

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

Tesis de graduación para optar por el título de licenciatura en derecho.

**“ Abusos presentes en los acuerdos homologatorios de divorcio
por mutuo consentimiento generados por la violencia
doméstica”**

Fernando Salazar Pérez

Fabiola Solano Portuguez

**Ciudad Universitaria “Rodrigo Facio”
Setiembre, 2015**



21 de setiembre del 2015
FD-AI-677-2015

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: Fabiola Solano Portuguez, carne A96041 y Fernando Salazar Pérez, carne A95698 denominado: "Abusos presentes en los acuerdos homologatorios de divorcio por mutuo consentimiento generados por la violencia doméstica" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final, por parte de la estudiante Solano Portuguez. Quedando pendiente la defensa del trabajo final por parte del estudiante Salazar Pérez, por cuanto no ha completado el plan de estudios de la carrera, de conformidad con lo dispuesto en el oficio VI-4801-2015. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

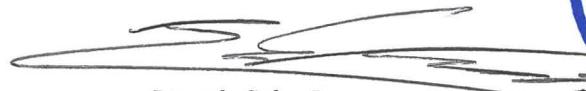
Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: **"EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL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

Tribunal Examinador

Informante	Lic. Alberto Jiménez Mata
Presidente	Licda. Ilse Díaz Díaz
Secretario	Dr. Haideer Miranda Bonilla
Miembro	Licda. Karla Montero Soto
Miembro	Lic. Roberto Azofeifa Gamboa

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **08 de octubre del 2015**, a las 7:00 p.m. en el Salón Rodrigo Facio.

Atentamente,


Ricardo Salas Porras
Director



lcv
Cc: arch. expediente

San José, 14 de setiembre de 2015

Señores:

Área de Investigación

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Quién suscribe, en mi condición de director del trabajo final de graduación de los egresados **Fabiola Solano Portuguez, carnet A96041 y Fernando Salazar Pérez, carnet A95698**; titulada: "**Abusos frecuentes en los acuerdos homologatorios de divorcio por mutuo consentimiento generados por la Violencia Doméstica**", 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 nuevo elemento dentro del estudio de la violencia intrafamiliar en las relaciones de pareja matrimonial, precisamente en los momentos en que se valora la posibilidad de llegar a un acuerdo para poner fin al matrimonio, lo es cuando el ejercicio del poder de uno de los cónyuges sigue su camino ahora para tomar ventajas de una u otra forma en el eventual acuerdo y, probablemente, dejar desamparado al otro cónyuge, especialmente en materia patrimonial.

El trabajo de los estudiantes deja entrever la necesidad de modificaciones sustanciales al sistema jurídico de la patología familiar, especialmente en la necesaria protección de este tipo de actuaciones, muchas veces acuerpadas por profesionales del notariado que justifican la parcialidad de su cliente, en general quién está en mayor ventaja de poder.

El estudio contiene un importante marco conceptual de los temas fundamentales y una adecuada investigación de casos que han llegado a los Tribunales en los que se aduce la existencia de ese fenómeno de perjuicio para la sociedad.-

Atentamente:



Alberto Jiménez Mata

Profesor - Director de tesis

cc: Archivo

Estudiantes Solano Portuguez y Salazar Pérez

Doctor.

Ricardo Salas Porras.

Director del Área de Investigación.

Facultad de Derecho.

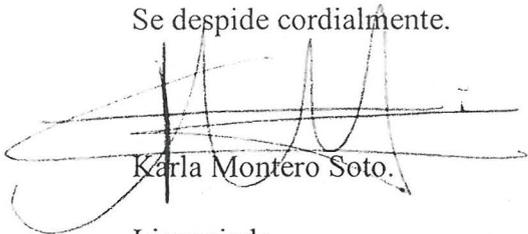
Universidad de Costa Rica.

Presente.

Estimado señor:

Por este medio le comunico que en mi condición de lectora he examinado el Trabajo Final de Graduación elaborado por los estudiantes Fabiola Solano Portuquez, carne universitario A 96041 y Fernando Salazar Pérez, carne universitario A 95698, titulado: "Abusos presentes en los acuerdos homologatorios de divorcio por mutuo consentimiento generados por la violencia doméstica" y le doy mi aprobación ya que considero que es un tema novedoso y que introduce una temática digna de ser analizada bajo las nuevas concepciones doctrinarias con visión de género. Además cumple con los requisitos de forma y de fondo exigidos por las normas que rigen los Trabajos Finales de Graduación de la Universidad de Costa Rica.

Se despide cordialmente.



Karla Montero Soto.

Licenciada.

Lectora.

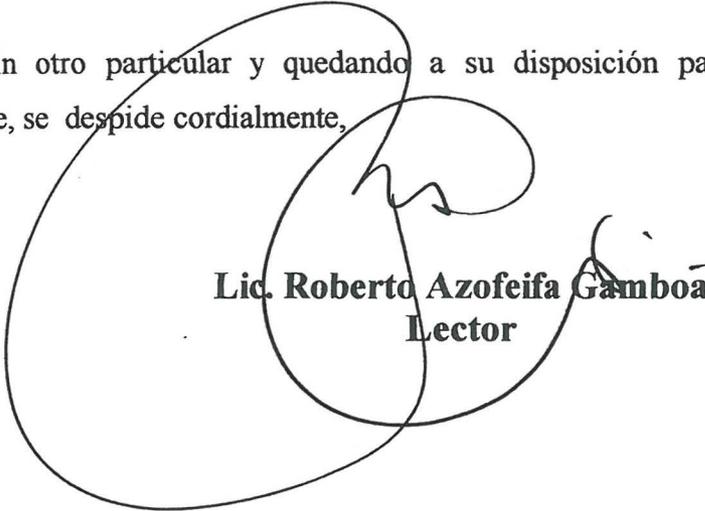
San José, 16 de setiembre de 2015

**Doctor
Ricardo Salas Porras.
Director del Área de Investigación.
Facultad de Derecho.
Universidad de Costa Rica.
Presente.**

Estimado don Ricardo:

Luego de saludarlo, me permito por este medio informarle en mi condición de lector del Trabajo Final de Graduación elaborado por los estudiantes *Fabiola Solano Portuquez*, carné universitario A 96041 y *Fernando Salazar Pérez*, carné universitario A 95698, titulado: *“Abusos presentes en los acuerdos homologatorios de divorcio por mutuo consentimiento generados por la violencia doméstica”*, que luego de examinarlo considero que cumple con los requisitos de forma y de fondo exigidos por las normas que rigen los Trabajos Finales de Graduación de la Universidad de Costa Rica. En igual forma cabe adicionar que dicho trabajo nos presenta importantes aportes respecto de una temática de especial interés a nivel tanto judicial como social, razón por la que dispense mi aprobación.

Sin otro particular y quedando a su disposición para lo que así considere pertinente, se despide cordialmente,



**Lic. Roberto Azofeifa Gamboa
Lector**

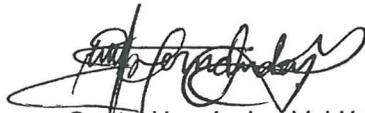
San José, 17 de setiembre de 2015

Doctor
Ricardo Salas Porras,
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica.

Quien suscribe, en mi condición de filóloga, he leído y corregido el trabajo final de graduación denominado: "**Abusos presentes en los acuerdos homologatorios de divorcio por mutuo consentimiento generados por la violencia doméstica**", elaborado por los estudiantes Fernando Salazar Pérez y Fabiola Solano Portuguez, con el fin de optar por el grado académico de licenciatura en Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Hago constar que he revisado el trabajo de investigación mencionado en todos los aspectos de redacción (cacofonía, repeticiones, queísmos, dequeísmos, anfibología), así como la ortografía y ofrecerle cadencia al texto y fluidez léxica.

Atentamente,


Grette Hernández Valdés
Carné 166



Dedicatoria

A mi hija amada, Camila, quien es mi motivación

y mi impulso para superarme y salir adelante.

A mi papá y mi mamá..., quienes siempre me han apoyado

e inculcado el valor del estudio

y, a quienes amo y agradezco infinitamente

por ofrecerme la oportunidad y el privilegio de estudiar

y cumplir mis sueños.

A quienes ya no están,

y pusieron su granito de arena para que hoy yo estuviera aquí,

Ninini, Tito Juan, Tita Carmen...

A toda mi familia,

especialmente a Gabi, tía Feli, Tita Cari, Gre y Ernesto

por ayudarme y apoyarme siempre que lo necesité.

Fabiola Solano Portugal

Agradecimiento

A mi director de tesis, licenciado Alberto Jiménez Mata,

por su paciencia, su apoyo y su guía

durante este largo y sacrificado proceso,

¡Gracias profe!

A los lectores y los miembros del tribunal por sacar un poco

de su tiempo para ayudarme a alcanzar mi mayor meta.

A mi familia y a Jonathan por siempre brindarme

su apoyo incondicional, levantarme el ánimo y acompañarme

durante tantos años de estudio y sacrificio.

A todas las personas que, de alguna manera,

contribuyeron a la realización y culminación de este proyecto.

Fabiola Solano Portuguese

AGRADECIMIENTO

Al concluir el trabajo final de graduación y reflexionar sobre el largo proceso que conlleva llegar a este punto, brotan de mis recuerdos un sinnúmero de personas que colaboraron en distintos ámbitos de mi vida para llevar a buen puerto tan difícil empresa.

Las breves palabras esbozadas en el presente agradecimiento, son limitadas para quienes en realidad se les está infinitamente agradecido por la colaboración brindada. Los principales gestores de estos son los maestros y, no hablo solo de quienes en un aula brindaron su conocimiento, sino de esos que enseñan para la vida y, después de mucho tiempo, su sabiduría recalca en lo más profundo del ser.

Agradezco con lo más sensato que puedo ser, a esos compañeros que siempre brindaron su apoyo incondicional y día a día se mostraban más como otra familia en las largas y complejas jornadas universitarias, si se nota que no menciono nombres, es porque considero sería injusto para quien mi memoria omite; solo una mención distinta a quien hasta la finalización del presente trabajo me acompañó en momentos buenos y malos y, a pesar de todo, apoyó esta complicada odisea.

Para concluir, nada de lo anterior se hubiese gestado si no tuviese de respaldo a mi familia, la cual desde que inicié mis estudios estuvo dispuesta a apoyarme en lo que pudiera y, a la fecha, dicho apoyo no ha mermado; las gracias son infinitas a mis hermanos, mis sobrinos, mi abuela que me apoya desde el cielo. Y con todo el honor que merecen, un agradecimiento que es proporcional al amor que les tengo, a mis padres.

Fernando Salazar Pérez

ÍNDICE GENERAL

CUESTIONES INTRODUCTORIAS	1
JUSTIFICACIÓN	3
OBJETIVO GENERAL	6
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	6
HIPÓTESIS	6
METODOLOGÍA	7
ESTRUCTURA DE LA TESIS	8
CAPÍTULO 1- El Divorcio por Mutuo consentimiento y sus implicaciones en Costa Rica	10
SECCIÓN I- El desarrollo histórico del divorcio en el Derecho de Familia costarricense	10
1.1. La historia del divorcio en Costa Rica	10
1.2. Divorcio sanción	18
1.3. Divorcio remedio	26
1.4. Divorcio por mutuo consentimiento	28
SECCIÓN 2- Generalidades del divorcio por mutuo consentimiento	36
2.1. Requisitos del divorcio por mutuo consentimiento	36
2.2. Nulidad del Convenio de divorcio por mutuo consentimiento	59
2.3. Cuestiones procesales del divorcio por mutuo consentimiento	68
2.4. Problemáticas del divorcio por mutuo consentimiento y su proceso	74
CAPÍTULO II. LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN COSTA RICA: NORMATIVA, GENERALIDADES Y CONSECUENCIAS PARA SUS VÍCTIMAS	80
Sección 1. La violencia doméstica y su normativa en Costa Rica	80
Sección 1.1 ¿Qué es violencia doméstica?	81
Sección 1.2 Diferentes manifestaciones de violencia doméstica	83
1.3. El ciclo de violencia doméstica	90
1.4. Convenios ratificados en Costa Rica y Normativa Nacional contra la violencia hacia las mujeres.	94
Sección 2: Consecuencias en las víctimas de la violencia doméstica	110
2.1 Efectos psicológicos desencadenados por un trauma	110
2.2 Repercusiones psicológicas de la violencia doméstica en la capacidad volitiva	120
2.3 Procedimiento precautorio en casos de violencia doméstica	126
2.4 Ineficiencia del sistema judicial para una real protección de las mujeres víctimas de violencia doméstica	128
CAPÍTULO III. EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO UNA VISTA EN EL DERECHO COMPARADO Y LA FUTURA LEGISLACIÓN COSTARRICENSE	131
Sección 1. El Divorcio por presentación conjunta: Argentina	131
Sección 1.1 Etapas del proceso	134
Sección 1.2. Patrocinio único para ambos cónyuges	135
Sección 1.3. Los convenios de divorcio y su modificación	137

SECCIÓN 2. El divorcio voluntario mexicano	140
SECCIÓN 2.1 EL PROCESO DE DIVORCIO VOLUNTARIO EN LA LEGISLACION MEXICANA	141
SECCIÓN 3. El divorcio por mutuo consentimiento en España	146
Sección 3.1 El divorcio remedio	147
Sección 3.2. Ley 15 del 8 de julio de 2005: el divorcio sin causal	148
Sección 3.3. La protección del cónyuge débil en el derecho español	154
SECCIÓN 4. El proceso de divorcio en El Salvador	158
Sección 4.1. El divorcio por mutuo consentimiento	160
SECCIÓN 5. Proyecto de Código Procesal de Familia en Costa Rica	166
<i>CAPÍTULO IV. EL PROCESO DE DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO EN COSTA RICA: ANÁLISIS DE EXPEDIENTES.</i>	170
Sección 1. Análisis de expedientes de los Juzgados de Familia del I Circuito Judicial de San José, Hatillo, Desamparados, II Circuito Judicial de San José, Alajuela, Cartago y Heredia, donde se han presentado incidentes de oposición a la sentencia homologatoria de divorcio por mutuo consentimiento	171
Sección 1.1. Expedientes del Juzgado Segundo de Familia del Primer Circuito Judicial de San José	172
Sección 1.2. Expedientes del Juzgado de Familia de Cartago	181
Sección 1.3. Expedientes del Juzgado de Familia del Segundo Circuito Judicial de San José	186
Sección 1.4. Expedientes del Juzgado Civil, Trabajo, y Familia de Hatillo, San Sebastián y Alajuelita	191
Sección 1.5. Expedientes del Juzgado de Familia de Desamparados	196
CONCLUSIONES	202
RECOMENDACIONES	210
BIBLIOGRAFÍA	224

TABLA DE ABREVIATURAS

ABREVIATURA	SIGNIFICADO
Art.	Artículo.
Arts.	Artículos.
CAPS	Centros de Atención Psicosocial de apoyo a los Tribunales de familia
CCE	Código Civil Español
CCF	Código Civil Federal Mexicano
CEDAW	Convention of elimination of all forms of discrimination against woman (Convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer)
CF	Código de Familia
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Comp.:	Compilación
CPC.	Código Procesal Civil
Ed.	Editorial
Etc.	Etcétera
FA.	Familia
Hrs.	Horas
Ibíd.	Ibídem
Inc.	Inciso
LCVD	Ley contra violencia doméstica
Lic.	Licenciado
LPVM	Ley de Penalización de la violencia contra las mujeres
N°	Número
OEA	Organización de Estados Americanos
Op. Cit.:	Opere citato (obra citada)
P.	Página
PANI	Patronato Nacional de la Infancia
Pp.	Páginas
S.A.	Sociedad Anónima

RESUMEN

1. JUSTIFICACIÓN

El interés por estudiar el tema de los abusos presentes en las Sentencias Homologatorias de Divorcio por Mutuo Consentimiento como producto de la Violencia Doméstica, surge a raíz de dos situaciones fundamentales: la primera de ellas, es la experiencia en la práctica profesional que se realiza en los Consultorios Jurídicos de la Universidad de Costa Rica, ahí los autores de esta tesis atendieron casos en donde el problema a resolver era de usuarias que -en situaciones de violencia doméstica-, habían firmado divorcios por mutuo consentimiento, los cuales eran lesivos a sus intereses y se apersonaban en busca de revertir tal inconveniente. La segunda situación se origina al considerar la gran cantidad de divorcios por mutuo consentimiento presentados en los Juzgados de Familia; pues aproximadamente, en la actualidad, la mitad de los procesos que se resuelven en dichos despachos, corresponden a este tipo; por lo tanto, es motivo de interés legal y judicial debatir sobre los casos en donde se hayan dictado sentencias homologatorias de acuerdos de divorcio por mutuo consentimiento, aún cuando haya habido violencia doméstica y, por ende, tales acuerdos no respondan a la libre voluntad de una de las partes.

2. HIPÓTESIS

El sistema judicial no se encuentra capacitado para contrarrestar los abusos presentes en los acuerdos de divorcio que los jueces de familia homologan y, además, en los procesos de divorcio por mutuo consentimiento, no cuenta con un procedimiento que asegure la debida protección de los derechos de la parte vulnerable dentro de la relación matrimonial: la mujer.

3. OBJETIVO GENERAL

Determinar y demostrar la problemática de género y los abusos que de esta resultan en los acuerdos homologatorios que se establecen en los divorcios por mutuo consentimiento.

4. METODOLOGÍA

En el presente trabajo se pretende desarrollar una investigación con las características cualitativas y descriptivas, puesto que se describirá el Instituto del Divorcio por Mutuo Consentimiento y de la Violencia Doméstica. Luego, será de tipo explorativa; pues al realizar un análisis de las fuentes no se logra encontrar alguna que aborde el tema específico del presente trabajo. Además, finalizará como correlacional porque se busca vincular el tema del Incidente de Oposición de Sentencia Homologatoria con una problemática de género, la cual origina vicios en el consentimiento a la hora de establecer un acuerdo de divorcio.

Se implementará la investigación documental, ya que algunas fuentes primarias utilizadas serán trabajos finales de graduación, libros, artículos de revistas, análisis de derecho comparado, estudio de normativa, entrevistas a jueces y expertos en el tema y jurisprudencia. Como fuentes secundarias de información se utilizarán enciclopedias, diccionarios y, en general, instrumentos que faciliten al lector la comprensión de la materia expuesta.

5. CONCLUSIONES

El proceso de Divorcio por Mutuo Consentimiento, una vez presentado ante el juzgado, se torna de difícil acceso especialmente para las personas que se encuentran en una posición de desventaja frente a su cónyuge, no conocen los plazos, ni los medios para defender sus derechos. Tal es así que todos los incidentes de oposición presentados a la sentencia homologatoria de divorcio y los cuales se estudian en el presente proyecto, fueron rechazados de plano. Además de esto, el juez no conoce ampliamente la situación, este proceso debe ser expedito por su naturaleza no contenciosa; sin embargo, la falta de conocimiento por parte del juez de la situación familiar sobre la que va a aprobar o rechazar un convenio de tanta importancia, puede provocar grandes perjuicios para una de las partes, donde en la mayoría de casos es la mujer.

El incidente de oposición al acuerdo de divorcio por mutuo consentimiento, es una figura muy poco utilizada en Costa Rica, dicha situación en lugar de provocar que el instituto del divorcio por mutuo consentimiento esté siendo efectivo, deja un sinsabor, por cuanto al realizar el análisis de expedientes donde se establecieron estos incidentes, se nota que la eficacia de esta figura es nula; pues de los expedientes estudiados, todos fueron rechazados, en unos casos por la presentación extemporánea y, en otros, porque no se logró comprobar la existencia de un vicio en el consentimiento.

El Recurso de Apelación como único medio de impugnación de la sentencia homologatoria de divorcio resulta confuso e ineficaz, por cuanto contiene vacíos normativos que ocasionan discusiones sobre el plazo para interponerlo, lo cual genera que se tenga que acudir a la analogía para resolverlos y, en muchos casos, han sido resueltos con un plazo menor y otros con un plazo mayor, esto deja al descubierto la falta de seguridad jurídica en este contexto.

Por lo tanto, es necesaria una reforma del instituto del Divorcio por Mutuo Consentimiento y los lineamientos que se siguen en su proceso en general, desde la labor del notario hasta los plazos de interposición del Recurso de Apelación; modificaciones que deben tener en cuenta la equidad de género, los factores económicos de las partes involucradas en el proceso, su situación social y la realidad en la cual se encuentran inmersas.

FICHA BIBLIOGRÁFICA

Salazar Pérez, Fernando y Solano Portuquez, Fabiola. (2015). ABUSOS PRESENTES EN LOS ACUERDOS DE DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO GENERADOS POR LA VIOLENCIA DOMÉSTICA. Tesis de licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. Ix y 231.

Director: Alberto Jiménez Mata.

Palabras claves: divorcio, divorcio por mutuo consentimiento, violencia doméstica, sentencia homologatoria de divorcio, incidente de oposición, recurso de apelación, vicios en el consentimiento, derecho comparado.

CUESTIONES INTRODUCTORIAS

El divorcio por mutuo consentimiento es un instituto cuyo inicio data desde la época de los Romanos; sin embargo, su instauración en las sociedades actuales fue hasta que se separó el Estado de la Iglesia Católica.

En la presente investigación se realizará un análisis del instituto del divorcio de manera general; así como también del divorcio por mutuo consentimiento de manera específica, ya que ambos, al ser un medio de disolución del vínculo matrimonial tienen, para quienes los utilizan, repercusiones en el ámbito social, económico, patrimonial y familiar.

La figura del divorcio por mutuo consentimiento, se puede definir como el instrumento que tienen los cónyuges para disolver su vínculo matrimonial, al utilizar como causal únicamente su voluntad común de finalizar con su matrimonio y obtener, asimismo, la facultad de decidir ellos sobre la distribución de sus bienes y lo relativo a sus hijos. Dicha autonomía de la voluntad debe ser libre y, en los casos en donde se encuentre viciada, se cuentan como instrumentos de defensa: el Incidente de Oposición de Sentencia (antes de la homologación del convenio por parte del juez) y el Recurso de Apelación, el cual se presenta una vez homologado el convenio de divorcio.

El divorcio contencioso así como el divorcio por mutuo consentimiento, presuponen una relación horizontal entre las partes; sin embargo, esto no siempre es así, pues cuando una persona se encuentra dentro de un ciclo de violencia doméstica su voluntad se convierte en la voluntad de la otra persona y, es ahí donde se encuentra el vacío normativo de éste instrumento, ya que al ser un medio donde la “autonomía de

la voluntad” es su principal requisito en algunos casos, las personas víctimas de violencia doméstica, se enfrentan a la necesidad de firmar acuerdos de divorcio donde renuncian a sus derechos patrimoniales y familiares.

En la presente investigación se abarcará el tema de la violencia doméstica, sus causas y, de manera amplia, el tema de los acuerdos abusivos de las partes y cómo una persona víctima de violencia doméstica firma acuerdos contra su voluntad y sin conocer los efectos que puede tener la firma de tal convenio.

Los países que van a la vanguardia del Derecho como España, Argentina y México han implementado una serie de normas que buscan garantizar la protección de la parte vulnerable de la relación. En este trabajo final de graduación, se analiza cada uno de los procesos de divorcio por mutuo consentimiento en dichos países, en comparación con la legislación costarricense, lo anterior para encontrar diferentes soluciones a la problemática encontrada en nuestra normativa, donde al ser un instrumento casi sin modificaciones desde su introducción en el Código de Familia costarricense, ha quedado rezagado en relación con las necesidades de la sociedad actual.

Además, se analizarán diferentes expedientes en los cuales víctimas de violencia doméstica han presentado un incidente de oposición de sentencia o un Recurso de Apelación, con el fin de demostrar la conexión existente entre los procesos de violencia doméstica y los incidentes o recurso interpuesto por la parte débil o víctima en el proceso de divorcio por mutuo consentimiento.

Se concluye al sugerir una serie de recomendaciones basadas en el derecho comparado, las cuales los autores consideran podrían ayudar a evitar los abusos a los

derechos de las víctimas de violencia doméstica presentes en los acuerdos y respectivas sentencias homologatorias de divorcio por mutuo consentimiento.

JUSTIFICACIÓN

El interés por estudiar el tema de la Sentencia Homologatoria de Divorcio por Mutuo Consentimiento, surge a través de dos situaciones fundamentales: la primera de ellas es de una experiencia en la práctica profesional que se realiza en los Consultorios Jurídicos de la Universidad de Costa Rica, en esta se presentaron casos en donde el problema que se debía resolver era de usuarias que habían firmado divorcios por mutuo consentimiento, los cuales eran lesivos a sus intereses y se apersonaban en busca de revertir tal inconveniente.

Como segunda situación, se encuentra la de considerar la enorme cantidad de casos que actualmente se están presentando en los Juzgados de Familia en materia de divorcio por mutuo consentimiento; pues hoy, más o menos la mitad de los procesos que se resuelven en dichos juzgados, corresponde a este tipo, esto acrecienta el interés nacional para entrar a debatir sobre la posibilidad de que se estén presentando homologaciones de acuerdos con divorcios por mutuo consentimiento, en los cuales se esté presentando un ciclo de violencia hacia las mujeres.

El divorcio por mutuo consentimiento se realiza mediante la voluntad de los cónyuges, con el objetivo de disolver el vínculo matrimonial que los une. En muchas ocasiones, alguno de ellos sufre algún vicio en el consentimiento; por lo tanto, gozan del incidente de oposición a la sentencia homologatoria de divorcio efectuada en el Juzgado de Familia respectivo, esta oposición únicamente se puede llevar a cabo antes de que el acuerdo sea homologado. Desde este momento, es cuando se presentan serios problemas respecto a las mujeres que padecen de violaciones a sus derechos por

los ciclos de violencia intrafamiliar a las que se ven sometidas y la limitada posibilidad que tienen de defenderse. Incluso, el corto tiempo para alegar, significa un problema en sí mismo.

El plazo para enfrentar el incidente de oposición de sentencia homologatoria de divorcio es antes de que la sentencia sea homologada por el tribunal. Una vez homologada, no se puede interponer dicho incidente, lo cual conllevaría a que la única manera de proteger los derechos de estas mujeres sea mediante la vía de la apelación de la sentencia y tiene un plazo de tres días. El problema es que -en ese momento-, demostrar los vicios en el consentimiento es sumamente difícil, pues se tiene en contra la fe pública del notario.

En muchas ocasiones, se realizan estos divorcios para disolver vínculos matrimoniales en donde ha mediado violencia intrafamiliar y, muchas veces, la aceptación de tales acuerdos es la única vía de escape para las mujeres que sufren agresión; quienes con tal de salir de ese círculo de violencia firman acuerdos inconvenientes -tanto para ellas como para sus hijos o hijas- que se ven privados de todos los derechos patrimoniales y familiares que les corresponderían con la disolución del matrimonio.

Sobre la participación del juez de familia en estos casos, se resalta el poco o ningún conocimiento sobre el caso en particular; pues la noción de este sobre el contexto se reduce al acuerdo de homologación que se le presenta, el cual se firma frente a un notario público, pero sin un estudio a profundidad sobre la situación precedente.

Se debe separar dos estados en estos casos; el primero de ellos, sí se están cumpliendo con los requisitos exigidos desde el punto de vista legal; pues el

procedimiento se sigue de forma ordinaria, ya que el notario autentica normalmente. Lo cierto es que si se analiza a fondo, se puede observar lo perjudicial para uno de los cónyuges, más para las mujeres; pues se firman en condiciones desventajosas. Lo anterior porque les impide negarse a firmar un convenio en donde renunciaban a sus derechos, al estar presente en sus vidas una situación de violencia doméstica de forma repetida, lo que corresponde al segundo estado.

Lo anterior refuerza la preocupación de efectuar el trabajo aquí señalado, pues si en realidad el juez termina homologando la sentencia, esta puede tener vicios en el consentimiento, en virtud de algún tipo de agresión que viva la mujer. En realidad, al desconocer los hechos que originan el divorcio, el trasfondo puede ser alarmante; pues la mujer se encuentra en muchas desventajas sociales en Costa Rica.

Lo anterior supone que ese “divorcio remedio” no se presenta en la realidad como en la doctrina se quiere exponer y, por el contrario, puede causar serios inconvenientes en la sociedad actual. Se dice que el divorcio por mutuo consentimiento produce beneficios como lo es la celeridad y la no contención en estos procesos que resultan ser muy conflictivos; pero se podría realizar una ponderación entre los beneficios y los perjuicios que se suscitan; pues si por ahorrarse un poco de tiempo, lo que se genera es violencia y, por ende, abusos a las mujeres, se debería reconsiderar el procedimiento como tal.

OBJETIVO GENERAL

Determinar la problemática de género y los abusos que de esta resultan en los acuerdos homologatorios que se establecen en los divorcios por mutuo consentimiento.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- 1- Analizar las características del Divorcio por Mutuo consentimiento y sus implicaciones en nuestro país.
- 2- Definir las consecuencias de la Violencia Doméstica en la conducta y toma de decisiones por parte de las mujeres víctimas de agresión.
- 3- Establecer una conexión entre las sentencias homologatorias de divorcio por mutuo consentimiento y la violencia doméstica, en los casos en que se ha interpuesto un incidente de oposición o un recurso de apelación.
- 4- Identificar las soluciones que se han implementado en otros países para lograr que el acuerdo de Divorcio por Mutuo Consentimiento se convierta en un instrumento realmente igualitario para ambos cónyuges y sean aplicables en Costa Rica.

HIPÓTESIS

El sistema judicial no se encuentra capacitado para contrarrestar los abusos presentes en los acuerdos de divorcio homologados por los jueces de familia y, en los procesos de divorcio por mutuo consentimiento, ese mismo sistema no cuenta con un procedimiento que asegure la debida protección de los derechos de la parte vulnerable dentro de la relación matrimonial: la mujer.

METODOLOGÍA

En el presente trabajo se busca desarrollar una investigación con las características cualitativas, en el sentido que se recopilan datos de diferentes textos doctrinarios y jurisprudenciales, con la finalidad de efectuar una clara descripción y definición de puntos importantes en el presente escrito, tales como las características del Divorcio por Mutuo Consentimiento. Asimismo, se analizarán los efectos de la violencia doméstica a la hora de firmar acuerdos homologatorios de divorcio y se establecerá una conexión entre estos casos y la mayoría de Incidentes de Oposición de Sentencia establecidos en los Tribunales de Familia. También, se identificarán las soluciones propuestas por otros países para lograr que el instrumento del Divorcio por Mutuo Consentimiento sea igualitario para ambos cónyuges.

Con lo anteriormente mencionado, se expone en forma específica sobre el interés de plantear, además de ese estudio descriptivo, un trabajo de propuestas que serán sustentadas con la misma materia de estudio; pues se observarán soluciones tomadas por diferentes países y se determinará cuáles son posibles de realizar en el ordenamiento jurídico costarricense.

El tipo de investigación inicia como explorativa; pues al realizar un análisis de las fuentes no se logra encontrar alguna que aborde el tema específico del presente trabajo. En su mayoría, son estudios de los varios temas tratados en el presente estudio, pero de forma independiente y no correlacional como se pretende exponer aquí.

Seguidamente, la investigación continuará de manera descriptiva; con ella lo que se pretende es describir el Instituto del Divorcio por Mutuo Consentimiento en Costa Rica, su historia, características, proceso y jurisprudencia, para que los lectores comprendan mejor el tema en estudio y la problemática que se está planteando.

Además, finalizará como correlacional, debido a que se busca vincular el tema del Incidente de Oposición de Sentencia Homologatoria con una problemática de género, la cual origina vicios en el consentimiento a la hora de establecer un acuerdo de divorcio.

Para la investigación del tema se implementará la investigación documental; pues algunas fuentes primarias utilizadas serán trabajos finales de graduación, libros, artículos de revistas, análisis de derecho comparado, estudio de normativa, entrevistas a jueces y expertos en el tema y jurisprudencia. Así como fuentes secundarias de información se utilizarán enciclopedias, diccionarios y, en general, instrumentos que faciliten al lector la comprensión de la materia expuesta.

Al definir los diferentes elementos que componen la investigación, se trabajará con principios doctrinarios, tales como trabajos finales de graduación; además de libros e investigaciones que se hayan efectuado sobre los conceptos que se desarrollarán en esta investigación, aunque como se ha mencionado de forma individual; por lo tanto, corresponderá realizar las conexiones pertinentes.

Dichas conexiones o vínculos se trabajarán con las jurisprudencias que traten sobre los temas en cuestión y, se puedan comparar para cumplir el objetivo planteado, dentro de las sentencias que se estudiarán, se considerarán las que traten sobre violencia doméstica y, por supuesto, las que establezcan los acuerdos homologatorios.

Para terminar de abordar los objetivos del trabajo, se debe tener en cuenta la legislación de otros países, con la finalidad de presentar propuestas para una mejor estructura del derecho costarricense en esta materia específica, de esto se debe tener claro que se trabajará la doctrina de países que sean innovadores en el tema, tales como España y México.

ESTRUCTURA DE LA TESIS

La presente investigación se encuentra distribuida en cuatro capítulos: el primer capítulo se trata el tema del Divorcio por Mutuo Consentimiento en Costa Rica; el segundo capítulo la problemática de la Violencia Doméstica; por otro lado, el tercer capítulo es un análisis de Derecho Comparado y, por último, el cuarto capítulo es un análisis de expedientes de diferentes juzgados del área metropolitana, donde se han interpuesto incidentes de oposición o Recurso de Apelación a la sentencia de Divorcio por Mutuo Consentimiento.

En el primer capítulo se describen los elementos principales de la figura del Divorcio y el Divorcio por Mutuo Consentimiento, su concepto, su historia, la normativa aplicable en Costa Rica, así como su problemática; en dicho capítulo se describen ampliamente los tipos de divorcio existentes en el país y las diferencias de cada uno.

Por su parte, el segundo capítulo abarca lo concerniente al tema de la Violencia Doméstica en Costa Rica, se describe dicha problemática, sus características, la normativa y las leyes especiales que se han creado, con el fin de proteger a las víctimas de Violencia Doméstica, así como también los Convenios Internacionales ratificados en Costa Rica. En dicho capítulo se establecen, además, las lesiones psicológicas y las consecuencias que pueden tener las víctimas del ciclo de violencia doméstica y su capacidad de tomar decisiones cuando se encuentran inmersas en él.

De acuerdo con el orden descrito párrafos anteriores, en el tercer capítulo se realiza un análisis de Derecho Comparado. Los países analizados fueron España, México, Argentina y El Salvador, todos ellos a la vanguardia del Derecho de Familia, cada uno con diferente normativa que busca proteger a la persona vulnerable de una relación durante el divorcio. En el último capítulo se analizan algunos expedientes de Divorcio por Mutuo Consentimiento, donde se han interpuesto Incidentes de Oposición o Recursos de Apelación a la Sentencia Homologatoria de Divorcio.

Al finalizar, se encuentran también las conclusiones a las que se llegó con la presente investigación y algunas recomendaciones necesarias que permitirían una mayor protección de las personas víctimas de violencia doméstica, quienes se ven inmersas en Procesos de Divorcio donde no existe una relación horizontal de poder, sino que su voluntad se encuentra sumida en la voluntad de otra persona.

CAPÍTULO 1- El Divorcio por Mutuo consentimiento y sus implicaciones en Costa Rica

SECCIÓN I- El desarrollo histórico del divorcio en el Derecho de Familia costarricense

Dentro de la temática en análisis, se deben explicar ciertos elementos para lograr una contextualización de lo que es el divorcio en Costa Rica, desde una reseña histórica hasta las variantes que se han presentado a través del tiempo; por lo tanto, el tema se desarrolla desde un concepto general del divorcio, para luego reseñar de forma más específica los tipos que existen y se concluye con las causales del mismo. Se finaliza, específicamente, con el divorcio por mutuo consentimiento, en donde se abordarán las características principales del mismo.

Dentro del divorcio por mutuo consentimiento, se desarrollarán los cambios que ha sufrido esta figura en la legislación costarricense, en cuanto a plazos de solicitud del mismo, así como una reseña del proceso y las modificaciones que se le han efectuado en cuanto al Acuerdo Homologatorio. También, se tomará en cuenta la participación que debe tener el Notario Público dentro de este proceder.

1.1. La historia del divorcio en Costa Rica

Resulta necesario enfocar el divorcio en Costa Rica desde dos puntos diferentes: si se estudia desde un contexto histórico, en referencia al ente que lo regulaba y lo controlaba, en un inicio la Iglesia Católica tenía una intervención directa dentro del orden político y legal, lo cual condicionaba las características con las que se entendía el divorcio en la época.

“Es así como bajo la influencia del cristianismo, la institución romana del divorcio se dividió en dos figuras distintas, según se admita o no la posibilidad de los ex cónyuges de contraer nuevas nupcias. Con base en esta distinción es que surge la diferencia entre la figura del divorcio propiamente, que pone fin al vínculo jurídico del matrimonio, y la separación personal.”¹

Se debe referenciar la promulgación del Código General emitido en 1841, en la legislación de Braulio Carrillo Colina, como el primer cuerpo normativo en donde se regula la materia del divorcio, pero tal regulación no es la misma como se entiende ahora; pues como se mencionó, el peso de la religión modificaba el trato y el contenido del mismo.

“El divorcio del Código General, no se entendía en los mismos términos que en la actualidad, el divorcio en este estadio era una separación eclesiástica. La separación eclesiástica, en términos del derecho canónico - conformante de los títulos V y VI del Código General de 1841- no autorizaba que se disolviera el vínculo matrimonial, en virtud de que el matrimonio solo lo rompía la muerte de uno de los cónyuges o la anulación hecha por la Iglesia.”²

En esa época, el divorcio tenía un contenido de orden clerical; por lo tanto, este consistía en la separación pero solo corporal, esto no se pensaba como una liberación de los deberes adquiridos con el matrimonio, pues el orden eclesiástico consideraba que la única forma de romper con el vínculo matrimonial era la muerte.

Esta regulación es el resultado del orden religioso, pues se presentaba en una Costa Rica en donde los temas de matrimonio los controlaba la Curia Metropolitana, misma que contenía las informaciones correspondientes a las uniones matrimoniales, nacimientos y adopciones, lo cual dejaba sin injerencia o intervención al Estado en estos temas.

