulado porque aborda el tema de la responsabilidad penal del notario público. La autora menciona el delito de falsedad ideológica y dedica una sección al matrimonio simulado: “El matrimonio por poder. El negocio detrás de una visa”.

Irene Palma Umaña en su tesis de licenciatura en Derecho (UCR-2009), titulada: ***La negación del derecho a la nacionalidad y sus consecuencias. Una revisión de los casos presentados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*****,** brinda un análisis de casos concretos sobre la

naturalización en Costa Rica. El trabajo muestra la relación entre la violación al derecho de la nacionalidad y la lesión de otros derechos humanos de la víctima respecto de esa primera violación jurídica. La hipótesis de este estudio plantea que negar el derecho a la nacionalidad de una persona implica un menoscabo a los derechos humanos. La investigación concluye que la negación del derecho de una persona a adquirir la nacionalidad conlleva un menoscabo a los restantes derechos de la persona, entre ellos el derecho a la educación o a la identidad. El desarrollo del concepto de nacionalidad, sus principios, maneras de adquirirla y las consecuencias de la condición de apátrida según lo aborda Palma Umaña resultan elementos oportunos para la investigación sobre el matrimonio simulado.

De Efraín Guerrero Segura y Salvador Solís Ruballos, en su tesis de Licenciatura en Derecho, UCR-2012), el ***Estudio crítico de la Ley General de Migración y Extranjería n° 8764 en cuanto al ingreso, permanencia y egreso de los extranjeros en Costa Rica*****,** se recupera un análisis de la mencionada ley. Se elabora un estudio crítico de la Ley General de Migración y Extranjería en lo que respecta al ingreso, egreso y permanencia de los extranjeros en Costa Rica, con el fin de determinar sus vicios, falencias, virtudes y especialmente el impacto que tiene dicho cuerpo normativo en la vida de la población migrante. Se aplica análisis de contenido a la Ley n° 8764 frente a las condiciones materiales del Estado para su implementación. Con un enfoque cuantitativo se describen los vicios y obstáculos que encuentra el Estado al implementar dicha ley y cuáles son los principales problemas que enfrenta el extranjero, a partir de un criterio de falsación popperiano. Se concluye que esta ley (la n° 8764) no goza de validez fáctica y deja a gran parte de la población extranjera sin la posibilidad de acceder a una condición de migrante regular, lo cual lesiona su calidad de vida en suelo costarricense. El análisis de Guerrero y Solís resulta pertinente al tema del matrimonio simulado, especialmente en los requisitos para que un extranjero solicite la permanencia por vía del matrimonio con un ciudadano costarricense.

En la investigación de Sebastián Alvarado Herrera, para su Licenciatura en Derecho (UCR-2009), se analizan ***Los derechos humanos de la persona migrante frente a la Administración Pública en la aplicación de la Ley***

General de Migración y Extranjería. En este estudio se valora la congruencia en la aplicación de la Ley de Migración y Extranjería y el respeto por los derechos humanos de la persona migrante; se estudia la legislación migratoria del país y las potestades de la Dirección General de Migración y Extranjería. La investigación se fundamenta en el trabajo doctrinal, el análisis de legislación interna, convenciones internacionales y la revisión de jurisprudencia nacional y la práctica internacional. Se concluye que tanto la legislación como la interpretación jurisprudencial son defectuosas al aplicar una política migratoria integral, pues colocan a la minoría migrante en una posición vulnerable; se determina que la ley otorga amplias potestades de interpretación y aplicación, que no existen controles efectivos y se dan múltiples interpretaciones contradictorias. Interesa al tema del matrimonio simulado la situación de matrimonio con persona costarricense y el derecho fundamental de reunión familiar.

Mario Alberto López Benavides en su tesis de licenciatura en Derecho (UCR-2008) aborda el tema de ***La(s) noción(es) de matrimonio de la Sala Constitucional*** y elabora un estudio histórico y antropológico del matrimonio. Se describen analíticamente las nociones de matrimonio; se analiza semiótica y lógicamente distintas sentencias sobre matrimonio, emitidas por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Las fuentes primarias y secundarias que emplea López Benavides permiten analizar los elementos descriptivos y correlacionales presentes en la doctrina y el estudio de las fuentes jurisprudenciales. La investigación concluye que las sentencias de la Sala Constitucional sobre los casos de matrimonio estudiados evidencian problemas lógicos y lingüísticos en virtud de la incorrección lógica y semiótica. Es relevante al matrimonio simulado el aporte analítico de López Benavides sobre dos resoluciones del matrimonio por poder. El autor menciona que existen, en la Asamblea Legislativa dos proyectos de ley para erradicar el matrimonio por medio de poder especialísimo.

Marco Metodológico

En este apartado se especifican elementos para la estructuración del trabajo. La metodología desarrollada ha posibilitado recopilar los datos y la información fundamental para cumplimentar los objetivos planteados y esclarecer cuál ha sido la respuesta del Estado ante el matrimonio fraudulento, utilizado de forma ilícita para lograr la residencia o la nacionalidad costarricense.

Enfoque de la investigación

El presente estudio es de enfoque cualitativo ya que se caracteriza por incluir una variedad de concepciones, visiones, técnicas, estudios no cuantitativos y se utiliza para descubrir y refinar preguntas de investigación[2].

Según Sampieri, Fernández y Baptista en su obra *Metodología de la investigación* este enfoque se basa en métodos de recolección de los datos no estandarizados ni se efectúan mediciones numéricas; por lo tanto, el análisis no es estadístico. El enfoque cualitativo busca recolectar datos para obtener diversas perspectivas y puntos de vista en un determinado tema.

El propósito del enfoque cualitativo es reconstruir la realidad tal y como la observan los actores en un sistema social, previamente definido; también se le llama holístico porque se precia de considerar el todo sin reducirlo al estudio de las partes. Además brinda profundidad de datos, dispersión, riqueza interpretativa, contextualización del ambiente y del entorno[3].

Este enfoque resulta adecuado en tanto que la presente investigación no se avoca en generar datos estadísticos ni numéricos, sino que se pretende la recolección de información y estudios previos, analizar e interpretar doctrina jurídica, normativa, elementos de la jurisprudencia, criterios jurídicos y sus cuerpos normativos con el fin de comprender la realidad en torno al tema del matrimonio simulado en Costa Rica, a fin de afrontar la vulneración de la figura

[2]Sampieri, R, Fernández, C, Baptista, P. Metodología de la investigación. Quinta Edición. Editorial McGraw Hill, Distrito Federal, México. 2010.
[3] Sampieri, Fernández y Baptista, op. cit.

del matrimonio en su uso fraudulento para obtener la residencia o la nacionalidad costarricense.

Tipo de investigación

De acuerdo con la revisión de la literatura, la perspectiva del estudio, los objetivos propuestos y en consonancia con Sampieri, Fernández y Baptista esta investigación es de tipo explicativa y exploratoria. Por una parte es explicativa porque se encuentra estructurada, explica a la vez que proporciona un sentido de entendimiento del fenómeno del matrimonio simulado; y por otra, exploratoria, porque examina un problema poco estudiado que no se ha tratado antes de manera directa.

Los alcances explicativos de este trabajo superan la descripción de conceptos, fenómenos o del establecimiento de relaciones entre conceptos porque se intenta responder a las causas de los eventos y fenómenos físicos y sociales[4], lo que significa explicar por qué ocurre y en qué condiciones se manifiesta, en este caso, el matrimonio simulado.

Técnicas e instrumentos de investigación y manejo de la información

Las fuentes primarias corresponden a documentos sobre la doctrina nacional e internacional, entre ellos: libros, tesis, artículos de revistas, monografías, disertaciones, ponencias, documentos digitales de fuentes en Internet, documentos de la jurisprudencia nacional. En cuanto a las fuentes secundarias, se toman datos desde los sitios virtuales de instituciones especializadas.

Con la información se ensaya un análisis doctrinario y de marco legal sobre el matrimonio y su simulación, fundamentado en libros de texto, artículos y revistas. La problemática se aborda desde el marco normativo nacional: la Constitución Política, el Código de Familia, el Código Penal, el Código Procesal Penal, la Ley General de Migración y Extranjería, votos de las Salas Segunda, Tercera y Constitucional relativos al matrimonio simulado, también sentencias de tribunales de familia, penales y notariales.

[4] Sampieri, Fernández y Baptista, op. cit.

Como instrumentos se aplican entrevistas a expertos en distintas áreas jurídicas y autoridades de instituciones públicas relacionadas con el tema de estudio; también se realizan observaciones y visitas programadas.

Alcances y limitaciones

Esta investigación analiza el matrimonio simulado como mecanismo para obtener el estatus migratorio de residente o la naturalización costarricense. De modo que no interesan otros motivos por los cuales se pueda cometer un matrimonio simulado. Se pretende determinar las acciones y respuestas jurídicas y sancionatorias de instituciones públicas relacionadas con el tema. Respecto del Tribunal Supremo de Elecciones y sus dependencias, se estudian únicamente en su función de registro del matrimonio y de la adquisición de la nacionalidad en lo que corresponde a la Oficina de Opciones y Naturalizaciones y a la Secretaría General del Tribunal Supremo de Elecciones.

Las operaciones de la Dirección General de Migración y Extranjería se analizan siempre que estén relacionadas con el otorgamiento del ingreso y residencia en el país, en especial la residencia por vínculo con costarricense. En cuanto a la figura del notario público interesa estudiar su responsabilidad en el caso de matrimonios fraudulentos. Se estudian los procesos judiciales gracias a los cuales se determina la existencia o no de un matrimonio simulado y sus consecuencias jurídicas, ya sea en el plano familiar lo que implica la nulidad o en el ámbito penal, en cuanto a los delitos contra la familia y falsedad ideológica. Se analiza el rol de la Procuraduría General de la República y el Ministerio Público en la persecución del fraude matrimonial.

Cabe mencionar las escasas fuentes bibliográficas sobre el tema y la poca cantidad de casos resueltos, la escasez de estudios sobre los efectos jurídicos y las posibles respuestas de las instituciones públicas en cuanto al matrimonio simulado en Costa Rica.

Título Segundo

Capítulo I:

Nociones básicas del matrimonio

Sección I. El concepto de matrimonio

Es necesario dar una aproximación general de la noción de matrimonio, la cual se ha formado en el transcurso de la historia. El siguiente preámbulo sobre el matrimonio se hace con el propósito de dar a conocer la evolución de esta institución, y con ello percatarse de sus fines esenciales (la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio), puesto que se ha usado para alcanzar fines diferentes a los que salvaguarda el Ordenamiento Jurídico.

I.A. Aproximación histórica de la noción de matrimonio

Los fundamentos sobre los cuales descansa el instituto del matrimonio (la vida en común, la cooperación, el mutuo auxilio e incluso la fidelidad) son elementos de la convivencia del ser humano aun antes de que se hablase del matrimonio en sí, como a continuación se explica.

El ser humano se caracterizó por convivir con sus semejantes, creó vínculos de amistad y llegó a unir lazos afectivos; de tal manera fue necesario que se establecieran vínculos de fidelidad, de mutuo apoyo, colaboración y de convivencia mutua, con el propósito principal de subsistir frente a las amenazas del entorno.

Las necesidades de sobrevivencia y los beneficios de convivir fielmente, el apoyo y la colaboración en pareja, el orden y seguridad que ello fue generando en la sociedad han sido razones fundamentales por las cuales la especie humana se mantuvo unida y esto contribuyó para fundamentar normas jurídicas como el Código de Familia de Costa Rica, específicamente el artículo 34[5].

[5]Artículo 34 del Código de Familia: “Los esposos comparten la responsabilidad y el gobierno de la familia. Conjuntamente deben regular los asuntos domésticos, proveer a la educación de sus hijos y preparar su porvenir. Asimismo, están obligados a respetarse, a guardarse fidelidad y a socorrerse mutuamente. Deben vivir en un mismo hogar salvo que motivos de conveniencia o de salud para alguno de ellos o de los hijos, justifique residencias distintas”.

La noción de matrimonio para los romanos involucró la posibilidad de la pareja de poder procrear. Bajo esta definición se concibe al matrimonio como base esencial de la familia, desde la perspectiva de generar descendencia. Es importante aclarar que el término familia se ha ampliado al punto de no existir necesariamente ligamen consanguíneo entre sus miembros. En síntesis, el matrimonio romano tenía como meta dejar estirpe.

Sobre la noción de matrimonio en Roma, Antonio Ortega Carrillo de Albornoz[6] señala a Modestino (un reconocido jurista del S. III d.C.) en un texto del Digesto que *"(…) el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer, consorcio en todas las cosas de la vida, comunicación de derecho divino y humano"*[7]. En esta idea Ortega Carrillo explica que el matrimonio es unión, consorcio y comunicación. Estos elementos fundamentan los fines esenciales del matrimonio. Establece que se trata de un consorcio para toda la vida, lo cual apunta a la indisolubilidad. Se advierte que los romanos aceptaban que el matrimonio podría disolverse; hace referencia a la complicidad entre el hombre y la mujer, de manera que vivan conjuntamente comunicados e interpenetrados.

Además de lo señalado por Modestino en el Digesto, se le suma el sentido apoyo y el auxilio mutuo así como la cooperación. Resulta vital el mutuo consentimiento, para que exista un matrimonio legitimado y legalizado. En época romana era necesario poseer capacidad natural, capacidad jurídica y consentimiento mutuo a fin de contraer matrimonio.

En cuanto a la capacidad natural, en Roma no podían contraer matrimonio los impúberes (varones menores de 14 años y las mujeres menores de 12) pues se consideraba que aún no alcanzaban el desarrollo necesario para procrear.

Respecto a la capacidad jurídica, en el Derecho Romano tal capacidad la tenían solo los ciudadanos romanos y los varones libres, explica Ortega

[6] Ortega Carrillo de Albornoz, Antonio. Derecho Privado Romano. Pp. 43-50. Recuperado el 16 de enero del 2014 del sitio web: http://www.derechoromano.es/2011/12/el-matrimonio-romano.html
[7] Idem.

Carrillo; y señala que esto era propio de una sociedad que admitía la desigualdad entre sus miembros.

Finalmente, Ortega Carrillo explica que el consentimiento de los esposos, en el Derecho Romano era de suma importancia, así como el asentimiento del patriarca de la familia; al respecto expresa lo siguiente:

> No es válido si se hubiera prestado bajo el influjo de la violencia, si eran *alieni iuris* se exigía también el consentimiento de sus paterfamilias que, según interpretación de los juristas, no tenía que ser explícitamente manifestado, bastando con que no se opusieran al matrimonio. Si el paterfamilias se negara a prestarlo sin suficiente motivo, los esposos podrían recurrir a un magistrado[8].

En cuanto al consentimiento en Roma, según Ortega Carrillo existían maneras de manifestarlo aunque no expresamente. Actualmente, se mantienen consentimientos no expresos como las ceremonias que acompañan al matrimonio. Estos actos con importancia social demuestran que no se trata de una unión forzada.

En nuestra legislación costarricense, según el artículo 13 del Código de Familia[9], el consentimiento legal y jurídicamente se debe de dar de manera expresa por parte de ambos contrayentes. Es vital que los contrayentes asientan mutuamente, requisito que puede verse viciado en los casos de simulación del matrimonio, donde el sujeto activo por medio del engaño hacia el sujeto pasivo llega a simular un matrimonio[10]. Cabe la posibilidad fraudulenta de realizar un matrimonio simulado sin que uno de los contrayentes haya manifestado su consentimiento expreso; no obstante por cumplir los requisitos legales y el peso de la fe pública que guarda la investidura de un notario, el matrimonio puede inscribirse ante el Registro Civil aunque una de las partes desconozca el hecho.

Por eso además del primer análisis sobre la manifestación expresa del consentimiento por parte de ambas personas es necesario estudiar los fines del matrimonio, sean estos el mutuo auxilio, la cooperación, la vida en común, la

[8]Idem.
[9]Artículo 13 del Código de Familia: "Para que exista el consentimiento de los contrayentes debe manifestarse de modo legal y expreso".
[10]Artículo 178 del Código Penal.

fidelidad, el consentimiento. Estos elementos son vitales en el tanto que el análisis de esta investigación se centra en la simulación del matrimonio; y sin el cumplimiento de estos fines que son heredados desde el derecho romano, incluso deducidos desde tiempos anteriores y representan la base esencial de ordenamientos jurídicos como el costarricense, sin ellos se estaría en presencia de un matrimonio simulado, tal como se estipula en los artículos 11 y 12 bis del Código de Familia.

El autor Jean-Étienne-Marie Portalis, antiguo jurista francés citado por López define matrimonio como "l*a sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar la especie, para ayudarse mediante socorros mutuos a soportar el peso de la vida y para compartir su común destino*[11]". En esta definición, el tema de la procreación se toma como uno de los fines del consorcio; y se cita de primero para indicar que este fin ya ha sido superado en nuestra legislación sin ser una obligación o un propósito para el matrimonio estrictamente.

Ahora bien entrando a los fines que el ordenamiento jurídico apoya Brenes Córdoba citado por López destaca al matrimonio como *"la asociación legítima que con carácter de por vida forman un hombre y una mujer, para la protección y el mutuo auxilio[12]"*. Se derivan el auxilio y el apoyo mutuo, de forma voluntaria y consentida, lo cual implica el hacer vida en común, que exista un compañerismo constante, vivir juntos e incluso hasta procrear.

Sin embargo, la procreación no resulta esencial para el matrimonio como se ha establecido en nuestro país. Así el profesor Pérez señalando a Rescigno, citado por López aporta que *"la doctrina ya ha suficientemente aclarado que el hecho de que falte la procreación no afecta en nada la esencia del matrimonio[13]"*. En relación con el mutuo auxilio y a la vida en común Brenes Córdoba, citado por López, señala también que:

> No debe inferirse que cuando por la edad, las enfermedades, la miseria o cualquier otra causa, alguno de esos objetos no fuera posible que se realice, haya de negarse la celebración del pacto o ponerse término al

[11]López Benavides, Mario Alberto. 2008. *La(s) noción(es) de matrimonio de la Sala Constitucional*. Tesis para optar por el grado de licenciado en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San Pedro, Costa Rica. p. 107.
[12]Idem.
[13]Idem, pp. 109 y 110.

> existente ya; porque en esto siempre se concede amplia libertad a las partes a efecto de que tomen la determinación que mejor les parezca. Por lo cual es válido el matrimonio contraído en caso de muerte, el celebrado por el anciano, el del pobre de solemnidad, el de aquel que se hallare recluido en una cárcel o en presidio (…)[14].

En cuanto a los fines del matrimonio citados por el artículo 11 del Código de Familia costarricense, dicho ordenamiento en su dos siguientes artículos: el 12 y 12bis, señala que toda condición contraria a los fines esenciales del matrimonio es nula. El matrimonio que cumpla con las formalidades de ley, pero que no tenga como propósito cumplir los fines esenciales tiene que tenerse por simulado. Parafraseando a López es posible que un matrimonio formalmente constituido pueda ser disuelto en virtud de que su estado no es concordante con los fines que orientan esta institución.

La institución del matrimonio llega a ser tan importante para el Estado que su simulación se constituye en delito, por su uso abusivo y fraudulento al existir una violación al bien jurídico tutelado, la familia, establecida en el artículo 178 y 181 bis del Código Penal.

I.B. Naturaleza jurídica del matrimonio

La primera concepción es la de acto contractual. Esta concepción tiene dos divisiones en cuanto a la naturaleza del matrimonio, la canónica y la civil, menciona López[15]. El autor explica en el caso de la concepción contractual canónica, que posee:

> Una naturaleza contractual especial, que lo hace distinguirse de los contratos comunes. Y es que para los canonistas, aparte de ser el acto de celebración un sacramento, también es un contrato que al igual que el resto de contratos requiere de un objeto, sujetos y consentimiento. Lo que lo distingue del resto de contratos menciona este autor, es que nace de la voluntad divina (derecho natural), (…) contrario del resto de contratos este no proviene de la voluntad humana[16].

Belluscio, citado por López, refiere otras razones por las cuales el matrimonio constituye un acto diferente de otros por considerarlo de origen divino:

[14] Ibidem, p.109.
[15] Ibidem, pp.113 y 114.
[16] Idem.

> …por el consentimiento que es tan esencial no puede ser suplido por ninguna autoridad humana ni hay tiempo de prescripción que pueda legalizar la unión sin consentimiento; por su objeto principal, ya que sus efectos y los deberes que de él derivan están determinados por la naturaleza y no pueden ser alterados por los contrayentes ni por la autoridad social; por su estabilidad y duración, ya que es perpetuo e indisoluble, no admite rescisión por mutuo acuerdo ni disolución por autoridad humana; y por su excelencia, ya que es sagrado y religioso por naturaleza, y no simplemente civil y profano[17].

La otra concepción contractual es la civil, la cual sostiene una naturaleza por sí misma contractual. Explica Belluscio que llega a ser considerada como tal, cuando en la Revolución Francesa, en respuesta del movimiento de secularización de aquel momento, se distinguen plenamente el matrimonio sacramento del matrimonio contrato; y así en la Codificación Francesa del siglo XVIII (*cfr.* la Constitución Francesa de 1791) se considera que "*la ley no considera al matrimonio más que como contrato civil*".

Dentro de las legislaciones latinoamericanas es común que el matrimonio posea una naturaleza contractual. El Código Civil de la República de Nicaragua, en su artículo 94 define matrimonio como "*contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen por toda la vida*". En esta misma línea el Código Civil de la República de Ecuador, indica que el "m*atrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente*[18]*"*. De igual manera, la República de Chile regula el matrimonio según la perspectiva contractual, en su artículo 102 del Código Civil y señala que "e*s un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente*". La República de Perú en el artículo 234 de su Código Civil expresa que *"el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las normas de este código a fin de hacer vida común legal, que se unen para hacer y compartir una vida en común".* En Costa Rica, el Código de Familia en su artículo 11 define matrimonio como *"la base esencial de la familia y tiene por objeto la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio".*

[17] Ibidem.
[18] Ibidem, p.108.

Agregado a esa concepción de matrimonio en Costa Rica, la Sala Constitucional en resolución 2009-003326[19] señala que se trata de un acto jurídico solemne (un criterio contractual):

> La unión entre el hombre y la mujer llamada matrimonio se logra en virtud de un acto jurídico, en el cual deben coexistir las condiciones exigidas a las personas contrayentes, al consentimiento y demás solemnidades que establece la ley para garantizar la regularidad del acto.

En cuanto a la Concepción Institucional, López explica que nace como contraconcepción del matrimonio contractual civil puesto que sus defensores sostienen que el matrimonio tiene una importancia tal que no puede verse reducido únicamente a normas positivas. Brenes Córdoba, citado por López, sostiene que:

> Desde el punto de vista puramente jurídico, el matrimonio se considera un „contrato" en virtud de tener origen y efectuación en el acuerdo de dos personas con ánimo de obligarse. Pero difiere de los contratos ordinarios en puntos esenciales: así se observa que al revés de lo que sucede en la contratación corriente en que las partes gozan de entera libertad para poner fin de común acuerdo, en cualquier momento, el pacto concertado, lo mismo que para someterlo a condiciones suspensivas o resolutorias, en cuanto al matrimonio nada de eso es permitido, por ser legalmente imposible a los contrayentes alterar las formas orgánicas de la institución, a causa de obedecer ellas a consideraciones de interés público. De otro lado, los contratos propiamente tales versan acerca de prestaciones relativas al patrimonio, al paso que el contrato matrimonial propónese por objetivo un fin de orden moral en que las personas, y no los bienes, es lo que forma, si vale decir, la materia del compromiso[20].

Ahora bien, se ha intentado hacer una concepción Ecléctica, que según López busca conciliar la concepción contractual del matrimonio con la institucional. A criterio de este autor, de primera impresión esto parecería bueno:

> Sin embargo, intenta combinar los dos sentidos que jurídicamente puede tener la palabra matrimonio y los refunde en una sola naturaleza, como si fuera lo mismo hablar de una manifestación de voluntad que adherirse a un régimen jurídico especial (…). En otras palabras, los sentidos de matrimonio acto y el de matrimonio institución desaparecerían, quedando sólo un sentido de matrimonio que no admite ver este sino como un todo en el que confluyen dos conceptos, que fuera del plano de las ideas,

[19]Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia. Resolución número 3326- 2009, de las once y cincuenta y ocho del veintisiete de febrero del dos mil nueve.
[20]López Benavides, Mario Alberto, op. cit., pp.115 y 116.

designan dos cosas totalmente diferentes. Es decir no habría correspondencia entre la noción ideal y lo que se pretende denotar[21].

En el trascurso de la historia, el matrimonio se ha visto influenciado por elementos religiosos, sociales, políticos, incluso ideológicos. Su naturaleza jurídica no se puede ubicar de forma tajante en una naturaleza jurídica contractual o institucional, pero ambas son válidas.

Con esta breve disertación sobre el matrimonio se perfila su definición y el desarrollo de sus fines a través del tiempo. A la vez que se construye un criterio base que permite desarrollar el tema del matrimonio simulado. Se bosqueja el panorama de que el cumplimiento "por fuera" en cuanto a requisitos de forma, pero el incumplimiento "por dentro" en cuanto a su esencia advierte el fraude de la simulación de matrimonio.

I.C. El derecho humano a casarse o *Ius Connubii*

La Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su artículo 16,[22] tres derechos que toda persona debe gozar: del derecho a casarse, a fundar una familia y disfrutar de iguales derechos en cuanto al matrimonio, mientras dure y en caso de su disolución.

Explica Gerardo Trejos en su libro *Derecho de la Familia* que lo expuesto en el párrafo anterior implica la existencia de dos derechos diferentes, puesto que la realidad demuestra que existen familias sin matrimonio[23]. Además, aclara que *ius connubii "el derecho a contraer matrimonio es un derecho individual de orden público que no puede ser alienado"*[24].

La autora Sara Acuña Guirola añade que "e*l Ius comnubi o derecho a contraer matrimonio puede denominarse como un acto de libertad personal, o*

[21]Ibidem, p.116.
[22]*1. "Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.*
2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.
3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".
[23]Trejos, Gerardo. Derecho de la Familia. Primera Edición. San José, Costa Rica. Editorial Juricentro. 2012. P. 94. Para más información se puede revisar lo ocurrido en cuanto a la aceptación de la unión de hecho en el Código de Familia. Revisar voto número 3693-1994de Sala Constitucional.
[24]Trejos, op. cit., p. 93.

como derecho natural, propio, (…) pero nunca puede constituir un deber jurídico ya que nadie puede ser obligado a casarse"[25].

El Pacto de San José o Convención Americana sobre Derechos Humanos[26] en su artículo 17 inciso 2, también establece el derecho de toda persona de contraer matrimonio y fundar una familia; y agrega limitantes a este derecho *"si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas*". Reitera en el inciso tres el requisito necesario para celebrar el matrimonio; esto es, contar con el "*libre y pleno consentimiento de los contrayentes".*

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[27], en su artículo 23 estipula el derecho de toda persona "*a contraer matrimonio*". El inciso cuarto señala la obligación estatal de asegurar igualdad de derechos y deberes entre los cónyuges y la protección de los hijos, si los hubiere.

La legislación internacional en materia de derechos humanos ha establecido el derecho de toda persona de contraer matrimonio y fundar una familia. De este derecho se colige la libertad de elegir el momento y la persona con la cual fundar matrimonio, sin que existan coacciones. En este sentido, los países miembros tienen la obligación de garantizar el ejercicio completo de estos derechos y de velar porque exista un libre y pleno consentimiento de querer contraer matrimonio. No obstante, los estados pueden limitar el ejercicio, por razones de edad, sin menoscabo de otros derechos.

De los derechos y obligaciones que se desprenden del derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, se encuentra la necesaria existencia del libre y pleno consentimiento de los contrayentes. El libre consentimiento de ambos contrayentes es un elemento fundamental para la celebración del matrimonio.

---

[25]Acuña Guirola, Sara. Cuestiones actuales de Derecho Comparado. Artículo: El derecho a contraer matrimonio y el derecho a formar una familia en los textos internacionales de derechos humanos y en la Constitución española de 1978. Universidad de Cádiz. Pp. 225-234. Recuperado de http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/11221/1/CC-73%20art%2016.pdf

[26]*"2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.*
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes".

[27]Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966
Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.

Al respecto distintos instrumentos internacionales dan especial énfasis. Tal es el caso de la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, en el que se establece en su artículo primero:

> 1. No podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por estos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley.
>
> 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, no será necesario que una de las partes esté presente cuando la autoridad competente esté convencida de que las circunstancias son excepcionales y de que tal parte, ante una autoridad competente y del modo prescrito por la ley, ha expresado su consentimiento, sin haberlo retirado posteriormente[28].

Resulta necesario que se garantice efectivamente que las partes contrayentes estén conscientes de lo que realizan y manifiesten su aceptación en un acto formal ante la autoridad competente para acreditar el vínculo matrimonial. Esto sin perjuicio de la formación de otros vínculos que implican las mismas consecuencias jurídicas en cuanto a derechos y obligaciones, por ejemplo las uniones de hecho, que no son tema de esta investigación.

La garantía del libre consentimiento a la hora de contraer matrimonio implica a su vez que "*el Estado no puede en forma alguna impedirle u obstaculizar de modo razonable el matrimonio de las personas*", según señala la resolución número 3693-1994 de la Sala Constitucional[29].

Según Trejos además del necesario libre y pleno consentimiento, los países pueden establecer "impedimentos matrimoniales". Estos no pueden ser contrarios a los derechos de las personas, por ejemplo, no pueden implicar la obligación de casarse, puesto que el *ius connubi* implica el derecho a casarse, tanto como el derecho a no hacerlo. Algunos impedimentos violatorios al derecho del *ius connubi* son la cláusula de celibato en un contrato que afecta el derecho de toda persona de elegir libremente si desea contraer matrimonio, y

[28] El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 10 regula el matrimonio en términos similares.
[29] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución No. 3693-1994 de las nueve horas con dieciocho minutos del veintidós de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

que no exista pena privativa de libertad, que afecta el derecho de la persona privada de libertad de casarse[30].

Por otra parte, Acuña Guirola citando a Hervada y Zumaquero explica que "*la causa del vínculo matrimonial es el consentimiento*"[31] de las partes. Por esto resulta fundamental que el Estado establezca, en las regulaciones del matrimonio, requisitos que garanticen la manifestación del libre consentimiento y de la libre elección del cónyuge. Acuña Guirola enfatiza que el *Ius connubi* es *"el reconocimiento de una de las principales manifestaciones del derecho a la persona a configurar su propia vida, en cuanto reconoce y garantiza el derecho a adoptar una decisión"*[32].

En virtud de lo anterior, la garantía del libre consentimiento es fundamental para que exista el derecho a casarse, tan importante que el Estado crea mecanismos para enfrentar y sancionar los matrimonios en los que no hay libre consentimiento. Las condiciones que cada país puede exigir para la celebración del matrimonio (además del necesario libre y pleno consentimiento) no pueden ser contrarios a los derechos de las personas.

Sección II. El matrimonio en la legislación costarricense

II.A. El matrimonio en la Constitución Política

La Constitución Política de Costa Rica, en el artículo 52 otorga al matrimonio una protección especial y establece "*la igualdad de derechos de los cónyuges*". La Sala Constitucional en su resolución número 07262-2006 define matrimonio como la "*unión heterosexual monogámica*[33]", por lo que se establecen los mismos derechos tanto para el varón como para la mujer en la relación matrimonial.

[30]Trejos, Gerardo, op. cit., p Pp 93 y 95.
[31] Acuña Guirola, Sara. Cuestiones actuales de Derecho Comparado. Artículo: El derecho a contraer matrimonio y el derecho a formar una familia en los textos internacionales de derechos humanos y en la Constitución española de 1978. Universidad de Cádiz. Pp. 225-226 Disponible en: http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/11221/1/CC-73%20art%2016.pdf. Cita a Hervada y Zumaquero. Textos Internacionales de Derechos Humanos, Pamplona 1978, p. 106.
[32]Ibid. P. 229.
[33]Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia. Resolución número 07262-2006 de las catorce horas y cuarenta y seis minutos del veintitrés de mayo del 2006.

El artículo 14 de la Constitución Política establece la figura jurídica de la naturalización para obtener la nacionalidad costarricense y permite la naturalización por matrimonio:

> 4) La mujer extranjera que al contraer matrimonio con costarricense pierde su nacionalidad.
>
> 5) Las personas extranjeras que al casarse con costarricenses pierdan su nacionalidad o que luego de haber estado casadas dos años con costarricenses, y de residir por ese mismo período en el país, manifiesten su deseo de adquirir la nacionalidad costarricense.

Se hace la mención de la resolución 3435-1992[34] en la que se estableció "*que cuando en la legislación se utilicen los términos „hombre" o „mujer", deberán entenderse como sinónimos del vocablo „persona", y con ello eliminar toda posible discriminación „legal" por razón de género, corrección que deben aplicar todos los funcionarios públicos".* Esta interpretación tiene sustento en la igualdad de derechos y responsabilidad de los cónyuges que se establece en el artículo 52 constitucional.

El matrimonio en el Código de Familia

El Código de Familia en su artículo 2 establece "*la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges"* como un principio rector en materia familiar. La regulación sobre el matrimonio abarca el título primero del Código, desde su artículo 10. El Capítulo Primero se enfoca en las disposiciones generales, mientras que el Capítulo Segundo se refiere a los impedimentos, revalidaciones y la dispensa. Por otro lado, los Capítulos Tercero y Cuarto hacen referencia al matrimonio católico y al matrimonio civil, respectivamente. El matrimonio puede ser catalogado según el funcionario que lo puede realizar y darle validez. En Costa Rica, el sacerdote católico, el notario público, el cónsul y el juez de familia están legitimados para realizar un matrimonio. El matrimonio católico se encuentra regulado en el artículo 23[35], mientras que el matrimonio civil a partir del artículo 24.

[34]Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia. Resolución número 03435-1992 de las dieciséis horas y veinte minutos del once de noviembre de 1992.
[35]Artículo 23 del Código de Familia: "El matrimonio que celebre la Iglesia Católica, Apostólica y Romana con sujeción a las disposiciones de este Código, surtirá efectos civiles. Los Ministros que lo celebren

Cabe destacar que la presente investigación enfatiza en el matrimonio civil, debido a su exposición a mayor probabilidad de fraude[36], con respecto al matrimonio católico.

La autoridad competente para realizar un matrimonio civil, según el artículo 24 es el juez de familia de la jurisdicción en donde resida cualquiera de los contrayentes, así como el notario público. En este caso, el matrimonio debe constar en escritura pública. El citado código regula el matrimonio por representación, que se encuentra previsto en el artículo 30, el cual permite la celebración del matrimonio mediante la utilización de un poder especialísimo vigente por parte del contrayente que no pueda estar presente al momento de la celebración. Todo esto es una descripción somera de lo que abarca el Código de Familia en cuanto al matrimonio.

II.B. Requisitos y fines del matrimonio

El Código de Familia[37] en su artículo 13 establece dos de los requisitos más importantes para la constitución de un matrimonio válido: el consentimiento de los contrayentes y la manifestación expresa de dicho consentimiento. Además, el artículo 14 establece una serie de impedimentos para contraer matrimonio, los cuales son:

> De la persona que esté ligada por un matrimonio anterior.
> Entre ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad.
> Entre hermanos consanguíneos.
> Entre el adoptante y el adoptado y sus descendientes; los hijos adoptivos de la misma persona; el adoptado y los hijos del adoptante; el adoptado y el excónyuge del adoptante; y el adoptante y el excónyuge del adoptado.
> Entre el autor, coautor, instigador o cómplice del delito de homicidio de uno de los cónyuges y el cónyuge sobreviviente.
> Entre personas del mismo sexo.
> De la persona menor de quince años.

---

quedan sujetos a las disposiciones del Capítulo IV de este Título en lo aplicable, para lo cual serán considerados funcionarios públicos".

[36] En la nota del periódico La Nación titulada "*25 cubanos contrajeron nupcias un día antes de regir nueva ley"* se menciona la existencia de notarios públicos que se dedican a realizar matrimonios fraudulentos. http://www.nacion.com/data/cubanos-contrajeron-nupcias-regir-nueva_0_1304669662.html

[37] Artículo 13 del Código de Familia: "Para que exista matrimonio el consentimiento de los contrayentes debe manifestarse de modo legal y expreso".

Según el artículo 64 del Código de Familia, el matrimonio celebrado entre las personas citadas en el artículo 14 será nulo. Por disposición del artículo 14 bis[38], el matrimonio simulado también se considerará nulo. El artículo 15 se refiere a las causales que implican la anulabilidad del matrimonio celebrado cuando:

> Cuando uno o ambos cónyuges hayan consentido por violencia o miedo grave, o por error en cuanto a la identidad del otro;
> Cuando uno o ambos cónyuges carezcan de capacidad volitiva o cognoscitiva.
> Cuando un cónyuge sea incapaz por impotencia absoluta o relativa, siempre que el defecto sea por su naturaleza incurable y anterior al matrimonio; y
> Cuando el matrimonio fuere celebrado ante funcionario incompetente.

Bajo dichas causales el matrimonio quedará revalidado sin necesidad de declaratoria expresa por el hecho de que los cónyuges no se separen durante el mes siguiente al descubrimiento de estas causales. El artículo 16 regula lo referente a los casos en que celebrar un matrimonio es prohibido por la ley. Esta prohibición no implica la nulidad del vínculo, según el artículo 17. La celebración del matrimonio por parte de la autoridad competente, en lo que interesa: el notario público, se encuentra regulada en el artículo 28, en el que se establecen los siguientes requisitos:

> Dos testigos idóneos que declaren bajo juramento, sobre la libertad de estado y aptitud legal de los contrayentes;
> Los documentos que demuestren que se ha obtenido el correspondiente asentimiento, cuando se trate de personas que lo necesiten;
> La certificación de los asientos de nacimiento y libertad de estado de los contrayentes, expedida por el Registro Civil. El extranjero podrá demostrar su libertad de estado por cualquier medio que le merezca fe al funcionario, en defecto de los documentos anteriormente citados; y
> Certificación de la fecha de la disolución del anterior matrimonio si la contrayente hubiere estado casada antes.

Además, se deben mencionar otros requisitos que considera el Código de Familia. A saber, el artículo 25 ordena la publicación del edicto matrimonial en el Boletín Judicial. Se destaca el artículo 32 el cual permite la no publicación o dispensación del edicto si el notario público, bajo su responsabilidad, considera que los contrayentes no tienen impedimento para contraer matrimonio.

[38]Este artículo regula únicamente la nulidad del matrimonio simulado.

El matrimonio cambia el estado civil de los contrayentes, por lo que resulta necesario hacer su inscripción ante el Registro Civil, en la Sección de Inscripciones. Se aplica el Reglamento del Registro del Estado Civil[39] que establece, en el Título VI, el Registro de Matrimonios. Los requisitos de inscripción del matrimonio según el artículo 28 de dicho Reglamento exigen el cumplimiento de una fórmula que suministra la Sección de Inscripciones del Registro Civil. Desde el año 2009 se implementó la vía del formulario digital; y se mantiene todavía el formulario tradicional.

Un tema muy relacionado con la inscripción del matrimonio, es el estado civil de las personas. El artículo primero del Reglamento del Registro del Estado Civil lo define como *"el conjunto de cualidades, atributos y circunstancias de la persona que la identifican y que determinan su capacidad jurídica de un modo general y permanente*"[40]. Además, en su artículo segundo el Registro Civil se presenta como la institución encargada de "*la constancia y publicidad de los hechos y actos que afectan el estado civil de las personas*".

Para efectos de esta investigación resulta de suma importancia entender el instituto jurídico del estado civil y su envergadura en la identificación de las personas. El estado civil es materia de orden público y, como tal, se encuentra regulado por el ordenamiento jurídico. El estado civil afecta a las personas en su esfera más íntima y tiene serias implicaciones, por lo que requiere una adecuada regulación. Este limita las posibilidades de las personas en cuanto a ejercer el derecho a casarse, pues una persona en estado civil casada, no puede contraer matrimonio por segunda vez hasta que se encuentre en libertad de estado.

Es muy importante destacar que la inscripción del matrimonio debe hacerse a más tardar ocho días después de su celebración, por lo que el notario público está obligado a presentarse en la Sección de Inscripciones[41] a realizar el trámite dentro de ese plazo.

[39] Tribunal Supremo de Elecciones. Decreto TSE 06 Reglamento del Registro del Estado Civil del tres de mayo del dos mil once. Publicado en la Gaceta número 94 del diecisiete de mayo del dos mil once.
[40] Tribunal Supremo de Elecciones. Decreto Nº 06-2011 Publicado en La Gaceta número 94 de 17 de mayo de 2011.
[41] Se destaca el uso de una plataforma digital.

Según el inciso a) del artículo 32 del Reglamento citado, el Oficial de Inscripción, funcionario del Registro Civil deben verificar los siguientes requisitos para inscribir el matrimonio:

> a) La capacidad de las personas contrayentes y testigos, las cuales deben haber comparecido con documento de identidad idóneo vigente. En el caso de costarricenses, con su cédula de identidad y en el de personas extranjeras, con alguno de los documentos de identidad establecidos en la Ley General de Migración y Extranjería.

Los documentos de identidad establecidos en la Ley General de Migración y Extranjería son: el pasaporte o la cédula de residencia. Según el Tribunal Supremo de Elecciones[42] solo se debe presentar la declaración de matrimonio suministrada por la oficina de Registro Civil encargada, debidamente completa, firmada y sellada por la persona que celebró el matrimonio, en el caso de matrimonios entre nacionales. Cuando uno de los cónyuges es extranjero se requiere, además de la fórmula, una copia certificada del documento de identidad válido. Si el matrimonio fue celebrado mediante poder especialísimo, como lo permite el artículo 30 del Código de Familia, al inscribirlo el Oficial revisa que el poder o representación cumpla con los requisitos exigidos por el Código Notarial[43] en su numeral 84.

Para el matrimonio celebrado en el extranjero, el artículo 39 del Reglamento de Registro del Estado Civil indica que para que proceda la inscripción se debe aportar un "*certificado de matrimonio debidamente inscrito en el país de origen, del que se desprendan los datos necesarios para la identificación de las personas contrayentes y para verificar la legalidad de la unión*". Para este tipo de trámite se utiliza la apostilla del documento por parte del consulado o embajada del país. Cabe destacar la Plataforma Digital para la inscripción de matrimonios del Registro Civil, la cual se implementa a través del Plan Piloto con el trámite de "Declaración de Matrimonios Civiles" PRONACOMER-MEIC-TSE, del 16 de setiembre de 2009. El objetivo de dicho

[42]Tribunal Supremo de Elecciones. Información de Trámites Institucionales. Recuperable en dirección: http://www.tse.go.cr/pdf/requisitosytramites/Inscripcion-de-matrimonio-civil-o-catolico.pdf

[43] Artículo 84 del Código Notarial. Representaciones. Cuando el compareciente actúen en nombre de otra persona, física o jurídica, deberá indicarse a quién representa, con expresión del nombre y los apellidos de esta, así como las calidades referidas en el artículo anterior y, en su caso, la clase y el número, si lo tuviere, del documento de identificación o el nombre, el domicilio y la dirección exactos de la persona representada (…)".

proyecto consiste en desarrollar un sistema informático que permita al Notario Público enviar de manera digital al TSE, la declaración de los matrimonios civiles que éste celebre, anexando los requisitos de ley que se solicitan para su inscripción y con estándares de calidad, seguridad y confiabilidad[44]. El uso de esta plataforma implica que el Notario Público debe tener una cuenta autorizada por el Tribunal Supremo de Elecciones y contar con firma digital. La implementación de medios electrónicos para realizar las inscripciones facilita un trámite mucho más rápido y seguro, pues existen diversos controles al notario celebrante: por ejemplo, el uso de una firma digital.

Los fines del matrimonio

El matrimonio cuenta con una amplia protección establecida en la Constitución Política, la legislación internacional y en leyes de menor rango. La realidad social del matrimonio, a través de los años, ha implicado una construcción jurídica que se encuentra ampliamente regulada por el Ordenamiento Jurídico nacional. El matrimonio en Costa Rica ha sido definido como la unión entre un hombre y una mujer que tenga por objeto la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio (*cfr.* el artículo 11 del Código de Familia). Estos tres son los fines esenciales del matrimonio, cuyo efectivo cumplimiento permite la validez de la unión[45].

Es necesario relacionar estos fines con otras construcciones jurídicas en las que se afianza el matrimonio, como son la igualdad de derechos y deberes entre los cónyuges, el respeto mutuo y la fidelidad. El Capítulo Quinto del Código de Familia, a partir del artículo 33, estipula los Efectos del Matrimonio. En el artículo 34 se mencionan los derechos y obligaciones de los esposos. Los artículos 64 y 65, en el Capítulo IX, desarrollan el tema de la nulidad del matrimonio. En primer lugar, se refieren al artículo 14, el cual regula la imposibilidad del matrimonio; en segundo lugar, se discute sobre la nulidad del matrimonio simulado; y, en tercer lugar, los casos de anulabilidad o nulidad relativa del artículo 15. El artículo 66 declara que para el cónyuge que obró de

[44] Información suministrada en la Oficina de Inscripciones del Tribunal Supremo de Elecciones por la Máster Rosa Calvo, Oficial de Inscripciones.
[45] El artículo 12 bis del Código de Familia establece una causal de nulidad absoluta si no se cumplen con los fines citados.

buena fe y para los hijos el matrimonio declarado nulo o anulado produce todos los efectos civiles que les favorezcan. Además, la nulidad del matrimonio no perjudica a terceros hasta que se inscriba la declaratoria en el Registro Civil. El Capítulo Primero del Código de Familia se refiere al matrimonio, el artículo 11 desarrolla el principio constitucional del matrimonio como base de la familia y por tanto, merecedor de tutela estatal. Además, establece el objeto y fines del matrimonio. Los fines del matrimonio también se encuentran regulados en el artículo 34, según se mencionó.

A continuación, se estudian los tres fines esenciales del matrimonio así estipulados en el Código de Familia: la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio. Se pretende demostrar que la unión que los incumpla no puede ser considerada como un matrimonio, en virtud del artículo 12bis.

Vida en común

La vida en común ha sido ampliamente definida en la jurisprudencia nacional; se encuentra descrita específicamente en el artículo 34 del Código de Familia, el cual establece:

> Artículo 34.- Los esposos comparten la responsabilidad y el gobierno de la familia. Conjuntamente deben regular los asuntos domésticos, proveer a la educación de sus hijos y preparar su porvenir. Asimismo, están obligados a respetarse, a guardarse fidelidad y a socorrerse mutuamente. Deben vivir en un mismo hogar salvo que motivos de conveniencia o de salud para alguno de ellos o de los hijos, justifique residencias distintas. (El subrayado es propio, no del original).

La Sala Segunda en la resolución número 063-1997 al analizar la residencia conjunta como una obligación considera que:

> …la decisión de casarse, ejecutada por dos personas, conlleva una serie de cambios en el modo de vida que hasta ese momento ambas han tenido. Uno de los más importantes, configurado por el ordenamiento jurídico vigente como una obligación (artículo 34 del Código de Familia), es el establecimiento de una residencia común: el domicilio conyugal. Este es el lugar en el que los cónyuges residirán como pareja y en el que construirán y desarrollarán su vínculo. (…) Esta denominación se aplica

> al sitio donde compartirán los momentos cotidianos y los trascendentes, donde se tomarán las decisiones, en fin, donde transcurrirán sus vidas[46].

La Sala Segunda recalca la importancia del matrimonio y de la protección que el Estado le debe dar, pues se trata de la base de la familia y consta de una serie de principios y obligaciones: el respeto mutuo, la igualdad de deberes y derechos y la obligación de establecer un domicilio conyugal. La convivencia doméstica entre la pareja se constituye una de las principales y más antiguas consecuencias del matrimonio, pues esta institución implica que los contrayentes han decidido vivir juntos, en la misma residencia. Por supuesto existen situaciones que afectan esta convivencia, sobre todo temas laborales. No obstante, tanto la legislación como la jurisprudencia han resuelto que la convivencia en el mismo techo no resulta indispensable cuando se comprueba que por razones laborales se imposibilita la cohabitación.

Las excepciones que permiten la vida separada de los cónyuges no son objeto de estudio de este trabajo. No obstante se debe mencionar que la Ley n° 8764 de la DGME establece la obligación de comprobar, durante los primeros tres años, la convivencia entre los matrimonios que estén conformados por una persona nacional y una extranjera, para que la persona extranjera no llegue a ser expulsada del país y adquiera un estatus migratorio estable. El artículo 73 de dicha ley indica que las personas extranjeras que ingresaron o permanecen en el país, en razón del matrimonio con una persona costarricense, deben demostrar, obligatoria y fehacientemente, la convivencia conyugal cuando realicen la renovación de su estatus migratorio[47].

[46]Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 063-1997 de las quince horas y diez minutos del diez de abril de mil novecientos noventa y siete.

[47] Artículo 73 de la Ley 8764, Ley General de Migración y Extranjería. De solicitarse el ingreso o la permanencia de una persona extranjera, en razón de matrimonio con una persona costarricense, deberá demostrarse, obligatoria y fehacientemente, el conocimiento recíproco entre ambos contrayentes; para la renovación de dicho estatus deberá acreditarse, en los mismos términos, la convivencia conyugal.
Además, en caso de solicitar residencia, dicho matrimonio deberá estar debidamente inscrito ante el Registro Civil de Costa Rica.
Los derechos obtenidos bajo la regularización de la permanencia de la persona extranjera en territorio nacional serán otorgados con carácter condicionado y temporal por un lapso de un año, y para su renovación se deberá acreditar, año a año, la convivencia conyugal; después de tres años consecutivos, tal acreditación, otorgará acceso permanente a la condición de residente por parte del cónyuge extranjero. El incumplimiento de dicho requisito acarreará la orden de expulsión del extranjero del territorio costarricense.

Cooperación

Cabanellas en el Diccionario Jurídico Elemental define cooperación como *"colaboración de varias personas en una obra común"* [48]. El artículo 34 del Código de Familia señala que:

> …los esposos comparten la responsabilidad y el gobierno de la familia. Conjuntamente deben regular los asuntos domésticos, proveer a la educación de sus hijos y preparar su porvenir". La unión matrimonial tiene como finalidad el trabajo conjunto de ambos cónyuges mientras esta exista. Señalan Trejos y Ramírez que la cooperación de ambos cónyuges puede ser "directa, con el aporte material, o indirecta, a través del apoyo moral, los cuidados, el hábito de ahorro y demás formas de cooperación personal que puede brindar el cónyuge no propietario[49].

La cooperación de los cónyuges se trata de un pilar fundamental de la sociedad y es una de las premisas de la gananciali dad de los bienes. Trejos define los bienes gananciales como:

> …todos aquellos adquiridos a título oneroso dentro del matrimonio, mediante el trabajo, el esfuerzo y la cooperación de ambos cónyuges en su comunidad de vida y que han significado un aumento en el patrimonio de cada uno de ellos, respecto del que se aportó al constituirse el matrimonio[50].

La colaboración de los cónyuges para obtener determinado bien es una noción primordial para definir el derecho de ganancialidad sobre los bienes adquiridos durante el matrimonio. Esto implica que el régimen de gananciales permite desarrollar el fin de la cooperación en el matrimonio. Al respecto el Tribunal de Familia en la resolución número 1997-04 resuelve que:

> Es lo usual que el matrimonio produzca la unión -de hecho- de los patrimonios individuales de los cónyuges, creándose además como producto del trabajo de los esposos un patrimonio común que nace del esfuerzo y la cooperación de cada uno de ellos (…)se parte del esfuerzo común que ampara la obtención de los bienes en vista de la cooperación y mutuo auxilio que debe imperar entre los esposos durante el matrimonio, en concordancia con los deberes personales que impone el artículo 34 del Código de Familia [51].

[48]Cabanellas, Guillermo. 2006. Diccionario Jurídico Elemental.
[49] Trejos, Gerardo y Ramírez, Marina. Derecho de Familia Costarricense. Tomo I. 4ta Edición. Editorial Juricentro, 1990. p. 175.
[50]Ibídem, p. 180.
[51]Tribunal de Familia. Resolución número 1997-04 de las nueve horas del dieciséis de noviembre del dos mil cuatro.

Los bienes gananciales nacen del esfuerzo común y la colaboración necesaria que debe existir en toda relación matrimonial. En Costa Rica los bienes adquiridos por los esposos se consideran gananciales en virtud del esfuerzo conjunto. El Tribunal de Familia en la resolución número 922-04, explica que al adquirir el estado civil de persona casada, se entiende que ocurre un cambio en la condición jurídica de los sujetos y que ahora, como cónyuges, adquieres una serie de deberes, que deben obligatoriamente cumplir para que su unión reciba la protección estatal:

> …el régimen jurídico de los bienes adquiridos por los esposos durante el matrimonio, establece una presunción de esfuerzo conjunto de ambos cónyuges en el crecimiento patrimonial que, de mantenerse hasta la liquidación, reputará la condición de ganancialidad. Este esfuerzo conjunto, es asumido por el ordenamiento como una contribución no necesariamente patrimonial o pecuniaria para la obtención de bienes, sino como una consecuencia de la modificación que sufre la condición jurídica de los sujetos con el advenimiento de las nupcias, y de los deberes que nacen de la nueva condición de casados: convivencia, mutuo auxilio, fidelidad, lealtad, comunidad de vida, proyecto conjunto, etc., es decir, la participación de ambos cónyuges en la nueva forma de vida –dentro de la cual un aspecto es o puede ser el crecimiento patrimonial[52].

En virtud de lo mencionado queda claro que la colaboración es un principio rector del matrimonio; es un deber de los cónyuges colaborar para lograr determinadas metas ya sea en el gobierno de la familia, en la regulación de asuntos domésticos o en otros aspectos relacionados con la vida marital.

Además, la cooperación adquiere una trascendencia vital a la hora del cese de la unión matrimonial cuando se debe estudiar el régimen patrimonial. La legislación costarricense computa como gananciales todos aquellos bienes adquiridos gracias a la cooperación entre ambos cónyuges.

Mutuo auxilio

El artículo 34 del Código de Familia extiende el contenido del mutuo auxilio cuando establece que los cónyuges "a*simismo, están obligados a respetarse, a guardarse fidelidad y a socorrerse mutuamente*". El mutuo auxilio se constituye

[52]Tribunal de Familia. Resolución N° 922-04 de las diez horas cincuenta minutos del nueve de junio del dos mil cuatro.

como la base de la relación matrimonial, en cuanto al deber de respeto, fidelidad y apoyo mutuos que ambos cónyuges se deben entre sí. Implica, a su vez, un estrecho ligamen con otras instituciones estatales, pues se relaciona con los derechos del cónyuge de ser beneficiario del Seguro Social, del derecho a herencia en caso de muerte del cónyuge, de la posibilidad de ser beneficiarios mutuos en materia de seguros y de la posibilidad de obtener financiamiento en común.

Se debe considerar que el mutuo auxilio se encuentra ampliamente relacionado con la obligación alimentaria luego de disuelto el vínculo matrimonial. La Sala Constitucional en la resolución número 2001-07517 explica como el mutuo auxilio es la premisa de la prestación alimentaria entre cónyuges, una vez disuelto el vínculo, ya que *"el derecho a la prestación alimentaria es de rango constitucional, pues tiene que ver con la subsistencia y bienestar de la persona humana, y en la relación matrimonial surge del mutuo auxilio y solidaridad que rigen dicha institución* [53].

Al igual que el fin de la cooperación, el mutuo auxilio cobra vital importancia práctica cuando se disuelve el vínculo, puesto que implica que una vida en común de ayuda y solidaridad, ante determinada situación que le ponga fin, debe buscar sostenerse de forma tal que no se afecte negativamente a una de las partes. Otro aspecto fundamental lo indica el artículo 62 del Código de Familia, el cual establece que durante la separación los cónyuges deben mantener el ejercicio de los deberes de fidelidad y de mutuo auxilio, puesto que el vínculo matrimonial no ha sido disuelto, y por ende, no hay motivo para dejar de cumplir con las obligaciones que implica. En este sentido, se ha entendido que la separación judicial suspende algunos deberes inherentes al matrimonio, por ejemplo, hace imposible la cooperación en cuanto al conseguir bienes. Sin embargo, no afecta el deber de mutuo auxilio que debe mantenerse hasta que exista sentencia firme de divorcio o nulidad. La intensión de la separación judicial no es la terminación del vínculo matrimonial, sino la suspensión de algunos de los efectos.

[53] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número 2001-07517 de las catorce horas con cincuenta minutos del primero de agosto del dos mil uno

En ausencia de estos fines se logra determinar que un vínculo matrimonial es fraudulento y por lo tanto nulo, si busca solamente beneficios migratorios. A raíz de este fenómeno se ha dado la proliferación de matrimonios simulados.

III.C. Reformas legislativas al matrimonio

En el año 2009 se introducen en el Código de Familia, el Código Penal y en la Ley General de Migración y Extranjería[54] una serie de reformas, con la Ley 8781, que pretenden paliar la incidencia del matrimonio simulado en el país. En la exposición de motivos del Proyecto de ley n° 16 716, que da sustento a la reforma citada, se habla principalmente del matrimonio mediante poder, regulado en el artículo 30 del Código de Familia. Considera que la utilización de un Poder Especialísimo:

> *…permite una utilización inadecuada de esta figura jurídica, produciendo situaciones fraudulentas por medio de matrimonios simulados, con el único fin de optar por una residencia legal en el país y, posteriormente, obtener la nacionalidad costarricense de conformidad con el artículo 14, inciso 5 de la Constitución Política*.

Este proyecto pretendía la derogatoria del artículo 30 del Código de Familia para evitar que notarios públicos celebraran matrimonios mediante poder especialísimo, cuyo único fin era la obtención de la nacionalidad por parte del cónyuge extranjero. Se pretendía la creación de un inciso al artículo 145 del Código Notarial y de un artículo 24 al Código de Familia y la adición de un párrafo segundo al artículo 176 del Código Penal que pretendía sancionar a los notarios públicos que efectuaran un matrimonio fraudulento, con la suspensión de sus funciones o bien con pena privativa de libertad.

Según la información brindada en la página electrónica de la Asamblea Legislativa este proyecto pasó por varios nombres y modificaciones a distintos artículos antes de convertirse en ley de la República[55]. El proyecto de ley

[54]Ley N° 8781 Reformas al Código de Familia Ley N° 5476, Código Penal Ley N° 4573, Código Notarial Ley N° 7764, y Ley General de Migración y Extranjería N° 8764.

[55] Ley para adicionar un nuevo artículo 12 bis, un nuevo artículo 14 bis, un nuevo artículo 19 y un nuevo párrafo segundo al artículo 64, todos del Código de Familia, adición de un nuevo artículo 181 bis al Código Penal, adición de un nuevo inciso d) al artículo 145 del Código Notarial y adición de un nuevo artículo 73 bis a la Ley General de Migración y Extranjería, ley 8764. Anteriormente denominado: Ley para adicionar un nuevo inciso 8) al artículo 14, un nuevo artículo 19 y un nuevo párrafo segundo al artículo 64, todos del Código de Familia, adición de un artículo 181 bis al Código Penal, adición de un nuevo inciso d) al artículo 145 del Código Notarial, y adición de una frase final al párrafo primer y un nuevo segundo

pretendía eliminar del Ordenamiento Jurídico costarricense la posibilidad de contraer matrimonio por medio de un poder, así como imponer pena de prisión a las personas, ya sea contrayentes, testigos y notarios públicos involucrados en un matrimonio fraudulento.

La Asamblea Legislativa mediante la Ley n° 8781 crea reformas en el Código de Familia con el artículo 12 bis en el que se menciona al matrimonio simulado. Según este numeral, el matrimonio simulado es aquella "*unión marital que, cumpliendo con las formalidades de ley, no tenga por objeto cumplir los fines esenciales previstos en este Código*". Se trata de una definición que recurre a otro artículo, al 11 del mismo código. La Ley n° 8781 adiciona un artículo 14 bis al Código de Familia con el que declara expresamente la nulidad del matrimonio simulado.

También dicha reforma le otorga un nuevo texto al artículo 19 del mismo código, que había sido derogado totalmente por Ley n° 8571, en el que ordena al juez de familia cancelar la inscripción registral del matrimonio simulado y dictar la cancelación del estatus migratorio y las naturalizaciones otorgadas a los contrayentes como consecuencia de un matrimonio simulado, pues según dicho artículo *"el matrimonio simulado no convalidará ninguna clase de derechos u obligaciones a los contrayentes".* El artículo 64 gracias a la reforma agrega que en caso de matrimonio simulado la declaratoria de nulidad puede ser solicitada de oficio o por cualquiera de las siguientes personas o entes:

> …los cónyuges, el director del Registro Civil, el director de la Dirección General de Migración y Extranjería o por cualquier persona perjudicada con el matrimonio. Ambas instituciones deberán interponer la acción jurisdiccional correspondiente, bajo la representación de la Procuraduría General de la República.

Con lo que se muestra la intención del legislador de perseguir dicho uso fraudulento del matrimonio. Dentro de los delitos contra la Familia del Código Penal, la Ley 8781 creó el artículo 181 bis. Establece una pena de prisión de dos a cinco años para las personas que den su consentimiento para casarse a

---

párrafo al artículo 67 de Ley General de Migración y Extranjería. Originalmente denominado: Derogatoria del artículo 30 del Código de Familia, adición de un nuevo inciso del artículo 145 del Código Notarial, modificación y adición al artículo 24 del Código de Familia y adición de un párrafo segundo al artículo 176 del Código Penal.

sabiendas de que no cumplirán los fines del matrimonio; o bien, cuando alguno de los contrayentes otorgue un beneficio patrimonial para lograr el consentimiento del otro. Se estipula la misma pena para testigos y notarios públicos que participen dolosamente en la celebración de un matrimonio simulado. Una pena de tres a seis años para los contrayentes, los testigos y el notario público, cuando el matrimonio es celebrado para obtener beneficios migratorios de cualquier tipo.

En cuanto al Código Notarial, la Ley n° 8781 plantea una causal de suspensión de seis meses a tres años al notario público que celebre un matrimonio simulado en su artículo 145 inciso d. Esta sanción no impide que inicie el proceso penal correspondiente. La Ley General de Migración y Extranjería se ve modificada con la inclusión del artículo 73 bis en el que se establece que un juez de familia reconozca la unión de hecho de una persona extranjera con una costarricense cuando solicita el ingreso o la permanencia. Esta reforma ocurre a partir de 2005 en la Asamblea Legislativa, en torno al tema de los matrimonios por poder que buscan aligerar los trámites migratorios para obtener la nacionalidad costarricense. Interesa mencionar el caso de dos proyectos de ley que pretendían regular el matrimonio simulado para evitar su incidencia fraudulenta en el país: los expedientes nº 15 969 y nº 16 293.

El Proyecto de ley n° 15 969 *Reformas del Código Notarial y del Código de Familia* para fortalecer los mecanismos para la celebración del matrimonio en sede notarial, se presentó en el año 2005 y fue archivado en el año 2009 por la Comisión de Asuntos Jurídicos del parlamento. En la exposición de motivos del proyecto se pretende "*adecuar nuestra legislación con el propósito de salvaguardar la institución de la familia y minimizar la realización de matrimonios con fines ilegítimos en sede notarial*"[56].

Además, en lo que interesa para esta investigación, el proyecto de ley expone:

> Efectivamente, la polémica se genera en torno a lo que hemos denominado „matrimonios por conveniencia", llamados así con el fin de

[56]Asamblea Legislativa. Proyecto de Ley número 15969 Reformas del Código Notarial y del Código de Familia para fortalecer los mecanismos para la celebración del matrimonio en sede notarial.

> distinguir en estos la celebración de un acuerdo ficticio, tanto desde el punto de vista moral y religioso como desde la perspectiva legal. Por medio de ellos, se pretende obtener fines opuestos a los estipulados en las normas que regulan cada una de aquellas esferas, incluso la Constitución Política y los principios sociales y familiares que esta comprende. En los matrimonios por conveniencia, observamos el hecho de que las irregularidades que se suscitan en este tema, podrían ser controladas específicamente desde la legislación y la sede notarial. Sin embargo, algunos notarios públicos inescrupulosos se aprovechan de la letra del Código de Familia, el cual se regula lo concerniente a los matrimonios, para celebrarlos sin el fin que destaca el artículo 11 del referido cuerpo de leyes. No puede aceptarse que mediante la práctica desviada de un grupo de personas autorizadas para celebrar matrimonios por la ley, se cuente con herramientas suficientes para desarticular uno de los valores fundamentales de la sociedad costarricense. El problema radica en el hecho de que actualmente, el notario público tiene fe pública y, en razón de ello, se deben presumir ciertas todas las manifestaciones que él haga para asegurar o hacer constar derechos y obligaciones, ya sea recurriendo a sus facultades protocolares o a las extra protocolares (artículo 31 del Código Notarial)[57].

El proyecto de ley considera que los requisitos para celebrar un matrimonio en sede notarial no son suficientes para evitar matrimonios simulados, por lo cual se sugieren reformas a los artículos 24, 25, 28 y 30; la derogación del artículo 32 -todos del Código de Familia-; y una serie de reformas al Código Notarial cuales son: un capítulo sobre la "Competencia material de la función notarial en la celebración de matrimonios". El proyecto tiene la intención de eliminar la potestad del Alcalde Civil y del Delegado Cantonal como funcionarios competentes para celebrar matrimonios, con lo cual estas competencias residirían solamente en los jueces de familia y los notarios públicos. Además se pretenden mayores requisitos respecto a los testigos. La reforma sugerida es la siguiente:

> Artículo 28: Las personas autorizadas por ley no podrán celebrar matrimonios, si falta cualquiera de los siguientes requisitos:
>
> 1) Dos testigos que declaren, en forma cierta, sobre la libertad de estado y la aptitud legal de los contrayentes. Los testigos comparecerán previamente ante notario público y dejarán rendida una declaración jurada, en la que indiquen desde cuándo conocen a los contrayentes y en qué lugar los han conocido; además, declararán si se encuentran en libertad de estado.

[57] Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Proyecto de Ley N° 15.969. pp. 1-2.

Con esto se pretende aplicar mayores requisitos a los testigos, quienes además de declarar sobre la libertad de estado y la capacidad volitiva y cognoscitiva de los contrayentes deben rendir una declaración jurada ante el notario público donde indican desde cuándo, cómo y dónde conocen a los contrayentes previo a la celebración del matrimonio. Al respecto cabe mencionar que el Proyecto de ley titulado *Ley que deroga el artículo 30 del Código de Familia para la erradicación de los matrimonios por conveniencia* fue presentado el 27 de julio de 2006 y archivado en la Comisión de Asuntos Jurídicos el 29 de julio de 2010. Este proyecto se enfoca en el artículo 30 del Código de Familia que permite la celebración de un matrimonio mediante un poder especialísimo, en concordancia con los artículos 1257 y 1278 del Código Civil. El proyecto entiende que el espíritu de dicho artículo es permitir el matrimonio entre "*personas que por razones de ubicación geográfica no puedan reunirse efectiva o materialmente a la hora de formalizar su relación matrimonial"*[58].

El Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, al emitir su informe de este proyecto mediante el oficio ST. 012-2007-J, lo considera no inconstitucional y su aprobación depende de razones de conveniencia y oportunidad políticas. Se estima que el matrimonio por poder especialísimo permite que personas extranjeras puedan obtener la nacionalidad costarricense, así como otros problemas sociales y jurídicos como:

> a) Los derivados de una migración impropia de extranjeros de nacionalidades cuyo ingresos se encuentra restringido al territorio nacional bajo pretexto del matrimonio, b) Los de las costarricenses que muchas veces desconocen las consecuencias del matrimonio que celebraron y las dificultades que deben de enfrentar para anular dichos actos o divorciarse, c) La evidente desnaturalización jurídica y moral de una institución como el matrimonio y d) La clara utilización y manipulación por parte de grupos de inescrupulosos de la norma jurídica y de los preceptos constitucionales y mecanismos para protegerlos (como la Ley de la Jurisdicción Constitucional) para obtener ganancias indebidas a costa de los principios jurídicos-constitucionales de la nación[59].

[58]Asamblea Legislativa. Proyecto de ley Ley que deroga el artículo 30 del Código de Familia para la erradicación de los matrimonios por conveniencia bajo el expediente N° 16293, p. 1.
[59]Ibídem, p. 2.

En virtud de esto, el proyecto cuenta con un solo artículo que indica la derogación del artículo 30 del Código de Familia. Se considera en dicho informe que:

> El Estado debe velar y garantizar a priori la idoneidad mental, física, jurídica, volitiva y cognoscitiva ya que en principio los contrayentes convivirán por el resto de sus vidas en unión. Además de esto el Estado procura dotarles de publicidad previa y posteriormente registra la unión en los asientos del Registro Civil[60].

Asimismo recuerda que el derecho a contraer matrimonio puede verse limitado siempre que no se violente el marco de derechos humanos. Cita la resolución número 1944-1995 de la Sala Constitucional que:

> Los derechos y libertades fundamentales están sujetos a determinadas restricciones, pero únicamente a las que sean necesarias en virtud de los valores democráticos y constitucionales y para que una restricción sea „necesaria", se requiere que sea „útil", „razonable", „oportuna" y debe implicar la „existencia de una necesidad imperiosa" que sustente la restricción[61].

El Departamento de Servicios Técnicos considera que con la derogación del artículo 30 del Código de Familia se intentan evitar los matrimonios vía poder especialísimo y así disuadir a las personas extranjeras que utilizan este trámite para obtener la naturalización; el uso fraudulento desvirtúa la figura del matrimonio. Este informe concluye:

> Corresponderá a los señores y señoras diputadas discernir y analizar si la medida legislativa de -eliminar del ordenamiento jurídico la posibilidad de celebrar matrimonios por medio de poder especialísimo- resulta proporcional, razonable y adecuada para evitar la celebración de matrimonios „por conveniencia", de modo que no afecte y menoscabe el derecho fundamental que tienen las personas de contraer matrimonio, y de quienes por una genuina necesidad ocupen hacer uso de este mecanismo[62].

Se trata de una decisión política establecer el abordaje del tema del matrimonio simulado y las estrategias para evitarlo sin lesionar los derechos humanos de que gozan todas las personas, tanto nacionales como extranjeras. Interesa recalcar que la existencia de diversos proyectos de ley alrededor del

[60]Informe de Servicios Técnicos N° ST. 012-2007 J de la Asamblea Legislativa. p. 8.
[61]Ibídem, cita Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 1944-1995 de las quince horas con dieciocho minutos del dieciocho de abril de 1995.
[62]Ibídem, p. 8.

tema en estudio y las reformas aplicadas demuestra la transcendencia del matrimonio simulado en la realidad costarricense.

Existe una problemática en cuanto al uso fraudulento de la figura del matrimonio a fin de obtener, únicamente, beneficios de índole migratorio para el cónyuge foráneo. En consecuencia, el país se ha visto en la obligación de actuar desde diversas aristas: notarial, familiar, migratoria y sancionatoria, para evitar que se desvirtúen los fines de lazo matrimonial.

Sección III. Invalidez e ineficacia del matrimonio

Estudiar la invalidez y la ineficacia de un matrimonio permite comprender la declaratoria de nulidad o de inexistencia cuando se comprueba que no cumple con sus fines o bien, para determinar el nacimiento de efectos jurídicos. Pérez considera la invalidez como una valoración negativa y agrega que la "*invalidez es aquella inidoneidad para producir los efectos esenciales del tipo que deriva de la lógica correlación establecida entre requisitos y efectos"*[63]. Por lo tanto es inválido "*el negocio en el que falte o se encuentre viciado alguno de los elementos esenciales, o carezca de uno de los presupuestos necesarios al tipo al que pertenece"*[64]. Este autor explica la diferencia doctrinaria entre los términos invalidez e ineficacia de la siguiente manera:

Ineficacia

La ineficacia resulta cuando *"están en regla los elementos esenciales y los presupuestos de validez (…) Sin embargo, impida su eficacia una circunstancia de hecho extrínseca a él"*[65]*.* Es decir, cuando se encuentren todos los elementos esenciales (el consentimiento, el objeto lícito y posible, la causa justa, la capacidad de contratar y las formalidades de ley), pero existe alguna circunstancia que impide sus efectos.

[63] Pérez Vargas, V. (1994). Derecho Privado. Litografía e Imprenta LIL. San José, Costa Rica. p. 299.
[64] Ibidem, p. 304.
[65] Ibidem, p. 304.

Invalidez

La invalidez tiene su asidero "...*donde falta un elemento o presupuesto esencial o se encuentra viciado"*[66]. Es decir, se considera inválido el acto carente de alguno de los elementos esenciales. Cuando se habla de invalidez, indica Pérez que esta refiere a dos tipos: 1) nulidad y 2) anulabilidad. Pérez citando a Tommasini expresar la acepción más certera al concepto:

> La conformidad del comportamiento a la regla (que lo prevé) es el resultado de una apreciación positiva: la falta de conformidad es la cualificación negativa que implica divergencia entre comportamiento y esquema normativo. La invalidez presupone un juicio de „disvalor" del Ordenamiento respecto a un comportamiento humano que evidencia intereses que no son dignos de tutela[67].

El Código Civil costarricense, en el capítulo sobre *Las obligaciones*, establece los elementos esenciales para que surja un negocio jurídico y resulte válido. El artículo 627 establece que:

> Para la validez de la obligación es esencialmente indispensable: 1°.- Capacidad de parte de quien se obliga; 2º.- Objeto o cosa cierta y posible que sirva de materia a la obligación, y 3º.- Causa justa.

Por lo que a *contrario sensu,* se entiende que si faltan los elementos esenciales, el acto jurídico deviene inválido. Aunado a esto debe tomarse en cuenta el consentimiento y el cumplimiento de los requisitos legales exigidos. Al respecto el artículo 1007 del Código Civil establece *"además de las condiciones indispensables para la validez de las obligaciones en general, para las que nacen de contrato se requiere el consentimiento y que se cumplan las solemnidades que la ley exija"*. En cuanto al concepto de consentimiento, el artículo 1008 del Código Civil establece que "*debe ser libre y claramente manifestado*".

[66]Ibidem, p. 307.
[67]Ibidem, p. 306.

III.A. Consecuencias de la invalidez del matrimonio

Pérez en su libro *Derecho Privado* plantea que "*el efecto general que deriva de toda invalidez constatada o decretada del negocio jurídico es la obligación de quien ha recibido algo, en ejecución del negocio válido, de restituirlo"*[68].

En cuanto a la legislación nacional, el Código Civil establece en su artículo 844:

> La nulidad absoluta, lo mismo que la relativa, declaradas por sentencia firme, dan derecho a las partes para ser al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, siempre que la nulidad no sea por lo ilícito del objeto o de la causa, en cuyo caso no podrá repetirse lo que se ha dado o pagado a sabiendas.

De ello se interpreta que las consecuencias derivadas de la invalidez y sus tipos (la nulidad y la anulabilidad) retrotraen los efectos al punto de quedar en su estado anterior como si no se hubiese hecho ningún acto jurídico.

III.B. Tipos de invalidez: nulidad e inexistencia

La nulidad e inexistencia provienen del derecho civil y no son ajenas al tema del matrimonio, ya que civilmente, este puede ubicarse como un negocio jurídico. Según Torrealba:

> El negocio jurídico es una manifestación de voluntad dirigida a la producción de efectos jurídicos de naturaleza privada (….) califican como „negocios jurídicos" (…) convenciones no contractuales, como el matrimonio, el divorcio por mutuo consentimiento, la conciliación de la acción penal… El denominador común de tan diversos institutos es la voluntad exteriorizada dirigida a la producción de efectos jurídicos[69].

El matrimonio, desde la perspectiva civil como negocio jurídico, está determinado a producir efectos jurídicos a partir de la voluntad exteriorizada. *"Para que exista matrimonio el consentimiento de los contrayentes debe manifestarse de modo legal y expreso"*[70]*.* Si se encuentra alguna causa de nulidad o inexistencia como una simulación o fraude, dichos efectos jurídicos se retrotraen, no surten efecto, por lo que todo volvería a su estado anterior.

---

[68]Ibidem, p. 318.
[69]Torrealba, F. Lecciones de Contratos. Segunda Edición. Editorial Isolma. San José, Costa Rica. p.16.
[70]Artículo 13 de Código de Familia de la República de Costa Rica.

Nulidad y anulabilidad (nulidad absoluta y relativa)

El Régimen de Nulidad y Anulabilidad dentro de la teoría del derecho constituye uno de los temas de mayor importancia pues permite determinar qué actos y hechos jurídicos son válidos y eficaces y cuáles no pueden gozar de estas características, ya sea por vicios subsanables o absolutos.

Pérez define nulidad como:

> …una valoración negativa de una situación que no integra el contenido previsto por la norma jurídica en hipótesis específicas. Se califica de nulo el negocio que, por falta de un elemento esencial, o contrariedad a normas imperativas, carece de aptitud para dar vida jurídica a la situación correspondiente (…). Se habla, pues, de nulidad, cuando faltan elementos esenciales o constitutivos del negocio[71].

Es importante destacar que la nulidad puede declararse de oficio según lo establece el artículo 837:

> La nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ella y debe, cuando conste de autos, declararse de oficio, aunque las partes no la aleguen: y no puede subsanarse por la confirmación o ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo menor que el que se exige para la prescripción ordinaria.

Sobre la nulidad, Torrealba señala que:

> …es un vicio originario del contrato, cuya declaración implica normalmente –y salvo casos de excepción- la eliminación retroactiva de los efectos del contrato. La noción de nulidad se utiliza como sinónimo de la palabra "invalidez". Bajo este sentido amplio, la palabra nulidad comprende tanto la nulidad absoluta como la nulidad relativa (llamada también rescisión o anulabilidad). En sentido estricto, la nulidad es sinónimo de nulidad absoluta. En este sentido restringido, la nulidad se contrapone a la noción de la anulabilidad[72].

Así mismo Brenes Córdoba sugiere que la nulidad consiste en:

> …el estado o condición de un acto jurídico o de un convenio que por contener algún vicio en su esencia o en forma, no es apto para producir en derecho los efectos que produciría al no existir el vicio de que adolece[73].

[71]Pérez, V. (1994). Derecho Privado. Litografía e Imprenta LIL. San José. p. 323.
[72]Torrealba, op. cit., p.430.
[73]Brenes, A (2010). Tratado de las Obligaciones. 8va edición. Ed. Juricentro. San José, Costa Rica. p. 249.

La nulidad deriva de un vicio en su esencia o en su forma, de manera que lleva como consecuencia que los efectos jurídicos no se produzcan. Este mismo autor continúa explicando que:

> …sea cual fuere la naturaleza de la nulidad que pueda afectar a un acto, hay derecho para reclamar su declaratoria por medio de una acción o de una excepción, según el caso. **Y una vez declarada, las partes recobran la misma posición que tenían antes de ocurrir el acto invalidado**, por cuanto el recurso anulatorio tiende al restablecimiento de la situación de hecho y de derecho existente en la época en que ocurrió el vicio que produjo la invalidación[74]. (La negrita es propia, no del original).

La declaratoria de nulidad hace volver a la condición inicial, anterior al acto jurídico celebrado. Brenes Córdoba explica que "*todo lo que se hubiere recibido con motivo del acto anulado, es preciso devolverlo a su dueño con sus frutos y accesiones"*[75]*.* Todos los efectos jurídicos se eliminan y se retrotrae regresando al estado inicial. Ahora bien, ¿quiénes son las personas que se encuentran legitimadas para reclamar la nulidad absoluta? Torrealba advierte que la puede reclamar cualquier persona interesada. Mientras que el reclamar la anulabilidad o nulidad relativa se encuentra reservado únicamente a las personas en cuya protección se establece la sanción de nulidad; y se explica con un ejemplo:

> En un contrato concertado entre una persona de 17 años y un adulto, la anulabilidad puede ser reclamada por el representante legal del menor, o por este al cumplir los 18 años, por su sucesión o cesionarios (artículos 39 y 838 del Código Civil). La anulabilidad no podría ser reclamada o alegada por el adulto co-contratante[76].

Torrealba plantea que la nulidad absoluta puede declarase de oficio o a petición; mientras que la anulabilidad o nulidad relativa solo puede ser declarada a petición de la parte legitimada. Esto se sustenta en el artículo 837 del Código Civil costarricense.

En cuanto a la anulabilidad, Pérez establece que existen varios requisitos. En primer lugar debe ser expresa y solo tiene lugar cuando existe una causal de anulabilidad "*en el sentido de que opera solamente en los casos previstos y*

[74]Ibidem.
[75]Ibidem.
[76]Torrealba, op. cit., p. 431.

solamente por los casos determinados por la ley"[77]. El segundo requisito se refiere a lo dicho en el artículo 838 del Código Civil:

> La nulidad relativa no puede declararse de oficio ni alegarse más que por la persona o personas en cuyo favor la han establecido las leyes o por sus herederos, cesionarios o representantes; y puede subsanarse por la confirmación o ratificación del interesado o interesados, y por un lapso de tiempo menor que el que se exige para la prescripción ordinaria.

Así también en el Código Civil en el artículo 839 se establece:

> La ratificación necesaria para subsanar la nulidad relativa, puede ser expresa o tácita. La expresa debe hacerse con las solemnidades a que por la ley está sujeto el acto o contrato que se ratifica. La tácita resulta de la ejecución de la obligación contraída.

Solo las personas participantes del negocio jurídico pueden solicitar la anulabilidad de este. Además, ello se encuentra ligado al tercer requisito sobre la posibilidad de que prescriba la oportunidad de accionar contra la causal de anulabilidad. Esto, a su vez, se relaciona con la confirmación de validez del acto, si no, se impugna. La anulabilidad o nulidad relativa "*mediante una declaración de ratificación (la ratificación es un negocio jurídico unilateral) emanado de la persona en cuyo favor se establece la protección (…) la nulidad absoluta no es convalidable por ratificación"*[78].

Tanto la nulidad absoluta como la relativa van a retrotraer los efectos jurídicos, lo que causa disolución de lo realizado; es decir, todo vuelve a su estado previo. La nulidad relativa a contrario de la absoluta posee la ventaja de subsanarse por ratificación, mientras que la absoluta tiene como única vía reiniciar el acto jurídico sin sus vicios o esperar que prescriba para que se convalide.

Al respecto, Pérez destaca la importancia de distinguir la nulidad absoluta de la relativa, cuando dice que "*el acto nulo totalmente no tiene eficacia, el acto parcialmente nulo puede tenerla dentro de ciertos límites"*[79].

[77] Pérez, op. cit., p. 323.
[78] Torrealba, op. cit., p. 432.
[79] Pérez, op. cit., p. 318.

Sobre la nulidad absoluta el artículo 835 del Código Civil menciona:

> 1-Cuando en los actos jurídicos o en los contratos falta alguna de las condiciones esenciales para su formación o existencia.
> 2-Cuando falta un requisito o formalidad que la ley exige para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza del acto o contrato en sí mismo y no a la calidad o estado de la persona que en ellos interviene.
> 3-Cuando se ejecuten o celebren por personas absolutamente incapaces.

Esto significa que si faltan condiciones esenciales como sujetos, objeto, causa y formalidades, requisitos o formalidades que la ley exija o cuando se celebren o ejecuten por personas absolutamente incapaces, ello es causa de nulidad. Respecto al inciso segundo del supracitado artículo, según Pérez "*la forma es „ad solemnitatem" (…) o „ad substantiam". Se califica pues, así, a la formalidad impuesta por la ley para la validez del acto jurídico; se contrapone a la expresión „ad probationem".* Por lo que si no se cumplen las formalidades que indica el ordenamiento jurídico, no nacen a la vida jurídica. Así mismo, interesan las causales específicas de invalidez y nulidad que se encuentran en el artículo 14, en lo que refiere a las prohibiciones para casarse.

Por otro lado, la nulidad relativa sobreviene, según el artículo 836 del Código Civil, en los actos o contratos cuando:

> 1. Cuando alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia es imperfecta o irregular.
> 2. Cuando falta alguno de los requisitos o formalidades que la ley exige teniendo en mira el exclusivo y particular interés de las partes; y
> 3. Cuando se ejecutan o celebren por personas relativamente incapaces.

Esto quiere decir que cuando existan condiciones esenciales imperfectas en el sujeto, objeto, causa y formalidades, falten requisitos o formalidades que la ley indica y que quedan a interés de las partes o se celebren por personas no autorizadas se considera nulo el matrimonio.

Finalmente, otro punto del que hay que advertir es en cuanto a la prescripción de la nulidad y la anulabilidad. El artículo 837 del Código Civil[80],

[80]Artículo 837 del Código Civil.- La nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ella y debe, cuando conste de autos, declararse de oficio, aunque las partes no la aleguen: y no puede subsanarse por la confirmación o ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo menor que el que se exige para la prescripción ordinaria.

otorga el plazo ordinario de 10 años de prescripción para la nulidad absoluta y los artículos 838, 839, 840 y principalmente el 841[81] del Código Civil advierten que son 4 años para la prescripción de la nulidad relativa.

Con todo lo mencionado acerca de la nulidad, se puede analizar dicha figura desde la perspectiva del matrimonio simulado.

III.C. Tipos de nulidad del matrimonio

El Código de Familia regula los impedimentos legales, las prohibiciones, las causales de nulidad y anulabilidad del matrimonio. Se establece la persona legitimada para solicitarlo y las consecuencias. El proceso utilizado para solicitar la nulidad del matrimonio se encuentra en el artículo 420 del Código Procesal Civil, con la participación de la Procuraduría General de la República, según el artículo 64. Para efectos de esta investigación es necesario diferenciar entre las causales de nulidad que establece el código[82] y el matrimonio simulado.

Trejos en su libro *Derecho de la Familia* explica que el Código de Familia regula en los artículos 14, 14 bis, y 15 los impedimentos dirimentes o las causas para anular un matrimonio, legalmente imposible o anulable, y en el artículo 16 las restricciones impedientes o las causas por las que el matrimonio es prohibido[83]. Explica que en el caso de las causales del artículo 16, "*el matrimonio no puede ser declarado nulo sino que tan solo le acarrea una pena al funcionario celebrante*"[84].

La sentencia número 298-2004 del Tribunal de Familia cita a Zannoni de la siguiente manera:

> Aquellas prohibiciones de la ley que afectan a personas para contraer un determinado matrimonio. Tales prohibiciones tienen sustento, por

[81]Artículo 841 del Código Civil: "El plazo para pedir la rescisión será el de cuatro años que se contarán: (….) En los demás casos, desde la fecha de celebración del acto o contrato. Todo lo cual se entiende y se observará cuando la ley no hubiere señalado especialmente otro plazo.
[82]Gerardo Trejos las enumera de la siguiente forma: bigamia, régimen de exogamia, adopción, conyugicidio, matrimonio homosexual, error, violencia o miedo grave, dolo, incapacidad mental, matrimonio del impotente, funcionario incompetente. Así como las causales que prohíben el matrimonio: matrimonio del menor, matrimonio de los tutores o descendientes, matrimonio sin la publicación o dispensa de edictos legales. Trejos Salas, op. cit., p. 105.
[83]Ibidem, pp. 111-112.
[84]Ibidem, p. 112.

> supuesto en hechos o situaciones jurídicas preexistentes que afectan al sujeto. Sin embargo, el impedimento no es en sí mismo, el hecho o la situación jurídica preexistente, sino la prohibición que en consideración a ellos formula la ley[85].

Esto hace referencia a la teoría del *ius connubii* expuesta en páginas precedentes. Según lo dicho en El Pacto de San José o Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 17, inciso 2:

> Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

Los impedimentos dirimentes e impedientes son definidos por Trejos como *"los impedimentos dirimentes son aquéllos que son sancionados con la nulidad del matrimonio, mientras que los impedientes son simplemente prohibitivos y no son sancionados con la nulidad"*[86].

El artículo 14 establece como legalmente imposible el matrimonio:

> De la persona ligada por un matrimonio anterior o bigamia (inciso 1); Entre ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad (inciso 2); Entre hermanos consanguíneos (inciso 3); Entre el adoptado y el adoptante y cualquier otro familiar (inciso 4); Entre el participante de un delito de homicidio contra un cónyuge y el cónyuge sobreviviente (inciso 5); Entre personas del mismo sexo (inciso 6); De la persona menor de 15 años (inciso 7).

Respecto a la primera causal, según Trejos responde a la concepción monogámica del matrimonio[87]. Implica que el derecho a contraer matrimonio se ve limitado por el estado civil de la persona, que deberá tener libertad de estado para contraer nupcias; es decir, no puede estar ligada a otra persona por un vínculo anterior. Interesa porque el ordenamiento jurídico regula lo referente al estado civil de las personas. Explica Trejos que el impedimento para contraer matrimonio cesa "*por la muerte de uno de los cónyuges, por la nulidad del matrimonio anterior, por el divorcio o por la declaratoria de*

[85]Tribunal de Familia. Resolución número 298-2004 de las nueve horas del dos de junio del dos mil cuatro.
[86]Ibídem, p. 111. Así mismo indica que los dirimentes afectan la validez y los impedientes afectan la licitud, pero no la validez.
[87]Ibídem, p. 113.

presunción de muerte"[88]*.* Para el Estado costarricense es legalmente imposible reconocer como existente y válido un matrimonio entre una persona sin libertad de estado. Esta causal reitera la importancia del estado civil de las personas, así como la construcción de un tipo de familia protegida por la institución del matrimonio que vive en monogamia. Trejos une los incisos 2 y 3 del artículo 14 en un apartado de régimen de exogamia[89], en donde sugiere la protección a la familia que hace el Estado al impedir la unión incestuosa entre parientes próximos.

El inciso 4 del artículo 14 extiende la prohibición del matrimonio con familiares próximos del inciso anterior, a la persona que ha sido adoptada. Aclara Trejos la intención del legislador de *"equiparar la familia adoptiva a la familia consanguínea"*[90] como razón para evitar uniones matrimoniales entre sus miembros. Respecto a la causal que establece el inciso 5 que prohíbe el matrimonio entre el partícipe del delito de conyugicidio y el cónyuge sobreviviente, Trejos plantea que debe existir una condena penal que declare culpable, ya sea como autor o cómplice del homicidio del cónyuge, a la persona que pretendía contraer matrimonio con la persona viuda[91].

El último inciso del artículo 14 establece que las uniones entre personas del mismo sexo no son reconocidas por el Ordenamiento Jurídico como matrimonio. En Costa Rica, no se reconocen los efectos jurídicos de una unión marital (ni de hecho) entre personas del mismo sexo, en virtud de la definición legal del matrimonio y de unión de hecho como la unión entre hombre y mujer con aptitud legal para casarse. El artículo 15 establece las causales de anulabilidad del matrimonio; el inciso 1 regula el caso de que uno o ambos cónyuges hayan consentido por violencia o miedo grave, o por error en cuanto a la identidad del otro.

[88] Ibídem.
[89] Ibidem, p. 114.
[90] Ibidem, p. 115.
[91] Ibidem.

Respecto a la causal del error en cuanto a la identidad del otro *"el error consiste en un defecto del acto de entendimiento por el que se tiene un juicio falso o estimación equivocada de un objeto o persona"*[92].

Trejos continúa diciendo que existen dos tipos de error, uno que recae en la identidad de la persona y otro en las cualidades de la persona. En ambos casos, implica que existe un consentimiento por error a la hora de contraer matrimonio. Respecto al error sobre las cualidades personales del otro contrayente considera Trejos que debe analizarse el caso concreto. Sin embargo considera como cualidades que pueden ocasionar el error, por ejemplo la *impotencia coeundi*[93], también apunta *"la existencia de una enfermedad infecciosa, el haberse sometido a una operación de cambio de sexo"*[94] siempre y cuando sean anteriores al matrimonio.

Es de suma importancia considerar el texto del artículo 18 del Código de Familia que revalida el matrimonio ocurrido por error (miedo grave o violencia), si los cónyuges no se separan durante el mes siguiente al descubrimiento del error[95]. Las otras dos causales, el miedo grave y violencia, Trejos las define así:

> La violencia implica una coacción material ejercida sobre una persona para constreñirla a contraer matrimonio; es una coacción material sobre los órganos de expresión externa para obtener el signo exterior afirmativo. El miedo, en cambio, es una coacción del ánimo interno del sujeto causada por la presión psicológica, para librarse de la cual el sujeto se ve obligado a elegir el matrimonio. El miedo para que sea causal de nulidad, ha de ser grave y provocado externamente[96].

En cuanto a estos aspectos interesa considerar el derecho de toda persona a casarse: lo cual implica la elección libre de escoger con cuál persona hacerlo. Esta situación se encuentra ampliamente ligada con el libre y pleno consentimiento de los dos contrayentes. Si la aceptación de un matrimonio se da por miedo grave o violencia por parte de uno de los contrayentes, el

[92] Ibidem, p. 117.
[93] Esto es "imposibilidad para el coito".
[94] Trejos Salas, op. cit., p. 117.
[95] Artículo 18 del Código de Familia. El matrimonio celebrado por las personas a quienes se refieren los incisos 1) y 2) del artículo 15, quedará revalidado sin necesidad de declaratoria expresa por el hecho de que los cónyuges no se separen durante el mes siguiente al descubrimiento del error, al cese del miedo grave o la violencia, o a que la persona recupere su capacidad volitiva o cognoscitiva.
[96] Trejos, op. cit. p. 118.

elemento del consentimiento que es el que establece la existencia legal del matrimonio se encontraría viciado. Por lo tanto, esta causal busca que se declare nulo el matrimonio realizado bajo estas circunstancias, siempre que no haya sido convalidado con el paso del tiempo, después del cese de las agresiones. El inciso 2 del artículo 15 además de extender la protección al libre consentimiento de los contrayentes, retoma la importancia de los testigos en la celebración del matrimonio. La ley exige, en el numeral 28, que dos testigos deberán declarar sobre la aptitud legal de los contrayentes, pues declara nulo o anulable, según el caso, el matrimonio celebrado por una persona con incapacidad mental.

Se debe retomar la teoría civil que obliga a declarar nulo el matrimonio de la persona cuya incapacidad estuviere declarada judicialmente de conformidad con artículo 41 del Código Civil[97]. Aunado a lo dicho por el artículo 18, anteriormente citado, que convalida el matrimonio con el paso de un mes desde que la persona recupere su capacidad volitiva o cognoscitiva. El Código de Familia protege el consentimiento libre y expreso de los contrayentes. Trejos manifiesta lo siguiente sobre la afectación que hace la incapacidad mental a la exigencia del consentimiento:

> El contrayente que en el momento de casarse no posee el uso suficiente de su entendimiento y de su voluntad, ni la madurez de juicio necesaria para discernir, carece de la capacidad necesaria para **aquel acto de voluntad cualificado en que consiste el consentimiento matrimonial**[98]. (El resaltado es propio, no del original).

También el estado alcoholizado de una persona puede considerarse "*un deterioro de la capacidad intelectual en forma transitoria que afecta la memoria, orientación, juicio, inteligencia*", según la resolución n° 821-1982[99] del Tribunal Superior Segundo Civil. El artículo 18 establece que las uniones ocurridas por miedo grave, violencia o error quedarán revalidados si no ocurre separación durante el mes siguiente al descubrimiento del error, al cese del miedo grave o la violencia o que la persona recupere su capacidad volitiva y cognoscitiva.

[97]Artículo 41 del Código de Familia: "*Los actos o contratos que se realicen sin capacidad volitiva y cognoscitiva serán relativamente nulos, salvo que la incapacidad esté declarada judicialmente, en cuyo caso serán absolutamente nulos".*

[98]Ibídem, p. 118.

[99] Tribunal Superior Segundo Civil. Resolución número 821-1982 de las once horas con diez minutos del 15 de diciembre de mil novecientos ochenta y dos.

Según el artículo 65 del Código de Familia puede reclamar la nulidad el cónyuge que no carezca de capacidad volitiva y cognoscitiva, los padres o el curador de la persona que sí carezca. El inciso 3 del artículo 15 impide el matrimonio de la persona menor de 15 años. El establecimiento de una edad para contraer matrimonio es parte de los requisitos que toda nación, en ejercicio de sus funciones, puede imponer al derecho de contraer matrimonio, siempre y cuando no afecte los derechos fundamentales.

Trejos argumenta la importancia de que los contrayentes cuenten con una madurez psíquica y biológica que permitan cumplir con los fines del matrimonio[100]. Esta causal implica una anulabilidad, pues según el artículo 19 del Código de Familia, cuando el cónyuge cumple 15 años y transcurre un mes, sin separación, el matrimonio queda convalidado. El inciso 4 del artículo 15 establece la impotencia absoluta o relativa de uno de los contrayentes, siempre y cuando sea anterior al matrimonio e incurable. Al respecto Trejos señala que impotencia no debe ser confundida con esterilidad, pues la primera se refiere a "*la discapacidad física o psicológica para realizar el acto sexual*"[101]. Destaca además que la impotencia como causal puede ser incluida dentro de la concepción del "Error en las cualidades físicas del contrayente". El autor cita la resolución del Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, número 383-1984[102] que explica la razón de este impedimento:

> El matrimonio es, como se ha dicho, un „consontiumomnis vitae" afectivo, material y sexual, por consiguiente, cualquier enfermedad físico o psíquica preexistente, que haga imposible el pleno „consumtium", desde el punto de vista sexual no puede ser excluida válidamente del supuesto de hecho de la causal prevista en la norma legal referida (15. 4)[103].

Finalmente, el inciso 5 del artículo 5 regula lo referido al matrimonio celebrado por un funcionario competente; según el artículo 24 del Código de Familia: el notario público, el sacerdote católico o un juez. La incompetencia del funcionario se da en tres casos:

[100]Ibídem, p. 119.
[101]Ibídem, p. 120.
[102]Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera. Resolución número 383 de las 14:45 horas del 6 de junio de 1984.
[103]Trejos, op. cit., p. 121.

> Por razón de la persona (ratione personae) cuando ninguno de los contrayentes tiene su domicilio en el lugar donde se va a celebrar el matrimonio; por razón del lugar (ratione loci), cuando el funcionario celebrante se traslada fuera de su jurisdicción para celebrar el matrimonio, y finalmente la incompetencia puede ser por razón de la materia (ratione materiae) o por razón de las funciones, cuando el funcionario carece de atribuciones legales para efectuar la boda[104].

El artículo 16 del Código de Familia regula los llamados impedimentos impedientes o prohibientes; estos no implican la nulidad del matrimonio según el artículo 17 cuando dice *"El matrimonio celebrado a pesar de las prohibiciones del artículo anterior es válido".* El inciso 1, prohíbe el matrimonio del menor entre los 15 y menor a 18 años, que no cuenta con el consentimiento de sus padres o tutor. Mientras que el inciso 3 se refiere a la prohibición de contraer matrimonio entre tutor (y familiares) y pupilo, hasta que se extingan los efectos económicos de la tutela.

La celebración de todo matrimonio como acto de orden público implica la publicación de edictos legales; según el numeral 25 exige la publicación de un edicto en el Boletín Judicial para exponer la información a la opinión pública y permitir que quien conozca un impedimento lo diga en un plazo de 8 días. Sin embargo, el artículo 32 del Código de Familia permite la dispensa de la publicación bajo la responsabilidad del notario. El inciso 4 del artículo 16 prohíbe el matrimonio cuando no se hizo la publicación o la dispensa de los edictos. Es de suma importancia reconocer las diferencias entre las nulidades establecidas en el Código de Familia. Como se puede leer en la ley, el legislador decide darle un valor preponderante a la nulidad por incumplimiento de los fines, lo cual se establece en específico a la nulidad del matrimonio simulado en los artículos 12 bis y 14, separándolas de las causales de anulabilidad y nulidad del numeral 15.

En virtud de la problemática con el uso abusivo y fraudulento del matrimonio, se ha reforzado la legislación referente al matrimonio simulado con diversos artículos, tanto en el Código de Familia como en el Código Penal tal y como se explicó en páginas anteriores.

[104]Ibídem, p. 122.

La noción de matrimonio simulado implica una seguidilla de artículos: el 11 del Código de Familia donde se establecen los fines del matrimonio, cuales son la vida en común, cooperación y mutuo auxilio; el 12 que establece la nulidad de toda condición contraria a los fines mencionados. Además, el 12 bis agrega a la legislación un tipo diferente de matrimonio: aquel que es simulado, puesto que no cumple con los fines previstos. En virtud de una lectura integral del Código de Familia, se entiende que el matrimonio es aquel acto donde un hombre y una mujer manifiestan su consentimiento, de modo legal y expreso, para conformar una unión en la que prevalezcan dichos fines. Estos tienen tal preponderancia que el legislador declara nulo aquel matrimonio que incumpla con estos fines, a pesar del consentimiento que hayan dado los contrayentes y de la inscripción u otros trámites. Este matrimonio simulado exhibe una variante de suma importancia establecida en el artículo 19: la condición migratoria de uno de los contrayentes. Al tratarse de un matrimonio falso que no pretendía cumplir con sus fines esenciales, tan solo ser la premisa de una naturalización, se sanciona con la cancelación de la inscripción registral de las visas, residencias o naturalizaciones otorgadas a la persona extranjera. Por supuesto, este artículo solo es aplicable a los matrimonios simulados ocurridos entre una persona nacional y otra extranjera, con el objetivo fraudulento de obtener una determinada condición migratoria.

El artículo 19 ordena que un matrimonio simulado "*no puede producir ninguna clase de derechos u obligaciones a los contrayentes"*. Se sanciona los beneficios migratorios que pudieron haber surgido de tal matrimonio falaz. Se destaca la obligatoria participación de la Procuraduría General de la República en los procesos de nulidad del matrimonio simulado, según lo ordena el artículo 19, cuando sea el director de la DGME o del Registro Civil quienes soliciten la nulidad del vínculo. La obligatoria participación de la PGR demuestra la importancia que tiene para el Estado evitar las simulaciones maritales y beneficios migratorios.

La Constitución Política costarricense protege la unión marital entre hombre y mujer -sin importar su nacionalidad-.Tanto así que el matrimonio simulado es la única causal de nulidad contemplada en el Código de Familia, que además recibe una sanción penal según el artículo 181 bis del Código Penal. Con esto

se evidencia el interés estatal de detectar aquellos matrimonios que no cumplen con los fines esenciales y que se detengan sus efectos jurídicos a posteriori, sobre todo se considera de vital importancia detener los actos y procesos relacionados con migración.

El matrimonio simulado presenta una serie de irregularidades que atentan contra la seguridad jurídica, entre ellas: la falta de consentimiento por parte de uno de los contrayentes, el acuerdo simulado entre las partes, el uso indebido de los fines esenciales de la figura con la intención de burlar los controles estatales para beneficiarse en otros aspectos, y por tanto, constituye un uso fraudulento y abusivo de la institución del matrimonio.

Capítulo II: El matrimonio simulado

Sección I. La simulación y el negocio simulado

Para efectos de esta investigación es fundamental el estudio del matrimonio simulado, ya se presentaron diversas concepciones de matrimonio. Ahora prosigue el tema de la simulación marital. Desde el derecho civil el matrimonio adquiere el sentido de un negocio jurídico, el cual consiste en *"la declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos"*[105]. Precisamente el matrimonio se basa en un acuerdo de voluntades en el cual los contrayentes se comprometen con el fin de hacer vida en común, cooperarse y auxiliarse mutuamente. En estos términos, hablar de matrimonio simulado es referirse a un negocio simulado. El enfoque por desarrollar a continuación está elaborado partiendo de una visión civilista, ya que la figura de la simulación en el negocio jurídico es la que puede generar mejor englobe y comprensión de un casorio fraudulento.

I.A La simulación

Carbonnier, citado por Brenes Córdoba, plantea que se trata de un plan entre los participantes del contrato que busca ocultar su verdadera voluntad bajo la apariencia de legalidad, mientras ejecutan otro acuerdo que se mantiene en secreto:

> Es una especie de mentira convenida entre los contratantes (por contraposición a la reserva mental o al dolo, que es mentira de unos de ellos). Los contratantes acuerdan ocultar su verdadera voluntad, tras un contrato aparente en su totalidad, de suerte que, al mismo tiempo, surgen dos acuerdos de voluntades que corresponden mutuamente, uno sostensible aunque mendaz (se trata del acto aparente o simulado); el otro sincero pero secreto (es el acto encubierto o disimulado)[106].

[105] De Castro y Bravo. F. (1997) El Negocio Jurídico. Segunda Edición Editorial Civitas S.A. Madrid.España. P.34

[106] Brenes, A. (2010) Tratado de las Obligaciones. Octava Edición. Editorial Juricentro. San José, Costa Rica. p. 120.

Para Ferrara, citado por Montero Piña, retoma la definición de simulación desde el acuerdo de los contratantes para manifestar determinado contenido cuando pretenden obtener un fin contrario a lo declarado:

> La declaración de un contenido de voluntad no real, emitido conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo[107].

Messineo, citado por Montero Piña, hace referencia al tema del contrato con la siguiente explicación:

> Existe un contrato que se realiza tan sólo en apariencia, se le da aspecto de realidad, en tanto que en la intención de las partes no es efectivo y se llama contrato simulado…Aquí el ordenamiento jurídico interviene para disciplinar, por razones de orden técnico, un procedimiento muy frecuente en la vida práctica, mediante el cual las partes emplean conscientemente el contrato como pantalla o como máscara, para ocultar finalidades diversas[108].

La simulación es un acto acordado entre las partes en el que convienen aparentar un negocio jurídico, el cual no tienen intención de cumplir, por lo que tan sólo es una mampara para engañar o distraer a terceras personas y poder así ocultar las verdaderas intenciones finales de los contratantes. Esta se puede clasificar en dos grandes tipos: la simulación absoluta y la relativa.

La simulación relativa y la absoluta

Según Brenes Córdoba estamos ante una simulación absoluta:

> Cuando el acto o contrato impugnado sólo tiene una existencia aparente (por ej. Cuando el deudor con el objeto de sustraer a la acción de sus acreedores los "vende" a una persona que se encarga de conservárselos) y relativa cuando se encubre la naturaleza jurídica de un acto o contrato bajo la apariencia de otro. En este último supuesto encontramos un contrato falso (la compraventa, por ej.) y otro efectivo y sincero (la donación)[109].

Montero Piña sugiere que:

[107]Montero, F. (1999) Obligaciones. Primera Edición. Editorial Premia Editores. San José Costa Rica. P. 143
[108]Ibídem.
[109]Ibídem.

> Cuando se produce un acto contrato que sólo tiene existencia aparente, es decir, cuando las partes en realidad no han querido celebrar ningún contrato, desean la declaración y no sus consecuencias. Los romanos afirmaban que estos contratos tienen color, pero sustancia ninguna[110].

Según este autor en la simulación relativa *"existen dos actos: uno falso y otro efectivo y sincero. Los romanos afirmaban que estos contratos tienen color, pero la sustancia es otra"*[111]. La simulación constituye un defecto de concordancia entre la voluntad interna y exteriorizada según Brenes Córdoba; y en razón de esto debe relacionarse con la teoría del consentimiento, pues que un contrato sea perfecto requiere de otros elementos esenciales, el indispensable acuerdo de partes sobre el objeto y términos del mismo. El mismo autor explica:

> …es obvio que una declaración de voluntad que no sería sino aparente o ficticia, vacía y mentirosa, no puede constituir un verdadero consentimiento, por lo que al faltar dicho elemento esencial, no podría afirmarse de que ha surgido a la vida jurídica[112].

De Castro y Bravo considera que la simulación absoluta:

> …es la forma más simple de la simulación ("simulatio nuda"). Supone haberse creado la apariencia de un negocio y, en realidad resulta que no se quiso dar vida a tal negocio, sino tan sólo a su apariencia engañosa. Se oculta la carencia de causa. La denuncia de esta simulación lleva a que se declare la inexistencia o nulidad del negocio, por carencia o falsedad de causa[113].

En cuanto a la simulación relativa de Castro y Bravo indica que *"se ha de tener en cuenta en ella, no sólo el negocio simulado y el acuerdo sobre el encubrimiento, sino también el negocio jurídico ocultado"*[114].

Es decir hay simulación absoluta cuando únicamente hay una apariencia del negocio jurídico, mientras que se considera simulación relativa cuando tras la apariencia del negocio jurídico, se encuentra oculto otro negocio jurídico.

[110] Montero, op. cit., p.143.
[111] Ibídem. p. 144.
[112] Brenes, op. cit., p.121.
[113] De Castro y Bravo, op. cit., p.348.
[114] Ibídem, p.350.

I. B. Requisitos del acto simulado

Según Montero Piña existen tres requisitos que permiten la formación de un acto de simulación. Primeramente se encuentra el acuerdo entre las partes y ello implica que *"es necesario que las partes hayan manifestado su voluntad fingida. El engaño, pues, debe ser bilateral, en el sentido de la unión de voluntades tendientes a un mismo fin"*[115].

En segundo lugar debe de existir una discordancia intencional:

> Esta es una consecuencia del requisito anterior. La discordia debe de ser voluntaria por ambas partes. Este acuerdo distingue el acto simulado del error, en el cual no hay conformidad en los sujetos; pero el error no es requerido, es involuntario[116].

Y como tercera característica está la intención de engañar:

> El engaño siempre se presenta en la simulación. La simulación siempre constituye en un engaño, ya que se está tratando de aparentar una situación inexistente. Ese engaño debe causar daño a terceros o burlar la ley (…) La simulación en nuestro ordenamiento jurídico, tiene una regulación indirecta, derivada de los principios conformadores de los contratos y las causas de nulidad de los mismos. El artículo 627 del Código Civil dispone que son esencialmente indispensables para la validez de las obligaciones los siguientes elementos: la capacidad de las partes que se obligan, objeto o cosa cierta y posible que sirva de materia a la obligación y causa justa. Por su parte el 1007, ampliando las condiciones indispensables del numeral 627, existe para el nacimiento del contrato el consentimiento de las partes y el cumplimiento de las solemnidades establecidas por la ley, es evidente que en la simulación falta uno de los elementos esenciales del negocio jurídico pues existe una disconformidad intencional entre lo querido y lo manifestado, o si se quiere existe un consentimiento aparente, el del negocio simulado. Al faltar, de conformidad con el artículos 835, inciso 1), el negocio simulado está viciado de nulidad absoluta[117].

I. C. El negocio simulado

A inicios del presente capítulo se dio definición al negocio jurídico como una declaración de voluntades entre las partes con el fin de obtener un resultado

[115]Montero, Fernando (1999) Obligaciones. Primera Edición. Editorial Premiá Editores. San José Costa Rica. P. 145.
[116]Op.cit.
[117]Montero, Fernando (1999) Obligaciones. Primera Edición. Editorial Premiá Editores. San José Costa Rica. p. 145.

que es tutelado por el ordenamiento jurídico. Cuando este se corrompe con simulación dichos negocios jurídicos se vuelven simulados.