¹ Yee Urbina, Layleen Cecilia. “El divorcio por Mutuo Consentimiento en Sede Notarial: Alcances prácticos”. Tesis de grado para optar por el título de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica. 2003. P. 128

² López Benavides, Mario Alberto. “La (s) Noción (es) de matrimonio de la Sala Constitucional”. Tesis de Grado para optar por el título de licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2008. P. 71.

“Este código (1841) plantea una separación eclesiástica, pues el vínculo matrimonial, en esta época, se disolvía únicamente por la muerte de uno de los cónyuges o por la anulación realizada por la Iglesia.”³

En resumen, de este tipo de divorcio o desvinculación matrimonial se desprende que la Iglesia era la que controlaba y mantenía el orden en ese ámbito. Se ha de notar que el tema pecado del aspecto religioso se mantenía vinculado con el derecho de la época, esto al considerar como única liberación la muerte de uno de los cónyuges.

Aunque se debe observar que la iglesia permitía lo que se podría definir como una separación de cuerpos; pues sí se permitía la ruptura del vínculo, esto no dispensaba a la pareja a respetar los deberes que adquirieron a la hora de contraer nupcias, ya que si se incumplían se incurría en una falta moral y pecaminosa para la Iglesia y la sociedad de la época.

Este tipo de divorcio se mantuvo presente en la sociedad y el derecho costarricense durante unos cuarenta años más y culminó al presentarse un cambio en las perspectivas de los legisladores; pues estas fueron cambiando con los movimientos y las corrientes liberales que se apoderaban de Latinoamérica, los cuales provenían de una Europa llena de cambios.

Las corrientes liberales que fueron acogidas de buena manera en Costa Rica por los gobernantes de la época, modificaron el orden legal del país y la forma de gobernar en ese momento, dentro de las variaciones que se presentan, se da una secularización en varios ámbitos sociales de la época, lo cual conlleva a la

³ Rodríguez Corrales, Adriana, Segnini Cabezas, Laura Verónica. “Posibilidad de eliminación de las causales de divorcio en el Derecho de Familia costarricense”. Tesis de grado para optar por el título de licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica. 2009. P. 58.

promulgación de varias reformas que desvinculan de cierta medida a la Iglesia del Estado.

El proceso anterior desencadenó una serie de modificaciones a nivel nacional, dentro de estas se presenta la promulgación del Código Civil de 1888, el cual se puede considerar como una parte en la regulación del divorcio; pues -al tener su enfoque en la injerencia del ámbito religioso en la materia jurídica-, entre muchas otras cosas, estos cambios modificaron el criterio de cómo se entendía el divorcio; pues se comenzó a caracterizar como el mecanismo por el cual el vínculo matrimonial se disuelve y desaparecen los deberes que se adquieren a la hora de contraer matrimonio.

“Esta normativa (1888) marca el inicio de una nueva figura: el matrimonio civil. Al mismo tiempo establece el divorcio vincular. Pedro Beirute Prada (2001) menciona que este código adoptó un sistema restrictivo que reguló el divorcio, es decir excluye el divorcio voluntario y el divorcio por causas indeterminadas, las cuales consistían en una falta a los deberes conyugales.”⁴

Dentro de las características del divorcio en esa época, es que solo se lo consideraba como sanción; es decir, la idea del divorcio estaba vinculada con la de castigar al cónyuge que cometiera un acto en contra del matrimonio, con consecuencias negativas para este, en cuanto a pérdidas de derechos subsecuentes de la relación previa. La tesis anterior es contraria a como se caracteriza actualmente, en donde se le agrega el divorcio remedio, tema que se ampliará más adelante.

Un cuerpo normativo en donde se llegaron a presentar modificaciones de sustancial importancia en cuanto a la regulación y caracterización del Divorcio fue el Código de Familia, el cual incorporó ciertos criterios en donde amplió la temática de las causales e introdujo un tipo nuevo de divorcio conocido como divorcio remedio.

⁴Rodríguez y Segnini. Op.cit. P. 59.

Las modificaciones que se realizaron en materia de divorcio no fueron significativas, para no decir nulas, hasta que en 1973 se promulga el Código de Familia, que entró en vigencia en 1974, el cual dicta una serie de modificaciones en la forma que se regulaba la materia de Familia en el antiguo código liberal de 1841.

Al ofrecerse una norma específica deroga lo concerniente a la materia de familia del Código Civil de 1888, logra establecer un divorcio más amplio y específico en diferentes temas, como la extensión en el sentido mismo de la figura; pues se incorpora el divorcio subsecuente de la separación judicial y un segundo tipo de divorcio como lo es el mutuo consentimiento.

“Este código (Código de Familia) derogó la normativa correspondiente al Código Civil, es en este momento donde se separa definitivamente la materia de familia del aspecto civil, y el derecho de familia adquiere su propia normativa [...].

Como vemos se conserva el sistema de divorcio sanción, pero se crea la figura del divorcio remedio o divorcio quiebra. Esto lo introduce al permitir decretar el divorcio por la ausencia del cónyuge legalmente declarado y el mutuo consentimiento de ambos cónyuges.”⁵

Como elemento principal de estudio para esta normativa en particular se incorporan dos elementos, como: el mutuo consentimiento y la ausencia del cónyuge legalmente declarada, a lo cual se le debe hacer una mención especial en el tanto estos elementos condicionan el entendimiento mismo de la figura en estudio; pues se le deja de ver como un castigo hacia un perjuicio que se hizo en contra del vínculo matrimonial y se concibe la idea de una separación sin culpa de algún cónyuge, esto se resume en el mal funcionamiento del matrimonio, lo que antes era impensable.

Rodríguez y Segnini. Op. cit. P. 60.

“El código de Familia introduce en materia de divorcio ciertas innovaciones importantes. La nueva legislación conserva siempre el divorcio sanción, pero al mismo tiempo da carta de ciudadanía al “divorcio remedio” o “divorcio quiebra”, al disponer que será motivo para decretar el divorcio la ausencia del cónyuge legalmente declarada (art. 48.6) y el mutuo consentimiento de ambos cónyuges (art. 48.7).”⁶

Al concluir este breve repaso histórico, se debe plasmar una última variación que se presentó en la década de los noventa, en donde el divorcio se ve modificado en el elemento de la culpabilidad de uno de los cónyuges y la responsabilidad subsecuente de la misma.

Es necesario recordar que la comisión de una acción que fuese en contra de las bases del matrimonio, como lo era el adulterio de uno de los cónyuges, o bien, la sevicia por citar algún ejemplo, repercutía en las condiciones en la que el divorcio se iba a establecer; pues perdía los derechos inherentes a la ruptura del vínculo matrimonial.

A partir de 1997 esta pérdida de derechos se elimina, pues a pesar de existir un cónyuge que es culpable de faltar a los deberes del matrimonio, este no se ve perjudicado en el tema de los gananciales, de igual manera puede solicitar los mismos, que por derecho le correspondan al haber tenido una vida de convivencia y apoyo mutuo.

“La reforma de 1997 tendió a eliminar el efecto de pérdida de gananciales por la “culpabilidad” en el divorcio, entonces aún y cuando un cónyuge incurriera en adulterio, por ejemplo, no pierde el derecho de participar en los bienes gananciales que se encontraran en el patrimonio del otro esposo.”⁷

⁶ Trejos, Gerardo. “El divorcio y la separación judicial por mutuo consentimiento”. Editorial Juricentro. San José, Costa Rica. 1977. P. 11.

⁷ Benavides Santos, Diego. “Derecho familiar”, Editorial Juricentro. San José, Costa Rica. 2010. P. 23.

1.1.1. Concepto de divorcio

Respecto al divorcio, como se encuentra regulado en la legislación actual en Costa Rica, se puede entender como la figura por la cual se disuelve de forma definitiva el vínculo matrimonial existente, que tiene ciertas características y se comenzarán a exponer posteriormente.

“El divorcio consiste en la disolución, en vida de los cónyuges, de un matrimonio válidamente contratado.”⁸

Dentro de las múltiples definiciones que se pueden exponer, muchas señalan que el divorcio surte efectos posteriores a la declaración judicial que lo concede, pero no elimina la convivencia originada en un primer momento. Esto es una distinción importante con lo cual sería una nulidad por vicios a la hora de celebración del matrimonio y resulta fundamental; pues permite entender que los efectos del vínculo anterior deben ser resueltos.

Se debe entender la existencia de circunstancias como lo son: los bienes gananciales, la guarda crianza de los menores, o bien, la pensión de un cónyuge respecto al otro, mismas que deben ser resueltas; por lo tanto, esta figura debe responder a esas situaciones con los elementos existentes en el vínculo previo.

“El vínculo matrimonial se extingue para lo sucesivo pero sin alcance retroactivo, pues, en lo que afecta al pasado, no puede negarse la existencia de un matrimonio válido y no puede tampoco pretenderse que los cónyuges nunca hayan estado casados [...].”⁹

Ahora bien, se debe aclarar que existen dos formas como se presenta el divorcio en la legislación costarricense, una de ellas se configura con la culpabilidad de uno de los cónyuges, la cual se conoce como divorcio sanción. El otro tipo

⁸ Trejos. Op.cit. P. 9.

⁹ Carbonnler, Joan. Derecho Civil, Editorial Barcelona, Tomo I, Volumen II, Bosch, 1961, p. 184.

existente es en donde no existe un hecho generador de problemas; sino que se basa en la incompatibilidad en la convivencia, por tanto, a este divorcio se le conoce como remedio, pues busca evitar los conflictos familiares y que se finiquite el vínculo de la forma más sencilla.

“El Código de Familia introduce varias innovaciones en materia de divorcio. Se conserva siempre una postura de divorcio sanción en las causales como el adulterio o el atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro; pero al mismo tiempo se abre la posibilidad al divorcio remedio, al disponer también como causas de divorcio la ausencia del cónyuge legalmente declarada y el mutuo consentimiento.”¹⁰

1.1.2. Efectos jurídicos del divorcio

a) Como principal efecto se tiene el cambio de estado civil de los ahora ex cónyuges, quienes adquirirán el carácter de divorciados y cesarán las obligaciones del matrimonio, como lo son: la vida en común, el mutuo auxilio, la cohabitación y la fidelidad. Sin embargo, el vínculo matrimonial únicamente se disuelve cuando la sentencia de divorcio haya adquirido certeza; por lo tanto, con la homologación se deja sin efecto el matrimonio realizado legalmente y es hasta que se adquiere esa firmeza que los cónyuges pueden volver a contraer nupcias.

b) Como segundo efecto, se tiene la pérdida del derecho a heredar recíprocamente, sobre dicha consecuencia, puede suceder que aunque exista una disolución del vínculo matrimonial en testamento se establezca como legatario(a) o heredero(a) a ese ex cónyuge, o una vez disuelto el vínculo, sigan conviviendo bajo el mismo techo.

¹⁰ Yee. Op. cit. P. 133.

c) Otro efecto sería la distribución de los bienes gananciales que acordaron en el convenio de divorcio y, por último, la pensión alimentaria si así lo acordaron los cónyuges.

La sentencia homologatoria de divorcio pone fin al proceso de divorcio por mutuo consentimiento, una vez firme, el vínculo se considerará disuelto y las partes gozarán de la libertad de estado que disponían antes de casarse.

1.2. Divorcio sanción

El primer tipo de divorcio que se analizará es el que se estima como sanción, el cual recibe este apelativo por el hecho de existir una persona culpable, dicha culpabilidad se encuentra ligada a causales que dan paso a la disolución del vínculo; por lo tanto, se puede entender que se genera un castigo hacia la persona que acometió contra los deberes matrimoniales.

Una de las características de este divorcio sanción es que ocasiona perjuicios en contra de quien se considera el cónyuge culpable, como lo es en la actualidad la solicitud del cónyuge inocente de una pensión en contra del culpable, alternativa que no se acepta de forma inversa, incluso, antes de la reforma de 1997 también se perdía el derecho a gananciales.

“La distinción entre el divorcio sanción y el divorcio remedio no es una cuestión puramente académica. En el primer caso, el cónyuge declarado culpable pierde los gananciales que le hubieran correspondido a la hora de la disolución del régimen de participación diferida en los gananciales.”¹¹

Posterior a esa fecha, se mantuvo solo el divorcio sanción con efectos en cuanto a la pensión alimentaria; ahora bien, otra característica de este tipo de divorcio

¹¹ Trejos. Op.cit. P. 12.

es que se considera una actividad judicial contenciosa, por lo tanto, se debe llevar un proceso en sede judicial que termina con una sentencia dada por un juez de familia.

“Divorcio sanción: para los partidarios de esa posición el divorcio es una sanción o castigo impuesto a uno de los cónyuges por haber incurrido en hechos que la ley determina para aplicarlo.

En esta posición, generalmente se decreta el divorcio por la autoridad judicial competente sobre la base de la causal que cometió uno de los cónyuges, a solicitud del otro.”¹²

Para concluir con el tema del divorcio sanción, este cuenta con otro elemento y es la legitimidad de quien puede presentar un proceso de divorcio por una de las causales establecidas en el Código de Familia; pues dicho cuerpo normativo solo permite o autoriza a que sea presentada una demanda de este tipo por el cónyuge inocente, lo cual limita la posibilidad de que se tome de forma unilateral la posibilidad de eliminar el vínculo conyugal.

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

En los casos de ausencia judicialmente declarada podrá plantear la acción el cónyuge presente en cualquier momento. Para estos efectos el Tribunal nombrará al demandado un curador ad litem.”¹³

Esta limitación resulta importante; pues si se parte de la inexistencia de esa norma, de manera unilateral, puede disolver el vínculo matrimonial, en tanto se vislumbra de la siguiente manera: se da la comisión de un hecho que atenta contra la unión conyugal, con el fin posterior de solicitar el divorcio por la misma falta en la que el cónyuge culpable influyó; esto excluye la intervención del cónyuge inocente para valorar que el divorcio se debe ver como una *ultima ratio*, pues la legislación

¹² Yee. Op. cit. P. 129.

¹³ Código de Familia de Costa Rica. Artículo 49.

prima la continuidad del matrimonio, por ello, esta medida propone que se dé una comunión de la pareja antes de solventar el error cometido.

“Divorcio Sanción: este tipo de divorcio se establece cuando uno de los cónyuges viola uno de los deberes del matrimonio, por esta razón, la acción la interpone el cónyuge que no viola dichos deberes. El vínculo se disuelve al declarar o no la culpabilidad del cónyuge que fue acusado por determinada violación a los deberes matrimoniales.”¹⁴

1.2.1. Causales de divorcio sanción

Antes del análisis del divorcio como remedio, es necesario efectuar una descripción de las causales que llevan a la posibilidad de presentar la demanda de divorcio, estas se encuentran reguladas en el Código de Familia en el numeral 48, aunque se debe aclarar que el legislador no hizo una separación correcta de las mismas; pues dentro de estas se encuentran no solo causales, sino existe un tipo de divorcio diferente como lo es el Mutuo Consentimiento.

Se comenzará con las causales donde existe un cónyuge culpable que dentro de los ocho incisos del artículo 48 del Código de Familia, seis de esos forma parte del divorcio de tipo sanción; pues como se mencionó anteriormente, el Mutuo Consentimiento y la ausencia del cónyuge legalmente declarada, fueron incorporados en 1976 como parte del divorcio remedio.

¹⁴ Rodríguez y Segnini. Op. cit. P. 65.

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

- 1) El adulterio de cualquiera de los cónyuges;*
 - 2) El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de sus hijos;*
 - 3) La tentativa de uno de los cónyuges para prostituir o corromper al otro cónyuge y la tentativa de corrupción o la corrupción de los hijos de cualquiera de ellos;*
 - 4) La sevicia en perjuicio del otro cónyuge o de sus hijos;*
 - 5) La separación judicial por un término no menor de un año, si durante ese lapso no ha mediado reconciliación entre los cónyuges; durante dicho lapso el Tribunal, a solicitud de los interesados y con un intervalo mínimo de tres meses, celebrará no menos de dos comparecencias para intentar la reconciliación entre los cónyuges. La primera comparecencia no podrá celebrarse antes de tres meses de decretada la separación.*
- Para tales efectos, el Tribunal solicitará los informes que considere pertinentes.*
- 6) La ausencia del cónyuge, legalmente declarada; y*
 - 7) El mutuo consentimiento de ambos cónyuges.*
 - 8) La separación de hecho por un término no menor de tres años.”¹⁵*

De forma resumida, en un primer momento, se tratarán las causales que se consideren como parte del divorcio sanción. La primera de ellas es el adulterio, el cual se encuentra en el inciso uno del artículo antes citado, que consiste en el irrespeto al deber de fidelidad contraído desde la celebración del mismo matrimonio, ese irrespeto le ofrece la posibilidad al cónyuge inocente de solicitar el divorcio.

El legislador ha considerado esta causal como suficiente para decretar el divorcio, desde la instauración de este en 1888, tal y como se conoce en la actualidad. La fundamentación por la cual se le considera de suficiente peso es, como ya se mencionó, el deber de fidelidad, que se rompe con una sola acción; es decir, no necesariamente se configura un romance de tiempo prolongado; pues un solo acto es suficiente para el proceder del divorcio.

¹⁵ Código de Familia de Costa Rica, Artículo 48.

“El adulterio se traduce en la falta del deber de fidelidad conyugal; es aquel hecho voluntario de uno o ambos cónyuges. El adulterio es una acción, por esto, ha sido reconocido por el legislador como suficiente motivo para disolver el vínculo matrimonial. Se tutelan aquí valores y sentimientos involucrados en el seno de la familia y amplían sus efectos a la sociedad en su totalidad”¹⁶

Como segundo inciso, dentro de las causales del divorcio se encuentra la tentativa a la vida de uno de los cónyuges o algunos de los hijos, este inciso es sumamente claro al entenderse que el atentado configura, de muy obvia manera, una acción suficiente para buscar la vía judicial del divorcio; sin dejar por fuera la posibilidad de recurrir a una instancia penal.

Se entiende de forma clara que el atentado en contra del cónyuge o uno de sus hijos fue regulado como causal de divorcio, pues la gravedad de la situación es muy alta; por lo tanto, el divorcio debe resolverse de forma inmediata, evidentemente con una probatoria clara con suficientes elementos que le aclaren al juez de familia la existencia de dicho atentado.

El inciso 3 del artículo 48 menciona un hecho sumamente grave, como lo es la tentativa de prostitución o corrupción, no solo del cónyuge; sino que se amplía a los hijos no solo los del matrimonio mismo, también se puede desprender del contenido del artículo a hijos de uno de los cónyuges previo al matrimonio.

En este caso no es necesario que se configure la prostitución o la corrupción, pues la simple tentativa es suficiente, lo cual le ofrece una mayor seguridad a la persona que está tratando de ser obligada a cometer actos en contra de su voluntad; pues se asegura de tener un respaldo legal para liberarse de esa situación tan agobiante.

¹⁶ Rodríguez y Segnini. Op.cit. P. 68.

El inciso cuatro del mencionado artículo trata la sevicia, la cual presenta una amplia manera de presentarse dentro del matrimonio, como lo puede ser de forma física o emocional. La sevicia, por ende, se puede entender como un maltrato que puede ser solo verbal; es decir, no se necesita la agresión física para que se pueda configurar la misma.

Al igual que el adulterio no se requiere la reiteración temporal para configurar la causal, esto en el tanto una sola acción da pie a la víctima a solicitar el divorcio, si se toma en cuenta lo severo que puede ser ese único acto, aunque en la realidad no se presenta de esa manera; generalmente se presentan casos de violencia continua con ciclos de violencia de los cuales es muy difícil para la víctima salir.

“La sevicia consiste en un acto o en una serie de hechos mortificantes, vejatorios, crueles o degradantes, ejecutados con el propósito de hacer sufrir, dañar u ocasionar un perjuicio a nivel físico-material o emocional-psicológico al cónyuge o a sus hijos, lo cual provoca una vida matrimonial insoportable. Ambas implican un desprecio sistemático que bien puede darse en un solo acto o en varios, dependiendo de la dimensión del daño o la crueldad en la ejecución de éste.”¹⁷

En cuanto a un divorcio sanción, la última causal es la separación de hecho y se regula como la existencia de un cónyuge culpable; pues existe el abandono de uno de los cónyuges del techo marital. Por lo tanto, es una violación a los deberes del matrimonio, especialmente, si se entiende que una de las características del matrimonio es la convivencia conjunta que refuerza el vínculo matrimonial.

Dentro de la separación de hecho se deben presentar ciertos elementos para condicionar su aplicabilidad, como lo es el tiempo que debe transcurrir desde el abandono del hogar hasta la solicitud del divorcio que, en la legislación costarricense,

¹⁷ Rodríguez y Segnini. Op. cit. P. 70.

es no menor a tres años, por lo que se debe esperar este plazo, el cual busca una posible reconciliación antes de decretar la separación de forma definitiva.

Dicha reconciliación se debe tener en cuenta, pues si se da, se pierde efecto en cuanto al cómputo del tiempo para la solicitud del divorcio, en este caso, si posterior a esa reconciliación se dio una nueva ruptura el plazo volverá a contarse desde la reconciliación y no desde la primera salida.

1.2.2. Separación judicial

Mención aparte merece la separación judicial, pues la misma presenta una serie de elementos que la introducen como una causal que puede verse -tanto como de divorcio remedio como de tipo de sanción-; pues si se analizan las variables que este tiene se encuentran las que posee el divorcio, pero también el acuerdo mutuo de los cónyuges por lo que parece ser un híbrido de ambos tipos de divorcio.

“Artículo 58.- Son causales para decretar la separación judicial entre los cónyuges:

- 1) Cualquiera de las que autorizan el divorcio;*
- 2) El abandono voluntario y malicioso que uno de los cónyuges haga del otro;*
- 3) La negativa infundada de uno de los cónyuges a cumplir los deberes de asistencia y alimentación para con el otro o los hijos comunes;*
- 4) Las ofensas graves;*
- 5) La enajenación mental de uno de los cónyuges que se prolongue por más de un año u otra enfermedad o los trastornos graves de conducta de uno de los cónyuges que hagan imposible o peligrosa la vida en común;*
- 6) El haber sido sentenciado cualquiera de los cónyuges a sufrir una pena de prisión durante tres o más años por delito que no sea político.*
La acción sólo podrá establecerse siempre que el sentenciado haya permanecido preso durante un lapso consecutivo no menor de dos años;
- 7) El mutuo consentimiento de ambos cónyuges; y*
- 8) La separación de hecho de los cónyuges durante un año consecutivo, ocurrida después de dos años de verificado el matrimonio.”¹⁸*

¹⁸ Artículo 58 del Código de Familia de Costa Rica.

Dentro de la separación judicial se exponen ciertas características que deben presentarse para configurar la misma, como lo es el tiempo para la solicitud de esta; además, resulta de suma importancia el hecho de que no exista reconciliación posterior a la declaratoria de separación judicial, de lo contrario no procederá.

“Es el proceso voluntario mediante el cual dos cónyuges de común acuerdo deciden separarse judicialmente, es decir, dejar de vivir juntos pero manteniéndose el vínculo matrimonial, o bien romper el mismo de manera definitiva.”¹⁹

Ahora bien, se entiende la separación judicial como un mecanismo por el cual una pareja establece una disolución en la convivencia, sin afectar los demás deberes conyugales. Las condiciones por las cuales se pueden establecer se encuentran reguladas, de forma más amplia, en el capítulo VIII del Código de Familia en el artículo *supra* citado.

“[...] con la separación judicial se exime a los cónyuges del deber de convivencia y de la vida en común, sin embargo, persiste el vínculo matrimonial. La separación judicial debe declararse mediante la resolución del juez y debe tener fundamento en una de las causales estipuladas en el art. 58 del código de Familia [...].”²⁰

En cuanto a la reconciliación, resulta fundamental dejar en claro que de darse esta con posterioridad a declarar la separación judicial, pierde sus efectos; por lo tanto, dejaría de contarse el plazo para la solicitud del divorcio, similar a lo que ocurre con la separación de hecho, pero en este tipo -no solo se suma esta reconciliación- sino el cambio de una de las condiciones que en un inicio autorizaron la sentencia de separación judicial.

¹⁹ Yee. Op. cit. P. 72.

²⁰ Rodríguez, y Segnini. Op. cit. P. 73.

1.3. Divorcio remedio

Dentro de lo abarcado en el Artículo 48 del Código de Familia, no se ha analizado lo concerniente con el inciso sexto, que comprende la ausencia del cónyuge legalmente declarada; así como el séptimo, el cual versa sobre el mutuo consentimiento, esto en virtud de que son incorporados en el Código de Familia cuando se introduce a la vez el divorcio remedio.

Como particularidades del divorcio remedio se encuentra presente la no culpabilidad de ambos cónyuges; pues se presenta, o bien es el resultado de un desinterés de seguir en el matrimonio, pero donde no existe ninguna acción contraria al vínculo matrimonial.

“Divorcio Remedio: este tipo de divorcio alude el cónyuge culpable, el vínculo se disuelve sin culpa de ninguno de los cónyuges se trata de un divorcio como reconocimiento legal de la ruptura del vínculo. Se concreta cuando existe una confirmación de la ruptura matrimonial, se establecen algunas causales de separación de hecho o judicial y después de un tiempo se decreta el divorcio.”²¹

Se debe referenciar el tema de si existe la posibilidad de que medie alguna causal para la configuración de un divorcio de tipo remedio, ante esto la legislación costarricense si da respuesta y se configura en la ausencia declarada de uno de los cónyuges, esto sin que medie culpa alguna; pues esa ausencia, pudo ser el resultado de una desaparición en un viaje de trabajo, por lo tanto, no se puede considerar como una causa de culpabilidad.

²¹ Rodríguez y Segnini. Op. cit. Pp. 65-66.

“Divorcio remedio: para otros, es una solución para poner fin a una situación objetiva, derivada o no de la culpa de los cónyuges, que hace muy difícil la vida en pareja. Puede ser decretado a pedido de uno de los cónyuges con base en una causal establecida por la ley, sin que necesariamente medie culpa de alguno, o por el mutuo consentimiento.”²²

Sobre las causales que conforman, dentro de la legislación costarricense, el divorcio remedio se encuentran como anteriormente se mencionó la ausencia declarada de uno de los cónyuges, pues el divorcio por mutuo no se puede considerar como una causal, sino como un tipo de divorcio con características no contenciosas.

1.3.1. Causales del divorcio remedio

Para entender esta causal caracterizada dentro del divorcio remedio, en un primer momento, se tiene que solicitar la ausencia del cónyuge y la misma haya tenido una respuesta afirmativa por parte del juez civil; es decir, que la ausencia del cónyuge se encuentre decretada judicialmente.

La declaratoria concede la posibilidad de iniciar con el proceso correspondiente de divorcio; por lo tanto, el Juez de Familia debe nombrar a un curador, quien se encargue de llevar el proceso en representación de la persona ausente; se debe aclarar que la ausencia es diferente al abandono de la casa que da pie a la separación de hecho, esto en el tanto en la primera no hay intención de abandono; por ende, no hay culpabilidad de quien está ausente, contrario al caso en la separación de hecho, en donde la salida es perpetrada con intención y, por ende, con falta al deber de convivencia propio del matrimonio.

²² Yee. Op. cit. P. 129.

“Decretada judicialmente la ausencia del cónyuge, el divorcio puede solicitarse de inmediato y el juez deberá nombrar un curador para el proceso de divorcio. La declaratoria de ausencia del cónyuge debe registrarse según el artículo 53 del Código Civil, transcurridos dos años desde la desaparición del cónyuge.”²³

Mención aparte merece el Divorcio por Mutuo Consentimiento, pues es el tema central de la presente investigación, ahora bien, el derecho de Costa Rica regula dos tipos de divorcio asociados con lo que se ha desarrollado hasta el momento sobre el divorcio remedio y el divorcio sanción.

1.4. Divorcio por mutuo consentimiento

Resulta importante puntualizar en ciertos aspectos sobre este tipo de divorcio, la primera es que no es una causal sino un tipo diferente de divorcio; segundo, forma parte del divorcio de tipo remedio al tener presente que busca liberar una situación incómoda de convivencia y, como tercero, se considera una actividad judicial no contenciosa, por lo tanto, se puede hacer vía notarial.

Para entender mejor la figura del divorcio por mutuo consentimiento, puede resultar más sencillo explicar lo que se entiende como Actividad Judicial no Contenciosa y, como característica principal, tiene la no controversia entre las partes, en este caso en particular los cónyuges.

Se debe entender que no se habla de jurisdicción; pues en este caso, el juez de familia conoce del proceso para validar un convenio entre los cónyuges, pero no entra a dirimir el conflicto que es a lo que se le denomina jurisdicción por parte del Estado, sino más bien acepta lo que en teoría los cónyuges decidieron de forma pacífica y sin conflicto.

Rodríguez y Segnini. Op. cit. P. 75.

“[...] la actividad judicial no contenciosa ha sido calificada por la doctrina como jurisdicción voluntaria, induciendo con esto a errores, pues como se observa la naturaleza de una y otra son totalmente distintas, pues mientras la jurisdicción se refiere a la potestad del Estado, a través de los órganos jurisdiccionales de dirimir conflictos, en la actividad judicial no contenciosa, la controversia es inexistente, y es esta condición de ausencia de contienda, la que constituye el elemento característico de la misma figura.”²⁴

Al entender que esta figura tiene un carácter de actividad judicial no contenciosa, el proceso tiene las mismas características; en otras palabras, no existe conflicto dentro del mismo, lo cual permite una resolución en la que ambas partes salgan tranquilas y no se acrecienten resentimientos y futuros conflictos, pues al darse un acuerdo entre las partes se busca precisamente disminuir las disputas en los juzgados de familia y esto agiliza los demás procesos al disminuir la saturación en los juzgados.

“[...] siendo esta causal de naturaleza no contenciosa, el proceso para llevarlo a cabo tampoco lo es. Así lo ha previsto la normativa costarricense al incorporar el divorcio por mutuo acuerdo dentro de los procesos de actividad no contenciosa. Por esta causal el juez procede a homologar o autorizar el convenio de separación que presentan los cónyuges, no ejerce una función jurisdiccional en el sentido de dirimir un conflicto de intereses, sino, por el contrario, le otorga validez legal al convenio presentado por las partes.”²⁵

Las particularidades dentro del divorcio por mutuo consentimiento son varias, como la inexistencia de una causal para la disolución del vínculo, por lo que esta viene dada por conflictos internos dentro de la pareja, los cuales en muchos casos resultan muy personales, esto provoca que la pareja trate de evitar que se den a conocer en un juzgado y optan por una figura como esta que, en circunstancias normales, no forma ningún tipo de inconveniente, pues se da un resultado positivo.

²⁴ Yee. Op. cit. P. 53.

²⁵ Rodríguez y Segnini. Op. cit. P. 79.

“Ocurre que dentro de la realización de la pareja, han acontecido sucesos que hacen intolerable la vida en común, que pueden o no hallarse dentro de los supuestos establecidos en la normativa, pero que por motivos morales, personales o de convivencia para la pareja y los hijos, deciden no ventilar ante un tribunal, y por esto acuden al mutuo consentimiento para separarse.”²⁶

Otro elemento que resulta de múltiple importancia es lo concerniente al acuerdo del divorcio, pues en este documento es donde se plasma el interés de los cónyuges por disolver el vínculo. Aún de más trascendencia resulta el hecho de solventar los derechos que se adquieren y son subsecuentes del matrimonio, en todo divorcio, se deben resolver.

Se ampliará posteriormente este tema, por el momento se esclarece que dentro del acuerdo se deben dirimir cuestiones puntuales, a estas deben llegarse con dialogo dentro de la pareja, como lo son: el tema de la pensión alimentaria, la guarda y crianza de los hijos y la repartición de los gananciales.

“Divorcio consensual: también llamado por mutuo consentimiento, tal y como su nombre lo establece, debe existir un acuerdo bilateral entre los dos cónyuges para establecer el fin del vínculo matrimonial, sin que medie causal jurídicamente establecida.”²⁷

Dentro del divorcio por mutuo consentimiento se debe presentar un acuerdo, el cual contiene una serie de elementos que el artículo 48 del Código de Familia no establece, pero remite a su vez al artículo 60 del mismo cuerpo normativo, en él se encuentra la separación judicial de la cual se habló anteriormente.

El motivo de que exista esa referencia a un capítulo que regula otra figura como lo es la separación judicial, es que en ambos casos se debe presentar un acuerdo

²⁶ Yee. Op. cit. P. 147.

²⁷ Rodríguez y Segnini. Op. cit. P. 64.

que contiene una serie de elementos que ya fueron mencionados, pero en ambos casos, se busca resolver el problema de una forma menos lesiva.

“Los esposos que pidan el divorcio por mutuo consentimiento, al igual que los que deseen obtener la separación por mutuo disenso, deberán presentar al tribunal, además de la solicitud de la disolución del vínculo matrimonial, un convenio en escritura pública. Esta convención deberá regular las consecuencias (patrimoniales y extra patrimoniales) del divorcio y, obligadamente, deberá referirse a los siguientes puntos:

- 1. A quien corresponde la guarda, crianza y educación de los hijos menores;*
- 2. Cuál de los dos cónyuges asume la obligación de alimentar a dichos hijos o a la proporción en que se obligan ambos;*
- 3. Monto de la pensión que debe pagar un cónyuge al otro, si en ello convinieron;*
- 4. Propiedad sobre los bienes de ambos cónyuges.*

Este pacto no valdrá mientras no se pronuncie la aprobación de la separación.

Lo convenido con respecto a los hijos podrá ser modificado por el tribunal. El convenio y la separación, si son procedentes y no perjudican los derechos de los menores, se aprobarán por el tribunal en resolución considerada.”²⁸

Como se ha descrito, el acuerdo versa sobre cuatro puntos principales; el tema de la pensión se puede comprender desde dos vértices diferentes: el primero de ellos es la misma entre los cónyuges y, el segundo, respecto a la pensión pero con respecto a los hijos.

La pensión entre cónyuges se resuelve por el tema de la inexistencia de un cónyuge culpable; por ende, existe la posibilidad de que no se solicite pensión el uno al otro, o bien, uno de ellos considere pedirla y el otro aceptar darle manutención; respecto a la de los hijos, esta presenta la posibilidad de que sea una manutención compartida, o bien, que uno de los padres al quedarse con la custodia de los menores, se acuerde que el padre que no la tiene sea el quien pague un monto mensual.

²⁸ Trejos. Op.cit. Pp. 19-20.

Con referencia a la guarda, crianza y educación, se debe resolver y determinar a quién le corresponde encargarse de los hijos en común de la pareja; además, se puede establecer un régimen de visitas, para dejar por sentado la posibilidad de convivencia de ambos padres respecto de los hijos.

En cuanto a los bienes se debe tener un particular cuidado, en relación con el hecho de que no se pueden ceder todos en este tipo de acuerdos, sí se puede establecer que se repartan los mismos de una forma equitativa, sin que medie la ganancialidad en estos, así más seguro; pues no se tienen que llegar a vender los mismos, porque no se divide el valor económico, sino los bienes como tal y esto ahorra el tener que venderlos en una eventual incapacidad de cancelar el tema de la ganancialidad.

En lo que respecta al divorcio por mutuo consentimiento, de forma breve, el proceso que se debe seguir posterior a este acuerdo es la presentación ante el juzgado para validar dicho acuerdo, adjunto al acuerdo, el cual debe contener los elementos que ya han sido expuestos. Asimismo, se presentan las certificaciones sobre los bienes, las cuales el Registro correspondiente las debe emitir, esto para que el juez determine la veracidad de lo estipulado en el acuerdo y no se den abusos en relación con los bienes.

“La siguiente formalidad requerida es presentar la solicitud de divorcio ante juzgado de Familia respectivo, con un convenio en escritura pública en donde acuerden aspectos patrimoniales y extra patrimoniales derivados del divorcio, la misma debe ir acompañada de certificaciones del Registro Nacional de la Propiedad, donde consta si las partes tienen o no bienes muebles e inmuebles, adquiridos dentro del matrimonio.”²⁹

Dentro de este proceso, el juez debe tener muy en cuenta los efectos que puede llegar a tener este acuerdo; pues al tratar temas de suma delicadeza condiciona a un estudio más exhaustivo, ya que este se encuentra en el deber de velar porque se

²⁹ Rodríguez y Segnini. Op. cit. P. 84.

respeten los derechos de ambos cónyuges, así como la protección de los menores de edad y los intereses de los mismos.

Esta situación resulta muy complicada por el análisis que puede efectuar el juez que conoce el acuerdo, esto en el tanto desprende ideas de lo que se estipula y no tiene un conocimiento amplio de la situación, o bien, del trasfondo de la circunstancia previa, como lo puede ser venta de propiedades o donaciones antes del acuerdo para que no aparezcan dentro de este; pues si una de las partes se encuentra en un estado de desventaja pueden darse abusos que resultarían de imposible conocimiento por parte del juez.

“[...] el tribunal desempeña un rol importante y delicado. Puede no solo negarse a homologar el convenio cuando, a juicio suyo, lo acordado por los padres perjudica los derechos (y el interés) de los menores, sino que también está facultado para pedir que se complete o aclare el convenio presentado, si es omiso u oscuro, y para negar la homologación todas las veces que él lo estime necesario (porque, por ejemplo, el convenio quebrante leyes imperativas) y hasta que sus exigencias sean satisfechas.”³⁰

Dentro de la figura que se está desarrollando, se puede encontrar una característica más que resulta importante resaltar, pues ha condicionado la forma misma de la aplicación del divorcio por mutuo consentimiento, en la historia del derecho costarricense.

1.4.1. Plazo del divorcio por mutuo consentimiento

Se refiere al plazo por el cual se debía mantener el vínculo matrimonial en relación con la posibilidad de pedir el divorcio sin que medie ninguna causal o culpabilidad de uno de los cónyuges, en un inicio, el plazo que se había estipulado era

³⁰ Trejos. Op. cit. P. 21.

de cinco años, posteriormente reformado a tres y declarado inconstitucional en el 2008.

“Originalmente, el término que se había establecido era de cinco años, restringiendo aún más el acceso al divorcio por medio de este motivo, pero con la reforma que entro a regir el 23 de marzo de 1976, se modificó el lapso de tiempo de cinco a tres años.”³¹

Dentro de las razones que primaban para aplicar ese plazo era la de tutelar, como siempre lo ha sido, el matrimonio y mantener el divorcio como última alternativa; por lo tanto, se fijó un plazo muy amplio de cinco años, el cual buscaba mantener una convivencia mayor para tratar de que el tiempo resolviera los problemas que se presentaban.

Posteriormente, en una reforma que se establece en 1976, se considera que el plazo es muy amplio y se reduce a tan solo tres, así se reformula el tiempo prudencial para mitigar los conflictos que se pudieran presentar en un inicio, aunque se concluye que de no darse esa respuesta positiva, la convivencia durante cinco años era tediosa y mantenerse unidos durante todo ese tiempo generaba más conflictos que los que resolvía.

“Con este lapso (tres años) de tiempo, se trataba de tutelar la institución del matrimonio, y que con las primeras desavenencias de la pareja no se recurra de manera inmediata a la disolución del vínculo conyugal.

Originalmente, el término establecido era de cinco años, lo cual restringía aún más, el acceso al divorcio por medio de este motivo. No obstante, con la reforma que entro a regir el 23 de marzo de 1976 se modificó el lapso de cinco años a tres años.”³²

La idea principal del Derecho de Familia es la de tutelar el matrimonio como base de la sociedad; por ello, sin importar cuál fuese el plazo tenía como finalidad la preservación del núcleo familiar, el tema es que este plazo fue presentándose menos

³¹ Yee. Op. cit. P. 152.

³² Rodríguez y Segnini. Op. cit. P. 82.

beneficioso cada vez, motivo por el cual se redujo, para ser luego declarado inconstitucional por la Sala misma en épocas más recientes.

Para comprender la importancia que se le ha venido dando a este plazo, se puede ver que en tesis previas al voto de la Sala Constitucional, en la legislación se catalogaba dicho plazo como un requisito obligatorio por parte de la norma, para que se diera el divorcio. En ese sentido, se debe tener en cuenta como el principal elemento que todavía se mantiene es el interés de separarse de ambos cónyuges, sin que medie presión de ningún tipo, pues debe hacerse de forma obligatoria.

“El segundo requisito que prescribe la normativa de familia costarricense para poder llevar a cabo la petición de divorcio en su causal de mutuo consentimiento, es el que haya transcurrido tres años desde que se celebró el matrimonio; y agrega la norma que de no concurrir esta circunstancia no podrá solicitarse el mismo. La finalidad que se persigue con la imposición de este plazo, es la de servir para atenuar las decisiones tomadas a la ligera entre parejas recién casadas, en las que un conflicto sin mayor trascendencia, pudieran derivar en un divorcio.”³³

La declaratoria de inconstitucionalidad se basa, principalmente, en dos cuestiones principales: la primera es que violentaba la posibilidad de los cónyuges de poder decidir, de forma libre, el resultado del matrimonio, por lo tanto, la Sala Constitucional declaró que se limitaban los derechos de las personas en su libertad de decidir; pero como segundo elemento existía la creación de causales inventadas para disolver el vínculo, pues era más sencillo realizar una ficción de alguna causal que esperarse mucho más tiempo.

³³ Urbina, Yee y Layleen, Cecilia. *“El divorcio por Mutuo Consentimiento en Sede Notarial: Alcances prácticos”*. Tesis de grado para optar por el título de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica. 2003. P. 152.

La sentencia se abordará en el siguiente apartado, solo se apunta:

“En cuanto al mutuo consentimiento se establecía la prohibición de que este pudiera dar lugar al divorcio; con el objeto de reformar tal prohibición se decía “no basta que la parte demandada acepte como reales los hechos que la contraria invoque en apoyo de la acción que establece sino que deben ser probados por otros medios”. Estas disposiciones, en la práctica, cuando se presentaban casos de cónyuges que querían divorciarse y no se había producido uno de los hechos previstos como causales, conducía a la invención de un motivo y a su falsa demostración; se producía, en síntesis, un uso desnaturalizado del proceso.”³⁴

SECCIÓN 2- Generalidades del divorcio por mutuo consentimiento

El Divorcio por Mutuo Consentimiento lo utilizan las parejas para evitar el costo emocional y económico de un proceso contencioso que, por su naturaleza, su resultado es incierto. Así, se obtiene una solución expedita y discreta sobre la problemática familiar del matrimonio.

En la normativa costarricense las causales para solicitar un divorcio son unilaterales, a diferencia del Divorcio por Mutuo Consentimiento que debe presentarse bilateralmente en acuerdo de los cónyuges. Para ello, se debe cumplir con una serie de requisitos que serán analizados posteriormente en esta sección.

2.1. Requisitos del divorcio por mutuo consentimiento

En el divorcio por mutuo consentimiento surge la característica de que los cónyuges no tienen la obligación de dar a conocer la causa de su separación; sino únicamente presentar un convenio de divorcio al Tribunal de Familia donde se establezcan los efectos patrimoniales y extrapatrimoniales de dicho acuerdo y se solicite la disolución del vínculo.

³⁴ Pérez Vargas, Víctor. *“Derecho de Familia”*. Editorial Universidad de Costa Rica, San José, 1991. P. 15.

El Código de Familia ha establecido en su artículo 60 una serie de requisitos para su solicitud, el mencionado artículo indica:

“Artículo 60.-Separación por mutuo consentimiento. Momento en que puede pedirse. La separación por mutuo consentimiento “no podrá pedirse sino después de dos años de verificado el matrimonio.” Los esposos que la pidan deben presentar al Tribunal un convenio en escritura pública sobre los siguientes puntos:

- 1. A quién corresponde la guarda, crianza y educación de los hijos menores;*
- 2. ¿Cuál de los dos cónyuges asume la obligación de alimentar a dichos hijos o la proporción en que se obligan ambos?*
- 3. Monto de la pensión que debe pagar un cónyuge al otro, si en ello convinieren;*
- 4. Propiedad sobre los bienes de ambos cónyuges.*

Este pacto no valdrá mientras no se pronuncie la aprobación de la separación.

Lo convenido con respecto a los hijos podrá ser Modificado por el Tribunal.

El convenio y la separación, si son procedentes y no perjudican los derechos de los menores, se aprobarán por el Tribunal en resolución considerada. El Tribunal podrá pedir que se complete o aclare el convenio presentado si es omiso u obscuro en los puntos señalados en este artículo de previo a su aprobación.

Nota: mediante resolución de la Sala Constitucional de las 8:34 hrs. del 29 de octubre del 2008, publicada en el Boletín Judicial N° 217 del 10 de noviembre del 2008, se declaró inconstitucional este artículo, únicamente en cuanto dispone que la separación por mutuo consentimiento no podrá pedirse si no después de dos años de verificado el matrimonio.”³⁵

Se puede observar como un primer requisito el siguiente:

- 1- “[...] no podrá pedirse sino después de dos años de verificado el matrimonio”.

³⁵ Código de Familia. Artículo 60.

Dicho requisito fue declarado inconstitucional; sin embargo, es necesario conocer la voluntad del legislador al crearlo y también el porqué de su inconstitucionalidad.

Este plazo se estableció con la intención de evitar decisiones tomadas a la ligera o sin analizar correctamente. Sobre dicho aspecto, Gerardo Trejos en su libro “La desarmonía conyugal. El divorcio y la separación judicial.”, establece:

“[...] Este plazo tenía por objeto atemperar la posibilidad de decisiones apasionadas y ligeras, tomadas por matrimonios jóvenes. El plazo de tres años era de orden público y, por consiguiente, irrenunciable. No era un término facultativo de espera que la ley concedía a las partes y, por tal razón, no le eran aplicables las normas establecidas en el Código Procesal Civil en virtud de las cuales los términos son renunciables y pueden también ampliarse o restringirse, pero solo con consentimiento de todas las partes.”³⁶

Anteriormente a este plazo de tres años (en el divorcio por mutuo consentimiento y dos años en la separación por mutuo consentimiento), cuando se declaró inconstitucional; existía un plazo de cinco años de relación matrimonial necesarios para poder solicitar el divorcio por mutuo consentimiento. Además, debía plantearse por la vía ordinaria y la sentencia donde se declarara el divorcio no podía dictarse antes de seis meses de presentada la demanda.

Así van encontrándose vacíos normativos en cuanto a este requisito; pues la continuación de un matrimonio que existe únicamente en un papel, pero que no cumple con los objetivos de dicho instituto, como lo son: la vida en común, la cooperación, el mutuo auxilio y, sobre todo, el amor, no tenía lógica.

A consecuencia de tales vacíos, en el voto 16099 de las 8:34 horas del 29 de octubre de 2008, la Sala Constitucional acoge una acción de inconstitucionalidad y

³⁶ Trejos Salas, Gerardo. “Derecho de la Familia”. 1 ed., Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 2010, P. 350.

anula el plazo presente en el artículo 48, inciso 7 y, por conexidad, también declaró inconstitucional el artículo 60 del CF; solo en cuanto el plazo para poder solicitar el divorcio o la separación. Esta decisión, la Sala la fundamentó en los siguientes motivos:

“Ese plazo establecido como requisito, se impone como una limitación a ese derecho fundamental de las personas de autonomía de la voluntad de optar por la disolución matrimonial en el momento en que lo estime pertinente, ya que mediante la disposición impugnada se obliga a las personas a permanecer tres años unidas en matrimonio para poder obtener el divorcio por mutuo consentimiento [...]. La intervención del Estado debe ser lo menos posible respecto a la vida privada de las personas, pues su esfera de acción más íntima debe ser dejada a su arbitrio, siempre y cuando no exceda los límites establecidos en el artículo 28 constitucional. Para que el Estado procure una sociedad esencialmente justa debe respetar que un ser autónomo tenga la capacidad de alterar sus preferencias y no que queden atadas y fijadas por una socialización determinada, sino más bien permitir un proceso que permita el desarrollo de las personas. El Estado debe ser neutral respecto a la socialización de sus miembros, pues debe asegurar la autonomía necesaria para alterar sus preferencias mediante la reflexión racional. La elección de nuestras preferencias como seres humanos, deben realizarse atendiendo solamente a las relaciones generales entre las prácticas sociales y los intereses humanos que pueden suponerse razonablemente, y las restricciones generales a las circunstancias establecidas por el horizonte de factibilidad, no por una irrazonabilidad impuesta. Si el matrimonio es un acto esencialmente voluntario, no podría concebirse el sobrellevarlo si la voluntariedad ya no existe. Y respecto a los efectos de terceros por los cuales se ha fundamentado la imposición de dicha limitación, esta tampoco resulta procedente.”³⁷

En síntesis, la Sala Constitucional fundamenta su dictamen en cuatro aspectos: la limitación a la autonomía de la voluntad; lo innecesario de mantener un matrimonio ficticio, además de las consecuencias que esto puede traer como lo son: violencia, hostilidad y adulterio; el interés superior del menor cuando nacían y por la presunción del artículo 69 del CF se les consideraba hijos del matrimonio y, por último, la medida

³⁷ Sala Constitucional. Sentencia 16099 del 29 de Octubre del año 2008 a las 8:34.

que tomaban muchas veces las parejas para lograr la disolución del vínculo que es el falseamiento de procesos de divorcio.

Como segundo requisito se tiene el Convenio en escritura pública, el cual deben presentar al tribunal quienes soliciten el divorcio por mutuo consentimiento.

“2- Los esposos que la pidan deben presentar al Tribunal un convenio en escritura pública.” Este convenio de divorcio debe presentarse junto con la solicitud de disolución del vínculo matrimonial. Dicho convenio deberá tratar los siguientes puntos:

“1. A quién corresponde la guarda, crianza y educación de los hijos menores”; actualmente existen nuevas tendencias que permiten a los padres dividirse el ejercicio de estas obligaciones; pues si únicamente uno de los padres tiene la guarda, crianza y educación de los hijos, se estaría privando al otro progenitor de derechos inherentes a la patria potestad.

Además, como se observa, en este punto se refiere únicamente a los hijos menores de edad y excluye a los mayores de edad que puedan tener algún tipo de discapacidad y no puedan ser responsables de sí mismos.

“2. ¿Cuál de los dos cónyuges asume la obligación de alimentar a dichos hijos o la proporción en que se obligan ambos?”; en este punto se encuentra una redacción confusa; pues deja abierta la posibilidad de que uno de los cónyuges renuncie a la obligatoriedad alimentaria respecto de sus hijos, aspecto que es irrenunciable según el artículo 167 del Código de Familia.

“3. Monto de la pensión que debe pagar un cónyuge al otro, si en ello conviniere”; en este punto vale aclarar que la obligación alimentaria entre cónyuges no es obligatoria y las partes pueden renunciar a ello.

“4. Propiedad sobre los bienes de ambos cónyuges”. En este punto la palabra bienes no es únicamente para referirse a bienes muebles e inmuebles, sino también a equipos médicos, agrícolas, títulos valores, acciones, prendas, en general todos los bienes que tengan un valor monetario.

Las cláusulas mencionadas anteriormente no son las únicas que pueden constar en el convenio; estas solo se consideran como requisitos mínimos para su presentación, ya que los cónyuges gozan con el principio de la autonomía de la voluntad para establecer acuerdos que no sean los descritos en el artículo 60 del CF.

“El convenio y la separación, si son procedentes y no perjudican los derechos de los menores, se aprobarán por el Tribunal en resolución considerada. El Tribunal podrá pedir que se complete o aclare el convenio presentado si es omiso u obscuro en los puntos señalados en este artículo de previo a su aprobación.”³⁸

Este último párrafo se refiere a que las cláusulas convenidas deben ser claras y, en caso de que no lo sean, es la autoridad judicial quien debe prevenir su aclaración o subsanación.

Cuando los derechos de los menores se vean lesionados, el Patronato Nacional de la Infancia es quien se podrá oponer a la aprobación del convenio de divorcio y deberá plantear las modificaciones que estime necesarias para que el juzgado se las aclare a los cónyuges, quienes tendrán un plazo de tres días para aceptarlas y, en caso de que no lo hicieran, el juzgado resolverá lo correspondiente, en procura de que los derechos de los hijos queden bien garantizados.

³⁸ Artículo 60 del Código de Familia de Costa Rica.

Sobre el plazo para subsanar o aclarar las cláusulas del convenio

Sobre dichas cláusulas cabe resaltar que el juzgador no solo está facultado para aprobar el convenio; sino también para solicitar que este sea aclarado o completado las veces que estime necesarias.

Sin embargo, ni el Código de Familia ni el Procesal Civil indican un plazo o una sanción en caso de incumplimiento, para que los cónyuges puedan aclarar dichas cláusulas.

Jurisprudencialmente, el Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, en resolución N° 129 de las 9:55 horas del 23 de abril de 1993 indica:

“Lo prudente en estos casos es formular la prevención para que se adicione o aclare el convenio sin otorgar plazo alguno, y si pasados tres meses las partes no cumplen, se archive el proceso, sin perjuicio de que cuando subsanen los errores se homologue el convenio, ya que no sería procedente decretar la deserción, pues es clara la doctrina en el sentido de que dicho instituto no cabe en este tipo de procesos.”³⁹

El numeral 840 del Código Procesal Civil, establece que la solicitud de divorcio por mutuo consentimiento puede hacerse por uno o ambos cónyuges. Dicho artículo reza:

“ARTÍCULO 840.- Solicitud.

La solicitud podrá ser hecha por ambos cónyuges o por uno solo de ellos. Si la hiciera uno solo, se dará audiencia por tres días al otro, para que manifieste lo que estime conveniente. Igual audiencia se dará al Patronato Nacional de la Infancia cuando hubiere hijos menores.

(La numeración de este artículo fue así modificada por el artículo 1° de la ley No.7643 de 17 de octubre de 1996, que lo traspasó del antiguo 817 al 840)”⁴⁰

³⁹ Tribunal Superior Segundo Civil. Resolución N° 129 de las 9:55 horas del 23 de abril de 1993.

⁴⁰ Código Procesal Civil. Artículo 840.

Además de las cláusulas mencionadas en el artículo 60, don Gerardo Trejos establece que los cónyuges deberán convenir además sobre el cese o continuación del inmueble afectado como patrimonio familiar, si lo hubiera (art. 47 CF), o sobre el arrendamiento del bien que ha servido de habitación a la familia (arts. 86 y 87 de la Ley de Arrendamientos Urbanos) y sobre la administración de los bienes de los hijos menores, si tuvieran (art. 152 CF).⁴¹

En el artículo 816 del Código Procesal Civil, se define el requisito de presentar las certificaciones de matrimonio y nacimiento de los hijos, además de los mencionados anteriormente y se encuentran presentes en el artículo 60 del Código de Familia.

3- El tercer requisito sería el de presentar -junto con el convenio de divorcio-, una solicitud de divorcio ante el Tribunal. Dicha solicitud puede presentarse por uno o ambos cónyuges, en caso de que sea solo por uno quien la presenta, se le dará audiencia al otro para que se manifieste.

Sobre la solicitud, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia indica:

“En sentido técnico, ese acto –la solicitud de homologación o aprobación– no es, entonces, una pretensión procesal, o sea, un acto de parte que procura la declaratoria de un derecho o de la certeza de una situación jurídica (artículo 121 del Código Procesal Civil), mediante el cual se ejerce el derecho de acción, ni da lugar a un proceso jurisdiccional. Se trata de una típica manifestación del derecho constitucional de petición (artículo 27 de la Constitución Política) que, por cuestiones de política legislativa, ha de canalizarse a través de la autoridad judicial competente, a la cual se le encarga verificar el cabal ajuste del contenido del convenio a la normativa vigente y que hace nacer un simple procedimiento o trámite judicial carente, en principio, de contención.”⁴²

⁴¹ Trejos. Op. cit. P. 356.

⁴² Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 00434 del 21 de mayo de 2008 a las 09: 35 horas.

La importancia de tal solicitud es que va a demostrar, junto con el convenio, el mutuo consentimiento de los cónyuges de disolver el vínculo matrimonial que los une. E igualmente, cumplen con los requisitos para solicitarle al juez el divorcio.

El derecho costarricense, en su Constitución Política y en los principios generales del derecho, ha establecido una serie de normas de protección a la familia y sus miembros; sin embargo, en caso de algún conflicto entre el interés familiar y el individual va a prevalecer el último, “[...] siempre que sea factible concluir que el interés tiene como base el reconocimiento, el ejercicio y el goce de un derecho fundamental [...]”⁴³.

Por esta razón, el divorcio por mutuo consentimiento es un medio para que, en caso de menoscabo a los derechos fundamentales de alguno de los integrantes de una familia, prevalezca su protección ante un vínculo intrafamiliar en donde falten las reglas de convivencia necesarias para una digna y pacífica vida en familia.

2.1.1. El Convenio de divorcio y su contenido

El sistema jurídico costarricense establece el convenio de divorcio en escritura pública, como requisito al solicitar el divorcio por mutuo consentimiento. Milagro Solís Madrigal lo define en su libro “El Divorcio y la Separación Judicial por Mutuo Consentimiento”, como: “[...] un instrumento en el que los cónyuges plasman su voluntad sobre las condiciones –definitivas o temporales- que regirán su situación personal y patrimonial, así como la de los (as) hijos (as)”⁴⁴.

En este convenio deben venir establecidos y aclarados diferentes puntos o cláusulas patrimoniales y extra patrimoniales concernientes a la pareja, sus bienes y

⁴³ Solís Madrigal, Milagro. “El Divorcio y la Separación Judicial por Mutuo Consentimiento en Costa Rica; análisis normativo y jurisprudencia”. 1 ed., Editorial Investigaciones Jurídicas; San José, Costa Rica, 2008. P. 121.

⁴⁴ Solís. Op. cit. P. 162.

sus hijos, además “[...] como requisito indispensable, todo convenio de esa naturaleza debe plasmar el consentimiento libre y claramente manifestado por ambas partes, pues dicha manifestación de voluntad es la base sobre la cual se ejerce la función jurisdiccional [...]”⁴⁵.

La doctrina ha diferenciado entre un contrato y un convenio. Milagro Solís Madrigal, en su libro “El divorcio y la separación judicial por mutuo consentimiento” establece tal diferencia y explica: “El primero, se define como un acuerdo de voluntades entre dos o más personas con el objeto de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas de orden patrimonial mientras que el convenio, aunque también es un acuerdo de voluntades acerca de un objeto de interés jurídico, puede ser patrimonial o no.”⁴⁶

Se entiende así que el contrato se refiere a cuestiones patrimoniales, mientras el convenio puede ser patrimonial o no; en cambio, al tener tanto cuestiones patrimoniales como extra patrimoniales, el convenio de divorcio tendría características *sui generis*; pues su contenido no está circunscrito únicamente a lo patrimonial.

⁴⁵ Ibíd. P. 155.

⁴⁶ Ibid.P. 124.

La jurisprudencia ha externado también la importancia del convenio de divorcio, para que las partes expresen su libre voluntad, en la sentencia del Tribunal de Familia número 01754, de las 10:20 horas del 07 de octubre de 2008 citó:

“[...] Se trata de un proceso de jurisdicción voluntaria, porque las partes se han puesto de acuerdo sobre cada uno de los puntos establecidos en el citado numeral. Según Alfredo Rocco, “[...] la jurisdicción voluntaria forma parte de la actividad administrativa del estado y explica su razón de ser en la siguiente forma. A) Una de las maneras de proveer a la tutela de los intereses humanos, es conceder eficacia jurídica a la voluntad privada. B) Dicha eficacia puede estar subordinada a determinadas condiciones de forma o de tiempo, y especialmente a una confirmación de parte del estado sobre la conveniencia o legalidad del acto; C) La jurisdicción voluntaria, tiene como fin llevar a cabo esa confirmación, que en algunos casos se confía al órgano jurisdiccional, pero que no por ello deja de ser actividad administrativa; D) Mientras que la jurisdicción contenciosa, tiene por objeto remover los obstáculos para la satisfacción de los intereses particulares, y presupone una relación jurídica concreta ya formada, en la voluntaria, sucede lo contrario; el Estado interviene para la formación de las relaciones jurídicas concretas, acreditando en forma solemne, la conveniencia o legalidad del acto que se va realizar o se ha realizado, únicamente.” (Ver en PALLARES Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa S.A. Undécima Edición, 1978, pp. 512-513).”⁴⁷

En la resolución número 31 del Tribunal de Familia, de las 15:40 horas del 16 de enero de 2004 y la número 143 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de las 16:10 horas del 4 de julio de 1997; la jurisprudencia ha manifestado que el convenio tiene similitud a lo que en doctrina se conoce como “Capitulaciones Matrimoniales”.

⁴⁷ Tribunal de Familia, Sentencia N° 01754, del 07 de octubre de 2008 al ser las 10: 20 horas.

“En materia de régimen patrimonial del matrimonio, en nuestra legislación rigen dos sistemas: uno convencional, y otro legal supletorio. En el convencional, los esposos son libres de pactar un contrato matrimonial, otorgado en escritura pública, para regular todo lo relativo a sus bienes, usufructo, ganancias, frutos y administración, es el llamado Contrato de Capitulaciones Matrimoniales, que puede pactarse antes del matrimonio, al momento de éste, o en cualquier momento después de casados. Si no hay capitulaciones rige el otro sistema, por eso denominado supletorio. Este último rige para los casos de separación judicial y divorcios contenciosos, disolución del vínculo matrimonial por muerte de uno de los cónyuges, y también para la nulidad de matrimonio, supuesto cualquiera de ellos en el cual la ley hace surgir una sociedad de gananciales; y a partir de ese surgimiento, cada cónyuge adquiere el derecho de participación en la mitad del valor neto de los bienes gananciales existentes en el patrimonio del otro, constituyéndose su naturaleza en la de un derecho personal de crédito y no de un derecho real. Ahora bien, al exigir la ley entre otros requisitos para los divorcios y separaciones judiciales por mutuo consentimiento, el otorgamiento de una escritura pública, en la que se tome el acuerdo sobre la propiedad de los bienes de ambos cónyuges, tales acuerdos se asimilan a un contrato matrimonial de capitulaciones, a manera de una especie de capitulación final que resuelve y liquida lo relativo a los bienes de ambos cónyuges, sean éstos considerados o no bienes matrimoniales, para lo cual la ley confiere amplias facultades dispositivas a los esposos. (Doctrina del artículo 60 inc.4 del Código de Familia.”⁴⁸

En síntesis, con el sistema supletorio se constituye un derecho de crédito con el divorcio y los bienes gananciales, a diferencia del divorcio por mutuo consentimiento el cual origina un acuerdo de voluntades entre los cónyuges y se manifiesta un derecho real.

Además de las cláusulas establecidas en el artículo 60 del CF y 839 del Código Procesal Civil, los cónyuges pueden gozar de la autonomía de la voluntad y la buena fe comercial para establecer acuerdos sobre diferentes asuntos, siempre y cuando estos sean legales.

⁴⁸ Tribunal de Familia, Resolución N° 31, del 16 de enero de 2004 al ser las 15:40 horas.

Solís Madrigal, en su libro “El divorcio y la separación judicial por mutuo consentimiento”, menciona los puntos mínimos que se deberían tratar en el convenio de divorcio y los reduce a: la autoridad parental, los bienes, afectación y desafectación al patrimonio familiar, inclusión y exclusión de bienes, participación de terceros, régimen de interrelación familiar, autorización para salir del país y prestación alimentaria; los cuales se desarrollarán seguidamente:

A) Sobre la responsabilidad parental

Este es uno de los puntos que el artículo 60 del CF y 839 del CPC establecen que se debe tratar en los convenios de divorcio. La autora Solís Madrigal la define como:

*“[...] el conjunto de facultades instrumentales encaminadas al cumplimiento de deberes y obligaciones que la ley impone a los progenitores, de forma que la Convención sobre los Derechos del Niño permite visualizar el ejercicio de las facultades y responsabilidades que se desarrollan producto de este instituto”.*⁴⁹

Al ser de orden público, no admite negociación y ninguno de los cónyuges puede renunciar a ella; pues la patria potestad únicamente se puede suspender o terminar por las causas que definen los artículos 158 y 159 del Código de Familia. Sin embargo, los padres sí pueden negociar algunos atributos de la autoridad parental como la guarda, crianza y educación.

La patria potestad no solo abarca los derechos de guarda, crianza y educación; sino también el deber de los padres de representar a su o sus hijos(as) al no tener capacidad de actuar; además de la administración de los bienes que posean.

⁴⁹ Solís. Op. cit. P..167.

Un fallo u homologación que apruebe un convenio de divorcio donde se renuncie a la patria potestad y los deberes de un padre o madre con sus hijos, será improcedente por los motivos anteriormente expuestos; además los deberes y los derechos que tienen los padres con sus hijos nacen de la filiación y no con el matrimonio.

B) Sobre los bienes de la pareja

En el convenio de divorcio se debe acordar lo relativo a los bienes gananciales y los bienes en general, su propiedad y distribución. Sobre dicho tema, el ordenamiento jurídico de Costa Rica, admite la renuncia a bienes gananciales por parte de cualquiera de los cónyuges, siempre y cuando se exprese esa voluntad en el convenio de divorcio; según lo indica el último párrafo del artículo 41 del CF:

“[...] Se permite renunciar, en las capitulaciones matrimoniales o en un convenio que deberá en hacerse escritura pública, a las ventajas de la distribución final.”⁵⁰

La importancia de expresar claramente su voluntad a renunciar a los bienes gananciales, evitaría que eventualmente se abran otros procesos entre los ex cónyuges para entrar en conflicto una vez más, por este tema.

C) Afectación y desafectación al patrimonio familiar

El instituto de la afectación familiar se encuentra regulado en los artículos 42 al 47 del Código de Familia. En el primero de ellos, se indican los beneficios que se obtienen al afectar un bien al patrimonio familiar, entre ellos están el no poder ser

⁵⁰ Código de Familia. Art. 41.

enajenado sino con el consentimiento de ambos cónyuges, tampoco podrá ser perseguido por acreedores personales del propietario.⁵¹

Por su parte, el apartado 43, establece la forma de realizar la afectación, su inscripción, efectos y exención fiscal; indica así que la efectuará el propietario en favor del cónyuge o conviviente o los hijos menores o ascendientes que habiten el inmueble. Además, establece que debe hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro respectivo para que empiecen a surtir los efectos y, por último, en el artículo 47 se indican los motivos para que cese la afectación familiar. En dicho artículo, en el inciso c, se menciona la separación judicial o el divorcio como causas para solicitar la desafectación, la continuidad se daría mientras existan beneficiarios con derecho.

El legislador creó este instituto con el fin de proteger a la familia de eventuales problemas, la autora Solís Madrigal aclara que únicamente se pueden afectar bienes inmuebles urbanos o rurales, los cuales cumplan necesidades de sustento y vivienda del titular del derecho y su familia en caso de algún embargo.

D) Acuerdos sobre la inclusión o exclusión de bienes

Para la homologación del convenio de divorcio, en el artículo 60 del CF se fija como requisito que en este se lleve a cabo la distribución de los bienes de ambos cónyuges (si los hubiera). Sin embargo, además de esta distribución, los cónyuges pueden incluir o excluir otros bienes al expresar claramente su voluntad y al especificar los bienes que se incluirían o excluirían del convenio.⁵²

⁵¹ Código de Familia. Art. 42.

⁵² Solís. Op. cit. P. 183.

E) Régimen de interrelación familiar

El régimen de interrelación familiar ha sido definido jurisprudencialmente como:

*"En la actualidad, el "derecho de visita" tiene un contenido mucho más amplio de lo que sugiere esa clásica expresión. Su objeto es un conjunto de relaciones interpersonales que van desde la "visita" en sentido estricto hasta formas de comunicación (derecho a la comunicación) y estancias o convivencias temporales (derecho de estancia) entre dos personas, una de las cuales es, por lo general, menor de dieciocho años, que, por algún motivo fáctico —un conflicto o enfrentamiento— o jurídico —la asignación exclusiva de la guarda, crianza y educación a uno de sus progenitores—, tienen alguna dificultad para relacionarse de manera habitual. Por su medio se pretende fomentar y favorecer la interacción (verse, tratarse y conocerse mejor) y el intercambio afectivo entre ambas, generalmente el progenitor o la progenitora y el hijo o la hija y, en última instancia, mitigar o reducir, sobre todo para esta última persona, las secuelas de la separación **familiar** y evitar que su proceso de crecimiento y desarrollo esté marcado por la pérdida paulatina del cariño, del contacto y de la comunicación con alguno de sus referentes o de quien debería serlo."*⁵³

En el convenio, las parejas tienen la posibilidad de establecer un régimen de interrelación familiar "abierto o cerrado", en donde se programen actividades y horarios importantes para la relación del niño(a) y del padre que no goza de la guarda, crianza y educación, pero siempre se respeta el interés superior del menor o menores involucrados.

La Sala Segunda en la resolución número 28, de las catorce horas con cuarenta minutos del veintiséis de enero de 1994, indicó que cualquier ventaja para los intereses de las personas menores de edad, debe analizarse como un derecho subjetivo, de orden superior, el cual debe tutelarse por encima del que pueda emanar formalmente de la

⁵³ Tribunal de Familia; voto 262-14 de las 10:14 horas del 31 de Marzo del 2014.

patria potestad que la Ley concede a los padres, si la protección de este último pone en peligro o perjudica los intereses del menor.⁵⁴

F) Autorización para salir del país

En los convenios de divorcio se puede pactar la autorización de salida del país de los hijos(as) menores de edad, igualmente en estos casos se debe proteger el interés superior del menor sobre cualquier otro interés ya sea de los padres o el mismo interés subjetivo del menor.

G) Sobre la prestación alimentaria

La obligación alimentaria, al ser parte de los contenidos de la autoridad parental, tiene la característica de ser obligatoria e irrenunciable; esto significa que en el convenio de divorcio los padres no pueden limitar o renunciar a ella; además, ahí mismo, en el convenio, se puede establecer el monto provisional o definitivo de pensión alimentaria que se pagará.

Jurisprudencialmente, la Sala Constitucional, citada por la autora Solís Madrigal “[...] *ha señalado que los alimentos, por definición, son indispensables para la subsistencia y supervivencia de los acreedores que no pueden velar por su propia manutención. Es el derecho fundamental de los más débiles y una obligación de los más fuertes de proteger la dignidad natural de los seres humanos, por lo que, debe existir una proporción lógica y razonable dentro del derecho del acreedor y la forma de cumplir la obligación del deudor.*”⁵⁵

⁵⁴ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Voto 28, de las 14:40 del 26 de enero de 1994.

⁵⁵ Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia. Voto 183, de las 14:57 horas del 25 de enero de 1991.

Por otro lado, en el artículo 60 del CF y 839 del CPC, en el inciso 3, señalan que en el Convenio de divorcio se puede pactar un monto de pensión alimentaria al otro cónyuge, si así lo acordaran.

El hecho de acordar en el convenio el monto de pensión alimentaria para los hijos o cónyuge, presenta la ventaja de evitar iniciar un proceso largo, gastos excesivos y, además, se presenten menos contingencias porque es un acuerdo tomado por los cónyuges.

El convenio de divorcio debe realizarlo un notario en escritura pública (requisito que se ampliará en el inciso siguiente) y cabe recordar que debe ser homologado por la autoridad judicial, para que dicho convenio tenga carácter vinculante, de lo contrario carecería de efectos jurídicos.

2.1.2. La escritura pública y la función del notario en el divorcio por mutuo consentimiento

La ley de notariado faculta para participar de la actividad no contenciosa y, al calificarse este divorcio con esas características, es el notario quien da fe de la autenticidad del acuerdo entre los cónyuges; además de referenciar la obligatoriedad de que se firme el Acuerdo Homologatorio en escritura pública.

“[...] en materia notarial lo que se busca es la armonización y adecuación al Ordenamiento Jurídico de los intereses privados. Este rasgo se materializa, de manera clara, con la facultad del Notario de tramitar caso de actividad judicial no contenciosa.”⁵⁶

Una utilidad muy amplia del notario, con referencia a la celeridad de los procesos, es que se encuentra facultado por la Ley de Notariado para participar dentro de la actividad jurisdiccional no contenciosa, la cual tiene como finalidad la no

⁵⁶ Yee Urbina y Layleen, Cecilia. “El divorcio por Mutuo Consentimiento en Sede Notarial: Alcances prácticos”. Tesis de grado para optar por el título de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica. 2003. P. 20.

conflictividad y, por ende, una resolución más expedita, lo que desencadena en un descongestionante del sistema judicial; pues permite que los juzgados de familia no se saturen con procesos engorrosos y lesivos para el ámbito familiar.

“La justificación que se hace para otorgarle al Notario Público esta potestad, se fundamenta básicamente en dos razones: la primera, hace referencia al carácter inherente de la actividad judicial no contenciosa, la cual no es jurisdicción por lo que otros órganos pueden realizarla; la segunda razón que se emplea es la desconcentración de los Tribunales de Justicia, congestionados de asuntos de esta naturaleza, en los que no tiene que dirimir conflictos, sino autorizar o legitimar una situación.”⁵⁷

En el proceso de divorcio por mutuo consentimiento, el notario público cobra gran importancia; se encarga de redactar el convenio de divorcio. En estos procesos, los abogados no actúan únicamente como notarios; muchas veces participan en los acuerdos; por lo difícil de esta situación no solo para las parejas, sino también para sus hijos. En todo sentido, el notario debe velar porque el acuerdo de divorcio al que llegue la pareja sea apegado a la realidad de esta, “[...] debe preocupar el correcto funcionamiento del principio de responsabilidad procesal, lo que implica estructurar un “convenio-realidad” y no un “convenio ficción””.⁵⁸ El hecho de realizar este convenio adecuado a la realidad, permitiría a las parejas tener la disposición de cumplir con las cláusulas establecidas; además de evitar posibles discusiones por acuerdos realizados sin la aprobación de ambos.

⁵⁷ Ibíd. P. 110.

⁵⁸ Solís. Op. cit. P. 147.

El Código Notarial, en su apartado primero, define en qué consiste el notariado público;

“Artículo 1.- Notariado público

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.”⁵⁹

Y en su artículo segundo, define quién es el notario público:

“Artículo 2.- Definición de notario público

El notario público es el profesional en Derecho, especialista en Derecho Notarial y Registral, habilitado legalmente para ejercer la función notarial.

En leyes, reglamentos, acuerdos y documentos, cuando se use la palabra notario debe entenderse referida al notario público.”⁶⁰

La jurisprudencia en la sentencias del Tribunal de Familia número 592 de las ocho horas con veinte minutos del diecinueve de mayo de 2005; resolución 1502 de las nueve horas con cinco minutos del treinta y uno de agosto de 2004, se pronuncia sobre la responsabilidad del notario al momento de redactar el convenio de divorcio por mutuo consentimiento.

En el artículo 35 del Código Notarial se establece la obligación de los notarios a ser imparciales en sus actuaciones:

“Artículo 35.- Imparcialidad de la actuación

Como fedatarios públicos, los notarios deben actuar de manera imparcial y objetiva en relación con todas las personas que intervengan en los actos o contratos otorgados en su presencia.”⁶¹

⁵⁹ Código Notarial. Artículo 1.

⁶⁰ *Ibíd.*

⁶¹ *Ibíd.*

Además del artículo anterior en la Ley Orgánica de Notariado, en su artículo 64 se establece la obligación del notario de advertir a las partes sobre las consecuencias de las cláusulas que estipulen:

“Artículo 64- También debe el notario hacer conocer a los interesados el valor y trascendencia legales que tengan las renunciaciones que en concreto hagan, o las cláusulas que envuelvan renunciaciones o estipulaciones implícitas y advertirán a los adquirentes de inmuebles de la existencia de la hipoteca legal que los afecta en garantía de los impuestos territoriales y municipales.”⁶²

A pesar de que se encuentra esta regulación para los notarios, surgen casos en los que al ser remunerados únicamente por uno de los cónyuges, se van en favor de este y establecen cláusulas perjudiciales para la otra parte, la cual por su situación de vulnerabilidad y el poco conocimiento que tienen sobre la materia, firma acuerdos lesivos, sin que el notario la asesore sobre lo que más le convenga a ambas partes igualmente.

En los casos de divorcio por mutuo consentimiento, un mismo notario tiene la facultad para representar a ambos cónyuges, situación que es bastante común en Costa Rica en este tipo de procesos.