La figura de la simulación se desarrolla en los negocios jurídicos, ya que en los negocios priva el consentimiento (que implica voluntad de realizar a no el negocio) como elemento esencial de éstos. Y es en esta área específica tanto del consentimiento y de la voluntad, en el que brota y se cimienta la simulación.

Para lograr dar comprensión a lo que se entiende como negocio simulado, se puede abarcar de la siguiente manera. La simulación constituye un defecto de concordancia entre la voluntad interna y exteriorizada, como lo explica Brenes Córdoba y en razón de esto, es que debe de dársele la debida importancia al consentimiento, ya que para que un negocio jurídico sea perfecto se necesita junto con otros elementos esenciales, el indispensable acuerdo de partes sobre el objeto y términos del mismo; y como éste autor costarricense explica *"se entiende que una declaración de voluntad que sea aparente o ficticia, vacía y mentirosa, no puede constituir un verdadero consentimiento, por lo que al faltar dicho elemento esencial, no podría afirmarse de que ha surgido a la vida jurídica"*[118]. Por todo lo anterior es que los actos simulados una vez descubiertos son convertidos en actos nulos, sin validez jurídica.

De esta forma se convierte un negocio jurídico uno simulado, cuando existen consentimientos y declaraciones de voluntad expresadas por las partes de manera aparente, engañosa, falsa, que no puede tenerse como consentimiento verdadero, puesto que el propósito del mismo crea una apariencia ante terceros de aparentar que desean realizar dicho negocio cuando en realidad las partes conocen que no es así.

La simulación está realizada con el fin de que las partes contratantes engañen a terceros para cometer el propósito oculto, el verdadero negocio jurídico, por encima del negocio simulado.

En el caso en cuestión de la presente investigación, el motivo o la *causa simulandi* por la que se genera la simulación, es engañar a las instituciones

[118]Brenes Montero, op. cit., pp.121 y 145.

públicas competentes en la aprobación y otorgamientos de los estatus de residencia y de naturalizaciones de los extranjeros por medio de la unión en matrimonio con una persona costarricense.

Existen varias teorías sobre la simulación, entre ellas: la Teoría dualista francesa, la Teoría monista (o Declaracionista), la Teoría causalista y la Teoría simulación-nulidad (o Voluntarista). De las anteriores teorías, de interés para esta investigación es necesario señalar que en Costa Rica la Teoría de la simulación-nulidad (Voluntarista) es la prevalente.

Sección II. Teorías elementales de la simulación

II.A. Teoría de la simulación-nulidad (o Voluntarista)

Esta teoría considera a la simulación como una causal de nulidad, al faltar la voluntad y el consentimiento, los cuales constituyen elementos esenciales del negocio jurídico.

Ferrara, Coviello, Messineo, Camara y Borda consideran con base en esta teoría que lo característico en el negocio simulado es que existe una contradicción deliberada y consciente entre la voluntad interna y la externa de las partes, es decir entre los intereses ocultos y lo que declaran éstas frente a terceros. En el nivel nacional, dicha teoría también es compartida por Casafont Romero citado por Jinesta, al decir que:

> El contrato simulado, puede afirmarse, es una figura o negocio sin un contenido de voluntad real: entraña una oposición o divergencia consciente, intencionada, entre la verdadera voluntad y la voluntad declarada o manifestada y se halla por lo mismo condenado a no producir ningún efecto jurídico. Constituye una mera apariencia, sin contenido de voluntad real o negocial, es decir, sin verdadero consentimiento y como tal, inválido o radicalmente ineficaz, por falta o ausencia de ese elemento esencial, ya que no hay contrato sin consentimiento (…) elemento esencial del alma del contrato[119].

Pérez, citado por Jinesta, explica que la simulación es un problema de existencia o falta de voluntad relativa al contenido, e indica que de la ausencia

[119] Jinesta, E. (1990). La Simulación en el Derecho Privado. Talleres de Mundo Gráfico S.A. Primera edición. San José, Costa Rica, p. 21.

total del elemento voluntad se deriva la nulidad absoluta del negocio simulado; nulidad que puede hacerse valer contra todos[120].

De ello se deduce que a falta de voluntad y consentimiento real de las partes, como uno de los elementos esenciales del negocio jurídico en consecuencia se considera como negocio simulado y, por lo tanto, es nulo. Por su parte la buena fe guarda vinculación con la simulación, ya que la buena fe conlleva a que las partes externen su declaración de voluntad de forma genuina. Sin embargo, si no existe buena fe proveniente de las partes, el consentimiento no es real, por lo que surge la simulación la cual tiene como fin engañar a los terceros. Esto debido a que los terceros asumen de buena fe que la voluntad exteriorizada por las partes es cierta y genuina cuando en realidad no lo es, afectándolos consecuentemente.

II.B Sobre la simulación y la buena fe

La buena fe se sostiene a raíz de la apariencia jurídica y es la que produce la confianza en los terceros frente a un negocio jurídico. De acuerdo con Betti, citado por Mosset *"la buena fe alude aquí a un estado de consciencia consistente en ignorar el acuerdo simulatorio y creer, por tanto, en la plena eficacia vinculante del negocio simulado"*[121].

En otras palabras, la buena fe se mantiene a raíz de creer por parte del tercero en que todos los efectos jurídicos se producirán, ignorando o desconociendo éste, el acuerdo simulado entre las partes. A nivel doctrinario se ha discutido acerca de la validez que puede tener frente a terceros un negocio jurídico que sea simulado. Respecto a esta discusión doctrinaria Mosset, citando a Gamarra, indica que *"el negocio jurídico es válido o nulo para todos"*[122] *en cambio para Coviello "el negocio simulado es nulo entre las partes, más no lo es siempre respecto a terceros"*[123].

[120] Ídem.
[121] Ibídem.
[122] Mosset. J. (2001) Contratos Simulados y Fraudulentos. Tomo I. Contratos Simulados. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires. Argentina. P.39.
[123] Ídem.

A pesar de esto, la doctrina predominante apunta a que *"la simulación es inoponible a los terceros de buena fe"*[124], ya que explica Mosset que esta eficacia no deviene del principio de la responsabilidad, sino de la buena fe con base en la confianza que suscita la apariencia. Por lo que se puede entender entonces que en relación a los terceros que adquieren de buena fe procedente de un acto simulado, la apariencia de adquisición real va a imperar sobre la realidad (simulada), por lo tanto lo que adquieren en un negocio simulado va a mantenerse como una adquisición válida con todos sus efectos.

II.C Teoría de la apariencia y la *causa simulandi*

Rivero, citado por Jinesta, define lo aparente como *"todo fenómeno que se ofrece a consideración de los sentidos como verdadero, siendo ficticio*"[125], a esto agrega que:

> …formalmente se trata de una relación de manifestación, donde siempre el elemento manifestante es una situación de hecho, y el elemento manifestado es una situación jurídica, en la cual el primero solo manifiesta al segundo aparentemente. Lo anterior plantea un problema, pues cualquier sujeto puede ser llamado a engaño, por la estructura viciada que se ofrece a su actividad cognoscitiva, el cual repercute negativamente en las relaciones jurídicas, dadas las exigencias de certeza y de seguridad que deben imperar en ellas[126].

Rivero expresa que la situación de hecho manifiesta una aparente situación jurídica y que lleva a los terceros a un engaño, lo cuales se van a ver afectados en el tanto que lo ven como una situación verdadera, ya que se tienen por dominantes en las relaciones jurídicas la certeza y la seguridad así como la buena fe que se presume hasta que se sepa que se posee indebidamente, según el artículo 285 del Código Civil.

Jinesta explica que la teoría de la apariencia es un elemento esencial para analizar la simulación y debe ser el prisma por el cual se observen los efectos de la simulación. Jinesta, citando a Mazeud, afirma que la simulación *"...es la operación por la cual se crea una situación jurídica aparente que difiere de la situación jurídica verdadera. Se trata de así de ocultar una verdadera situación*

[124] Ídem.
[125] Ibídem, p. 32.
[126] Ibídem.

jurídica tras la fachada de una situación aparente"[127]. Ante esto explica este autor que los terceros tienen derecho a dos situaciones: derecho a penetrar la apariencia para que capten la realidad y también derecho a valerse de la apariencia y hacer responsables a los simuladores de los efectos que celebraron aparentemente, de modo que se convierte la apariencia en una situación generadora de derecho. Así, la apariencia es esencial para describir la simulación y en caso de los terceros que asuman como verdadero el negocio jurídico que les afecta debe de generar derechos, por lo que se entiende que la simulación no debería de afectar a los terceros y les debe en vez de causar fraude o engaño generarles derechos como si fuese una situación jurídica real y no ficticia.

La causa simulandi

Para definir dicho término Ferrara, citado por Mosset, señala que *"la causa simulandi, es el interés que lleva a las partes a hacer un contrato simulado, el motivo que induce a dar apariencia a un acto jurídico que no existe, el porqué del engaño"*[128].

La causa de simulación no es más que la motivación por la cual los impostores realizan los actos jurídicos. Se rescata esto, ya que es importante tomar en cuenta como elemento esencial de todo negocio jurídico, que posea una causa, es decir una razón para que nazca al mundo jurídico. Al respecto Jinesta hace notar que uno de los elementos que más han producido discusión es si la prueba de la *causa simulandi* es una condición *sine qua non,* para proceder a la acción. Ante esto, se ha establecido una solución intermedia, la cual según Jinesta indica que si bien no es una prevención indispensable, si lo será cuando sea fundamental indagar la ilicitud de la simulación.

Sección III. El procedimiento de la simulación

Realizar la simulación conlleva un proceso basado en una sola voluntad que se cumple básicamente de dos etapas:

> La primera etapa es el acuerdo simulatorio. Este acuerdo llega a gestarse cuando nace entre las partes el entendimiento mutuo de

[127] Ibíd.
[128] Mosset, op. cit., p. 59.

> exteriorizar un negocio aparente, con la finalidad de engañar a terceros. Mediante el acuerdo simulatorio las partes de obligan a celebrar el negocio jurídico. El acuerdo simulatorio menciona Federico De Castro y Bravo que Savigny había advertido que en la simulación, las partes "se ponen de acuerdo en dar a lo declarado, un sentido distinto a lo ordinario[129].

Se cataloga como un contrato preparatorio, ya que aquí las partes declaran su voluntad de llevar la simulación, de cumplir con el negocio simulado; este puede ser escrito o también acordado verbalmente entre las partes. Si es escrito se va encontrar por lo general en un contradocumento, cuya función es darle cuerpo al acuerdo simulado, el cual debe de ser firmado por las partes, redactado mediante un instrumento público o privado. Una vez que el acuerdo se realiza lo que le sigue es ejecutar el acuerdo; es decir como segundo paso realizar o ejecutar el negocio simulado, el cual se concreta por medio el desarrollo del acuerdo fraudulento por las partes.

Agrega Jinesta que la simulación puede ser absoluta o relativa. Es absoluta, cuando las partes que acuerdan el negocio no tienen en mente más que crear la apariencia del negocio, hasta aquí llegaría el acuerdo simulatorio en este caso. Ahora bien, si se encuentran frente a una simulación relativa, esta va consistir en ocultar un negocio real detrás de un negocio aparente, por lo que el acuerdo y el negocio simulado no logran ser suficientes, ya que faltaría para poder ser consumado que se ejecute el negocio disimulado, el real, el que las partes quieren realizar.

Una vez conocidas las etapas o pasos de la simulación, se van a tratar los elementos que constituyen la simulación.

III.A Elementos constitutivos de la simulación

La simulación posee una serie de ingredientes básicos para poder identificarse y constituirse como tal:

[129] De Castro y Bravo, op. cit., p.337.

I-Disconformidad consiente o intencional entre voluntad y declaración

Lo interno (lo querido) con respecto a lo externo (o declarado) se encuentran opuestos conscientemente por las partes; y estas son las únicas que conocen y están conscientes de la situación, porque los terceros lo ignoran y ante ellos es un negocio inexistente, ya que transcurre inadvertido.

II-Acuerdo de partes

Un acto simulado depende de una relación y un acuerdo bilateral entre las partes, como lo menciona Ferrara, citado por Jinesta, al indicar que *"la simulación supone un concierto, una inteligencia entre las partes; estas cooperan juntas en la creación del acto aparente, en la producción del fantasma jurídico que constituye el acto simulado"*[130].

Es por medio del entendimiento de las partes que se llega a la simulación, en otras palabras, lo que se necesita es un acuerdo simulatorio y los protagonistas de dicho acto premeditado. El acuerdo simulatorio en materia civil puede darse por escrito, contradocumento. Sin embargo también cabe la legal posibilidad de producirlo de manera verbal entre partes; y como dice Messineo, citado por Jinesta:

> …en sustancia, mediante el acuerdo simulatorio los contratantes declaran querer algo distinto de lo que sería si uno se atuviera únicamente al valor literal y objetivo de las declaraciones de voluntad contenidas en el contrato simulado. Sin embargo, el acuerdo simulatorio no forma parte del contrato simulado o del contrato disimulado[131].

Se crea un acuerdo entre partes, se entreteje una mampara y se hacer creer que se desea ejecutar dicho acto jurídico cuando la realidad es que lo que se acuerda hacer es distinto a lo trasmitido por escrito o acordado entre partes, pues el plan es engañar.

III-Propósito de engaño a terceros

El acto simulado tiene el propósito de generar engaño, ya que se buscar generar una apariencia de veracidad, pero sólo aparente, una máscara de la

[130] Jinesta, op. cit., p. 44.
[131] Ibídem, p.45.

existencia de un acto que es irreal. La meta de la simulación es lograr engañar a los terceros. Los terceros serían los perjudicados, en ningún momento puede ser una de las partes y así lo explica Camara, citado por Jinesta, *"…debe de quedar claro que el propósito de engaño siempre se orienta hacia terceros y no al cocontratante, ya que de lo contrario lo que habría es dolo y no simulación"*[132].

Esto último aportado por Jinesta es necesario resaltarlo en el tanto que es necesario distinguir la simulación de otras figuras similares como es el fraude de ley, la falsedad así como del error y dolo. El Fraude de ley es necesario diferenciarlo de la Simulación. El fraude a la *lege* según Jinesta es *"la forma indirecta de violar o infringir una norma imperativa (….) de manera indirecta, encubierta y supone un espíritu refinado por parte de quien lo ejecuta"*[133]; o sea *"burla la ley de forma oblicua, indirecta; respetando los preceptos, viola su espíritu"*[134] dice Camara, citado por Jinesta.

El artículo 20 del Código Civil costarricense señala al respecto que se considerarán ejecutados en fraude de ley los actos realizados al amparo del texto de la norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él. Por lo que lleva a obtenerse de forma lícita un resultado que se encuentra prohibido por la ley, debido a que se realiza un acto jurídico bajo el pleno cumplimiento de lo que la ley exige, por eso es lícito. Sin embargo, el resultado obtenido es contrario a la misma legislación.

A simple vista la simulación pareciera tener mucho en común con el fraude de ley, pero exhibe diferencias:

a) El negocio fraudulento es verdadero o real, en tanto que el negocio simulado es ficticio. Ferrara citado por este jurista costarricense, explica claramente que "el negocio simulado quiere producir una apariencia; el negocio fraudulento, una realidad, los negocios simulados son ficticios, no queridos; los negocios **in fraudem** son serios, reales, y realizados en tal forma por las partes para conseguir un resultado prohibido[135].

[132]Ibídem, p.46.
[133]Ibídem, p.50.
[134]Ibídem.
[135]Ibídem, p. 51.

b) El fraude es una violación directa no de la letra de la ley sino de su espíritu (en él se elude la ley de manera inteligente y refinada consiguiendo un fin prohibido por una vía indirecta), en tanto que la simulación constituye una violación directa de la ley. En palabras de Ferrara: "La simulación no es un medio de eludir la ley, sino de ocultar su violación[136].

Por su parte, la falsedad ideológica se presenta *"…cuando hay una documentación o atestación falsa en un documento público y auténtico de declaraciones o hechos que se afirman como emitidas u ocurridos, cuando en realidad no se han dado o se han dado de manera diferente"*[137]. La principal diferencia se encuentra en que la simulación disfraza el consentimiento, el cual es un elemento del negocio, mientras que la falsedad ideológica modifica o altera la verdad material de las declaraciones o de la información de los documentos. La simulación se basa en un acuerdo simulado necesariamente en conjunto; las partes conciertan realizar el engaño, que a diferencia de la falsedad se limita a que el funcionario público de fe de los hechos ejecutados por parte de cada una de las partes presentes frente a él[138].

Si bien son diferentes delitos, uno no excluye al otro necesariamente, sino que se pueden encontrar de manera concatenada, ya que por ejemplo para realizar una simulación matrimonial, además del acuerdo de simulación entre los contrayentes, se necesita de la falsedad ideológica por parte del funcionario como notario involucrado en dicha simulación, para que se encargue de insertar declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, por ejemplo insertar en declaración jurada que el estado civil del extranjero es apto para contraer matrimonio cuando en realidad no lo es con el fin de facilitar el fraude matrimonial. El error y el dolo, frente a la simulación, también destacan en sus diferencias, debido a que *"en el error la divergencia entre voluntad y declaración es involuntaria, inconsciente, en tanto que en la simulación es una divergencia consiente y querida. Asimismo, a la naturaleza unilateral del error se opone la bilateralidad de la simulación"*[139].

[136]Ibídem.
[137]Ibídem, p. 58.
[138]Ibídem.
[139]Ibídem, p. 58

De modo más sencillo, tanto en la simulación como en el error, existe una variación entre lo que se declara y que realmente se desea, sin embargo en la simulación ocurre que esa variación se hace de manera intencional y se hace por medio del acuerdo bilateral. Mientras que en el error, se presenta la situación que se declara de manera unilateral algo que no era lo que se deseaba, en razón de que por medio de la influencia de un tercero engañoso para producir un vicio en el consentimiento de la persona. Al respecto Torrealba señala:

> La figura del dolo, como especie de vicio del consentimiento, exige que la acción u omisión deshonesta sea atribuible a alguna de las partes contratantes**.** A contrario, si una de las partes contrata bajo la influencia decisiva de la maniobra engañosa de un tercero, podría configurarse otra especie de vicio del consentimiento (p.ej. el error)[140].

El dolo es unilateral, ya que nace por una de las partes, mientras que la simulación se genere únicamente por el acuerdo las partes que intervienen en el negocio. Otra diferencia muy sutil entre el dolo y la simulación, corresponde a que el dolo es siempre un comportamiento engañoso e ilícito expone Jinesta, mientras que la simulación no necesariamente llega a ser ilícita, ya que existe la simulación lícita, aquella que no tiene intención de engañar a los terceros. Otra diferencia es la intención de engaño, pues *"mientras que en el dolo es orientado a la contraparte, viciándole su consentimiento, en la simulación el propósito de engaño está orientado a los terceros"*[141].

Por lo que se puede resumir y decir que en el dolo y en el error entre estos se diferencian en que el error lo hace incurrir un tercero a una de las partes, es unilateral por influencia de un tercero, mientras que el dolo también es unilateral pero lo realiza una parte en contra de la otra, mientras que la Simulación la realiza las partes es un acuerdo bilateral en contra de los terceros.

IV- La *causa simulandi*

La simulación posee dos fines según explica Camara, citado por Jinesta, cuales son: el primero, inmediato, cuyo propósito es el engaño y el otro,

[140]Torrealba, op. cit., pp. 244 y 245.
[141]Jinesta, op. cit., p. 59.

mediato, que corresponde a la *causa simulandi* y hace advertencia de que no son lo mismo la *causa simulandi* que el engaño, ya que el engaño no siempre va a calificar o determinar una simulación, la *causa simulandi* si la va a determinar ya que constituye el interés o la finalidad y motiva a las partes a realizar la simulación, es la razón o el por qué, detrás de la realización de un acto jurídico simulado. En el caso del matrimonio simulado, la *causa simulandi* es la obtención de un estatus migratorio determinado por la condición de encontrarse en apariencia vinculado nupcialmente con un costarricense.

III.B Tipos de simulación

Existen dos grandes divisiones al hablar de tipos de simulaciones, las cuales se clasifican en: absolutas y relativas.

Simulación total y parcial

La presente clasificación de simulación hace referencia con respecto a la amplitud del vicio de la simulación en el acto o en el negocio jurídico. Para ello explica Jinesta que se considera parcial la simulación que recae sobre una cláusula accesoria u otros de los elementos como por ejemplo el plazo o el precio y que no recae sobre la naturaleza del acto o negocio y que al ser parcial, pues el negocio jurídico será válido ya que a pesar de que contiene una simulación, la cláusula viciada de simulación, siempre que no sea sobre algún elemento esencial no va a traer abajo el negocio jurídico. Mientras que a *contrario sensu* se denomina total cuando la simulación vicia el negocio en sus elementos esenciales y por consecuencia afecte íntegramente el negocio, y una vez demostrado el vicio, el negocio queda nulo y por ende se retrotrae en todos sus efectos.

III.C La prueba de la simulación

Uno de los aspectos importantes que derivan de la simulación corresponde a la prueba de la misma, ya que como lo indica Jinesta:

> …es la mayor debilidad del derecho al enfrentarse a la simulación. La prueba de la simulación es difícil, una probatio diabólica, donde normalmente no existe prueba directa, por lo cual para su demostración debe acudirse a la prueba presuntiva indiciaria, de tal forma que el

juzgador pueda inferir un cuadro indiciario que ponga en evidencia el síndrome de la simulación[142].

Marco indiciario

No resulta fácil lograr recabar prueba para demostrar la simulación, debido a que las partes que la llevan a cabo también piensan en la forma de hacerla ver lo más real posible, por lo que también se ponen de acuerdo para mantener la misma sin dejar ninguna pista o indicio. De pues de todo la simulación está hecha para engañar y hacer pasar por cierto y real el negocio o acto jurídico y que nunca llegue a ser descubierta, que pase imperceptible, inadvertida. Sin embargo existen una serie de indicios comunes para hacer detectable la simulación, no es una lista cerrada, pero si son los principales indicios, y debe de considerase una lista con posibilidades de apertura, ya que el peligro de encasillar a esta figura bajo sólo estos indicios es un gran riesgo y no en todos los casos se van a presentar completamente estos indicios, podrán ser menos, podrán ser más y conociendo que la simulación se crea bajo la creatividad humana de las partes; encasillar aun grupo determinado de indicios sería contraproducente a la meta de detectar la simulación, ya que cualquier otra manera de actuar de los simuladores para evitar que sean descubiertos que no se encuentre en este catálogo, borraría o haría difícil deducir toda pista de la simulación cometida. Según Sabate, citado por Jinesta, son las siguientes:

La *causa simulandi*

Cómo se ha venido explicando, la *causa simulandi* corresponde a la motivación o el interés real por el cual se está realizando la simulación, ya que el acto de simular como es una acción consciente, reflexiva y obedece a un motivo determinado, por lo que es considerado un buen punto de inicio para probar que existe simulación. Además sirve de arranque hacia la carrera probatoria para demostrarla ante el juez, ya que las partes como seres humanos que son actúan con un sentido, razón o motivación. Ingresar en lo profundo del pensamiento humano es difícil y mayor aun cuando el objetivo de las partes es ocultar la verdadera motivación detrás de la simulación.

[142] Jinesta, op. cit., p. 15.

Sin embargo no todo el tiempo se va a lograr descubrir la *causa simulandi* por sí sola, sino que también por medio de otras presunciones es que se puede llegar a revelar la misma. Sabate agrega al respecto que:

> …generalmente se suele dar en el cuadro presuncional algún indicio que potencia la causa simulandi de una manera muy particular y directa. No quiere esto significar que la causa simulandi deje de correlacionar con los demás componentes del síndrome, sino simplemente que presenta notorias afinidades con algunos de ellos, hasta el punto que la fijación de este indicio se aprovecha simultáneamente para suponer demostrada la motivación de la propia conducta simulatoria[143].

Podemos decir que no siempre la *causa simulandi* se va a poder revelar, pero las posibilidades aumentan cuando se tienen otras presunciones que van a servir de guías para ir acercándose al motivo del fraude.

La *neccesitas*

Este indicio trata de la necesidad real que deben tener las partes involucradas para realizar el negocio jurídico. Mientras en la *causa imulandi* se intenta explicar el motivo por el cual se simula el negocio jurídico, este a modo contrario nos indica si el negocio que se realizó era necesario para satisfacer una *neccesitas* determinada. Por lo que si no existe una necesidad real tenemos otro indicio de que era un negocio simulado. En esta clase de indicio hay que preguntarse: ¿qué persiguen los contrayentes? Por lo general en los negocios jurídicos existe una necesidad y también una motivación, ya se explicó que la motivación es humana y en todos los actos humanos la hay y se prueba con la *causa simulandi*, mientras que la necesidad, que es diferente a la motivación, va a variar, ya que cabe la posibilidad de que no se realice con necesidad alguna, y se prueba con el indicio *neccesitas*.

Así por ejemplo, en la celebración de un matrimonio simulado no se tiene la necesidad de satisfacer necesidades como los fines de poder convivir juntos, de apoyarse mutuamente, de hacer vida en común y la motivación se centraría en dado caso en poder obtener algún beneficio con la registración del mismo, ya sea para obtener un bono de vivienda u obtener un estatus migratorio de residencia o nacionalidad o cualquier otra *causa simulandi*. Como se puede

[143]Ibídem, p. 193.

inferir, *causa simuladi* y *necesitas* son polos opuestos. Cualquiera de las dos perspectivas se va a poder obtener un indicio de simulación, según explica Sabate:

> …cuanto mayor prestancia y verosimilitud ofrezca la primera menor densidad presentará la segunda, y viceversa. Cabría alegar que el más eficiente dispositivo informativo que se posee para atacar de frente un indicio de causa simulandi es precisamente la existencia de una buena respuesta al Necessitas[144].

La *notitia*

Esta hace referencia al hecho de estar enterado el cómplice o la parte de la ficción del negocio jurídico; es decir, que tengan el conocimiento y consciencia de que se está desarrollando una simulación bajo el conocimiento recíproco de las partes. La simulación *per se* necesita de un acuerdo simulado donde las parte interesadas sepan y resguarden la ficción de lo pactado, por lo que se puede deducir que si una de las partes o de los interesados, desconocen de los pactado y acordado simulado es de probabilidades muy altas que no se esté ante una simulación, sino ante otro delito, ya que se necesita del acuerdo mutuo, incluso del conocimiento del mismo de los testigos, cómplices e interesados en el negocio ficticio.

El *pretium vilis*

Este se refiere al precio vil, algo que se puede interpretar como un costo desproporcionado, que va desde un precio risible, casi que simbólico, hasta un valor desmesurado, tan elevado que genera indicios que se encuentran en la posibilidad de ser una simulación, ya que no tiene coherencia entre las cosas o servicios pactados con el precio otorgado para ellos. Explica Jinesta que en materia civil y mercantil las partes por lo general llegan a argumentar que se acordó ese precio determinado ya que se encontraba una de ellas en un estadio apremiante de necesidad o que se debe a que poseen una amista de larga data o son familiares; o del desconocimiento o ignorancia del valor del mismo por parte del comprador.

[144]Ibídem, p. 194.

Encuadrando este indicio del precio desproporcionado con el matrimonio simulado, cuando estas fraudulentas relaciones se realizan vía notarial con conocimiento de la simulación por parte del notario, sumado a la necesidad urgente para el extranjero de obtener un estatus migratorio estable ocurre que se elevan los precios debido a que el funcionario se aprovecha de la necesidad de las partes e impone un monto totalmente desproporcionado. Sin embargo no es la regla que se le dé un precio desmesurado, ya que también cabe la posibilidad de que el notario no logre identificar a tiempo que tiene al frente a una pareja fraudulenta, ni puede sospechar de todos los extranjeros que deseen unirse con sus parejas nacionales y además así también existe la posibilidad de cobrar por debajo de la tabla de honorarios para atraer una mayor clientela. A pesar de todo eso, este indicio es difícil de poder acertarlo ya que las partes como buenos impostores nunca van a declarar cuanto tuvieron que pagar para poder realizar el fraudulento matrimonio, como si se declararía en una escritura de compraventa donde las partes deben de indicar el monto por el cual realizan el contrato.

La *retentio possessionis*

Textualmente *retentio possesionis* significa „retener las posesiones o mantener la cosa" y en cuanto a este indicio también se pretende extraer la esencia del mismo para aplicarse al matrimonio simulado. Según Ferrara, citado por Jinesta, se entiende como:

> …falta de ejecución material del contrato simulado, este indicio es decisivo "ya que la posición de hecho de los contratantes no está en armonía con el cambio de posición jurídica. El contrato ha producido un cambio en las relaciones jurídicas. Cambio que no ha trascendido del campo del derecho. De hecho, los contratantes continúan obrando como antes; siguen efectuando los mismos actos de disfrute y de disposición, como si el contrato no existiese. Esa, claro es la mejor confesión de su inexistencia, relacionado con ello está el indicio de la *retentio possessionis*. El vendedor continúa en posesión de la cosa vendida, conduciéndose y obrando como propietario ...Es inverosímil que el que enajena continúe en el disfrute de la cosa enajenada, y privado del que la adquiere; y claramente se advierte la falta de intención de vender, por una parte, y de adquirir, por la otra[145].

[145]Ibídem, p. 205.

En perspectiva hacia el matrimonio simulado, una vez realizado el acto jurídico, los contrayentes, constituidos ahora en cónyuges, en vez de conformar una vida en común, de mutuo apoyo, auxilio y cooperación, como parte de ejecutar los efectos normales de vivir en pareja, lejos de eso ni siquiera llegan a tener coherencia con la nueva posición jurídica, su nuevo estado civil que el derecho les ha otorgado como casados, sino que viven como antes, como solteros viudos o divorciados, menos casos, teniendo domicilios distintos, sin comunicación, a distancia, manteniendo sus respectivas vidas privadas. Basta con que se haga una simple visita al domicilio de cualquiera de los dos y descubrir que no hay fotos en común ni cama matrimonial ni ropa o utensilios de cada pareja y así se podrían ir sacando infinidad de pruebas de que ni tan siquiera conviven juntos. Ello se puede recabar mediante consultas a vecinos o testigos de que no les conocen como pareja estable o que no viven vida de pareja.

El *tempus*

En cuanto a este indicio que hace referencia al tiempo es de tenerlo en cuenta como fuerte indicio en las simulaciones. Jinesta explica que al aproximarse el vencimiento de una deuda o de una obligación, o en la proximidad de una separación conyugal o divorcio y diversos casos ocurre que se hacen traspasos, donaciones, ventas de bienes de forma acelerada, a precios risorios con familiares o amistades cercanas. También se da que las partes presentan de manera inmediata, sin pérdida de tiempo alguno, en los distintos registros de bienes muebles o inmuebles, las escrituras de forma urgente olvidando certificaciones o pago de impuestos determinados.

En el caso de los matrimonios que tienen posibilidad de ser calificados como fraudulentos y que tiene la *causa simulandi* de obtención de la nacionalidad costarricense, estos podrían ser probados como tales bajo el indicio del *tempus*, porque se presentan ante el Registro Civil en determinada fecha y sin perder mucho tiempo (pocos días o semanas) de haberse cumplido los dos años exactos que exige el trámite de naturalización por matrimonio con costarricense presentan el divorcio respectivo una vez obtenida su

naturalización, por lo que se deduce que su interés no es más que la obtención de la misma.

La *nescientia*

Según Jinesta este concepto se refiere a:

> La notoria ignorancia acerca de la naturaleza o contenido de alguno de los elementos del contrato. Al determinar que el cómplice no está enterado de nada, da la sensación de que ha actuado como un autómata, al impulso de instrucciones de otro y sin preocupación[146].

Este indicio se caracteriza por que una de las partes se encuentra bajo tres posibilidades explica este jurista, las que cuales son:

> -Que existe una ignorancia del objeto contractual, el adquirente del negocio ignora el motivo por el cual se realizó el acto o negocio jurídico.
>
> -Desconocimiento de los individuos que tienen relación con quien adquirió el derecho, ignora por ejemplo quienes son los inquilinos, o el acreedor, etcétera.
>
> -Existe un desconocimiento de monto o datos fundamentales, tales como cuánto vale el bien mueble o inmueble, el derecho que adquirió, no sabe de los impuestos que paga o de las cargas tributarias que le envuelven a ese derecho que adquirió.

La simulación matrimonial, según el artículo 178 del Código Penal es el espacio adecuado para que la notoria ignorancia del acuerdo reluzca; es decir, que aflore la *nescientia*. En este caso ocurren las siguientes posibilidades: la parte desconoce la fecha cuando se realizó tan importante acontecimiento es más no sabe que la o lo habían casado hasta que revisa o pide una certificación de su estado de soltería como requisito para algún trámite. La otra posibilidad que puede ir o no derivada de la anterior es que nunca ha conocido ni tiene idea de quién es la persona que registralmente aparece como su cónyuge. Con este indicio acabamos la lista de los principales pero no los únicos indicios por los que se podría ir revelando un matrimonio simulado, ya que como se explicó al inicio de esta parte es una lista números abiertos.

[146]Ibídem, p. 213.

Sección IV. Los efectos de la simulación

IV.A Sobre la invalidez del negocio simulado

La inexistencia del negocio

La inexistencia se entiende como *"la ausencia o falta de todo el negocio, por lo que no se le puede otorgar ninguna calificación a un acto inexistente, no es ni siquiera inválido ni tampoco eficaz"*[147]. Es decir, la inexistencia hace que no exista negocio o acto jurídico, ya que no nace a la vida jurídica tampoco puede calificarse de eficaz o ineficaz o de válido o inválido. En el negocio simulado, explica Cámara, hay quienes sostienen que es inexistente ya que señalan que las partes simulantes no quieren el acto ni sus efectos y no hay una voluntad ni un consentimiento real. Sin embargo, esta tesis es criticada debido a que *"el negocio simulado produce consecuencias o efectos por diversos motivos, y no puede ser inexistente, porque la nada carece de derivaciones en el campo jurídico"*[148]. Es decir, al tener consecuencias ante terceros es que no puede considerarse inexistente ya que la inexistencia no puede generar consecuencias ni efectos. Cámara a raíz de este análisis concluye que el negocio simulado no es inexistente, sino que es un negocio que nació a la vida jurídica pero defectuosamente.

IV.B Sobre lo nulo en el negocio simulado

Se entiende que un negocio se anula cuando carece de algún elemento esencial o constitutivo del negocio. A este grado de invalidez es al que se ve afectado el negocio simulado, esto en razón de que al no poseer una voluntad ni un consentimiento verdadero es considerado nulo. Messineo, citado por Jinesta, argumenta *"que el negocio simulado presenta una „anomalía dogmática", pues es nulo entre las partes y con respecto a terceros, pero en relación a cierta categoría de terceros es eficaz"*[149].

Precisamente sobre los efectos de las partes y de los terceros, se expondrá a continuación. Pero primeramente se hará mención de los efectos entre partes.

[147]Pérez, op. cit., p.223.
[148]Ibídem.
[149]Ibídem, p.224.

IV.C Sobre los efectos entre las partes

En este punto se va a explicar los efectos entre las partes desde la perspectiva de si es una simulación absoluta o relativa.

La simulación absoluta

Pérez, citado por Jinesta, expone que:

> Siendo el negocio aparente o simulado absolutamente nulo, una vez declarada la ficción, las partes simulantes son colocadas retroactivamente en la situación o estado anterior al negocio, como si nada hubiera sucedido, produciéndose las restituciones correspondientes si hubo ejecución[150].

Asimismo como en su momento se citó, Montero Piña aporta como concepto de simulación absoluta, aquella que produce un acto o contrato que sólo tiene existencia aparente, es decir, cuando las partes en realidad no han querido celebrar ningún contrato, y sólo desean la declaración y no las consecuencias.[151]

Es decir, en la simulación absoluta, las partes no quieren, no desean ni está dentro de sus voluntades que el negocio jurídico que simulan pactar, les genere efectos.

La simulación es una mampara, un cascarón, no hay más deseo que el de engañar a terceros. En la simulación absoluta de ninguna manera desean que se conciban efectos jurídicos entre ellos, ya que las partes en la simulación absoluta, no buscan realizar otro negocio oculto, detrás del negocio aparente. No habría efectos entre las partes simulantes.

La simulación relativa

En cuanto a la simulación relativa, Jinesta explica que esta va consistir en ocultar un negocio real detrás de un negocio aparente, por lo que el acuerdo simulatorio y el negocio simulado no logran ser suficientes, ya que faltaría para

[150] Pérez, op. cit., p. 225.
[151] Montero, op.cit. p.143.

poder ser consumado que se ejecute el negocio disimulado, el real, el que las partes contrayentes sí pretenden formalizar.

La simulación relativa conlleva el ocultar otro acto o negocio por debajo del simulado y en este tipo de fingimiento la *causa simulandi* es lograr ocultar el verdadero acto o negocio que buscan las partes, los terceros quedan engañados creyendo que el acto simulado es puro y llanamente lo que las partes querían, cuando en realidad ocultan otro. En cuanto a los efectos derivan del negocio o el acto oculto. Por ejemplo, jamás acordarán entre partes simulantes que una le enajene un bien mueble a la otra, cuando su *causa simulandi* o motivo real sea evitar que ese bien sea perseguido por acreedores del que enajena o traspasa y que una vez inscrito así registralmente, el nuevo adquirente y dueño del bien se apropie del mismo y no lo devuelva, que actúe como si ese acuerdo de venta simulado entre las partes fuese real y afecte a su compañero. Precisamente esta situación es la que explican Ospina Fernández y Ospina Acosta citados por Jinesta, cuando plantean que

> …a diferencia de lo que ocurre respecto de terceros, no se plantea la cuestión de averiguar si una de dichas partes podría prevalecerse en contra de la otra, de la declaración aparente, bien fuera para invocar la eficacia del acto ficticio o absolutamente simulado, o bien para exonerarse de los efectos del acto disimulado. Desde el punto de vista sustancial, tal cuestión entre las partes nunca es de recibo, porque no se puede concebir razón que justifique tal pretensión en quien ha prestado el concurso de su voluntad para que el acto ficticio sea totalmente ineficaz, o para que sus relaciones con la contra parte se rijan por el acto disimulado y no por el disfraz que oculta su verdadero contenido *y* alcance[152].

Por lo que se puede concluir que las partes en la simulación relativa nunca buscan hacer efectivo el negocio simulado, ya que es solo una mampara de ejecución del negocio real, el que les beneficia.

Una vez concluidos los efectos de la simulación frente a las partes a raíz de la simulación absoluta y la relativa, se desarrollará como parte última los efectos de la misma frente a los terceros.

[152] Jinesta, op. cit., p. 229.

IV.D Efectos frente a los terceros

Noción de tercero

Antes de exponer acerca de cuáles son los efectos de la simulación en los terceros, se debe de hacer primeramente una aclaración y una distinción.

La aclaración se hace en referencia a que debido a que la presente investigación es acerca del matrimonio simulado, y al ser la figura de la simulación tratada desde la doctrina civil, los efectos a terceros que se expondrán son a modo de base, para generar una mejor comprensión para el tema de investigación.

Ahora bien, en cuanto a la distinción entre los terceros interesados o afectados de los verdaderamente terceros. Estos últimos no han intervenido en la simulación y no obtienen ningún beneficio o perjuicio. Mientras que los terceros interesados o afectados, son aquellos que adquieren derechos o que sufren consecuencia a raíz del negocio fingido.

De los efectos entre simulantes y terceros

I- Cuando existe interés de los terceros en que prevalezca la apariencia por encima de la realidad

Este supuesto es en el que el negocio simulado les va a beneficiar a los terceros cuando estos lo tengan por verdadero; es decir, que de buena fe no sepan, no tengan conocimiento ni parte alguna de la simulación. En otras palabras, que el tercero tiene derecho a tener por real lo que bajo su criterio o juicio propio le hace constar como tal. De esta manera lo explica así Mosset Iturraspe citado por Jinesta al indicar que *"los terceros ajenos al quehacer de las partes simulantes, y a su subjetividad, tienen derecho a tener por verdadero lo que aparece como verdadero"*[153]. En este sentido manifiesta Ferrara:

> Lo que en el comercio aparece como verdadero debe tenerse por verdadero. No es posible dejar a los terceros a merced de las maquinaciones y engaños de las partes, sin protección jurídica y sintiendo pesar continuamente sobre su cabeza, de la amenaza de verse

[153] Ibídem, p. 232.

> despojados, en cualquier momento, de sus derechos...El derecho no puede tolerar que las partes urdan un engaño, y que los terceros resulten las víctimas[154].

Cifuentes explica que cuando las partes simulantes hacen el acuerdo simulatorio ocurre la posibilidad de adquirir la firmeza a pesar de ser aparente para ellos, más no así para los terceros, por lo que debe de mantenerse dicho negocio, esto en defensa del principio de buena fe con que estos terceros adquirieron derecho, es aquí el espacio en el que el negocio aparente debe de prevalecer sobre la realidad. Los terceros que han confiado en los derechos adquiridos en un negocio (que fue simulado, pero del cual desconocen esa particularidad) tienen el derecho a permanecer disfrutando de esos derechos, esto por los factores de buena fe, justicia, y seguridad en el tráfico mercantil indica Jinesta[155].

Ahora bien existe un requisito esencial, explica este autor, para que los terceros puedan ejercer su oponibilidad frente al enajenante simulado que llega a reclamarles o quitar su derecho adquirido. Es que el derecho sea adquirido de buena fe. Indica Jinesta que adquirir de buena fe se da cuando el tercero desconoce el vicio que invalidaría el título al momento de contratar.

A *contrario sensu* el tercero que al momento de contratar conoce el vicio, es adquirente de mala fe, no puede reclamar luego nada como suyo, así indica Camara, citado por Jinesta:

Al conocer el vicio lo hace propio, lo asume y demuestra con el hecho del querer, que su derecho está sujeto a las mismas eventualidades que el del causante; en una palabra, lo adquiere a todo su riesgo y peligro; la tutela legal le es inútil, ya que quien construyó sobre la nada no puede solicitar protección[156].

El artículo 285 del Código Civil define cuando se encuentra un sujeto (en el caso presente, un tercero) actuando de buena fe o de mala fe:

[154] Ibídem.
[155] Ibídem, p. 233.
[156] Ibídem.

> Se considera de buena fe al que en el acto de la toma de posesión creía tener el derecho de poseer. Si había motivo suficiente para que dudara corresponderle tal derecho, no se le debe considerar como poseedor de buena fe[157].

Jinesta indica al respecto en síntesis, que la buena fe es básica para poder adquirir a *non domino* mientras que al adquirir o poseer de mala fe le va impedir al tercero constituirse como dueño de los derechos. En esto se resume todo el efecto que poseen los terceros de buena fe, adquirentes de derechos que son respaldados por la legislación y la seguridad jurídica.

A continuación se desarrollará el supuesto contrario, cuando el interés de los terceros sea el de mantener la realidad por encima del negocio simulado o aparente.

II-Cuando existe interés de los terceros en que prevalezca la realidad por encima de la apariencia

Por lo general los terceros van a tratar de buscar en que se declare con nulidad absoluta el negocio fingido. Según Cifuentes, Ospina Fernández y Ospina Acosta, citados por Jinesta, que:

> En el caso de los acreedores del simulador que enajenó o traspasó sus bienes van a estar interesados en que se declare nulo dicho negocio con el fin de que se retrotraigan sus efectos y así los bienes vuelvan registralmente a ser del enajenante y de esta manera ellos puedan perseguirlos y ejecutar sus cobros[158].

Cuando existan acreedores que se vean afectados por el negocio ficticio en el cual otros terceros de buena fe hubiesen adquirido vía comercial los bienes o que los mismos ya no existan debido a que se perdieron o perecieron, estos acreedores pueden exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios causados a raíz del negocio simulado.

Cuando la simulación llegue afectar los derechos de los terceros estos se van a oponer en contra del negocio simulado, ya que se ven perjudicados, de ahí que sea necesario que luchen para hacer prevalecer la realidad por encima de la apariencia, y van a tener que demostrar que existe un acuerdo simulatorio

[157]Artículo 285 del Código Civil.
[158]Ibídem, p. 230.

así como que existe un negocio (el real) detrás del fraude. Messineo, citado por Jinesta, denomina a esta clase de terceros terzi danneggiati; es decir, terceros damnificados, que según se explicó se ven perjudicados por el negocio simulado y están en su derecho de probarlo e impugnarlo, ya que les beneficia evidentemente que prevalezca la realidad por encima de la apariencia.

Los terceros perjudicados y afectados por los efectos del negocio simulado no desean tales efectos, sino todo lo contrario, regresar a su estado inicial; es decir, que prevalezca la realidad, en la cual estos terceros no sientan menoscabados sus derechos.

Este es el efecto que se desea que se genere a raíz de la declaración de nulidad o de inexistencia de un matrimonio simulado, en la presente investigación, que prevalezca la realidad por encima de la apariencia, siendo el tercero de buena fe el Estado.

Sección V. Alcances de la nulidad e inexistencia en el matrimonio simulado

V.A La nulidad en el matrimonio simulado

Es vital para esta investigación definir la nulidad y con ello explicar los alcances de sus efectos jurídicos al declararse judicialmente nulo un matrimonio simulado. En el caso del matrimonio por simulación, el artículo 14 bis del Código de Familia declara que el matrimonio simulado será nulo. El artículo 19 de dicho código explica que el matrimonio que tenga la condición de simulado, no convalida ninguna clase de derechos ni obligaciones para los contrayentes.Es decir, el matrimonio simulado al ser nulo (nulidad absoluta) sus efectos son retrotraídos, retirados, de ahí que los efectos jurídicos que produjo son cancelados. Indica dicho artículo que cuando se dictamine su nulidad, el juez debe determinar los alcances de esta nulidad, *"el juez en sentencia declarativa ordenará la cancelación de la inscripción registral, así como el estatus migratorio y las naturalizaciones otorgadas, todo a consecuencia del matrimonio simulado"*[159]. Respecto a los efectos jurídicos de la nulidad del matrimonio simulado, corresponden que (tras haberse procurado con la

[159]Artículo 19 del Código de Familia.

inscripción del matrimonio, únicamente la obtención de la nacionalidad costarricense, desatendiendo los fines de vida en común, cooperación y el mutuo auxilio; se retrotraerán los mismos. Es decir, la persona extranjera vuelve a poseer su anterior estado civil, soltera, divorciada o viuda, así como su condición migratoria anterior al matrimonio, implicando la pérdida de la nacionalidad costarricense, por ser su origen fraudulento, producto de un matrimonio simulado.

En cuanto a los menores de edad que nazcan estando dicho matrimonio inscrito, una vez decretada su nulidad, obtendrán su filiación. Sin embargo, ¿qué ocurre con el tema de la inexistencia de un acto jurídico?

V.B La inexistencia en el matrimonio simulado

En cuanto al tema la inexistencia, se entenderán como actos inexistentes según Brenes Córdoba aquellos actos que no pueden nacer a la vida jurídica y aunque se ajusten a las formas de los actos jurídicos o de las convenciones normales, están desprovistas de manera evidente de todo valor, por no requerir los elementos de hecho que su naturaleza o su objeto suponen y en ausencia de los cuales es lógicamente imposible celebrarlos[160].

Dice Pérez que "*en la inexistencia falta todo el negocio*[161]*"*. Explica además los casos en los que hay inexistencia del contrato *"hay inexistencia en el negocio realizado en la representación teatral, con fines didácticos, o en broma, lo mismo que en las promesas de cortesía. También en los casos, donde, por disposición, no pueda realizarse un determinado contrato"*[162].

Sin embargo, alude Pérez que esta última consideración se refiere a la causal de nulidad absoluta "*derivada de contrariedad a normas prohibitivas o imperativas"*[163].

Torrealba explica que la palabra inexistencia ha sido utilizada en la doctrina en varios sentidos. Para unos, la inexistencia es sinónimo de nulidad absoluta

[160]Ídem.
[161] Pérez, op. cit., p. 322.
[162]Ibídem, p. 323.
[163]Ídem.

(y, por consiguiente, se trataría de un concepto innecesario). Para otros, hablar de la existencia del negocio es un contrasentido como pues desde que surge la necesidad de calificar algo como inexistente, es porque de algún modo existe[164]. Este autor define la inexistencia como:

> La radical irrelevancia jurídica negocial o la total inaptitud de un acto o contrato para producir efectos jurídicos contractuales o negociales. (Se preguntará el lector: … ¿Pero no es eso lo mismo que la nulidad absoluta? Nuestra respuesta es ¡No!..)[165].

Explica Torrealba al respecto que la gran diferencia entre nulidad absoluta y la inexistencia se rige básicamente, en que la nulidad absoluta no es en realidad tan absoluta, ya que un acto absolutamente nulo puede llegar a producir efectos jurídicos muy importantes pues "e*l acto absolutamente nulo se puede convalidar por prescripción ordinaria (Art.837 del Código Civil)"*[166].

Es decir, la nulidad absoluta, sí genera efectos jurídicos, pues se convalida por prescripción pasado los diez años. Mientras que el acto no realizado, lisa y llanamente no existe. La inexistencia nunca va producir efectos jurídicos:

> La distinción entre ambas figuras cobra interés (…) en que la nulidad absoluta permite que el acto produzca efectos jurídicos. Se trata de aquellos supuestos en que el acto absolutamente nulo se convalida por prescripción (…) En estos casos, mientras la nulidad absoluta pierde su normal ferocidad para tornarse indulgente con el acto (…) la inexistencia (…) mantiene su postura por suprimir y desgarra todos los posibles efectos jurídicos del acto. En suma: El concepto de inexistencia que proponemos no es un concepto descriptivo, sino un concepto normativo dirigido expresamente a negar todo tipo de efectos de un acto ilegal, aplicable a aquellos supuestos en los que la ley le reconoce al acto „absolutamente" nulo resulta repulsivo a los valores básicos del ordenamiento jurídico. Es una noción axiológica de la voz „inexistencia", en alusión, no a lo que existe, sino a „lo que no debe ni debió de existir[167].

Al analizar la inexistencia y el matrimonio simulado, el artículo 13 del Código de Familia señala que *"Para que exista matrimonio, el consentimiento de los contrayentes deberá manifestarse de modo legal y expreso"*[168]. Ante este artículo, se entiende mejor si se analiza en el siguiente orden; si no se

[164]Torrealba, op. cit., p.434.
[165]Ídem.
[166]Ibídem, p. 437.
[167]Ibídem, p. 439.
[168]Artículo 13 del Código de Familia.

manifiesta de modo legal, bajo las formalidades y los requisitos que exige el ordenamiento jurídico, y agregado a esto sí tampoco se hace de modo expreso el consentimiento, entonces el matrimonio no existe. La sentencia 76-2012 emitida por el Juzgado Primero de Familia de un proceso abreviado de nulidad de matrimonio resuelve:

> Es claro que en el caso que nos ocupa el matrimonio nunca existió, el registro de los datos que dan fe de dicho acto jurídico es absolutamente nulo, pues no hubo voluntad de parte de la señora K.B.B. para contraer matrimonio con el señor D.A.S., e ilícitamente se tomaron sus datos personales para involucrarla en un acto jurídico en el cual nunca consintió, para favorecer al demandado A.S., quien se vería beneficiado al aparecer casado con una costarricense porque eventualmente podría modificar su status migratorio, acto ilegal reprochable jurídica y moralmente[169].

De lo anterior se puede deducir que si bien la inexistencia implica la no generación de efectos jurídicos, si la misma no se revela, mediante un proceso judicial para demostrarla y exhibirla, pasará inadvertida. Esto ocurre cuando se realiza el matrimonio simulado sin el consentimiento del contrayente (en este caso por no estar presente). Sin embargo para el Registro Civil amparado en la Fe Pública del notario público lo inscribe, con lo cual pasa desapercibida la inexistencia hasta que la víctima interpone un proceso para demostrarla.

La citada sentencia del Juzgado Primero de Familia de San José añade que:

> Si los contrayentes no comparecen ante el funcionario autorizado para celebrar el matrimonio; o bien, si sólo comparece uno de ellos y no consta que el otro hubiera otorgado un poder especialísimo para tales efectos, simplemente no existe matrimonio. No es que la voluntad está viciada, es que no la hay. Por consiguiente, el caso traído al conocimiento de los Tribunales no es propiamente la nulidad de matrimonio sino la inexistencia de éste, con la consecuencia de que el matrimonio está inscrito, lo procedente es anular su inscripción[170].

Mediante la declaración de parte, la prueba testimonial, confesional e incluso el examen grafoscópico, se analiza el cuerpo de la escritura por un experto en la materia si la presunta víctima u ofendida fue quien en realidad

[169] Juzgado Primero de Familia de San José. Resolución número 76- 2012 de las 11:04 horas del 24 de enero de 2012.
[170] Juzgado Primero de Familia de San José. Resolución número 76- 2012 de las 11:04 horas del 24 de enero de 2012.

suscribió con su firma o no en el protocolo del notario que realizó la celebración matrimonial. Por lo anterior, se puede sintetizar que la inexistencia y la nulidad no producen los mismos efectos jurídicos, debido a las siguientes razones. La inexistencia en términos legales, es una figura jurídica que sirve para determinar la ineficacia del acto jurídico. En la inexistencia, los actos jurídicos no son considerados como tales, en razón de que no nacieron a la vida jurídica, pues son ineficaces. Nunca se produjo efectos jurídicos, pues no existen para el mundo jurídico. Esto debido a que carecen de algún elemento esencial como la manifestación expresa del consentimiento, un ejemplo que aplica para el caso del tema de investigación es cuando el matrimonio se tiene por inexistente, por cuanto hubo omisión del consentimiento de modo expreso por parte de los contrayentes como lo exige el artículo 13 del Código de Familia.

Por otro lado la Nulidad es una figura que afecta los actos jurídicos provocando en ellos su invalidez. En la nulidad los actos jurídicos si son considerados existentes, si nacen en la vida jurídica y contienen todos sus elementos esenciales pero manteniéndose dichos elementos con una serie de vicios que pueden ser subsanados o no según lo determine así el ordenamiento jurídico. Así entonces se tiene que hay actos jurídicos que pueden considerarse de nulidad absoluta o relativa. Así que cuando las condiciones esenciales para la existencia del acto jurídico se encuentran presentes, pero bajo la condición de estar de forma irregulares, imperfectas o falten requisitos no esenciales que las partes pactaron por su libre voluntad, se está ante un acto jurídico susceptible de anulabilidad (nulidad relativa). Pero una vez subsanados los vicios el acto jurídico se perfecciona en términos jurídicos.

En la nulidad absoluta también se tiene por nacido el acto a la vida jurídica, pero resulta inválido y a diferencia de la nulidad relativa, la absoluta no permite subsanar o corregir los vicios, por cuanto faltan elementos como: sujetos, objeto, causa y formalidades que obligatoriamente exija el ordenamiento jurídico, así también cuando se celebren o se ejecuten por personas absolutamente incapaces. Por lo que la aclaración anterior entre nulidad e inexistencia, se plasma en que la primera la nulidad si entra a regir en la vida jurídica y surte efectos jurídicos si los defectos son subsanados; por otro lado

deja de surtir efectos si se decreta la nulidad absoluta del acto jurídico. Y la segunda ni siquiera nació a la vida jurídica y, por lo tanto, no hay efectos y resulta ineficaz.