Sin embargo, se considera necesario que cada cónyuge sea representado por un abogado diferente al de su pareja, esto para evitar, como se verá más adelante, que los acuerdos de divorcio tomados en ese momento sean violatorios a los derechos e intereses de la parte más débil de la relación, que en muchos casos es la mujer.

A pesar de que la normativa le obliga a tener un papel activo cuando ejerce su trabajo, la situación es diferente en la realidad; pues en estos procesos de divorcio el notario tiene un papel muy pasivo, ya que su labor consiste únicamente en redactar el

⁶² Ley Orgánica de Notariado. Artículo 64.

convenio, muchas veces participa en los acuerdos y, junto con la solicitud de divorcio, lo presenta en el Juzgado de Familia respectivo y las certificaciones de nacimiento, matrimonio o propiedad que sustente los acuerdos tomados en el convenio.

Dentro de las facultades del Notario, dentro de este tipo de divorcio, se encuentra la obligación que tiene de velar por el cumplimiento y el respeto de las normas que acompañan al divorcio por mutuo consentimiento, como lo es la voluntad de ambos para realizar dicho acuerdo y que no exista coerción de ningún tipo para la firma del acuerdo.

Lo anterior se debe complementar con la imparcialidad absoluta ante el acuerdo o convenio que se llegue a autenticar; pues si bien participa de forma activa, ante todo debe ser imparcial y no beneficiar a una de las partes en relación con la otra. Aquí la problemática surge cuando el control de esta situación está supeditada a la confianza en la honradez del Notario, pues resulta difícil controlar su actuar en este tipo de acuerdos.

“[...] dentro de las funciones asignadas por ley al Notario se encuentra asesorar jurídica y notarialmente a los usuarios que requieran de sus servicios, basados en un principio de imparcialidad, pues el notario no debe tomar partido para ninguna de las partes, debe adecuar al Ordenamiento Jurídico las manifestaciones de voluntad de las dos partes.”⁶³

Como se verá más adelante, el único modo de oponerse a tal convenio, una vez presentado en el Juzgado de Familia, es mediante un incidente de oposición de sentencia homologatoria de divorcio por mutuo consentimiento, el cual, únicamente puede ser interpuesto al alegar un vicio en el consentimiento a la hora de la realización del convenio.

⁶³ Rodríguez y Segnini Op. cit. P. 85.

Vicio en el consentimiento que debería ser previsto por el notario al momento de redactar el acuerdo. En el Código Notarial se encuentra el artículo cuarenta, donde se establece que el notario debe apreciar la capacidad de las personas físicas o cualquier otro requisito necesario para la validez o la eficacia de la actuación.⁶⁴

A pesar de que la norma establece un compromiso por parte del notario al momento de redactar los documentos o escrituras públicas, como lo son: la imparcialidad de su actuación, la advertencia a los cónyuges sobre las consecuencias de renunciar a ciertos derechos y el de advertir que los comparecientes tengan capacidad jurídica y volitiva al momento de suscribir el acuerdo; los incidentes de oposición de sentencia interpuestos por mujeres donde alegan vicios en el consentimiento, evidencian la falta de respeto por la norma y su labor por parte de muchos profesionales en Derecho.

Asimismo, como se mencionó anteriormente, se considera necesario para la protección de los derechos patrimoniales y extrapatrimoniales de los cónyuges, una adecuada representación legal para ambos, a la hora de suscribir el acuerdo de divorcio.

Se debe evitar que las parejas firmen convenios donde renuncien a sus derechos o donde adquieran compromisos, con el único fin de disolver su matrimonio. En muchos casos, esta situación se da cuando las mujeres son víctimas de violencia doméstica y contemplan en el divorcio una vía de escape de este ciclo en el cual se encuentran inmersas, sin percatarse que sus parejas o ex cónyuges ven en este instituto una forma de perpetuar la violencia contra ellas.

⁶⁴ Código Notarial. Artículo 40.

2.2. Nulidad del Convenio de divorcio por mutuo consentimiento

Al ser materia no contenciosa, el Divorcio por mutuo consentimiento se encuentra regulado a partir del artículo 839 del Código Procesal Civil. Específicamente, en el artículo 842 de dicho cuerpo normativo se señala lo relativo a la oposición del divorcio por mutuo consentimiento, donde se define que solo se brindará curso a esta cuando se funde en vicios en el consentimiento en el convenio celebrado, el cual se tramitará mediante incidente y se decidirá en sentencia definitiva.⁶⁵ Dicho incidente solo procederá si es interpuesto antes de la resolución homologatoria, donde se apruebe o rechace la solicitud de divorcio por mutuo consentimiento y debe presentarse únicamente por el cónyuge afectado por tales vicios.

2.2.1. Vicios en el consentimiento

El convenio de divorcio tiene como característica fundamental el consentimiento de las partes, a falta de este, no se permite su homologación.

Brenes Córdoba, en su libro, “Tratado de los contratos”, define el consentimiento como:

*“Consentimiento es la aquiescencia de los estipulantes para la celebración del contrato. Para ser válido debe manifestarse libre y claramente”.*⁶⁶

El Tratadista Brenes Córdoba establece el error, la violencia y el dolo como los vicios en el consentimiento y aclara que los vicios no son nulos de pleno derecho; sino anulables a instancia del perjudicado, esto porque solo a esa persona le afecta y es

⁶⁵ Código Procesal Civil. Artículo 842.

⁶⁶ Brenes Córdoba, Alberto. *Tratado de los Contratos*. Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1998. P. 56.

quién decide si solicita la nulidad o mantiene lo practicado a pesar de la irregularidad cometida.⁶⁷

Sobre los vicios en el consentimiento, la jurisprudencia ha sido clara en establecer su significado, así como los diferentes tipos de vicio existentes. En el Tribunal de Familia, en la sentencia N° 943 de las 08:11 horas del 06 de noviembre de 2013, indica:

“SOBRE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO: El numeral 842 del Código Procesal Civil, prevé la posibilidad de que los cónyuges se opongan a la homologación de un convenio de divorcio, por mutuo acuerdo, cuando ello se base en vicios de la voluntad o el consentimiento y se interponga el incidente correspondiente antes de la aprobación del convenio”.

Sobre los vicios de la voluntad, el profesor Víctor Pérez Vargas, ilustra al indicar lo siguiente: *"El vicio es un factor que interviene en el proceso de formación de la voluntad, ya sea afectando la posibilidad de escogencia, ya la de conocimiento. Sus efectos se ubican entre la voluntad manifestada y la voluntad hipotética; se da una divergencia entre lo que se quiso y se declaró, y lo que se hubiera querido y declarado de no existir el vicio [...] la voluntad se formó mal por la influencia de elementos externos"*⁶⁸.

El mismo autor identifica como tales elementos el error, la violencia moral, el dolo, la lesión y el miedo grave.⁶⁹

⁶⁷ Ibíd. P. 64-65.

⁶⁸ Pérez Vargas, Víctor. Derecho Privado 1991, p.265.

⁶⁹ Ibíd. Pp. 265-268

Por su parte, este Tribunal en resolución número 1063-04 de las ocho horas cuarenta minutos del veintinueve de junio de dos mil cuatro, expresó lo siguiente:

*"Los vicios del consentimiento, están referidos naturalmente a la afectación del acto voluntario. O sea a la libre y voluntaria manifestación de acceder o no al consenso. Cuando esta voluntad de expresar el consentimiento, que en principio como se dijo: debe ser libre, abierta y expresa, está obstruida por algún vicio, surte la invalidez. Según el Profesor Zannoni, los vicios del consentimiento están distinguidos como: **el error**: hecho que distorsiona la realidad, haciendo que quien tome la decisión lo haga basado en tal hecho, **el dolo**: aquella aserción de lo que es falso o disimulación intencional de lo verdadero gestado a través de artificio, astucia o maquinación, vinculado estrechamente con el error, aunque ambos con elementos desiguales, **la violencia**: incidiendo sobre el consentimiento y puede manifestarse a través de la violencia física, moral o la intimidación, ejerciendo presión bajo amenazas y daños injustos y notorios y por último **la simulación**: como la variación de elementos existentes o sustitución de unos por otros. (Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. No. 1, Lecciones y Ensayos. Eduardo Zannoni. Contienda y Divorcio, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1989)."*⁷⁰

A) El error

El error se puede entender, en palabras de la autora Solís Madrigal, cuando, *"[...] una persona partiendo de una falsa representación de la realidad manifiesta su voluntad para producir efectos jurídicos, lo que incide en la validez del acto jurídico"*.⁷¹

Otra definición importante es la de Brenes Córdoba, quien define el error de la siguiente manera:

"[...] error es el falso concepto que acerca de una cosa se tiene. Mas con referencia a esta materia se entiende por tal, la equivocación (es decir, idea falsa o inexacta) sufrida respecto a la cosa sobre que versa el contrato, o a alguna de las condiciones esenciales del mismo, atendiendo particularmente a aquella tenida en cuenta al contratar. Es indiferente que el error sea de hecho o de derecho; que provenga de ambas, de una sola de las partes, o de un tercero".⁷²

⁷⁰ Tribunal de Familia, sentencia N° 943 de las 08:11 horas del 06 de noviembre de 2013.

⁷¹ Solís. Op. cit., P..237.

⁷² Brenes. Op. cit. P. .67.

La característica principal del error en los vicios en el consentimiento sería que, para ocasionar la invalidez del acto, se debe demostrar que de haberse conocido el verdadero estado de las cosas, no se habría llevado a cabo el contrato. En este caso, el convenio de divorcio.

En la normativa costarricense se encuentra regulado en el artículo 1015, el cual indica:

“ARTÍCULO 1015.- *Es anulable el contrato en que se consiente por error:*

1º.- Cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se celebra.

*2º.- Cuando recae sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, o sobre su sustancia o calidad esencial”.*⁷³

Sobre el error, la doctrina y jurisprudencia establecen:

*“[...] De otro lado, la doctrina y la jurisprudencia, son contestes en que el error no produce vicio capaz de servir de fundamento para decretar la anulación, si el contratante perjudicado en el momento de realizar la contratación, racionalmente estaba en condiciones de haber conocido el verdadero estado de las cosas. Haciendo a un lado el problema del error de derecho, porque no interesa en el caso concreto, el error de hecho constituye un vicio de la voluntad cuando recae: 1 naturaleza del contrato. Se cree estar celebrando un determinado contrato pero en realidad se lleva a cabo otro; 2 entidad de la cosa del contrato, lo cual ocurre cuando se confunde la cosa con otra; 3 la cosa “y que los estipulantes, o uno de ellos, han tenido en cuenta especialmente para contratar.”*⁷⁴

Se presentan dos tipos de error: el de vicio en el consentimiento y el obstativo; el primero se da cuando se toma una decisión basada en datos incorrectos y, el segundo, se produce cuando surge un error en la manifestación de voluntad, en otras palabras, se quiere una cosa, pero se manifiesta equivocadamente otra.⁷⁵

⁷³ Código Civil. Art. 1015.

⁷⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala Segunda. Voto 612, de las 09:50 horas del 12 de octubre de 2001.

⁷⁵ Solís. Op. cit. P..237.

En el error de vicio en el consentimiento, ambos contratantes obran de buena fe; pues si hubiesen existido sugerencias o engaños por parte de uno de los cónyuges, en el caso del divorcio, no se estaría ante el error, sino ante el dolo.

B) Violencia

Para que la realización de un acto jurídico sea válido, las partes deben tener la facultad de expresar su voluntad libremente. Cuando una persona sufre violencia para manipular su consentimiento, se está ante un acto jurídico viciado, lo cual le da derecho al perjudicado de solicitar la nulidad del contrato.

En el caso del divorcio por mutuo consentimiento, si uno de los cónyuges, mediante el uso de la violencia fuerza al otro para que firme cláusulas abusivas en el convenio de divorcio, donde se le limiten o se renuncie a derechos patrimoniales o extra patrimoniales, se estaría viciando el consentimiento por violencia y este cónyuge perjudicado podría, además de solicitar la nulidad del convenio, reclamar el pago de daños y perjuicios sufridos.

La violencia se define en el diccionario jurídico, “Consultor Magno”, como: *“la coerción grave, irresistible, e injusta ejercida sobre una persona para determinarla contra su voluntad, a la realización de un acto jurídico.”*⁷⁶

En el libro, “Tratado de los Contratos” de Brenes Córdoba, indica que la violencia se puede *“[...] manifestar como fuerza o coacción física, y como intimidación o fuerza moral ejercida sobre la persona para constreñirla a efectuar, a pesar suyo, un acto que la compromete civilmente.”*⁷⁷

⁷⁶ Goldstein, Mabel. Consultor Magno: diccionario jurídico. Editorial Cadiex International, Buenos Aires, Argentina, 2008.

⁷⁷ Brenes. Op. cit. P. 74.

El mismo autor señala que se debe haber ejercido sobre el perjudicado una fuerza irresistible, para que el consentimiento resulte viciado o se le haya inspirado miedo grave o se haya abusado de su debilidad o condición angustiosa en la que se encuentre.⁷⁸

La intimidación la define la autora Solís Madrigal como, “[...] *consiste en la presión que se ejerce sobre una persona para que manifieste su voluntad en una determinada dirección bajo la amenaza de provocarle un daño injusto y notable*”.⁷⁹ Un ejemplo de intimidación sería para interés de este proyecto, cuando se le afecta el ánimo a una persona o también puede ser violencia física, para hacerla firmar alguna cláusula en donde no existe voluntad.

Por otro lado, el miedo grave es otro tipo de violencia, se diferencia de la intimidación porque no requiere una amenaza, basta con que la persona perjudicada sienta miedo. En el artículo 1018 del Código Civil, se establece que para calificar la fuerza o intimidación debe atenderse a la edad, sexo y condición de quien la sufra.⁸⁰ Esto significa, que el respeto o temor reverencial no se considerarían vicios en el consentimiento; sino que debe tratarse de una violencia “grave e ilegítima”.⁸¹

En el caso de las cláusulas abusivas presentes en los convenios de divorcio por mutuo consentimiento, la violencia es uno de los vicios más aplicados para forzar a las mujeres, especialmente víctimas de violencia doméstica, para firmar acuerdos lesivos a sus intereses y derechos.

⁷⁸ *Ibíd.*

⁷⁹ Solís. *Op. cit.* P..238.

⁸⁰ Código Civil. Artículo 1018

⁸¹ Brenes. *Op. cit.* P. 76.

C) Dolo

El dolo es otro vicio en el consentimiento, su definición más simple sería la de actuar contrario a la buena fe, “[...] con el propósito de engañar o de inducir a una persona en consentir un contrato”.⁸² En el Código Civil costarricense se encuentra regulado en el artículo 1020, donde se establece que el dolo vicia el consentimiento cuando es obra de las partes y, además, se logra demostrar que de no haber mediado dolo el contrato no se hubiera realizado.⁸³

El dolo consiste en un engaño o fraude realizado con la intención de que una persona exprese su voluntad de efectuar un acto jurídico, el cual de haberse conocido el engaño no se hubiera hecho; el engaño puede producirse mediante mentiras o actos para lograr convencer a una persona de realizar un acto.

La autora Solís Madrigal señala la concurrencia de dos elementos en esta figura: “[...] uno de índole objetivo (comportamiento ilícito) y el subjetivo (la intención de engañar) [...]”⁸⁴

Cabe resaltar que el dolo debe provenir de la parte contraria a la que ha sido víctima del engaño; pues si es provocado por un tercero no acarrea la nulidad del convenio, sino únicamente da lugar a la acción por daños y perjuicios.

Los vicios en el consentimiento, error, violencia y dolo, como se mencionó anteriormente, son el único medio para que las mujeres que se han visto afectadas por estos convenios abusivos, puedan defender sus derechos y evitar la homologación del divorcio por mutuo consentimiento. Sin embargo, la jurisprudencia exige la

⁸² Ibid, P. 78.

⁸³ Parajeles. Op. cit.

⁸⁴ Solís. Op. cit. P. 239.

demostración exacta de los vicios en el consentimiento, aspecto que resulta difícil o casi imposible que sea declarado con lugar un incidente de oposición.

2.2.2. Incidente de oposición de sentencia homologatoria de divorcio por mutuo consentimiento

Como se ha explicado anteriormente, en caso de que surjan vicios en el consentimiento en el momento de acordar el convenio de divorcio, se tiene el instrumento del incidente de oposición para que -antes de homologar el convenio-, se interponga y evite la aprobación del convenio y la disolución del matrimonio con todos los efectos y las consecuencias que acarrea.

Un incidente se define como: “[...] *cuestión contenciosa que puede surgir durante el desarrollo del proceso, guardando algún grado de conexidad con la pretensión o petición que constituye el objeto de aquél*”.⁸⁵

En el Código Procesal Civil de Costa Rica, en el artículo 483 se encuentra regulado, donde se indica el trámite a seguirse para su correcta presentación. Se debe realizar un escrito inicial que contenga los hechos, la pretensión y la prueba; seguidamente de presentar el escrito, se dará traslado a la parte contraria por un plazo de tres días y, por último, una vez contestado el incidente y sin haber prueba que recibir, el juez lo resolverá en un plazo de cinco días. En caso contrario, tendrá diez días para evacuar la prueba, una vez solventada resolverá en el plazo de cinco días.⁸⁶

⁸⁵ Goldstein. Op. cit. P. 318.

⁸⁶ Código Procesal Civil. Artículo 483

El incidente de oposición únicamente procederá cuando exista uno de los vicios en el consentimiento mencionados antes, la parte afectada debe probar dicho vicio y sobre esto, el Tribunal de familia establece:

*“A efecto de que sea viable la comprobación de uno o todos los vicios, el interesado deberá demostrarlos fehacientemente, dispuesto así por el artículo 317 del Código Procesal Civil que reza: " **La carga de la prueba incumbe: 1) A quien formule una pretensión, respecto a las afirmaciones de los hechos constitutivos de su derecho. 2) A quien se oponga a una pretensión, en cuanto a las afirmaciones de hechos impeditivos, modificativos o extintivos del derecho del actor.** De acuerdo a la teoría de la carga de la prueba y dentro de una concepción más elaborada de la noción **onus probandi** que contiene el artículo ya citado, el actor debe probar los hechos constitutivos de su propio derecho, mientras que el demandado debe probar los hechos modificativos, extintivos o impeditivos, que paralizan o extinguen la pretensión del actor, conforme a la norma que sustenta su derecho sustantivo. Es importante destacar entonces que los medios de prueba deben entenderse "como aquellos elementos procesales, que le permiten a las partes, y también al Juez, aportar la prueba necesaria que facilite el llegar a la constatación o no de la veracidad de los hechos que han servido de fundamento a la pretensión y a su resistencia", mientras que la finalidad de la prueba es la de permitir que el Juez resuelva la controversia con arreglo a la situación fáctica que se ha tenido por cierta, de ahí que esa finalidad no es más que el establecimiento de la verdad de las afirmaciones que se han producido en el contradictorio.”⁸⁷*

Por un lado, la figura del incidente de oposición presenta el único medio, además del recurso de apelación (que se analizará más adelante), para que las mujeres víctimas de violencia doméstica, puedan recuperar los derechos que les han quitado sus cónyuges cuando utilizan medios como: el engaño, la mentira, la violencia física y psicológica. Por otro lado, es una figura que -desde su nacimiento-, no ha tenido modificaciones importantes de fondo; pues para las mujeres resulta muy difícil demostrar que efectivamente se dio un vicio en el consentimiento a la hora de

⁸⁷ Tribunal de Familia. Sentencia N° 943, de las 08:11 horas del 06 de noviembre de 2013.

manifestar su voluntad al darse el convenio, aspecto que podría mejorar para la adecuada protección de los derechos de estas mujeres.

Aumentar el plazo, no solo para la presentación del incidente; sino también del recurso de apelación, lograría un cambio positivo en el derecho de familia y el instituto del divorcio por mutuo consentimiento que ha quedado atrás y no ha evolucionado correctamente, como las normas que se encuentran en constante evolución, al igual que la sociedad en donde se aplican.

2.3. Cuestiones procesales del divorcio por mutuo consentimiento

El proceso de divorcio por mutuo consentimiento finalizará con la aprobación del convenio mediante autoridad judicial, una vez homologado, se decretará el divorcio en un fallo con carácter de sentencia; en caso de oposición, las partes podrán interponer un Recurso de Apelación con el fin de revocar la sentencia que decretó el divorcio y así anular los efectos perjudiciales que presentó para uno de los cónyuges. Ambas figuras se analizarán a continuación:

2.3.1. Homologación del convenio de divorcio

Para que un convenio de divorcio y su solicitud ante el juzgado surtan todos los efectos jurídicos, es necesaria su homologación por parte de la autoridad judicial. El artículo 60 del CF y el 844 del CPC así lo establecen. Únicamente se aprobarán los convenios en donde se hayan cumplido los requisitos del artículo 60 del CF y del 839 del CPC.

El tribunal tiene la facultad -tanto para rechazar como para aprobar el convenio-, si así lo estima necesario; en caso de su rechazo, deberá estar motivada la resolución con las razones del porqué considera que el convenio es perjudicial para los hijos menores.

Don Gerardo Trejos, cita en su libro “Derecho de la familia”, una sentencia redactada por el licenciado Fernando Baudrit en 1962, donde se expresa lo siguiente sobre la función del órgano jurisdiccional:

*“¿Qué función cabe entonces al órgano jurisdiccional? Sin duda que ejercer el debido contralor sobre la legalidad, no sólo del acto jurídico de la separación que se ha acordado, sino también de aquellos convenios indispensables a que se ha hecho referencia. Es una labor de homologación, en el sentido de “confirmación dada por el juez a ciertos actos y convenios para hacerlas más solemnes, firmes y ejecutivos”, como define la Enciclopedia Jurídica Seix. Pero tal función de aprobación o confirmación; sin esta posibilidad no podría existir el apuntado contralor sobre legalidad y la intervención judicial carecería en absoluto de sentido y objeto”.*⁸⁸

Con el convenio de divorcio, los cónyuges expresan su voluntad, solamente ellos pueden modificar lo acordado, la labor del juez es únicamente la de aprobar o rechazar su aprobación, actuaría así, en la jurisdicción voluntaria o tutelar, donde interviene para dar eficacia a los actos de los particulares.

La resolución no tendrá las formalidades de una sentencia, pero si ese carácter. En ella, se consignarán cada uno de los aspectos acordados por los cónyuges en el convenio de divorcio. Sin embargo, en caso de que se hayan presentado oposiciones, la resolución final sí debe cumplir con las formalidades del artículo 155 del CPC,⁸⁹ pues en caso de que no lo haga se puede anular la resolución impugnada.

⁸⁸ Trejos. Op. cit. P. 359.

⁸⁹ Solís. Op. cit. P. 252.

“Toda sentencia o resolución Judicial, debe caracterizarse por la claridad, la precisión y la congruencia. La claridad es la fácil comprensión de la misma, a través de un lenguaje fluido, nítido e impecable. La precisión es el deber de abocarse a satisfacer los requerimientos de la contienda sin desviaciones ni dilación injustificadas y finalmente la congruencia o sea la correspondencia entre lo solicitando y lo resuelto de acuerdo a lo que la legislación vigente preceptúa. Resolviendo todos y cada uno de los tópicos sometidos a consideración del órgano jurisdiccional fundamentando la base de la decisión, cumpliendo los requisitos mínimos establecidos en relación a los ordinales 98, 99, 134, 139, 153, 155 del Código Procesal Civil.”⁹⁰

Se extrae así, que la resolución se ajustará a lo solicitado por los cónyuges, si no se estaría ante incongruencias *infra petita* o *ultra petita*. Una vez aprobada tendrá la autoridad y eficacia de cosa juzgada material en todos los aspectos, esto según el artículo 845 del CPC. Sin embargo, en la materia de alimentos, guarda, crianza y educación de hijos menores y patria potestad no adquieren ese carácter. Y se comunicará al Registro Público y al Registro Civil por medio de ejecutoria.

Sobre la cosa juzgada, la jurisprudencia ha señalado:

“[...] Si la propia ley habla de que se produce cosa juzgada material es imposible pensar que dentro del mismo asunto posterior al fallo, o en otro proceso, como es el caso que nos ocupa, se pueda pretender una revisión de lo acordado. Si bien es cierto, se alega la nulidad del convenio de divorcio suscrito por las partes y la respectiva sentencia, esto vendría a desvirtuar, si fuese el caso, lo resuelto en una sentencia con autoridad de cosa juzgada, lo cual, como se expuso, no es posible legalmente. Si existió un vicio en el consentimiento como se pretende hacer ver, y que de ahí deriva la nulidad que se solicita en la demanda, la parte debió haber promovido el respectivo incidente de oposición al divorcio por mutuo acuerdo presentado, esto de acuerdo con el artículo 842 del Código Procesal Civil dentro del plazo legal dado para que en sentencia se valorara y se decidiera sobre la existencia o no del vicio que produjera la improbación de todo el convenio, o bien, eventualmente, el recurso de revisión, lo cual no hizo.”⁹¹

⁹⁰ Tribunal de Familia. Resolución N° 592, de las 08:20 horas del 19 de mayo de 2005.

⁹¹ Tribunal de Familia. Voto N° 143, de las 10:00 horas del 24 de enero de 2008.

Se deja en claro que la discusión posterior es imposible; pues implicaría incerteza jurídica. Indica la autora Solís Madrigal: *“De tal manera, la cosa juzgada material implica la inatacabilidad indirecta o mediata de un resultado procesal; es decir, se cierra toda posibilidad para cubrir un nuevo proceso, por lo que no cabe ninguna decisión que se oponga o contradiga a la que goza de este carácter”*.⁹²

2.3.2. Recurso de apelación

Únicamente podrá interponerse contra los autos, las sentencias y los autos con carácter de sentencia; así establecido en el artículo 559 del CPC. Para los casos de las sentencias y los autos con carácter de sentencia, el plazo para oponerlo será de cinco días y se plantea ante la autoridad que dictó la resolución impugnada.

Una parte de la doctrina establece que la sentencia que aprueba el divorcio por mutuo consentimiento es un auto con carácter de sentencia; por lo tanto, es posible su apelación a los cinco días, contados a partir del día inmediato siguiente en el que hubiera quedado notificada la resolución respectiva a todas las partes.⁹³

⁹² Sala Segunda, Corte Suprema de Justicia. Voto N° 904, de las 10:20 horas del 27 de setiembre de 2006.

⁹³ Solís. Op. cit. P. 272.

Sin embargo, la jurisprudencia estableció lo contrario al indicar:

“Bajo ese principio general y aplicando la analogía en lo que respecta al plazo para recurrir en los procesos de adopción, que también constituyen actividad judicial no contenciosa, donde se dan tres días para recurrir en alzada, se estima que en el caso de la sentencia de divorcio y o separación judicial por mutuo acuerdo, el plazo para recurrir también es de tres días. Así en lo que interesa regula el artículo 136 del Código de Familia: "La parte que se muestre en desacuerdo con lo resuelto, podrá apelar la sentencia ante el superior, dentro de los tres días posteriores a la notificación por escrito". Por tanto, esta integración en mayoría, es del criterio de que bajo las pautas que dan las normas de interpretación e integración mencionadas, ante la ausencia de un plazo específico para recurrir, debe aplicarse el principio del favor por el trámite más breve, conforme a la doctrina argentina del derecho procesal familiar, y resolver con base en lo que el legislador estableció para la adopción, que también es un proceso que se tramita como actividad judicial no contenciosa, pues hay que hacer la diferencia, en cuanto a que no se está frente a procesos contenciosos, ni estamos frente a un ordinario, que implica la mayor amplitud en los plazos para garantizar el derecho de defensa, como para resolver recurriendo a los plazos de regulación de aquellos. Por el contrario, estamos frente a procesos de familia cuyo trámite debe ser ágil y eficaz.”⁹⁴

Bajo este argumento, la apelación de la sentencia de divorcio por mutuo consentimiento se deberá interponer en el plazo de tres días después de notificadas todas las partes.

⁹⁴ Tribunal de Familia. Sentencia N° 375, de las 15:26 horas del 20 de mayo de 2014.

A pesar de esto, en esa misma sentencia mencionada anteriormente, el licenciado Esquivel Quirós -quien formó parte del tribunal-, salva el voto cuando alega que el plazo correcto es de cinco días:

“[...] debe tenerse presente que el numeral 559 del Código Procesal Civil establece para el recurso de apelación “[...]en cuanto a las sentencias y autos con carácter de sentencia, el plazo será DE CINCO DÍAS salvo que se establezca un plazo distinto”, sin bien es cierto se trata de una disposición general y estamos ante un asunto de actividad judicial no contenciosa, debe considerarse para decidir cuál plazo aplicar, tres o cinco días, los efectos que produce concretamente un fallo como el que nos ocupa. En general, tratándose de actividad judicial no contenciosa lo resuelto en ese tipo de asuntos puede ser revisado en otra vía, en otro proceso, concretamente en uno contencioso, pero la sentencia del divorcio por mutuo consentimiento, en los extremos principales de la decisión, por disposición expresa de ley produce cosa juzgada material. En efecto, el numeral 845 del Código Procesal Civil dispone: "RECURSOS Y COSA JUZGADA. La sentencia tendrá los recursos de apelación y de casación, y LA AUTORIDAD Y EFICACIA DE COSA JUZGADA MATERIAL. No producirá cosa juzgada el pronunciamiento sobre alimentos; la patria potestad, la guarda, crianza y la educación de los hijos menores" (destacado suplido). De manera tal que si lo resuelto en este tipo de asuntos, concretamente sobre el vínculo matrimonial, produce cosa juzgada material, o sea es inmutable, por lo que no puede ser discutido nuevamente en ningún otro proceso, estimo prudente y razonable que el plazo para ejercer el importante derecho a la doble instancia sea el más amplio, cinco días y desde mi punto de vista el recurso presentado se hizo en tiempo.”⁹⁵

Por lo tanto, a pesar de que el tribunal en voto de mayoría estableció el plazo de tres días como el correcto, no existe un criterio general acordado para solucionar este vacío normativo; pues al interpretar los juzgadores la norma no están claros en el plazo que debe utilizarse.

Por la importancia que tiene un tema como lo es el divorcio, por sus efectos tanto patrimoniales como extra patrimoniales, los autores de este trabajo de

⁹⁵ Tribunal de Familia. Sentencia N° 375, de las 15:26 horas del 20 de mayo de 2014.

investigación consideran importante que se llegue a un acuerdo sobre el plazo de apelación y se tomen en cuenta, especialmente, los derechos humanos involucrados en este conflicto, el cual al tener cosa juzgada material es inmutable y como indicó el juez Esquivel Quirós sería “*prudente y razonable que el plazo para ejercer el importante derecho a la doble instancia sea el más amplio, cinco días [...]*”.⁹⁶

El hecho de que el plazo aumente de tres a cinco días y se establezca así por la legislación costarricense, permitiría que muchas mujeres quienes han sido víctimas de violencia doméstica y no tuvieron la posibilidad de interponer el incidente de oposición, gocen de una última oportunidad para remediar lo establecido en sentencia; pues muchas veces, al no tener conocimiento del proceso o de una incorrecta o falta de representación, les son arrebatados los bienes y los derechos a los cuales tienen derecho.

Muchas veces se presentan grandes injusticias, no solo con el proceso y su recurso que se encuentran desactualizados, sino anterior a este, con la escritura pública realizada por el notario, que en ocasiones contiene cláusulas abusivas, dicha problemática se analizará a continuación.

2.4. Problemáticas del divorcio por mutuo consentimiento y su proceso

El divorcio por mutuo consentimiento se incluyó en el Código de Familia costarricense en 1976, se basó esta decisión en que el amor es el fundamento del matrimonio y, sin él, no existiría felicidad ni para los esposos ni para los hijos.

Como se puede observar este instituto tiene más de 35 años de utilizarse en el país; sin embargo, a pesar de los avances en nuestra sociedad, el divorcio por mutuo consentimiento se ha quedado rezagado y no se le ha prestado la importancia que

⁹⁶ *Ibíd.*

merece para su correcta modificación o desarrollo; pues desde su creación no ha tenido cambios de forma ni de fondo importantes, lo cual quebranta el principio de tutela de la realidad, ya que las necesidades de hace más de treinta años son diferentes en la actualidad.

Como primera problemática, se encuentra la representación de ambas partes por un mismo notario, en muchas ocasiones este recurso puede ser más por motivos económicos para la pareja; sin embargo, en casos en donde ha mediado violencia doméstica, la mujer queda en un estado de indefensión, además de los problemas psicológicos que lleva el ser víctima de violencia y ser la parte vulnerable de la relación (que debe ser protegida por la ley y el Estado, según la Constitución Política, el Código de Familia y los distintos convenios internacionales), en el momento de acordar el convenio no se encuentra consciente de la importancia del documento que está firmando y, al no tener una persona o representante que la guíe en este proceso, lo firma, en muchas ocasiones permanece desprotegida y renuncia a sus derechos. En ocasiones, las mujeres consienten y ceden derechos porque ven en el divorcio una vía de escape de la situación de violencia en la cual están inmersas.

Otra problemática, se observa en la función del órgano jurisdiccional, que prácticamente se basa en aprobar o rechazar la solicitud de divorcio, cuando en realidad es contralor de la legalidad del convenio. Sin embargo, su labor no va más allá de esto, no conoce la situación anterior de las partes, si existe o existió conflicto o violencia doméstica en la relación, si la mujer fue asesorada en forma adecuada, si comprende las consecuencias jurídico-legales del convenio, en general.

En ese sentido, la labor del juez es mínima y con el propósito de mejorar las condiciones de las mujeres agredidas, esta función jurisdiccional se puede ampliar

para proteger los derechos humanos y fundamentales de las mujeres contenidos en la Constitución Política costarricense y en Convenios internacionales ratificados por nuestro país.

El vacío normativo en cuanto a los plazos, es otra de las problemáticas que se encuentran en este proceso, el hecho de que la norma no señale el plazo legal para la presentación del recurso de apelación, demuestra que la normativa está obsoleta. Además de confusa; pues se deben utilizar las regulaciones de otras figuras jurídicas, como lo es la adopción, para complementarla e incluso, jurisprudencialmente, no se ha llegado a un acuerdo sobre el plazo para impugnar.

Además, el hecho de que los vicios en el consentimiento se deban demostrar efectivamente o con prueba directa, no permite considerar presunciones para demostrar el vicio en la voluntad en estos casos.

2.4.1. Cláusulas abusivas en los convenios de divorcio por mutuo consentimiento

Los convenios de divorcio por mutuo consentimiento son los acuerdos o cláusulas que establecen los cónyuges cuando desean disolver su vínculo matrimonial de manera voluntaria; en ellos, disponen de su patrimonio y cuestiones extra patrimoniales, al utilizar la autonomía de la voluntad.

En muchas ocasiones, al existir conflictos por diferentes causas como: infidelidad, disputas por los hijos y, en especial, violencia doméstica, los cónyuges, de mala fe tratan de distraer del patrimonio común bienes gananciales o intentan también, con la violencia psicológica o física, permear la voluntad de su pareja para que firme acuerdos lesivos a sus derechos y, al final, en muchas ocasiones las deja con repercusiones irreversibles.

En la Constitución Política costarricense, en el artículo 33 se establece el principio de igualdad:

“ARTÍCULO 33.- Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.”⁹⁷

Según Johana Escobar Vega, en su artículo “Cláusulas abusivas en los convenios familiares-violencia de género”, “[...] el principio de igualdad conlleva la obligación de igualar a todas las personas dentro de la categoría o grupo que le corresponda [...]”.⁹⁸ Esto significa que se deben reconocer diferencias entre las personas, para así igualarlas en sus derechos.

Además de la Constitución Política, Costa Rica ha ratificado diferentes convenios internacionales como lo son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer CEDAW y la Convención Belém do Pará; las cuales se analizarán más adelante y tienen como fin proteger y consagrar el principio de igualdad, el derecho a la dignidad y eliminar todas las formas de violencia o discriminación contra la mujer.

Bajo estas premisas, el estado debe tutelar en condiciones de igualdad y paridad los derechos de las mujeres; en el caso del divorcio por mutuo consentimiento al solicitarse la homologación, los juzgadores deberán cuestionarse si lo acordado por la pareja resulta razonable, proporcional y equitativo. Si los cónyuges quedaron

⁹⁷ Constitución Política de Costa Rica. Artículo 33

⁹⁸ Escobar Vega, Johana. “Cláusulas abusivas en los convenios familiares –violencia de género” en “Reflexiones de derecho de familia costarricense”, Benavides Santos, Diego (Comp.); Jiménez Mata, Alberto (Comp.), Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2011. P. 144.

colocados en iguales situaciones y, si no es así, si las limitaciones impuestas a la mujer, violentan sus derechos patrimoniales, matrimoniales, de vida, de sexualidad.⁹⁹

Por este motivo, los convenios de divorcio por mutuo consentimiento deben ser llevados a la autoridad judicial, para que sea esta quien les dé la aprobación del convenio y surjan así los efectos jurídicos válidos y eficaces que conlleva la disolución del vínculo matrimonial.

Sobre esto, el Tribunal de Familia en Sentencia N° 521, de las 10:10 horas, del 23 de marzo de 2009, estableció:

“Como todo acuerdo de voluntades, éste debe encontrarse pactado conforme a derecho, de forma libre, voluntaria, consciente e informada. Es por ello que a efecto de homologar el convenio el Juez no solo se encuentra obligado a verificar que el mismo se haya pactado conforme a derecho, sino que además debe estar atento a los indicios que hagan sospechar de la existencia de un vicio de la voluntad originado en supuestos tan variados como lo pueden ser una asimetría de poder, dependencia psicológica, coacción, miedo, etc.- De existir alguna de las referidas anomalías su obligación es impropia total o parcialmente el convenio que se somete a su conocimiento.”¹⁰⁰

De la sentencia se extrae una función del juzgador más acorde a la equidad de género y la normativa en Derechos Humanos de Costa Rica; sin embargo, lamentablemente, esto no se da con regularidad, sino que los juzgadores se limitan a revisar la legalidad de los acuerdos y aprobarlos o rechazarlos, sin interferir en la voluntad de las partes.

Los contratos o convenios, doctrinalmente, tienen como causa de nulidad las cláusulas abusivas o “leoninas”, una de las partes impone unilateralmente dichas

⁹⁹ Ibíd. P. 146.

¹⁰⁰ Tribunal de Familia. Sentencia N° 521, de las 10:10 horas, del 23 de marzo de 2009.

cláusulas y, con ello, perjudica a la otra; además, muchas veces estas cláusulas provocan un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de ambos.¹⁰¹

Cuando se presenta un desequilibrio de poder en las cláusulas convenidas por las parejas, la autoridad judicial debe prevenir (como figura imparcial) su corrección como requisito para homologarlo o improbar los extremos violatorios a los derechos humanos, esto para que se logre una tutela efectiva de los derechos de ambas partes por igual y eliminar ese desequilibrio que, la mayoría de veces, perjudica a las mujeres por su condición de género “débil o inferior” que la sociedad le ha impuesto.

¹⁰¹ Pérez, Víctor. *“Jurisprudencia Derecho Privado”*. Edición 1997. Pp. 211-212. Citada en Escobar. Op. cit. P. 152.

CAPÍTULO II. LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN COSTA RICA: NORMATIVA, GENERALIDADES Y CONSECUENCIAS PARA SUS VÍCTIMAS

Todas las personas tienen derechos: a vivir una vida sin violencia, a que se les respete la integridad física, psicológica y sexual, a la dignidad humana, al uso y disfrute de los bienes (carro, casa, pertenencias personales, entre otros). En fin, a una serie de derechos que se encuentran protegidos por parte del Estado en la Constitución Política y leyes especiales.

Muchas mujeres han visto violentados esos derechos en el lugar donde deberían sentirse más seguras: sus familias. Esta problemática crece, de allí la importancia de una adecuada protección a la integridad general de estas mujeres; para ello -en el presente capítulo-, se desarrollará este tema y la importancia de su conocimiento a la hora de aprobar los acuerdos de divorcio por mutuo consentimiento.

Sección 1. La violencia doméstica y su normativa en Costa Rica

El problema de la violencia doméstica tiene sus inicios desde la formación de la sociedad patriarcal y no se entendió como violencia, sino hasta reconocerse que la discriminación, opresión y violencia hacia las mujeres constituyen violaciones a los Derechos Humanos. Este reconocimiento se gestó durante la década de 1970, después de una serie de luchas sociales realizadas por el movimiento feminista en busca de la reivindicación de los derechos de las mujeres.

Las mujeres, al ser dependientes económica y afectivamente de sus parejas, se ven involucradas en relaciones abusivas, donde la violencia y el poder por parte del hombre son constantes y, en muchas ocasiones, pueden llevar a una consecuencia catastrófica como lo es el femicidio.

En Costa Rica la protección de los derechos de las mujeres y sus familias se da, no solamente con la Constitución Política en sus artículos 21, 41, 51, 52 y 55; sino que además, se ha creado una serie de leyes que tienen como finalidad la protección de las mujeres y sus familias en estas situaciones de violencia, tales son: la Ley contra la Violencia Doméstica, la Ley de promoción de la Igualdad Social de la mujer, la Ley contra el hostigamiento sexual en el empleo y la docencia y la Ley de Penalización de la Violencia contra las mujeres. Aparte de la normativa interna, el país ha firmado una serie de Convenios y Tratados Internacionales para la protección de los derechos de las mujeres. Dicha normativa se analizará más adelante en el presente capítulo, previamente se analizará el concepto de la violencia doméstica en nuestro país.

Sección 1.1 ¿Qué es violencia doméstica?

La doctrina costarricense no cuenta con una definición mayoritariamente aceptada sobre lo que es violencia doméstica; sin embargo, en el artículo segundo de la Ley Contra la Violencia Doméstica, se define de la siguiente manera:

“a) Violencia Doméstica:

Acción u omisión, directa o indirecta, ejercida contra un pariente por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el tercer grado inclusive, por vínculo jurídico o de hecho o por una relación de guarda, tutela o curatela y que produzca como consecuencia, el menoscabo de su integridad física, sexual, psicológica o patrimonial. El vínculo por afinidad subsistirá aún cuando haya finalizado la relación que lo originó.”¹⁰²

Se puede entonces definir la violencia doméstica como:

“[...] todo acto u omisión que resulte en un daño a la integridad física, sexual, emocional o social de un ser humano, en donde medie un vínculo familiar o íntimo entre las personas involucradas”.¹⁰³

¹⁰²Ley Contra la Violencia Doméstica. Ley N° 7586 del 2 de mayo de 1996. Artículo 1.

¹⁰³ Claramunt, Maria Cecilia. *“Casitas Quebradas. El problema de la Violencia Doméstica en Costa Rica”*. Editorial UNED, San José, Costa Rica, 1998. P. 7.

En ambas definiciones se entiende que existe una relación de poder, control o superioridad entre el agresor y su víctima y, la palabra doméstica, se refiere a una relación de familia o afectiva entre quien comete la violencia y quien la recibe. Esta circunstancia es la que diferencia la violencia doméstica de los otros tipos de violencia; pues se origina bajo la existencia de un vínculo íntimo (de familia o afectivo) entre el agresor y su víctima, donde además de darse dentro de las familias, se pueda propiciar en cualquier tipo de grupo que *“satisfaga para sus integrantes, las necesidades afectivas, de protección y cuidado que, tradicionalmente son responsabilidad de la familia.”*¹⁰⁴

La norma contempla situaciones de violencia sin distinción, siempre y cuando exista ese vínculo de poder y dependencia entre la víctima y el victimario; por ejemplo, no hace distinción entre una pareja heterosexual u homosexual o si los actos de violencia se dan en una relación matrimonial o extramatrimonial.

Otra definición de violencia contra la mujer es la establecida en el artículo primero de la Convención Belém do Pará, donde se define como:

“Artículo 1:

*Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.”*¹⁰⁵

De las definiciones anteriores, se extraen varios tipos de manifestaciones de la violencia doméstica: el abuso físico, sexual, psicológico y patrimonial, los cuales se analizarán en el siguiente inciso.

¹⁰⁴ *Ibíd.* P.8

¹⁰⁵ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará). Ley N° 7499 del 18 de abril de 1995. Artículo 1.

Sección 1.2 Diferentes manifestaciones de violencia doméstica

La violencia doméstica, como se observó anteriormente, se desarrolla en relaciones familiares o afectivas, donde una persona en una situación de superioridad o poder genera acciones que afectan la integridad física, emocional, sexual o patrimonial de otra persona, la cual se encuentra en una posición de inferioridad o dependencia frente a la otra.

En la mayoría de los casos, esta persona víctima de agresión es la mujer; sin embargo, la Ley Contra la Violencia Doméstica (en adelante LCVD) protege no solo a las mujeres, sino también a niños y ancianos que se vean en esta desventajosa situación.

La violencia doméstica *“comprende todos aquellos actos violentos, desde el empleo de la fuerza física hasta el acoso o la intimidación, que se producen en el seno de un hogar y que perpetra al menos un miembro de la familia contra otro u otros. Habitualmente, este tipo de violencia no se produce de forma aislada, sino que sigue un patrón constante en el tiempo.”*¹⁰⁶

Como se desprende de la cita anterior, la violencia doméstica no abarca únicamente la agresión física, sino que además, se manifiesta de diferentes formas. Antes de analizar las diversas manifestaciones, resulta necesario definir lo que es el “abuso”.

¹⁰⁶ Graham Gordon, Deykell R. *“Mecanismos Institucionales aplicados por el Estado en Políticas Públicas para prevenir la violencia contra las mujeres, desde la óptica del nuevo paradigma de la seguridad humana.”* Proyecto final de graduación para optar por el título de máster en Criminología con Mención en Seguridad Humana. Universidad para la Cooperación Internacional, San José, Costa Rica, 2008. P. 40.

En el libro *“Casitas Quebradas: el problema de la violencia doméstica en Costa Rica”* de María Cecilia Claramunt, es definido como: “[...] cualquier conducta o conjunto de acciones u omisiones que desencadenan en un daño físico, emocional, sexual o social de un ser humano. Puede tener como resultado la muerte de la persona.”¹⁰⁷

Como se mencionó anteriormente, este tipo de violencia se da en relaciones donde no se está en posiciones de igualdad; sino en una relación de subordinación o dependencia de la víctima o agredida frente al agresor. Todo acto u omisión que menoscabe o restrinja la libertad de una persona es abuso o agresión.

En la LCVD, en el artículo segundo se nombran y definen los diferentes tipos o manifestaciones de violencia doméstica, reconocidos por la normativa costarricense. Entre ellos se pueden encontrar:

1.2.1 Violencia física

La LCVD la define como *“Acción u omisión que arriesga o daña la integridad corporal de una persona.”*¹⁰⁸ En la anterior definición, con respecto a la integridad corporal de una persona, se refiere no solo a un daño físico exterior sino también interior.

¹⁰⁷ Claramunt. Op. cit. P. 16.

¹⁰⁸ Ley Contra la Violencia Doméstica. Ley N° 7586 del 2 de mayo de 1996. Artículo 2.

Otra definición importante es la contenida en la tesis *“Normativa sobre violencia doméstica: análisis y aplicación”* de Mónica Alvarado Alfaro, quien indica que es: “[...] una forma de agresión producida por la aplicación de la fuerza física no accidental (el subrayado no es del original), caracterizada por lesiones variables sobre el cuerpo de la persona agredida, con consecuencias leves o graves, incluso la muerte, pero que siempre tienen efectos traumáticos de orden psicológico o emocional, ya que es generada con una intencionalidad específica.”¹⁰⁹

Entre las acciones a las cuales se refiere la definición de la LCVD, se encuentran: golpes, empujones, azotes, puñetazos, bofetadas, quemaduras, jalones de pelo, lanzamiento de objetos, intentos de asfixia, amenaza de muerte, intentos de homicidio y homicidio, entre muchos otros más. Además, para ejercer el daño se puede utilizar el cuerpo, algún arma de fuego o arma punzocortante o cualquier instrumento que pueda lastimar o matar.¹¹⁰

Además de las acciones mencionadas anteriormente, la LCVD define que la omisión que arriesgue o dañe la integridad corporal de una persona, también es considerada violencia física. Esta omisión, se refiere a cualquier tipo de descuido que amenace la integridad física de una persona que no puede valerse por sí misma o se encuentre incapacitada para hacerlo.

Este tipo de violencia (física) presenta signos de daño físico visibles, no solo para sí misma, sino también para terceros.

¹⁰⁹ Alvarado Alfaro, Mónica. *“Normativa sobre violencia doméstica: análisis y aplicación”*. Tesis para optar por el título de licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2011. P. 40.

¹¹⁰ Claramunt. Op. cit. P. 18.

De esta manera, es más claro que se encuentra en una situación de agresión; sin embargo, explica Solís Madrigal que la persona agredida: “[...] suele minimizar el evento formando alianzas con su agresor como parte de la técnica que inconscientemente desarrolla para salvaguardar su integridad[...]”¹¹¹, “Además, el agresor generalmente traslada la responsabilidad del evento a la persona que mantiene bajo su control, justificando que ha insultado y golpeado por ejemplo, debido a una supuesta provocación.”¹¹² Por este motivo, muchas veces las mujeres bajo esta circunstancia, no interponen ninguna denuncia por violencia doméstica.

1.2.2. Violencia psicológica

Este tipo de violencia también se encuentra definido en la LCVD como: “Acción u omisión destinada a degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas, por medio de intimidación, manipulación, amenaza, directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta que implique un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación o el desarrollo personal.”¹¹³

¹¹¹ Solís Madrigal, Mauren. “Ley contra la violencia doméstica. Ley N° 7586 del 2 de mayo de 1996”. P. 138.

¹¹² *Ibíd.*

¹¹³ Ley Contra la Violencia Doméstica. Ley N° 7586 del 2 de mayo de 1996. Artículo 2.

Otra definición es la indicada en la Sentencia del Tribunal de Familia N° 00748

del 07 de junio de 2011 a las 14:38 horas, la cual establece:

“La psicóloga, A. M., estudiando el tema de la agresión psicológica, la define como un conjunto heterogéneo de comportamientos, en todos los cuales se produce una forma de agresión psicológica, donde la conducta del agresor causa un perjuicio a la víctima. Señala que ésta puede ser intencionada o no intencionada. Es decir, el agresor puede tener conciencia de que está haciendo daño a su víctima o no tenerla. Esta forma de violencia implica una coerción, aunque no haya uso de la fuerza física. El daño psicológico se va acentuando y consolidando en el tiempo. Y cuanto más tiempo persista, mayor y más sólido será el daño. Además, no se puede hablar de maltrato psicológico mientras no se mantenga durante un plazo de tiempo. Sostiene que para que el maltrato psicológico se produzca, es preciso, por tanto, tiempo, toda vez que el agresor conforme transcurre el tiempo asedia, maltrata o manipula a su víctima y llega a producirle la lesión psicológica.”¹¹⁴

Esta manifestación de violencia es muy amplia y abarca el aislamiento (de familia, amigos, compañeros, en general con el mundo exterior) como forma de control, así también el control de los sentimientos y los pensamientos de la persona agredida. Además, los celos excesivos, la burla y los insultos, las percepciones monopolizadas (ideas acerca del mundo, las relaciones, lo que es apropiado e inapropiado), las amenazas, el control económico, el hostigamiento y el acoso, la violencia colateral o paralela (contra animales u otras personas) son manifestaciones de este tipo de violencia.¹¹⁵

Muchas veces, esta violencia se encuentra relacionada con la física, al ser una forma de amenaza contra la persona agredida para que se comporte de cierta manera, con el fin de evitar la agresión física y ocasiona en su víctima el descenso de la autoestima, lo cual provoca su deterioro psíquico y personal.

¹¹⁴ Tribunal de Familia. Sentencia 00748 del 07 de Junio de 2011 a las 14:38 horas.

¹¹⁵ Claramunt. Op. cit. P. 27.

La violencia psicológica es la más difícil de demostrar; pues en muchas ocasiones la víctima no lo llega a detectar o tomar conciencia del abuso en el cual se encuentra, ya sea que lo niega y justifica la actitud del agresor.

1.2.3. Violencia sexual

La violencia sexual es otro tipo de violencia doméstica, contenido y definido en la LCVD de la siguiente manera:

“Acción que obliga a una persona a mantener contacto sexualizado, físico o verbal, o a participar en otras interacciones sexuales mediante el uso de fuerza, intimidación, coerción, chantaje, soborno, manipulación, amenaza o cualquier otro mecanismo que anule o limite la voluntad personal. Igualmente, se considerará violencia sexual el hecho de que la persona agresora obligue a la agredida a realizar alguno de estos actos con terceras personas.”¹¹⁶

Como se puede observar, la ley la define como el obligar a una persona a realizar una actividad sexual contra su voluntad y puede ser con el agresor o terceras personas. Además, incluirá no solo el obligar a tener relaciones sexuales; sino también *“el exhibicionismo, el acoso sexual, uso de pornografía, introducción de objetos en órganos sexuales, relaciones sexuales que lastiman.”¹¹⁷*

El acto sexual en las relaciones de pareja debe ser consentido, en caso de que se use la fuerza, intimidación, coerción, amenaza, chantaje, entre otros; se estaría ante un acto de violencia sexual. Pero, ese consentimiento únicamente es posible cuando las relaciones de pareja son en igualdad, cuando existe una relación de poder de una persona sobre otra no existe esa igualdad.

¹¹⁶ Ley Contra la Violencia Doméstica. Ley N° 7586 del 2 de mayo de 1996. Artículo 2.

¹¹⁷ CONAMAJ. “Guía informativa sobre la violencia doméstica”. Año 2005. P. 4.

La jurisprudencia de la Sala Tercera ha dejado en claro desde hace muchos años, la penalización de la violencia sexual en el matrimonio:

“El matrimonio no es un acto que dé a ninguno de los contrayentes facultades de dominio sobre el otro. Nunca puede estimarse que el vínculo matrimonial implique la enajenación de las libertades inherentes a la condición de ser humano. Concebir que por haber contraído matrimonio uno de los cónyuges, habitualmente la mujer, pierde su individualidad e identidad (es decir su propia forma de ser, pensar, sentir, vivir y de tener expectativas) y se ve sometida a la voluntad y talante del otro, es una visión atávica de la relación interpersonal, propia de una actitud cosificante, en la cual el cónyuge en desventaja pasa de ser sujeto (esto es con su propia individualidad) a ser objeto (de servicio, satisfacción, compañía o simple presencia). Si bien es cierto a través del matrimonio se adquieren derechos y obligaciones hacia el otro contrayente, esencialmente respeto, ninguno tiene la potestad de imponer su voluntad al otro ni autotutelar su interés a la viva fuerza, intimidación o lesión al honor.”¹¹⁸

La violencia sexual se da con el propósito de denigrar y humillar a la otra persona y puede dejar -no solo secuelas físicas y psicológicas-, sino también el contagio de enfermedades venéreas.

Este tipo de violencia es muy grave; pues las secuelas no desaparecen con el tiempo y la víctima sufre pérdidas en su autoestima, pérdida de confianza, indefensión, culpa, entre otras.

1.2.4. Violencia patrimonial

La Violencia Patrimonial *“consiste en provocar daños a las pertenencias personales, familiares y de trabajo de los miembros de la familia. Asimismo, se ejerce cuando se limita el acceso a los recursos económicos.”*¹¹⁹

¹¹⁸ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 600 de las 09:20 horas del 22 de diciembre de 1994.

¹¹⁹ CONAMAJ. Op. cit. P. 4.

Otra definición es la establecida en la LCVD en el artículo segundo al disponer:

“Acción u omisión que implica daño, pérdida, transformación, sustracción, destrucción, retención o distracción de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores, derechos o recursos económicos destinados a satisfacer las necesidades de alguna de las personas mencionadas en el inciso a) anterior.”¹²⁰

La autora Solís Madrigal establece dentro de este tipo de agresión, la agresión iracunda, se refiere a la destrucción de objetos de valor o hacia animales, todo esto con el fin de afectar psicológicamente a la persona que está siendo agredida.¹²¹

Algunos ejemplos de este tipo de agresión son: el control en el uso del dinero, tarjetas de crédito, cuentas bancarias; extracción de bienes, ocultación de bienes, todo esto con el fin de controlar a la víctima que -en muchas ocasiones-, depende económicamente de su agresor y queda en una situación de desventaja frente a él.

La violencia patrimonial se puede dar dentro del matrimonio; sin embargo, muchas veces durante el proceso de divorcio también se manifiesta, ya que con el fin de perpetuar la violencia contra su ex esposa, el agresor la hace firmar acuerdos de divorcio en donde renuncia al derecho a los bienes gananciales sobre los que tiene derecho.

1.3. El ciclo de violencia doméstica

El concepto de ciclo de violencia se introdujo en la década de los años 70, por Leonore Walker, al realizar una investigación con mujeres agredidas y comprender que la violencia doméstica no es una situación aislada; más bien se manifiesta en forma de ciclo, porque se presentan tres etapas que se dan consecutiva y repetitivamente a lo largo de la relación.

¹²⁰ Ley Contra la Violencia Doméstica. Ley N° 7586 del 2 de mayo de 1996. Artículo 2.

¹²¹ Solís. Op. cit. P. 169.

Estas tres etapas son:

- Aumento de la tensión.
- Incidente agudo de violencia.
- Tregua amorosa o fase de arrepentimiento.

A continuación se ampliarán dichas fases:

1.3.1. Fase uno: aumento de la tensión

Esta fase se caracteriza por incidentes de agresión menores y puede durar días, semanas o años, en ella, el agresor se encuentra irritable hacia la persona agredida; mientras esta trata de controlar la situación y hace de todo para complacer al agresor. De esta forma, ella piensa que va a evitar que su enojo aumente y así impedir la agresión.

En esta etapa, la mujer siente que si evita a toda costa el enojo de su pareja él no la agredirá más y, en caso de que lo haga, pensará que es su culpa, al mismo tiempo, argumentará que merecía la agresión e inventará excusas sobre el comportamiento violento de su pareja.

Estos incidentes menores van a ir aumentando; sin embargo, las mujeres se niegan a aceptarlo para así ayudarse a sí misma a enfrentarlo. En esta fase, la mujer cree que tiene un poco de control sobre el comportamiento del agresor, pero la realidad es que su control es limitado y, poco a poco, la tensión irá aumentando hasta que se desencadene un incidente agudo de agresión.

“Durante este período, la mujer vive en una situación de estrés permanente y pueden presentarse algunos cambios en su manera de pensar y sentir con el propósito de enfrentar la situación. Un estado constante de alerta, la minimización de los actos anteriores de violencia y los sentimientos de culpa constituyen reacciones defensivas comunes y normales a la agresión repetida.”¹²²

¹²² Claramunt. Op. cit. P. 117.

La duración de esta fase del ciclo de violencia doméstica no va a depender de la mujer; sino del agresor y sus características, según sus necesidades de control sobre la mujer y la forma en que él evitará esas conductas.

1.3.2. Fase dos: incidente agudo de agresión

Esta segunda fase inicia al finalizar la primera, de aumento de tensión, se da cuando es imposible cualquier tipo de control para evitar la agresión.

Esta fase es más corta que la anterior; pues puede durar solo algunos minutos u horas o prolongarse por días, a pesar de que su duración es menor, resulta brutal y con grandes consecuencias como lo son golpes, quebraduras, quemaduras e incluso la muerte.

En el libro *“El Síndrome de la mujer maltratada”* de la autora Leonore E. A. Walker se explica que esta fase se caracteriza por la descarga incontrolable de todas las tensiones que se han acumulado de la fase uno, se genera un incidente agudo de agresión, tanto el hombre como la mujer aceptan en esta fase que la ira está fuera de control. Por otro lado, el hombre justifica su agresión al argumentar una serie de situaciones que acumularon su ira durante la fase uno; muchas veces culpan al alcohol o al exceso de estrés por el trabajo.

La mujer puede desencadenar el inicio de esta fase al sentir que este momento de agresión se aproxima y no puede soportar el miedo o enojo por más tiempo; además, ella sabe que después de esa fase llegará la calma y, muchas veces, prefieren que ocurra el incidente agudo de agresión a seguir temiéndole y provoca al agresor para que explote. Sin embargo, en ocasiones la explosión de esta fase se desemboca por asuntos externos o el estado interno del hombre.

Mientras sucede la agresión, no se sabe cuándo va a terminar y el hombre muchas veces continúa agrediendo a su pareja, aunque esta se encuentre gravemente herida.¹²³

Al finalizar el ataque, la mujer se encuentra en un estado de choque e incredulidad por lo ocurrido, la mujer minimizará sus heridas y no buscará ayuda durante esta fase; sino varios días después al sentirse depresiva e impotente.

1.3.3. Fase tres: amabilidad, arrepentimiento y comportamiento cariñoso

Esta etapa se caracteriza por un comportamiento cariñoso, amable y de arrepentimiento por parte del agresor, aquí tratará de compensar a la mujer haciéndola sentir como una víctima.

El agresor se dice arrepentido y suplica a la mujer que lo perdone y promete que la situación ya no se va a repetir. Él cree que se podrá controlar y no lastimará a la mujer nunca más, porque además ella ya aprendió la lección. Se comportará de tal manera que parece que es sincero, dejará sus vicios, será mejor padre, hijo y esposo.

Por su parte,, la mujer se sentirá confiada y feliz al creer que el agresor ha cambiado, en muchas ocasiones, el agresor utiliza a otras personas para que intervengan en la relación y obtener así el perdón de la mujer, como: padres, hermanos o hermanas, amigos, entre otros. Quienes se encargarán de hacer sentir a la mujer culpable de la situación que pasó y de la que pasará si no perdona al agresor; pues este le asegura que sin ella no puede vivir y se suicidará si lo abandona.

¹²³ Walker, Leonor. *The Battered Women. (Las mujeres agredidas)*. Harper and Row Publishers, Inc. Nueva York, 1979.

En este punto, la mujer cree que el amor de ambos podrá superar cualquier situación, es entonces cuando retira los cargos, se echa para atrás sobre el divorcio y se dedica a reparar los conflictos hasta que llegue el próximo incidente de agresión¹²⁴.

Las mujeres agredidas creen que ellas pueden ayudar a sus parejas a cambiar, la relación se torna codependiente para ambos; por lo tanto, si alguno de ellos decide irse, la vida de ambos se verá muy afectada.

Es durante esta fase cuando las mujeres deben empoderarse y salir del ciclo de violencia en el cual se encuentran inmersas, la ayuda por parte de organizaciones e instituciones de apoyo es esencial para lograr que las mujeres agredidas logren salir satisfactoriamente de la situación de violencia en la que se encuentran.

Para ello, los países deben implementar una serie de normas y leyes creadas para proteger a las personas que se encuentran inmersas en esta problemática. En Costa Rica, la mujer se encuentra protegida por una serie de normas nacionales y convenciones internacionales, cuyo fin es salvaguardar los derechos de las mujeres.

1.4. Convenios ratificados en Costa Rica y Normativa Nacional contra la violencia hacia las mujeres.

En nuestro país se han implementado una serie de leyes, además de la Constitución Política, las cuales buscan no solo proteger a las mujeres contra la violencia; sino además posicionarlas en igualdad de condiciones educativas, sociales, laborales, entre otras y darles las herramientas necesarias para su protección en caso de que alguna persona lesione sus derechos.

¹²⁴ Walker. Op. cit.

En la primera subdivisión de este apartado se desarrollarán los convenios internacionales ratificados por nuestro país y, en la segunda, se tratará la normativa interna de nuestro país.

1.4.1. Convenios Internacionales aprobados por nuestro país en contra de la violencia de género: CEDAW y Convención Belém do Pará

El Estado costarricense ha ratificado una serie de Convenciones Internacionales, en donde ha asumido el compromiso de prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres, reparar el daño que han tenido a consecuencia de tal agresión y sancionar a los victimarios.

La lucha por los derechos de las mujeres empezó en los años setentas, en esa década y posterior a ella, se realizaron cuatro Conferencias Mundiales sobre la Mujer en las cuales se trató el tema de la Violencia Doméstica (México 1975, Copenhague 1980, Nairobi 1985 y Beijing 1995). Además, en 1993 se realizó la Conferencia de Viena, la cual es de suma importancia porque se establece que los Derechos de las Mujeres y Niñas constituyen parte de los Derechos Humanos Universales.¹²⁵

Las Conferencias mencionadas anteriormente establecieron la obligación de los Estados de combatir la violencia doméstica mediante el fortalecimiento de la legislación interna; además de la sanción de estos actos y la implementación de políticas públicas que permitieran el desarrollo óptimo de la mujer en la sociedad.

En Costa Rica, los Tratados Internacionales tienen jerarquía supra legal, esto significa que tienen el mismo rango legal que la Constitución Política.

¹²⁵ Pereira Retana, Sandra María. *“Violencia contra las mujeres en la relación de pareja: diagnóstico realizado en el Juzgado contra la Violencia Doméstica de Cartago para un abordaje integral en el Poder Judicial de la Violencia Intrafamiliar desde la perspectiva de género.”* Tesis para optar al título de maestría en Violencia Intrafamiliar y de Género. Universidad de Costa Rica-Universidad Nacional, Sistema de Estudios de Posgrado en Estudios de la Mujer. 2012. P. 24.

a- Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)

La Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979 la aprobó y entró en vigencia en 1981, es el instrumento principal para la promoción y la protección de los Derechos de las Mujeres. Costa Rica ratificó esta Convención en 1986 y el Protocolo Facultativo, el cual permite a las mujeres interponer demandas sobre violaciones a los derechos humanos, en el 2001.

“El espíritu de la Convención tiene su génesis en los objetivos de las Naciones Unidas: reafirmar la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres. La Convención define el significado de la igualdad e indica cómo lograrla. En este sentido, la Convención establece no sólo una declaración internacional de derechos para la mujer, sino también un programa de acción para que los Estados Partes garanticen el goce de esos derechos.”¹²⁶

En la Convención se tratan tres aspectos de la situación de la mujer: “[...] *el de los derechos civiles y la condición jurídica y social de la mujer, [...] se ocupa de los que tienen que ver con la reproducción humana y con las consecuencias de los factores culturales en las relaciones entre los sexos [...].*”¹²⁷

En el artículo primero se define la discriminación como: “[...] *“discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.*”¹²⁸

¹²⁶ Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW). Ley N° 6968 del 2 de octubre de 1984. Introducción, año 1979.

¹²⁷ *Ibíd.*

¹²⁸ *Ibíd.* Artículo 1.

En el artículo segundo se establecen las medidas que tomarán los Estados parte por eliminar cualquier tipo de discriminación contra la mujer, consagrar la igualdad entre el hombre y la mujer en la Constitución y la legislación, tomar medidas y sanciones contra la discriminación de la mujer, proteger jurídicamente a esta mediante tribunales competentes; son algunas de las medidas.

Como se mencionó anteriormente, la CEDAW trata además los derechos reproductivos de las mujeres, en cuanto a la responsabilidad igualitaria de ambos padres por la cría de sus hijos. Además del derecho de cada una de decidir cuándo se quiere procrear y cuántos hijos se quieren tener, así como también los derechos ligados a la maternidad y al trabajo; asimismo, el Estado les garantizará el derecho a acceder a la información y la educación para hacer efectivos esos derechos.

En cuanto a los derechos políticos de las mujeres, se asegura que los Estados tomen medidas que garanticen su derecho al voto, participar de su gobierno y en la creación de políticas gubernamentales, ocupar cargos públicos; en general, la Convención busca eliminar la discriminación de la mujer en los derechos políticos, sociales, educación, reproductivos, económicos y culturales.

En el artículo 17, se establece la función y la formación del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Este Comité está formado por 23 expertos de gran prestigio moral y competencia en la esfera abarcada por la Convención, quienes se encargarán de revisar los progresos realizados al aplicarla. Los Estados Partes deben presentar al Comité, un informe cada cuatro años sobre las

medidas adoptadas para hacer efectiva la Convención y efectuará recomendaciones sobre aspectos relativos a la eliminación de la discriminación contra la mujer.¹²⁹

La CEDAW no solo establece las medidas que deberán tomar los Estados para eliminar la discriminación; sino le garantiza a las mujeres que sus gobiernos modificarán los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con el fin de eliminar los prejuicios y el modelo de inferioridad que se tiene hacia la mujer, al promover una educación comprensiva y de responsabilidad de ambos géneros.¹³⁰

b- Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belém do Pará)

Anteriormente se mantenían los problemas de las familias en el ámbito privado, esta situación ocasionaba que se violentaran derechos humanos y ninguna entidad pudiera efectuar algo para cambiar esta situación y ayudar a las mujeres que estaban involucradas en esos conflictos. Es así como, en diferentes instrumentos internacionales, se cambia la orientación del ámbito privado al público y se buscan soluciones para prevenir y erradicar esta violencia contra las mujeres.

La Asamblea General de los Estados Americanos (OEA) aprobó la Convención Belém do Pará en Brasil, el 9 de junio de 1994, fue ratificada en nuestro país en 1995. La importancia de este documento es que por primera vez se estableció el derecho humano de la mujer de vivir una vida libre de violencia de género.

¹²⁹ *Ibíd.* Artículo 17.

¹³⁰ *Ibíd.* Artículo 5.

En el capítulo 1 de la Convención se define la violencia contra la mujer y se establece el ámbito de aplicación.

“[...] cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.”¹³¹

Su ámbito de aplicación no solo abarcará la violencia doméstica (*“[...] dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual [...]”*)¹³²; sino además la que se produzca por el Estado o cualquier otra persona, siempre y cuando sea contra una mujer.

En el segundo capítulo se definen los derechos de las mujeres: derecho a la libertad, la vida, la integridad, la seguridad, el respeto a su dignidad, la prohibición de tortura contra ellas, a derechos políticos, al acceso a la justicia, entre otros.

El capítulo tercero recopila los deberes de los Estados Parte para garantizar el cumplimiento de la Convención, entre ellos se encuentran medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres. También, el fomentar una educación con perspectiva de género donde se concientice a las personas sobre la problemática de la discriminación de las mujeres y se les informe los medios para acceder a la justicia, en caso de encontrarse en una situación de discriminación o violencia.

El capítulo cuarto es de gran importancia; pues establece que los Estados Parte deben presentar un informe sobre los mecanismos utilizados para hacer efectiva la

¹³¹ Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belém do Pará). Ley N° 7499 del 18 de abril de 1995. Artículo 1.

¹³² *Ibíd.* Artículo 2.

Convención; además, dispone el derecho de acudir ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos para denunciar o presentar alguna queja sobre actos de discriminación contra la mujer.

Por último, en el quinto capítulo, se exponen las disposiciones generales para su aplicación para evitar contradicciones con la ley interna u otros Tratados Internacionales.

Con la Convención Belém do Pará, se pretende proteger a las mujeres de cualquier acto de discriminación contra ellas, amplía el sentido de violencia -no solo al ámbito familiar-; sino también de comunidad y Estado, asimismo, permite denunciar estas discriminaciones y agresiones ante la CIDH.

Los Convenios mencionados anteriormente son la base de los Derechos Humanos de las mujeres, ambos buscan una sociedad más igualitaria y justa para ellas. Contienen derechos de personas (mujeres, niñas) que requieren de un trato diferencial que les ayude a desarrollarse en la sociedad de manera digna y en igualdad de condiciones.

*“Los Derechos Humanos promueven una acción correctora que por medio de una “discriminación positiva o trato diferenciado” refuerce y ayude a compensar o superar los obstáculos que interfieren en la consecución de sus planes de vida [...]”.*¹³³

Se trata de una igualdad real material, con el trato diferenciado se favorecerá a esas personas que se encuentran en una situación de desventaja frente a los demás. Las mujeres, por la sociedad patriarcal en donde se encuentran, han sido las más afectadas por la discriminación.

¹³³ Arroyo Vargas, Roxana. *“Las normas sobre violencia contra la mujer y su aplicación: un análisis comparado para América Central”*. Universidad Nacional, 2002. P. 102.

La violencia doméstica y, en general, la violencia contra las mujeres, es una problemática que sigue en aumento a nivel global. Los Estados que ratificaron estas convenciones, incluso Costa Rica, deben asumir un compromiso real de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, sea al emitir leyes y modificar las existentes para su efectiva protección, así como el estudiar los factores que influyen en esta violencia para erradicarla desde su nacimiento.

La educación con perspectiva de género y el trabajo interdisciplinario en instituciones estatales, así como la educación en escuelas y el hogar que evolucionen la ideología sexista de la sociedad, permitirán un cambio paulatino basado en derechos humanos y la interiorización de que todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

1.4.2. Legislación nacional en pro de los derechos de las mujeres

Los derechos de las mujeres se encuentran protegidos constitucionalmente en Costa Rica, en el Título IV “Derechos y Garantías Individuales” de la Constitución Política costarricense, en el artículo 21 se establece que la vida humana es inviolable; además, en el artículo 33, se expresa el Principio de Igualdad ante la ley, el cual define que todas las personas deberán ser tratadas en igualdad, esto siempre y cuando se encuentren en posiciones y situaciones iguales y se tratará de forma desigual a las personas en situaciones y posiciones desiguales.

El Estado tiene la obligación de proteger -no solo a las familias-, sino también a las mujeres, los niños, los enfermos desvalidos y los adultos mayores, de manera especial, así lo establece el artículo 51 de la Carta Magna. Asimismo, el artículo 52 deja en claro la igualdad de derechos de los cónyuges y el numeral 55 designa al

Patronato Nacional de la Infancia como el ente encargado de darle protección a la madre y al niño o niña.¹³⁴

Además de la Constitución Política, se han creado leyes especiales, las cuales buscan proteger los derechos de las mujeres y les brindan mecanismos para su correcta defensa.

a- Código de Familia (Ley N° 5476, 21 de diciembre de 1973)

El Código de Familia regula todo lo relacionado con la familia como elemento natural y fundamento de la sociedad. Establece no solo la obligación del Estado de proteger a la familia; sino también el Principio de Igualdad de los Cónyuges, la unidad de la familia y el interés superior del menor.

Con la creación del Código de Familia se le empezó a brindar mayor importancia a los sujetos que la conforman de manera individual. La familia sí es la base fundamental de la sociedad; sin embargo, el bienestar de cada una de las personas que la conforman y su igualdad constituyen el fin primordial de la norma.

b- Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer (Ley N° 7142 del 26 de marzo de 1990)

Esta ley se promulgó en 1990 con el fin de promover y garantizar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres en la política, economía, sociedad y cultura.

En su capítulo IV, “De la protección sexual y contra la violencia”, establece los derechos que goza una mujer al momento de interponer una denuncia por un delito sexual del que ha sido víctima, el hacerse acompañar por alguien de su confianza o quien reciba la denuncia sea una mujer; además de la obligación del Ministerio de

¹³⁴ Constitución Política de Costa Rica. Artículos 21, 33, 51, 52 y 55.

Justicia de brindarle la orientación y la protección necesaria a las víctimas de agresión doméstica o sexual.¹³⁵

Un logro de esta ley fue crear la Defensoría General de los Derechos Humanos (Defensoría de los Habitantes), quien es el ente encargado de la protección de los Derechos Humanos de todos los habitantes del país, especialmente de las mujeres y los niños.

Asimismo, se logró la aprobación del Reglamento al artículo 152 del Código de Procedimientos Penales (derogado por Ley N° 7594), el cual facultaba al juez para que, en caso de violencia doméstica, sacara al agresor de la casa de habitación familiar y se le diera a la mujer una pensión alimentaria provisional.

Estos precedentes permitieron que con la promulgación de la Ley Contra la Violencia Doméstica se le diera protección a la mujer agredida, con la posibilidad de establecer las medidas cautelares.

c- Ley contra el hostigamiento sexual en el empleo y la docencia (Ley N° 7476, del 3 de febrero de 1995)

Esta ley entra en vigor con el fin de evitar, proteger y atender el hostigamiento sexual en las relaciones obrero-patronales y docencia del sector público y privado. También, busca eliminar la discriminación por razones de género, mediante la obligación del Estado de establecer políticas públicas para ello.

A lo largo del cuerpo normativo se señalan definiciones relacionadas con el acoso y el hostigamiento, además del procedimiento para denunciarlo y las sanciones en caso de que se demuestre.¹³⁶

¹³⁵ Ley de Promoción de la Igualdad social de la mujer. Ley N° 7142 del 26 de marzo de 1990. Artículos 14, 15 y 16.