V.C Efectos jurídicos de nulidad e inexistencia en el matrimonio simulado

Los efectos que producen la inexistencia del matrimonio y la nulidad del matrimonio son totalmente diferentes, porque la inexistencia no produce efectos, no nace a la vida jurídica, dado que nunca existió el matrimonio, tal y como lo explica Casafont:

> …una declaración de voluntad que no es seria sino aparente o ficticia, vacía y mentirosa, dada con fines contrarios a derecho y no por imperativos éticos y sociales y de sana moralidad para lograr los efectos propios del contrato, no puede constituir un verdadero consentimiento, y al faltar ese elemento de esencia en el contrato simulado, no obstante lo aparente de su existencia, no podría afirmarse que ha surgido a la vida jurídica, y al no representar nada no ha tenido lugar a su nacimiento, siendo lo propio conceptuarlo como inexistente[171].

La inexistencia causa que ni siquiera existan los efectos que se emanaron y que se produjeron en consecuencia de la inscripción registral del matrimonio, como lo es el cambio de estado civil de las partes y la presunción de paternidad. En cuanto al estado civil de las partes, al retrotraerse los efectos jurídicos, lo que ocurre es que recuperan el estado civil que mantenían antes de contraer nupcias, esto se realiza al ordenarse la cancelación de las citas de inscripción matrimoniales. Por otro lado en cuanto a la presunción de paternidad, los menores que nazcan durante el tiempo en que esté registrado el matrimonio simulado adquieren los apellidos del padre registral. Esto puesto que la competencia del Registro Civil es verificar el estado civil de la madre y no entrar a conocer la existencia real o no de un vínculo matrimonial. Sin embargo, una vez declarada la nulidad o la inexistencia del matrimonio simulado, se tiene que no existió el matrimonio, por no haber consentimiento expreso, por ende, los efectos en cuanto a los hijos nacidos durante esta unión será que se eliminan los apellidos del simulado esposo (presunto padre) y recuperan su filiación. Tal y como lo ejemplifica la resolución 76-2012 del Juzgado Primero de Familia de San José:

[171]Casafont, P. (1990). Ensayos de derecho contractual. Costa Rica, San José, Colegio de Abogados. P.88

> Con base en lo expuesto, normas legales citadas, se falla: Se declara con lugar la demanda, declarando la inexistencia del matrimonio entre los señores K.M.B.B. y el demandado D.F.A.S. Firme inscríbase en el Registro Civil, la modificación aquí ordenada, y en consecuencia, debe cancelarse la inscripción del matrimonio entre ellos, (…) Igualmente es nula el acta de registro del nacimiento de la menor P.J., por lo que debe corregirse dicha acta para que la persona menor de edad se registre únicamente con los apellidos maternos, es decir como P.J.B.B(…)[172].

Cabe enfatizar en que el proceso judicial que se lleva a cabo, se hace bajo la intervención de la Procuraduría General de la República que abre un proceso abreviado de nulidad de matrimonio en los juzgados de familia, en el cual se declara la inexistencia del vínculo matrimonial por faltar el consentimiento expreso como elemento esencial para que nazca a la vida jurídica. En el caso de la resolución anterior hay que hacer una advertencia y aclaración, con el propósito de evitar caer en confusiones conceptuales. Los Juzgados de Familia, en Costa Rica, se rigen por su Código de Familia, pero no cuentan procesalmente con un código procesal familiar, sino que se basan bajo el Código Procesal Civil. Ante esta circunstancia el Código Procesal Civil señala que bajo un proceso abreviado se tramita entre otros procesos, el divorcio, la separación y la nulidad de matrimonio. Por lo que precisamente es aquí el punto de aclaración que hay que mencionar a continuación. Estos procesos judiciales son tramitados vía abreviada bajo nombre de nulidad de matrimonio. Sin embargo dependiendo de los hechos de cada caso en particular puede ocurrir la nulidad o la inexistencia del matrimonio.

Si se declara la inexistencia del matrimonio, si se demuestra que la víctima que contrajo nupcias no estuvo presente y por lo tanto no expresó su consentimiento, declarándose la inexistencia por falta el consentimiento mutuo y expreso, según el artículo 13 del Código de Familia. Según cada caso en los procesos abreviados de nulidad de matrimonio se puede decretar la nulidad de matrimonio (si ambos se presentaron y expresaron libremente pero simuladamente su consentimiento) o la inexistencia de matrimonio (si de los contrayentes, uno de ellos no dio su consentimiento, al declarar que fue víctima de simulación). Por lo tanto ya sea que se decrete en sentencia, nulidad o inexistencia, en ambas, en este trámite de proceso abreviado en particular en

[172]Juzgado Primero de Familia de San José, Sentencia 76- 2012 de las 11:04 horas del 24 de enero de 2012.

los casos de matrimonio simulado, lo que se busca es dejar sin ningún efecto el vínculo matrimonial simulado una vez demostrada su simulación.

Si hay que aclarar que el artículo 13 del Código de Familia fue redactado bajo una mala técnica legislativa, al indicar que a falta de consentimiento (uno de los elementos esenciales) se tenga por inexistente el matrimonio. Ya que bajo los principios contractualistas, a falta de un elemento esencial en un acto jurídico lo que se produce es la nulidad y no la inexistencia como lo indica el artículo citado. Ya que la inexistencia no produce efectos jurídicos, y si se analiza con detalle una vez inscrito un matrimonio (incluso simulado) en el Registro Civil va a producir efectos jurídicos, entre otros, la modificación del estado civil de los contrayentes. Por lo que se evidencia una mala técnica legislativa en este artículo al indicar que es inexistente. Sin embargo a pesar de lo anterior los juzgados deben apegarse conforme a lo que dicte las leyes y resolver.

Capítulo III: Análisis penal del matrimonio simulado

Sección I. La familia como Bien Jurídico tutelado

El artículo 11 del Código de Familia señala que *"la base esencial de la familia es el matrimonio… y que tiene por objeto o fines: la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio"*. El artículo 12 *bis* del Código de Familia determina que aquel de no conformidad con la ley y que no tenga por objeto cumplir los fines esenciales previstos en el Código de Familia se considera un matrimonio simulado.

El artículo 28 del Código de Familia, señala taxativamente una serie de requisitos, entre ellos la presencia de al menos dos testigos idóneos que declaren bajo juramento sobre la libertad de estado y aptitud legal de los contrayentes, la certificación de los asientos de nacimiento y libertad de estado de los contrayentes, expedida por el Registro Civil y certificación de la disolución del anterior matrimonio si hubiere estado casada la persona antes. Estos requisitos son cumplidos por los aparentes contrayentes que desean realizar la simulación del matrimonio, para lo cual deben coincidir no solo entre ellos, sino que también deben de acordar con los testigos que van a dar el debido asentimiento de que ambos están en libertad de estado y que poseen la aptitud para contraer nupcias. Sin embargo el artículo 28 del Código de Familia no específica nada sobre la juramentación de los testigos en cuanto si tienen conocimiento previo que el matrimonio que se va a realizar es o no simulado.

El Título Cuarto del Código Penal, de *Delitos contra la Familia*, establece que la familia como elemento esencial de la sociedad es el bien jurídico tutelado que busca proteger cada uno de los artículos que a continuación incluye dicho título. En este capítulo del Código Penal se describen los tipos penales que violentan la figura del matrimonio, como base esencial de la familia, los cuales son: Matrimonio Ilegal, Ocultación de impedimento, Simulación de matrimonio, Responsabilidad del funcionario, Inobservancia de formalidades, Responsabilidad del representante y Matrimonio simulado. Por no ser de interés para esta investigación el delito de Responsabilidad del representante no se desarrollará, pues se refiere al tutor o sus descendientes,

que desee contraer nupcias con la persona tutelada. No obstante, el delito de falsedad ideológica sí se desarrolla, pues tutela la Fe Pública y tiene como fundamento en el artículo 367 del Código Penal.

Sección II. Matrimonio ilegal y ocultación del impedimento

Los artículos 176 y 177 del Código Penal, detallan los delitos de matrimonio ilegal y de ocultación del impedimento, respectivamente. Sobre el matrimonio ilegal, el artículo detalla que son sancionados con una pena de prisión los que contrajeren matrimonio, ambos con conocimiento de que existe impedimento que causa su nulidad absoluta. Mientras que el de ocultación de impedimento detalla que es reprimida con prisión la persona que contrajere matrimonio sabiendo que existe impedimento que cause su nulidad absoluta, y aun así le ocultare esta circunstancia al otro contrayente. En resumen, estos artículos son de importancia, ya que se sanciona a los contrayentes por conocer de manera conjunta o unilateral respectivamente, sobre la existencia de algún impedimento que les produzca nulidad absoluta; es decir, aquellos mencionados en el artículo 65 del Código de Familia, el cual remite al artículo 15 de ese mismo código.

Dichos impedimentos son en el caso de que uno o ambos cónyuges hayan consentido por violencia o miedo grave o por error en cuanto a la identidad del otro; de quien carezca de capacidad volitiva o cognoscitiva en el acto de celebrarlo, cuando sea la persona incapaz por impotencia absoluta o relativa, siempre que el defecto sea por su naturaleza incurable y anterior al matrimonio y cuando fuere celebrado ante funcionario incompetente.

Si uno de los contrayentes o ambos se presentan ante el notario o funcionario designado para contraer matrimonio, de manera tal que aun en conocimiento de que existen los impedimentos y logran contraer matrimonio, están siendo sujetos activos de los delitos penales ya mencionados. Estos tipos penales no involucran al matrimonio simulado, debido a que este incumple los fines que posee el vínculo matrimonial, cosa que se excluye de estos artículos, en el tanto que la nulidad de ellos nace por haberse realizado a pesar de existir impedimentos de 15 y 65 del Código de Familia.

Sección III. Responsabilidad del funcionario

El delito de responsabilidad del funcionario está tipificado en el artículo 179 y detalla que el funcionario público que a sabiendas autorizare un matrimonio dentro de lo comprendido en los delitos de simulación de matrimonio, ocultación de impedimento y matrimonio ilegal ha de ser sancionado. Este artículo se refiere de manera exclusiva al funcionario público, según el artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública *como*:

> *…la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva" Además agrega el mismo que se considerarán equivalentes "los términos funcionario público, servidor público, empleado público, encargado de servicio público y demás similares…*[173].

Por lo que se concluye que correspondería aplicarse esta sanción principalmente a los funcionarios registrales y no al notario público, debido a que como lo menciona el artículo 1 y 2 del Código Notarial, el notariado público es una función pública que es ejercida privadamente por el notario público, que no es un funcionario público, sino que es un profesional en Derecho, especialista en Derecho Notarial y Registral.

Sección IV. Simulación de matrimonio y matrimonio simulado

A continuación se procede a desarrollar los delitos de simulación de matrimonio y matrimonio simulado con fundamento en los artículos 178 y 181 bis del Código Penal.

El artículo 178 señala que "s*ufrirá prisión de dos a cinco años, el que mediante engaño simulare matrimonio con una persona*". Este tipo penal agrupa el supuesto de que uno de los contrayentes se comporta como un sujeto activo que engaña al otro contrayente, como sujeto pasivo, para simular un matrimonio. En este caso, el consentimiento del contrayente no se toma en cuenta, por lo que el engaño se comete de forma unilateral. La sentencia número 118-94 del Tribunal de Casación Penal de San José confirma:

[173]Artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública.

> …que en la simulación de matrimonio, se supone que el sujeto activo engaña a la víctima, haciéndole creer que están contrayendo matrimonio (…) La simulación de matrimonio, como bien lo señala Fontán Balestra (ibid. p. 228), no lesiona realmente el estado civil de las personas y supone, el engaño a uno de los contrayentes…[174].

En este tipo penal la Teoría Civil de la simulación no aplica, ya que no hubo simulación, aunque se denomine Simulación de matrimonio no fue mutuo el acuerdo de engañar al notario o las demás instituciones involucradas, como el Registro Civil. Por lo que a modo de ejemplos: cuando a una persona asiste a la celebración de matrimonio ante el notario público y firma creyendo que está en calidad de testigo, cuando en realidad está firmando como contrayente en virtud de un engaño por parte del otro contrayente. Otro ejemplo es el que con conocimiento por parte una persona que logra engañar a otra para que firme un contrato u otro acto notarial de diversa índole cuando en realidad el fondo de asunto es la realización de un matrimonio. Sin embargo la verdadera simulación es la que abarca el artículo 181 bis, adicionado al Código Penal mediante la Ley n° 8781, del 11 de noviembre de 2009, que reza:

> Serán sancionadas con prisión de dos a cinco años, las personas que den su consentimiento para casarse, a sabiendas de que el matrimonio no tiene como propósito el cumplimiento de los fines previstos en el Código de Familia, o cuando alguno de los contrayentes otorgue al otro, por sí o por interpósita persona, un beneficio patrimonial con el fin de que brinde su consentimiento para casarse. Igual pena se impondrá a los testigos y notarios públicos que participen dolosamente, en su condición de tales, en la celebración de matrimonios simulados. Cuando el matrimonio se celebre para obtener beneficios migratorios de cualquier tipo, a favor de uno de los contrayentes, la pena de prisión para ambos contrayentes, notarios públicos y testigos, que participen dolosamente en la celebración de matrimonios simulados, será de tres a seis años. (Así adicionado por el artículo 2° de la ley N° 8781 del 11 de noviembre de 2009). (El subrayado es propio, no del original).

Si se analiza este artículo se puede destacar primeramente que para que se cumpla el tipo es necesario que exista un engaño bajo el consentimiento ambos contrayentes, a sabiendas ambas partes de que no poseen como propósito el cumplimiento de los fines del matrimonio de vida en común, cooperación y mutuo auxilio (artículo 11 del Código de Familia). De ahí que se subraye a diferencia del tipo penal descrito en el artículo 178 Simulación de

[174] Tribunal de Casación Penal de San José. Resolución número 118 del 18 de abril de 1994.

matrimonio, la necesidad de que se dé conjuntamente, cuando se menciona literalmente *"las personas que den su consentimiento, a sabiendas de que el matrimonio no tiene como propósito el cumplimiento de los fines previstos en el Código de Familia*".

Es comprensible e interpretable que cuando el artículo habla de „las personas", se refiere a la pareja, por lo que no se trata de un acto individualizado de alguna de las partes, donde un contrayente engaña al otro, sino que ambos lo hacen a sabiendas, con el consentimiento y con el dolo de cometer la simulación. En este primer supuesto se tiene por simulado cualquier matrimonio que no cumpla con los fines del mismo (*cfr.* artículo 11 del Código de Familia) y tengan como fin cualquier otro, por ejemplo la pareja que decide contraer nupcias por la obtención de poder recibir una herencia de la cual únicamente estando casados pueden acceder a ella.

Un matrimonio simulado puede ocurrir cuando alguno de los contrayentes por medio de sí mismo o por medio de otra persona le otorgue algún beneficio patrimonial al otro contrayente, a fin de persuadirlo de aceptar el casorio. En estos casos se produce cuando una de las partes por necesidad acepta casarse por obtener el beneficio económico, lo cierto es que ese no se da este indicio en todos los matrimonios simulados, ya que también se realiza sin ninguna retribución económica entre amistades las cuales contraen matrimonio para ayudar a sus conocidos que recién llegan al país a obtener de manera más expedita un estatus migratorio estable.

Finalmente un tercer supuesto es cuando el matrimonio tiene como fin migratorio, es que la misma pena sufrirán los testigos, como los notarios públicos que participen dolosamente, por lo que a diferencia de los artículos penales ya analizados, se sanciona a los demás involucrados por colaborar a cometer este delito. En este supuesto último se sanciona por el hecho de convertir en un fin principal el obtener un estatus migratorio estable, y no mantener como fines primordiales el mutuo auxilio, cooperación y vida en común, ya que si bien es permitido el contraer matrimonio para lograr la reunificación familiar, y lograr la unión entre esposos y sus hijos, no pueden ser

únicamente para mantener un estatus migratorio estable como su principal y único motivo, de ahí que sea penado.

Cuando ocurra el supuesto de que se celebre un matrimonio en donde una de las partes no se hubiese presentado debido a engaño o por desconocimiento, el notario público procediere a celebrar el mismo con conocimiento de esto, se trata de una falsedad ideológica, la cual sería subsumida por este delito de matrimonio simulado cuando el fin sea el de los tres supuestos ya explicados. En cuanto a esta última situación, que es la más reiterada por las víctimas en los procesos judiciales en los que se han ventilan casos de matrimonios simulados hay que decir que tras el análisis del tipo penal, el artículo 181 bis Código Penal resulta escaso en cuando a que no logra cubrir ni menciona el hecho de las personas nacionales que hubiesen sido casadas sin comparecer, debido a que les robaron, hurtaron o extraviaron sus cédulas de identidad y este es el modo más común y repetitivo por el cual aparecen luego casados con una persona extranjera. Los hechos de los notarios públicos que realicen matrimonios simulados, se juzgan por el delito de falsedad ideológica, ya que no cuadran con la descripción de tipo penal del matrimonio simulado.

A pesar de esto si hay que concluir que el artículo 181 bis del Código Penal concuerda y se acopla a la Teoría de la simulación civil pues trata al matrimonio como un acto jurídico, el cual posee como consecuencia de una declaración de simulación por el mutuo acuerdo.

Explica Montero Piña que:

> …la simulación en nuestro ordenamiento jurídico, tiene una regulación indirecta, derivada de los principios conformadores de los contratos y las causas de nulidad de los mismos. El artículo 627 del Código Civil dispone que son esencialmente indispensables para la validez de las obligaciones los siguientes elementos: la capacidad de las partes que se obligan, objeto o cosa cierta y posible que sirva de materia a la obligación y causa justa. Por su parte el 1007, ampliando las condiciones indispensables del numeral 627, existe para el nacimiento del contrato el consentimiento de las partes y el cumplimiento de las solemnidades establecidas por la ley, es evidente que en la simulación falta uno de los elementos esenciales del negocio jurídico pues existe una disconformidad intencional entre lo querido y lo manifestado, o si se

> quiere existe un consentimiento aparente, el del negocio simulado. Al faltar, de conformidad con el artículo 835, inciso 1), el negocio simulado está viciado de nulidad absoluta[175].

Para que se manifieste un acto simulado es necesaria una serie de supuestos. A saber:

> -Que exista un acuerdo entre las partes, que hayan manifestado de forma fingida su voluntad es decir el engaño se realiza de manera bilateral y debe existir una intención de engaño, ya que se está intentando aparentar una situación que no existe.
>
> -Que se evidencie una intención de engañar. El engaño es parte de la simulación, las razones se derivan de que se está tratando de aparentar una situación que no existe. Ese engaño debe causar efectos jurídicos, daño a terceros, burlar la ley para que sea de interés a la vida jurídica y sea penado. La simulación en este caso afecta y va en contra de los fines del matrimonio que se mencionan.

La simulación al ser un engaño, no permite que sea fácil de descubrir o probar, la realidad y la práctica diaria en el Registro Civil es que aquellos matrimonios que cumplan con las formalidades de Ley y que tengan sus documentos al día y en orden, deberán proceder a inscribirlos, en razón de que no se puede generalizar que todo matrimonio que se haga con persona extranjera tenga que ser con fines migratorios y abrirles un proceso. A nivel de delito según el artículo 18 del Código Procesal Penal se ubica como delito de acción pública perseguible a instancia privada, por lo que la única vía es que los afectados procedan a interponer los procesos judiciales pertinentes como el de nulidad de matrimonio y ante el Ministerio Público la denuncia de la simulación para que el Sistema Judicial proceda debidamente.

Es importante indicar que no se conocen casos en los cuales se hayan condenado parejas por el delito de simulación de matrimonio ni por matrimonio simulado. Las sentencias más recientes decretadas por los Tribunales Penales de San José (*cfr.* resoluciones número 848-2014[176] y 331-2015[177]) en las que se condena a dos notarias públicas por hechos ocurridos en los años 2006 y 2007.

---

[175]Montero, op. cit., p. 145.

[176]Tribunal Penal. Primer Circuito Judicial de San José. Resolución número 848-2014 de las catorce horas del veinte cinco de setiembre dedos mil catorce.

[177]Tribunal Penal. Primer Circuito Judicial de San José. Resolución número 331-2015 delas dieciséis horas con quince minutos del trece de abril de dos mil quince.

En ambos casos se les condena por falsedad ideológica, ya que para el momento de los hechos, no se encontraba tipificado el delito de matrimonio simulado (*cfr.* artículo 181 bis del Código Penal, incorporado en el año 2009, vía reforma legal). Lo más común es que se hayan abierto y seguido procesos en contra de los notarios públicos que son acusados del delito de falsedad ideológica y reciben condenas por este delito, a pesar de que las circunstancias en las que se les acusa del mismo fue en la realización de un matrimonio. A continuación un aporte sobre la misma.

Sección V. Falsedad ideológica

El delito de falsedad ideológica se encuentra tipificado y definido en el artículo 367 del Código Penal, el cual expresa que:

> Las penas previstas en el artículo anterior[178] son aplicables al que insertare o hiciere insertar en un documento público o auténtico declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio.

En otras palabras recibe de uno a seis años la persona que agregue o inserte declaraciones o hechos que no son verdaderos, que realmente nunca ocurrieron, que sirvan las mismas de prueba y con ello cause un daño. El delito de falsedad ideológica puede ser cometido por un funcionario público, como bien puede ser cometido por cualquier persona, incluyendo testigos y partes, que inserten en un documento público o auténtico en el protocolo del notario público declaraciones falsas. Por ejemplo, los casos en que el Registro Civil certifica que una persona se encuentra casada con una persona extranjera, la cual desconoce y, por consiguiente, no existió consentimiento; o bien, el notario público de fe de que un contrayente compareció ante él en el momento de la celebración matrimonial, a pesar de que no estaba presente. La sentencia 848-2014 declara:

> Quedó acreditado que K. S. G. adecuó su conducta en reiteradas ocasiones al tipo penal de Falsedad Ideológica, pues prevaliéndose de su condición de fedataria pública, insertó manifestaciones de voluntad falsas

[178] Artículo 366 del Código Penal: "Falsificación de documentos públicos y auténticos: Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que hiciere en todo o en parte un documento falso, público o auténtico, o alterare uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio. Si el hecho fuere cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, la pena será de dos a ocho años".

> en escrituras o en documentos apócrifos constantes en los tomos II y III de su protocolo, y proyectó tales falsedades a testimonios de escrituras, declaraciones de matrimonio civil e índices notariales, mismos que al estar amparados en la fe pública notarial fueron inscritos por los funcionarios del Registro Civil, modificándose así el estado civil de los ofendidos, modificación en la que estos no habían consentido y la cual les generó múltiples perjuicios en la cotidianeidad de sus vidas. Tales acciones punibles tenían como fin ulterior facilitar que personas extranjeras, en su mayoría de nacionalidad cubana o china pudiesen ingresar a nuestro país en calidad de residentes permanentes de libre condición, por poseer vínculo legal con costarricense, finalidad que en muchos de los casos efectivamente se materializó, burlándose así la política migratoria del Estado costarricense[179].

Asimismo en la sentencia número 331-2015 se refiere:

> Se demostró esa falsedad, debido a que la acusada insertó que la ofendida estuvo ahí y que contrajo divo matrimonio cuando ella nunca compareció ante la notaría de la acusada. Pero doña C. A., no se limitó a falsificar el acto, además, expidió un primer testimonio y fue ella quien, el día el 3 de abril de ese mismo año lo presentó al Registro Civil. De esta manera, la acusada, con unidad de finalidad, usó ese documento que conocía falso, con ello, logró la inscripción del matrimonio simulado que ella misma había celebrado, por ende conocía de su falsedad al momento en que realizó el trámite de inscripción[180].

Además, de insertar hechos falsos, se le agrega que con estos hechos produjo un daño, cosa que el artículo penal 367 tipifica; al respecto se expone:

> Doña C. ha realizado el tipo objetivo al insertar en las escrituras hechos falsos para demostrar el falso matrimonio de los ciudadanos colombianos, y lo ha hecho a sabiendas de que las ofendidas no eran las verdaderas contrayentes. Las conductas igualmente resultan antijurídicas no solo porque no hay causas que justifican su actuar, sino porque en todos los casos lesionó la fe pública, lesionó no solo su función como notaria sino que en unos más que en otros perjudicó personalmente a las ofendidas en sus vidas privadas y en sus expectativas futuras. Doña C. resulta culpable ya que entendiendo el carácter ilícito de sus acciones y pudiendo adecuar su conducta, decidió libremente atacar los bienes jurídicos involucrados[181].

[179]Tribunal Penal.Primer Circuito Judicial de San José. Resolución número 848-2014 de las catorce horas del veinte cinco de setiembre de dos mil catorce.

[180]Tribunal Penal. Primer Circuito Judicial de San José. Resolución número 331-2015 delas dieciséis horas con quince minutos del trece de abril de dos mil quince.

[181]Ibíd.

Es necesario diferenciarlo del delito de Uso de documento falso, la resolución n° 1476-2013 de la Sala Tercera[182] desarrolla y diferencia claramente sobre el delito de falsedad ideológica y el uso de documento falso:

> Los tipos de falsificación de documento público y la falsedad ideológica presentan importantes similitudes; sin embargo tienen las siguientes diferencias fundamentales: i) La falsificación del documento implica que el agente falsificó en todo en parte la materialidad del documento, o que alteró su materialidad de manera que pueda producir un perjuicio. Es decir, que materialmente el documento es falso. Por su parte, en la falsedad ideológica la materialidad del documento no es falsa, pues formalmente cumple con los requisitos del respectivo instrumento; pero su contenido es ideológicamente falso. Podríamos decir entonces que en el primero la *Falsedad* radica fundamentalmente en la forma, mientras que en el segundo la *Falsedad* recae en el contenido (…). ii) Como segunda diferencia entre los tipos -en clara consonancia con la anterior, encontramos que en la falsedad ideológica el elemento subjetivo se caracteriza por que la falsificación tiene como objeto esencial demostrar aquello que el documento contiene de falso; mientras que en la falsificación de documento, el elemento subjetivo es la producción de un perjuicio. En este sentido esta Sala ha dicho: "*A pesar de que los elementos objetivos requeridos por uno y otro tipo penal son idénticos, la* falsedad ideológica *constituye una categoría particular de falsificación de* documento público*, que se diferencia del descrito en el artículo 359 de cita, porque las informaciones falsas que se introducen en el* documento*, son precisamente las que éste debe probar. Por ello se ha señalado en esta sede que en la* falsedad ideológica *el elemento subjetivo consiste en la voluntad de demostrar con el instrumento algo que no responde a la realidad. En cambio, el elemento subjetivo en la falsificación de* documento público *consiste en la intención de causar o producir un perjuicio (…)* Ahora bien, en este caso existen dos razones para considerar que estamos ante una falsificación de documento público y no una falsedad ideológica. (…) *"No podemos estar frente al delito de Falsedad* ideológica *porque, como lo indica el numeral 360 del Código Penal, este tipo requiere la existencia de un* documento público *o auténtico original, en el cual se inserten declaraciones falsas respecto de un hecho que el* documento *esté llamado a probar. La Falsedad* ideológica *presupone entonces la autenticidad del* documento*, lo cual no ocurre en este caso toda vez que el acusado se dio a la tarea de falsificar de forma total el informe policial 160-08 antes citado* (210).

En síntesis, la falsedad ideológica implica el uso de falsificación de contenido en un documento que es genuino, auténtico pero que se le agrega información contenido alterado y falso con el propósito de probar determinado

[182] Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución No.1476-2013, del 10 de octubre del 2013, de las diez horas y cinco minutos.

hecho o acto. Mientras que el documento falso es en sí una falsificación en su materialidad es decir una copia literal y exacta del genuino.

Por su parte, la resolución número 304-2014[183] de la Sala Tercera estima que la falsedad ideológica y el uso de documento falso, si son cometidos por el mismo agente solo responden por uno de los dos delitos:

> Siguiendo esta posición doctrinal, la jurisprudencia de esta Sala ha expresado en términos semejantes que: "si el autor del uso lo es también de la falsificación será responsable sólo por esta última infracción, en tanto que si al autor de ese ilícito no se le puede responsabilizar por la falsificación, responderá sólo por el uso, si ha usado el documento falso.

Es decir si se comprueba que la persona que hace uso del documento falso también es responsable de falsedad ideológica, este último delito subsume al primero, condenándosele por falsedad ideológica. Ambos delitos se encuentran relacionados en la facilitación de la creación de la simulación de matrimonio, ya que, en especial, el notario público aprovechándose de la fe pública que se le ha dado, declarará falsamente en la escritura que las partes estuvieron presentes al momento de su celebración, cuando la verdad y la realidad es que sólo estuvo una de ellas presente; es decir, el extranjero o extranjera interesado o incluso cuando son matrimonios por poder especialísimo, ni siquiera el extranjero se encuentra en el país. Cabe recordar que cabe la posibilidad de que se aplique también la falsedad ideológica a cualquier otra persona, tales como contrayentes o testigos que lleguen ante el notario público a declararle y hacerle insertar en su escritura pública hechos falsos. Por otro lado, también es importante abordar los conceptos de Documento Público y de Escritura Pública porque son elementos normativos del delito de falsedad ideológica, al respecto la Sala Tercera en su resolución número 990-2006 señala:

> Uno de los elementos objetivos de esta figura penal, es precisamente que se trate de un documento público o auténtico. Este requisito es un elemento normativo del tipo, que requiere de interpretación por parte del operador del derecho, a fin de darle contenido a lo que se considera es un documento público. En ese sentido, el artículo 369 del Código Procesal Civil señala, que: "Son documentos públicos todos aquellos que

[183]Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número304-2014 de las ocho horas con treinta minutos del siete de marzo del 2014

> hayan sido redactados o extendidos por funcionarios públicos, según las formas requeridas y dentro del límite de sus atribuciones[184].

El Código Procesal Civil en su artículo 369 define lo que se entiende como documento público en lo que interesa menciona que:

> …son documentos públicos todos aquellos que hayan sido redactados o extendidos por funcionarios públicos, según las formas requeridas y dentro del límite de sus atribuciones. Las fotocopias de los documentos originales tendrán el carácter que este artículo establece, si el funcionario que las autoriza certifica en ellas la razón de que son copias fieles de los originales, y cancela las especies fiscales de ley[185].

La función notarial es delegada por el Estado en los notarios públicos, quienes realizan una función pública, precisamente la de dar fe pública en los actos o contratos que insertan ellos en sus protocolos, de ahí que las escrituras públicas son consideradas un documento que se ajusta dentro de lo que se definió anteriormente como documento público o auténtico.

Al respecto el Tribunal Penal del Primer Circuito de San José en resolución número 848-2014, indica:

> *"III.En relación al presente asunto, debe indicarse que el Estado delega en el notario la potestad de conferir fe pública en los documentos que autoriza, aspecto que está cobijado en el numeral 31 del Código Notarial al contemplar que el notario tiene fe pública cuando deja constancia de un hecho, suceso, situación, acto o contrato jurídico, cuya finalidad sea asegurar o hacer constar derechos y obligaciones, dentro de los límites que la ley le señala a sus atribuciones y con observación de los requisitos de ley, presumiéndose ciertas, en virtud de esa fe pública, las manifestaciones del notario que consten en los instrumentos y demás documentos autorizados por él-."* Corolario de lo anterior, esa fe pública delegada por El Estado en el notario hace que los documentos que autoriza, tal es el caso de las escrituras públicas, los testimonios de éstas en términos generales y, tal y como ocurre en esta causa en particular, también los certificados de declaración de matrimonio e índices notariales, sean documentos públicos[186].

Se concluyen que son documentos públicos aquellos redactados o expedidos por funcionarios públicos así como por notarios públicos (que no son

[184]Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número 2006-990 de las nueve horas del veintinueve de setiembre de dos mil seis.
[185]Artículo 369 del Código Procesal Civil.
[186]Tribunal Penal. Primer Circuito Judicial de San José. Resolución número 848-2014 de las catorce horas del veinticinco de setiembre del 2014. Citado de el Tribunal de Notariado, resolución número 172 de las nueve horas del veintiséis de julio de dos mil siete

funcionarios públicos), pero como se dijo párrafos arriba, al firmar los testimonios, los índices notariales y los certificados de declaración de matrimonio civil y demás, en ejercicio de su función notarial, se tiene por función pública delegada, por lo que ellos reúnen esa característica que exige el tipo penal de Falsedad Ideológica, aunado a que se presentan ante entidades del Estado para su inscripción y así hacer público su contenido (concretamente ante el Registro Civil y la Dirección de Notariado), lo convierte en documento público, a pesar de no ser un funcionario público, pero sí su función y los documentos que emite.

Por otro lado, desde la perspectiva procesal, cuando en un proceso penal en el que se ventila un caso en que se acusa de Falsedad Ideológica y se le condena al notario público por este delito, el juzgado o el tribunal penal procederá a ordenar mediante un oficio o comunicado por escrito dirigido al Registro Civil para que proceda anular el matrimonio involucrado y por consecuencia los contrayentes regresan al estado civil anterior que poseían antes de casarse, ya sea solteros, viudos o divorciados. Es importante indicar que como el extremo máximo de la pena son seis años de prisión, el delito prescribe pasado esos años tras cometerse el mismo, entonces si un nacional se entera de que aparece casado con una persona extranjera de la cual nunca conoció, pasado los seis años, se concluye que la persecución de la causa penal prescribió, y el notario público y el extranjero no puede ser perseguidos ni sometidos algún proceso, debido al principio de prescripción y de seguridad jurídica.

Sin embargo, existe ante esta situación una manera de proceder continuar el proceso. Según el artículo 376 Código Procesal Penal cuando se cumplan los requisitos tales como que exista múltiples hechos o un elevado número de imputados o de víctimas, se abre un procedimiento de tramitación compleja y con este procedimiento se amplía el tiempo para prescribir no aplicándosele la reducción del término de la prescripción a la mitad, prevista en el artículo 33 del Código Procesal Penal, por lo que si en el delito de falsedad ideológica prescribía a los seis años, ya no lo estaría a los seis años, sino que sería ampliado, duplicado, tiempo necesario para poder realizar el proceso. Esta fue la situación que les pasó a las víctimas de matrimonios simulados de la

notarias públicas del caso planteado en páginas anteriores. Al ser un número elevado de víctimas el caso no prescribió, ya que los hechos se dieron en el año 2006 y después descubrieron estos delitos debido a la denuncias de las víctimas, habiendo pasado para algunos de ellos ya los 6 años, pero con el procedimiento de tramitación compleja se logró darle seguimiento y salvarlo de la prescripción.

Capítulo IV: Análisis jurídico de la nacionalidad

Sección I. El concepto de nacionalidad

La Sala Constitucional en la resolución número 15197-2007[187] la define como *"una relación jurídica y política que empalma a la persona con un Estado determinado"*; por medio de esta relación se le reconoce a las personas nacionales derechos y obligaciones, que los distinguen de las personas extranjeras. Al determinar la nacionalidad se sabe cuál es el sistema jurídico básico con que cuenta la persona. Esto encuentra su soporte en el derecho humano a una nacionalidad que se regula en diversos instrumentos internacionales.

Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos manifiesta lo siguiente:

> (136) Respecto al derecho consagrado en el artículo 20 de la Convención, la Corte entiende que la nacionalidad es la expresión jurídica de un hecho social de conexión de un individuo con un Estado. La nacionalidad es un derecho fundamental de la persona humana que está consagrado en la Convención Americana, así como en otros instrumentos internacionales, y es inderogable de conformidad con el artículo 27 de la Convención[188].

El artículo 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, expresa:

> 1. Toda persona tiene Derecho a una Nacionalidad.
> 2. A nadie se privará arbitrariamente de su Nacionalidad, ni del Derecho de cambiar de Nacionalidad.

El artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece:

> 1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
> 2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.
> 3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

[187] Sala Constitucional de la Corte Suprema De Justicia. Resolución número 15197-2007 de las once horas y treinta y nueve minutos del diecinueve de octubre del dos mil siete.
[188] Corte IDH, caso de las Niñas Yean y Bosico, Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Seire C Nº 130.

Según los artículos citados se establece en el marco normativo internacional el derecho humano a la nacionalidad, el derecho a cambiarla y la correspondiente prohibición para el Estado de privar de forma arbitraria de la nacionalidad a un individuo. Esto se encuentra ampliamente ligado con la dignidad de la persona, porque se destaca que la nacionalidad no se puede imponer y los Estados deben garantizar el derecho a cambiarla. En cuanto a la definición de nacionalidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-4/84[189] establece lo siguiente:

> (35) La nacionalidad puede ser considerada como el vínculo jurídico político que liga a una persona con un Estado determinado por medio del cual se obliga con él con relaciones de lealtad y fidelidad y se hace acreedor a su protección diplomática".

En el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos conocido como Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana[190], se emite lo siguiente:

> (139) La Convención Americana recoge el derecho a la nacionalidad en un doble aspecto: el derecho a tener una nacionalidad desde la perspectiva de dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en el conjunto de relaciones, al establecer su vinculación con un Estado determinado, y el de proteger al individuo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo[191].

El Instituto de Derecho Internacional, el 24 de agosto de 1985 en su sesión de Cambrigde, estableció los siguientes principios de la nacionalidad[192] , los cuales son de vital importancia para comprender la naturaleza jurídica y las implicaciones de este derecho:

> -Nadie debe carecer de nacionalidad.
> -Nadie puede tener simultáneamente dos nacionalidades.
> -Cada uno debe tener el derecho de cambiar de nacionalidad.
> -La renuncia pura y simple no basta para perder la nacionalidad.

[189] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-4/84 del diecinueve de enero de mil novecientos ochenta y cuatro. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Solicitada por el Gobierno de Costa Rica.
[190] Caso en el que República Dominicana niega la nacionalidad a dos menores de edad, a pesar de haber nacido en el territorio nacional.
[191] También citado en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Cfr. Caso Castillo Petruzzi y otros. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 100; y Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, supra nota 77, párr. 34.
[192] Bauza Calviño, Olaguer C., La Doble Nacionalidad en la Legislación Mexicana, OGS Editores, México 2002, p. 120-121).

-La nacionalidad de origen no debe transmitirse indefinidamente de generación en generación en el extranjero.

Respecto a lo relacionado con la regla de que toda persona debe tener una única nacionalidad, Guerrero señala dos excepciones: el caso de individuos sin nacionalidad o apátridas y la doble o múltiple nacionalidad[193]. Los casos de doble nacionalidad cobran importancia para el Derecho Internacional Privado, además implican el derecho de opción. Según Guerrero:

> Es el Estado quien discrecionalmente escoge la forma global a través de la cual les va a otorgar la nacionalidad a sus súbditos, es decir, a través del ius soli, del ius sanguinis o inclusive a través de los dos sistemas[194].

La nacionalidad es una construcción legal, un vínculo jurídico que une a una persona con un Estado determinado. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso de las Niñas Yean y Bosico contra República Dominicana, sentencia del 8 de setiembre del 2005, establece la importancia de contar con una nacionalidad definida:

> (137) La importancia de la nacionalidad reside en que ella, como vínculo jurídico político que liga una persona a un Estado determinado, permite que el individuo adquiera y ejerza los derechos y responsabilidades propias de la pertenencia a una comunidad política. Como tal, la nacionalidad es un prerrequisito para el ejercicio de determinados derechos.

Por esto el Estado adquiere el poder de regular la nacionalidad, que se puede adquirir, renunciar y heredar. Tanto la Constitución Política como las diferentes leyes son las que determinan la forma en que se adquiere la nacionalidad y sus condiciones. Así el Estado por medio de su ordenamiento jurídico regula los casos de pérdida de la nacionalidad y las formas de adquisición. Para la presente investigación será de suma importancia el análisis de las formas de adquisición de la nacionalidad. Es importante destacar que la nacionalidad solo puede ser otorgada por un Estado Soberano, reconocido como tal por el Derecho Internacional, este establece de manera discrecional cómo debe regularse la nacionalidad: tanto la adquisición como la pérdida.

[193] Guerrero, Sergio. Derecho Internacional Privado. Universidad Nacional Autónoma de México. Primera edición. México. 2006. p. 47.
[194] Ibidem.

La Convención sobre ciertas cuestiones relativas al conflicto de leyes de nacionalidad, de 1930, adoptada el 12 de abril de ese mismo año, en cuanto a las atribuciones de cada Estado para crear su propio marco jurídico que regule la nacionalidad, con respeto a las reglas del derecho internacional, en el artículo primero establece:

> Incumbe a cada Estado determinar en su legislación quienes son sus nacionales. Esta legislación debe ser reconocida por los demás Estados, siempre que sea consecuente con las convenciones internacionales, la costumbre internacional y los principios generales del derecho reconocidos en materia de nacionalidad.

Se recalca en el artículo 2 la importancia de conocer la nacionalidad de la persona para saber cuál es la legislación aplicable, cuando dice "*Toda cuestión relativa a saber si un individuo posee la nacionalidad de un Estado debe solucionarse de acuerdo con la legislación de dicho Estado*".

La atribución de la nacionalidad es una decisión del Estado, pues es este quien determina las condiciones de dicha atribución; el único límite existente son los derechos y las reglas establecidas en el derecho internacional. O sea, los Estados pueden dictar sus propias leyes en cuanto a la adquisición de la nacionalidad, siempre que no se afecte el derecho a tener una nacionalidad y de renunciar a esta para adquirir otra. En el Informe de la Procuraduría General de la República, del 18 de junio de 2009[195], para la resolución número 1656-2010 de la Sala Constitucional, determina que:

> El otorgamiento de la nacionalidad es una potestad de los Estados, y sobre la cual tienen un amplio margen de discrecionalidad para establecer las condiciones de su otorgamiento, siendo que únicamente se encontrarían los Estados limitados por el Derecho Internacional para quitar la nacionalidad a una persona que ya la disfruta, para negar la posibilidad de cambiar la nacionalidad, o para desconocer la nacionalidad de las personas nacidas en su territorio. Cualquier limitación que se presente para el otorgamiento de la nacionalidad que no vulnere los principios anteriores, forma parte de la discrecionalidad de la que gozan los Estados para formular esta clase de políticas.

[195]Procuraduría General de la República. Opinión Consultiva, sin número, del 18 de junio del año dos mil nueve, para la Acción de Constitucionalidad del expediente 09-007954-0007-CO.

En esta misma línea de pensamiento, la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 4/84 del 19 de enero de 1984[196] sugiere que:

> Siendo el Estado el que establece la posibilidad de adquirir la nacionalidad a quien originariamente era extranjero, es natural que las condiciones y procedimientos para esa adquisición sean materia que dependa predominantemente del derecho interno. Siempre que en tales regulaciones no se vulneren otros principios superiores, es el Estado que otorga la nacionalidad, el que ha de apreciar en qué medida existen y cómo se deben valorar las condiciones que garanticen que el aspirante a obtener la nacionalidad esté efectivamente vinculado con el sistema de valores e intereses de la sociedad a la que pretende pertenecer plenamente. Es igualmente lógico que sean las conveniencias del Estado, dentro de los mismos límites, las que determinen la mayor o menor facilidad para obtener la nacionalidad; y como esas conveniencias son generalmente contingentes, es también normal que las mismas varíen, sea para ampliarlas, sea para restringirlas, según las circunstancias. De ahí que no sea sorprendente que en un momento dado, se exijan nuevas condiciones, enderezadas a evitar que el cambio de nacionalidad sea utilizado como medio para solucionar problemas transitorios sin que se establezcan vínculos efectivos reales y perdurables que justifiquen el acto grave y trascendente del cambio de nacionalidad.

La Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ), en el fallo del 6 de abril de 1955, caso Nottebohm, del Principado de Liechtenstein contra la República de Guatemala, analiza si la decisión de Liechtenstein de conferirle la nacionalidad a Nottebohm, ciudadano alemán, domiciliado en Guatemala, debe ser reconocida por Guatemala. Para esto analiza "*si la nacionalidad ha sido conferida en circunstancias tales que impongan al Estado demandado la obligación de reconocer el efecto de esa nacionalidad*"[197].

Con esto, la CIJ se refiere, a la nacionalidad real y efectiva, de la siguiente manera:

> La que concuerda con los hechos, la que se basa en los lazos más fuertes entre la persona interesada y uno de los Estados cuya nacionalidad se disputa. Se toman en consideración distintos elementos

[196]Citado en Resúmenes de la Jurisprudencia del Sistema Americano de Protección a los Derechos Humanos. Derecho a la Nacionalidad. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado en http://www.corteidh.or.cr/tablas/usuario/resumen-jurisprudencia.pdf

[197]Corte Internacional de Justicia. Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia. 1948-1991. P. 47. Recuperado en: http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf

> cuya importancia varía de un caso a otro; entre ellos figuran la residencia habitual del interesado, sus lazos familiares, su participación en la vida pública, la adhesión demostrada a un país e inculcada a sus hijos, etc.[198].

Establece además:

> …conforme a la práctica de los Estados, la nacionalidad constituye la expresión jurídica del hecho de estar una persona más estrechamente relacionada con la población de un Estado determinado. Concedida por un Estado, sólo autoriza a éste a proteger al favorecido si constituye la traducción en términos jurídicos de la adhesión del interesado a ese Estado[199].

En esta misma línea, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 31. 3, c) establece que *"Para determinar la nacionalidad dominante y efectiva, se deben considerar todos los factores relevantes, incluyendo la residencia habitual, centro de intereses, lazos familiares, participación en la vida pública y otras pruebas de vinculación".*

La nacionalidad efectiva se encuentra ligada asimismo con la doble nacionalidad y el derecho de opción. La "Convención sobre ciertas cuestiones relativas al conflicto de leyes de nacionalidad" remite al significado de la nacionalidad efectiva en su artículo 5:

> En un Estado tercero, el individuo que posea varias nacionalidades deberá ser tratado como si solo tuviera una. Sin perjuicio de las normas de derecho aplicadas en el Estado tercero en cuanto a su estatus personal y a reserva de convenios en vigor, este Estado podrá, en su territorio, reconocer exclusivamente entre las nacionalidades que posee tal individuo, la nacionalidad del país en el cual tiene su residencia habitual y principal, o la nacionalidad del cual, según las circunstancias, aparece más vinculado en realidad.

La nacionalidad efectiva y real lo que busca es garantizar al Estado que cada ciudadano, con el cual comparte el vínculo jurídico, se encuentre debidamente integrado en la sociedad nacional y esté de acuerdo con los intereses de ese Estado. Para esto interesa determinar el domicilio de la persona, sus lazos familiares y sus negocios, así como, el sentimiento nacionalista de la persona.

[198] Ibídem.
[199] Ibídem.

I.A Nacionalidad originaria y no originaria

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia costarricense en la resolución número 2007-15197[200] ofrece el siguiente análisis de adquisición de la nacionalidad de forma originaria y derivada.

Nacionalidad originaria

Según el artículo 13 de la Constitución Política el derecho de sangre o *ius sanguinis* y el derecho de suelo o *ius solis* son formas para adquirir la nacionalidad costarricense. Según la Constitución Política, la nacionalidad puede ser adquirida de dos formas distintas, la primera de ellas es la originaria, que consiste en lo que se llamado doctrinalmente como *ius sanguinis* (derecho de sangre) y *ius solis* (derecho de suelo).

De esta manera el inciso 1) del artículo 13 constitucional indica que el hijo de padre o madre costarricense nacido en el territorio de la República es una forma de adquirir la nacionalidad de forma originaria por *ius sanguinis* y *ius solis.* El inciso 2) del artículo citado (el hijo de padre o madre costarricense por nacimiento, que nazca en el extranjero, y se inscriba como tal en el Registro Civil, por la voluntad del progenitor costarricense, mientras sea menor de edad, o por la propia hasta cumplir veinticinco años) se refiere la forma de adquirir la nacionalidad originariamente por *ius sanguinis*, pues distinto al requerimiento del inciso anterior, no requiere que el nacimiento se produzca en el territorio nacional pero sí que al menos uno de los progenitores sea costarricense por nacimiento. Por su parte, el inciso 3) del artículo de comentario establece que el hijo de padres extranjeros nacido en Costa Rica que se inscriba como costarricense, por voluntad de cualquiera de sus progenitores mientras sea menor de edad, o por la propia hasta cumplir veinticinco años, constituye otra manera de adquirir la nacionalidad originariamente por haber nacido en el territorio nacional (*ius solis*).

El inciso 4) del mismo artículo señala que el infante, de padres ignorados, encontrado en Costa Rica adquiere la nacionalidad, este último inciso

[200]Citada a su vez en la resolución 2011-005270 dada en San José a las quince horas con quince minutos del veintisiete de abril del año dos mil once. Recuperado en: http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/Constitucion%20Politica/Sentencias/2011/11-005270.html

contempla en sí mismo la presunción de que el nacimiento se produjo en el territorio nacional por lo que se presume la nacionalidad del solicitante.

Nacionalidad no originaria

La otra forma de adquirir la nacionalidad es la no originaria, derivada o sucesiva también conocida como naturalización. Indica la resolución citada que esta se trata de la adquisición sucesiva de la nacionalidad que consiste:

> En la potestad para adquirir la nacionalidad por el derecho de elección (ius selectionis) y el derecho de comunicación (ius communicatio), en estos casos la nacionalidad se adquiere por naturalización, que en esencia es la conversión de un extranjero en nacional. Los incisos 1,2 y 3 del artículo 14 del texto Constitucional se refiere al otorgamiento explícito de la nacionalidad en virtud de elección expresa del interesado. La adquisición de la nacionalidad que se indica en los incisos 4 y 5 del artículo 14 se refiere a la nacionalidad que se confiere por el hecho de que una persona extranjera contraiga matrimonio con una persona nacional.

I.B Tipos de Naturalización

La naturalización también conocida como nacionalidad no originaria, comprende el derecho de toda persona a contar con una nacionalidad y a renunciar a una, para aceptar otra. La naturalización implica el ejercicio voluntario del derecho a cambiar la nacionalidad y la atribución de cada Estado de establecer sus propias reglas para otorgar su nacionalidad. Es necesario retomar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el que se establece el derecho de toda persona de cambiar su nacionalidad. La única forma para cambiar la nacionalidad, es mediante la naturalización. Cada país debe establecer sus propios lineamientos sobre el otorgamiento de su nacionalidad.

También resulta fundamental considerar los elementos de voluntad y elección, los cuales concurren y son esenciales en la naturalización. La persona extranjera, mediante un acto electivo y consciente debe manifestar su deseo de cambiar de nacionalidad.

En este aspecto, debe recalcarse que toda persona tiene derecho a una nacionalidad y que es obligación del Estado atender y dar una solución al

derecho de cambiar la nacionalidad, cuando así lo considere la persona. Por lo cada Estado debe establecer sus propias normas para regular la adquisición.

La primera norma sobre el tema es el artículo 14 de nuestra Constitución Política que habla de los costarricenses por naturalización, establece los siguientes casos:

> Quienes hayan adquirido la nacionalidad por la aplicación de leyes anteriores.
> Cuando una persona centroamericana, española o iberoamericana por nacimiento ha residido por más de cinco años en el país.
> Cuando una persona centroamericana, española o iberoamericana por naturalización o proveniente de cualquier otro país ha residido por más de siete años en el país.
> La persona extranjera que contrae matrimonio con nacional.
> Quienes ostentan la nacionalidad honorífica.

Así mismo, el artículo 15 de la Constitución Política establece los requisitos generales que debe cumplir la persona extranjera que solicite su naturalización:

> Acreditar buena conducta.
> Demostrar oficio o medio de vivir conocido.
> Conocimiento del idioma español.
> Conocimiento de la historia del país y sus valores.
> Promesa de residencia estable en el país.
> Juramento de respeto al orden constitucional.

El último párrafo del artículo 15 de nuestra Constitución Política reza "*Por medio de la ley se establecerán los requisitos y la forma para tramitar la solicitud de naturalización*". De modo que la Ley de Opciones y Naturalizaciones n° 1155 regula el tema de la naturalización en nuestro país. En primer lugar, se establece un procedimiento para personas extranjeras que buscan la nacionalidad costarricense. El artículo 11 de dicha ley expone los requisitos para que proceda la naturalización. Así mismo, se establece el Registro Civil como la institución encargada del procedimiento, mediante la Oficina de Opciones y Naturalizaciones.

El primer requisito debe estudiarse desde la óptica del sujeto legitimado para solicitar la naturalización, pues debe tratarse de una persona con una nacionalidad distinta a la costarricense. Además, debe cumplir con:

> Ser mayor de edad, Indicar nacionalidad, Ser de buena conducta, Haber estado domiciliado en Costa Rica: si es centroamericano, español o iberoamericano por nacimiento haber residido más de cinco años; si es centroamericano, español o iberoamericano por naturalización o de cualquier otro país, haber residido siete años en el país. Tener profesión u oficio. Tener rentas, bienes u otros ingresos conocidos, los cuales le brinden los medios suficientes para atender sus obligaciones y las de su familia, si la tuviera. No haber sido juzgado durante su permanencia en el país por delitos dolosos ni ser reincidente en delitos culposos ni haber sido condenado por contravenciones repetidas. Saber hablar, escribir, leer el idioma español. Poseer conocimientos sobre la historia de Costa Rica y sus valores. Hacer un juramento de respeto al orden constitucional. Manifestar por escrito que seguirá residiendo de manera regular y estable en el país. Manifestar por escrito que renuncia a su nacionalidad.

Otras dos leyes relativas a la naturalización como costarricense son la n° 1902 del 9 de julio de 1955 *Creación de un servicio de obtención de documentos de identidad para los ciudadanos que deban proveerse de ellos, opción y naturalización para elemento de nacionalidad extranjera nacidos en la República e hijos de costarricenses nacidos en el extranjero* y el Reglamento a la Ley n° 1902 *Reglamento para Obtención de Documentos de Identidad y la Naturalización* del 31 de enero de 1956.

Las tres leyes citadas anteriormente desarrollan el artículo 14 de la nueva Constitución Política, de manera que la calidad de costarricense se puede adquirir por varias vías, previo cumplimiento de los requisitos correspondientes a cada una de ellas. Esto se encuentra ampliamente ligado con las indicaciones del derecho internacional que establecen cada Estado tiene la facultad de normar lo referente a la nacionalidad. En el año 2012 el Tribunal Supremo de Elecciones para la unificar la legislación en la materia utiliza el Decreto el Reglamento Relativo a los Trámites, Requisitos y Criterios de Resolución en Materia de Naturalizaciones n° 12-2012. Este Reglamento tiene como finalidad que los diferentes trámites de naturalización se procedan de una manera uniforme y coordinada para responder oportuna, debidamente y dentro de plazos razonables a los solicitantes. Con esto se ordena la legislación y se simplifican y racionalizan los trámites, con el propósito de garantizar los derechos de petición y pronta respuesta establecidos en nuestra Constitución Política. El Reglamento en un solo cuerpo normativo regula los trámites, requisitos de naturalización y criterios de resolución al amparo de los distintos

regímenes vigentes. En él se establecen seis tipos o procedimientos de naturalización:

> Naturalización por residencia, Naturalización por matrimonio con costarricense, Naturalización por trascendencia de alguno de los progenitores, Naturalización por domicilio no menor de veinte años en Costa Rica, Naturalización de persona mayor de 25 años de edad, nacida en el país e hija de padres extranjeros, Naturalización de persona mayor de 25 años de edad, nacida en el extranjero e hija de padre o madre costarricense por nacimiento.

Al estudiar cada uno de los tipos de naturalización conviene analizar los requisitos que se solicitan en cada procedimiento y cuál es la forma correcta para probar su cumplimiento. Es menester informar que la técnica legislativa en cuanto a materia regulatoria de la naturalización es disgregada y repetitiva, por lo que se señalaran los requisitos que se mencionan a lo largo del Decreto TSE n° 12-2012 para evitar la repetición y una mayor claridad del tema.

Sección II. El procedimiento de obtención de la nacionalidad costarricense por naturalización

El marco jurídico que conforma el bloque con que se sustenta y regula la obtención de nacionalidad por naturalización corresponde al siguiente, en atención a su jerarquía normativa en el tema:

- Constitución Política de la República (artículos 13, 14, 15, 16, 17 y 102).
- Ley Orgánica del Tribunal Supremo de elecciones
- Código Electoral (artículo 12).
- Leyes propias de cada canal de naturalización: leyes número 1155, 1902 y 1916.
- Ley de servicio de obtención de documentos de identidad para los ciudadanos, opción y naturalizados de nacionalidad extranjera nacidos en la República o hijos de costarricenses nacidos en el extranjero.
- Ley General de la Administración Pública (todo lo pertinente al procedimiento administrativo y legalidad).
- Ley de Protección al Ciudadano del Exceso de Requisitos y Trámites Administrativos- y Reglamento.
- Ley General de Control Interno.

· Reglamento Relativo a los Trámites, Requisitos y Criterios de Resolución en Materia de -Naturalizaciones- y decretos relativos (vigente nº 12 del año 2012).

De manera especial se rige por la Ley de Opciones y Naturalizaciones y su reglamento, Reglamento Relativo a los Trámites, Requisitos y Criterios de Resolución en Materia de Naturalizaciones y decretos del Tribunal Supremo de Elecciones. El procedimiento en general sigue los principios de todo proceso administrativo y debe respetar el debido proceso y la legalidad en cuanto a plazos y etapas, se puede esquematizar de la siguiente manera:

-Se presenta ante la Sección (Oficina) de Opciones y Naturalizaciones la solicitud por escrito de obtención de la nacionalidad costarricense.

-Dicha oficina verifica que el documento contenga y acredite:

1) La mayoría de edad y la nacionalidad del solicitante (a menos que sea un menor).

2) La buena conducta y el haber estado domiciliado en Costa Rica durante los plazos establecidos, para cada grupo de nacionalidades.

3) Profesión u oficio, rentas, bienes u otros ingresos conocidos, los cuales le brinden los medios suficientes para atender sus obligaciones y las de su familia, si la tuviera.

4) El no haber sido juzgado durante su permanencia en el país por delitos dolosos ni ser reincidente en delitos culposos ni haber sido condenado por contravenciones repetidas.

5) Saber hablar, escribir, leer el idioma español y, además, poseer conocimientos sobre la historia de Costa Rica y sus valores.

6) Además, el solicitante de la naturalización deberá jurar que respetará el orden constitucional y, también, deberá manifestar que seguirá residiendo de manera regular y estable en el país. A la vez, deberá expresar, en igual forma, que renuncia a su nacionalidad, excepto si se tratara de nacionales de países con los que existan tratados de doble nacionalidad.

-Se señala audiencia y se notifica al solicitante y a las autoridades pertinentes dependiendo de las pruebas requeridas; especialmente se le notifica a la Procuraduría General de la República, la cual tiene el deber de apersonar y velar por los intereses de la República durante el proceso y el cumplimiento de los requisitos por parte del petente. Durante esa audiencia se entrevistara al sujeto y se evacúa la prueba.

-Resuelve el Registro Civil (en alzada el Tribunal Supremo de Elecciones).

Estos son las generalidades legales y procesales por las que los extranjeros deben de proceder para la obtención de la nacionalidad costarricense. Existen seis opciones para la obtención de la nacionalidad.

II.A Naturalización por residencia

El inciso h) del artículo 4 del Decreto TSE 12-2012 plantea la "*Naturalización por residencia: trámite para que una persona adquiera la nacionalidad costarricense por naturalización en razón de haber residido oficialmente en el país durante los plazos constitucionalmente establecidos*". En esta definición se remite al texto de la norma constitucional. El artículo al que hace referencia es al 14 inciso 3) de nuestra Constitución Política, donde se establecen dos plazos diferentes según la nacionalidad del solicitante. Por razones sociales e históricas, la Constitución Política establece un plazo de cinco años para las nacionalidades de Iberoamérica, en lo que debe incluirse los países de Centroamérica, España e Iberoamérica. Se establece un plazo mayor de siete años, para el resto de nacionalidades y para las comprendidas en el primer aspecto pero que no sean por nacimiento. El decreto, mediante técnica legislativa deficiente, además establece dos tipos de requisitos: unos que debe cumplir la persona solicitante (artículo 9) y otros que deben incluirse en el escrito de solicitud (artículo 8).

En el artículo 8 encontramos los requisitos específicos que el solicitante debe comprobar y dejar claros en el escrito de solicitud ante la Oficina de Opciones y Naturalizaciones. Como requisito esencial de este procedimiento se encuentra la *"manifestación (por escrito) de que la naturalización se solicita por haber residido oficialmente en el país durante cinco o siete años, según corresponda", establecida en el inciso g)*.

El escrito de solicitud, según el artículo 8, debe contener:

> Nombre y dos apellidos del solicitante, Estado Civil, Profesión u oficio, Número de documento de identidad expedido por DGME o por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, Dirección exacta del domicilio donde reside, Calidades de dos testigos, que deberán informar sobre la residencia en el país, la buena conducta y la existencia de

medios de vida del solicitante, Manifestar por escrito que se solicita la naturalización por el motivo de haber residido oficialmente en el país el tiempo establecido, Manifestar por escrito un juramento de respeto al orden constitucional de Costa Rica, Manifestar por escrito que promete seguir residiendo en el país de forma regular y estable, Manifestar por escrito la renuncia a la nacionalidad anterior, Lugar para atender notificaciones.

Además, los requisitos de la persona extranjera que solicite la naturalización por residencia son los siguientes, según el artículo 9:

a.- Ser mayor de edad y demostrar su correspondiente nacionalidad, país, ciudad y fecha de nacimiento, así como el nombre y apellidos de los padres.

b.- Haber residido oficialmente en Costa Rica durante los plazos establecidos en el artículo 14 de la Constitución Política como, a continuación, se indica:

b1.- cinco años para nacionales de otros países de Centroamérica, españoles e iberoamericanos por nacimiento; b.2.- siete años para centroamericanos, españoles e iberoamericanos que no lo sean por nacimiento así como para las otras nacionalidades.

c.- Ser de buena conducta.

d.- Tener profesión u oficio, así como rentas, bienes y otros ingresos conocidos que le brinden los medios suficientes para atender sus obligaciones y las de su familia –si la tuviera–.

e.- Saber hablar, escribir y leer el idioma español y, además, poseer conocimientos sobre la historia de Costa Rica y sus valores.

f.- No haber sido juzgado, durante su permanencia en el país, por delitos dolosos ni ser reincidente en delitos culposos ni haber sido condenado por contravenciones repetidas. Además, deberá demostrar que no ha sido condenado por los delitos a los cuales se refiere el artículo 15 de la Ley de Opciones y Naturalizaciones.

II.B Naturalización por matrimonio con costarricense

El inciso g del artículo 4 del Decreto establece *"Trámite para que una persona adquiera la nacionalidad costarricense por naturalización en razón de haber contraído matrimonio con un nacional de Costa Rica".*

Los artículos 23 y 24 del Decreto regulan los requisitos que deben plasmarse en el escrito de solicitud y que debe cumplir el solicitante. Interesa mencionar los incisos f) y g) del artículo 23, en los que se establece la obligación de manifestar que se solicita "*por estar o haber estado casado (a)*

dos años con costarricense" (23.g) así como indicar el nombre, apellidos y cédula de identidad del cónyuge. Los demás requisitos que debe llevar el escrito de solicitud son:

> Nombre y dos apellidos del solicitante, Estado civil (casado), Profesión y oficio, Número de documento de identidad, Dirección exacta del domicilio donde reside, Manifestación de que la naturalización se solicita por estar o haber estado casado (a) dos años con costarricense, Indicación clara del nombre y apellidos del cónyuge y número de cédula de identidad (costarricense), Medio para atender notificaciones.

En este tipo de naturalización conviene analizar el matrimonio. En primer término, es necesario que el solicitante sea mayor de edad y que se encuentre casado con persona costarricense. Para que el matrimonio sea tomado en cuenta, es necesario que se encuentre debidamente inscrito en el Registro Civil, y el plazo de dos años comienza a regir a partir de la inscripción. Cabe destacar que la persona solicitante -casada con costarricense- debe haber residido en Costa Rica por los menos dos años una vez casado. El artículo 24, inciso c) establece el "*Haber residido dos años en Costa Rica luego de constituido el vínculo matrimonial*".

Dado que el matrimonio debe estar inscrito en el Registro Civil, este debe probarse mediante la respectiva certificación emitida por este Registro. El mismo es un acto que puede realizarse por medio de apoderado especialísimo, el artículo 31 del Decreto verifica que el matrimonio se efectuó por medio de apoderado especialísimo debe dejar constancia de ello en la minuta de calificación. El artículo 24 establece los siguientes requisitos que debe cumplir la persona extranjera que se ha casado con un nacional:

> a.- Ser mayor de edad y demostrar su correspondiente nacionalidad, país, ciudad y fecha de nacimiento, así como el nombre y apellidos de los padres.
>
> b.- Haber estado casado dos años con costarricense. El matrimonio debe estar debidamente inscrito en el Registro Civil de Costa Rica.
>
> c.- Haber residido dos años en Costa Rica luego de constituido el vínculo matrimonial.
>
> d.- No haber sido condenado por los delitos a los cuales se refiere el artículo 15 de la Ley de Opciones y Naturalizaciones.

Respecto al requisito de no haber sido condenado en el país, se solicita la certificación correspondiente a las autoridades judiciales competentes tanto de Costa Rica como del país del origen. Además, solo una sentencia penal de condena por los delitos mencionados puede implicar que se deniegue la solicitud, según el artículo 29. Los delitos, según el artículo 15 de la Ley de Opciones y Naturalizaciones, son:

> 2) Cuando se comprobara, judicialmente, que el petente hubiera sido condenado como agitador social, político o religioso, dentro o fuera del país o que hubiera sido condenado en el extranjero por esa clase de actividades o por delitos de estafa, de robo, de incendio, de falsificación de moneda o de títulos de crédito o por otros de igual o mayor gravedad, según las penas establecidas en nuestro Código represivo o en las leyes especiales para tales delincuencias.
>
> 3) Cuando se comprobara, judicialmente, que el solicitante ha tenido relación con el tráfico internacional de sustancias estupefacientes, psicotrópicas, "inhalantes" o de sustancias químicas destinadas a la fabricación o disolución de drogas estupefacientes, en consonancia con los delitos que tipifica la Ley No. 7093 del 22 de abril de 1988.

Se destaca la reducción de requisitos en comparación con la naturalización por residencia. En este caso, no se exige[201]:

> Tener profesión u oficio, Tener rentas, bienes y otros ingresos conocidos que le brinden los medios suficientes para atender sus obligaciones y las de su familia –si las tuviera-, Saber hablar, escribir y leer el idioma español,
> Poseer conocimientos sobre la historia de Costa Rica y sus valores.

Para efectos de esta investigación es de suma importancia considerar el artículo 11 de la Ley de Opciones y Naturalizaciones que indica una serie de requisitos que debe cumplir todo extranjero. El artículo no hace ninguna distinción entre los requisitos que se exigen según los tipos de naturalización. Dicha distinción la hace un reglamento. El artículo 25 del Decreto 12-2012 del TSE establece que la persona extranjera que solicita la naturalización por matrimonio debe aportar la partida de nacimiento expedida por la autoridad competente del país de origen, debidamente legalizada o apostillada y con la traducción oficial al español. Interesa destacar que el artículo 27 al regular la

[201]Tomado del artículo 8 del Decreto Nº 12-2012 TSE Reglamento relativo a los trámites, requisitos y criterios de resolución en materia de naturalizaciones y del artículo 11 de la Ley de Opciones y Naturalizaciones.

prueba para demostrar la residencia en Costa Rica indica que la Sección de Opciones y Naturalizaciones del Registro Civil solicita a DGME los movimientos migratorios de la persona solicitante. Así mismo, se puede pedir documentación como certificación de cuenta individual en la Caja Costarricense del Seguro social, certificación de estudios realizados en el país.

Esto es distinto a lo solicitado para probar lo mismo: la residencia en el país en el caso de solicitar la naturalización por residencia. En este caso, el artículo 11 del citado decreto establece que se debe contar con la declaración de dos testigos de honorabilidad reconocida para demostrar la residencia oficial en el país (11a).

II.C Naturalización por transcendencia de alguno de los progenitores

El artículo 4 del Decreto 12-2012 del TSE en el inciso i) define el *"Trámite para que un menor de edad adquiera la nacionalidad costarricense con fundamento en la naturalización de alguno de sus progenitores".* El decreto regula este procedimiento a partir del artículo 36; se establece a favor de una persona menor de edad. Dado la particularidad de este trámite se establecen requisitos tanto para el progenitor, como para el menor de edad para el escrito de solicitud. En este tipo de procedimiento, la naturalización se solicita para la persona que aspira a la nacionalidad costarricense cumpla con los siguientes requisitos: ser menor de dieciocho años, con una nacionalidad extranjera, y que esté "*domiciliado en Costa Rica en el momento en que el progenitor o progenitora adquiera la nacionalidad costarricense por naturalización*" (*cfr.* con el artículo 37, inciso b). Además, uno de sus progenitores debe ser costarricense por naturalización.

Es decir, el menor de edad extranjero que vive en Costa rica, que sea de padres extranjeros los cuales uno de los dos adquiera la naturalización, también podrá solicitarla. El artículo 41 del Decreto regula la situación cuando la persona a cuyo favor se inicia el trámite cumple la mayoría de edad durante el trámite, en este caso se debe valorar "*la fecha de nacimiento del menor, la fecha de presentación de la solicitud, la diligencia del trámite*" y las causas por las cuales se haya atrasado el procedimiento. Si las causas de dilación no son

atribuibles a la parte gestionante, "*el Registro deberá aprobar, salvo que otro factor lo impida, la trascendencia solicitada*". Al igual que en el trámite para la naturalización por matrimonio con costarricense, no se exige la presentación de dos testigos para demostrar la residencia en el país; sino que basta con el documento de los movimientos migratorios emitido por la DGME y otros documentos de instituciones del país.

II.D Naturalización por domicilio no menor de veinte años en Costa Rica

El artículo 4 en el inciso f) define el "*Trámite para que una persona adquiera la nacionalidad costarricense por naturalización en razón de justificar un domicilio no menor de veinte años en Costa Rica*".

Se encuentra regulado a partir del artículo 45 del Decreto, en el escrito de solicitud, además de los requisitos genéricos, debe hacerse la manifestación de que se solicita por haber estado domiciliado en Costa Rica más de veinte años. Por lo tanto, debe tratarse de una persona mayor de edad. Así mismo, el artículo 46 establece cinco requisitos más que el solicitante debe cumplir, cuales son:

> Ser de buena conducta, Tener profesión u oficio, Tener rentas, bienes y otros ingresos conocidos que le brinden los medios suficientes para atender sus obligaciones y las de su familia, Saber hablar, escribir y leer el idioma español, Poseer conocimientos sobre la historia de Costa Rica y sus valores.

Además, se exige que en el documento se haga una manifestación escrita de lo siguiente:

> Juramento de respeto al orden constitucional del país, Promesa de seguir residiendo en el país de forma regular y estable, Renuncia a la nacionalidad anterior.

Estos requisitos no son necesarios para solicitar la naturalización por matrimonio con nacional. Además, los artículos 48, 49 y 50 hacen necesario la declaración de dos testigos para demostrar el domicilio del solicitante en el país, su buena conducta y los medios de vida; así como, otra documentación pública.

II.E Naturalización de mayor de 25 años de edad, nacido en Costa Rica e hijo de padres extranjeros

El artículo 4 en el inciso d) establece el *"Trámite para que una persona nacida en Costa Rica, hija de padres extranjeros y que no solicitó opción de nacionalidad antes de cumplir los 25 años de edad, adquiera la nacionalidad costarricense".*

En artículo 55, inciso h) estipula elaborar una "*manifestación de que la naturalización se solicita por haber nacido en Costa Rica, ser hijo de padre o madre extranjeros, mayor de 25 años y no haber optado por la nacionalidad costarricense*". Así mismo, al nacer en Costa Rica su nacimiento debe estar inscrito en el Registro Civil. El artículo 56 establece que la persona que lo solicita debe cumplir con lo siguiente:

> Tener el nacimiento inscrito en el Registro Civil, Ser hijo de padres extranjeros y demostrar la nacionalidad de estos, Al presentar la solicitud ser mayor de 25 años, Anteriormente a la presentación de la solicitud, no haber optado por la nacionalidad costarricense. Es decir, no haber solicitado uno de los trámites anteriores, Cumplir con los plazos constitucionales sobre residencia en el país, según nacionalidad, No haber sido juzgado por delitos dolosos, no ser reincidente de delitos culposos ni haber sido condenado por contravenciones repetidas durante su permanencia en el país. Es decir, ser de buena conducta, Tener oficio o medios de vivir conocidos.

Según el artículo 58, en este procedimiento vuelve a ser necesario la declaración de dos testigos para demostrar el domicilio en el país, la buena conducta y los medios de vida de la persona solicitante.

II.F Naturalización de mayor de 25 años de edad, nacido en el extranjero e hijo de padre o madre costarricense por nacimiento

El artículo 4 inciso e) establece el "*Trámite para que una persona nacida fuera de Costa Rica, hija de padre o madre costarricense por nacimiento y que no solicitó opción de nacionalidad antes de cumplir 25 años de edad, adquiera la nacionalidad costarricense*".

Según el artículo 64 inciso h) se solicita "*por haber nacido fuera de Costa Rica, ser hijo de padre o madre costarricense por nacimiento, mayor de 25*

años y no haber optado por la nacionalidad costarricense" (inciso h). El artículo 65 establece requisitos para este tipo de procedimiento, cuales son:

> El nacimiento haya ocurrido fuera de Costa Rica, pero que se encuentre inscrito en el Registro Civil, Demostrar la nacionalidad, Ser hijo de padre o madre costarricense por nacimiento, Ser mayor de 25 años, Anteriormente a la presentación de la solicitud, no haber optado por la nacionalidad costarricense. Es decir, no haber solicitado uno de los trámites anteriores, Cumplir con los plazos constitucionales sobre residencia en el país, según nacionalidad, No haber sido juzgado por delitos dolosos, no ser reincidente de delitos culposos ni haber sido condenado por contravenciones repetidas durante su permanencia en el país. Es decir, ser de buena conducta, Tener oficio o medios de vivir conocidos.

Además, el artículo 64 exige hacer la siguiente manifestación escritas en el documento de solicitud la promesa de seguir residiendo en el país de forma regular y estable. Al igual que en los dos procedimientos anteriores, se requiere la declaración de dos testigos para demostrar el domicilio en el país, la buena conducta y los medios de vida de la persona solicitante. La exposición de los procedimientos de naturalización ha permitido observar la diferencia entre el tipo de naturalización por matrimonio con costarricense y los demás. Además, como se verá más adelante, este tipo de naturalización es aún más permisivo que la obtención de la residencia permanente, la cual exige tres años de convivencia matrimonial.

Por su parte, los tipos de naturalización se pueden dividir en dos: aquellos donde la persona extranjera no tiene vínculo con costarricense: naturalización por residencia, de persona mayor de 25 años, nacida en el país e hija de padres extranjeros, y por domicilio no menor de veinte años; y aquellos, donde la persona extranjera sí tiene vínculo con costarricense, ya sea porque es hijo o hija: naturalización por trascendencia de alguno de los progenitores o de persona mayor de 25 años, nacida en el extranjero e hija de padre o madre costarricense por nacimiento; esta categoría también incluye a la naturalización por matrimonio.

Los requisitos que exige la Oficina de Opciones y Naturalizaciones para el segundo grupo de procedimientos, aquellos con vínculo matrimonial o en primer grado de consanguinidad (hijos/ hijas únicamente) no son tan exigentes

como los requisitos de los otros procedimientos. Es claro el interés del Estado, que se traduce en la política migratoria y en las orientaciones que rigen este tema, de beneficiar la reunificación familiar en territorio nacional, así como de promover la nacionalidad costarricense en el grupo familiar. Sin embargo, es importante considerar que para la persona solicitante de la naturalización por vínculo matrimonial con costarricense, el Estado no le exige poseer conocimientos del idioma español y de la historia del país y sus valores. Esto ha permitido el auge de matrimonios simulados con personas que no hablan el idioma español, por ejemplo casos de ciudadanos chinos[202].

Respecto a la naturalización con vínculo matrimonial es importante considerar el plazo de dos años de residencia en el país, viviendo en matrimonio. Se trata del plazo mínimo estipulado en la legislación[203] para que una persona extranjera pueda solicitar la nacionalidad costarricense. Ya que como se ha visto en los otros tipos de naturalización, el plazo que rige es el establecido en el artículo 14 de la Constitución Política de cinco años para ciudadanos de Centroamérica y España, y siete años para personas de otras nacionalidades, salvo para el caso de la residencia no menor de veinte años, que exige el plazo mayor de permanencia en el país. La solicitud de residencia permanente de una persona extranjera casada con costarricense, según el artículo 72 de la Ley General de Migración y Extranjería, requiere que durante tres años la persona solicitante se le haya otorgado la residencia temporal. Una vez más, la legislación muestra el interés de promover la nacionalidad costarricense entre las personas extranjeras que residen en el país y tienen un vínculo matrimonial con costarricense, ya ser por nacimiento o por naturalización.

En caso de que la persona solicitante de la naturalización por vínculo matrimonial con costarricense lo realice una persona con permanencia temporal, según el artículo 73 de la Ley n° 8764, ya deberá haber demostrado al menos dos veces el conocimiento recíproco entre cónyuges, ya que esto es

[202] Periódico Digital CRHoy. Periodista: Manuel Sancho. Migración detuvo a chino por matrimonio simulado. Publicado a las 19 de enero 2015. Recuperado el día 4 de febrero 2015 en: http://www.crhoy.com/migracion-detuvo-a-hombre-chino-por-matrimonio-simulado/

[203] Sin contar la residencia del menor de edad –inclusive menor de dos años- que pueda adquirir la nacionalidad por trascendencia de sus padres, sin importar el tiempo que haya residido en el país.

una exigencia para que se le otorgue la residencia temporal. No obstante, si la persona solicitante de la naturalización ya tiene la residencia permanente, el Estado, siendo que lo único que puede exigir son los dos años de inscripción del matrimonio, no está facultado legalmente para comprobar el conocimiento recíproco entre los cónyuges. Esta situación promueve el matrimonio simulado para obtener la nacionalidad, pues el Estado se queda sin alcance suficiente para verificar que no se trata de un matrimonio que cumple con los fines esenciales de vida en común, mutuo auxilio y cooperación, por tanto, de la unión que requiere la protección estatal.

En virtud del principio de soberanía, el Estado puede regular los requisitos tanto para ingresar y permanecer en el país, como para otorgar la nacionalidad costarricense. No obstante, es de interés recalcar la diferencia en el plazo, pues para personas inescrupulosas el matrimonio simulado se vuelve una opción que facilita el acceso a la nacionalidad costarricense, sin tener que pasar por el trámite de la residencia permanente.

Capítulo V: Análisis jurídico de las instituciones públicas

Marco referencial de instituciones involucradas y análisis de políticas públicas en la disminución de los efectos del matrimonio simulado

Este apartado se dedica a las diversas instituciones en Costa Rica que se encuentran involucradas en la detección del fraude matrimonial, así como de la prevención y penalización de la simulación misma, aclarando que no son su única competencia o función al respecto, pero dado que en esta investigación se interesa analizar las acciones y políticas de las instituciones públicas para lograr con ello indagar la respuesta jurídica y sancionatoria del Estado respecto del matrimonio simulado de personas extranjeras que buscan obtener la residencia o la nacionalidad costarricense, siendo así, entonces el desarrollo que se va a exponer a continuación corresponderá a destacar las diversas obligaciones, funciones y competencias que deben de ejercer cada una de estas instituciones.

El fin es conocer el papel, las políticas y competencias que le corresponde desempeñar a cada entidad, incluso de manera conjunta en el supuesto de que se tengan indicios de que puede haber en la realización de un matrimonio una simulación. Este apartado se pretende indagar mejor la tarea que desempañan dichas instituciones y averiguar si poseen o no algún proceso de supervisión, prevención o estrategias de seguimiento que se lleva a cabo cuando se realiza un matrimonio desde su primer paso, hasta su presentación en su respectivo registro; o en el caso de que un matrimonio se suponga bajo simulación, desde que se abre el correspondiente proceso de investigación hasta su respectiva sanción en caso de encontrarse una simulación efectivamente.

Estudiar en detalle si existen o no competencias y obligaciones en cada institución al buscar disminuir o mitigar los efectos del matrimonio simulado, permitirá revelar si estas acciones u funciones sustentadas en el ordenamiento costarricense y las políticas públicas de cada institución, son puestas en práctica realmente o no, ya que el fin máximo es evitar que el matrimonio simulado surja sus fraudulentos efectos.

Entre las instituciones por examinar se encuentran: la Dirección General de Migración y Extranjería, Tribunal Supremo de Elecciones, Juzgado y Tribunal Notarial, Ministerio Público, Poder Judicial, Procuraduría General de la República, y la Dirección Nacional de Notariado.

Sección I. Dirección General de Migración y Extranjería (DGME)

1. A Estatus migratorios y migración en Costa Rica

A través de la historia, Centroamérica como región ha experimentado dinámicos flujos migratorios, y en el caso específico de Costa Rica, Abelardo Morales en su artículo Flujos migratorios laborales intrarregionales, menciona que:

> Costa Rica es uno de los países con los porcentajes más altos de inmigrantes en el hemisferio (7.8 % de la población total según el censo

2000). La mayor parte de esta migración es intrarregional con motivos laborales, proveniente fundamentalmente de Nicaragua y Panamá[204].

Según el Informe de Costa Rica en cuanto a los Flujos Migratorios Laborales Intrarregionales, el país a partir de la década de los ochenta se ha convertido en un importante destino de la migración centroamericana[205]. Sin embargo es importante considerar que existe un tipo de migración, cuyas entradas y salidas pueden ser contabilizadas a través de los puestos migratorios, así como una inmigración sin documentos que no es visible en las estadísticas.

El alto porcentaje de personas migrantes en el país pone en relieve la importancia de políticas migratorias que sepan dar cobijo a las necesidades migratorias de estas personas y a lograr una efectiva compenetración de estos en la sociedad costarricense. Como se ha visto, la naturalización se convierte en la máxima potestad del Estado para permitir a la persona extranjera la mayor inserción en la sociedad costarricense y así ganar el derecho al sufragio, y en el caso que nos interesa, a que su matrimonio con una persona nacional, le permita a esta obtener una visa de ingreso, la residencia o la naturalización.

El Informe Nacional 2011 de la DGME llamado Migración e Integración en Costa Rica[206] hace un estudio sobre la incidencia de los servicios de naturalización en el país, con el objetivo de determinar "*su peso relativo en relación al total de la población inmigrante residente en el país".* El Informe concluye que la naturalización posee un bajo peso relativo en relación a la documentación estrictamente migratoria, ya que según los datos avanzados por el TSE *"entre el 2001 y 2010 un total de 16.146 personas extranjeras obtuvo la nacionalidad costarricense, lo que resultó en un promedio de naturalizaciones de 1.8% por año, en relación al total de la población inmigrante".*

[204] Tomado de Organización Internacional para las Migraciones; OIT, Costa Rica; Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Acuña González, Guillermo. Flujos migratorios laborales intrarregionales: situación actual, retos y oportunidades en Centroamérica y República Dominicana. Informe de Costa Rica. San José. 2011. p. 6.
[205] Ibídem, p. 16.
[206] San José, CR: DGME, octubre 2011. Informe Nacional 2011 de la DGME llamado Migración e Integración en Costa Rica. p. 23.

La Constitución Política en su numeral 14 establece las causales por las cuales una persona extranjera puede convertirse en nacional, gracias a la naturalización. Esto en marco del respeto al derecho de tener una nacionalidad y de cambiar su nacionalidad. Es importante la interpretación realizada por la Sala Constitucional en la resolución No. 3435-92, donde señala que:[207]

> En aras de evitar desigualdades y discriminaciones futuras que pudieran surgir al aplicarse la Carta fundamental y otros instrumentos jurídicos vigentes, cuando en la legislación se utilicen los términos „hombre‟ o „mujer‟, deberán entenderse como sinónimos al vocablo „persona‟, y con ello eliminar toda posible discriminación „legal‟ por razón de género".

Fue esta interpretación la que amplió las opciones de naturalización para los hombres extranjeros. Anteriormente, solo las mujeres extranjeras podían obtener la nacionalidad costarricense a través del matrimonio con un hombre nacional, por más de dos años. Esta regla responde al pleno ejercicio del Estado costarricense, que siempre que garantice el derecho a la nacionalidad y a cambiar la nacionalidad puede dictar las reglas que considere pertinentes. Además, se debe ligar con la letra del artículo 52 de la Constitución Política que establece la igualdad entre los cónyuges: sería contrario a esta igualdad que solo un cónyuge, por la razón arbitraria de su género, pudiera permitir la opción de naturalización por matrimonio a su cónyuge extranjero. En el caso que interesa, el inciso 5 del artículo 14 de la Constitución Política, el Estado costarricense estableció los requisitos para la naturalización relacionados con el matrimonio entre un hombre y una mujer, así como el plazo de la inscripción del matrimonio y la residencia en el país. Por interpretación de la Sala Constitucional, la persona extranjera que se encuentre casada con una persona nacional y viviendo en el país por un plazo de dos años, podrá solicitar la naturalización.

Indica el Informe Migración e Integración en Costa Rica de DGME que:

> …la evolución anual del número de estas concesiones de nacionalidad costarricense se ha mantenido creciente año a año a lo largo de la década pasada, con un repunte importante a partir del año 2005. Los

[207] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número 3435-1992 de las 16:20 horas, del día 11 de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

años 2002 y 2005 presentaron únicas excepciones con una disminución del número de otorgamientos en un 30 % y 10 % respectivamente[208].

Señala un aumento del 226% en las naturalizaciones en la década del 2001 al 2010, "con un aumento substancial en los años 2009 y 2010 con un incremento de otorgamiento del 33%[209]".

I.B Sobre la Dirección General de Migración y Extranjería

La institución estatal encargada de todo lo relativo a las políticas migratorias, es la Dirección General de Migración y Extranjería (DGME), cuya Ley n° 8764, establece que será esta la encargada de determinar "*las condiciones para el ingreso de personas no residentes al país*". Propiamente, se encuentra regulada a partir del artículo 12, que la define como "*un órgano de desconcentración mínima adscrito al Ministerio de Gobernación y Policía*". Su principal función es la de ejecutar la política migratoria que dicte el Poder Ejecutivo. En el artículo 13 se regulan las principales funciones, entre las que destacan:

-Regular el ingreso, permanencia y egreso legal de las personas extranjeras al país (inciso 1).

-Rechazar las solicitudes de ingreso de personas extranjeras (inciso 2).

-Impedir el ingreso o egreso de personas extranjeras cuando exista algún impedimento (inciso 9).

-Declarar ilegal el ingreso o permanencia (inciso 16).

-Cancelar la permanencia legal de personas extranjeras en el país (inciso 17).

-Otorgar documentos migratorios (inciso 24).

Como se puede ver, es obligación de la DGME la facultad de emitir directrices o circulares que busquen una uniforme y eficiente ejecución de la política migratoria del Estado costarricense. A partir del artículo 9 se regula el Consejo Nacional de Migración como un órgano asesor del Poder Ejecutivo y de la Dirección General de Migración y Extranjería. Dentro de sus funciones se encuentra hacer recomendaciones sobre la política migratoria al Poder Ejecutivo (artículo 11.1).

[208] Ibídem, p. 23.
[209] Ibídem.

La Ley General de Migración y Extranjería n° 8764 define los lineamientos en materia migratoria del país. En el artículo primero establece que "*regula el ingreso, la permanencia y el egreso de las personas extranjeras al territorio de la República, con fundamento en lo establecido en la Constitución Política, los tratados y los convenios internacionales*".

Interesa destacar que la materia migratoria es de interés público[210] y que compete al Poder Ejecutivo, a través de la Dirección General de Migración y Extranjería, determinar la política migratoria del país, así como regular la integración de las personas extranjeras en el país[211].

Organización

Las autoridades migratorias reguladoras según la Ley n° 8764 son:

-Consejo Nacional de Migración, regulado a partir del artículo 9 de la Ley 8764: creado como un órgano asesor del Poder Ejecutivo, del Ministerio de Gobernación y Policía y de la DGME, cuya principal función recomendar la política migratoria y las medidas y acciones necesarias para su ejecución (artículo 11).

-Dirección General de Migración y Extranjería: se trata de un órgano de desconcentración mínima adscrito al Ministerio de Gobernación y Policía y encargado de ejecutar la política migratoria que dicte el Poder Ejecutivo[212].

El artículo 13 señala las funciones de la DGME, se destacan las siguientes por estar ampliamente relacionadas con el tema en estudio:

· Autorizar, denegar y fiscalizar el ingreso, la permanencia y el egreso legal de las personas extranjeras al país. Para dicho efecto, emitirá las directrices generales de visas de ingreso correspondientes (inciso 1).

· Rechazar, en forma razonada, las solicitudes de ingreso de las personas extranjeras que no cumplan con los requisitos exigidos (inciso 2).

· Crear y mantener actualizado un registro general de las personas extranjeras que cuenten con autorización para la permanencia legal en el país (inciso 4).

[210] Artículo 2: "Declárase la materia migratoria de interés público para el desarrollo del país, sus instituciones y la seguridad pública".
[211] Artículo 5.
[212] Artículo 12.

· Inspeccionar los lugares de trabajo y alojamiento, excepcionalmente y cuando exista causa justificada, a fin de verificar el cumplimiento de la presente Ley y su Reglamento (inciso 7).

· Impedir el ingreso o egreso de personas extranjeras, o el egreso de nacionales, cuando exista algún impedimento o incumplan los requisitos establecidos al efecto por la legislación vigente (inciso 9).

· Aprobar los cambios de categorías y subcategorías migratorias, y otorgar las prórrogas de permanencia de conformidad con la presente Ley (inciso 15)

· Declarar ilegal el ingreso o la permanencia de personas extranjeras en el país (inciso 16).

· Cancelar, mediante resolución razonada, la permanencia legal de personas extranjeras en el país, cumpliendo las normas del debido proceso. Asimismo, dictar tal declaratoria cuando se constate la vinculación de personas extranjeras a la comisión de hechos delictivos de naturaleza dolosa (inciso 17)

· Otorgar documentos migratorios a las personas nacionales y extranjeras (inciso 23).

· Coordinar, con las demás autoridades públicas, las acciones que garanticen la aplicación de la presente Ley y su Reglamento (inciso 25).

· Presentar ante la Comisión de Visas Restringidas y de Refugio las solicitudes de dicha condición (inciso 26).

· Comunicar las resoluciones de la Comisión de Visas Restringidas y Refugio (inciso 27).

La Policía Profesional de Migración y Extranjería es un cuerpo especializado de la Fuerza Pública, adscrito a la DGME y regido por la Ley General de Policía n° 7410. Se encuentra regulado a partir del artículo 15 de la Ley nº 8764 y cuenta con competencia específica para "*controlar y vigilar el ingreso de personas al territorio nacional, o el egreso de él, así como la permanencia y las actividades que en el territorio llevan a cabo las personas extranjeras*".

El artículo 18 establece las funciones de esta policía:

· Realizar, con pleno respeto a los derechos humanos, el control migratorio durante el ingreso de personas al territorio nacional y su egreso de él, así como sobre las actividades de las personas extranjeras que habitan en el país, verificando el cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley; asimismo, realizar investigaciones sobre los delitos de tráfico y trata de personas, así como de cualquier otra

infracción de naturaleza migratoria como órgano auxiliar del Ministerio Público (inciso 2).

· Entrevistar a los presuntos infractores de esta Ley y hacer constar sus manifestaciones, así como permitirles la comunicación con sus representantes legales o sus familiares (inciso 11).

Realizar investigaciones en el campo migratorio, contra la corrupción y la criminalidad organizada transnacional (inciso 26).

En cuanto al matrimonio simulado, la Policía Profesional de Migración y Extranjería en la realización y cumplimiento de sus funciones como vigilante, investiga y hace revisiones en los domicilios de las personas extranjeras que solicitaron la Visa por Reunificación Familiar, cuando fingen que poseen algún parentesco o vínculo afectivo tales como el de cónyuges entre sí. De ahí que contraigan nupcias en el exterior con pareja costarricense, y luego la pareja costarricense solicitará a la DGME en la Oficina de Subprocesos de Visas que se le permita que su cónyuge extranjero pueda visitarla y obtener así la residencia permanente. Por lo que una vez aprobada la Visa se le da un seguimiento por parte de la Policía para la comprobación de su materialidad. El artículo 15 del Reglamento de Organización y Servicio de la Policía Especial de Migración, indica que esta Policía, tiene la facultad de investigar a las personas extranjeras que presenten solicitudes de residencia o de permiso temporal de residencia. Y el propósito de esto consiste en:

> …verificar la existencia real de las condiciones o afirmaciones planteadas en la gestión (…). En caso contrario y en aplicación del artículo 98 de la Ley de Migración, el Jefe o Subjefe de este cuerpo policial, presentará la denuncia ante la autoridad judicial competente[213].

Por lo que dicha Policía se encarga bajo las facultades y competencias que se les otorga DGME ya arriba mencionadas de investigar y visitar los domicilios de dichas parejas y realizar revisiones con el fin de comprobar la materialidad del vínculo, que estén efectivamente conviviendo. Cuando estos oficiales logran detectar que no conviven, que no poseen indicios que los vincule como pareja, pero no limitados a la ubicación de ropa, calzado tanto de hombre como de mujer, fotos de pareja, utensilios de uso personal y de aseo de cada uno, así como demás objetos y aspectos que generen indicios de que realmente viven en pareja, como deudas o créditos comunes, redes sociales, llamadas

[213]Artículo 16. Reglamento de Organización y Servicio de la Policía Especial de Migración

telefónicas, les corresponde levantar un acta de informe acerca de lo que lograron evidenciar y lo comunicarán al Ministerio Público para abrir un proceso de investigación de simulación.

Además como ayuda a la Policía Migratoria, la Ley n° 8764 crea la Unidad Policial de Apoyo Profesional[214], adscrita a la Policía Profesional de Migración y Extranjería y bajo el mando de la DGME. Sus funciones se refieren a *"brindar apoyo y asesoramiento a la Policía Profesional de Migración y Extranjería"*, ya sea con criterios técnicos, recomendaciones legales y capacitación, de suma utilidad para el seguimiento y fiscalización del ingreso, permanencia y egreso legal de las personas extranjeras al país.

Trámites migratorios: visas de ingreso y residencia

Un aspecto de suma importancia a la hora de analizar los trámites migratorios, es la obligación del "*aseguramiento a la seguridad social por parte de las personas migrantes*", como lo establece el artículo 7, inciso 7 de la Ley 8764:

> La tramitación de toda gestión migratoria deberá garantizar el aseguramiento a la seguridad social por parte de las personas migrantes. Tal garantía obligará a que todo trámite migratorio deba contemplar, como uno de sus requisitos básicos, contar con los seguros que brinda la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS).

I.B. Visas de ingreso

La Ley General de Migración y Extranjería establece a la DGME como la encargada de ejercer el control migratorio de ingreso y egreso del territorio nacional[215]. Además, se establece que el ingreso no será permitido a las personas extranjeras cuando no reúnan los requisitos legales[216]. El artículo 46 de la citada ley, define el concepto de visa de la siguiente manera:

> La visa constituye una autorización de ingreso al territorio nacional extendida por el director general o el agente consular, cuando lo autorice el primero, o cuando así lo permitan las directrices generales para el otorgamiento de visas de ingreso. Del presente régimen se exceptúa el

[214]Artículo 19.
[215]Artículo 35 de la Ley General de Migración y Extranjería.
[216] Artículo 44 de la Ley General de Migración y Extranjería.

> otorgamiento de visas diplomáticas y oficiales. En casos excepcionales, el director de Migración podrá conceder visas, sin que para esos efectos sean vinculantes las directrices generales de visas de ingreso y permanencia para no residentes; en este caso, deberá fundamentar y razonar debidamente su decisión.

Además, el artículo 55 establece que:

> La visa implica una mera expectativa de derecho, no supone la admisión incondicional de la persona extranjera al país ni la autorización de permanencia pretendida; estará supeditada a un depósito de garantía, en los casos que corresponda según la presente Ley y su Reglamento, así como al control migratorio que el funcionario competente realice para verificar el cumplimiento de todos los requisitos legales y reglamentarios exigidos para el ingreso.

Según el numeral 47, la DGME debe establecer las directrices generales de visas de ingreso y permanencia para no residentes, para personas extranjeras provenientes de determinados países, considerando la normativa internacional vigente y las razones de seguridad, conveniencia u oportunidad para el Estado costarricense[217]. La Circular DG-0009-02-2014 Directrices generales de Visas de Ingreso para personas no residentes emitida por la DGME el día 25 de febrero de 2014 establece los lineamientos del ingreso de extranjeros al país. Esta directriz resulta fundamental para conocer los requerimientos de ingreso (visas) a personas según la zona geográfica de procedencia. Esta Circular estipula cuatro grupos en los que se conglomeran personas de distintas nacionalidades según se exija la existencia de una visa que permita el ingreso; y establece una serie de excepciones de ingreso para los nacionales de países con acceso supeditado al otorgamiento de una visa.

El primer grupo de personas nacionales de los países señalados requieren de un pasaporte con una vigencia mayor de un día y sin necesidad de Visa Consular, se encuentran autorizadas para ingresar al país y permanecer en él bajo la categoría migratoria de no residente por un plazo inferior a los noventa días[218]. En el segundo grupo se establecen las personas extranjeras autorizadas para ingresar al país y permanecer en él bajo la condición migratoria no residente por un plazo inferior a noventa días, siempre y cuando

[217] Artículo 47 de la Ley General de Migración y Extranjería.

[218] Los países del primer grupo son: Alemania, Andorra, Argentina, Australia, Austria, Bahamas, Barbados, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Canadá, Croacia, Chile, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, entre otros.

su pasaporte tenga una vigencia de tres meses[219]. A las personas extranjeras de países contemplados en el tercer grupo se les exige la Visa Consular, así como un pasaporte con una vigencia superior a seis meses para el ingreso y permanencia en el país bajo la categoría migratoria de no residente por un plazo inferior a los noventa días[220].

En el cuarto grupo se establecen los países, cuyos nacionales requieren una Visa Restringida autorizada por la Comisión de Visas Restringidas de la DGME. Además, se requiere que el pasaporte tenga una vigencia de seis meses. Al igual que en las anteriores, el ingreso y la permanencia en el país será bajo la condición migratoria de no residente y por un plazo inferior a los noventa días[221]. Dicha Circular contiene un apartado de excepciones donde establece diversas condiciones que permiten a las personas nacionales de los países ubicados en el Tercer y Cuarto Grupo puedan prescindir del proceso de las visas consulares o restringidas.

Visa de ingreso: reunificación familiar

El artículo segundo del Reglamento para el Otorgamiento de Visas de Ingreso a Costa Rica[222], define la Visa para Reunificación Familiar de la siguiente manera:

> ***Es el permiso de ingreso a territorio nacional que permite la reagrupación de los miembros de una familia que tengan vínculo en primer grado de consanguinidad*** *de conformidad con lo estipulado en los artículos 78 inciso 2 y 79 inciso 1) de la Ley General de Migración y Extranjería Ley 8764*. (El resaltado es propio, no del original).

El artículo 78 en el inciso 2 establece que son las personas extranjeras familiares de ciudadano nacional en primer grado de consanguineidad[223], quienes pueden solicitar la visa para la reunificación familiar y la categoría migratoria de residente permanente. El inciso 1 del artículo 79 se refiere a la

[219]Países del segundo grupo: Antigua y Barbuda, Belice, Bolivia, Dominica, El Salvador, Federación Rusa, Fiyi, Granada, Guatemala, Guyana, Honduras, Venezuela, entre otras.
[220] Países del tercer grupo: Albania, Angola, Arabia Saudí, Argelia, Armenia, Colombia, Ecuador, Egipto, Perú, Nicaragua, República Popular China, República Dominicana, entre otros.
[221] Países del Cuarto Grupo: Afganistán, Cuba, Haití, Jamaica, entre otras.
[222]Poder Ejecutivo. Decreto Ejecutivo No. 36626 del 23 de mayo del 2011.
[223] Artículo 78 inciso 2. "La persona extranjera con parentesco de primer grado por consanguinidad con ciudadano costarricense; se entenderán como tales a los padres, los hijos menores o mayores con discapacidad y los hermanos menores de edad o mayores con discapacidad".

posibilidad de ingreso al país del cónyuge de un ciudadano nacional. La resolución número 116-F-S1-2010 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia[224] establece cuándo es viable realizar la solicitud por reunificación familiar. Inclusive la Sala Primera considera que el vínculo no es necesariamente con una persona nacional, también incluye a personas extranjeras que tengan su condición migratoria regular como residentes:

> *Una de las modalidades mediante las cuales se puede realizar esta solicitud es por reunificación familiar, esto es, cuando un extranjero ha contraído matrimonio con un residente o cuando exista un vínculo familiar con este*.

El artículo 110 del Reglamento para el Otorgamiento de Visas de Ingreso a Costa Rica establece que la visa de ingreso por reunificación familiar debe ser solicitada por la persona extranjera que se encuentre casada con un ciudadano nacional o con un residente. El Tribunal Contencioso Administrativo en resolución número 2333-2010[225], define la reunificación familiar de la siguiente forma:

> **Cuando la solicitud de ingreso y permanencia del extranjero se realice en virtud de su vínculo con ciudadano costarricense**, entendiendo como tal es el cónyuge, los hijos, los padres y los hermanos solteros, incluso puede optarse por la categoría migratoria de residente permanente, tal y como lo regula el canon 73 de la misma Ley. (El resaltado es propio, no del original).

El análisis de la reunificación familiar implica considerar la protección al matrimonio, como base esencial de la familia, que se consagra en el artículo 52 de la Constitución Política, pues es una preocupación del Estado garantizar la efectiva protección del instituto de la familia y por ende, promover que los miembros de una familia puedan estar reunidos en un mismo país y así fortalecer sus lazos familiares. Interesa analizar lo que ha dicho la Sala Constitucional en la resolución número 2007-05813[226]. A saber:

> **…ninguna política pública, instrumento legal o reglamentario, o en general actuación administrativa activa u omisa puede propender a**

[224] Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número 116-F-S1-2010 de las nueve horas del veintidós de enero de dos mil diez.
[225] Tribunal Contencioso Administrativo. Resolución número 2333-2010 de las diez horas treinta minutos del veintiuno de junio de dos mil diez.
[226] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número 2007-05813 de las diez horas con treinta y siete minutos del veintisiete de abril de dos mil siete.

> **la desintegración o desmembración de la familia como base esencial de la sociedad,** puesto que, de lo contario se transgrediría, palmariamente, lo que el Título V de nuestra Carta Política consagra como un Derecho y una Garantía Social y que, de por sí, constituye un valor constitucional que debe orientar la libertad de configuración legislativa y la función o gestión administrativa. **Resulta lógico que tanto nacionales como extranjeros que se encuentran en nuestro territorio, tienen el derecho a gozar de la protección especial, por parte del Estado Costarricense, de la familia como célula básica y de contar con todos los instrumentos reaccionales para impugnar cualquier actuación formal o material de los poderes públicos tendentes a enervar ese derecho fundamental el que,** por esa sola condición, debe tener una eficacia directa e inmediata y una vinculación más fuerte (…) Con base en lo expuesto, se puede afirmar que parte del contenido esencial del derecho a la unidad familiar radica en la protección del individuo frente a la acción arbitraria de las autoridades públicas (…) así como también, en el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos, que (…) constituye un elemento fundamental en la vida en familia; y que aun cuando los padres estén separados de sus hijos la convivencia familiar debe estar garantizada. (El resaltado es propio, no del original).

La Visa de Reunificación Familiar otorgada por la DGME debe ser vista como un instrumento estatal para garantizar la convivencia entre los miembros de la familia y, por ende, proteger a la familia. Se trata de un mecanismo con el que cuentan todas las personas, sin importar su nacionalidad, para tener una convivencia familiar cuando los miembros de la familia no pertenezcan al mismo Estado. Cabe destacar, que la Visa de Reunificación Familiar es el primer paso que muchas personas, tanto nacionales como extranjeras, utilizan para burlar el sistema migratorio. Puesto que la persona extranjera al contraer matrimonio con una persona nacional, solicita la visa de reunificación familiar para ingresar al país, además puede solicitar dicha visa para otras personas, como sus hijos u otros familiares, que amparados en su relación con un ciudadano costarricense, deberá otorgárseles la visa.

El Tribunal Contencioso Administrativo en la resolución 2333-2010 aclara que el derecho a la Reunificación Familiar no tienen un goce y ejercicio irrestrictos, sino que *"…puede ser sometido a límites o limitaciones razonables y proporcionadas, lo que implica, que dichas restricciones a su ejercicio y disfrute, no pueden hacer nugatorio el contenido esencial de aquellos*.

Al igual que otros derechos estudiados, como el derecho a contraer matrimonio y contar con una nacionalidad, no debe entenderse el derecho a la unión familiar como irrestricto, pues su ejercicio implica la regulación estatal en el sentido de que se deben cumplir requisitos migratorios para permitir el ingreso de los miembros de la familia que no se encuentren en el territorio nacional, dentro del marco legal permitido. El Estado puede establecer límites y requerimientos a las solicitudes de Visas de Reunificación Familiar. Estos requisitos no pueden afectar el ejercicio del derecho ni su contenido esencial.

El Reglamento para el Otorgamiento de Visas de Ingreso a Costa Rica a partir del artículo 109 regula el tema de la visa de reunificación familiar. Esta visa de ingreso es considerada el primer paso para solicitar la residencia permanente según el artículo 111. En cuanto al tema que interesa, el artículo 113 de dicho Reglamento establece que las solicitudes de visa por reunificación familiar que estén fundamentadas en matrimonios simulados para obtener la nacionalidad costarricense de previo están denegadas:

> *En caso de que se determine que un matrimonio entre una persona extranjera y una costarricense, fue constituido con la intención de obtener la visa de ingreso y en consecuencia la residencia en Costa Rica, se procederá a la denegatoria de la solicitud. La denegatoria de visa no tiene recurso alguno según lo mencionado en el artículo 17 del presente reglamento*.

Es claro que el objetivo del artículo es ponerle un alto, vía reglamentaria, a las uniones matrimoniales, cuyo único objetivo es lograr el ingreso al país y la residencia para una persona extranjera, sin que interese el cumplimiento de los fines del matrimonio. El artículo no aclara bajo cuáles circunstancias es posible determinar que un matrimonio "*fue constituido con la intención de obtener la visa de ingreso y en consecuencia la residencia en Costa Rica*". Sin embargo, en virtud del análisis integral del ordenamiento jurídico costarricense es importante considerar que esta determinación debe hacerse en el marco de un debido proceso, que implique una investigación de los hechos para determinar el objetivo del matrimonio. En este tema es importante considerar el derecho de toda persona a contraer matrimonio, como parte del ejercicio de su voluntad. Por lo que resulta fundamental que la injerencia estatal no afecte este derecho

ni trate discriminatoriamente a las personas extranjeras que contraen matrimonio con nacional.

La protección del instituto del matrimonio, como base esencial de la familia, con características y fines establecidos por la ley y la Constitución Política no puede constituirse en un pilar de persecución de los matrimonios entre nacionales y extranjeros. Por lo tanto, no es posible, tanto por razones de derechos humanos como por capacidad estatal, que todos los matrimonios entre un nacional y un extranjero sean vistos con la intención de burlar el sistema migratorio y obtener por la vía rápida el ingreso al país, la residencia o la naturalización. Como se ha estudiado, la legislación de familia establece que el matrimonio que no cumpla con los fines esenciales de auxilio mutuo, vida en común y cooperación, sino que busque beneficios migratorios debe ser declarado nulo o inexistente, ya sea en la jurisdicción de familia mediante el proceso abreviado de nulidad del matrimonio, según el análisis de cada caso concreto se declara la nulidad o la inexistencia. Además, en materia penal, al comprobarse la comisión de un delito de falsedad ideológica, la sentencia penal declara nula la escritura de matrimonio, se ordenará que el acto sea suprimido y se hagan las rectificaciones registrales que corresponda, con lo que se tendrán por canceladas la inscripción registral, así como el estatus migratorio y las naturalizaciones otorgadas, que sean consecuencia del matrimonio simulado.

Esta consideración implica que DGME a la hora de aplicar el artículo 113 del Reglamento debe denegar la visa cuando existan suficientes elementos de prueba para determinar que el objetivo del matrimonio es únicamente la aprobación de la solicitud de ingreso al país. Aunado a esto, DGME no tiene la potestad para determinar si un matrimonio, que fue debidamente inscrito en el Registro Civil, cumple con los fines establecidos en el Código de Familia, puesto que esta determinación es potestad únicamente del Poder Judicial. Es decir, ningún acto de la DGME puede declarar nulo o inexistente un matrimonio, puesto que esto solo puede hacerse mediante sentencia fundamentada. Por lo tanto, es obligación de la DGME denegar la solicitud de Visa por Reunificación Familiar, así como la solicitud de residencia, que haga

una persona extranjera cuyo matrimonio fue declarado nulo o inexistente mediante resolución judicial.

Esto implica un trabajo de coordinación y comunicación entre el Poder Judicial y la DGME, para realizar un control cruzado y evitar que la tardanza de la comunicación incurra en el otorgamiento de una visa o de una residencia, a pesar de que incumplía los requisitos. Sin embargo, este análisis no desacredita las facultades que tiene DGME para investigar y determinar, por sus propios medios, si el matrimonio cumple con los fines, en especial, con el conocimiento recíproco entre los cónyuges. Esto se encuentra ampliamente relacionado con el artículo 73 de la Ley n° 8764:

> **De solicitarse el ingreso o la permanencia** de una persona extranjera, en razón de matrimonio con una persona costarricense, **deberá demostrarse**, obligatoria y fehacientemente, **el conocimiento recíproco entre ambos contrayentes**; para la renovación de dicho estatus deberá acreditarse, en los mismos términos, la convivencia conyugal. Además, en caso de solicitar residencia, dicho matrimonio deberá estar debidamente inscrito ante el Registro Civil de Costa Rica. Los derechos obtenidos bajo la regularización de la permanencia de la persona extranjera en territorio nacional serán otorgados con carácter condicionado y temporal por un lapso de un año, y para su renovación se deberá acreditar, año a año, la convivencia conyugal; después de tres años consecutivos, tal acreditación, otorgará acceso permanente a la condición de residente por parte del cónyuge extranjero. El incumplimiento de dicho requisito acarreará la orden de expulsión del extranjero del territorio costarricense". (El resaltado es propio, no del original).

Como bien indica la ley y la construcción del derecho del *ius connubi*, el Estado puede establecer los requisitos que considere convenientes para regular el ingreso y permanencia de personas extranjeras en el país. Es necesario hacer una lectura integral de las distintas normas para establecer que la DGME está en la obligación de verificar que la persona solicitante de la visa o de la residencia demostró la convivencia conyugal.

Tiene la DGME los mecanismos para verificar este conocimiento recíproco y convivencia entre cónyuges para fundamentar la decisión de si otorga o deniega la solicitud, mediante la recepción de prueba documental y testimonial. En especial interesa demostrar que la persona nacional cuenta con la solvencia económica suficiente para garantizar una calidad de vida decente a su pareja.