La promulgación de esta ley permitió una mayor protección de la mujer en su ámbito laboral, donde muchas veces es discriminada por razones de sexo u acosada sexualmente por sus jefes o superiores.

Poco a poco, el Estado ha ido implementando nuevas formas de protección de las mujeres víctimas de violencia, esta ley fue otro precedente para la Ley contra la Violencia Doméstica, con la cual se resguardaron Derechos Humanos de las mujeres que antes eran invisibilizados por la sociedad patriarcal.

d- Ley contra la violencia doméstica (Ley N° 7586 del 2 de mayo de 1996)

La idea de su creación surge en 1992, momento en que se dio un aumento desmedido de la violencia en Costa Rica, más del 40% de familias costarricenses eran afectadas por algún tipo de violencia. En ese mismo año, en la Defensoría de la Mujer se recibían entre 50 y 60 quejas diarias, situación que preocupó a las autoridades costarricenses y evidenció la necesidad de una Ley que protegiera a las víctimas de esta problemática y se les brindara apoyo legal.¹³⁷

La Ley se crea entonces, con la finalidad de llenar ese vacío normativo, la falta de protección no solo de las mujeres; sino también de los niños, niñas, adultos mayores y personas discapacitadas que sean víctimas de violencia doméstica.

¹³⁶ Ley Contra el hostigamiento sexual en el empleo y la docencia. Ley N° 7476, del 3 de febrero de 1995.

¹³⁷ Alvarado Alfaro, Mónica. *“Normativa sobre violencia doméstica: análisis y aplicación”*. Tesis para optar por el título de licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2011. P.36

En el artículo segundo, la Ley establece su ámbito de aplicación a agresiones que se den entre personas en *“relaciones de adopción, afinidad o consanguinidad hasta tercer grado inclusive, por vía ascendente, descendente o colateral, originada en un vínculo jurídico, biológico o de unión de hecho. El vínculo por afinidad subsistirá aún cuando haya finalizado la relación que lo originó”*.¹³⁸

Para que la agresión se considere doméstica, resulta necesario que se encuentre dentro de las relaciones anteriores y exista una dependencia afectiva o económica entre el agresor y su víctima. Además, en el mismo numeral se establecieron las diferentes manifestaciones de violencia doméstica existentes y su definición. Estas no son restrictivas; pues las medidas de protección se pueden interponer contra otros tipos de violencia que no se encuentren tipificadas.

Con esta ley se busca garantizar y proteger la vida de las personas víctimas de violencia doméstica; para ello, con esta Ley se creó una serie de medidas de protección que la víctima u otra persona (en caso de que se encuentre imposibilitada para hacerlo) pueda solicitar para evitar que se continúe con la violencia. Estas medidas se hallan enumeradas en el artículo tercero de la LCVD, en donde se incluyen medidas sobre el domicilio del agresor, la situación con los hijos o hijas, sus bienes y la reparación en dinero por el daño causado, entre otras cuestiones. Aunque la lista del artículo tercero es taxativa, la autoridad judicial podrá aplicar medidas de protección diferentes a las contenidas en la lista.¹³⁹

*“Esta potestad absoluta y discrecional que la ley otorga al operador(a) judicial, tiene como fin dar contenido al “Principio de protección integral a la víctima”; en aras de su interés superior.”*¹⁴⁰

¹³⁸ Ley Contra la violencia doméstica. Ley N° 7586 del 2 de mayo de 1996. Art 2.

¹³⁹ Idem. Art 10.

¹⁴⁰ Alvarado. Op. cit. P. 45.

Sobre su aplicabilidad, una vez planteada la solicitud de medidas de protección, la autoridad ordenará su empleo inmediato por un término de un año, al año cesarán o continuarán siempre y cuando exista una resolución judicial firme que así lo estime.

Es de gran importancia para el seguimiento de la presente Ley, el numeral 13 donde se establece:

“Artículo 13.- Apreciación de la prueba.

Para interpretar esta ley, en caso de duda en la apreciación de la prueba, se estará a lo más favorable para el supuesto agredido.”¹⁴¹

El artículo anterior se refiere al “Principio de *in dubio pro agredido*” en las situaciones de violencia doméstica, muchas veces es difícil demostrar la agresión, esto por las circunstancias en las cuales se da. En el ámbito de la intimidad de la familia; el principio *in dubio pro agredido* establece que -en caso de duda sobre la prueba-, el asunto se deberá resolver de la manera más favorable para el presunto agredido(a); este principio se aplicará solo cuando exista un mínimo probatorio, significa que la solicitante de las medidas deberá demostrar su dicho y solo en caso de duda objetiva es que se aplicará esta presunción.

En el proceso de violencia doméstica se tienen varias fases:

a- Solicitud: la persona agredida u otra persona encargada realiza un escrito donde narra los hechos, aporta pruebas y solicita las medidas de protección.

b- Resolución inicial: el juez o jueza dicta las medidas de protección más favorables para proteger a la persona agredida, según los hechos y las pruebas.

Una vez notificado el presunto agresor, tendrá cinco días para solicitar una

¹⁴¹ Ley Contra la Violencia Doméstica. Op. cit. Art. 13.

audiencia o, en caso que la presunta víctima tenga antecedentes como persona agresora, el juzgado convocará a las partes a una audiencia oral con el fin de evacuar la prueba correspondiente.

c- Comparecencia: es una audiencia oral que se fija para la narración de los hechos y la evacuación de pruebas, no para conciliar.

d- Resolución final: una vez evacuada la prueba, el juzgado resolverá si las medidas se mantienen en ejecución o no.

e- Apelación: dicha resolución final podrá ser apelada en el término de tres días hábiles y la autoridad judicial deberá resolverlo en el término de quince días, a partir de la fecha en que se tramitó.

e- Revisión de la efectividad de las medidas: la autoridad judicial deberá revisar que las medidas sean efectivas, para ello hará una comparecencia de las partes o bien con una intervención de trabajo social y psicología del Poder Judicial.

f- Denuncia: en caso de que los hechos que motivaron las medidas de protección constituyan delito, la autoridad judicial deberá brindar testimonio a la fiscalía.

Además, en la Ley se definen las obligaciones de las autoridades policiales al entrar en conocimiento de una situación de violencia doméstica, el intervenir de oficio o por petición de las personas, socorrer a las personas agredidas, detener a la persona agresora, levantar actas y ser testigo en el proceso de violencia doméstica.

También se estipulan los deberes del Estado desarrollados en la Convención Belém do Pará, donde se dispone que tiene la obligación de velar por el cumplimiento

de la LCVD, de fomentar un trato indiscriminado e igualitario hacia la mujer en la sociedad, implementar políticas públicas que protejan a la mujer y las personas agredidas en sus familias.

e- Ley de Penalización de la violencia contra las mujeres (Ley N° 8589 del 12 de abril de 2007)

Esta Ley surgió con el propósito de contar con una norma que protegiera a las mujeres víctimas de agresión, quienes a pesar de solicitar medidas de protección y establecer un proceso de violencia doméstica contra sus parejas, no se reconocía esa conducta violenta como delito, “[...] *persigue que el Estado costarricense cumpla con los compromisos internacionales contraídos y reconozca la violencia contra las mujeres, en todas sus manifestaciones, como una conducta antijurídica y contraria a las normas básicas de la convivencia social y, por ende, sujeta de sanción.*”¹⁴²

Antes de la creación de esta Ley el Código Penal sancionaba las conductas violentas pero no en el ámbito doméstico, lo cual ocasionaba problemas para las mujeres; pues en la legislación penal las partes se encuentran en igualdad de condiciones, situación que no se da en los casos de violencia doméstica donde las relaciones se caracterizan por la desigualdad de poder. La LPVM les garantizó a las mujeres un efectivo acceso a la justicia y un alto a la impunidad.

Su ámbito de aplicación será cuando el hecho típico sea contra una mujer mayor de edad o entre 15 y 18 años, en el contexto de una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no.¹⁴³

¹⁴² Alvarado. Op. cit. P. 87.

¹⁴³ Ley de Penalización de la Violencia Contra las Mujeres. Ley N° 8589 del 12 de abril de 2007. Artículo 2

En los artículo 10 y 11 de la Ley se establecen las penas, la principal sería la prisión y, en caso de que no se ponga en riesgo la vida de la persona agredida, se aplicarán penas opcionales (detención de fin de semana, prestación de servicios de utilidad pública, cumplimiento de instrucciones, extrañamiento); además, junto a la pena principal y alternativa, el juzgador puede aplicar una pena accesoria (inhabilitación).¹⁴⁴

Con la presente Ley se reguló el femicidio, con la misma pena que tiene el Homicidio Agravado en el Código Penal. Asimismo, se regularon los diferentes tipos de violencia (física, sexual, psicológica y patrimonial) de la que son víctimas las mujeres y se estableció una sanción para cada una de ellas. Y, en caso de incumplimiento de una medida de protección, será por medio de esta Ley que se le establecerá una sanción al agresor.

La violencia doméstica es una realidad que se sigue dando en nuestra sociedad, el Estado debe velar por una adecuada prevención, protección y sanción de estos actos. Con las leyes mencionadas anteriormente se ha tratado de combatir esta problemática; sin embargo, se requiere de un trabajo interdisciplinario continuo para encaminar a la sociedad a un mundo sin violencia de género y sin violencia doméstica.

En nuestro país, los esfuerzos han ido más allá de estas leyes internas y se han aprobado Convenios Internacionales; al igual que se han suscrito compromisos internacionalmente con el fin de erradicar la violencia contra las mujeres, estos convenios serán ampliados a continuación.

¹⁴⁴ *Ibíd.* Artículos 10,11 y 15.

Sección 2: Consecuencias en las víctimas de la violencia doméstica

Dentro de la violencia doméstica los expertos realzan el tema del amplio desgaste en cuanto al estado conductual y emocional de las mujeres víctimas de los diferentes abusos que conforman el concepto en estudio, lo anterior desencadena en futuros perjuicios patrimoniales y familiares, cuyo resultado es un divorcio en donde se firma un acuerdo viciado en la voluntad de la mujer.

Se debe reseñar el impacto que tiene la violencia doméstica en el ámbito psicológico, pues se expone un carácter más sumiso por parte de la mujer; pues se siente dependiente y, en ocasiones, al tratar de librarse de este sufrimiento, se emplean medidas extremas como perder derechos y privilegios que legalmente poseen y se maneja como un abuso que muchas veces no es tratado debidamente por las autoridades correspondientes.

2.1 Efectos psicológicos desencadenados por un trauma

Las repercusiones que se presentan a través de la violencia doméstica en la mujer son múltiples, pues se abordan en una diversidad de áreas que van desde lo social, lo psicológico y llega a lo legal, de ahí que los trabajos que se han desarrollado al tratar el tema de la violencia doméstica tienden a ser de orden multidisciplinario, para así resolver un problema que aumenta cada año y es de difícil control.

Se pueden ver estos tres ámbitos de estudio: lo social, lo legal y lo psicológico, como los encargados de responder a las tres etapas de este problema; es decir, la fase de prevención, la del momento de la violencia y la posterior resolución del problema y protección de la víctima. De lo anterior, cabe analizar las repercusiones psicológicas y

cómo se han estudiado desde esa área; pues influye directamente en la conducta y el comportamiento de la persona víctima de agresión.

Desde el enfoque de la medicina legal, el trato que se le ha dado al daño psicológico, generalmente, es que se presenta en el adecuado funcionamiento de la persona, el cual puede ser ocasionado por un evento traumático, con consecuencias muy serias en la conducta.

“El daño psicológico, es una perturbación patológica, transitoria o permanente, del equilibrio psíquico pre-existente. Producida por uno o varios eventos, que modifican la personalidad de la víctima y que desencadenan alteraciones de mayor o menor grado, en detrimento del área afectiva, volitiva e identitiva, o en todas ellas, las cuales determinan su ajuste o interacción con el medio.”¹⁴⁵

En referencia a las complicaciones que pueden desencadenarse a raíz de los daños psicológicos, están las que afectan la voluntad de las víctimas; además de esto, se generan problemas en un plano de la identidad al mostrar serios y severos daños en la autoestima y el aprecio que se tienen por sí mismos.

A lo anterior, se debe agregar un tema que genera muchas complicaciones y es el ámbito afectivo, en donde las personas sufren problemas para vincularse con las demás personas y muestran una alta dificultad para socializar, pero como problema mayor, está la elevada desconfianza que se genera hacia terceras personas; por lo tanto, resulta sumamente complicado el apoyo que se pueda brindar.

“Existen diversos síntomas característicos que se observan en todas las personas como consecuencia de experiencias altamente traumáticas. Estos pueden incluir un estado de alerta exagerado (se espantan fácilmente, se vuelven cautelosos), revivir aspectos del trauma (imágenes no deseadas, pesadillas) y/o entumecimiento emocional”.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Ching C., Ronald Ling. “Propuesta de valoración del daño psicológico en materia de violencia doméstica”, en Medicina Legal de Costa Rica, Volumen 20, #2, setiembre de 2003. P. 59.

¹⁴⁶ Asociación Médica Americana. “Estrategias para el diagnóstico y tratamiento de los efectos de la violencia doméstica en la salud mental”. 1995. P. 10.

El problema que se suscita cuando se surgen problemas de confianza hacia las demás personas, como se mencionó, es el del apoyo o la ayuda que se le pueda brindar. La temática en general va de la mano con la inseguridad que se muestra a la hora de apoyar a una persona con serios daños psicológicos a raíz de un trauma, aunque la mayor dificultad de esto no está solo en la negativa a recibir apoyo, sino en la dificultad de estas en ir a buscarlo cuando en realidad se requiera.

Lo anterior se puede ver como generalidades de lo que se concibe como los resultados de un trauma psicológico de forma general, trauma que puede ser ocasionado por una diversidad de causas, cuyo resultado son problemas emocionales, de confianza, y seguridad, elementos que se afectan en mayor medida dentro de la violencia doméstica.

2.1.1 Daños psicológicos consecuencia de la violencia doméstica

El tema de la violencia doméstica tiene un amplio estudio en diferentes áreas de investigación, desde el punto de vista de lo psicológico, las consecuencias que se presentan en la mujer a causa de las agresiones a las cuales es sometida por parte de su cónyuge, se le conoce como el síndrome de la mujer agredida.

La amplitud de acciones enmarcadas como violencia doméstica posee una enorme gama de consecuencias, las cuales pueden ligarse al tipo principal de violencia que es víctima la mujer; pues se puede observar que la violencia física desencadena una serie de efectos, como por ejemplo la dificultad para moverse por la serie de golpes que sufre la víctima.

El punto anterior es sumamente importante para comprender mejor los efectos de las agresiones dentro del matrimonio; no obstante, resulta concluyente lo que se ha demostrado a través de múltiples estudios sobre las consecuencias presentes en todas

las víctimas de violencia doméstica: el trauma psicológico y la debilidad emocional que estas presentan.

“La violencia doméstica incluye formas muy variadas de abuso y control hacia las mujeres y por lo general, no se limita al abuso físico, sino que incluye muchas veces la violación marital y el abuso emocional. Este último puede presentarse por medio de múltiples y variadas estrategias de control y humillación, llegando incluso a manifestarse en forma de tortura emocional [...]

*[...] las consecuencias emocionales que sufre una mujer latinoamericana víctima de violencia doméstica, no pueden limitarse a una forma exclusiva de abuso, sino que deben verse como respuesta a la globalidad de las manifestaciones de violencia”.*¹⁴⁷

El tema del impacto psicológico y emocional resulta ser de muy elevado interés; pues concluye ser la causa de que se den manipulaciones y controles por parte de los cónyuges agresores sobre sus esposas, lo cual significa que para las mujeres sea sumamente difícil poder salir de esa complicada y hasta mortal situación.

Las consecuencias a las que se ve sometida la mujer, se convierte en el síndrome de la mujer agredida, el cual no se debe confundir con la violencia doméstica y hablarse de forma indistinta de ambas, pues el síndrome de la mujer agredida es el resultado de un evento traumático que es -en un principio-, la violencia doméstica, como se ha expuesto anteriormente, tiene varias dimensiones.

“El concepto síndrome se puede definir como el conjunto de signos y síntomas que definen un estado patológico y que tienen varias causas. En este caso, el estado patológico sería el de la mujer físicamente agredida.

El síndrome de la mujer agredida se define como la comisión de un daño o lesión en contra de una mujer que interfiera con el desarrollo óptimo de esa persona, sea daño físico, sexual o del estado emocional.

¹⁴⁷ Asociación Médica Americana. Op. cit. P. 30.

Se trata de la agresión física, sexual y psicológica de la mujer por parte del hombre vinculado afectivamente o sentimentalmente a ella, en el presente o en el pasado.”¹⁴⁸

Se resalta el elemento de la agresión de un conocido, en este caso, la violencia doméstica la provoca el cónyuge, pues desencadena puntualmente una serie de síntomas que allegados o familiares pueden apreciar, pero que no son más que consecuencias o resultados de esa condición de víctimas.

“[...] cuando se habla del Síndrome de la Mujer Agredida, se delimita al tema de la violencia doméstica exclusivamente; es decir, de la agresión sufrida por la mujer en manos de su esposo (ex), concubino (ex). Se trata en aquellas relaciones donde existe o hubo algún ligamen o relación de parentesco afectivo entre la víctima y su agresor.

Entre los síntomas que se definen como propios e identifican un cuadro del Síndrome de la mujer Agredida se encuentran los siguientes:

- 1. La mujer presenta baja autoestima y se siente insegura de sí misma.*
- 2. Sufre de depresión y de confusión.*
- 3. Alta tensión arterial y palpitación del corazón inusual.*
- 4. Serios trastornos a nivel de los nervios.*
- 5. Se pone ansiosa y sufre de insomnio o lo opuesto, duerme mucho.*
- 6. Pérdida de apetito o; por el contrario, come en exceso.*
- 7. Presenta dolor de cabeza y fatiga constantemente.*
- 8. Se siente muy deprimida e impotente.*
- 9. Disminución de la movilidad causada por los maltratos físicos.*
- 10. Se aleja de su entorno cotidiano y de sus familiares.*
- 11. Comportamiento pasivo, servil y de dependencia del hombre agresor.*”¹⁴⁹

Al retomar el tema de las consecuencias de la violencia doméstica, según el tipo de agresión, la cita anterior muestra un amplio repertorio que expone el contenido del síndrome de la mujer agredida. Como se observa la disminución de la movilidad es el resultado de la violencia de tipo físico, pero las demás opciones muestran un

¹⁴⁸ Campos Monge, Juan Carlos. “El síndrome de la mujer agredida”. Tesis de grado para optar por el título de licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica. 2008. Pp. 75-76.

¹⁴⁹ Ibid. Pp. 77-78.

contenido de carácter pluri-causalista en virtud del tipo de violencia al que pudo ser sometida.

Por lo tanto, se ha concluido que sin importar el tipo de violencia doméstica, las consecuencias pueden ser: el hecho de que sean sumisas, sometidas a la autoridad del marido, se presenta una baja autoestima o un desprendimiento de los amigos e incluso, más importante, del resto de la familia. Todos los anteriores, son el resultado de las agresiones en general, sin importar el tipo, sea verbal o física, esta mención se realiza para concluir que no importa tanto el tipo de agresión; sino las consecuencias dan paso a una actitud que le beneficia al marido como se ha reiterado.

*“El Dr. Orós (médico forense) apunta lo siguiente: “[...] cabe señalar que lo más frecuente en la clínica es encontrarnos con mujeres maltratadas que responden a determinado perfil: están casadas, se dedican a tareas domésticas, lo cual suele determinar ese rasgo más importante que las caracteriza, la de depender totalmente del compañero que las maltrata desde el punto de vista económico y social. [...] Suelen ser tímidas [...], desconfiadas, inseguras, reservadas e introvertidas, deprimidas, angustiadas, que manifiestan a veces sentimientos de culpa, y que no reconocen el maltrato ya sea por miedo [...] o bien porque han desarrollado uno de los mecanismos psicológicos normales de defensa en un intento de recuperar su equilibrio”.*¹⁵⁰

Las señales que se exponen en muchas ocasiones son invisibilizadas por parte de los familiares y amigos, lo cual origina terribles consecuencias y hasta la muerte. Esto se puede ver como el resultado de dos elementos: el primero, es la desinformación que se tiene, pues no se posee un conocimiento para detectar ciertas señales que son características del fenómeno de la violencia y, como segundo punto, se encuentra el encubrimiento que hacen las mismas mujeres víctimas de las agresiones para que nadie se dé cuenta, esto por el resultado de un temor hacia represalias mayores.

¹⁵⁰ Campos. Op. cit. P. 129.

Como se desprende de lo anterior, los problemas psicológicos son el resultado de un evento traumático o una serie de estos. La violencia doméstica posee las características antes mencionadas, pero si generan consecuencias más claras y puntuales cuyo resultado son más problemas por estar inmerso en un ámbito familiar y privado.

La violencia doméstica para la mujer es, claramente, un golpe muy fuerte en el ámbito psíquico de esta; pues resulta un cambio brusco en el comportamiento natural. De alguna manera, al celebrarse un matrimonio se ofrece un grado de seguridad y resguardo del marido hacia la mujer, por lo tanto, este contraste tan marcado genera graves secuelas.

En este desequilibrio emocional de la mujer víctima de la violencia doméstica, se debe resaltar que es más amplio o más fuerte que otros eventos traumáticos; por lo tanto, las consecuencias tienden a ser peores ya que vienen por parte de un ser de quien muchas veces es dependiente económicamente y, además, siente un afecto especial por él y, como resultado, las consecuencias que se sufren son más difíciles de sobrellevar y dificulta más realizar un trabajo de recuperación y apoyo para estas personas.

“El daño psicológico en violencia doméstica que no es lo mismo que otros tipos de violencia, es el desequilibrio y/o la disfunción resultante del evento traumático, en el que se presenta un vínculo personal particularmente importante, que espera protección, apoyo, cercanía afectiva y en el que la lesión o trauma adquiere un agravante en las consecuencias, por lo ya señalado en la Asociación Psiquiátrica Americana.”¹⁵¹

Dentro de los elementos que se adicionan a las consecuencias psicológicas de los traumas antes mencionados, es el de la conexión existente entre la víctima y el

¹⁵¹ Li. Op. cit. P. 58.

agresor, lo cual genera una justificación que ficticia las razones por las que es agredida. También se da como una adaptación para sobrevivir al constante peligro en el cual se ve sometida; por ello, busca aceptar ciertas conductas para que el problema no empeore.

“La relación que establece la víctima con el agresor es inevitable y Patológica, porque la víctima establece una distorsión cognoscitiva en la que interpreta minimizando y hasta identificándose con el agresor. Inevitable, porque es una forma adaptativa para poder sobrevivir a las múltiples experiencias en que no parece haber otras salidas.”¹⁵²

Como principal agravante en esta condición es que la víctima, en muchas ocasiones, se culpabiliza de las agresiones; es decir, internaliza los insultos y los menosprecios del marido (violencia psicológica) y cree que su comportamiento es erróneo y le da pie al esposo para que actúe tal y como lo hace, lo cual dificulta la atención profesional; pues se condiciona a ella misma a cambiar para que la conducta del agresor cese.

“En el caso de mujeres agredidas víctimas de múltiples abusos, hay referencia de serias distorsiones cognoscitivas en su autoimagen. Las fracasadas tentativas por ayudarse les hace preguntarse por qué me sucede a mí, buscan explicaciones en ellas como si las que deben cambiar las condiciones son ellas, no depositan su culpa en los verdaderos causantes.”¹⁵³

Esta situación se vincula o tiene su conexión con lo que se referencia a una forma de manipulación, la cual no es más que el control que posee el cónyuge agresor en virtud del temor que esta siente sobre él, al recriminarse sobre su actuar, le otorgan poder al esposo victimario para que maneje a antojo de este sus acciones, para intereses o beneficios de él como puede ser en el acuerdo presente en los divorcio por mutuo consentimiento.

¹⁵² Ling . Op. cit. P. 64.

¹⁵³ Ibíd. P. 64.

Al anterior comportamiento de sumisión se le puede sumar el de protección; en múltiples situaciones existen menores que son dependientes de ambos, por lo tanto, al asegurarse del debido resguardo de los menores, la mujer sacrifica su tranquilidad, sumado a ello, se halla el temor a represalias mayores en una eventual salida del hogar, pues se genera un desasosiego en la falta de respaldo en la situación en la que se encuentra, la cual en muchas ocasiones es infundada, pues se basa en una desconfianza ocasionada por las amplias agresiones a las que se ve sometida.

“La mayoría de las mujeres maltratadas se encuentran todavía en peligro cuando buscan ayuda, y si deciden dejar a su pareja, el peligro puede aumentar de manera considerable. Las exigencias económicas y las preocupaciones acerca de los hijos que aun son dependientes también pueden ser aspectos importantes que evitan que la mujer abandone el hogar. En los casos de maltrato persistente, muchas mujeres pueden tratar en un principio de remediar ellas mismas la situación: hablando, buscando ayuda, defendiéndose o tratando de cambiar las condiciones, ya sea las que ellas perciben o las que el perpetrador dice que originan el maltrato. Cuando estos intentos fallan, la mujer se puede retraer hacia una actitud aparentemente más pasiva y “dócil” que, según ha aprendido, puede reducir el peligro inmediato. Cuando estas tácticas también fallan, ella todavía puede tratar de manejar la situación mediante el aislamiento emocional. Para aquellas que se aíslan cada vez más de las redes de apoyo externo, el suicidio o el homicidio pueden parecer las únicas opciones viables para ponerle fin al maltrato.”¹⁵⁴

Lo expuesto anteriormente puntualiza las generalidades de los traumas psicológicos y engloba, en un primer elemento, el síndrome de la mujer agredida y cómo se agravan los traumas psicológicos a consecuencia de la violencia doméstica.

Para ofrecer una contextualización temporal y no se vea la violencia doméstica de forma lineal, se debe hablar del ciclo de la violencia, el cual se entiende como las fases por las que pasa una mujer víctima de violencia y es considerado un ciclo

¹⁵⁴ Asociación Médica Americana. Op. cit. P. 17.

porque, en múltiples ocasiones, se da un perdón a la pareja, posteriormente, todo vuelve a la normalidad.

“[...] el ciclo de la violencia doméstica está formado por los siguientes pasos: 1. La acumulación de tensión que es la sucesión de pequeños episodios de agresión; 2. El estallido de violencia y 3. La reconciliación. En cuanto a la intensidad creciente, la agresión intrafamiliar inicia por atacar la autoestima de la víctima; luego la violencia verbal y utilización de palabras denigrantes e insultos; después, se llega a la agresión física y, finalmente la sexual.”¹⁵⁵

Como se puede apreciar en la cita anterior, la violencia se genera poco a poco; en un inicio menoscaba el estado emocional, que resulta básico; pues genera sumisión, -como se ha reiterado repetidas veces-, provoca un mejor manejo de la conducta de la mujer. Luego, se presenta una violencia más constante, en donde la víctima se da cuenta que ya no es agredida por el marido de forma esporádica, sino constante y, cada vez, es más fuerte, lo cual impulsa a esta a tratar de escapar de la situación. En ese momento, desencadena en un perdón, pues el cónyuge muestra un arrepentimiento “sincero” y, muchas veces, esa reconciliación está viciada, justamente, por ese menoscabo en la autoestima y el ámbito emocional que la mujer presenta, por lo tanto, da inicio al ciclo de violencia.

“La mayoría de las formas de violencia doméstica y de maltrato son de naturaleza crónica. Los actos específicos y el patrón temporal del maltrato, el temperamento innato de la paciente, su configuración psicológica (tipo de personalidad, mecanismos de defensa), su etapa de desarrollo en su ciclo vital, la dinámica familiar y la disponibilidad de recursos de apoyo externo son todos factores que influyen en la naturaleza del cuadro clínico que se observa.”¹⁵⁶

La anterior cita muestra que en la mayoría de estudios que se realizan a las mujeres víctimas de violencia doméstica, surge una serie de factores que se repiten en

¹⁵⁵ Tribunal de familia de San José Voto número 1578-06 de las nueve horas cuarenta minutos del diez de octubre del dos mil seis.

¹⁵⁶ Asociación Médica Americana. Op. cit. P. 11.

estas, primeramente, para que se den consecuencias emocionales que vulneren la autoestima y menoscaben la autodeterminación de esta, la violencia debe ser de carácter crónico; es decir, constante y reiterada, en donde el maltrato va en aumento y lesiona cada vez más a la mujer.

La mujer que es víctima de la violencia doméstica da paso a lo que se conoce como el síndrome de la mujer agredida, esto ocasiona una serie de efectos en el ámbito psicológico y emocional de la mujer, lo cual permite que el hombre pueda manipular de mejor manera; pues la voluntad de esta se encuentra viciada, lo anterior, obliga a tener presente lo peligroso que puede ser cualquier manipulación de bienes y derechos de estas mujeres durante un matrimonio en donde exista violencia doméstica.

2.2 Repercusiones psicológicas de la violencia doméstica en la capacidad volitiva

Para que el juez considere como válido el divorcio por mutuo consentimiento, debe homologar el acuerdo desarrollado entre ambos cónyuges, el cual debe versar sobre diversos temas, como lo es: la custodia de los hijos, la solicitud o no de una pensión, el tema de los bienes gananciales, por citar los elementos de forma general. Lo trascendental en estos es que se deben respetar los derechos mínimos de cada uno de los cónyuges y el juez se encuentra obligado a respetar lo estipulado dentro de ese convenio.

La problemática aparece cuando se presenta este acuerdo como el resultado de una violencia doméstica previa; pues el juez desconoce el contexto del caso. En ese sentido, lo único que logra ver es dicho acuerdo, con un amplio desconocimiento de la existencia de un vicio dentro de la voluntad de alguno de los firmantes del convenio que se supone consensuado.

En cuanto a los vicios, dentro de la legislación costarricense en el consentimiento se maneja la posibilidad de presentar un incidente de oposición a dicho acuerdo, posibilidad presente en el numeral 483 del Código Procesal Civil, el cual establece dicha opción en caso de existir un vicio en el consentimiento de alguna de las partes, que en la jurisprudencia se considera como vicios en el consentimiento: el dolo, el error, la violencia y la simulación; por lo tanto, se debería presentar alguno de estos para que se pueda interponer un incidente de oposición.

*"Los vicios del consentimiento, están referidos naturalmente a la afectación del acto voluntario. O sea a la libre y voluntaria manifestación de acceder o no al consenso. Cuando esta voluntad de expresar el consentimiento, que en principio como se dijo: debe ser libre, abierta y expresa, está obstruida por algún vicio, surge la invalidez. Según el Profesor Zannoni, los vicios del consentimiento están distinguidos como: **el error**: hecho que distorsiona la realidad, haciendo que quien tome la decisión lo haga basado en tal hecho, **el dolo**: aquella aserción de lo que es falso o disimulación intencional de lo verdadero gestado a través de artificio, astucia o maquinación, vinculado estrechamente con el error, aunque ambos con elementos desiguales, **la violencia**: incidiendo sobre el consentimiento y puede manifestarse a través de la violencia física, moral o la intimidación, ejerciendo presión bajo amenazas y daños injustos y notorios y por último **la simulación**: como la variación de elementos existentes o sustitución de unos por otros. (Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. No. 1, Lecciones y Ensayos. Eduardo Zannoni. Contienda y Divorcio, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1989)."¹⁵⁷*

Como se desprende de la anterior sentencia, se comprende el error a la hora de firmar un acuerdo cuando se distorsiona la realidad y dicha aceptación se efectúa únicamente en el conocimiento de esa realidad inexistente. Por otra parte, el dolo trata de que con intención se señalan elementos falsos como verdaderos y viceversa; por último, la simulación tiene que ver con los elementos del acuerdo, pues se sustituyen unos por otros. No obstante, lo que en realidad tiene injerencia directa con la presente

¹⁵⁷ Tribunal de Familia, sentencia N° 943 de las 08:11 horas del 06 de noviembre de 2013.

investigación es la violencia y los tipos que se desprenden de esta, como lo puede ser desde una intimidación, o bien, se firme algo bajo amenazas; es decir, que dicha violencia vicie directamente la voluntad de la mujer.

Ahora bien, al parecer el ordenamiento jurídico se encuentra con una regulación que protege a la mujer víctima de la violencia doméstica: pues en estos casos el proceder es que se presenta dicho incidente al aducir que existió un vicio en el consentimiento por violencia, en donde se le obligó a firmar, con marcas visibles de una agresión, lo cual resulta más sencillo para el juez declarar con lugar dicho incidente.

La problemática se centra cuando la violencia no resulta tan fácil de demostrar, como puede ser la situación en donde a la mujer se le obligó a firmar dicho acuerdo bajo amenaza y, como se ha mencionado, esta se encuentra en un estado de vulnerabilidad, lo cual facilita al cónyuge para aprovecharse de esa condición y lograr que firme por medios coercitivos.

En el elemento anterior se pueden vislumbrar las desventajas que tiene una mujer víctima de violencia doméstica para proteger sus intereses; pues se la obliga a demostrar que en realidad si existió violencia, lo cual genera ese vicio en el consentimiento que se necesita para oponerse al acuerdo homologatorio. El problema radica en que si no se demuestra que hubo violencia a la hora de firmar el acuerdo, se rechaza el incidente y esto afecta los intereses de la mujer agredida, en tanto, el ordenamiento jurídico la perjudica.

El juez, como elemento capaz de controlar estos abusos, se le debería dotar con la potestad de no aceptar acuerdos de parejas en donde haya existido algún tipo de violencia previamente dentro de la relación marital, el ordenamiento desprotege a la

mujer agredida; pues la regulación va vinculada con la violencia en general, pero no realiza un detenido estudio de los efectos de la violencia, los cuales no son demostrables de forma sencilla; sino con estudio psicológicos de prolongado tiempo y se ve reducido con plazos que no se ajustan a la realidad de mujeres víctimas de violencia doméstica.

Una opción que resulta ser el fundamento de la confianza, para que los jueces solo valoren el acuerdo, es que este se debe hacer frente a un notario público. El problema de este razonamiento, versa en la ausencia de control que se tiene sobre los notarios quienes ejecutan dichos acuerdos; pues perfectamente se puede firmar el convenio con el abogado del cónyuge varón que también posee dicha investidura y no existe un control sobre esa circunstancia.

Otra posibilidad que presenta la mujer para ejercer sus derechos, es el Recurso de Apelación, regulado en el Código Procesal Civil en su numeral 559, el cual sería de una amplia utilidad si se tuviera un plazo que sí permitiera una real y efectiva defensa por parte de la mujer; sin embargo, hablar del plazo es complicado, pues existe un debate de si es de cinco días como lo establece la legislación o bien, es de tres por tratarse de una actividad jurisdiccional no contenciosa, como se ha reiterado en varias sentencias.

En este punto es que no se toman en consideración las consecuencias de la violencia doméstica; es decir, los elementos que caracterizan el síndrome de la mujer agredida, el cual presenta como uno de sus elementos el excesivo temor y, por ende, desconfianza sobre las demás personas, Tal situación los psicólogos la tratan como un proceso lento de reintegración; por lo tanto, el debate de la reducción del plazo y el plazo inicial como tal son contrarios a la realidad que experimenta la mujer.

2.2.1 Acercamiento del acuerdo homologatorio a la resolución alternativa de conflictos

Se debe señalar que dentro de la normativa del derecho de familia, los acuerdos de cualquier tipo son la salida o la respuesta que mejor resuelve los problemas presentes dentro del núcleo familiar, esto en virtud de que parece tener mucha lógica observar en el acuerdo de divorcio por mutuo consentimiento, como una solución no contenciosa que perjudica menos los lazos que se han creado durante el transcurso de la convivencia marital.

El acuerdo se puede vincular como una medida alternativa, pues se busca un tercero que dé fe del acuerdo al cual llegan los cónyuges después de pactar de mutuo consentimiento, la disolución del vínculo matrimonial; por lo tanto, analizar este pacto con los parámetros de los medios alternativos de resolución de conflictos no parece algo irracional.

“[...] vemos que los medios alternos y en especial la mediación resultan ser una vía más adecuada para resolver las disputas familiares, ya que no generan tanto desgaste de las partes como si lo hace un proceso judicial con todo lo que ello implica. Se trata pues, de obtener soluciones con el menor solo (sic) posible para todos los implicados y no profundizar la controversia a través de actuaciones de ataque y defensa, que al final no resuelven las causas profundas que originan el conflicto.”¹⁵⁸

El interés de equiparar el acuerdo con los medios de resolución es el de demostrar los límites que tienen estos a la hora de que establezcan los acuerdos, como lo son: el interés manifiesto de ambas partes por participar dentro de ese acuerdo, la igualdad de las partes que resulta ser de vital importancia para que se dé un acuerdo

¹⁵⁸ Gutiérrez Martínez, Norma. “Aplicaciones de la mediación y la conciliación en la resolución”. Tesis de grado para optar por el título de licenciada en derecho, Universidad de Costa Rica. 2001. P. 189.

justo y equitativo y la libre voluntad de las partes es decir que ambos firmen lo que querían en realidad y no se dé ninguna afectación directa a los intereses originales.

“En un proceso de mediación es fundamental que las partes se comuniquen y defiendan sus intereses, y si por alguna razón una de ellas tiene temor de enfrentarse a la otra cara a cara, el proceso no tendría sentido al no poder expresar libremente sus opiniones e, incluso podría llegar a aceptar un acuerdo que no cumple con sus expectativas del proceso.

Una relación conflictiva marcada por procesos de influencia psicológica, en donde una parte se ve manipulada por otra sea por razón de temor, dependencia, falta de información, etc., no puede ser tratada por vía de la mediación.”¹⁵⁹

Este elemento de manipular y el control en decidir sobre el acuerdo, el cual se ha desarrollado tan ampliamente, la mediación y la conciliación no se encuentran reguladas como se debiera dentro de la normativa de familia; pues el hecho de que la violencia provenga del cónyuge, provoca que el control sea mayor; pues es más complicado determinar la coerción en una persona que no tiene una autonomía o independencia tan clara de sí misma.