Se destaca que el derecho a la reunificación familiar no depende de la nacionalidad de la persona, sino que está fundamentado en la dignidad de todo sujeto, sin distingo de procedencia o cualquier otra condición. Por lo que el Estado costarricense debe garantizar que la Visa de Reunificación Familiar sea solicitada por verdaderos parientes y familiares, con el objetivo de promover la unión familiar, puesto que de esta manera es como mejor se protege al matrimonio, a la familia y a la sociedad. El artículo 5 del Reglamento para el Otorgamiento de Visas de Ingreso a Costa Rica establece las personas facultadas para otorgar visas, interesa la Comisión de Visas Restringidas, para los casos de personas que son nacionales de países que requieren visa del tercer o cuarto grupo. Esto porque por cuanto las estadísticas nacionales muestran que la mayoría de visas de reunificación familiar otorgadas son para personas nacionales de los países con visa restringida, para que esto sea debidamente inspeccionado por la Unidad de Visas.

A partir del artículo 16 del mencionado Reglamento, se regula el proceso administrativo para solicitar la visa de reunificación familiar ante la Comisión de Visas Restringidas. Cuando la solicitud presentada por el pariente nacional, no cumpla con los requisitos establecidos la Unidad de Visas podrá prevenir para que aporte los requisitos, mediante una resolución administrativa en donde se indique expresamente "*los requisitos faltantes, los motivos que fundamentan su presentación y el plazo*".

Sobre la solvencia económica

El Reglamento para el Otorgamiento de Visas de Ingreso a Costa Rica a partir del Capítulo Décimo Tercero, *De la demostración de la solvencia económica*, establece la obligación de la persona solicitante de una visa por reunificación familiar de "*demostrar la capacidad económica para mantener a su familia en Costa Rica*". Constituye un deber de los solicitantes de visa demostrar liquidez, porque el Estado costarricense debe garantizar que tanto la persona nacional como la extranjera tengan la posibilidad de subsistencia en suelo nacional. Además se trata de evitar el tráfico de personas. Se procura corroborar si la persona cuenta con los recursos suficientes para subsistir en el país durante el plazo de su estadía.

La solvencia económica del solicitante de la visa de reunificación familiar es un tema que se ha discutido con anterioridad en los juzgados, pues antes del Reglamento para el Otorgamiento de Visas de Ingreso a Costa Rica, que entró en vigencia el 20 de junio del año 2011, no estaba establecido en la ley como requisito. Hubo discusiones acerca de la competencia discrecional de la DGME para solicitar la presentación de pruebas que demostraran la solvencia económica. La Sala Constitucional había indicado que no es inconstitucional que la Administración Pública determine las pruebas que requiera para efectuar una investigación. También se discutió sobre el sujeto que debía acreditar la solvencia económica, ya sea la persona extranjera que vivirá en el país, o la persona nacional. La resolución de la Sala Primera n° 804-2010[227] analiza la exigencia de acreditar la solvencia económica para efectos del otorgamiento de las visas restringidas por reunificación familiar. En esta sentencia, se establece que la obligación de demostrar la solvencia económica le corresponde al solicitante extranjero; sin embargo, en el caso de matrimonios y visas de reunificación familiar por cumplimiento del principio de auxilio mutuo, cualquiera, ya sea el cónyuge nacional como el residente o el cónyuge extranjero, pueden demostrar la solvencia:

> En relación con el requisito de la solvencia económica, no cabe duda que en virtud del auxilio mutuo que debe existir entre la pareja, esta puede ser acreditada por cualquiera de los consortes, al margen de quién presente la solicitud ante la Dirección. Dicho de otro modo, lo relevante es demostrar que cuentan con recursos suficientes para su subsistencia, independientemente de cuál de los dos los provea, siempre que lo logren comprobar ante la autoridad administrativa competente para conocer las solicitudes de visa.

Es importante considerar el principio de Reserva de Ley que establece que en materia de Derechos Humanos, como es el asunto migratorio, solo la ley puede establecer limitaciones a los derechos; por lo tanto, exigencias en reglamentos que no estén fundamentadas en una ley no son válidas. La Ley n° 8764, vigente desde el 1 de marzo del año 2010 establece en el artículo 42 la obligación de las personas extranjeras de comprobar que cuentan "*personalmente con los recursos económicos para subsistir en el país*".

[227]Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n° 804-2010 de las trece horas cincuenta minutos del cinco de junio de dos mil diez.

Además, el Reglamento para el Otorgamiento de Visas de Ingreso a Costa Rica establece en el artículo 217 como requisito obligatorio para autorizar visas por reunificación familiar que se compruebe la solvencia económica de la persona que solicita, ya sea la persona extranjera o la nacional, para sustentar la permanencia en el país del solicitado. El artículo 218 reitera la obligación que puede tener tanto la persona extranjera como la nacional de demostrar su capacidad económica.

La solvencia económica puede ser demostrada por prueba documental establecida en el artículo 218 del Reglamento, en el que se encuentra por ejemplo: aportar los certificados del Registro Público de la Propiedad para acreditar la posesión de bienes muebles o inmuebles, aportar estados de cuentas bancarias de los últimos tres meses, la orden patronal vigente, facturas y contratos, patentes. Además el artículo 219 considera que las declaraciones juradas y el dinero en efectivo no pueden considerarse prueba. Acreditar la solvencia económica de la persona solicitante es un requisito necesario tanto para la solicitud de visa, como para la solicitud de residencia, ya sea temporal o permanente.

I.C Residencia temporal y permanente

La DGME es la institución encargada de controlar la permanencia de personas extranjeras en el territorio nacional, para esto posee una serie de facultades que le permiten llevar un control de estas personas y otorgarles distintas categorías migratorias. En primer lugar, se establece que el ingreso al país por parte de personas extranjeras se establecen tres criterios: visa restringida, visa consular e ingreso sin visa en el artículo 3 de la Ley n° 8764. Sin importar cuál fue el criterio de ingreso, si la persona extranjera cumple los requisitos establecidos en la ley entonces puede solicitar la residencia temporal o permanente, que le permita hacer del país su centro de intereses económicos y sociales.

El artículo 66 de la Ley n° 8764 define permanencia legal como *"la autorización para permanecer en el país, emitida por la Dirección General, según las categorías migratorias, los requisitos y los procedimientos*

establecidos en la presente Ley y su Reglamento". Esta definición se encuentra fundamentada en la potestad estatal de decidir quién puede permanecer en el país en virtud del derecho a la soberanía. El Estado costarricense debe respetar una serie de derechos fundamentales de la persona a la hora de establecer los requerimientos para la permanencia en el país; sin embargo, también puede establecer criterios de rechazo o requisitos según "*los presupuestos de seguridad pública, desarrollo económico y social del país*", como indica el artículo 67 de dicha legislación.

Al tratarse de materia de derechos humanos, este tema debe ser regulado por la ley; en Costa Rica se regula a partir del artículo 66 de la Ley n° 8764. Se entiende como la potestad del Estado costarricense de permitir el ingreso de personas extranjeras al territorio nacional. La página web de la DGME[228] explica que en Costa Rica existen dos tipos de residencias: permanente y temporal. *"La residencia permanente es una condición migratoria que le permite, a la persona que la obtiene, permanecer en el país de manera indefinida y con libertad laboral*".

Además, el artículo 5 del Reglamento de Control Migratorio, define residente permanente como "*Persona extranjera a quien la Dirección General le otorgue una autorización de permanencia por un tiempo indefinido".* Esta categoría migratoria la pueden solicitar todas aquellas personas extranjeras que tienen vínculo con costarricense, ya sea: padre, madre, hijo, hija menor de edad o mayor con discapacidad, hermanos menores o mayores con discapacidad. También aquellas personas que han ostentado por tres años consecutivos una residencia temporal, esta opción es la que permite a los cónyuges extranjeros obtener la residencia permanente después de tres años de matrimonio y de comprobada convivencia conyugal por parte de la DGME.

Por otro lado, la residencia temporal se diferencia de la permanente en la cantidad de tiempo que permite permanecer en el país, sin realizar renovaciones o comprobaciones. "*La residencia temporal es una autorización*

[228]Información recuperado el 1 de abril de 2015 en página web de DGME: http://www.migracion.go.cr/extranjeros/residencias.html#HERMES_TABS_3_4

de permanencia temporal en Costa Rica generalmente relacionada con una situación laboral profesional".

El artículo 5 del Reglamento de Control migratorio define residente temporal como aquella "*Persona extranjera a quien la Dirección General le otorgue una autorización de permanencia por un tiempo definido*". La residencia temporal posee varios criterios de otorgamiento, por ejemplo: la residencia temporal como inversionista, como deportista, como corresponsal y personal de agencia de prensa y como persona religiosa. Además, de la residencia por estar casado o casada con costarricense. El artículo 79 de la Ley n° 8764 establece que la autorización de ingreso y permanencia temporal para estas personas, será por tiempo definido: superior a noventa días y hasta por dos años, prorrogable en igual tanto. El artículo 73 regula específicamente la permanencia temporal por vínculo matrimonial y establece un plazo definido de un año, prorrogable por el mismo tiempo, siempre que se cumpla la verificación de que continúa casado. En lo que interesa, el artículo 68 inciso 1 faculta a los cónyuges de la persona extranjera para gestionar la solicitud de residencia. Es de fundamental análisis el artículo 73 de esta ley, pues regula expresamente el tema de la permanencia (o ingreso) de una persona extranjera en razón de matrimonio con costarricense, debidamente inscrito en el Registro Civil. Este artículo establece la demostración, obligatoria y fehaciente, del conocimiento recíproco entre ambos cónyuges.

Además, establece la constante obligación de acreditar para cada solicitud de renovación la convivencia conyugal. El vínculo matrimonial entre una persona extranjera y otra nacional, permite a la extranjera el ingreso al país, así como la permanencia temporal por un lapso de un año. Después de tres años de matrimonio y de residencia temporal en el país, la persona extranjera podría solicitar la condición de residente permanente. Esto implica que durante tres años, la persona extranjera para renovar su condición de residente temporal, debió demostrar la unión matrimonial verdadera cada año.

En este apartado es fundamental considerar el derecho humano a contraer matrimonio, esto porque toda persona tiene el derecho a contraer matrimonio sin límite de edad; esto significa que tampoco se puede obligar a una persona a

permanecer casada, si ya no lo desea. En Costa Rica, esta discusión implicó el divorcio por mutuo consentimiento y la abolición de la norma que exigía determinado plazo de matrimonio como requisito para el divorcio por mutuo consentimiento.

Considerando lo anterior, así como la generalidad de la ley que tan solo indica que el matrimonio debe estar inscrito en el Registro Civil y que se demuestre la convivencia conyugal, es válido considerar que en caso de solicitar una renovación de la permanencia temporal no se esté casado con la misma persona. La ley no exige que el matrimonio sea con la misma persona. Su exigencia es que la persona extranjera haya comprobado durante tres años la convivencia conyugal, con quien quiera que sea su cónyuge, que debe ser costarricense por nacimiento o naturalización. El Estado costarricense busca proteger a la familia y al matrimonio.

Además cuando se trata del tema migratorio debe asegurarse de que las regulaciones establecidas en virtud del principio de soberanía y derecho a la nacionalidad, sean cumplidas y que no se utilicen medios fraudulentos para facilitar la obtención de determinado estatus migratorio. En este sentido, las exigencias del artículo 73 de la Ley n° 8764 en cuanto a la necesaria comprobación del conocimiento recíproco entre ambos contrayentes lo que busca es garantizar que dicha unión matrimonial es verdadera y cumple con los fines del matrimonio: la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio.

Dado que en Costa Rica la nacionalidad y la residencia (tanto temporal como permanente) puede ser obtenida en virtud de comprobar el vínculo matrimonio con ciudadano costarricense, la ley establece una serie de regulaciones que busca garantizar que este tipo de obtención de nacionalidad o residencia sea cumplido según la ley, por lo tanto que exista un verdadero matrimonio y una intención real de reunificar a la familia. Si la persona extranjera solicitante de una visa de ingreso, una solicitud de permanencia o de la nacionalidad costarricense no está casada con una persona nacional o el matrimonio es simulado, entonces debe buscar otro mecanismo de obtención del estatus migratorio, por ejemplo, la residencia en el país por más de diez años, o un permiso laboral.

La Sala Constitucional en la resolución n° 15250-2008[229] discute la constitucionalidad del artículo 67 de la antigua ley de Migración y Extranjería que establecía el requisito de demostrar, obligatoria y fehacientemente, la convivencia conyugal, cuando el matrimonio se había realizado mediante poder[230]. En este caso, se analiza si infringe el principio de autonomía de la voluntad; la Sala Constitucional reitera el criterio presentado en otras resoluciones como la Sentencia n° 10734-2008[231], donde establece que no es inconstitucional la exigencia de comprobar la convivencia.

Se aclara que esta sentencia desarrolla los requisitos que la ley exigía cuando el matrimonio entre una persona nacional y otra extranjera se había realizado mediante poder especialísimo; no obstante, las elucubraciones son importantes para el estudio de este tema. Reitera el tema de que el Estado costarricense puede exigir los requisitos que considere acordes con sus políticas e intereses; siempre y cuando no haya ningún incumplimiento a un derecho fundamental o discriminación de cualquier tipo. Establece que contraer matrimonio con una persona nacional no le da un derecho irrestricto a la persona extranjera para que se le otorgue determinado estatus migratorio:

> En ese sentido, es claro que la implantación de ese requisito forma parte de la Política migratoria establecida por el Estado en uso de su potestad soberana, por lo que no resulta inconstitucional, pues la sola exigencia de un requisito para otorgar determinado estatus migratorio, no deviene per se, en una violación al Derecho de la Constitución, ya que **el hecho de contraer matrimonio, no lleva aparejado el derecho a obtener, automáticamente, una condición migratoria sin cumplimiento de los requisitos exigidos al efecto**. (El resaltado es propio, no del original).

Dado que existe la posibilidad de ingresar y permanecer en el país, así como de obtener la nacionalidad costarricense, gracias a un vínculo matrimonial con costarricense, la legislación establece el requisito de probar que el matrimonio es cierto y cumple con los fines esenciales de vida en común, mutuo auxilio y cooperación, esto es comprobar la materialidad del

[229]Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número15250-2008 de las trece horas con cincuenta y cuatro minutos del diez de octubre del dos mil ocho.
[230]Es importante mencionar que con la reforma de la ley 8764, el artículo 73 estableció la obligación de probar la convivencia conyugal para todos los matrimonios, sin importar si son realizados mediante poder especialísimo.
[231]Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número 10734-2008 de las dieciocho horas y cero minutos del 26 de junio de 2008.

vínculo; en especial, para garantizar que no se trata de un acto ficticio para únicamente obtener de forma rápida un estatus migratorio.

La sentencia estudiada considera que la DGME como encargada de los temas migratorios tiene la posibilidad de verificar que la unión matrimonial sea real; y que esto no está relacionado con declarar nulo dicho matrimonio si se comprueba que no cumple con los fines esenciales, puesto que es competencia de la instancia judicial estudiar la nulidad:

> (…) pese a que el matrimonio haya cumplido con las formalidades meramente jurídicas y se encuentre inscrito en el Registro Civil, el Estado a efecto de otorgar un estatus migratorio -sobre todo en tratándose de matrimonios celebrados mediante poder-, tiene la facultad de exigir la demostración de la materialidad del vínculo, precisamente, para evitar que dicha figura sea utilizada en perjuicio de la Política migratoria del país y sin que ello implique la nulidad del matrimonio. En otras palabras, al constatar la materialidad del vínculo matrimonial, el Estado no cuestiona la validez del matrimonio a efectos de declarar o no su nulidad, únicamente, comprueba que esa unión sea real, para conceder una condición migratoria y de esta manera reunificar a la familia. Aun cuando el acto continúe siendo jurídicamente válido (hasta tanto una autoridad judicial no declare lo contrario), **sería un sin sentido, otorgar un estatus migratorio por reunificación familiar, cuando en el fondo los reunidos no tienen intención alguna de formar una familia, sino de utilizar el matrimonio como un salvo conducto para obtener el citado beneficio; situación que a todas luces no puede ser amparada por el Estado**. (El resaltado es propio, no del original).

Se considera que es posible para una pareja demostrar ante las instancias administrativas competentes que existe un verdadero vínculo matrimonial, revestido de singularidad, publicidad y notoriedad, además del ánimo de conformar una de las formas de familia a través del matrimonio. Además, esta unión matrimonial verdadera puede ser comprobada de distintas formas, no necesariamente requiere que el cónyuge nacional deba haber vivido en el extranjero:

> Entonces, son los cónyuges los que deben demostrar, por los medios idóneos y necesarios, que se conocieron previo a contraer matrimonio, que establecieron un vínculo con la intención de conformar una familia y que como consecuencia de ello, desean reunificar esa familia en el territorio costarricense, todos aspectos que no resultan excesivos ni contrarios a la dignidad del ser humano, además, no son de imposible cumplimiento, en el tanto son condiciones propias de una verdadera

> unión matrimonial, por lo que su exigencia deviene razonable y proporcional con el fin que persigue. Por otra parte, esta Sala comparte el criterio de la Procuraduría General de la República, al señalar que los fines con que se llevó a cabo el matrimonio resultan de especial relevancia para el análisis del caso, toda vez, que el matrimonio protegido tanto por instrumentos Internacionales, como por nuestra Constitución Política, es aquel que cumple con los fines y principios ahí establecidos, sea como una de la forma de familia que existen y no como un mecanismo jurídico para evadir el sistema migratorio de un país. De esta forma, una persona que ha contraído nupcias en fraude de ley, no puede pretender que su unión matrimonial reciba una protección especial del Estado, porque ésta no cumple con los fines esenciales del matrimonio constitucionalmente protegido.

Esta sentencia cuenta con varios votos salvados e interesa estudiar el del Magistrado Armijo Sancho, quien considera que debe discutirse la constitucionalidad del artículo 67 de la antigua Ley de Migración y Extranjería, pues establecía que debía probarse la convivencia conyugal durante un mínimo de un año fuera del territorio nacional. Considera que exigir que la persona costarricense deba haber vivido en el extranjero para poder probar la convivencia, vulnera el principio de autonomía de la voluntad. En este sentido que:

> …el Estado pueda exigir los requisitos que considere necesarios respecto del matrimonio por poder, siempre y cuando tales exigencias sean razonables, conforme al Derecho de la Constitución, tal como se dijo (…) aun aceptando que es legítima la preocupación del Estado cuando el matrimonio por poder se utiliza solamente como un medio para obtener permisos de residencia o incluso la nacionalidad, no es la fórmula propuesta en el proyecto la que puede, también válidamente, darle solución al problema, según se ha analizado. De todas formas, aparte de la inscripción en el Registro Civil, que parece un requisito lógico en estos casos, tampoco desconoce la Sala que el solo hecho del matrimonio no obliga al reconocimiento de derechos migratorios a favor de la persona extranjera, pues deberán tenerse en cuenta otros requisitos que usualmente se exigen en estos casos". (Voto salvado, Magistrado Armijo Sancho).

Esta situación quedó saneada con la promulgación de la nueva ley. Las decisiones de la Sala Constitucional fueron de vital importancia, en especial, porque la legislación debe establecer requisitos que sean razonables y proporcionales, que no afecten derechos de la persona, y que a su vez eviten el uso fraudulento del matrimonio o del poder especialísimo. El Estado costarricense, como creador de la política migratoria, busca regular los flujos de

personas migrantes que favorezcan al país, por lo que se encuentra en su derecho de establecer las regulaciones y sanciones que considere pertinentes, siempre que no atenten contra ningún derecho humano; tal como lo establece en el Considerando iv) del Reglamento de Control Migratorio[232]:

> Que el artículo 5 de la Ley General de Migración y Extranjería establece como obligación del Poder Ejecutivo, el dictado de una política migratoria nacional, y la regulación de los flujos migratorios que favorezcan el desarrollo social, económico y cultural del país, en concordancia con la seguridad pública y velando por la integración social y la seguridad jurídica de las personas extranjeras que residan legalmente en el territorio nacional.

Estas limitaciones son tan importantes para el derecho costarricense que el artículo 73 de la Ley n° 8764 establece que si el matrimonio no cumple con el requisito de comprobar la convivencia conyugal, la DGME podrá ordenar la orden de expulsión del extranjero, puesto que la validez de la residencia temporal está sujeta a la comprobación de la convivencia conyugal. También es de suma importancia considerar que una vez se otorgue la residencia permanente, es decir se haya comprobado durante tres años la convivencia conyugal, la ley no exige demostrar el vínculo matrimonial. Por tanto, para solicitar la residencia permanente se requiere comprobar la convivencia conyugal.

En cuanto a la renovación de la cédula de residencia, uno de los requisitos más importantes que ha establecido el país es la presentación del comprobante de afiliación a los sistemas de aseguramiento de la CCSS, ya sea el seguro voluntario o la presentación de la orden patronal. Esto busca obligar a las personas trabajadoras a contribuir con el régimen del Seguro Social. Sin embargo, en cierta medida se ha convertido en un obstáculo para aquellas personas que buscan la opción de residencia, además de demostrar su solvencia económica deben aportar al Seguro Social un gasto económico considerable, que solo rinde frutos si efectivamente la persona piensa residir en el país.

[232]Poder Ejecutivo. Decreto Ejecutivo n° 36769 Reglamento de Control Migratorio del 23 de mayo del 2011.

La DGME en ejercicio de sus funciones de control del ingreso y permanencia de las personas extranjeras en el país, así como del principio de soberanía, establece una serie de requisitos que la persona extranjera y su cónyuge nacional deben cumplir. Esto es importante porque incluye a la persona nacional, por lo tanto no es un trámite personalísimo. En primer lugar, es obligatorio que el matrimonio se encuentre inscrito en el Registro Civil de Costa Rica, sin importar si se realizó en el país o en el extranjero, o mediante poder especialísimo. Uno de los requisitos más importantes para evitar el uso fraudulento del matrimonio para obtener beneficios migratorios es la obligación de ambos cónyuges de presentarse a una entrevista individual en la Plataforma de Servicios de las oficinas centrales o en las oficinas regionales o en el consulado. Esta entrevista individual ante el funcionario público de la DGME tiene el objetivo de ratificar los datos de la solicitud, por ende, de verificar la convivencia conyugal.

Aunado a esto, en el momento de presentar la solicitud, se deben aportar pruebas documentales que demuestren el conocimiento recíproco entre ambos cónyuges. Según lo discutido, la solicitud de permanencia temporal por vínculo matrimonial con costarricense requiere la participación activa tanto del solicitante extranjero como del cónyuge nacional.

La residencia temporal o permanente se convierte en un eslabón fundamental del derecho a tener una nacionalidad, pues el ingreso a un país distinto no implica que la persona extranjera deba cambiar su nacionalidad, puesto que tiene el derecho a contar con una durante toda su vida, o bien cambiarla.

La naturalización se convierte en la herramienta para ejercer el derecho al cambio de nacionalidad; mientras que la residencia es el instituto que permite a la persona extranjera vivir en otro país y gozar de los derechos que le son inherentes como persona y de los que le corresponden como ciudadano.

Respecto al proceso de solicitud de la residencia permanente en el país, el Tribunal Contencioso Administrativo en resolución n° 2817-2009[233], establece que:

> …en los procedimientos para la solicitud de residencia para la permanencia legal en el país, existen dos fases o etapas diferentes: una es (…) la aportación y verificación de requisitos previos (como la solicitud, el motivo de esta, los documentos necesarios entre otros) y la otra sería que con base en todos los requisitos presentados, la Administración Migratoria entre al análisis de la oportunidad y conveniencia de otorgar la solicitud de estatus migratorio, es decir, resolver sobre si la gestión migratoria se ajusta a los presupuestos de fondo.

Es importante destacar que el Estado, a través de la DGME, regula todo lo referente al otorgamiento de permisos de residencia, tanto permanente como temporal; y en el marco del ordenamiento jurídico, nacional e internacional, puede establecer los lineamientos que considere pertinentes según sus políticas migratorias y la adecuada inserción de la persona extranjera en la sociedad costarricense.

Según la Dirección General de Migración y Extranjería la solicitud de residencia requiere lo siguiente:

- Solicitud dirigida a la Directora General de Migración y Extranjería, suscrita por la persona interesada, por un pariente que resida en Costa Rica o su apoderado, donde se indiquen los siguientes dados de la persona solicitada: nombre completo y apellidos, nacionalidad, profesión u oficio, especificar el motivo o fundamento de la visita, tiempo estimado en el que permanecerá en el país, dirección exacta pretendida en Costa Rica y teléfono, fecha aproximado de ingreso y salida, indicar cuál es la relación de parentesco con la persona extranjera solicitada, fax para notificar, indicar el consulado de Costa Rica al cual debe dirigirse la autorización de visa aprobada, fecha, firma: la solicitud deberá firmarse por la persona que solicita frente al funcionario público competente o estar autenticada por notario público, pago de timbres.
- Pasaporte o documento de viaje vigente.
- Certificación de antecedentes penales del país de origen de la persona solicitada, donde conste no haber sido condenado en su país de origen o en el que haya residido los últimos diez años por los delitos del artículo 61. El documento debe estar consularizado, legalizado y traducido al idioma español.

[233]Tribunal Contencioso Administrativo. Resolución número 2817-2009 de las diez horas con veinte minutos del 14 de diciembre de dos mil nueve.

- Reserva tentativa del tiquete, boleto o pasaje de regreso o de continuación del viaje para comprobar los motivos del viaje y las condiciones de turismo.
- Copia de documento de identidad de la persona que solicita a la persona extranjera. En el caso de solicitar la permanencia temporal por matrimonio con costarricense, también se debe aportar el documento de identidad del cónyuge costarricense.
- Demostrar la solvencia económica de la persona solicitante (artículo 218)
- Demostrar la solvencia económica y el arraigo de la persona solicitada (artículo 218)
- Certificación emitida por la autoridad competente del país de origen de la persona solicitada que demuestre el vínculo existente entre la persona solicitante y la solicitada.
- Documento idóneo donde se demuestre la guarda, crianza y educación de los menores solicitados, de conformidad con los artículos 223, 224 y 225 del Decreto Ejecutivo nº 36626-G.
- Pruebas fehacientes de conocimiento recíproco entre ambos contrayentes según el artículo 73.

Dicho artículo 73 indica que de solicitarse el ingreso o la permanencia de una persona extranjera, en razón de matrimonio con una persona costarricense, deberá demostrarse, obligatoria y fehacientemente, el conocimiento recíproco entre ambos contrayentes; para la renovación de dicho estatus deberá acreditarse, en los mismos términos, la convivencia conyugal. Esta es una de las principales reformas relacionadas con el tema del matrimonio simulado, puesto que ante la gran cantidad de matrimonios falsos, la obligación de demostrar la convivencia conyugal se convierte en un obstáculo infranqueable para aquellos casos de simulación del matrimonio, en especial, cuando en el matrimonio se utilizó una cédula de identidad robada o se falsificó una firma de alguno de los contrayentes.

Además de esto menciona dicho artículo que en caso de solicitar residencia, dicho matrimonio deberá estar debidamente inscrito ante el Registro Civil de Costa Rica. En tal caso, los derechos obtenidos por parte del extranjero para permanecer en territorio nacional se otorgan bajo condición y de forma temporal durante un año, debiendo demostrar año a año su convivencia conyugal. Una vez pasado ya tres años consecutivos, se le otorgará acceso a

la condición de permanente. Si no llegase a demostrar estos requisitos, se expulsará del país al extranjero.

En la Oficina de Subproceso de visas se realiza un informe técnico de la solicitud presentada donde se comprueba si se cumplieron todos los requisitos de ley para aprobar la visa. En caso de que falten pruebas, esta debe dejarse claro y bien fundamentado. Considera Subproceso de Visas que la prueba para demostrar la solvencia económica es insuficiente si no se demuestra aportar los saldos promedios de los últimos tres meses según el Reglamento de Ingreso al País, por lo que deberían aportarse los movimientos de cuentas bancarias de tres meses antes de la solicitud. Además, aportar fotocopias no surge ningún valor legal para la DGME, ya que la fotocopia impide verificar la autenticidad del documento.

Respecto a la prueba para demostrar el conocimiento recíproco, según el artículo 73 de la Ley n° 8764, el informe técnico de Subproceso de Visas considera que aportar fotografías no es prueba suficiente, ya que estas son documentos declarativos, según se argumenta así:

> …declarativos que sirven para representar una situación existente a la hora de ser tomadas, que sin embargo no constituyen plena prueba, debido a que no es posible acreditar su autenticidad. Cabe destacar que el objetivo de estas pruebas lo que pretende es demostrar que el vínculo matrimonial cumple con lo establecido en el artículo 11 del Código de Familia dice: vida en común, cooperación y mutuo auxilio que por el contrario, no estamos en presencia de un matrimonio de conveniencia con la única intención de que la persona extranjera adquiera beneficios migratorios.

Las fotografías no significan una prueba contundente y fehaciente porque cabe la posibilidad de que solo se encuentren representando una determinada y conveniente situación, por lo que no son suficiente prueba, aunque sean originales. La Resolución D.G.V.C. 0799-2014MPD de la Dirección General de Migración y Extranjería a las ocho horas cinco minutos del cuatro de agosto de 2014, se conoce solicitud de Visa de Ingreso Restringido a Costa Rica para persona de nacionalidad colombiana. Según la Circular DG-0018-04-2012 SV de la DGME indica que para el caso de la persona de nacionalidad colombiana,

la autorización de ingreso a Costa Rica se encuentra restringida y debe ser autorizada únicamente por la DGME.

El artículo 73 de la Ley n° 8764 exige como requisito la presentación de documentos que comprueben el conocimiento recíproco entre ambos contrayentes, esto con el fin de demostrar que el vínculo matrimonial cumplirá con los objetivos del artículo 11 del Código de Familia según ya se ha expuesto; y que por el contrario no se esté en presencia de un matrimonio de conveniencia, complacencia o en blanco, realizado con la única intención de que la persona extranjera adquiera beneficios migratorios.

Respecto a la solvencia económica para sustentar la estadía y/o permanencia del solicitado es exigido por el Reglamento para el Otorgamiento de Visas del 20 de junio de 2011 además los artículos 87 incisos 1) y 3), 68 incisos 1) y 2), 88 incisos i), 2), 3), t 4) y artículo 58. Esto es obligatorio para los siguientes casos:

-Solicitantes de visa consular o consulado por turismo, desde Consulados Generales de Costa Rica en el exterior.

-Solicitantes de visa de turismo del tercer o cuarto grupo según lo establezcan las Directrices Generales de Ingreso para no residentes que tengan vínculo en primer grado con ciudadano costarricense o con residente permanente.

-Solicitantes de visas por reunificación que deban demostrar la capacidad económica para mantener a su familia en Costa Rica.

La solvencia económica se demuestra de la siguiente manera:

· Probar la posesión de bienes muebles e inmuebles, mediante los certificados emitidos por el Registro Público de la Propiedad.

· Estados de cuentas bancarias: Se debe aportar los saldos promedios de los últimos tres meses. Las certificaciones deben contener el saldo actual y la historia de la cuenta (débitos y créditos).

· Para las personas asalariadas se debe aportar orden patronal vigente y carta del empleador con membrete y sello de empresa que indique salario bruto y neto, años de servicio y otra información pertinente.

· Para personas agricultoras: mostrar mediante facturas y contratos las ventas del producto agrícola.

· Para personas comerciantes: aportar pruebas de la existencia del negocio como patente, recibo de pago de impuestos, permisos de funcionamiento y licencias, así como la planilla de empleados emitida por la CCSS.

· Para personas jubiladas: aportar pruebas de pensión y la certificación emitida por entidad competente que indique el monto y tiempo de jubilación.

· Para estudiantes de tiempo completo: Se debe aportar la certificación del historial académico, así como las pruebas de solvencia de los padres o tutores legales.

El Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda mediante la sentencia n° 1419-2010 de las diez horas treinta minutos del 22 de abril de 2012 hizo la siguiente consideración sobre el requisito de solvencia económica. En primer lugar, habla de las potestades de la DGME de regular los trámites de ingresos de las personas migrantes que el legislador le ha conferido. En virtud, del ejercicio de sus competencias y del principio de reserva legal en cuanto a materia migratoria, la administración respectiva puede establecer los requisitos de ingreso que considere.

La sentencia citada indica que es la DGME la institución encargada de establecer los requisitos de ingreso, siempre y cuando su potestad se encuentre sujeta a los límites del ejercicio público:

> La política migratoria debe estar complementada de herramientas que permitan a la Administración establecer criterios de ingreso y que de esa manera, no se permita el ingreso desmedido de personas que no reúnen las condiciones para obtener el estatus migratorio pretendido.

Es por esto, que la DGME puede establecer el requisito de solvencia económica a la persona migrante que busque ingresar al país, ya que:

> Es innegable que el requisito de solvencia económica es de suyo relevante, pues <u>debe asegurarse que el migrante cuenta con medios suficientes para costear su permanencia en el territorio nacional</u>, lo que lleva una notable carga implícita de tutela de la situación subjetiva de la persona, pero además del interés público en general". (El subrayado es propio, no del original).

El requisito legal de solvencia económica se exige a la persona extranjera que pretenda ingresar y permanecer bajo la categoría de no residente. Así como otros requisitos que busquen comprobar la materialidad del vínculo

matrimonial, para de esta forma evitar que el a través de un uso fraudulento del matrimonio, las personas puedan obtener determinados estatus migratorios, que no podrían ser otorgados en otras circunstancias.

Costa Rica es un país con importantes flujos migratorios. El Estado, rector de la política migratoria, ha establecido una serie de orientaciones legales que buscan favorecer y facilitar el ingreso, residencia y egreso de las personas extranjeras al país. En virtud del principio de soberanía el Estado puede establecer requisitos razonables que las personas extranjeras deben cumplir si desean ingresar o permanecer en el país en virtud de un vínculo matrimonial. Los requisitos de ingreso y permanencia en el país buscan proteger la soberanía del Estado, así como los principios de la sociedad costarricense establecidos en la Constitución Política, como la protección de la familia y del matrimonio. Además, se debe evitar promover quebrantos a la política migratoria del Estado, permitiendo el ingreso de personas extranjeras que no cumplen con las condiciones para permanecer en el país, con lo que se perjudicaría la organización interna, la prestación de servicios públicos, vivienda y salud.

No se puede permitir que bajo la excusa de reunificación familiar por vínculo matrimonial, cualquier persona extranjera ingrese al país sin cumplir las condiciones mínimas necesarias. En virtud de esto es que tanto el cónyuge nacional como el extranjero deben demostrar, por los medios idóneos y necesarios, que el vínculo matrimonio es cierto y que desean reunificar esa familia en el territorio costarricense.

Sección II. Tribunal Supremo de Elecciones (Registro Civil, Opciones y Naturalizaciones y Secretaría General del TSE)

El Tribunal Supremo de Elecciones posee dentro de su organización tres oficinas: el Registro Civil, la Oficina de Opciones y Naturalizaciones, y la Secretaría General del TSE las cuales son dependencias de esta institución, que están vinculadas al tema del matrimonio simulado.

El TSE fue instaurado en la Constitución Política de 1949. Los constituyentes optaron por diseñar este organismo con el propósito de

mantener las garantías electorales y la independencia. El origen del TSE se da con el artículo noveno de la Constitución Política, la cual establece la creación del mismo.

El TSE está integrado por un esquema de organización la cual posee: la Secretaría General del Tribunal Supremo de Elecciones, la Dirección General del Registro Civil, la Dirección General del Registro Electoral y Financiamiento de los Partidos Políticos, la Dirección Ejecutiva, la Dirección General de Estrategias Tecnológicas y el Instituto de Formación y Estudios en Democracia.

Dentro de las funciones que posee dicha institución, que la Constitución Política y las leyes de la República de Costa Rica le facultan están relacionadas con la organización, dirección y control de actos relativos al sufragio y a la materia electoral, así como al desarrollo de la democracia.

Cuenta con una importante función de Registro Civil, que interesa estudiar para esta investigación. Se trata de una dependencia exclusiva que posee el TSE cuya competencia es meramente la de ser registradora y de expedir certificaciones en materia civil.

Registro Civil

La función registral civil existía aún ya antes que el TSE se formara, ya que el Registro Civil se creó en 1888 y desde entonces concentra las funciones de registración y de certificación de los acontecimientos de relevancia civil son los siguientes:

> El nacimiento, La adopción, El matrimonio, El divorcio, La defunción, La adquisición de la nacionalidad costarricense, Elaborar el padrón electoral y expedir la cédula de identidad.

Asimismo con fundamento al artículo 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil, le corresponde anotar al margen de las inscripciones anteriores: los reconocimientos, las adopciones, las emancipaciones, las investigaciones o impugnaciones de paternidad, los divorcios, las separaciones judiciales, las nulidades de matrimonio, opciones y cancelaciones de nacionalidad, las ausencias y presunciones de muerte, las interdicciones judiciales, los actos relativos a la adquisición o modificación de la

nacionalidad y la defunción de la persona en el asiento de su nacimiento o de su naturalización.

Además se deduce de la Constitución Política en el numeral 102 inciso 4), que se le da al Registro Civil la prerrogativa crear resoluciones. Es una dependencia que certifica y registra, así como vela por dar resolución a las distintas situaciones que son de su competencia: posee la capacidad de resolver y dictar sentencias sobre los diversos temas que atiende.

Asimismo, el artículo 104 de la Constitución Política en su inciso 2) establece que el Registro Civil posee funciones de:

> -Resolver las solicitudes para adquirir y recuperar la calidad de costarricense, así como los casos de pérdida de nacionalidad.
>
> -Ejecutar las sentencias judiciales que suspendan la ciudadanía y resolver las gestiones para recobrarla.

Hay que destacar que en el tema del matrimonio, esta dependencia tiene el deber de registrar y certificar los matrimonios que se presenten a inscribirse, por lo que el rol que desempeña es dar por aprobado un matrimonio para su debida registración o de rechazarlo, cuando no cumpla con los requisitos necesarios que exigen los artículos 28 y 31[234] del Código de Familia.

Oficina de Opciones y Naturalizaciones

De acuerdo con lo descrito en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y de Registro Civil, en su artículo 71, indica que esta oficina se trata de una sección del Departamento Civil a la que le corresponde atender todas las actuaciones relativas a adquisición, recuperación, modificación o pérdida de nacionalidad. Las acciones de la Oficina de Opciones y Naturalizaciones son principalmente sobre trámites relacionados con la adquisición o pérdida de nacionalidad.

Si las personas extranjeras cumplen los requisitos y previo a estudio realizado por esta oficina, entonces tienen la opción de adquirir:

[234]Es decir, celebrarse ante funcionario competente, con dos testigos, que exista voluntad expresa de los contrayentes de unirse en matrimonio, que se declare que poseen aptitud legal y libertad de estado para contraer nupcias.

- Naturalización por residencia
- Naturalización por matrimonio con costarricense
- Naturalización por trascendencia de alguno de los progenitores
- Naturalización por domicilio no menor de veinte años en Costa Rica
- Naturalización de persona mayor de 25 años de edad, nacido en el país e hijo de padres extranjeros; y
- Naturalización de persona mayor de 25 años de edad, nacido en el extranjero e hijo de padre o madre costarricense por nacimiento.

Además, la Oficina de Opciones y Naturalizaciones realiza llamadas telefónicas a las parejas costarricenses previo al otorgamiento de la carta de naturalización del cónyuge extranjero, para verificar que el matrimonio, causal alegada, es cierto, si la persona nacional desconoce del matrimonio o lo niega, esta oficina lo pone en conocimiento a la Secretaría General del TSE.

Secretaría General del Tribunal Supremo de Elecciones

La Secretaría General del TSE es el órgano que tiene competencia y funciones de:

a) Expedir las certificaciones y constancias.

b) Dar a conocer a los interesados, las resoluciones y actuaciones del Tribunal Supremo de Elecciones.

c) Recibir los escritos y documentos que presenten los interesados.

d) Poner en conocimiento del Tribunal Supremo de Elecciones, a más tardar en la sesión inmediata a su recibo, los escritos o documentos a que hace referencia el inciso anterior.

e) Custodiar los expedientes y documentos.

f) Redactar las actas de las sesiones conforme a las minutas que para ello le entregará el Tribunal Supremo de Elecciones.

Además la Secretaría General del TSE recibe a los ciudadanos costarricenses que se presenten alegando que se encuentran registralmente casados con una persona extranjera, sin su consentimiento. Por lo cual le corresponden una serie de procedimientos para comunicar a las diferentes instancias, como la PGR y el Ministerio Público, la apertura e inicio de investigaciones.

Una vez destacada las funciones y competencias que poseen estas dependencias, se analizan de manera concentrada el rol y los actuares de cada una de estas oficinas.

II.A Análisis del Registro Civil, Secretaría General del TSE y Oficina de Opciones y Naturalizaciones

El Registro Civil, la Secretaría General del TSE y la Oficina de Opciones y Naturalizaciones son órganos que no cuentan con reglamentos o directrices para mitigar o aplacar los efectos del matrimonio simulado. Estas oficinas son meramente registrales, que emiten información y constancias referentes a acontecimientos civiles de los ciudadanos o habitantes del país. Estas realizan esfuerzos constantes para mitigación del matrimonio fraudulento.

Principalmente, a estos órganos del TSE les corresponde la labor de registrar y emitir información y documentación que les compete en temas de certificaciones, constancias de matrimonios, divorcios, nacimientos, defunciones, cambios de nombre y otros, por lo que no pueden actuar como organismos de investigación, ni como policía migratoria en cuanto al matrimonio simulado por no estar facultados legalmente para ello.

Bajo estas limitaciones, la Secretaría General del TSE no puede corroborar si un matrimonio es simulado o no, ya que una investigación de ese tipo vulneraría el principio de competencia de funciones y de legalidad.

Además, es muy importante considerar que el matrimonio realizado por un notario público cuenta con Fe Pública, la cual acredita la existencia de tal acontecimiento según se registra en la escritura. Por lo tanto el Registro Civil tiene la obligación de inscribirlo sin cuestionar su veracidad. A raíz de lo anterior, el TSE no posee las herramientas para asegurarse de manera previa que determinado matrimonio es simulado. Posteriormente, cuando se interpone una denuncia por parte de una persona nacional, que tras solicitar una constancia de su estado civil aparece casada, estas oficinas adquieren conocimiento del matrimonio simulado cuando el ciudadano costarricense informa que fue víctima de un matrimonio inscrito que es fraudulento.

Si es por acuerdo o convenio que la pareja de contrayentes decide simular el matrimonio, estas oficinas no tienen los mecanismos para detectar la simulación previamente, ni poseen ningún tipo de legislación como reglamentos que los autorice a rechazar la inscripción de un matrimonio. Ante esto, cualquier matrimonio debe de ser inscrito siempre que posea todos los requisitos, excepto que sean casos que se encuentren prohibidos por el Código de Familia, entiéndase impedimentos como la bigamia.

Por otro lado, los funcionarios públicos del Registro Civil no pueden cuestionar la Fe Pública de los notarios públicos, por lo que todo matrimonio realizado y que cumpla los requisitos debe inscribirse tal cual a solicitud de quien lo tramita. Esta situación no disminuye la responsabilidad que posee todo funcionario público de denunciar cuando disciernan que están en presencia de un delito, esto según el artículo 281 inciso a) del Código Procesal Penal.

Es necesario destacar que el personal del Registro Público no cuenta con las potestades legales para realizar entrevistas o investigaciones previas a la inscripción del matrimonio, por lo que les es difícil detectar el matrimonio simulado, ya que son únicamente registradores.

Actualmente, se exige llenar la boleta o formulario de celebración de matrimonio ya sea en forma digital vía internet o físicamente mediante un formulario, así como las copias certificadas del documento de identidad cuando el contrayente es extranjero. Esta situación se presta para que notarios públicos inescrupulosos se aprovechen del sistema y aún en casos de protocolo secuestrado por el Organismo de Investigación Judicial, aun así llenan las fórmulas y envían a inscribir el matrimonio junto con la certificación de la persona extranjera. Por lo que si estos formularios son aceptados por el Registro y no les encuentran impedimentos, deben proceder a su inscripción.

Por otro lado, la Oficina de Opciones y Naturalizaciones tiene sus competencias asignadas, y en caso de las personas extranjeras que contraen nupcias con nacionales, según los requisitos que exige esta oficina y la Constitución Política, deben permanecer casados por lo menos dos años, para acceder a la naturalización costarricense. Un problema es que no se exige que

deban convivir esos dos años; basta con que registralmente cumpla dos años de inscrito el vínculo matrimonial y que la persona extranjera haya permanecido en el país. Por lo que esta oficina no puede exigir a la persona extranjera que demuestre su convivencia, ya que está fuera de sus potestades y de los requisitos.

Esta situación representa una oportunidad y ventaja para que las personas extranjeras contraigan matrimonio y no convivan con su cónyuge, por lo que cabe la posibilidad de que una vez finalizada la celebración del matrimonio ante el notario público tomen rumbos distintos e incluso no volver a tener contacto, y eso no va a restar o perjudicar derecho alguno para que solicite la nacionalidad.

Con base en las discusiones precedentes ya se constató que la Oficina de Opciones y Naturalizaciones ni el Registro Civil tienen marco jurídico para corroborar la veracidad de los matrimonios celebrados en territorio nacional. Finalmente esto se puede conocer mediante el concurso de la Secretaría General del TSE.

Ahora bien, la Secretaría General del TSE además de las funciones que ya se mencionaron al inicio de esta sección, también le corresponde a partir del año 2009, luego de la reforma legislativa sobre este tema, la función de acoger a los ciudadanos que se presenten solicitando orientación o explicación del porqué aparecen casados con una persona extranjera sin su consentimiento.

Ante esta situación, la Secretaría recibe las denuncias de personas que aparecen casadas sin tener conocimiento. Esta declaración se transcribe y se envía al Ministerio Público para lo que corresponda. De forma paralela en que se traslada la declaración al Ministerio Público para su investigación, la Secretaría también avisa al Oficial del Registro Civil que se ha enviado al Ministerio Público una declaración en la que involucra a una persona extranjera en un matrimonio, para que se consigne una nota marginal en el asiento en el que se inscribió dicho matrimonio. También se comunica a la Oficina de Opciones y Naturalizaciones para que se mantengan alerta por si la persona

extranjera solicita posteriormente la naturalización por matrimonio, con el fin de que sea identificada.

Cabe destacar que anterior a la reforma de 2009, cuando aún no estaba tipificado el delito de matrimonio simulado, la Secretaría del TSE trataba la situación desde el punto de vista jurídico para procurar la nulidad del matrimonio.

En un principio lo realizaban en conjunto con los Juzgados de Familia, pero más tarde estos juzgados resolvieron que no era competencia de esta Secretaría y que correspondía a la Procuraduría General de la República solicitar la nulidad de estas uniones maritales ante los juzgados respectivos. Aun así lo anterior, la Secretaría del TSE actualmente brinda refuerzos y ayuda para investigar en coordinación con la Oficina de Opciones y Naturalizaciones, los expedientes de naturalización que ya se encuentren en etapa final y que están para otorgarse la carta de naturalización al cónyuge extranjero. Lo hacen mediante la búsqueda de números de teléfono de la pareja nacional que se encuentra casada con cónyuge extranjero o por medio de familiares.

Gracias a este trabajo en conjunto se han descubierto casos en el que la persona costarricense no dio su consentimiento o que lo hizo, porque recibió una remuneración o retribución económica a cambio. La Secretaría del TSE, al tener conocimiento de la existencia de un matrimonio simulado, gracias a las llamadas telefónicas realizadas, convoca a las personas nacionales que se presentan en las instalaciones para rendir una declaración de lo sucedido. Una vez que se presenten ante la Secretaría del TSE, un funcionario delegado levanta un acta con la declaración de los hechos. En el caso de que los hechos relatados hayan sucedido con un tiempo menor de seis años desde que se inscribió el matrimonio, la Secretaría los envía a presentar la denuncia al Ministerio Público.

Si ya han pasado más de seis años desde su inscripción, se tienen por prescritos los hechos que dieron origen al delito, por lo que en este caso no se presenta denuncia, debido a que el Ministerio Público generalmente dicta un sobreseimiento definitivo por prescripción de la acción penal -cabe recordar los

casos de una notaria pública que en virtud del cúmulo de delitos de la misma naturaleza, no les fue prescrita la causa y fue procesada penalmente.

En virtud de lo anterior, la PGR presenta una demanda ante el Juzgado de Familia solicitando la nulidad de ese matrimonio, esto con fundamento en el artículo 64 del Código de Familia[235].

Asimismo, en los casos en la que la persona efectivamente firmó la escritura o le pagaron para que aceptara casarse o se encontraba en un estado cognoscitivo y volitivamente incapaz y a pesar de ello firmó, la PGR también presenta la demanda al Juzgado de Familia. Ahora bien, una vez presentada, el juzgado notifica y cita a la persona extranjera para que se apersone al proceso judicial. En caso de que la persona extranjera tenga un paradero desconocido, se nombra un curador procesal. Asimismo, se notifica al cónyuge costarricense.

Estos procesos se tramitan en los juzgados de familia como una nulidad de matrimonio; por lo general se declaran por inexistencia del mismo al no haber consentimiento legal y expreso, esto con base al artículo 13 del Código de Familia.

El Juzgado de Familia evalúa los hechos y las pruebas presentadas, si son convincentes y acordes, dicta la sentencia que declara inexistente o nulo el matrimonio. Ante esta resolución, todos los efectos se retrotraen, incluyendo la naturalización otorgada a raíz del matrimonio fraudulento. El juzgado otorga por impulso de la persona interesada, el documento de ejecutoria, para que esta lo presente al Registro Civil, para que se encargue de dejar sin efectos en todos sus extremos el matrimonio inscrito.

Todo este protocolo descrito se realiza en conjunto con la Secretaría General del TSE, la Oficina de Opciones y Naturalizaciones, el Registro Civil y la PGR, desde finales de 2009 hasta la actualidad.

[235]Artículo 64 del Código de Familia: “En el caso de matrimonio simulado, la nulidad también podrá ser solicitada por cualquiera de los cónyuges, el director del Registro Civil, el director de la Dirección General de Migración y Extranjería o por cualquier persona perjudicada con el matrimonio. Ambas instituciones deberán interponer la acción jurisdiccional correspondiente, bajo la representación de la Procuraduría General de la República”.

Se concluye que estas tres oficinas u órganos del TSE no tienen potestad legal ni fueron creadas para investigar sobre el matrimonio simulado, pero han tomado participación en contra de este delito y poseen políticas o protocolo para la coordinación conjunta en cuanto a la simulación de matrimonio, las cuales son posteriores a la inscripción de la unión matrimonial.

Ante todo el panorama descrito surgen las siguientes propuestas para dotar de mejores potestades y controles a dichas dependencias, con el objetivo de disminuir la cantidad de matrimonios con posibilidad de ser fraudulentos:

1. Se recomienda una reforma legislativa en la que se exija a la opción de naturalización por matrimonio, no solo su inscripción en el Registro Civil, sino que sea necesario demostrar la convivencia y conocimiento recíproco entre los cónyuges, ya que hasta la actualidad se les exige únicamente que aparezcan registralmente casados durante un mínimo de dos años.
2. Se sugiere es la exigencia en este tipo de naturalización, que las personas extranjeras que deseen obtener la nacionalidad costarricense por vínculo matrimonial con costarricense, tengan ya la residencia permanente previa, otorgada por la DGME y no el estatus de residente temporal. Esto debido a que cuando la DGME les niega la residencia, las personas extranjeras tienden a tomar la vía de la Opción por Naturalización por Matrimonio, ya que no se les exige ser residentes para naturalizarse y solo se exigen dos años de inscripción del matrimonio ante el Registro Civil, sin necesidad de convivir. Además, solicitar la nacionalidad es mucho más expedito, en comparación con el tiempo que se exige para obtener la residencia permanente, que son tres años de haber demostrado la convivencia.
3. Se recomienda capacitar al personal del Registro Civil para entrevistar a las parejas a fin de determinar irregularidades como filtro estratégico preliminar en la detección de nupcias fraudulentas. Para realizar estas acciones es necesaria una reforma legal, que faculte a los registradores para realizar entrevistas separadas con cada contrayente, previo a inscribir el matrimonio.

Sección III. El Poder Judicial y el Ministerio Público

III.A El Poder Judicial

La Constitución Política en el artículo nueve establece tres Poderes distintos e independientes entre sí: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. La Ley Orgánica del Poder Judicial establece en su artículo primero la obligación del Poder Judicial de conocer:

> …los procesos civiles, penales, penales juveniles, comerciales, de trabajo, contencioso-administrativos y civiles de hacienda, de familia, agrarios y constitucionales, así como de los otros que determine la ley; resolver definitivamente sobre ellos y ejecutar las resoluciones que pronuncie, con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario.

Según el artículo primero de la Ley Orgánica el Poder Judicial está conformado por la Corte Suprema de Justicia y los demás tribunales que la ley establezca. El artículo tres de dicha ley establece los encargados de la administración de justicia, cuales son:

> 1.- Juzgados y tribunales de menor cuantía, contravencionales y de asuntos sumarios.
> 2.- Juzgados de primera instancia y penales.
> 3.- Tribunales colegiados.
> 4.- Tribunales de casación.
> 5.- Salas de la Corte Suprema de Justicia.
> 6.- Corte Plena.

El Poder Judicial, como establece la Constitución Política posee independencia para su funcionamiento. Además, el artículo cinco de la LOPJ establece que los tribunales solo pueden conocer los casos a petición de parte y "*una vez requerida legalmente su intervención, deberán actuar de oficio y con la mayor celeridad*".

En el numeral citado se señala la obligación de los tribunales de fundamentar las sentencias. Establece que la falta de norma que aplicar no puede ser obstáculo para la administración de justicia y la elaboración de la sentencia. Se resalta lo dicho por el artículo 165 sobre la competencia por territorio y materia de toda persona juzgadora. Esta Ley en el artículo ocho

establece las prohibiciones de los funcionarios encargados de la administración de justicia, se destacan los incisos siguientes:

- No aplicar leyes, actos, decretos contrarios a la Constitución Política, ni al derecho internacional vigente, ni a los precedentes o jurisprudencia de la Sala Constitucional (inciso 1 y 2).

La Corte Suprema de Justicia es el Tribunal Superior del Poder Judicial (artículo 48) y está integrada por los magistrados de las tres Salas de Casación: Primera, Segunda y Tercera y por la Sala Constitucional.

El Poder Judicial cuenta con el Consejo Superior del Poder Judicial, órgano subordinado a la Corte Suprema de Justicia que se encarga de la administración y disciplina, se encuentra regulado a partir del 67. Este Consejo se encarga según el artículo 81 de designar funcionarios (inciso 2), ejercer la potestad disciplinaria de los servidores judiciales (inciso 4); administrar el Fondo de Pensiones y Jubilaciones del Poder Judicial (inciso 12).

Sobre la Sala Constitucional

En el artículo diez de la Constitución Política se crea la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia encargada de: declarar la inconstitucionalidad de las normas y de los actos sujetos al Derecho Público; dirimir los conflictos de competencia entre los poderes del Estado, Tribunal Supremo de Elecciones y otros órganos estatales; conocer de las consultas sobre proyectos de reforma constitucional, de aprobación de convenios o tratados internacionales y entre otros.

La Ley de la Jurisdicción Constitucional desarrolla lo dicho en el artículo diez citado y crea una Sala conformada por siete magistrados propietarios y doce magistrados suplentes, nombrados por la Asamblea Legislativa por períodos de ocho años, encargados de la jurisdicción constitucional. La Sala Constitucional busca consolidarse como un Tribunal especializado que defienda los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales mediante una uniforme interpretación y aplicación de sus normas, a través de los procesos de amparo

y hábeas corpus y los de control de constitucionalidad, garantizando la supremacía constitucional, un acceso pleno y tutela efectiva de las personas que acuden en busca de justicia.

Esta Sala conoce de seis recursos los cuales son: el hábeas corpus y el de amparo, la acción de inconstitucionalidad, la consulta legislativa, la consulta judicial y el conflicto de competencia.

Sobre la Sala Segunda

El Capítulo Tercero, en el artículo 55 de la LOPJ regula a la Sala Segunda, que se dedica a conocer los recursos de casación y revisión en los juicios de familia, juicios universales y laborales.

Sobre la Sala Tercera

La Sala Tercera se encuentra regulada en el artículo 56, Capítulo IV, de la LOPJ. Esta establece como materia de su competencia los asuntos penales, ya sea en materia penal de adultos o juvenil.

Sobre los Tribunales y Juzgados

A partir del Título IV, artículo 92, se regula lo referente a los Tribunales Colegiados y los Juzgados. El artículo 99 se refiere a los Tribunales de Familia, los cuales se encargan de lo siguiente:

> 1.- De los recursos de apelación y consulta que procedan contra las resoluciones de los juzgados de familia y tutelares de menores.
>
> 2.- De los impedimentos, excusas y recusaciones de sus jueces superiores propietarios o suplentes.
>
> 3.- De los conflictos de competencia en materia de familia.
>
> 4.- De los demás asuntos que determine la ley.

El artículo 103 establece que habrá Juzgados de primera instancia de familia, cuyas funciones son según el artículo 106, conocer:

> 1.- De los asuntos de Derecho de familia.
>
> 2.- En grado, de las resoluciones que dicten las alcaldías de pensiones alimenticias.

3.- De las competencias que se susciten entre las alcaldías de pensiones alimenticias de su territorio.

4.- De los demás asuntos que determine la ley.

Juzgado notarial

Su función principal es aplicar el régimen disciplinario a los notarios y hacer efectiva la responsabilidad civil por sus faltas. El Juzgado Notarial y la Dirección Nacional de Notariado son órganos diferentes e independientes entre sí. El primero es un órgano jurisdiccional y el segundo, uno administrativo adscrito al Poder Judicial.

Ambos aplican el Régimen Disciplinario, la citada Dirección Nacional de Notariado conoce, entre otros aspectos, de las suspensiones en los casos de impedimentos señalados en el artículo 4 del Código Notarial, así como cuando falten requisitos o condiciones para el ejercicio del Notariado, también cuando se incumplan directrices o lineamientos dispuestos por la propia Dirección o cualquier otra dependencia en el ejercicio de su función y por la falta de presentación de los índices notariales. Las demás faltas en que se pueda incurrir un notario ejerciendo la función notarial, corresponde a este Juzgado conocerlas.

Dentro de estas y sin que se limiten a estas, se encuentran:

a) Falta de inscripción de escrituras públicas (escrituras de venta, hipoteca, cancelación de hipoteca, matrimonios, etc.).

b) La autorización de actos o contratos ineficaces.

c) Cuando reproduzcan, transcriban o expidan documentos notariales sin ajustarse al documento reproducido o trascrito, o bien cuando expidan testimonios o certificaciones falsas.

d) Cuando el notario cartule encontrándose suspendido para ejercer su función.

e) Cuando los notarios realicen un uso inadecuado de su protocolo o lo presten, o incurran en descuido o negligencia en su custodia o de los documentos que deba custodiar.

f) Cuando el notario no se ajuste a las tarifas fijadas para el cobro de honorarios y el cobro sea menor o mayor al establecido.

En consecuencia, el Juzgado Notarial ejercerá el régimen disciplinario cuando los notarios incurran en una trasgresión de sus funciones autenticadoras, asesoras o legitimadoras.

El Juzgado actúa por denuncia concreta contra un notario público; es decir, por interés de la parte, la cual puede ser respecto de la acción disciplinaria promovida en forma verbal ante el juzgado o si se desea por escrito; solicitándose al afectado que de forma concreta y clara indique los hechos que se imputan al notario, con la identificación tanto de la parte denunciante como del notario a denunciar, y las pruebas y copias necesarias.

El Ministerio Público

El Ministerio Público es "*un órgano del Poder Judicial y ejerce sus funciones en el ámbito de la justicia penal, por medio de sus representantes, y esto conforme a los principios de unidad de actuaciones y dependencia jerárquica, con sujeción a lo dispuesto por la Constitución Política y las leyes*"[236].

El Ministerio Público tiene entre sus principales funciones según el artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: requerir ante los tribunales penales la aplicación de la ley, mediante el ejercicio de la acción penal y la función de realizar la investigación preparatoria en los delitos de acción pública. El artículo 62 del Código Procesal Penal indica que:

> -El Ministerio Público ejercerá la acción penal en la forma establecida por la ley y practicará las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho delictivo.
>
> -Tendrá a su cargo la investigación preparatoria, bajo control jurisdiccional en los actos que lo requieran y que los representantes del Ministerio Público deberán formular sus requerimientos y conclusiones en forma motivada y específica.
>
> -El Ministerio Público es el órgano estatal encargado de ejercer la acción penal pública; es decir, el encargado de realizar las gestiones y diligencias tendientes a lograr la comprobación de un hecho delictivo, la identificación de los autores del mismo y a obtener la aplicación de la

[236]Artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, Nº 7442, de 25 de octubre de 1994, modificada por Ley de Reorganización Judicial Nº 7728 del 15 de diciembre de 1997, Primer capítulo, Disposiciones generales.

sanción que correspondiere; lo anterior bajo un esquema de política criminal definido por el mismo Ministerio.

La razón de existencia del Ministerio Público está constituida por la salvaguardia de los derechos e intereses del Estado, los de la sociedad y del individuo, así como por la necesidad de tutelar y fiscalizar la labor de los tribunales evitando, que los individuos se hagan justicia por mano propia. Lo dicho resulta importante en el tema del matrimonio simulado, en el tanto que el deber del Ministerio Público es velar por reguardar los principios y los fines por los cuales el matrimonio se hace. Por lo que si el matrimonio llega a ser desvirtuado por medio de un fraude de simulación, el Ministerio Público deberá iniciar las investigaciones pertinentes, someter los individuos involucrados (notarios, testigos, contrayentes y demás personas según el caso) como lo indica el artículo 62 del Código Procesal Penal ya mencionado.

El Ministerio Público a través de los fiscales debe buscar la verdad real de un hecho concreto denunciado, mediante una reconstrucción histórica adecuada, sustentada por pruebas legalmente obtenidas y dentro del ámbito investigativo preparatorio que le ha sido encomendado. Y es por medio de la colaboración de las denuncias de los ciudadanos afectados al darse por enterados de que están registrados como casados con una persona extranjera de la cual desconocían que el Ministerio Público puede accionar.

El rol del Ministerio Público es delicado, puesto que tiene la potestad de acusar con el objetivo de sancionar y ello le otorga un alto grado de responsabilidad. Por eso se crearon una serie de principios rectores:

1) Independencia funcional: En el artículo 3 de La Ley Orgánica del Ministerio Público se establece:

> La independencia funcional en el ejercicio de sus facultades y atribuciones legales y reglamentarias y en consecuencia, no podrá ser impelida ni coartada por ninguna otra autoridad, con excepción de los Tribunales de Justicia en el ámbito de su competencia[237].

La independencia funcional tiene directa relación con uno de los encargos básicos del Ministerio Público, que se refiere a la necesidad de que sea el

[237] Artículo 3 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

órgano acusador el encargado de definir, en la práctica, una verdadera política criminal y que no sea influenciada ni detenida por ninguna otra institución, garantizando así su objetividad e independencia.

2) Es garante de legalidad: Todo funcionario público está obligado por imperativo constitucional a cumplir y hacer cumplir la ley, en el caso específico de los funcionarios del Ministerio Público, el artículo 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público indica adicionalmente que no se podrá dar información que atente contra el secreto de las investigaciones o que, innecesariamente, pueda lesionar los derechos de la personalidad.

3) Objetividad: El artículo 63 del Código Procesal Penal es claro en indicar lo siguiente que debe adecuar sus actos a un criterio objetivo. Esto lo obliga a investigar las circunstancias que permitan comprobar la acusación o a eximir la responsabilidad del imputado[238].

El Ministerio Público tiene competencia en todo el territorio nacional y se encuentra repartida por cantones según el territorio donde se ubique la Fiscalía respectiva. El artículo 21 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, permite comprender la estructura básica del Ministerio Público, la cual se organiza en fiscalías adjuntas, por territorio o especialización.De acuerdo con ello se dan dentro del Ministerio Público dos competencias a saber: Competencia por Territorio y Competencia por Materia.

Es importante destacar principio de unidad de actuaciones, el cual significa que el Ministerio Público es único para todo el territorio del país, es decir, el personal que lo conforma se consideran miembros de un sólo órgano y actúan bajo una sola dirección, lo cual es parte de su independencia funcional.

En virtud del artículo 32 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Fiscal General puede crear unidades especializadas que pueden actuar de manera temporal en el territorio nacional, en forma conjunta o separada con las fiscalías de la circunscripción correspondiente. El articulo 31 habla de las Fiscalías especializadas y menciona que éstas intervendrán, en todo o en parte, en las etapas del proceso penal, con las mismas facultades y

[238] Artículo 63 del Código Procesal Penal.

obligaciones de las fiscalías adjuntas territoriales y se concibieron partiendo de tres parámetros que ayudaron a determinar su creación, que fueron: la carga de trabajo existente por tipo de delito, en un segundo lugar la importancia del delito y sus técnicas de investigación las cuales varía y por último la incidencia del hecho dentro de la sociedad, dentro de las cuales se pueden destacar las siguientes:

- Fiscalía especializada en narcotráfico.
- Fiscalía especializada en delitos económicos, corrupción y tributario.
- Fiscalía Especializada en agrario-ambiental.
- Fiscalía especializada en penal juvenil.
- Fiscalía de capacitación y supervisión.
- Fiscalía de defensa civil de la víctima Fiscalía de Fraudes.

A continuación, se describe el rol que desempeña específicamente cuando se encuentra ante la denuncia de un matrimonio simulado, el cual es investigado y perseguido por el Ministerio Público bajo la Fiscalía de Fraudes.

III.B Análisis jurídico del Ministerio Público

El Ministerio Público es un órgano que en conjunto y con la colaboración entrelazada entre el Poder Judicial y la Secretaría General del TSE mantiene esfuerzos para sancionar a todos aquellos involucrados en la creación y consumación de un Matrimonio fraudulento o simulado. La razón por la cual este órgano persigue y sanciona a los instigadores y participantes de un matrimonio simulado se deben a que esta clase de acciones fraudulentas amenazan, desvirtúan y vulneran a la familia, Bien Jurídico tutelado.

A partir del año 2009 y sus reformas legislativas en diversas leyes, en contra del matrimonio simulado, se adicionó el artículo 181 bis al Código Penal. Este adéndum tuvo como pretensión tipificar el delito de matrimonio simulado, que dota al Ministerio Público de marco legal para perseguir y sancionar a las personas involucradas que dolosamente colaboren y faciliten la creación de una simulación matrimonial (entiéndanse notarios públicos, testigos y contrayentes).

Pese al esfuerzo realizado en el año 2009, aún no ha sido aplicado dicha tipificación. Lo cierto es que antes y después de la reforma se han abierto y se siguen abriendo procesos y se generan condenas por el delito de falsedad ideológica, pero no por matrimonio simulado, como es el propósito de la reforma jurídica en torno a este tema.

Las condenas que se han realizado han sido por el delito de falsedad ideológica, incluyendo las más recientes sentencias en contra de dos notarias públicas, en fecha de 25 de setiembre del año 2014 por haber realizado una gran cantidad de matrimonios simulados y de13 de abril del 2015.

Desde la incorporación de la reforma mencionada al presente 2015 no habido proceso ni condena alguna presentada bajo el delito tipificado como matrimonio simulado, debido a los siguientes motivos:

La principal razón por la que se han condenado por falsedad ideológica es debido a que los hechos delictivos fueron cometidos antes de la reforma del año 2009, por lo que no puede presentarse ni perseguirse bajo un delito que no se encontraba en esos momentos tipificado.

Los notarios públicos y la victima que interpone la demanda penal son los únicos que se presentan a las audiencias, mientras que los testigos del matrimonio y cónyuge extranjero por lo general ya no están en el país, incluso nunca estuvieron compareciendo frente al notarito público.

Ya que el modo de operar del fedatario es que contacta a los extranjeros e incluso hasta viaja hasta los países de estos para realizarles el poder especialísimo y devolverse al país. Pasado esta etapa, el notario público simplemente se encarga de insertar declaraciones falsas de las comparecencias de los contrayentes y de testigos, así como de sus ficticios asentimientos y expresiones de voluntad.

Ante este panorama el resultado que se prevé es que el Ministerio Público proceda contra la figura del notario público, por ser el único apersonado en el proceso y en el país, de modo tal que quedan impunes los contrayentes y testigos.

Otra razón y que así la afirma la fiscal Ellen Jaspers Salas (quien representó al Ministerio Público en caso de falsedad ideológica contra las notarias públicas involucradas en matrimonios simulados) es que el Ministerio Público se ha obligado a utilizar el delito de falsedad ideológica (aún después a la adición del artículo 181 bis), para acusar a los notarios públicos, por el hecho de que el delito de matrimonio simulado no abarca los hechos típicos por los cuales se realizan dichas uniones matrimoniales.

Se encuentra limitado en el sentido de que no abarca ni menciona aspectos tales como: si las personas nacionales hubiesen sido casadas sin comparecer, o que se genere dicho matrimonio producto del robo, hurto o extravío de sus cédulas de identidad, siendo estos los modos más comunes y generalizados por los cuales aparecen luego casadas las personas nacionales con personas extranjeras.

En nuestro país existe un mercado negro de compra-venta de cédulas de identidad costarricenses, destinada a venderlas para que la persona inescrupulosa realice los delitos que necesite, entre varios tipos, el matrimonio simulado.

Si actualmente los hechos de los notarios públicos hubiesen sido cometidos, de igual manera el Ministerio Público hubiese tenido que perseguirla bajo el delito de falsedad ideológica, ya que los hechos no entran dentro de la descripción de tipo penal de matrimonio simulado (181 bis CP) por quedarse limitado.

Asimismo, otra razón por las que no se condena al fedatario por matrimonio simulado es porque es indispensable comprobar que el notario tuviese conocimiento pleno de que ambas partes tienen el propósito de obtener beneficios de cualquier otro tipo únicamente, como fines migratorios, y no formalizar verdaderamente una relación de pareja.

El decir el notario público debe tener certeza de que la pareja está simulando casarse, para que sea involucrado en este delito del 181 bis. Sino los sancionados únicamente serían las partes si hubo acuerdo simulatorio mutuo o el contrayente extranjero que engaña al nacional, pero por lo general

se vuelve materialmente difícil sancionar al extranjero por dicho delito, ya que para el momento en que se abre la causa penal, el contrayente extranjero, se encuentra desaparecido y en el peor de los casos ya fuera del país, con su nueva nacionalidad adquirida.

Por lo que al desconocer el paradero de la persona extranjera, asimismo quedará impune el notario público que no se logre probar que conocía la voluntad real e inescrupulosa de las partes.

Todos estos motivos y circunstancias anteriores explican por qué el Ministerio Público no puede condenar ni perseguir el matrimonio simulado y en su defecto debe reducir todos los de esta naturaleza a mera falsedad ideológica.

El rol que llega a desempeñar el Ministerio Público cuando recibe una denuncia de este tipo de matrimonio es el siguiente. Cuando el Ministerio Público recibe una denuncia por un supuesto Matrimonio Simulado, por parte de la persona afectada, estos comienzan a levantar una investigación y a recabar pruebas necesarias que servirán para ventilar el proceso penal. Los extranjeros interesados en la naturalización costarricense o su residencia, conociendo que el matrimonio con costarricense es la opción más expedita aprovechan y solicitan a los notarios públicos que les hagan poderes especialísimos, los cuales incluso viajan hasta sus países a realizar dichos poderes, porque los extranjeros todavía no pueden ingresar al país. Una vez que el notario público obtiene el poder especialísimo, con la recolección de cédulas falsificadas, robadas, hurtadas o extraviadas de costarricenses celebran los matrimonios en sus notarías sin que ni siquiera se encuentren presente ni el extranjero ni el nacional ni los testigos. Esto es su caso extremo, ya que también se da casos en los que se encuentran el extranjero contrayente y testigos. El fedatario hace insertar hechos falsos, declaraciones de voluntad ficticias e incluso para mantener su simulación; falsifica las firmas en su protocolo y guarda el poder especialísimo y la cédula de identidad costarricense, en su protocolo de referencias, todo como si realmente hubiese sucedido así. Pasado esto, se envía el formulario a la sección del Registro Civil para que se inscriba dicho matrimonio, el cual si no posee defectos o requisitos

incompletos, se inscribe en un tiempo de aproximadamente 30 días. Una vez inscrito en el Registro Civil, el extranjero espera como mínimo dos años y se presenta a la Oficina de Opciones y Naturalizaciones a exigir y expedir su derecho a naturalizarse, con lo cual queda consumada la simulación del matrimonio cuando obtiene su verdadero propósito, su naturalización. Una vez con una nacionalidad sin restricción como la costarricense pueden ingresar con más facilidad a países como Estados Unidos, España o cualquier otro país miembro de la Unión Europea.

Pasados los años, las personas nacionales se percatan de estar casadas con extranjeros que nunca conocieron y de los que nunca aceptaron casarse. Ante estas circunstancias, la Secretaría General del TSE toma las declaraciones y las envía al Ministerio Público a presentar la denuncia, a partir de lo cual se inicia una investigación.

El Ministerio Público junto con la Organismo de Investigación Judicial tiene la tarea de allanar la oficina del fedatario, recolectar toda prueba hallada en la notaría del profesional involucrado, secuestrar el protocolo habitual y el de referencias que incluyen fotocopias de cédulas de identidad de costarricenses, así como poderes especialísimos que fueron utilizados para realizar las uniones fraudulentas, junto con toda la documentación física y digital que le sea importante y pertinente.

De igual manera se recoleta el protocolo con los folios que en ese instante tenga el notario, lográndose encontrar en su generalidad con faltantes de firmas de testigos e incluso contrayentes o en su lugar firmas que posteriormente con la prueba que descargue la víctima en el proceso se evidenciaran que son distintas. Probándose así también que se ha cometido aparte de una falta notarial grave, que se ha cometido falsedad ideológica por insertar declaraciones falsas en su protocolo.

Todas estas pruebas documentales recolectadas junto con el testimonio de las víctimas y de la confesión del acusado notario y de las pruebas periciales de las firmas encontradas en los folios de matrimonios, van ayudar a la ventilación del caso y que se condene por el delito de falsedad ideológica.

Una vez firme la sentencia penal, el Tribunal Penal ordenará al Registro Civil, que se anule o se suprima el matrimonio involucrado esto con base al artículo 492[239] del Código Procesal Penal y por lo tanto todas las victimas recuperaran su estado civil anterior al matrimonio. Asimismo comunicará al Juzgado de Ejecución de la Pena, al Instituto Nacional de Criminología, al Tribunal Supremo de Elecciones, a la Dirección Nacional de Notariado, al Instituto Nacional de Migración y Extranjería y a la Oficina de Información Penitenciaria para que cada oficina realice lo que le corresponda.

Así se detalla en la sentencia más reciente del año 2015 mediante la cual se condenó a una notaria pública[240].

Si no se logra por esta vía la condena del delito cometido, la Procuraduría General de la República puede plantear vía Contenciosa Administrativa y solicitar la anulación del acto notarial debido a que no contiene las firmas de los contrayentes y de los testigos. También es importante mencionar el tema de la prescripción del delito de falsedad ideológica. Como el extremo máximo de la pena es de seis años, su prescripción va ser a los seis años de cometido, por lo que si una persona nacional se entera de que está casada con un extranjero que no conoció, desde hace más de seis años de inscrito, ya le prescribió el delito, por lo que ya no puede ser perseguido penalmente. Ante esto existen dos vías para darle seguimiento. En estos casos deben presentar el caso a la PGR para que en vía Contenciosa Administrativa se anule el acto (entiéndase la escritura pública de matrimonio). Otra opción la ofrece el artículo 376 del Código Procesal Penal, que consiste en abrir un procedimiento de tramitación compleja y con este procedimiento se duplica el tiempo para prescribir. Ello amerita entre otras consideraciones la cantidad de afectados y aunque habían transcurrido más de seis años, se logró dar apertura y seguimiento al proceso penal al menos contra las abogadas implicadas.

[239] Cuando una sentencia declare falso un instrumento público, el tribunal que la dictó ordenará que el acto sea reconstruido, suprimido o reformado. Si es del caso ordenará las rectificaciones registrales que correspondan. Si el documento ha sido extraído de un archivo, será restituido a él, con nota marginal en cada página, y se agregará copia de la sentencia que hubiera establecido la falsedad total o parcial. Si se trata de un documento protocolizado, la declaración hecha en la sentencia se anotará al margen de la matriz, en los testimonios que se hayan presentado y en el registro respectivo.
[240] Ibídem, p.27.

Corolario de lo anterior, con la incorporación del delito del 181 bis del Código Penal nacido de la reforma del año 2009, el Ministerio Público y el Sistema Judicial ha notado una disminución en la cantidad de matrimonios simulados, sin embargo no se le ha sacado su máximo provecho a dicha tipificación, por ser un delito con una tipicidad limitada, que no incorporó el *modus operandi* frecuente por el que se realiza estos matrimonios, el cual es, por medio cédulas robadas, hurtadas y extraviadas principalmente, así como que no existe acuerdo mutuo de casarse entre el ciudadano nacional y el extranjero, sino que se aporta un poder especialísimo dado por extranjero.

Pero eso no quiere decir que no se encuentren dichas instituciones velando por el control y sanción de los hechos delictivos que generen el matrimonio simulado. Según se detalló párrafos arriba, el Ministerio Público realiza su labor y abre procesos adecuando los hechos al delito de falsedad ideológica. Con ello se logra la aplicación de la justicia esperada por las víctimas de matrimonio simulado. Ello permite constituye el mecanismo para conseguir que las personas afectadas vuelvan a recuperar su estado civil anterior, que los apellidos de los menores que nacieron con apellidos extranjeros recuperen sus verdaderos apellidos, que puedan eventualmente solicitársele pensión alimentaria a los verdaderos padres biológicos que antes no podían hacerlo, que finalmente las personas nacionales puedan casarse con sus verdaderas parejas, obtener bonos de viviendas, becas, subsidios, seguros.

Sección IV. La Procuraduría General de la República (PGR)

La Procuraduría General de la República (PGR) se creó mediante el Decreto de Ley n° 40 de junio de 1948, emitido por la Junta Fundadora de la Segunda República. La PGR es una dependencia del Ministerio de Justicia y Paz. En un inicio se le asignaron obligaciones de Ministerio Público además de ser el ente máximo consultivo en temas administrativos, civiles, criminales y laborales, así como defensa del Estado ante los Tribunales de Justicia. En setiembre de 1982 se emitió la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República n° 6815, en la que se indicaban sus atribuciones, competencias, naturaleza jurídica, y sus actuales funciones. Entre los puntos más relevantes es que se convierte en órgano desconcentrado del Ministerio de Justicia y su papel de Ministerio Público llega a desparecer.

Además de esto, con las reformas añadidas se destaca la inserción de la Procuraduría Ambiental y de la Zona Marítimo Terrestre en el año 1994 y en 1997 se crea el Sistema Nacional de Legislación Vigente (SINALEVI), como instrumento legal y de resguardo de la seguridad jurídica. En 2002 mediante la Ley n° 8242 se reforma la legislación de la Procuraduría de la Ética Pública, en la que se agrega dentro de sus atribuciones:

> 1-La obligación de defender a los servidores del Estado cuando se abra causa penal contra ellos por hechos y actos en el desempeño de sus funciones.
>
> 2-Emprender acciones administrativas con el propósito de prevenir, detectar y erradicar la corrupción, e incrementar la ética y la transparencia en la función pública, así como denunciar y acusar ante los Tribunales de Justicia a los funcionarios públicos y las personas privadas cuando por medio de sus actos realicen ilícitos relacionados con el ejercicio de su cargo o profesión.

Dentro de las principales atribuciones y competencias que posee la PGR se encuentra las siguientes:

> -Es el órgano superior consultivo técnico-jurídico de la Administración Pública. Es decir se encuentra a cargo de emitir informes, dictámenes, pronunciamientos administrativos y dar asesoría al Estado, entes descentralizados, organismos públicos y empresas públicas, en cuestiones jurídicas. Los dictámenes son de acatamiento obligatorio para la Administración.

-Es el representante judicial del Estado y sus funcionarios como actor o demandado en los procesos que se abran en los Tribunales de Justicia.

-Tramita denuncias con el propósito de tutelar la ética pública, recibiendo, investigando y dando seguimiento a denuncias por supuestos actos de corrupción, en los que estén vinculados funcionarios públicos y personas privadas y también tramita denuncias en materia ambiental, protegiendo los derechos del Estado en áreas de patrimonio natural, zona marítima terrestre, zonas fronterizas y el dominio público.

-Asesora a la Administración Pública, por medio de resolución de consultas que son vinculantes.

-Se desempeña como notario del Estado, elabora y formaliza actos y contratos en lo que se necesiten escrituras públicas, así como emitir certificaciones que la Administración Pública solicite.

-Ofrecer al país un sistema de información de normativa vigente que incluye dictámenes, pronunciamientos y normativa referente a juzgados, tribunales y salas del país, esto con el fin de brindar seguridad jurídica y servir de consulta fiable, actualizada a los funcionarios públicos, privados, operadores del derecho, y a la ciudadanía en general.

Estas son en su generalidad las principales competencias que posee la PGR. A continuación se diserta sobre la vinculación de la Procuraduría en su papel dentro del tema de investigación del matrimonio simulado y su comunicación con otros órganos e instituciones del Estado. Interesa estudiar el rol que desempeña la Procuraduría General de la República con el propósito de mitigar y evitar los efectos del matrimonio simulado.

El fundamento legal que abre espacio a que la PGR mantenga injerencia e interés en el tema de los matrimonios simulados, se encuentra en el artículo 64 del Código de Familia. Este artículo establece que la solicitud de declaración de nulidad de matrimonio simulado, además de poder ser establecida de oficio, también mantiene la posibilidad de ser presentada por parte del director del Registro Civil o de la Dirección General de Migración y Extranjería e incluso por cualquiera de los cónyuges, o cualquier perjudicado con el vínculo matrimonial. Es decir, cualquiera de ellos pueden solicitar la nulidad de matrimonio, pero debe de realizarse bajo la representación de la Procuraduría General de la República.

Por medio de la representación de la PGR se abre y sigue el proceso de nulidad matrimonial en el Juzgado de Familia, sin embargo hay que hacer aclaración de que la PGR no es defensora ni lleva representación de las partes,

ya que el rol que desempeña es el representar al Estado en este proceso por un interés en evitar los otorgamientos de cartas de naturalización que expide la Oficina de Opciones y Naturalizaciones que tienen origen por actos fraudulentos.

La PGR en estos casos actúa también bajo el fundamento del artículo 18 de la Ley de Opciones y Naturalizaciones, en la que tiene interés cuando se esté en un caso donde se atente contra la Naturalización. En otras palabras la PGR va a tutelar que no se estén otorgando por parte de esta oficina cartas de naturalizaciones a extranjeros que utilizaron la figura del matrimonio de forma simulada. Este artículo 18 indica que:

> …será nula, de pleno derecho, la naturalización que fraudulentamente haya obtenido un extranjero con violación de los requisitos que dispone esta Ley. En consecuencia, en cualquier momento en que se compruebe que al solicitar u obtener la carta, el individuo naturalizado suministró algún dato falso o fue condenado antes por un delito de los que señalan los incisos 2) y 3) del artículo 15 de esta Ley o que el objeto de su naturalización fuera el de propagar doctrinas o medios totalitarios, contrarios al sistema democrático, el Registro Civil, mediante información que se levante ante sus oficios, a instancia de la Procuraduría y con audiencia del interesado, procederá a anular la carta de naturalización, si resultara comprobado el cargo. La resolución será apelable ante el Tribunal Supremo de Elecciones dentro de los cinco días posteriores a la notificación.

Por lo que la PGR entra en acción al conocer por comunicación de la Secretaría General del TSE y por Opciones y Naturalizaciones que un extranjero ha solicitado la naturalización aportando documentos falsos u otros medios fraudulentos para obtener la misma, pero no por una verdadera convivencia con su pareja.

La anterior escenario sucede generalmente, cuando el ciudadano costarricense se percata de que aparece casado con un extranjero del cual desconoce, por lo que va ser dirigido a la Secretaría General del TSE y este órgano tras levantar la declaración que presente la persona afectada, procede a remitir la misma junto con las pruebas (certificado de matrimonio, cuentas de celular de los supuestos cónyuges para determinar si hubo o no intercomunicación o son desconocidos completamente, carta de naturalización si existiese, certificaciones a la Oficina de Opciones y Naturalizaciones,

denuncia del hurto, robo o extravío de la cédula de identidad de la víctima u ofendido) tanto al Ministerio Público como a la PGR. Las pruebas se remiten al Ministerio Público (si no ha prescrito el delito de falsedad ideológica, esto sí han transcurrido menos de seis años de la consumación de los hechos delictivos), pero si ya prescribió el delito (para evitar un sobreseimiento definitivo por extinguirse la acción penal) la vía es la Procuraduría General de la República a quien se aportan las pruebas descritas. Por su parte, la PGR solicita a la DGME los movimientos migratorios del extranjero para lograr determinar si se encuentra fuera del país o si todavía está en el territorio nacional, esto para la notificación y apercibimiento del proceso abierto que lo involucra o en su defecto nombrar curador procesal.

Con base a todo lo anterior la PGR presenta un escrito de demanda ante el Juzgado de Familia solicitando según sea el caso la nulidad del matrimonio, esto con fundamento en el artículo 64 del Código de Familia.

En dicha demanda se describen los hechos ocurridos, se fundamenta legalmente y se solicita dentro de la petitoria:

-La nulidad de la inscripción del matrimonio.

-Anulación de todo acto preparatorio que haya otorgado la naturalización.

-Anulación de todos los efectos que haya causado el uso de la carta de naturalización.

-Anotación de la demanda en el margen del asiento de inscripción del matrimonio, para efectos de evitar que se divorcien.

-Modificación del acta de nacimiento de la persona menor de edad (si hay involucrados el PANI se le notifica para que se haga presente) para que se le registren los apellidos de sus progenitores biológicos, eliminándole el apellido del extranjero, esto producto de la presunción de paternidad.

Una vez realizada la demanda y presentada ante los juzgados de familia, el juzgado procede (por ser el proceso de nulidad un proceso abreviado) a darle 10 días para contestación, una vez notificadas las partes. Luego se notifica a las partes involucradas, al cónyuge nacional y al extranjero. Si no se logra hallar y notificar a la persona extranjera, debido a que no se encuentra ya dentro del país o se encuentra desaparecida, se procede a nombrar un curador

procesal, tras la publicación de los edictos respectivos, para que represente al mismo durante la vigencia y desarrollo del proceso judicial.

El cónyuge nacional debe presentarse bajo representación legal debida, ya que la PGR lo que hace es interponer el proceso por interés del Estado en que se anule la naturalización o el proceso de otorgamiento de la carta de naturalización si aún no se ha decretado, esto por el uso fraudulento del matrimonio, pero no es defensora de la persona nacional afectada, ya que está fuera de sus competencias como se describió al inicio.

Los juzgados de familia tramitan el proceso bajo nulidad de matrimonio y el afectado queda liberado de esta condición civil por no haber existido consentimiento legal y expreso, de conformidad con el artículo 13 del Código de Familia. Una vez determinado que hubo fraude (debido a que se declararon hechos ante el notario o que el mismo notario los insertó teniendo conocimiento y habiendo insertado aceptaciones de voluntad nunca expresadas), junto con comunicación de los juzgados y la sentencia en firme, se expide por medio de la parte interesada, la ejecutoria. La ejecutoria va ir dirigida a la Secretaría General del TSE y esta remite la nulidad a la oficina de actos jurídicos del Registro Civil, para que se retrotraigan los efectos del matrimonio, se anulan las citas de inscripción del matrimonio, del estado civil y los hijos(as) costarricenses que tengan los apellidos de la persona extranjera ahora pueden adquirir los de su progenitor(a) costarricense.

Finalmente hay que destacar que la principal consecuencia que persigue la PGR con la resolución del juzgado de familia, es que no se otorgue la carta de naturalización y se anulen los actos preparatorios de las misma o si ya fue otorgada, entonces que se anule la naturalización al extranjero así como todos los actos y consecuencias generadas por el uso fraudulento e ilícito de la misma. Para esto la PGR presentará a la Oficina de Opciones y Naturalizaciones la resolución del juzgado de familia bajo los lineamientos del ya mencionado artículo 18 de la Ley de Opciones y Naturalizaciones.

Sección V. Dirección Nacional de Notariado

V.A Conceptualización de la figura del notario público y de su ejercicio, el notariado

El artículo 24 del Código de Familia regula la celebración del matrimonio civil. A diferencia del matrimonio católico, la ley faculta a los notarios públicos para celebrar matrimonios en todo el país, en una escritura pública en el protocolo del notario, que deberá ser inscrito ante el Registro Civil en un plazo máximo de ocho días naturales[241].

Para efectos de esta investigación es necesario estudiar la figura del notario público dentro del matrimonio civil, aquel que es más susceptible a su quebrantamiento en la etapa registral, y sobre el cual el notario público se erige como una columna esencial, al ser el encargado de realizar los trámites registrales y velar por el cumplimiento de los deberes de la función notariado, que incluye garantizar la identidad de las padres y plasmar una realidad en el papel.

En el matrimonio civil, el notario público se constituye el primer control del Estado para evitar la simulación y el uso fraudulento del matrimonio, pues une a los contrayentes en virtud de su investidura legal, después de verificar determinados requisitos que da la ley y, sobre todo, garantizar la identidad y voluntad de las partes.

El notario público

El Diccionario Jurídico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México define notariado de la siguiente manera:

[241] En la sentencia número 73-2014 de las quince horas del treinta y uno de marzo del 2014 del Tribunal Disciplinario Notarial del Primer Circuito Judicial de San José establece que "al no especificar el artículo 31 del Código de Familia si los días son solo hábiles o si han de contarse también los inhábiles, el código que rige supletoriamente es el Código Civil, por disposición del artículo 14, el cual establece que „las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias de las materias regidas por otras leyes". Y luego, por ordenarlo así el artículo 16 de ese mismo Código, en los plazos deben contarse los días inhábiles". La DNN mediante Directriz 01-2008 dictada a las quince horas treinta y tres minutos del tres de setiembre del 2008, establece un plazo de ocho días hábiles; sin embargo, recomiendan presentar toda la documentación dentro del plazo de los ocho días naturales para evitar sanciones disciplinarias.

> Notariado[1]. I (De notario y este del latín notarius). Institución que comprende todo lo relativo a la notaría y a los notarios. En opinión de Giménez Arnau (Neji, p. 481), definir al notariado importa definir al notario o sea que se le considere como grupo de quienes lo desempeñan. Se ha dicho que la naturaleza del notariado se exterioriza en la práctica en el conjunto de facultades que constituyen el ejercicio de la función notarial, la que a su vez, es una prerrogativa del poder público que se va encaminada a declarar el derecho mediante una manifestación con la que se da forma al acto jurídico (…) consiste en términos generales en el sistema organizado de **personas investidas de fe pública para autorizar o dar fe de hechos y actos que ante ellos pasan y se otorgan**; el notario, pues, es un magistrado, representante del poder público, obligado y capaz de recibir y dar información a cuanta manifestación jurídica surja de la vida de relación contractual. (…) el notario es al mismo tiempo un funcionario dotado de fe pública y un abogado que ilustra a las partes, redacta el documento, lo autoriza, expide copias certificadas y conserva el original. La actuación del notario no tiene más límites que los que marcan las leyes[242] (El resaltado es propio, no del original).

Guillermo Cabanellas define notario como un:

> Profesional del Derecho que ejerce una función pública para robustecer, con una presunción de verdad, los actos en que interviene, para colaborar en la formación correcta del negocio jurídico y para solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídicos privados, y de cuya competencia, sólo por razones de históricas, están sustraídos los actos de la llamada jurisdicción voluntaria[243].

El artículo 2 del Código Notarial plantea que *"El notario público es el profesional en Derecho, especialista en Derecho Notarial y Registral, habilitado legalmente para ejercer la función notarial".*

Según las definiciones dadas su figura adquiere la investidura de Fe Pública, que otorga una presunción de verdad a los hechos y actos que conoce. Para el ordenamiento jurídico el ejercicio del notario es fundamental para acreditar como verdaderos gran cantidad de actos y hechos que suceden en la vida diaria y tienen consecuencias jurídicas. Por lo tanto, el notario público da certeza y seguridad jurídica, pues acreditan la existencia de un determinado acto.

---

[242] Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, decimatercera edición, México, 1999.
[243] Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, tomo V, 21a edición, 1989, p. 572.

Respecto a la función notarial, el artículo 1 del Código Notarial explica:

> El notariado público es la función pública ejercida privadamente. Por medio de ella, el funcionario habilitado asesora a las personas sobre la correcta formación legal de su voluntad en los actos o contratos jurídicos y da fe de la existencia de los hechos que ocurran ante él.

El Tribunal Penal de San José en su resolución 848-2014 desarrolla sobre este mismo tema y al respecto indica que:

> La función notarial es una potestad estatal delegada. Representa una asesoría que tiende a la correcta formación y expresión legal de la voluntad del usuario. Tiene como fin la legitimación de actos y contratos que el Estado reconoce como tales cuando interviene un notario habilitado a rogación de parte[244].

Quien ejerza como notario público:

> …realiza una función delegada por el Estado tendiente a la correcta formación y expresión legal de la **voluntad** de quien como usuario acude ante un notario, o sea que este último debe asesorar para que de manera correcta y legal pueda ser expresada válidamente esa voluntad del usuario en actos y contratos, pero además, se trata de una función rogatoria, es decir, **a pedido de parte**, de ahí la importancia de respetar la voluntad de quien solicite los servicios notariales, dado que también al intervenir en la materialización de esa voluntad en un acto o contrato por medio de la intervención de un notario habilitado el Estado, reconocerá legitimidad a los mismos[245]. (El resaltado es propio, no del original).

Neri explica que la función notarial se caracteriza por ser:

> …estrictamente jurídica, cabalmente legal y formalmente pública. Estrictamente jurídica, por causa de los efectos que irradia; cabalmente legal, por proceder de una sanción del Estado; y formalmente pública, por ejercerse bajo el cumplimiento de extremos que afectan a todos por igual[246].

Lafferriere expresa que la función notarial "*tiene por objeto la individualización regular de los derechos subjetivos a los efectos de dotarlos de certeza*"[247]. En cuanto a esto Larraud, citado por Andrés Oviedo expresa que *"los particulares llevan al notario una relación económica o moral; pero él la*

[244]Tribuna Penal, Primer Circuito Judicial de San José, Voto 848-2014 de las 14:00 horas del 25 de setiembre del dos mil catorce.
[245]Ídem.
[246]Neri, volumen II, 1980, p. 368.
[247]Laferriere, op. cit. p. 239.

considera, profesionalmente, en su dimensión jurídica, como problema de derecho, y desde ese punto de vista que le presta su atención cautelar"[248].

Otra definición más cercana al ordenamiento costarricense la ofrece el Reglamento de Lineamientos para el ejercicio y control del servicio notarial aprobado por el Consejo Superior Notarial de la Dirección Nacional de Notariado, cuyo artículo 2 contiene la siguiente definición de función notarial:

> Es una potestad estatal delegada. Representa una asesoría que tiende a la correcta formación y expresión legal de la voluntad del usuario. Tiene como fin la legitimación de actos y contratos que el Estado reconoce como tales cuando interviene un notario habilitado a rogación de parte[249].

La función notarial puede definirse como una potestad estatal delegada únicamente en el notario público, que implica la actuación del notario previo a la petición de las partes, constituyéndose el notario como asesor de las partes y garante de que sea la voluntad de estos la que se exprese.

Larraud[250] explica que los caracteres de la función pública notarial consisten en el:

> -Carácter jurídico: Esto porque la actividad notarial se encuentra tipificada en el ordenamiento jurídico de cada país. Explica Lafferriere: "*el carácter jurídico se refiere a los hechos o actos voluntarios de la vida cuyo fin es la producción de consecuencias mediatas o inmediatas regidas normativamente*[251]".
>
> -Carácter precautorio: Lafferriere dice: "*cautela los intereses privados, para que no se produzcan conflictos*"[252].
>
> -Carácter imparcial: El notario público se encuentra en la obligación de asesorar a todas las partes. Explica Lafferriere que el notario "*debe estar siempre por encima de los intereses comprometidos: su función le obliga a proteger a las partes en forma igualitaria*[253]".
>
> -Carácter público: El notario ejerce una actividad pública, como ya se mencionó anteriormente.

---

[248]Ibídem.
[249]Lineamientos para el ejercicio y control del servicio notarial aprobados por el Consejo Superior Notarial mediante Acuerdo #2013-006-004, tomado en Sesión del 13 de marzo del 2013. Publicados en el Alcance #93 de La Gaceta #97 del 22 de mayo del 2013. Vigentes diez días hábiles después de su publicación, sea a partir del 5 de junio del 2013. Reformados e interpretados según se indica en cada respectivo artículo reformado o interpretado.
[250]Larraud, Rufino. Citado por Lafferriere, Augusto Diego. Curso de Derecho Notarial: Anotaciones efectuadas durante el cursado de la Especialización en Derecho Notarial (FCJS-UNL 2008), 1ª ed. –Ente Ríos, 2008, p. 234.
[251]Ibídem, p. 235.
[252]Ídem.
[253]Ibídem.

-Carácter técnico: esto se refiere a la importancia del documento escrito por el notario.

Es de suma importancia analizar las finalidades de la función notarial para comprender los perjuicios que se derivan del uso ilegal de esta facultad.

Lafferriere[254] retoma el tema de la certeza y la seguridad jurídica como los principios fundamentales que todo notario debe garantizar. En relación con el notario público, el autor explica la importancia de su labor para ofrecer seguridad jurídica al permitir la publicidad registral:

La certeza de las relaciones y situaciones jurídicas concretas es una necesidad fundamental del orden jurídico. Ella puede lograrse por el Estado a posteriori, por medio de la actividad jurisdiccional y la cosa juzgada. Pero también es necesario brindar una certeza preventiva, a priori, a los efectos subjetivos, conforme las necesidades del tráfico y de su prueba eventual. La fijación preventiva de los hechos se logra mediante la fe pública y la autenticidad que de ella se deriva, y para facilitar la fijación a priori del derecho, el Estado en régimen latino crea un sistema de publicidad registral e instituye el notariado para que dirija jurídicamente a los particulares en sus relaciones, actuando en la regulación de sus derechos.

Los deberes de los fedatarios públicos, más adelante explicados, ayudan a fundamentar dicha definición de función pública, así como la importancia operativa en todo Estado de Derecho, pues ofrecen seguridad jurídica y publicidad registral, que guían, en buena medida, las acciones de las personas.

Un ejercicio ilegal de la función notarial implica desvirtuar su importante labor y perjudicar todo el Ordenamiento Jurídico, pues se afectan una serie concatenada de actos y hechos que dañan a las partes y a la sociedad en general.

V.B La responsabilidad del notario público

En el Capítulo VI del Código Notarial se regula lo referente a la responsabilidad del notario público. Los notarios pueden ser responsabilizados,

[254]Ibídem, pp. 239-240.

sin que una excluya a la otra, de forma civil, penal o disciplinaria cuando han incumplido sus obligaciones y deberes profesionales, como indican los artículos 15 al 19 de dicho Código.

Respecto en lo que interesa para esta investigación, la responsabilidad del notario público debe verse según sea competencia de la Dirección Nacional de Notariado o de los Tribunales Notariales, así se encuentra establecido en el artículo 138[255] del Código Notarial.

La Dirección Nacional de Notariado, según el artículo 21 del Código Notarial, es el órgano rector de la actividad notarial y regula a todos los notarios públicos activos del país. En cuanto a la competencia administrativa de esta Dirección para el ejercicio de la función disciplinaria, el artículo 140 del Código Notarial establece lo siguiente:

> -Corresponde a la DNA decretar la suspensión del notario público cuando se cumpla una de las causales de impedimento que establece el artículo 4 del Código Notarial, por ejemplo en los casos donde exista condena por los delitos (inciso c, artículo 4) o si ejerce cargos en cualquier dependencia del sector público (inciso f, artículo 4).
>
> -Corresponde a la DNA decretar la suspensión del notario público cuando falten requisitos o condiciones para el ejercicio del notariado.
>
> -Corresponde a la DNA disciplinar a los notarios por incumplir los lineamentos y las directrices o exigencias dispuestas por la propia Dirección o por cualquier otra dependencia en el ejercicio de sus funciones, así como por la falta de presentación de los índices notariales.

El Código Notarial creó Juzgado y Tribunales Notariales, a los cuales en virtud del artículo 138 y 141 le corresponde sancionar a los notarios públicos. La Sala Constitucional en la sentencia n° 14381-2009[256] respecto del régimen disciplinario explica que es viable en el derecho disciplinario sancionar faltas a los deberes funcionales, sin que el comportamiento o la falta estén detallados en la norma, siempre que la sanción disciplinaria se imponga sobre la base de un proceso justo, donde se comprobó la infracción:

---

[255] Excepto las sanciones que, según este código, le corresponde imponer a la Dirección Nacional de Notariado, es competencia del Poder Judicial, por medio de los órganos determinados en la presente ley, ejercer el régimen disciplinario de los notarios públicos y hacer efectiva la responsabilidad civil por sus faltas.

[256] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número 2009-14381 de las quince horas y cincuenta y dos minutos del dieciséis de septiembre del dos mil nueve.

> En el derecho disciplinario, en razón del fin que persigue, cual es la protección del orden social general, y de la materia que regula, -la disciplina-, la determinación de la infracción disciplinaria es menos exigente que la sanción penal (…). De manera que, el ejercicio de este poder es discrecional, de allí que proceda aplicar sanciones por cualquier falta a los deberes funcionales, sin necesidad de que estén detalladas concretamente como hecho sancionatorio, por lo cual, la enumeración que de los hechos punibles se haga vía reglamentaria no tiene carácter limitativo. (…) razón por la cual **puede sancionarse discrecionalmente las faltas no previstas concretamente, pero que se entienden incluidas en el texto, siempre y cuando resulten de la comprobación de la falta disciplinaria, mediante un procedimiento creado al efecto** (El resaltado es propio, no del original).

Además, dicho voto constitucional define la falta disciplinaria como aquella violación a los deberes propios del cargo:

> La falta o infracción disciplinaria se ha definido diciendo que es una violación al funcionamiento de cualquier deber propio de su condición, aún cuando no haya sido especialmente definida aunque si prevista. (…) se deduce la existencia de tres elementos de la falta disciplinaria: 1.- un elemento material: que es un acto o una omisión; 2.- un elemento moral: que es la imputación del acto a una voluntad libre; y 3.- un elemento formal: que es la perturbación al funcionamiento del servicio o afección inmediata o posible de su eficacia.

En reiteradas ocasiones la Sala Constitucional se ha pronunciado favorablemente en cuanto al régimen disciplinario de los notarios públicos, pues estos pueden ejercer el notariado en virtud del poder de fe pública que el Estado delega en ellos, por lo que su función en la sociedad es de vital importancia y deben existir mecanismos de sanción eficientes y válidos para evitar un abuso de la función notarial por parte de los llamados a ejercerla. En consonancia con este pensamiento, el voto número 1996-04393 de la Sala Constitucional declara que:

> La función notarial es además una función pública delegada en particulares por el Estado, que le concede al notario la fe pública como respaldo a sus actuaciones. En esta medida, **las responsabilidades y los deberes deben ser celosamente vigilados en atención a la incidencia que esa función tiene en la sociedad.** Y el notario, al decidir ingresar al gremio profesional, debe conocer sus responsabilidades, que son estrictamente personales, como personal es su relación de deber con el Estado. La forma en que desempeñe sus funciones y organice la prestación de su servicio, en modo alguno le exime de responder directamente por los deberes que él y sólo él debe cumplir y no puede verse en ello el establecimiento de una

> responsabilidad objetiva, porque los deberes que al notario corresponde, sólo a él le son exigibles. (El resaltado es propio, no del original).

El régimen disciplinario aplicable a los notarios públicos establece cinco tipos de sanciones: las suspensiones del ejercicio del notariado hasta por uno o seis meses, de seis meses a tres años, de tres a diez años y la sanción fija por diez años (*cfr.* artículos 143, 144, 145, 146 y 147 respectivamente del Código Notarial).

La Ley n° 8781 reformó el artículo 145 inciso d) del Código Notarial para incluir una causal de suspensión de seis meses a tres años "*cuando celebren un matrimonio simulado con el concurso doloso del notario, sin perjuicio de las sanciones penales que correspondan*".

Con esta reforma se pretende ampliar el círculo de actuaciones notariales sancionables para incluir la participación, dolosa; es decir, consciente y con voluntad de que el matrimonio que está realizando, no pretende nacer a la vida jurídica como una unión entre un hombre y mujer, donde haya cooperación, auxilio mutuo y convivencia, sino que lo que busca es agilizar un trámite administrativo de orden migratorio. Es una falta a la función notarial y un fallo a la seguridad jurídica realizar un matrimonio donde no se compruebe adecuadamente la identidad de los contrayentes, sin importar si son nacionales o extranjeros, así como realizar un matrimonio sin la comparecencia de alguna de las partes. La inadecuada comprobación de la identidad de las partes es considerada una conducta negligente por parte del notario, lo cual, siguiendo la letra del inciso sobre el matrimonio simulado, lo excluye de sanción. Pues para ser sancionado según ese inciso, el notario público debe haber actuado dolosamente, consciente de que realizaba un matrimonio por conveniencia, en cualquiera de sus modalidades y contrario a lo que estipula el marco jurídico.

Es importante señalar que el notario público puede ser sancionado tanto disciplinariamente como penalmente, en la respectiva instancia. Cabe indicar que la condena de cárcel para un notario implica la inhabilitación de su cargo como notario, por lo que la aplicación de este inciso resulta importante cuando no se persigue el delito en la vía penal.

La resolución del Tribunal Disciplinario Notarial n° 12-2012[257], hace un análisis en el Considerando V *De los deberes del notario público*, según la legislación vigente. En primer lugar, divide los deberes en preescriturarios, como la obligación del notario público de asesorar de igual manera a ambas partes, y los deberes postescriturarios, donde se encuentra el de inscribir el acto o contrato, para que exista la publicidad registral. Esto porque la principal obligación del notario público es plasmar la voluntad de las partes en un documento legal que otorga certeza jurídica:

> Los deberes y responsabilidades del notario pueden ser calificados en preescriturarios y postescriturarios. Dentro de los primeros es de importancia, en la situación acontecida en autos, el de asesoría y, dentro de los segundos, el de inscripción; (…) Las excusas del notario acusado-recurrente, no son suficientes, al negar su responsabilidad en los hechos y atribuirlos al denunciante, cuando ciertamente, el asesor jurídico y el responsable por autorizar el documento era y es él y no quien acude a rogar sus servicios, como se analizará a continuación. De esta forma, conforme a los numerales 1, 2, 6, 7, 34 incisos a), b) f), g) y 36 del Código Notarial, **el cartulario está en la obligación de asesorar en forma imparcial a los comparecientes, lo que implica valorar y encausar la voluntad de quienes requieren de sus servicios, en el marco de la legalidad, previo estudio en los registros públicos de que se trata, así como el de aquellos expedientes administrativos y judiciales cuando el caso lo amerite, asegurando, con esto, la validez y eficacia del instrumento otorgado ante sus oficios, lo que implica, consecuentemente, la inscripción del acto o contrato cuando esto sea necesario, para garantizar su validez y eficacia.** Lo contrario le está expresamente prohibido, según el numeral 7, inciso d) ibid, que prohíbe al cartulario autorizar actos o contratos contrarios a la ley, ineficaces o los que para ser ejecutados requieran autorización previa, mientras ésta no se haya extendido, o cualquier otra actuación o requisito que impida inscribirlos en los registros públicos, en el entendido de que carecerá de validez cualquier manifestación de las partes en que el notario sea relevado de responsabilidad por el incumplimiento de sus funciones (artículo 15 ibid).- Autorizado el acto, conforme a las disposiciones formales y substanciales previstas en el ordenamiento, el notario debe avocarse a la inscripción de aquellos actos o contratos que para su eficacia plena requieran de su registración en las oficinas públicas correspondientes (normativa señalada del Código Notarial, a la que debe sumarse el artículo 34 inciso h), que expresamente prevé esa obligación) (El resaltado es propio, no del original).

[257]Tribunal Disciplinario Notarial. Resolución número 12-2012 dada a las diez horas del veintiséis de enero de dos mil doce.

Como se ha visto, el texto señala importantes deberes de todo notario público y se enfatiza en el deber de asesorar a los interesados para que el contenido del acto sea conforme a la ley y la obligación de realizar un acto en atención del derecho y el marco de legalidad vigente.

El Principio de Rogación también conocido como de Petición es de suma importancia a la hora de analizar el papel del notario público en los matrimonios simulados. Este principio implica la prohibición que tiene el notario público de actuar de oficio. Los servicios notariales deben ser solicitados por la parte interesada, sin que esto implique que el notario se convierta en el asesor de dicha parte. El Principio de Rogación garantiza a la sociedad en general y a las partes participantes del acto que el notario público hará valer la voluntad de las partes, tal como estas lo han expresado, siempre que se encuentre en el marco de legalidad. Se busca evitar posibles adulteraciones de dicha voluntad con la participación activa de las partes interesadas desde el primer momento que se requiere el trabajo de un fedatario. Esto implica que el notario público no puede ser la persona que impulse un matrimonio, mediante poder especialísimo o sin él. Se constituye como una violación a este principio que sea el notario público quien busque -dentro o fuera del país- a personas que por diversos motivos acepten casarse en un matrimonio simulado.

El artículo 3 *De los lineamientos para el ejercicio y control del servicio notarial* establece el principio de que *"a solicitud del interesado, es obligación del notario brindar el servicio, dentro del marco de la legalidad, razonabilidad y proporcionalidad, salvo excusa justa, moral o legal*".

Tampoco se puede perder de vista que el notario público gracias a su función en la sociedad tampoco puede negar sus servicios. El artículo 6 del Código Notarial establece que el notario público está obligado a *"brindar los servicios que se le sean requeridos, de lo cual solo pueden excusarse por causa justa, moral o legal".* Sin embargo, en los casos en que el notario público sospeche de que la voluntad de las partes no es realizar determinado acto el artículo 6 también señala el deber del notario de *"asesorar debidamente a quienes les soliciten los servicios para la correcta formación y expresión legal de su voluntad en los actos jurídicos que realicen*".