“Es necesario para poder pensar en una conciliación en esta materia Jueces conciliadores especializados que están capacitados para intervenir en cada caso en concreto y analizar su conciliabilidad. Definitivamente deben estudiar a las partes y ver que la conciliación resulte de un equilibrio de poderes porque si la conciliación va a ser imposición no tendría sentido, ya que en la solución deben concurrir las voluntades de ambas partes. Una voluntad que se impone a otra no es conciliación.”¹⁶⁰

La reseña que se debe concretar, para este caso en específico, es que se deben regular mejor ciertos elementos que condicionan la naturaleza del acuerdo, como lo son: la voluntad y la igualdad de las partes o, por lo menos, en una relación de desventaja, en los casos donde la violencia doméstica se encuentra presente, no resulta posible que se sometan a una resolución alterna, el problema radica en que en los

¹⁵⁹ *Ibíd.* P. 215.

¹⁶⁰ *Ibíd.* P. 288.

acuerdos los jueces homologan sin conocimiento de la situación real de la pareja y pasan muchas veces por alto la existencia de la violencia doméstica, lo cual obviamente genera amplios perjuicios a la parte vulnerable de la relación.

2.3 Procedimiento precautorio en casos de violencia doméstica

Dentro de la ley contra la violencia doméstica del 02 de mayo de 1996, se regula una multiplicidad de medidas cautelares que tienen como fin el resguardar y el proteger a los miembros de la familia, protección que va de la mano con el artículo 51 de la Constitución Política, en donde se protege a la familia de forma especial por parte del Estado.

La finalidad de la Ley Contra la Violencia Doméstica es la de prevenir cualquier afectación que se pueda presentar en contra de los miembros de la familia, en el caso de la mujer víctima de agresión, se protege por medio de medidas cautelares donde se trata de proteger a la mujer que logró escapar del agresor y conseguir que estas no vuelvan a caer en manos de los victimarios.

“Los fines que persigue la Ley Contra la Violencia Doméstica N° 7586 son la aplicación de medidas de protección necesarias para garantizar la vida, integridad y dignidad de las víctimas de la violencia doméstica para que de algún modo se rompa el ciclo de la violencia. Estos procesos por su naturaleza, no tienen como objetivo resolver todas las situaciones o conflictos de índole familiar que pueden emerger, para los cuales existen las vías legales que el derecho de familia pone al alcance de la comunidad. Las medidas de protección más bien, se orientan a proteger de forma inmediata y actual a las posibles víctimas de los brotes de violencia doméstica en todas sus modalidades, y sobre todo proteger la integridad física y la unidad familiar.”¹⁶¹

En referencia al procedimiento que opera para la solicitud de las medidas cautelares, se debe tener presente que el fin de esta es la celeridad en la

¹⁶¹ Rojas, Juan Diego. “Violencia doméstica y medidas cautelares”. En Medicina Legal de Costa Rica, Volumen 19, #1, marzo de 2002. P. 13.

implementación de las medidas cautelares, claro está con respeto al debido proceso. El motivo principal resulta obvio, pues se enlaza en la protección de la mujer de las agresiones constantes.

Lo importante de esta ley es que la protección se hace desde la solicitud misma de las medidas, las cuales se fijan para prevenir que, de ser cierta la acusación surgida, se proteja a una víctima real, lo que vislumbra la seriedad con la cual se trata el asunto; pues de no tratarse de esa manera, las consecuencias posteriores pueden ser lamentables como la muerte de la quien llegó a interponer dichas medidas.

“El procedimiento está caracterizado por la oralidad, con el fin de lograr una mayor celeridad en su juzgamiento y evitar que los fines perseguidos se frustren, y con ello se cause un grave daño a quienes sean sujetos pasivos de violencia intrafamiliar. Se ha eliminado en gran medida el procedimiento escrito, y por decirlo de alguna manera - este tipo de asuntos gravita en torno a la audiencia oral y privada, que se constituye así en su columna vertebral. En el procedimiento debe respetarse el debido proceso, aunque sea uno distinto.”¹⁶²

La importancia de la solicitud de las medidas cautelares es que se producen dos situaciones: la primera, como se ha mencionado, es el asegurarse de que la solicitante no va a correr ningún peligro y, como segundo elemento, si lo solicitara el presunto agresor, se fija una audiencia para ambas partes, con la finalidad de que se ejerza el derecho de defensa y se aporten las pruebas necesarias para la resolución posterior del caso. Con esto, no se deja en indefensión a la supuesta parte agresora; sino que se maneja bajo las reglas del debido proceso.

¹⁶² Rojas. Op. cit. P. 15.

“Una vez evacuada la prueba si los hechos que motivaron las medidas de protección constituyen delito, la autoridad judicial tomara las precisiones que estime convenientes y librara testimonio a la agencia fiscal respectiva. La resolución emanada tanto de un juzgado de familia como de un Juzgado Contravencional de menor cuantía, tendrá apelación ante el Tribunal Superior de Familia.”¹⁶³

Como elemento complementario de la Ley Contra la Violencia Doméstica, se encuentra lo que respecta al derecho penal, pues este regula una serie de actos que se consideran como delitos y protege a la mujer, de forma más completa, como por ejemplo la violación agravada, una de las formas en como se configura es que el sujeto activo de la acción sea un cónyuge y, otro ejemplo, es el del agravante del homicidio que se califica al estar presente una relación marital.

2.4 Ineficiencia del sistema judicial para una real protección de las mujeres víctimas de violencia doméstica

La existencia de normas dentro de una sociedad tiene como fin regular y mantener un orden, las mismas son promulgadas para cumplirse y, de la desobediencia de estas, viene consigo una consecuencia legal. El problema se presenta cuando se da un incumplimiento de la legislación, pero el Estado es incapaz de velar para que se cumpla correctamente, hecho que ocurre muy a menudo con la normativa que protege al sujeto pasivo de la violencia doméstica.

Las medidas cautelares que, en muchos casos, versa sobre el no poder acercarse a la víctima se irrespetan y varias de las muertes que se presentan son el resultado de una ineficiencia por parte de las entidades públicas, esto es condicionante de un problema mayor; pues las víctimas de violencia temen denunciar por la inseguridad que las embarga de no contar con protección.

¹⁶³ Gutiérrez. Op. cit. P. 274.

“En materia de prevención y protección, se ha verificado que las autoridades judiciales, y en particular la policía, no cumplen plenamente con su obligación de proteger a las mujeres víctimas de violencia contra actos inminentemente peligrosos y hasta con resultados mortales. Los problemas más graves detectados son el cumplimiento y el seguimiento de órdenes de protección o medidas cautelares emitidas por los juzgados de violencia doméstica, situación particularmente lamentable en la esfera de la violencia intrafamiliar”¹⁶⁴

A la problemática de la protección en las solicitudes de medidas cautelares, se le suma la poca capacidad que poseen los jueces para manejar el impacto psicológico que se presenta en las víctimas de violencia doméstica; pues se ha reiterado que estos operadores desconocen el manejo correcto e idóneo a la hora de regir una situación en donde la salud de la mujer, tanto física como emocional, se encuentra sumamente vulnerable.

“Este menoscabo en la tutela jurídica de la salud mental, ha sido particularmente mayor, en materia penal por causa de violencia doméstica, lesiones producidas en el contexto de género, aun cuando ha habido significativas perturbaciones de carácter patológico, transitorias o permanentes del equilibrio psicológico, ocasionadas por un hecho ilícito, ubicable, dentro de una relación de poder especialmente en detrimento de la mujer, justificada por los patrones culturales o de socialización e invisibilizadas por los operadores de justicia, más que por la ley.”¹⁶⁵

El tema de la re victimización aqueja al sistema judicial en general, pero en los casos de violencia doméstica, se agrava la situación; pues dentro del poder judicial trabajan profesionales que les asisten en el trato que se debe seguir, el mismo sistema al recrear una y otra vez el maltrato sufrido, logra que la víctima rehuya a estos procesos. Por lo tanto, se da un desprendimiento en el efectivo control de la violencia doméstica en la sociedad.

¹⁶⁴ Campos. Op. cit. P. 164.

¹⁶⁵ Ling. Op. cit. P. 54 .

“Continuando con el tema de la prueba en materia contra la mujer, otro problema que se detecto es el trato dado a la víctima. Consecuentemente, la mujer, víctima de algún tipo de violencia, debe declarar y detallar el tipo de maltrato del cual fue objeto, se lo debe relatar al fiscal, luego al médico legal, en ocasiones al psicólogo, secretarias auxiliares judiciales y jueces.

Cuando se recaba el relato de los hechos, la victima lo realiza en un ambiente no muy idóneo, donde hay un exceso de personas en un espacio muy reducido, en que no se respeta la dignidad de la víctima y no existe privacidad.”¹⁶⁶

Surgen elementos que condicionan a la mujer de participar de forma efectiva en el ejercicio de sus derechos, lo lamentable es que dentro de esos se encuentren los que desarrollan las autoridades de justicia. Las causas son varias: desconocimiento por parte de los jueces que tocan el tema de la violencia doméstica, incapacidad por parte de los oficiales de seguridad de velar por una correcta protección de las víctimas y el problema de un sistema que no tiene conciencia de las dificultades emocionales que se desencadenan en una mujer víctima de agresiones dentro del matrimonio, lo cual deja como conclusión que una mejora en el sistema judicial en general debe ser más expedita.

¹⁶⁶ Campos. Op. cit. P. 153.

CAPÍTULO III. EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO UNA VISTA EN EL DERECHO COMPARADO Y LA FUTURA LEGISLACIÓN COSTARRICENSE

El divorcio por mutuo consentimiento es un instituto que surgió recientemente ante la necesidad de acabar con los procesos simulados, los cuales surgieron al exigir una causal culpable que debía ser aprobada y culpada. Las parejas que deseaban disolver su vínculo matrimonial, debían acudir a alguna causal admitida por ley y someterse a un proceso contencioso, donde la realidad era muy diferente a lo establecido en la norma; así se daba una “contención aparente”.

Por este motivo, muchas legislaciones admitieron el divorcio o separación de los cónyuges por voluntad conjunta o mutuo consentimiento, donde no es necesario exponer la causal por la que desean disolver el vínculo, sino únicamente de establecer de común acuerdo que, por razones desconocidas, se hace imposible la vida en común.

Seguidamente, se estudiarán diferentes legislaciones que han admitido el presente instituto:

Sección 1. El Divorcio por presentación conjunta: Argentina

En 1968 con la Ley 17711 se complementó la norma de la Ley 2393, al crearse el artículo 67 bis, con el cual se establecía el divorcio por presentación conjunta como una causal más, pero con características no contenciosas para tramitarlo.

El mencionado artículo establece:

“Artículo 67 bis.- Transcurridos dos años del matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta, podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su separación personal. El juez llamará a una audiencia para oír a las partes y procurará conciliarlas. Las manifestaciones vertidas en ella por las partes, tendrán carácter reservado y no constarán en el acta. Si los cónyuges no comparecieran personalmente, el pedido no tendrá efecto alguno.

Fracasada la conciliación se convocará otra audiencia dentro de un plazo no menor de dos meses ni mayor de tres. Si también ésta resultare estéril, porque no se logra el advenimiento, el juez decretará su separación personal cuando, según su ciencia y conciencia, los motivos aducidos por las partes sean suficientemente graves. La sentencia se limitará a expresar que dichos motivos hacen moralmente imposible la vida en común, evitando indicar cuáles son los hechos aducidos. Esta decisión tendrá los mismos efectos del divorcio por culpa de ambos, pero sea en el escrito inicial o en las audiencias posteriores, los cónyuges podrán dejar a salvo el derecho de uno de ellos a recibir alimentos.”¹⁶⁷

Como se observa anteriormente, en el Derecho argentino el divorcio por presentación conjunta es de carácter voluntario, porque ambos esposos requieren la misma pretensión y, de común acuerdo, solicitan modificar su estado civil; sin embargo, como bien indica el artículo 67 bis deben existir “*causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común [...]*”.

Visto lo anterior es clara la diferencia de este proceso en relación con el divorcio por mutuo consentimiento presente en Costa Rica, específicamente muestra una diferencia importante en cuanto a la causa de la presentación; en este caso, se necesita como *conditio sine qua non* la existencia de una falta grave, la cual tiene que ser valorada por el juez, contrario a lo que sucede dentro de la legislación costarricense, en donde el divorcio por mutuo consentimiento tiene como una de sus características la omisión de la causa del porqué se presenta el divorcio.

¹⁶⁷ Código Civil argentino. Ley 17.711 del 22 de abril de 1968.- Reforma del Código civil. Artículo 2. Visto en http://www.codigocivilonline.com.ar/ley_17711.html el 30 de abril de 2015.

El resultado de lo anterior tiene otra diferencia puntual en ambas legislaciones y es el tema de la conciliación, la cual pretende efectuar el juez en la primera audiencia que se da en el proceso de divorcio por presentación conjunta en la normativa argentina; pues si se valora la causa de la disolución del matrimonio como lo hace el juez, este mismo puede valorar una reconciliación por el conocimiento que posee de la relación y las condiciones que llevan al divorcio.

Si bien en Costa Rica no se presenta esa situación, si se puede valorar de forma positiva el desarrollo de la audiencia previa; pues la misma representa una posibilidad para el juez de conocer sobre la relación en casos en donde lo amerite, como en divorcios en los cuales ha existido violencia doméstica.

El plazo para tramitarlo son dos años respecto a la separación personal (donde no se disuelve el vínculo matrimonial) y tres años para el divorcio vincular (sí se disuelve el vínculo matrimonial); además, resulta necesario que los cónyuges asistan a dos audiencias: la primera, tiene carácter imperativo, pues si una de las partes no asistiera no se tramitaría la petición. Una característica de ambas audiencias es que no deben constar en actas, además de que tenían un fin “conciliatorio”.

En cuanto a la existencia de los plazos, se debe reiterar que en la legislación de Costa Rica estos se eliminaron con una resolución de la Sala Constitucional de 1998, en donde primó la autonomía de la voluntad de las partes de poder disolver el vínculo desde el momento que lo tengan a bien, sin ninguna imposición legal, salvo los requisitos contemplados en materia de divorcio.

En el artículo 236 del Código Civil argentino se establecen los acuerdos que puede contener la demanda de divorcio por presentación conjunta:

“En los casos de los artículos 205 y 215 la demanda conjunta podrá contener acuerdos sobre los siguientes aspectos:

1ro. Tenencia y régimen de visitas de los hijos;

2do. Atribución del hogar conyugal;

3ro. Régimen de alimentos para los cónyuges e hijos menores o incapaces, incluyendo los modos de actualización.

También las partes podrán realizar los acuerdos que consideren convenientes acerca de los bienes de la sociedad conyugal. A falta de acuerdo, la liquidación de la misma tramitará por vía sumaria [...]”¹⁶⁸

Al igual que en nuestro país, el juzgador tiene la posibilidad de objetar los acuerdos que considere afectan “*gravemente*” los intereses de alguna de las partes o los hijos. Claramente, esa potestad se encuentra muy limitada en Costa Rica y se basa en la discreción del juez; sin embargo, en la normativa argentina no es indispensable presentar acuerdos sobre los temas tratados en el escrito de presentación para que este sí sea tramitado; si no hay acuerdo sobre alguno de los puntos mencionados en el artículo 236 anterior, se tramitarían por la vía incidental o sumaria a petición de la parte interesada.

Sección 1.1 Etapas del proceso

El proceso de separación o divorcio vincular por presentación conjunta, puede terminar no solo con la aprobación o rechazo de la solicitud, sino además puede concluir por el desestimiento de uno o ambos cónyuges.

La autora Marta N. Stilerman, en su libro “*Divorcio por presentación conjunta*”¹⁶⁹, establece una serie de etapas que conlleva el proceso de separación o divorcio por presentación conjunta. La primera de ellas es la etapa del escrito de

¹⁶⁸ Código Civil Argentino. Artículo 236.

¹⁶⁹ Stilerman, Marta N. “*Divorcio por presentación conjunta*”. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina, 1996. Pp. 59-60.

presentación, en ella las partes muestran un escrito que contiene o no los acuerdos sobre los hijos, los alimentos y los bienes. Como bien indica la autora, “[...] *la presentación conjunta no es sinónimo de pleno acuerdo, sino que es un proceso enderezado a que los acuerdos queden reservados al conocimiento del juez y de los abogados intervinientes, plasmándose posteriormente sólo aquellos puntos en los que se ha logrado coincidencia [...]*”¹⁷⁰

Una segunda etapa sería la de la primera audiencia, donde los cónyuges manifiestan ante el juez los motivos que imposibilitan su convivencia. En esta etapa el juez trata de conciliar a los cónyuges, además alguna de las partes podría desistir del proceso. El juzgador además, tiene la potestad de no acoger la petición de divorcio solicitada, si considera que las causas o motivos invocados no son suficientemente graves para impedir la vida en común.

Por otro lado, la tercera etapa se daría con la segunda audiencia, donde las partes pueden asistir personalmente o nombrar un representante. Es ahí donde manifiestan al juez si existió reconciliación o no. Después de este momento procesal, al no mediar conciliación, es donde el juez se dará a la tarea de aprobar o rechazar el divorcio por presentación conjunta, mediante una sentencia con carácter de cosa juzgada en la cual se indicará que los motivos expresados por los cónyuges hacen imposible la vida en común. Dicha sentencia disolverá la sociedad conyugal y tendrá efectos retroactivos a la fecha de la presentación conjunta.¹⁷¹

Sección 1.2. Patrocinio único para ambos cónyuges

La legislación argentina no establece ninguna prohibición para que los cónyuges que tramitan un divorcio por presentación conjunta, puedan estar

¹⁷⁰ Ibid. P. 60.

¹⁷¹ Jorge L. Kielmanovich. “Juicio de divorcio y separación personal”. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina, 2003. P. 431.

representados por un mismo abogado; sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina se han inclinado por rechazar esta situación; a pesar que en algunos tribunales provinciales se ha permitido el patrocinio unificado.

Sobre el patrocinio letrado es una situación que se presenta en Costa Rica de la misma manera, aunque aquí no se vea como una representación de una de las partes, pues se busca un notario y su fe pública, muchas veces se convierte en un abogado de una de las partes, lo cual afecta la igualdad de la relación que se quiere disolver por un acuerdo.

El autor Kielmanovich, en su libro “Juicio de divorcio y separación personal”¹⁷², indica la necesidad de que exista patrocinio letrado diferente para ambos cónyuges, esto pues en su opinión, el divorcio o separación por presentación conjunta es un proceso “*contencioso especial*”, que no encuentra diferencia con el juicio de divorcio vincular tramitado por causales objetivas o subjetivas, más que se presenta de manera conjunta, por lo tanto, no cabe el patrocinio letrado único; pues no se trata de un proceso voluntario o extra contencioso.

La jurisprudencia ha recalcado la importancia del patrocinio letrado para ambos cónyuges y argumenta la aplicación de los artículos 56 y 40 del Código de Procedimientos; ya que “[...] *aunque el juicio de divorcio no tramite por el proceso de conocimiento, no por eso dejan de tener carácter de contrarios enfrentados por la existencia de causas graves que hacen imposible la vida en común [...]*”¹⁷³. Por lo anterior, se debe tener en consideración que en un eventual conflicto de intereses sobre los temas tratados en los acuerdos, especialmente en lo relativo a la tenencia de los

¹⁷² *Ibíd.* P. 412.

¹⁷³ Stilerman. *Op. cit.*, P. 74.

hijos y la liquidación de los bienes de la sociedad conyugal, el patrocinio letrado de ambos cónyuges aseguraría una mejor protección de sus derechos.

En el Derecho argentino, el divorcio por presentación conjunta no significa un mutuo consentimiento o un mutuo acuerdo sobre todos los puntos tratados en el convenio; pues es simplemente la presentación conjunta del trámite de divorcio, por lo tanto, el patrocinio de cada uno de los cónyuges resulta necesario para un mayor equilibrio en cuanto a los acuerdos tomados por las partes.

Sobre lo anterior afirma la autora Stilerman¹⁷⁴ que los acuerdos que tomen las partes relativo a los bienes de la sociedad conyugal o al derecho de alimentos de uno de los cónyuges, deben surgir de una negociación donde las fuerzas se encuentren lo más equilibradas posibles. El hecho de que exista un desequilibrio económico en beneficio del cónyuge productor de los bienes, atenta contra esta igualdad, ya que su abogado defenderá sus intereses aun cuando la otra parte se vea perjudicada.

Sección 1.3. Los convenios de divorcio y su modificación

Como se mencionó anteriormente, no es necesario indicar los acuerdos a los cuales llegaron las partes en el escrito de presentación, esto a pesar de que la doctrina Argentina actual considera necesario indicarlos, como requisito para su trámite, la tenencia y el régimen de visitas de los hijos; la atribución del hogar conyugal y el régimen de alimentos para los cónyuges e hijos menores o incapaces, son los acuerdos que la doctrina considera obligatorios para su tramitación. Situación diferente se da para los acuerdos acerca de los bienes de la sociedad conyugal, donde no existe aún un consenso unificado de la doctrina.

¹⁷⁴ *Ibíd.* Pp. 76-77.

Los acuerdos sobre los hijos, las visitas, los alimentos y el hogar conyugal, pueden modificarse cuando las circunstancias de hecho cambien. Los únicos acuerdos que no pueden modificarse, solo por vicio de la voluntad, son los relacionados a los bienes atribuidos a uno de los cónyuges.¹⁷⁵ Estos vicios se ofrecerían en los casos en los cuales el ex cónyuge desconociera el verdadero caudal de los bienes que integraban la sociedad conyugal, por actitudes elusivas del cónyuge titular de los mismos.

Sobre la posibilidad de modificar los acuerdos en la legislación costarricense, se vislumbra que se da la misma posibilidad de modificarlos, aunque de manera distinta; pues esa posibilidad de cambiar lo regulado en los acuerdos se da mediante procesos nuevos y especiales, como forma más común, en donde se puede modificar la temática de los acuerdos respecto al tema que se trate, como por ejemplo: el monto de la pensión que se debería solicitar en un proceso de modificación de pensión alimentaria en un juzgado de pensiones, esto provocaría grandes daños a las víctimas de malos acuerdos homologatorios.

Estos vicios de la voluntad podrían dar lugar a un “*supuesto de anulabilidad o nulidad relativa*”¹⁷⁶, situación que se ventilaría ante el mismo juez que intervino en el proceso de divorcio o separación por presentación conjunta. Además, deberá ser solicitada y probada por la parte que aduce que existió tal vicio en el consentimiento.

¹⁷⁵ Ibíd. P. 89.

¹⁷⁶ Kielmanovich. Op. cit. P. 423.

Una norma interesante para el tema tratado en el presente trabajo es el artículo 1218 del Código Civil argentino, el cual define que corresponde declarar la invalidez de los convenios sobre distribución de bienes gananciales,

*“celebrados con anterioridad a la fecha de disolución de la sociedad conyugal”*¹⁷⁷, salvo su posterior confirmación por los interesados. Dicha norma tiene el fin de evitar los traspasos simulados de bienes gananciales que perjudicarían a la parte débil y desequilibrada del proceso. Asimismo, se tiene la posibilidad de solicitar medidas cautelares sobre los bienes para evitar que se lesionen los derechos patrimoniales de quien las solicita, la autora Marisa Herrera en su artículo *“El divorcio en el Derecho argentino”*¹⁷⁸ nombra algunas de estas medidas: a) intervención en sociedades o fondos de comercio para informar acerca del estado económico, financiero, fiscal y provisional de la explotación, recaudar rentas o frutos, reemplazar a los administradores naturales o coadministrar, b) inventario de bienes, c) inhibición general de bienes; d) prohibición de innovar (se trata de impedir que se altere la situación de hecho de los bienes en litigio); e) embargo, depósito y secuestro; f) la prohibición de contratar y, por último, g) la anotación de la *litis*.

Los acuerdos que celebren las partes se encuentran condicionados al hecho futuro e incierto de que se decrete el divorcio y, con ellos, la disolución de dicha comunidad. El juez únicamente los homologará si considera que los intereses de las partes o los hijos no se encuentran comprometidos.

El Derecho argentino muestra un proceso de presentación conjunta y no de mutuo consentimiento, donde *“las causas graves que hacen moralmente imposible la*

¹⁷⁷ Código Civil argentino. Artículo 1218. .

¹⁷⁸ Herrera, Marisa. “El divorcio en el Derecho argentino”. En: Acedo Penco, Ángel y Pérez Gallardo Leonardo B. *EL DIVORCIO EN EL DERECHO IBEROAMERICANO*. Bogotá, México, Madrid, Buenos Aires: Editorial Zavalía, Temis, UBIJUS, Reus, 2009. Pp. 72-74.

vida en común” constituyen el motivo de la presentación conjunta. Estas causas no son taxativas y se toman desde un sentido amplio. Asimismo, presenta un proceso rápido, donde se debe comparecer en dos ocasiones frente al juez: la primera, para buscar una “reconciliación” y, la segunda, para afirmar que no hubo esa “reconciliación” durante ese lapso. A pesar del gran desarrollo del derecho argentino en comparación al costarricense, aún mantienen los plazos como requisito para la presentación del divorcio vincular, tres años de matrimonio para poder solicitarlo; además del plazo entre cada audiencia de “reconciliación”; plazos que en el Derecho de Costa Rica ya se consideran inconstitucionales y desactualizados, por las consecuencias que tenían -no únicamente para los cónyuges-, sino también para sus hijos.

SECCIÓN 2. El divorcio voluntario mexicano

En México, el instituto del divorcio se encuentra regulado en el Código Civil, se presenta el Código Civil Federal el cual rige en toda la República mexicana y en el Derecho Internacional Privado de ese país y los Códigos Civiles de cada entidad federativa.

En el mencionado Código Civil Federal (en adelante CCF) se establecen dos vías para tramitar el divorcio: la primera, es la voluntaria y, la segunda, la contenciosa o necesaria. Para efectos de este trabajo de investigación, se efectuará referencia únicamente al divorcio llamado voluntario por esta legislación.

La causal de divorcio por mutuo consentimiento, aún vigente en el artículo 267 inciso XVII del Código Civil Federal, no es reciente. Rogelio Villalobos Olvera así lo hace ver en su libro “*Derecho de Familia*”¹⁷⁹, donde indica que desde 1883 se estableció que podía solicitarse la separación de cuerpos cuando hubieran transcurrido,

¹⁷⁹ Villalobos Olvera, Rogelio. “*Derecho de Familia*”. Edición: Dirección de Extensión y Difusión Cultural. Chihuahua, México. 2006. P. 282.

como mínimo dos años de haberse celebrado el matrimonio (artículo 250 CCF, 1883); sin embargo, a pesar de la existencia del instituto del divorcio, este no era vincular; por lo tanto, no se disolvía el vínculo matrimonial. Fue hasta 1914 que se introdujo el divorcio vincular y, con ello, la posibilidad de contraer nuevas nupcias.

SECCIÓN 2.1 EL PROCESO DE DIVORCIO VOLUNTARIO EN LA LEGISLACION MEXICANA

En la legislación mexicana el divorcio por mutuo consentimiento se puede solicitar después de transcurrido un año desde celebrado el matrimonio. Actualmente, el divorcio se encuentra regulado a partir del artículo 266 y hasta el 291 del CCF, donde se instauran no solo las normas y los efectos de cada tipo de divorcio, sino también las vías en que se lo puede solicitar en caso de que sea voluntario o por mutuo consentimiento.

En Costa Rica fue eliminado el plazo de tres años para la presentación del divorcio por mutuo consentimiento, esto por considerarse contrario a la libertad de decisión de los cónyuges de seguir o no en una relación o el principio de autonomía de la voluntad. Además, la existencia de dos vías para la solicitud y aprobación del divorcio por mutuo consentimiento no es posible en nuestro país; pues únicamente es la autoridad judicial quien tiene la potestad para disolver un vínculo matrimonial.

2.1.1- Solicitud de divorcio en vía judicial

Mediante esta vía, el divorcio debe ser decretado por una autoridad judicial. Las parejas que tengan hijos, no sean mayores de edad o no hayan liquidado la sociedad conyugal deben acudir a esta vía¹⁸⁰.

¹⁸⁰ Código Civil Federal de la República mexicana. Artículo 273.

En dicha legislación, se debe presentar un convenio, cuyos requisitos se encuentran establecidos en el artículo 273 del CCF, el cual dispone:

“I. Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

II. El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

III. La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento; (reformada mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 31 diciembre 1974).

IV. En los términos del artículo 288, la cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, así como la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse para asegurarlo; (reformada mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 27 diciembre 1983)

V. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento, y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores, a ese efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad”¹⁸¹.

Como se observa, anteriormente en la legislación mexicana al igual que en la costarricense, el convenio tiene como requisito el presentar un acuerdo sobre los hijos, los alimentos para estos o cónyuge y la distribución de los bienes, situación que pese a ser acertada, muchas veces la utiliza el cónyuge titular de los bienes para violentar los derechos del otro; pues en ocasiones al existir violencia doméstica, la víctima es obligada a renunciar a bienes y derechos.

Una vez presentado el trámite de divorcio en el juzgado correspondiente, el juez autorizará la separación de los cónyuges de manera provisional, así como también las medidas necesarias para asegurar la correcta subsistencia de los hijos¹⁸². En el proceso mexicano intervienen el juez y el Ministerio Público, quienes deben asegurar

¹⁸¹ *Ibíd.*

¹⁸² Código Civil Federal de la República mexicana. Artículo 275.

que se cumpla el principio de interés superior del menor de edad y la distribución de los bienes se efectúe de manera que ninguna de las partes resulte perjudicada o en desventaja. En Costa Rica, es el Patronato Nacional de la Infancia, quien se debe apersonar al proceso para garantizar la protección de los derechos de los menores de edad involucrados.

Se debe destacar lo que establece el artículo 288 del CCF sobre el derecho de alimentos del cónyuge; pues en caso de que la mujer no tenga ingresos suficientes o no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato con otra persona, tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio. Esta norma resulta interesante en cuanto a la tesis; pues si bien la norma costarricense establece el derecho del cónyuge de solicitar alimentos, en caso del divorcio por mutuo consentimiento se puede o no renunciar a ellos. En el Derecho mexicano se trata de asegurar el bienestar o la subsistencia de la mujer, quien muchas veces o la mayoría se encuentra en una posición de desventaja y desequilibrio frente a su cónyuge, el artículo 288 del CCF le ofrece la protección necesaria para subsistir durante un lapso igual al que estuvieron en matrimonio que, en todo caso, debe ser mayor de un año.

Una vez decretado el Divorcio por Mutuo Consentimiento, el juez remitirá copia de la sentencia al juez del Registro Civil para que se levante el acta correspondiente; además, se deberá publicar una parte de la resolución durante quince días, en las tablas destinadas para tal efecto¹⁸³.

Por último, cabe destacar que la resolución que decreta el divorcio puede ser apelada con efecto devolutivo y la que lo deniega puede apelarse en ambos efectos. En Costa Rica la resolución que decreta o rechaza el divorcio por mutuo consentimiento,

¹⁸³ *Ibíd.* Artículo 291.

tiene recurso de apelación y casación y, al igual que en la legislación mexicana, en efecto devolutivo; por lo tanto, es el Tribunal Superior quien revisará la sentencia apelada, sin suspender la ejecución ni los efectos de dicha resolución o sentencia.

2.2.2. Solicitud de divorcio voluntario por vía administrativa

El divorcio voluntario por vía administrativa es otra opción que tienen las parejas que desean disolver su vínculo matrimonial en México; sin embargo, para acudir a esta vía deben cumplir una serie de requisitos indicados en el artículo 272¹⁸⁴ del CCF, los cuales son: ser mayores de edad, no tener hijos en común y haber liquidado de común acuerdo la sociedad conyugal. Si cumplen con estos requisitos, se presentan ante el juez del Registro Civil en donde le manifiestan su voluntad de divorciarse, el juzgador goza de un papel pasivo meramente homologador del acuerdo, una vez dictada la resolución, se levanta un acta de divorcio que tiene efectos constitutivos.

El divorcio en vía administrativa presenta la particularidad de que -una vez realizada el acta de divorcio-, el juez citará a los cónyuges para que en quince días se presenten a ratificar el acta, este acto es personalísimo y, una vez ratificado, el juez decretará el divorcio y anotará lo correspondiente en el acta de matrimonio anterior¹⁸⁵.

Como se observa el proceso por vía administrativa es bastante simple y puede beneficiar no solo a las parejas, al no tener que pasar por un proceso judicial que además de lento es oneroso; sino también al mismo Sistema Judicial ya que el divorcio por mutuo consentimiento se ha convertido en uno de los institutos por los cuales más se acude a los juzgados, convirtiéndose en un proceso prolongado y engorroso, esto no por el proceso en sí, muchas veces por la mora que existe en los juzgados de familia.

¹⁸⁴ Código Civil Federal de la República mexicana. Artículo 272

¹⁸⁵ *Ibíd.*

El Proceso por Vía Administrativa podría ser beneficioso para eliminar un poco el retraso y mora en el sistema judicial, sin embargo, se debe ser muy cauteloso al permitirlo; pues en lo que se refiere a bienes e hijos se deben tener una serie de requisitos para la debida protección del cónyuge en posición de desventaja. La solicitud se haría ante un funcionario administrativo, por lo tanto, no tendría realmente un conocimiento legal de las consecuencias y los efectos que puede tener para una persona la disolución de un matrimonio. En la legislación mexicana se tienen como requisitos el no tener hijos y la liquidación anticipada de la sociedad conyugal, aunque estos requisitos concuerdan con lo que se busca con dicho instituto, se considera que las parejas podrían burlarse de alguna manera de los controles administrativos e indicar, por ejemplo, que no existen bienes, especialmente en situaciones donde la relación conyugal es vertical se podría indicar que todos los bienes están a nombre de su titular, sin tomar en cuenta ningún tipo de aspecto sobre la situación de la otra parte y sin conocer de dicha irregularidad.

Para finalizar, la sentencia de divorcio produce como efecto principal la disolución del vínculo matrimonial, esto proporciona a la persona el estado civil de divorciado, situación que le permitirá contraer nuevas nupcias si así lo desea. Sin embargo, en la legislación mexicana, artículo 289¹⁸⁶ del CCF se decreta que en el caso del divorcio por mutuo consentimiento, pueden volver a contraer matrimonio después de un año de decretado el divorcio. En Costa Rica, actualmente no existe ningún plazo para poder volver a contraer nuevas nupcias, antes existía por la presunción de paternidad del artículo 69 del Código de Familia; no obstante, al existir el proceso de impugnación de paternidad se eliminó ese plazo.

¹⁸⁶ Código Civil Federal de la República mexicana. Artículo 289.

El proceso de divorcio voluntario mexicano presenta novedades importantes e inexistentes en nuestra legislación, la existencia de la vía judicial y administrativa puede ser eficaz para la depuración de la mora judicial; sin embargo, sus requisitos deben ser taxativamente establecidos para evitar abusos en los casos de relaciones conyugales donde el poder se encuentre verticalizado; cabe rescatar el artículo 288 del CCF, donde establece que, en caso donde la mujer no tenga ingresos suficientes o no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato con otra persona, tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio; dicha norma busca proteger la parte débil de una relación para que -por el plazo en que tiene derecho a recibir la pensión alimenticia-, logre estabilizarse a nivel económico.

SECCIÓN 3. El divorcio por mutuo consentimiento en España

El divorcio se reconoció en España desde la Constitución de 1869, “*en ella no se reconoce expresamente el divorcio pero fruto de esta norma se aprobó la Ley del Matrimonio Civil de 1870 que denominaba divorcio a lo que hoy entendemos por separación matrimonial*”¹⁸⁷ (sin disolución del vínculo matrimonial). Posteriormente, en la Constitución de 1931, donde se establece la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial por mutuo consentimiento o al alegar causa justa y en la Constitución de 1978, la cual está vigente.

España siempre ha sido uno de los países más desarrollados e innovadores en cuanto a su legislación y con el Derecho de Familia no fue la excepción; pues en el 2005 con la Ley 15 del 8 de julio de 2005 se modificó el Código Civil y la Ley de

¹⁸⁷ Acedo Penco, Ángel. “*El divorcio en el Derecho español*”. En: Acedo Penco, Ángel y Pérez Gallardo Leonardo B. *EL DIVORCIO EN EL DERECHO IBEROAMERICANO*. Bogotá, México, Madrid, Buenos Aires: Editorial Zavalía, Temis, UBIJUS, Reus S.A, 2009. P. 360.

Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, con ello se innovó y reformó por completo el instituto del divorcio, al eliminar el Sistema Causalista, de tanta tradición jurídica, que establecía taxativamente una serie de causas o hechos que -al incurrir un cónyuge en ellos-, faculta al otro para solicitar el divorcio. Con este nuevo sistema, además, se suprimió *“la separación previa como requisito imprescindible para acceder al divorcio, y acortar drásticamente los plazos para la solicitud de éste”*¹⁸⁸.

Sección 3.1 El divorcio remedio

En 1981 se instauró en España un sistema de Divorcio-remedio, el cual se basaba en la intolerancia de la vida en común de los cónyuges y la imposibilidad para seguir esa vida en común. Para ello, debía existir una separación previa entre ambos de entre uno y cinco años, este divorcio no buscaba la culpabilidad de uno de los cónyuges; sino comprobar que existía una fractura irremediable de la unión conyugal.

Ese sistema no admitía el divorcio consensual, donde los cónyuges de común acuerdo solicitaban la disolución del vínculo matrimonial; sino que ese consenso debía estar acompañado de una previa separación personal. Por este motivo, el divorcio se seguía considerando causalista. Así lo indica Nieves Martínez Rodríguez en su libro *“Nuevos conflictos del Derecho de Familia”*, al exponer: *“[...] Si bien, aunque directamente el legislador no admitió este divorcio de mutuo acuerdo, sí lo permitió de forma indirecta, en la medida en que, en la práctica, la separación consensual podía desembocar en un divorcio ulterior de mutuo acuerdo”*¹⁸⁹.

A pesar de que el momento cuando se aprobó esta ley fue muy útil, posteriormente la sociedad fue cambiando y empezaron a surgir problemas alrededor

¹⁸⁸ *Ibíd.* P. 362.