Esto implica la obligación del notario de explicar el valor y las consecuencias legales a las partes interesadas por igual, pues se trata de un tercero imparcial que auxilia a las partes como fedatario público. Además, el notario no debe tener ningún interés particular en el documento que redacta, como bien señala el artículo 7 inciso c) del Código Notarial[258].

En el caso del matrimonio simulado con la participación dolosa del notario público, es claro que este recibirá además del pago de sus honorarios, algún otro beneficio económico o de otra índole, y que tiene un interés particular. Sobre todo, en aquellos casos que se dedican de forma organizada y criminal a buscar personas nacionales que acepten casarse con extranjeras, que nunca han conocido.

Continúa el artículo 4 *De los Lineamientos para el ejercicio y control del servicio notarial* con el principio de imparcialidad altamente ligado con el deber de asesorar, cuando dice "e*l notario público debe actuar de manera objetiva e imparcial en relación con las personas que intervengan en los actos o contratos otorgados, apegado a los valores de integridad, coherencia, honestidad y transparencia".*

Para la correcta interpretación de este deber se debe considerar el marco normativo vigente del país, y en cuanto al tema que interesa, las regulaciones específicas sobre el matrimonio. Un notario público no debe iniciar las gestiones para llevar a cabo un matrimonio, sin que las dos partes interesadas se lo hagan solícito. Además, el notario público debe asesorar a las partes de la misma forma y verificar que la unión es legal, puesto que está interpelado a ello, en honor de la investidura que ejerce.

El artículo Los Principios Generales del Derecho Notarial[259] realizado por CIJUL refiere entre las tareas del notario:

[258]Código Notarial. Artículo 7: Prohíbase al notario público: (…) c) Autorizar actos o contratos en los cuales tengan interés el notario, alguno de los intérpretes o los testigos instrumentales, sus respectivos cónyuges o convivientes, ascendientes, descendientes, hermanos, tíos o sobrinos por consanguinidad o afinidad (...).

[259]Centro de Información Jurídica en Línea, 2010, http//www.cijulenlinea.ucr.ac.cr. Consulta: 20 de octubre del 2012.

> (…) la obligación de asesor legal y notarial, cuyo compromiso siempre mantiene un equilibrio entre las partes de manera que el fedatario siempre debe adecuar la actuación notarial a un consenso de voluntades, cuyo contenido no solo esté acorde con lo que las partes deseen, sino que esté acorde con el régimen jurídico vigente aplicable al acto, hecho o negocio jurídico en que participe el notario público.

El notario público es un controlador de legalidad en el sentido de que verifica que la voluntad de las partes interesadas en determinado acto notarial se ajuste a las leyes. No puede otorgar legitimidad a actos o contratos que sean contrarios al ordenamiento o sean ineficaces, por lo que al descubrir que las partes que acuden a sus servicios no pretenden un matrimonio, sino la vía rápida para obtener un estatus migratorio, puede negarse a realizarlo.

El artículo 7, inciso d) del Código Notarial establece dicho deber al prohibir que autorice *"actos o contratos contrarios a la ley, ineficaces o los que para ser ejecutados requieran autorización previa, mientras esta no se haya extendido, o cualquier otra actuación o requisito que impida inscribirlos en los registros públicos".*

Como se ha visto la celebración de un matrimonio simulado únicamente para obtener beneficios migratorios, se encuentra prohibido por el Ordenamiento Jurídico costarricense, por diversas normas, tanto en el Código de Familia como en los Códigos Penal y Notarial. El matrimonio simulado puede llegar a violentar principios fundamentales del ejercicio de la función notarial, por lo que se constituye como un acto ilegal que afecta dañinamente el Ordenamiento Jurídico, al establecer como cierto algo que no lo es, y que puede provocar diversos efectos jurídicos, que en el ámbito migratorio, su fin es burlar el sistema de naturalizaciones.

Al analizar la participación del notario público en los matrimonios simulados, se debe determinar en un primer momento el cumplimiento del principio de Rogación, para que de este modo se sepa el rol del notario en un posible matrimonio simulado: ya sea como conocedor del acto ilegal que realizaba, o bien, víctima de un exceso de confianza al no verificar otros deberes como la identificación de las partes. Además, es obligación del notario público asegurarse de que la voluntad y el consentimiento que expresan las partes

coincidan con lo que realmente sienten. El artículo 35 del Código Notarial plantea que:

> Los notarios actuarán a solicitud de parte interesada, salvo disposición legal en contrario. Deben excusarse de prestar el servicio cuando, bajo su responsabilidad, estimen que la actuación es ilegítima o ineficaz de conformidad con el ordenamiento jurídico o cuando los interesados no se identifiquen adecuadamente.

Es fundamental para esta investigación estudiar el deber de identificar a las Partes, estipulado en el artículo 39 del Código Notarial y que reza así:

> Los notarios deben identificar, cuidadosamente y sin lugar a dudas, a las partes y los otros intervinientes en los actos o contratos que autoricen. Los identificarán con base en los documentos legalmente previstos para el efecto y cualquier otro que consideren idóneo. En el acto o contrato notarial, deben indicar el documento de identificación y dejarse copia en el archivo de referencias, cuando lo consideren pertinente.

Por seguridad para el notario público, el Archivo de Referencias, cuyo carácter es privado puede albergar los documentos que el notario considere pertinentes para garantizar la correcta identificación de las partes, además se puede valer de las herramientas tecnológicas al alcance. El notario público debe identificar a las partes y a los otros intervinientes (testigos) de forma cuidadosa, para evitar sanciones.

El artículo 22 del Código Notarial al regular lo concerniente al Consejo Superior Notarial indica en el inciso iii) la función de "*imponer las sanciones disciplinarias, que disponga el presente Código, siempre que por ley no le competan a los órganos jurisdiccionales*". El artículo 23 establece la función del Director Ejecutivo en el inciso d), cual es *"llevar un registro de las sanciones disciplinarias que se les impongan a los notarios y velar porque se cumplan efectivamente*"; en el inciso h) se le ordena: "*denunciar a los notarios ante el Consejo Superior Notarial, cuando estime que han cometido alguna irregularidad que merezca sanción*".

El régimen sancionatorio y disciplinario es de suma importancia para mantener la aplicación correcta y del debido uso de la fe pública del notario, la cual ha sido abusada por parte de este gremio, para poder cometer los delitos de falsedad ideológica y de las realizaciones de matrimonios fraudulentos, y

muchos otros más, pero que al tema de investigación presente no interesan, todo con el propósito de poder lograr que los extranjeros adquieran su naturalización o nacionalidad costarricense, lo cual es tema que se va a proceder abarcar seguidamente. Al respecto la resolución n° 49-2014 del Tribunal Disciplinario Notarial[260] conoce la apelación del caso de un notario al que se le inicia un proceso disciplinario notarial por realizar un matrimonio donde el otorgamiento de la contrayente no fue presenciado. Para este caso, la prueba que se fundamenta la decisión de suspender al notario por seis años en el ejercicio del notariado es la siguiente: un dictamen grafoscópico rendido por el Organismo de Investigación Judicial debido a la investigación penal en contra del notario público, en el que se concluye que la escritura autorizada no fue firmada por la contrayente. Además fueron vitales otros indicios derivados de la investigación penal, como:

> …la circunstancia de que el contrayente siempre vivió en Isla de la Juventud, República de Cuba y que una de las testigos, la señora M. M. M., no registraba entradas o salidas del país, lo que evidentemente pone en entredicho todo el acto; los cuales no fueron atacados en el recurso bajo estudio.

En este caso, el juez *ad quo* lo que buscó fue verificar si la contrayente no firmó la escritura del matrimonio por responsabilidad atribuible al notario, ya sea "*que lo sucedido obedeciera a una intencionalidad dolosa del recurrente o bien, a su negligencia*".

Es importante destacar que el juez *ad quo* descartó la intencionalidad dolosa del notario por considerar que se trataba de un eventual delito, que corresponde verificar en la vía penal. Por lo tanto, se considera que hubo una indebida identificación de la compareciente por parte del notario. El notario público debe cumplir con el deber de identificación de las partes de todo acto notarial y existe una presunción de que debe entenderse que identificó a las partes correctamente, según el artículo 95 del Código Notarial. En la defensa del notario, este no es capaz de demostrar que la identificación no fue posible de realizar correctamente, por lo que se entiende que llevó "*a cabo una adecuada identificación de quienes comparecieron a realizar el acto*".

[260]Tribunal Disciplinario Notarial.Resolución número 49-2014 de las catorce horas del siete de marzo del dos mil catorce.

Considera el Tribunal Notarial que el deber de identificación no basta solo con la presentación de la cédula de identidad de los contrayentes, sino que:

> El debido cumplimiento de este deber, supone que el notario haya empleado todos los recursos (legales y materiales) que tenga a su alcance para ese cometido, que lo obliga a *„identificar, cuidadosamente y sin lugar a dudas"*, más aún cuando la cédula de identidad no es un documento infalible.

Considera el Tribunal que solicitar únicamente la cédula de identidad es insuficiente y propició la suplantación de uno de los contrayentes. Reconoce que a través de la utilización de otros medios para lograr identificar correctamente a las partes, se hubiera podido evitar la suplantación. Además, no es necesario el conocimiento de un perito o una prueba grafoscópica para lograr la identificación, por lo que el notario investigado incumplió con su deber:

> En primer lugar, la ley no le exige ese nivel técnico, ni experticia en ese campo, sino, que empeñe toda su diligencia en la identificación exigiendo no solo la cédula, sino cumpliendo con todo otro acto atinente a la identificación, que sobre decir, en el caso no demostró que lo hiciera, cuando el numeral 39 ibid así lo exige, y en segundo lugar, porque evidentemente, no se trata de que los dictámenes periciales se realicen como requisito antes de autorizar cada acto suscrito por algún otorgante o interviniente.

Es fundamental destacar el criterio del Tribunal de Notariado en dos puntos relacionados con la investigación de delito en la vía penal y con la perturbación al sistema notarial. En primer lugar considera que el Tribunal de Notariado debe analizar si el notario público cumplió cabalmente con sus funciones y no determinar la existencia de delitos. En segundo lugar, el incumplimiento al deber de identificación implica una afectación grave al ordenamiento jurídico y a la seguridad jurídica:

> El hecho denunciado implique una perturbación para el sistema notarial, lo cierto es que el incumplimiento alegado, sí afecta en forma grave y decidida el ordenamiento jurídico, y la seguridad jurídica que como notario debe brindar, no solo a partes y terceros, sino, a toda la colectividad, que es la finalidad del sistema notarial imperante.

Como se ha visto, la responsabilidad notarial es una tarea de suma importancia que le compete tanto a la DNN como al Juzgado Notarial y al

Tribunal de Notariado, puesto que las faltas que el notario público cometa afectan perjudicialmente al Ordenamiento Jurídico.

La función notarial, con el respeto de todos los principios relacionados, implica el principal control para evitar que situaciones fraudulentas produzcan efectos jurídicos, puesto que el notario público está obligado a solo acreditar como cierto aquello que las partes le manifiesten voluntariamente y que esté dentro del marco de la legalidad.

Las acciones del notario público fuera de la legalidad, deben ser sancionadas, como resultado de un debido proceso judicial o disciplinario donde se compruebe que la conducta del notario público no fue acorde con el derecho y, por tanto, afectó la Seguridad Jurídica que otorga la fe pública.

V.C La figura del notario público en el matrimonio simulado

En el artículo Matrimonio por Conveniencia[261] se indica lo siguiente, que debe ser tomado en consideración para entender el papel activo del notario público en la realización de matrimonios fraudulentos:

> La realidad cotidiana indica que este funcionario es quien propicia de una manera planificada este tipo de uniones, siendo parte esencial del mismo, toda vez que el tiene el depósito de la fe pública, lo que lo convierte en garante de que los aptos sometidos a su conocimiento y que el consentimiento necesario expresado por las partes libre y sin coacciones de ningún tipo es cierto, nuestra investigación da como resultado que quienes incurren con más frecuencia en la simulación de matrimonio son precisamente los Notarios Públicos.

Se ha demostrado que los notarios públicos utilizan la posibilidad de realizar matrimonios (y por extensión divorcios por mutuo acuerdo) por medio de un Poder Especialísimo, situación permitida por el artículo 30 del Código de Familia. A partir del análisis, resulta claro que los artículos 1256 del Código Civil y 30 del Código de Familia se han convertido en el medio que utilizan los notarios públicos para realizar matrimonios simulados. El poder especialísimo, regulado en el numeral 1256 del Código Civil, así como la posibilidad de contraer matrimonio y divorciarse que establece el artículo 30 del Código de

[261]Varios autores. Junio, 2008. Matrimonio por Conveniencia. Publicado en Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Número 5. Recuperado en: http://sitios.poder-judicial.go.cr/salasegunda/revistasalasegunda/revista5/007.html

Familia han sido utilizados por notarios públicos inescrupulosos para fomentar los matrimonios simulados.

Como se explicó en el apartado sobre las Reformas Legislativas referentes al tema del matrimonio simulado, en la vertiente legislativa se ha hablado de eliminar la posibilidad de contraer matrimonio mediante poder especialísimo; sin embargo, por razones políticas, esta propuesta de eliminación no se ha convertido en ley.

Actualmente, es legal y válida la realización de un matrimonio mediante poder especialísimo (por analogía, también un divorcio), que cumpla con los requisitos del Código Civil. Es importante considerar que este poder lo único que faculta es a expresar el consentimiento para el matrimonio y se suele realizar cuando por algún motivo alguno de los contrayentes no puede presentarse a la oficina del notario público encargado. Esto ha sido aprovechado por muchos notarios públicos que con un poder especialísimo, ya sea a favor de una persona nacional o extranjera, realizan matrimonios, tanto en el país como en el extranjero.

Al estudiar el tema del poder especialísimo es importante no satanizarlo y considerar las ventajas de su utilización para garantizar el derecho de toda persona a contraer matrimonio. Como se mencionó en el apartado sobre el *ius connubi*, el Estado debe garantizar los medios necesarios para que cualquier persona, sin importar su nacionalidad, pueda gozar de su derecho a contraer matrimonio. En este sentido, el poder especialísimo se constituye como un mecanismo que permite de forma fácil que una persona que no puede trasladarse, por los motivos que sean, pueda contraer matrimonio válidamente.

No obstante, esta visión no es absoluta. El derecho a casarse puede verse regulado o limitado por distintas acciones estatales: siempre y cuando el Estado garantice a las personas –nuevamente, sin importar su nacionalidad- el derecho a contraer matrimonio con la persona de su preferencia, puede establecer regulaciones que construyan el marco de este derecho; ya sea relacionadas con la edad, el parentesco o el medio para realizarlo.

Es oportuno considerar que las limitaciones referentes a la edad y al parentesco, se fundamentan en el respeto de los derechos de la persona menor de edad así como en investigaciones médicas y científicas. O bien, las limitaciones relacionadas con el género o la cantidad de contrayentes responden a razones jurídicas o sociales, que no son de estudio de esta investigación. La naturaleza de estas limitaciones no guarda ninguna relación con el uso de un poder especialísimo, puesto que la utilización del poder se refiere a las regulaciones registrales y administrativas que el Estado establezca para satisfacer intereses religiosos (matrimonio católico) y la publicidad registral, para evitar casos de bigamia. El poder especialísimo busca facilitar el acto notarial del matrimonio y convertirse en un medio que puede ser únicamente utilizado en el matrimonio civil ante un notario público, que cuenta con la Fe Pública del notario, para garantizar el derecho al *ius connubi.*

Se ha dicho que el poder especialísimo correspondía a una época donde recorrer distancias se hacía complicado, por la falta de recursos económicos y medios de transporte rápidos; no puede descartarse su uso e importancia en la época actual. Sobre todo, si se considera que la globalización ha permitido un auge de los matrimonios entre personas de distinta nacionalidad o bien de personas que contraen matrimonio fuera de su país de origen. La eliminación del Poder Especialísimo no es la solución absoluta para evitar los matrimonios simulados. Pues resulta claro que un matrimonio simulado, realizado mediante poder especialísimo, el notario público actúa con la intención de realizar un matrimonio para agilizar un trámite migratorio, y no para cumplir con los fines esenciales del matrimonio. Además es de suma importancia considerar las acciones de otras instituciones estatales como la DGME que en virtud de que el modo de operación de muchos matrimonios simulados ha sido mediante un poder especialísimo, el artículo 73 de la Ley n° 8467 Ley General de Migración y Extranjería establece la obligación de probar fehacientemente la unión matrimonial cuando fue realizado el acto notarial mediante poder:

> De solicitarse el ingreso o la permanencia de una persona extranjera, en razón de matrimonio con una persona costarricense, deberá demostrarse, obligatoria y fehacientemente, el conocimiento recíproco entre ambos contrayentes; para la renovación de dicho estatus deberá acreditarse, en los mismos términos, la convivencia conyugal.

Además de esto, en caso de solicitar residencia dicho matrimonio debe estar debidamente inscrito ante el Registro Civil costarricense. Los derechos obtenidos bajo la regularización de la permanencia de la persona extranjera en territorio nacional serán otorgados con carácter condicionado y temporal por un lapso de un año, y para su renovación se deberá acreditar, año a año, la convivencia conyugal. Después de tres años consecutivos tal acreditación otorga el acceso permanente a la condición de residente por parte del cónyuge extranjero. El incumplimiento de dicho requisito acarreará la orden de expulsión del extranjero del territorio costarricense.

Ello implica que existe un adecuado control migratorio para los matrimonios realizados mediante poder especialísimo, por lo cual no es necesaria la eliminación de dicha posibilidad para evitar los matrimonios simulados, con fines migratorios. La utilización del Poder Especialísimo para realizar matrimonios falsos así como la participación dolosa y activa del notario público en estos, representan una vulneración a todo lo relacionado con la función notarial y su ejercicio, por ende, una afectación perjudicial a la Seguridad Jurídica del Ordenamiento Público, puesto que el notario público que realiza tal matrimonio se aprovecha de su fe pública, que ha acreditado como cierto tanto el poder especialísimo como el matrimonio, para burlar el sistema migratorio y la protección a la familia.

Es claro que en este panorama, el fallo lo comete el notario público, por lo que su participación se convierte en un aprovechamiento de sus funciones, de la potestad delegada por el Estado de acreditar hechos con la fe pública, para cometer no solo faltas a sus deberes como notario, sino delitos penales. Por esto la lucha contra el matrimonio simulado lo que debe contemplar es la fiscalización de la labor de los notarios públicos. Para esto resulta fundamental el poder disciplinario de la DNN y del Juzgado Notaria y Tribunal de Notariado para que mediante un proceso justo y regulado se compruebe la falta a los deberes y, por ende, la realización de un acto aparente y se sanciones debidamente.

Es fundamental que el notario público cumpla con todos los principios y deberes que influyen en la función notarial, por lo que deben verificar la

identidad de las partes, asesorarlos imparcialmente para asegurarse de que su voluntad sea expresada y apegada al derecho y actuar siempre a solicitud de parte.

En el caso de no cumplir con estos principios, la tarea de los órganos fiscalizadores es fundamental. Para la Dirección Nacional de Notariado es necesario conocer de la actividad ilícita de los notarios públicos para imponer sanciones administrativas a los que se hallen culpables de un acto ilegal. También resulta importante mencionar que es una obligación del notario público tener actualizada la dirección de su oficina y vivienda; en caso contrario, la D.N.N. puede suspenderle el ejercicio del notariado. La actualización de sus direcciones es fundamental para que no se entorpezca el trabajo del Ministerio Público cuando deba investigar situaciones sospechosas.

En los *Lineamientos para el ejercicio y control del servicio notarial*[262] establece en el artículo 8 los requisitos para el ejercicio del notariado:

> a) Estar inscrito en el Registro de Notarios y encontrarse habilitado.
>
> b) Si el notario tuviere oficinas abiertas en distintas localidades del país, deberá señalar cual es la principal. En caso de que no lo hiciere, para todos los efectos se tendrá como principal la primera que aparezca en el registro de la Dirección Nacional de Notariado. En el caso del notario institucional el notariado se ejercerá en las oficinas de la institución para la cual labora, debiendo indicar en cuál de ellas tendrá el Notario la oficina principal.
>
> c) Es obligación del notario mantener actualizada ante la Dirección Nacional de Notariado la dirección de su oficina, domicilio, así como los números telefónicos y de fax, o dirección electrónica y todos los demás medios de comunicación, las cuales se tendrán como las señaladas por el notario para todo efecto legal.
>
> d) Tener protocolo en uso. El notario habilitado no puede estar sin protocolo autorizado por más de tres meses. Si esto ocurre el notario está inhabilitado para ejercer la función notarial."
>
> Otro aspecto a señalar es la posibilidad que ofrece el Código de Familia de no publicar los edictos. La dispensa de la publicación de edictos

[262]Aprobados por el Consejo Superior Notarial mediante Acuerdo #2013-006-004, tomado en Sesión del 13 de marzo del 2013. Publicados en el Alcance #93 de La Gaceta #97 del 22 de mayo del 2013. Vigentes diez días hábiles después de su publicación, sea a partir del 5 de junio del 2013. Reformados e interpretados según se indica en cada respectivo artículo reformado o interpretado.

facilita el trabajo, a pesar de que implica que el notario público conoce el estado civil de los contrayentes[263].

Respecto al Archivo de referencias el artículo 21 de los Lineamientos establece que es un documento de carácter privado, por lo que no son objeto de consulta pública –como sí lo son: la situación disciplinaria y los datos públicos que constan en el Registro Nacional de Notarios. Sin embargo, son objeto de control por las autoridades competentes.

El artículo 34 establece que todo notario público está obligado a informar a la DNN toda salida del país, así como los cambios de oficina, firma, pérdida o destrucción de mecanismos de seguridad (sello blanco, papel de seguridad).

El cumplimiento de todos estos deberes busca garantizar la fe pública y la seguridad jurídica que son fundamentales para el Ordenamiento Jurídico, además, su buena implementación implica un freno a los matrimonios simulados con fines migratorios.

[263] En el informe número 577-F-06-CI del 8 de noviembre del 2006 se señala en muchos de los casos investigados la frase "Dispensa de la Publicación de edictos".

Conclusiones

El análisis del matrimonio simulado se ha abarcado desde el tipo de investigación explicativa como exploratoria.

En su dimensión explicativa ha permitido que más allá de describir los conceptos, se genere un entendimiento del fenómeno que sufre la sociedad costarricense en cuanto a uniones con personas extranjeras que los notarios públicos realizan, aprovechándose de la urgente necesidad de estas personas de adquirir un estatus migratorio estable. Esto afecta también a la ciudadanía costarricense y se atenta contra los principios del matrimonio.

Costa Rica es mundialmente conocido por ser un país pacífico, tener un bajo índice de analfabetismo y un alto índice de natalidad en razón de su buen sistema de educación y de seguridad social. Asimismo se caracteriza por una estabilidad política, económica y laboral con respecto a otros países latinoamericanos, lo que da por resultado una calidad de vida superior por encima de otros países de la región latinoamericana; además nuestro Estado es garante de los derechos humanos.

Aunado a esta imagen positiva del país, la cercanía geográfica con Estados Unidos motiva a las personas extranjeras a naturalizarse costarricenses con el objetivo de encontrar menos trabas migratorias para ingresar a otros países. En virtud de esto, el fenómeno migratorio es un tema de preocupación que ha afectado el nivel de calidad de vida, salud, economía y cultural de la sociedad costarricense.

La búsqueda de oportunidades laborales y con ello mejores opciones económicas ha llevado a las personas extranjeras a migrar a este país. Con lo que, en primera instancia, requieren una visa de ingreso tanto como un estatus migratorio legal de residente o incluso de naturalización para poder ser contratados, laborar en el país o facilitar la emigración hacia otros destinos.

Costa Rica protege el instituto del matrimonio y ha creado una legislación proteccionista que promueve la no discriminación entre los cónyuges, sin

importar su nacionalidad; y favorece la reunificación familiar en el territorio costarricense en caso de que algún miembro del núcleo familiar sea extranjero.

Además el Estado confiere al matrimonio una protección especial en tanto es base de la familia. Esta protección no debe entenderse como una interpretación de que toda unión que haya sido inscrita en el Registro Civil como matrimonio deba tenerse como tal. Es necesario que los fines esenciales del matrimonio sean cumplidos, para que los cónyuges puedan gozar de toda la esfera de derechos y obligaciones que adquieren al convertirse en tales.

Parte de la Política Migratoria del país es promover la integración de las personas extranjeras, como reza el artículo 6 de la Ley General de Migración y Extranjería, por lo que el Estado ha diseñado una política de ingreso y permanencia de las personas extranjeras en el país, donde se facilita la obtención de las categorías migratorias de residente a las personas que tienen un vínculo matrimonial con costarricense. Además, la Constitución Política establece el derecho de solicitar la naturalización a la persona extranjera casada con costarricense.

En Costa Rica, la legislación permite y promueve que la persona extranjera casada con costarricense pueda ingresar al país mediante la visa de reunificación familiar, permanecer en el país como residente temporal por tres años debido al vínculo matrimonial con costarricense, obtener la residencia permanente después de tres años de comprobación del conocimiento recíproco entre los cónyuges y solicitar la nacionalidad costarricense al cabo de dos años desde la inscripción del matrimonio.

Es de resaltar el aumento del número de matrimonios entre personas extranjeras y nacionales luego de la interpretación que hiciera, en 1992, la Sala Constitucional respecto del artículo 14 constitucional en su inciso cuarto. Anteriormente, solo las mujeres extranjeras al casarse con un hombre costarricense tenían derecho a adquirir la nacionalidad. La Sala Constitucional estableció que las palabras mujer u hombre debían entenderse como persona. Por lo que se eliminó el trato discriminatorio por razón de sexo y se permitió

que cualquier persona extranjera tuviese el derecho de obtener la nacionalidad al casarse con costarricense y cumplir los demás requisitos legales.

En los últimos años, la proliferación de matrimonios simulados se ha visto facilitada por notarios públicos que realizan matrimonios fraudulentos entre una persona nacional y otra extranjera, en muchos casos ni siquiera se verifica el consentimiento del cónyuge costarricense.

La problemática del uso fraudulento del matrimonio para obtener beneficios migratorios adquirió gran relevancia nacional a partir de las denuncias de ciudadanos costarricenses y de los medios de comunicación.

La Asamblea Legislativa mediante la Ley n° 8781 Reformas al Código de Familia Ley n° 5476, Código Penal Ley n° 4573, Código Notarial Ley n° 7764 y Ley General de Migración y Extranjería n° 8764 estableció una serie de reformas que buscan sancionar el matrimonio simulado.

Una de las consecuencias de esta ley fue extender la esfera de las conductas sancionables, tanto en la vía penal como en la disciplinaria, para el caso específico de los notarios públicos. Se sanciona con pena privativa de libertad las conductas de los contrayentes y testigos. Por lo cual, el matrimonio simulado pasa de un aprovechamiento del sistema migratorio a convertirse en delito. Sin embargo, las condenas penales se dan por la comisión del delito de falsedad ideológica en contra del notario únicamente y no por matrimonio simulado, quedando la persona extranjera y los testigos sin castigo. Esto ha provocado que el matrimonio simulado continúe teniendo tierra fértil para que se desarrolle prácticamente sin obstáculos.

Asimismo esta investigación es de tipo explicativo y ello ha permitido examinar el problema del matrimonio simulado, del cual existe poco estudio específico y no se ha abordado tal cual mediante otros estudios de licenciatura en Derecho.

Precisamente este punto ha sido medular en el desarrollo de la problemática de la presente investigación: averiguar si el Estado costarricense ha respondido de forma jurídica y sancionatoria al matrimonio simulado de

personas extranjeras, que buscan la obtención de la residencia o la nacionalidad costarricense.

Se estudiaron las siguientes instituciones públicas: las oficinas del Tribunal Supremo de Elecciones: Registro Civil, Oficina de Opciones y Naturalizaciones, la Secretaría General; el Ministerio Público, los Juzgados de Familia, la Dirección Nacional de Notariado, la Procuraduría General de la República y la Dirección General de Migración y Extranjería.

El estudio de la reacción de las citadas instituciones ante el matrimonio simulado permitió verificar que el Estado, en cada campo de acción, se ha esforzado por crear una respuesta que frene los matrimonios simulados, a pesar de que no existen políticas públicas detalladas ni decretadas que mitiguen los efectos del matrimonio simulado, salvo para el caso de la DGME, cuya nueva ley implementó mejoras en la detección de este tipo de uniones fraudulentas.

No obstante, el Estado mediante las resoluciones e investigaciones judiciales, y la comunicación oportuna y entrelazada entre distintas instituciones públicas, sí promueve acciones legales en contra del uso del matrimonio simulado para obtener la nacionalidad o la residencia.

Un importante enfoque ha sido la intención estatal de sancionar con pena de prisión a las personas que participen en un matrimonio simulado y con sanciones disciplinarias, para el caso específico de los notarios públicos.

En esta investigación se estudiaron las acciones que el Estado costarricense, a través de sus distintas competencias en la materia puede realizar para paliar los efectos nocivos de los matrimonios simulados. Cabe destacar que la Constitución Política de Costa Rica establece la posibilidad de permitir a la persona extranjera casada con una nacional de ingresar al país, residir y obtener la nacionalidad costarricense.

En temas migratorios, el Estado, en virtud del principio de soberanía puede crear los parámetros legales que considere congruentes con sus políticas

migratorias, sin lesionar los derechos humanos de las personas, como son el derecho a la protección a la familia, a casarse y a la reunificación familiar.

La realización de este estudio ha permitido comprobar que como parte de la política migratoria de integrar a la persona extranjera a la sociedad costarricense, el Estado ha decidido promover la naturalización de la persona extranjera casada con nacional.

La Constitución Política en el artículo 14, inciso 5 establece que la persona extranjera luego de haber estado casada dos años con costarricense y de haber residido por ese mismo período en el país podrá obtener la nacionalidad costarricense.

La eliminación de esta posibilidad de naturalización, si bien es viable como parte del principio de soberanía del Estado que puede dar los lineamientos y parámetros para permitir la naturalización, en este país sería una medida poco práctica, por lo difícil de su cometido en cuanto a la necesaria voluntad política y al trámite de reforma constitucional.

Un aspecto importante a considerar es la diferencia que existe en cuanto al plazo de matrimonio entre la obtención de la residencia y de la nacionalidad. El TSE, en apego a la letra constitucional, establece un periodo de dos años de matrimonio y residencia en el país para iniciar el proceso de naturalización; mientras que la DGME requiere de tres años de residencia temporal y de haber comprobado anualmente el vínculo matrimonial para otorgar la residencia permanente al cónyuge extranjero.

Dado esta situación, la obtención de la nacionalidad se vuelve mucho más fácil para las personas extranjeras que la obtención de la residencia permanente, pues la DGME solicita mayores requisitos. No obstante, la opción de naturalización más expedita y con menos requisitos para obtener un estatus migratorio estable es por medio del matrimonio con persona nacional. Este tipo de naturalización no requiere el cumplimiento de requisitos como la opción de naturalización por residencia en el país por más de cinco años, ni demostrar que conoce el idioma español o la historia de Costa Rica y sus valores.

Resulta de suma importancia a la hora de estudiar las solicitudes de residencia temporal y permanente por vínculo matrimonial con costarricense destacar la labor de la DGME para evitar que la persona extranjera obtenga beneficios migratorios basados en una situación fraudulenta. Para reforzar la respuesta estatal y evitar el matrimonio simulado para obtener beneficios migratorios es recomendable que la Oficina de Opciones y Naturalizaciones implemente medidas de verificación del cumplimiento de los fines del matrimonio; por ejemplo, el hecho de que efectivamente exista conocimiento recíproco entre los cónyuges y que constituyen un tipo de familia.

La comprobación de solo dos años de aparecer registralmente casados, ante la proliferación de los matrimonios simulados es una medida que se queda corta y promueve la naturalización de personas extranjeras que no están interesadas en ser costarricenses. Por esto, dicha Oficina debería requerir que se demuestre el vínculo matrimonial según los principios del artículo 11 del Código de Familia, mediante entrevistas separadas a ambos cónyuges, prueba documental, testimonial y cualquier otro medio legítimo y válido.

En cuanto a la respuesta jurídica de instituciones como el Registro Civil, la Oficina de Opciones y Naturalizaciones y la Secretaría General del TSE no poseen ni han elaborado directrices internas para el control y mitigación de los efectos del Matrimonio Simulado. Estas tres oficinas, mediante la labor conjunta según sus distintas competencias han implementado medidas informales e incipientes para la coordinación con otras instituciones, como la PGR, cuando detectan la posible simulación de un matrimonio inscrito o que se ha utilizado como fundamento para obtener la carta de naturalización. Estas medidas consisten en el aviso vía electrónica o telefónica de la sospecha, lo cual ocurre posterior a la inscripción del matrimonio.

Por su parte, el TSE no posee, previo a la inscripción del matrimonio, algún mecanismo que detecte y frene dichas uniones, sino que son inscritas y cuando se tienen indicios acerca del uso fraudulento del matrimonio, lo informan al Ministerio Público y a la PGR. La razón se debe a que el Registro Civil es una oficina que posee facultades y competencias del registro de los acontecimientos, como matrimonios y divorcios; su competencia no es iniciar

procesos de investigación en contra de los sospechosos, pues no existe ley o directriz que los autorice, como ordena el principio de legalidad que rige en la Administración Pública.

Similar aunque no idéntica situación padece la Procuraduría General de la República en cuanto a su actuar. La participación de la PGR es obligatoria en los procesos de nulidad de matrimonio, como representante del interés estatal de asegurarse de que el instituto del matrimonio no sea usado de forma fraudulenta para obtener beneficios migratorios. La PGR no posee amplias políticas internas, ni regulación propia pertinente ante esta situación, actúa según la ley y en estricta cooperación con la Oficina de Opciones y Naturalizaciones y con los juzgados de familia, esto según los artículos 18 de la Ley de Opciones y Naturalizaciones y el artículo 64 del Código de Familia.

Ahora bien, la DGME es la excepción la regla, en el tanto que esta institución como se detalló en su respectiva sección, posee lineamientos normativos y políticas públicas que le permiten actuar tutelados por la ley con el propósito de mitigar que el matrimonio simulado favorezca la obtención de determinado estatus migratorio. La DGME posee un cuerpo policial migratorio, técnicamente especializado para diversos controles y patrullajes en esta área, así como para proceder a la investigación y allanamientos de las viviendas con el propósito de comprobar que las parejas realmente se encuentren viviendo bajo los principios básicos que tutela el Código de Familia y demás indicios que lo demuestren.

La Ley General de Migración y Extranjería n° 8764 contiene los lineamientos por los cuales se rige el control migratorio. En lo que interesa, el artículo 73 establece para la renovación de la residencia la acreditación de la convivencia conyugal; si los cónyuges no lo demuestran, la persona extranjera correrá el riesgo de ser deportada del país, con lo que se busca evitar que un matrimonio simulado permita a una o varias personas beneficiarse de una condición migratoria estable para la cual no cumple los requisitos.

Por otro lado la DGME, mediante el Departamento de Gestión de Visas realiza un estudio exhaustivo de cada solicitud para obtener la visa

costarricense por reunificación familiar, en el que se estudia el vínculo de la persona solicitante con costarricense y su capacidad económica, que le permitirá vivir dignamente en el país.

La participación del notario público y de la Dirección Nacional de Notariado es de suma importancia en los matrimonios simulados, pues la simulación con el propósito de obtener fines migratorios ocurre en el marco de los matrimonios civiles. En virtud de esto, la DNN busca ser mucho más vigilante de la labor de los notarios públicos, quienes poseen fe pública, para sancionar disciplinariamente cuando se demuestre que oficiaron, dolosamente, un matrimonio simulado.

En cuanto al estudio de las acciones del Ministerio Público y de los juzgados penales esta investigación permitió identificar que si bien la Ley n° 8781 creó los delitos de simulación del matrimonio y matrimonio simulado, para sancionar a todos los participantes de un matrimonio simulado; es decir, los notarios públicos, los testigos y contrayente ficto. Sin embargo a la fecha esto no existe condena por estos delitos a los cónyuges simulados, ya que la probanza de la simulación es sumamente difícil y principalmente a que el tipo penal del matrimonio simulado, en su descripción queda debiendo en cuanto a que no logra cubrir el modo generalizado por el cual se facilitan dichas uniones, que es por medio del robo, hurto, sustracción o extravío de las cédulas de identidad de ciudadanos costarricenses.

A pesar de esto, el delito de falsedad ideológica permite sancionar al notario público cuando se compruebe que hubiere realizado un matrimonio simulado y ha sido el tipo aplicado para la condena de los últimos procesos penales en contra de dos notarias públicas -según se refirió en páginas precedentes-.

La razón por la cual se condena a un notario público por el delito de falsedad ideológica dentro de procesos en los que al acto principal fue la realización de un matrimonio fraudulento es debido a que para que se les condene bajo el delito de matrimonio simulado, resulta indispensable comprobar que el notario tuviese conocimiento pleno de que las partes tenían

el propósito obtener únicamente beneficios de cualquier otro tipo, por ejemplo fines migratorios y no cumplir con los principios del matrimonio de conformidad con el artículo 11 del Código de Familia.

La voluntad que las partes exteriorizan es algo que el notario debe respetar y tomar por cierto por la imposibilidad material de conocer las verdaderas intenciones ocultas en los contrayentes; puesto que no se logra culpabilizarlo por el delito de matrimonio simulado.

Hay otros obstáculos que el delito de matrimonio simulado no contempla ni describe dentro del tipo penal a las personas nacionales que sin comparecer o sin estar presentes ante el notario público contrajeron matrimonio; lo cual se ve facilitado por el robo, hurto o extravío de sus cédulas de identidad.

Si los hechos de los casos de las notarias públicas hubiesen ocurrido en fecha posterior a la reforma legislativa de los artículos del Código Penal, de igual manera habrían sido juzgadas bajo el delito de falsedad ideológica, ya que en los hechos probados demuestran que las personas nacionales no comparecieron ante el notario público, y que sus documentos de identidad habían sido sustraídos o extraviados, acciones que no abarca el tipo penal del matrimonio simulado.

Esta investigación ha permitido concluir que no es viable aplicar los principios de la defensa del matrimonio cuando se trata de uno simulado, cuyo único objetivo es obtener un beneficio migratorio, sin cumplir los requisitos. Cuando se compruebe que los fines de mutuo auxilio, vida en común y cooperación no se cumplen en una relación matrimonial, y que únicamente existe registralmente pero no materialmente, el Estado debe tomar acciones para impedir que de esta unión resulten beneficios migratorios, como la naturalización privilegiada.

Se debe dejar claro que obtener la nacionalidad o la residencia costarricense a partir del matrimonio con una persona nacional, sin respetar los fines esenciales del matrimonio, constituye un abuso al Ordenamiento Jurídico.

En razón de lo anterior, se ha logrado confirmar la hipótesis planteada, ya que el Estado, ante el uso abusivo y fraudulento del matrimonio, ha implementado diversos recursos jurídicos para paliar y mitigar los efectos del matrimonio realizado con el único fin de burlar el sistema migratorio del país.

Ya sea mediante reformas legislativas, donde la Ley n° 8781 Reformas al Código de Familia Ley n° 5476, Código Penal n° 4573, Código Notarial Ley n° 7764 y Ley General de Migración y Extranjería Ley n° 8764 en el año 2009 ha sido el mayor aporte al tema del matrimonio simulado, pues implicó la tipificación de conductas como delitos en el Código Penal o faltas disciplinarias en el Código Notarial, así como la declaración de nulidad de este tipo de uniones estipulado en el Código de Familia.

Además, la Ley General de Migración y Extranjería cambió lo relacionado con la investigación del matrimonio simulado, al fortalecer los requisitos para obtener y conservar la residencia temporal en el país como cónyuge de costarricense. La exigencia de solvencia económica y contar con un seguro de la Caja Costarricense del Seguro Social se han convertido en frenos eficaces para el matrimonio simulado.

Asimismo, las diversas instituciones públicas han implementado con mayor fuerza y eficacia otras respuestas, por ejemplo, la condena por el delito de Falsedad Ideológica y una mayor participación de la PGR en los juicios de nulidad e inexistencia del matrimonio.

Ante la propagación de matrimonios simulados que buscaban una vía rápida para obtener beneficios migratorios, el Estado debió actuar puntualmente para mitigar los efectos del matrimonio simulado y reforzar e implementar herramientas jurídicas para poder descubrir, investigar y sancionar a las personas que participan en este tipo de fraude.

En virtud de esto, el Estado ha implementado una serie de respuestas jurídicas mediante las reformas legislativas, que han sancionado al matrimonio simulado con la nulidad, previo un proceso judicial. Asimismo, a través de la creación de nuevos tipos penales ha generado herramientas para que el Ministerio Público persiga a las personas involucradas en matrimonios

simulados; sin embargo, estos no han sido del todo eficaces, pero, sin duda, constituyen un repelente para que las personas se abstengan de participar en matrimonios simulados.

Si bien no existe una política pública decretada en cada institución estudiada para proceder en los casos de matrimonio simulado, sí existen esfuerzos entrelazados para la detección, denuncia e investigación de los matrimonios simulados.

El Estado debe velar para proteger el instituto del matrimonio tal como es definido en la legislación, la unión en la que existe ayuda mutua, vida en común y cooperación, considerada como la base esencial de la familia y de la sociedad. Además, en el ejercicio del principio de soberanía debe garantizar que a las personas a las que se les otorgue la nacionalidad costarricense se unan a la sociedad costarricense y de esta forma proteger el régimen migratorio del país para evitar que se convierta en una vía rápida para obtener beneficios migratorios y que por su nueva condición como naturalizados costarricenses le genere facilidad de ingreso a otro país.

Referencias bibliográficas

Libros

Brenes, Alberto. (2010) Tratado de las Obligaciones. Octava Edición. Editorial Juricentro. San José Costa Rica.

Cabanellas Guillermo. (1989), Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta S.R.L., Vigésima primera edición. Buenos Aires, Argentina.

De Castro y Bravo, Federico (1997) El Negocio Jurídico. Segunda Edición Editorial Civitas S.A. Madrid. España.

Ferrara, Francisco. (1960) La simulación de los negocios jurídicos. Editorial Revista Derecho Privado. Madrid. España.

Guerrero, Sergio (2006). Derecho Internacional Privado. Universidad Nacional Autónoma de México. Primera edición. México.

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (1999) Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.Décima tercera edición. Editorial Porrúa, México, 1999.

Jinesta, Eduardo. (1990) La Simulación en el Derecho Privado, Talleres de Mundo Gráfico S.A. Primera edición. San José, Costa Rica.

Lafferriere, Augusto Diego. Curso de Derecho Notarial: Anotaciones efectuadas durante el cursado de la Especialización en Derecho Notarial (FCJS-UNL 2008). Primera Edición, Editorial Ente Ríos, 2008.

Montero, Fernando (1999) Obligaciones. Primera Edición. Editorial Premia Editores. San José Costa Rica.

Mosset, Jorge. (2001) Contratos Simulados y Fraudulentos. Tomo uno. Contratos Simulados. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires. Argentina.

Pérez Vargas, Víctor. (1994). Derecho Privado. Litografía e Imprenta LIL. San José. Costa Rica.

Torrealba, Federico. (2009) Lecciones de Contratos. Segunda Edición. Editorial Isolma. San José Costa Rica.

Trejos, Gerardo; y otros. (2010). Derecho de la Familia. Primera Edición. Editorial Juricentro. San José, Costa Rica.

Trejos, Gerardo. (2012). Derecho de la Familia. Primera Edición. Editorial Juricentro. San José, Costa Rica.

Trabajos finales de graduación

Alvarado Herrera, S. (2009). Los derechos humanos de la persona migrante frente a la Administración Pública en la aplicación de la Ley General de Migración y Extranjería. Tesis para optar por el grado de licenciado en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San Pedro.

Guerrero Segura, E., Solís Ruballos, S. (2012). Estudio crítico de la Ley General de Migración y Extranjería N. 8764 en cuanto al ingreso, permanencia y egreso de los extranjeros en Costa Rica. Tesis para optar por el grado de licenciado en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San Pedro.

López Benavides, Mario Alberto. (2008) La(s) noción(es) de matrimonio de la Sala Constitucional. Tesis para optar por el grado de licenciado en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San Pedro.

Palma Umaña, I. (2009) La negación del derecho a la nacionalidad y sus consecuencias. Una revisión de los casos presentados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tesis para optar por el grado de licenciado en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San Pedro.

Peralta Guillén, J. (2010) ¿Constituye la cancelación definitiva de la licencia del notario público una sanción perpetua? Propuesta para incorporar en el Código Notarial las normas legales que revoquen la habilitación que el Estado otorga al abogado para ejercer el Notariado Público. Tesis para optar por el grado de licenciado en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad.

Revistas

Acuña Guirola, Sara. Cuestiones actuales de Derecho Comparado. Artículo: El derecho a contraer matrimonio y el derecho a formar una familia en los textos internacionales de derechos humanos y en la Constitución española de 1978. Universidad de Cádiz. Pp. 225-226 Disponible en: http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/11221/1/CC-73%20art%2016.pdf

Méndez Chaves, E., Fallas Zeledón, A., Rivera Jiménez, L., Paniagua Barrantes K., Solís Retana, M., Badilla Rumoroso, G. "Matrimonio por conveniencia". Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Número 5. Junio, 2008, San José, Costa Rica. Recuperado de: http://www.poder-judicial.go.cr/salasegunda/revistasalasegunda/revista5/007.html

Ruiz, D. Cadenas, C. "¿Qué es un Política pública?", Revista Jurídica IUS. México. Recuperado el 23 de octubre de 2013, de: http://www.unla.mx/iusunla18/reflexion/QUE%20ES%20UNA%20POLITICA%20PUBLICA%20web.htm

Varios autores. Junio, 2008. Matrimonio por Conveniencia. Publicado en Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Número 5. Recuperado en: http://sitios.poder-judicial.go.cr/salasegunda/revistasalasegunda/revista5/007.html

Jurisprudencia

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Solicitada por el Gobierno de Costa Rica.

DIRECCIÓN GENERAL DE MIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA. Resolución D.G.V.C. 0799-2014MPD de la a las 08:05 horas del 04 de agosto de 2014.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Opinión Consultiva, sin número, del 18 de junio del año 2009, para la Acción de Constitucionalidad del expediente 09-007954-0007-CO.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Opinión Jurídica Nº OJ-63-2009 del 21 de julio, 2009.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto 1992 -03435 de las 16:20 horas del 11 de noviembre de 1992.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto 1995-1944 de las 15:18 horas del 18 de abril de 1995.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto 1996-04393 de las 12:45 horas del 23 de agosto de 1996.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto 2006 -07262 de las 14:46 horas del 23 de mayo del 2006.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto 2007-15197 de las 11:39 horas del 19 de octubre del año 2007.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto 2007-05813 de las 10 horas con 37 minutos del 27 de abril de 2007.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto 2008-10734 de las 18:00 horas, del 26 de junio del 2008.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Vot2009-003326 de las 11:58 horas del 27 de febrero del 2009.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto 2009-14381 de las 3:52 horas 16 de setiembre del 2009.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto 1656-2010 de las 15:00 horas del 27 de enero del año 2010.

SALA PRIMERA. Voto 116-F-S1-2010 de las 9:00 horas del 22 de enero del año 2010.

SALA SEGUNDA. Voto 1997-063 de las 15:10 horas del 10 de abril de 1997.

SALA TERCERA. Voto 2006-990 de las 09:00 horas del 29 de setiembre del 2006

SALA TERCERA. Voto 2013-1476 de las 10:05 horas del 10 de octubre del 2013.

SALA TERCERA. Voto 2014- 0304 de las 8:30 horas del 07 de marzo del 2014.

TRIBUNAL DE FAMILIA. Resolución 298-2004 de las 9:00 horas del 02 de junio del 2014.

TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO CIVIL, Sección Primera. Resolución 1984-383 de las 14:45 horas del 06 de junio de 1984.

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN JOSÉ. Resolución 1994-118 de las 09:20 horas del 18 de abril de 1994.

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL, Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución 1665 de las 11:00 horas del 23 de agosto del 2012.

TRIBUNAL DE JUICIO, Primer Circuito Judicial de San José, Voto 331-2015 de las 16:15 horas del 13 de abril del 2015.

TRIBUNAL PENAL, Primer Circuito Judicial de San José. Resolución 848-2014 de las 14:00 horas del 25 de setiembre del 2014.

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución 2817-2009 de las 10:20 horas del 14 de diciembre de 2009.

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución 2010 -2333 de las 10:30 horas del 21 de junio de 2010.

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Resolución 1419-2010 de las 10:30 horas del 22 de abril de 2012.

TRIBUNAL DE NOTARIADO. Resolución 2010- 00175 de las 9:15 horas del 27 de mayo del año 2010.

JUZGADO PRIMERO DE FAMILIA DE SAN JOSÉ. Resolución 76- 2012 de las 11:04 horas del 24 de enero de 2012.

Normativa internacional

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Normativa nacional

Código de Familia de Costa Rica. Ley Nº 5476 del veintinueve 21 de diciembre de 1973.

Código Notarial de Costa Rica. Ley Nº 7764 del 17 de abril de 1998.

Constitución Política de Costa Rica, 1949.

Ley General de Migración y Extranjería de Costa Rica. Ley Nº 8764 del 19 de agosto del 2009.

Ley Orgánica del Poder Judicial de Costa Rica. Ley Nº 8 del 29 de noviembre de 1937.

Ley Orgánica del Ministerio Público de Costa Rica. Ley Nº 7442 del 15 de diciembre de 1997.

Reglamento de la Asamblea Legislativa de Costa Rica del 15 de marzo del 2011.

Código Civil de Costa Rica.

Código Procesal Civil de Costa Rica.

Código Penal de Costa Rica.

Código Procesal Penal de Costa Rica.

Código Electoral de Costa Rica.

Ley General de la Administración Pública de Costa Rica.

Ley General de Policía de Costa Rica. Nº 7410.

Ley 8781 Reformas al Código de Familia Ley N° 5476, Código Penal Ley N° 4573, Código Notarial Ley N° 7764, y Ley General de Migración y Extranjería N° 8764.

Ley de Opciones y Naturalizaciones de Costa Rica.

Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y de Registro Civil N. 5304

Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica.

Ley de servicio de obtención de documentos de identidad para los ciudadanos, opción y naturalizados de nacionalidad extranjera nacidos en la República o hijos de costarricenses nacidos en el extranjero.

La Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, N. 6815

Informe de Servicios Técnicos N° ST. 012-2007 J de la Asamblea Legislativa.

Reglamento para Obtención de Documentos de Identidad y la Naturalización del 31 de enero de 1956.

Reglamento Relativo a los Trámites, Requisitos y Criterios de Resolución en Materia de Naturalizaciones y decretos relativos (vigente nº 12 del 2012).

Decreto el Reglamento Relativo a los Trámites, Requisitos y Criterios de Resolución en Materia de Naturalizaciones, Nº 12-2012.

Decreto TSE 06-2011 Reglamento del Registro del Estado Civil del 03 de mayo del 2011. Tribunal Supremo de Elecciones, Publicado en la Gaceta número 94 del 17 de mayo del 2011.

Decreto TSE 06-2011 Tribunal Supremo de Elecciones Publicado en La Gaceta nº 94 de 17 de mayo de 2011.

Circular DG-0009-02-2014 Directrices generales de Visas de Ingreso para personas no residentes emitida por la DGME el día 25 de febrero de 2014.

Proyectos de ley

Proyecto de Ley número 15969 Reformas del Código Notarial y del Código de Familia para fortalecer los mecanismos para la celebración del matrimonio en sede notarial. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica.

Proyecto de Ley N° 15.969. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica.

Proyecto de ley que deroga el artículo 30 del Código de Familia para la erradicación de los matrimonios por conveniencia bajo el expediente n° 16293. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica.

Páginas Web

Beirute, P. “El Matrimonio Simulado” 20 de diciembre del 2009, Periódico digital La Nación, Sección Opinión. Recuperado de: http://www.nacion.com/ln_ee/2009/diciembre/20/opinion2200281.html

Citado en Resúmenes de la Jurisprudencia del Sistema Americano de Protección a los Derechos Humanos. Derecho a la Nacionalidad. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado en http://www.corteidh.or.cr/tablas/usuario/resumen-jurisprudencia.pdf

Corte Internacional de Justicia. Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia. 1948-1991. Pág. 47. Recuperado en: http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf

Citada a su vez en la resolución 2011-005270 dada en San José a las quince horas con quince minutos del veintisiete de abril del año dos mil once. Recuperado en: http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/Constitucion%20Politica/Sentencias/2011/11-005270.html

Crema des García, Purificación. Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche. Volumen I, Nº 1, Julio 2006. Págs. 12-28. "Matrimonio por complacencia: una realidad". Disponible en dirección electrónica http://revistasocialesyjuridicas.files.wordpress.com/2010/09/02-cremades.pdf

García Zúñiga, Rocío. I Jornadas de Derecho de Familia Internacional: "La adopción internacional y los matrimonios de conveniencia". Facultad de Derecho A Coruña, 6 y 7 de abril, 2006. *Los Matrimonios de Conveniencia Como Fraude de Ley*. Recuperado de http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=294

Martin, R. "45 años de prisión por matrimonios simulados" 29 de abril del 2010, Periódico digital AlDia. Sección Sucesos, Recuperado de: http://wvw.aldia.cr/ad_ee/2010/abril/29/sucesos2352901.html

Ortega Carrillo de Albornoz, Recuperado el 16 de enero del 2014 del sitio web: http://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/21878/Capitulo2.pdf

Ortega Carrillo de Albornoz, Antonio. Derecho Privado Romano. Pp. 43-50. Recuperado el 16 de enero del 2014 del sitio web: http://www.derechoromano.es/2011/12/el-matrimonio-romano.html

Periódico La Nación titulada "*25 cubanos contrajeron nupcias un día antes de regir nueva ley"* se menciona la existencia de notarios públicos que se dedican a realizar matrimonios fraudulentos. Recuperado el 16 de enero del 2014 http://www.nacion.com/data/cubanos-contrajeron-nupcias-regir-nueva_0_1304669662.html

Tribunal Supremo de Elecciones. Información de Trámites Institucionales. Recuperable en

dirección:http://www.tse.go.cr/pdf/requisitosytramites/Inscripcion-de-matrimonio-civil-o-catolico.pdf

Sánchez, A. ("*Sospechoso del mayor escándalo de lavado en la historia, pagó ¢300 mil a una tica para obtener la ciudadanía", 28 de mayo del 2013*) Periódico digital CRHoy. Sección Nacional, Sucesos. Página 1, Recuperado de http://www.crhoy.com/sospechoso-del-mayor-escandalo-de-lavado-en-la-historia-de-costa-rica-pago-%C2%A2300-mil-a-una-tica-para-obtener-la-ciudadania/

Vigésima Segunda Edición del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española (2001).

Entrevistas

Calvo Jara, Rosa. Oficial de Inscripciones del Registro Civil, el día 03 de junio del 2014.

Jaspers Salas, Ellen. Fiscal de Fraudes del Ministerio Público, el día 11 de diciembre de 2014.

Mena Carvajal, Oscar. Secretario General de la Secretaría General del Tribunal Supremo de Elecciones, el día 30 de setiembre del 2014.

Picado Brenes, Ana María. Jueza del Tribunal de Apelaciones de Familia del Primer Circuito Judicial, el día 05 de mayo del 2014.

Ramírez, Marcela. Procuradora General de la República, el día 27 de junio del 2014.

Vargas Jaubert, Raquel. Jefe de Gestión de Visas de la Dirección General de Migración y Extranjería, el día 29 de julio de 2014.