¹⁸⁹ Martínez Rodríguez, Nieves. *“El Divorcio”*. En: Llamas Pombo, Eugenio. *“Nuevos conflictos del derecho de familia”*. Editorial La Ley. Madrid, España. 2009. Pp. 143-207. P. 147.

de ella, en especial, por el requisito de una separación previa. La autora Martínez Rodríguez¹⁹⁰ indica que por esta exigencia, se daba la necesidad de un doble procedimiento, lo cual además de hacer que el proceso fuera bastante oneroso, provocó un alargamiento excesivo e innecesario de este. Agrega que probar la causa era difícil, aparte de las constantes discrepancias de los cónyuges.

El derecho está en constante evolución y se debe ir adaptando a las necesidades y los cambios de la realidad social en la que se promulguen, fue por este motivo que en el 2005 se reformó este instituto y se logró “*dotar de un menor grado de conflictividad a las rupturas matrimoniales*”¹⁹¹. A continuación se ampliará el tema del divorcio sin causal.

Sección 3.2. Ley 15 del 8 de julio de 2005: el divorcio sin causal

La Ley 15/2005, llega a innovar el instituto del divorcio en el Derecho español, al suprimir la exigencia de la previa separación para solicitar el divorcio y, además, eliminar las causas de separación y divorcio.

Como se mencionó anteriormente, con el sistema de divorcio remedio, el cual estuvo vigente en los años ochenta, existía una exigencia de previa separación para solicitar el divorcio con causal, así como también el divorcio por mutuo consentimiento; con la promulgación de este código se le ofrece autonomía a la figura de la separación y se mantiene vigente. Existe actual y autónomamente, el instituto del divorcio y el de la separación y se le ofrece la libertad a los cónyuges de decidir por cuál vía van a solucionar sus problemas de vida en común.

¹⁹⁰ *Ibíd.*

¹⁹¹ *Ibíd.* P.149

La eliminación del causalismo permitió separarse o divorciarse sin alegar las causas establecidas taxativamente en el Código. Indica la autora Nieves Martínez¹⁹², “[...] quienes libre y voluntariamente decidieron casarse, de igual manera pueden dejar de estar desvinculados por el lazo matrimonial, sin necesidad de airear o explicitar ante terceras personas, sus propias desavenencias”¹⁹³.

En comparación con la normativa costarricense, se denota una gran similitud en muchos de los elementos que condicionan el divorcio en España después de la entrada en vigencia de esta ley de dos mil cinco; pues elimina la necesidad de una causa para que se dé la disolución del vínculo matrimonial, aunque en Costa Rica, evidentemente, esta regulación es un poco más antigua, pues se remonta a la promulgación del Código de Familia en 1974.

3.2.1. El divorcio por mutuo consentimiento en la actualidad

El divorcio en España puede ser solicitado después de tres meses de celebrado el matrimonio, por uno de los cónyuges (unilateral), por uno de los cónyuges con consentimiento del otro (consensual) o por ambos. Se encuentra regulado en el artículo 86 del Código Civil español (en adelante CCE), en concordancia con el artículo 81.1 del mencionado código, donde se instauran los requisitos para su trámite.

¹⁹² Martínez. Op. cit. P. 150.

¹⁹³ Lasarte Álvarez. “Merecido adiós al sistema causalista en las crisis matrimoniales”. En: Actualidad Jurídica Aranzadi, No. 655, 2005 citado en Martínez Rodríguez, Nieves. Op. Cit., P. 151.

El artículo 81 indica:

“Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:

- *1.º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código.*
- *2.º A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.*

A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.”

La legislación civil busca garantizar la libertad individual de los ciudadanos, quienes gozan de la completa disponibilidad del vínculo matrimonial, el cual se puede disolver si así se desea; no obstante, se deja ver que en la misma si mantiene una limitante en cuanto a la existencia de un plazo de tres meses desde la celebración del matrimonio, condicionado a la seguridad de los cónyuges o sus hijos, situación que en Costa Rica no se debe valorar, pues no existe ese plazo que genera debates de su existencia en muchos países.

Nos resulta interesante el inciso segundo del artículo anterior, donde se elimina el requisito del plazo de tres meses para solicitarlo en los casos mencionados, lo cual garantiza una efectiva protección de los derechos del cónyuge que se encuentre en un ciclo de violencia doméstica, se le ofrece la posibilidad de acudir al sistema judicial unilateralmente cuando se acredite la existencia de ese riesgo para su vida e integridad, así como la de sus hijos.

En el artículo anterior, se puede observar que para la solicitud de divorcio por mutuo consentimiento, se deben cumplir dos requisitos:

a- El primero sería el cumplimiento del plazo de tres meses de celebrado el matrimonio.

b- Se aporte una propuesta de convenio regulador, redactada según el artículo 90 del CCE, dicho artículo establece:

“El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá contener, al menos, los siguientes extremos:

A) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.

B) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos.

C) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.

D) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.

E) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.

F) La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que éstos presten su consentimiento. La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deben someter a la consideración del juez nueva propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio.

Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.

El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio.”¹⁹⁴

¹⁹⁴ Código Civil español. Artículo 90.

c- Se adjunte a la demanda una propuesta de las medidas que regularán los efectos derivados de la separación.

Se denota que, a pesar de la existencia de requisitos para la presentación del divorcio, estos son mínimos: un plazo breve, una propuesta de convenio y de medidas.

3.2.2 El proceso de divorcio por mutuo consentimiento

En su artículo 89 la legislación española establece que la disolución del vínculo matrimonial, únicamente podrá ser decretada por sentencia de autoridad judicial, por lo tanto, no es posible el divorcio notarial o administrativo como se da en las legislaciones de otros países. Las partes deben tener asistencia de un abogado y estar representadas por un procurador y puede ser el mismo para ambos cónyuges.

El juzgador, al igual que en Costa Rica, tiene un papel pasivo, donde únicamente debe acreditar que se cumplen los requisitos establecidos en la ley; sin embargo, el artículo 91¹⁹⁵ del CCE define que el juez en defecto de acuerdo o en caso de no aprobación del mismo, puede dictar medidas en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, la liquidación del régimen económico y las cautelas o las garantías respectivas.

Lo anterior también se le presenta al juez de Costa Rica, pero dicha potestad no se halla regulada de forma expresa en la legislación actual aunque, según jueces consultados, se permite esta valoración del juez del convenio mediante una directriz del Poder Judicial, que tiene poca utilidad dentro de los jueces de la república.

¹⁹⁵ *Ibíd.* Artículo 91.

El proceso de divorcio por mutuo consentimiento se tramitará según lo establecido en el artículo 777¹⁹⁶ de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dicha norma indica el procedimiento a seguir:

1- Presentación de la demanda: junto con la demanda se presenta la certificación del Registro Civil de la inscripción del matrimonio y el nacimiento de los hijos menores de edad (si los hubiera), la propuesta de convenio regulador y el acuerdo final en caso de haber existido mediación familiar.

2- Comparecencia: los cónyuges serán citados separadamente para comparecer en el Juzgado y ratificar su voluntad de divorciarse, además gozan de un plazo de diez días para subsanar los defectos. En caso de no comparecer o lo hagan y no lo ratifiquen se archivará, sin ulterior recurso.¹⁹⁷

3- Informe del Ministerio Fiscal: en caso de que existan hijos menores o incapacitados, el Ministerio Fiscal examinará el convenio y emitirá un informe.

4- Sentencia: el juez dictará sentencia al conceder o denegar el divorcio y al aprobar o rechazar el convenio propuesto.

5- Subsana propuesta: en caso de que se conceda el divorcio pero se rechace el convenio, las partes tendrán diez días para que presenten nueva propuesta, pasado el plazo dictará el auto.

6- Apelación: si se rechaza la solicitud de divorcio, las partes podrán presentar un Recurso de Apelación ante la Audiencia Provisional.

¹⁹⁶ Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 777.

¹⁹⁷ *Ibíd.* Artículo 770.3.

7- Modificación del convenio: las partes -de mutuo acuerdo-, podrán modificar el convenio o medidas adoptadas, las cuales se resolverán bajo esta misma tramitación.

Una vez en firme la sentencia, se tendrá por disuelto el vínculo matrimonial, el estado civil será de divorciados y podrán volver a contraer nuevas nupcias.

Sección 3.3. La protección del cónyuge débil en el derecho español

En España, al igual que en Costa Rica, se ha empezado a tomar conciencia acerca de la problemática de la violencia de género y la violencia doméstica. Las sociedades actualmente consideran la violencia contra las mujeres como un problema social y, por lo tanto, deben implementar una serie de normas que les garanticen la protección de sus derechos individuales, reproductivos, familiares y patrimoniales.

Con respecto al patrimonio y su distribución, al contraer matrimonio los cónyuges pueden optar por un régimen de separación¹⁹⁸ (al divorciarse cada uno de los cónyuges será titular de los bienes adquiridos durante el matrimonio) o bien, por un régimen de comunidad¹⁹⁹, donde al divorciarse el patrimonio se dividirá en partes iguales y se repartirá proporcionalmente, algo muy similar a las capitulaciones que se pueden establecer en un divorcio dentro de la normativa costarricense.

Cabe mencionar sobre este tema, el artículo 96²⁰⁰ del CCE, el cual establece que ante falta de convenio aprobado por el juez sobre el uso de la vivienda familiar y el menaje de casa, corresponde a los hijos y al cónyuge con quien se queden.

¹⁹⁸ Código Civil español. Artículo 1437.

¹⁹⁹ *Ibid.* Artículos 1316 y 1344.

²⁰⁰ *Ibid.* Artículo 96.

Dicha normativa parece interesante; pues además de lo anterior, anota que “[...] No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”²⁰¹ (el subrayado no es del original); con esta disposición, se garantiza la protección del cónyuge en una postura de desventaja frente al otro que, en la mayoría de los casos, es la mujer quien al dedicar, en la mayoría de ocasiones, su vida al cuidado de los hijos y el hogar, al momento de la ruptura del matrimonio, se ven inmersas en una pésima situación económica, más aún, en los casos en donde se ha presentado violencia doméstica.

Esa norma le brinda a la parte vulnerable del divorcio una posibilidad de protección, pero se debe tener presente que de forma independiente no tendría tanta utilidad; pues si el cónyuge fuerte de la relación se queda con los hijos, sería igual de complicada la circunstancia, pues se perdería no solo de los bienes sino de los hijos. Por eso, dicha regulación complementada con jueces con una perspectiva más amplia de la relación y con la potestad de modificar los acuerdos, debidamente regulada, permitiría que los abusos no se den de forma tan reiterada.

La legislación española ha establecido, además del principio de igualdad, el principio de la protección del cónyuge débil para los casos en donde uno de los cónyuges se haya dedicado exclusiva o, principalmente, a la familia y, por ello, no cuente con un patrimonio propio ni capacidad para obtener recursos.

²⁰¹ *Ibíd.*

Para garantizar esa protección se instauró la figura de la pensión compensatoria del artículo 97 del CCE, el cual establece:

“El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

- 1.ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.*
- 2.ª La edad y el estado de salud.*
- 3.ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.*
- 4.ª La dedicación pasada y futura a la familia.*
- 5.ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.*
- 6.ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.*
- 7.ª La pérdida eventual de un derecho de pensión.*
- 8.ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.*
- 9.ª Cualquier otra circunstancia relevante.*

En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad”²⁰².

Como se puede observar, el artículo anterior establece el derecho del cónyuge a solicitar pensión alimentaria, la cual podrá ser por un tiempo prudencial o indefinidamente, así como también, que sea pagada en forma periódica o un solo pago.

La autora María Luisa Moreno-Torres Herrera²⁰³, sobre este punto indica que la pensión post-matrimonial tiene como fin procurar la reinserción profesional y económica del cónyuge, quien al momento del divorcio se encontraba en desventaja.

²⁰² Código Civil Español. Artículo 97.

²⁰³ Moreno-Torres Herrera, María Luisa. “El principio de autosuficiencia y la protección del cónyuge débil. Las soluciones del derecho español y del derecho italiano”. En: Ruiz-Rico Ruiz, Jerardo; Moreno-

Esta norma puede beneficiar al cónyuge débil (en la mayoría de los casos es la mujer), quienes cuando son víctimas de violencia doméstica, muchas veces los convenios son desiguales o desventajosos para ellas; con las necesidades y los gastos del hogar; además, se simplifica la posibilidad de no tener que presentar proceso en un juzgado diferente al que se está tramitando el divorcio, para fijar un monto adecuado a las necesidades que surgen posteriores al matrimonio.

Por otro lado, el artículo 103 del CCE, establece las medidas provisionales que podrá tomar el juez en caso de ausencia de acuerdo entre los cónyuges, el inciso segundo establece: *“Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno”*²⁰⁴. Estas medidas provisionales, las puede solicitar el cónyuge que va a solicitar el divorcio y se mantendrán siempre y cuando, dentro de los treinta días siguientes a su adopción, se presenta la demanda ante el juez o Tribunal competente²⁰⁵.

Por un lado, el Derecho español le proporciona la completa voluntad a los cónyuges para que de común acuerdo contraigan matrimonio y, de igual manera, disuelvan ese vínculo matrimonial, si así es su voluntad. El juzgador, respecto a este sentido, tiene un papel completamente pasivo. Si se cumplen los requisitos mencionados en los artículos 81 y 90 del CCE, el juzgador tiene el deber de decretar el divorcio; por otro lado, tiene un papel activo relacionado con el convenio de divorcio;

Torres Herrera, María Luisa y Pérez Sola, Nicolás. *“Principios y Derechos Constitucionales de la personalidad: su proyección en la legislación civil”*. Valencia, España. Editorial Tirant Lo Blanch, 2010. Pp. 231-270. P. 239.

²⁰⁴ Código Civil español. Artículo 103.

²⁰⁵ *Ibíd.* Artículo 104.

pues en caso de ausencia de acuerdo o rechazo del convenio puede, él mismo, dictar las medidas que estime necesarias en relación con los hijos, los alimentos, los bienes, en general de lo establecido en el artículo 90 como necesario en el convenio de divorcio.

Ese papel activo del juez, permite una mayor protección del cónyuge que se encuentre en una posición de desventaja respecto del otro; por ejemplo, si se presentara una situación de violencia doméstica, el divorcio va a ser decretado, pero el convenio podría ser sometido a revisión por el juzgador, quien tendrá la última palabra sobre este y así, puede realizar modificaciones o inclusiones en el convenio de divorcio si lo estima desventajoso para alguna de las partes.

El Derecho Español siempre ha ido a la vanguardia en cuanto a Derechos Humanos se trata y la ley 15/2005, no es la excepción, al eliminar el sistema causal y al suprimir el plazo para la solicitud del divorcio, además de los principios y normas establecidas para proteger los derechos de los cónyuges, sus bienes y sus hijos; permiten observar la dirección correcta hacia donde debe avanzar el derecho costarricense, el derecho de familia costarricense.

SECCIÓN 4. El proceso de divorcio en El Salvador

El Derecho de Familia salvadoreño, tuvo sus inicios, al igual que el costarricense, en una sociedad patriarcal. Pasaron muchos años para que la familia cambiara del ámbito privado al público, donde se le brindara la correcta protección a cada uno de sus miembros. Hasta 1979 fue cuando se empezó a plantear esta posibilidad; sin embargo, siguió imperando el régimen patriarcal, discriminatorio, de corte privatista y patrimonial del derecho romano, donde siempre quedó desprotegida la mujer y los hijos.

No fue hasta la Constitución de 1983 que se reconoció a la familia como la base de la sociedad y se estableció el deber del Estado de brindarle una protección especial, mediante normativa y al crear organismos apropiados para su integración, bienestar y desarrollo.

“Art. 32.- La familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictará la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico. El fundamento legal de la familia es el matrimonio y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges”²⁰⁶.

En 1994 entran en vigencia el Código de Familia y la Ley Procesal de Familia, esto implicaría la creación de Tribunales de Familia, con jueces especializados y esto le ofrece autonomía a la materia²⁰⁷. Esta es una distinción primordial del derecho de Familia salvadoreño; pues su desarrollo fue acelerado al crear la Ley Procesal de Familia, a diferencia de Costa Rica donde aún no existe una regulación procesal de la materia y se siguen utilizando analogías del Derecho Civil que resultan insuficientes por su naturaleza.

Por su naturaleza, los problemas de familia requieren muchas veces de atención especializada, a quienes se encuentran inmersos en ellos, la legislación Salvadoreña previó esto, mediante un equipo multidisciplinario, con psicólogos, terapeutas y la creación de programas educativos, es así como en 1997 se crean los Centros de Atención Sicosocial de Apoyo a los Tribunales de Familia (CAPS); dichos centros están encargados de brindar atención psicológica, terapéutica y hacer seguimientos en los casos que el juez disponga.

²⁰⁶ Constitución Política de la República del Salvador. Artículo 32.

²⁰⁷ Quinteros Hernández, Jorge; Vásquez Pérez, Olinda; Zeledón Villalta, Ana. *“Derecho Procesal de Familia Salvadoreño”*. Tesis para la maestría en Administración de Justicia con énfasis en las Relaciones Familiares. Universidad Nacional. Costa Rica, 2008. P. 10.

Sección 4.1. El divorcio por mutuo consentimiento

La jurisdicción voluntaria se encuentra regulada en los artículos 179 al 183 de la Ley Procesal de Familia, donde se define que se resolverán por esta vía los asuntos que no presenten conflicto entre partes²⁰⁸. En Costa Rica, el Proceso de Divorcio por Mutuo Consentimiento se encuentra regulado en el Código Procesal Civil, específicamente en el Libro IV, donde se regula la actividad no contenciosa, sus requisitos y su proceso en sí se encuentran normados en únicamente ocho artículos, los cuales son insuficientes para resolver la diversidad de situaciones que produce una materia como la de familia, se tiene que acudir continuamente a la analogía y los Principios del Derecho de Familia.

En el divorcio por mutuo consentimiento, al no existir una contención entre los cónyuges, a estos se les llamará solicitantes y no partes, como se les nombra en el proceso ordinario. La anterior es otra diferencia con nuestra normativa, donde se tiene al actor y al demandado, a pesar de que dicha norma es meramente de forma, el hecho de nombrar solicitantes a los cónyuges, permite que el proceso no se vea como una situación tan conflictiva.

²⁰⁸ Ley Procesal de Familia de El Salvador. Artículo 179

El trámite del divorcio por mutuo consentimiento en la legislación salvadoreña, se encuentra regulado en el artículo 204 de la Ley Procesal de Familia, el cual indica:

“Art. 204.- El poder para el divorcio por mutuo consentimiento podrá otorgarse en forma conjunta o individual. A la solicitud se anexará el convenio a que se refiere el Código de Familia. El Juez en la admisión de ésta puntualizará los aspectos del convenio que deban ser subsanados, si fuere el caso. Si las partes no los subsanaren el Juez hará las modificaciones procedentes en la sentencia que decreta el divorcio. Igual trámite se aplicará si ejecutoriada la sentencia de divorcio se alteraren sustancialmente las circunstancias de las cuestiones accesorias bajo las cuales se aprobó el convenio. Cuando se trate de divorcio por mutuo consentimiento de un menor de edad, éste deberá suscribir el convenio y podrá otorgar personalmente el poder, salvo cuando existiere régimen de comunidad diferida o de participación en las ganancias, en cuyo caso deberá hacerlo su representante legal”²⁰⁹.

El convenio al que se refiere el artículo anterior es el establecido en el 108 del Código de Familia salvadoreño, donde se definen los puntos que debe contener, “[...] La determinación del cónyuge bajo cuyo cuidado personal quedarán los hijos sujetos a autoridad parental; y el régimen de visitas, comunicación y estadía que hubieren acordado, para que el padre o madre que no viva al lado de sus hijos, se relacione con los mismos; 2a) Determinación del cónyuge por cuenta de quien deberán ser alimentados los hijos; o expresión de la proporción con que contribuirá cada uno de los cónyuges para dicha finalidad; con indicación de las bases de actualización de la cuantía de los alimentos y de las garantías reales o personales ofrecidas para su pago; 3a) Determinación de la pensión alimenticia especial que se debe prestar cuando proceda; 4a) Expresión del cónyuge a quien corresponderá el uso de la vivienda y bienes muebles en uso familiar; y , 5a) Fijación de las bases para la liquidación del patrimonio conyugal cuando exista régimen económico de comunidad o para la liquidación de las ganancias o determinación de la pensión compensatoria, en su caso”²¹⁰.

En general, el convenio debe presentar requisitos similares a los presentes en el Código de Familia costarricense, relacionados con los hijos, la pensión alimentaria en favor de los hijos o el cónyuge, la liquidación de los bienes de la sociedad conyugal.

²⁰⁹ Ley Procesal de Familia de El Salvador. Op. Cit., artículo 204

²¹⁰ Código de Familia de El Salvador. Artículo 108

El punto que difiere de nuestra legislación es el que establece a cuál cónyuge corresponde el uso de la vivienda y los bienes familiares.

Una vez admitida la solicitud, el juez se pronunciará de oficio sobre las pruebas y ordenará las que considere necesarias; quince días después, deberá citar a la audiencia de sentencia. En dicha audiencia, se aprobará o rechazará la solicitud de divorcio.

Si el juez considera que el convenio no afecta los derechos de los hijos ni de alguno de los cónyuges, lo aprobará; en caso contrario, citará a los solicitantes a una audiencia, donde se modificará el acuerdo por parte del juez, si las partes no presentaran un nuevo convenio²¹¹.

En Costa Rica no existe ningún tipo de audiencia durante el proceso de divorcio por mutuo consentimiento, esto por la celeridad procesal que se busca con dicho instituto; sin embargo, se considera conveniente y acertada la realización de una audiencia para la rectificación del convenio, donde las partes expresen y reconozcan que su voluntad realmente ha sido respetada en el convenio, tal audiencia garantiza la protección del cónyuge que se encuentre en desventaja.

En síntesis, el proceso de divorcio por mutuo consentimiento tiene las siguientes etapas o fases:

1- Solicitud: los cónyuges presentan la solicitud de divorcio por mutuo consentimiento al Juzgado o Cámara de Familia respectivo. Este aspecto sería similar al de nuestro país, el convenio y solicitud se presenta ante el juzgado de familia, donde los cónyuges tenían su domicilio común.

²¹¹ *Ibíd.* Artículo 109.

2- Admisión de la solicitud: si la solicitud cumpliera con los requisitos establecidos en el artículo 108 del Código de Familia salvadoreño, se admitirá y se notificará al Procurador de Familia, se pronunciará sobre las pruebas, ordenará las pruebas que considere necesarias y, después de esto, citará a los cónyuges a la audiencia de sentencia dentro de los quince días siguientes²¹².

2- **Audiencia de sentencia:** en la audiencia de sentencia se seguirán las reglas para el proceso contencioso; por lo tanto, en esta sentencia, regulada a partir del artículo 114²¹³ de la Ley Procesal de Familia, se leerá la demanda, se resuelven excepciones dilatorias, se leen y aprueban evidencias anticipadas, se leen los dictámenes periciales si existieran, se interrogarán testigos primero por la parte que los aporte, después por la parte contrario y, por último, por el juez. Se escuchan las alegaciones de las partes y, una vez concluidas, se dicta el fallo en la misma audiencia y, si fuera posible, se dicta la sentencia en ese momento, si no deberá hacerlo en un plazo de cinco días.

En Costa Rica, una vez presentada la solicitud, si no existe ningún tipo de defecto o cláusula que subsanar, el juez aprobará el convenio y decretará la disolución del vínculo.

El Proceso de Familia salvadoreño ha puesta en la vanguardia a ese país, no solo por la naturaleza y el fin de sus normas, sino por el desarrollo y el avance que tuvo a partir de 1994, cuando se convirtió en un Derecho Autónomo.

Los procesos de familia en El Salvador son intervenidos -no solo por las partes y el juez de familia-, sino que para prevenir una serie de dificultades que se podrían

²¹² Ley Procesal de Familia de El Salvador. Op. Cit., artículo 181.

²¹³ *Ibíd.* Artículo 114 y siguientes.

dar, por su naturaleza, se estableció que debían interceder también en estos procesos los apoderados, el procurador de familia, un equipo multidisciplinario y los terceros.

La legislación costarricense no ha avanzado en cuanto a las necesidades de las personas involucradas en dichos procesos de divorcio, en donde, en ocasiones, alguno de los cónyuges se encuentra en posición de dependencia económica y emocional frente al otro.

Al crear la legislación mencionada anteriormente, el juez toma una participación más activa en los procesos de familia, indican los autores Quinteros, Vásquez y Zeledón²¹⁴ en su tesis de maestría *“El Derecho procesal de familia salvadoreño”*, que su papel es de un tercero imparcial, quien vela por el cumplimiento del debido proceso y debe ser una persona conocedora de la realidad, con sensibilidad humana, escuchar, ser buen conciliador, no tener prejuicios a la hora de juzgar y conocer y respetar los Derechos Humanos.

Los autores del presente trabajo de investigación, consideran que darle este papel activo al juzgador resulta acertado, por cuanto no tendrá como función la de un simple espectador; sino por el contrario, deberá dirigir el proceso, impulsarlo de oficio, conocer la realidad de las partes. Tal situación permitiría la protección de las partes vulnerables de los procesos, quienes son: las mujeres y los niños.

El artículo 10 de la Ley Procesal de Familia establece que en el Derecho de Familia salvadoreño, las partes siempre deberán estar representadas por un apoderado profesional en derecho, nombrado por la Procuraduría en caso de escasos recursos, esto para garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de partes, para su correcta defensa; además, este poder podrá hacerse de dos maneras: por escrito,

²¹⁴ Quinteros Hernández, Jorge; Vásquez Pérez, Olinda; Zeledón Villalta, Ana. *“Derecho procesal de familia salvadoreño”*. Op. cit. P. 36.

mediante escritura pública o escrito firmado por la parte a quien va a representar dirigido al juez o tribunal y oral en la audiencia²¹⁵, estas facilidades agilizan el trámite del proceso.

Cabe destacar que la ley prevé las situaciones de las personas de escasos recursos y les ofrece la posibilidad de que un auxiliar las represente, estos son abogados(as) que intervienen en los procesos como delegados del Procurador General de la República.

Los Juzgados de Familia tienen designado un Procurador de la familia, el cual es un abogado que se encarga de intervenir en los procesos de familia. Si la parte actora es de escasos recursos y solicita representación del Procurador General de la República, no se podrá nombrar Procurador para representar al demandado, sino -en este caso- será el juez quien decida sobre su representación.

El Derecho de Familia salvadoreño ha avanzado, por esta razón, considera necesario la existencia de un equipo multidisciplinario en cada juzgado, el cual permita un abordaje integral de los conflictos y los miembros de la familia.

El equipo multidisciplinario está conformado por el juez de familia y, al menos, un trabajador social, un psicólogo y un educador, quienes coadyuvan en la labor del juzgador, con ello se logra ofrecer una visión más amplia del conflicto y de los hechos, para que al resolver sea más justo y equitativo y tenga un conocimiento más profundo de cada caso particular.

Por el tema tratado en la presente tesis, se considera la intervención del equipo interdisciplinario como una decisión acertada e innovadora del legislador salvadoreño; pues actualmente la administración de justicia va encaminada hacia la interdisciplina,

²¹⁵ Quinteros *et al.* Op. cit. P. 40.

donde se le brinda asesoría a la decisión tomada por el juzgador, con el fin de saber si sería la más adecuada para esa familia en específico.

En El Salvador los equipos interdisciplinarios tienen varias funciones, así lo indican Quinteros y otros²¹⁶, la actividad pericial, donde estudian a la familia, desde la psicología de los integrantes, patologías, relaciones sociales. También pueden atender situaciones en crisis (casos de violencia doméstica) y, por último, como coadyuvantes en la solución de la problemática familiar o el seguimiento de decisiones judiciales.

Para finalizar, la creación del Código de Familia y la Ley Procesal de Familia han sido un gran aporte para la sociedad salvadoreña. Fue un planteamiento muy visionario para la época en que entró en vigencia, en 1994, especialmente, porque el Derecho de familia salvadoreño seguía con una visión patriarcal y donde el derecho de familia era considerado de índole privada. Esas normas se incorporaron sin ningún precedente anterior y han tenido, hasta la actualidad, muy buena aceptación entre los ciudadanos quienes ven los Juzgados y Tribunales como el medio para dirimir los conflictos familiares, mediante la protección de derechos de los miembros de la familia, por medio de la Constitución, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y las leyes conexas.

SECCIÓN 5. Proyecto de Código Procesal de Familia en Costa Rica

Dentro de los avances que se están implementando en la legislación costarricense, se observa como un elemento de suma importancia: el Código Procesal de Familia, por el momento es un proyecto que se encuentra para ser estudiado en la Asamblea Legislativa.

²¹⁶ Quinteros Hernández *et al.* Op. cit. P. 132.

Evidentemente, se presentan varios cambios dentro de la normativa actual, donde se llega a modificar el mismo Código de Familia en ciertos aspectos y se le da una identidad propia al proceso, con los principios acordes del derecho de Familia y sin tener que depender de la normativa Civil, la cual en muchos elementos no se ajusta a un derecho menos contencioso como lo es esta rama del derecho.

Ahora bien, dentro de los elementos que resultan tener importancia en el presente trabajo, es la existencia de una audiencia previa para conciliar, esto contemplado en el artículo 9, el cual destaca como un punto importante la imposibilidad de la misma en casos donde se halle una desigualdad en la relación: *“Se prohíbe la conciliación en aquellas situaciones en que se constaten relaciones desiguales de poder, salvo que se determine que lo acordado beneficie a la persona en situación de vulnerabilidad.”*²¹⁷

Lo anterior resulta de importancia para el trabajo, pues evidencia la filosofía con la cual se desarrolla el nuevo código, se ajusta a lo establecido dentro de la normativa de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos, busca proteger a la parte débil en una relación, lo mismo que se pretende dentro del desarrollo del presente trabajo.

El artículo diez del cuerpo normativo en análisis, contempla la interdisciplinariedad, por tratarse de una materia que resulta muy diversa en cuanto al trato que se le debe dar a los usuarios que se presentan; pues en casos de violencia doméstica la participación de psicólogos, o bien, en donde viven menores la posibilidad de participación de trabajadores sociales resulta fundamental, esto permite

²¹⁷ Proyecto de Código Procesal de Familia. Asamblea Legislativa San José, Costa Rica, 2015. Artículo 9.

un trato de mayor calidad a las partes vulnerables y hace que el proceso sea lo menos lesivo posible.

“Artículo 10: Auxilio a nivel interinstitucional

Los tribunales de justicia podrán coordinar con instituciones u organizaciones comunales, regionales o nacionales; la prestación de servicios cuando se requiera. Para estos fines se coordinará la elaboración de directrices, protocolos y directorios conjuntos.”²¹⁸

La existencia de diferentes procesos de familia en donde se encuentran involucradas las mismas partes y, por el mismo tipo de proceso, van a distintos juzgados, acarrea consecuencias negativas y genera la imposibilidad de conocer de esos asuntos en los demás juzgados. Actualmente, un juez de familia que tramita un divorcio, desconoce la existencia de un proceso de violencia doméstica, lo cual conlleva a una resolución sin el conocimiento de un trasfondo que resulte importante a la hora de resolver.

El anterior problema lo resuelve de una manera sencilla, pues aunque apela a la buena voluntad de las partes, tiende a ser beneficiosa, se regula la competencia ampliada que versa en la obligación de las partes de señalar la existencia de cualquier proceso de familia en donde se encuentren involucrados, sin importar la etapa procesal en la que se encuentre.

Un enorme problema que se presenta en la actualidad y ha generado una serie de complicaciones a la hora de ejercer una defensa procesal, es el plazo para interponer la apelación; pues se cuestionó por los jueces, si este era de cinco días o bien era de tres, estos debates se presentan porque existía un vacío en la legislación, al no señalar dicho plazo; no obstante, con la entrada en vigencia de este Código, el plazo se unifica en tres días, tal como lo señala el artículo 100.

²¹⁸ *Ibíd.* Artículo 10.

“Artículo 100: Procedencia y plazos

El recurso de apelación procederá únicamente contra las resoluciones judiciales que expresamente así se indique y deberá interponerse dentro de tercer día.”²¹⁹

Se ha dado diferencias como las ya mencionadas dentro de este proyecto de Código Procesal de Familia, las cuales tratan de dar un orden a lo ya existente y otorgarle un sentido más apegado a lo regulado en el derecho de familia, con principios marcados y claros del ámbito familiar, como la protección de las personas más vulnerables de la relación y la preservación del vínculo familiar, siempre con el afán de tratar de conciliar en lo posible, esto para reafirmar la importancia de esta nueva Ley.

²¹⁹ Proyecto de Código Procesal de Familia. Op. cit. Artículo 100.

CAPÍTULO IV. EL PROCESO DE DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO EN COSTA RICA: ANÁLISIS DE EXPEDIENTES.

La familia, es la base de la sociedad, así lo establece el artículo 51 de la Constitución Política costarricense. Desde su decreto, el Estado se ha visto en la necesidad de tutelarla, basados en los principios de igualdad de derechos y deberes de los cónyuges, unidad de la familia e interés de los hijos y menores, se han establecido una serie de normas de protección para la mujer, el niño, el enfermo desvalido y el adulto mayor.

El Derecho se encuentra en constante cambio, según las necesidades de la sociedad y, en este caso, la familia. Se cambió la tesis tradicional de que el Derecho de Familia era parte del Derecho Civil por la de la Autonomía de este derecho. A pesar de la promulgación de la parte sustantiva del Código de Familia en 1974, actualmente, cuarenta y un años después, no se ha aprobado el Proyecto de Código Procesal de Familia y se sigue utilizando el Código Procesal Civil para resolver situaciones relacionadas con la protección de los hijos y mantener la armonía de la familia y sus miembros.

La situación descrita, a lo largo del presente proyecto, se ha resaltado la necesidad de su pronta aprobación; pues a pesar de la existencia de la norma sustantiva, muchas veces los derechos de estas personas que el Estado consideró en posición de desventaja y les brindó especial protección, se han visto vulnerados al no existir mecanismos efectivos que realmente los amparen.

Para lograr comprobar esta necesidad y problemática, se visitaron los principales Juzgados de Familia de nuestro país y se localizaron los expedientes donde se ha interpuesto un Incidente de Oposición a la Sentencia de divorcio por mutuo consentimiento. Al llegar a estos juzgados, la tarea propuesta se tornó difícil; pues todos ellos son juzgados en donde el procedimiento es escrito, no llevan un registro de los casos en los cuales se promoviera un incidente de oposición de este tipo, aunado a esto, resulta una figura muy poco utilizada en Costa Rica (la del Incidente de Oposición) y los expedientes que se lograron ubicar en estos despachos judiciales, se hallaron gracias a la memoria de los técnicos judiciales que brindaron su ayuda.

En total se acudió a seis Juzgados de Familia, los cuales son: Juzgado Primero de Familia del Primer Circuito Judicial de San José, Juzgado Segundo de Familia del Primer Circuito Judicial de San José, Juzgado de Familia de Heredia, Juzgado de Familia de Alajuela, Juzgado de Familia de Cartago, Juzgado de Violencia Doméstica de Hatillo, San Sebastián y Alajuelita. En todos ellos, se estudió un total de siete expedientes de divorcio por mutuo consentimiento, en los cuales se había interpuesto el Incidente de Oposición, dichos expedientes serán expuestos y analizados en el siguiente apartado.

Sección 1. Análisis de expedientes de los Juzgados de Familia del I Circuito Judicial de San José, Hatillo, Desamparados, II Circuito Judicial de San José, Alajuela, Cartago y Heredia, donde se han presentado incidentes de oposición a la sentencia homologatoria de divorcio por mutuo consentimiento

Como se mencionó anteriormente, en Costa Rica, los conflictos del Derecho de Familia se resuelven mediante el Código Procesal Civil, estos problemas familiares afectan no solo a una persona; sino que por su naturaleza afectan a menores, mujeres en condición de vulnerabilidad psicológica o económica, adultos mayores o personas con discapacidad.

El proceso de divorcio por mutuo consentimiento en nuestro país, inicia con una escritura pública, la cual realiza un notario donde se efectúa un acuerdo o convenio de divorcio y se estipulan los puntos establecidos en el artículo 60 del Código de Familia. Una vez firmado este acuerdo por los cónyuges, se presentará ante el Juzgado de Familia correspondiente para su homologación, en esta etapa, el juzgador únicamente debe analizar si el convenio establecido es equitativo y justo para ambos cónyuges; en caso de que así sea, se procederá a su homologación. Es en este período, entre la presentación del convenio y la resolución homologatoria, el cónyuge disconforme puede presentar el incidente de oposición al dictado de la sentencia.

En los expedientes estudiados, se encontró en su mayoría que se han dado precedentes de violencia doméstica y, además, han sido interpuestos por mujeres.

Seguidamente, se presentará un estudio de los procesos de divorcio por mutuo consentimiento, en donde se ha interpuesto un Incidente de Oposición de Sentencia y un caso que se considera necesario analizar, principal motivo para la realización de este proyecto de tesis, en donde se presentó un Recurso de Apelación, los expedientes se expondrán en orden según su jurisdicción.

Sección 1.1. Expedientes del Juzgado Segundo de Familia del Primer Circuito Judicial de San José

Como se ha mencionado supra, la localización de estos procesos resultó un trabajo difícil, donde se necesitó la colaboración de los Técnicos Judiciales y su buena memoria para lograr dar con ellos; pues no existe ningún tipo de registro donde se establezca el tipo de proceso que es y si cuenta con incidentes. En el presente despacho judicial se logró ubicar tres expedientes, los cuales serán estudiados a continuación.

1.1.1. Expediente número 11-001304-0187-FA

Antecedentes: en el presente caso, se tiene a una pareja de ciudadanos españoles que se unieron en matrimonio en el 2008 en España, donde establecieron “capitulaciones matrimoniales” o separación absoluta de bienes muebles e inmuebles.

Posteriormente, en el 2011 presentaron un proceso de divorcio por mutuo consentimiento, donde se estableció que la guarda, crianza y educación de los menores correspondería a la madre y la patria potestad sería compartida. La señora XXX gozaría de pensión alimentaria en favor de ella y sus hijos y, tanto la señora como los hijos de ambos, podrán vivir en un inmueble propiedad del señor XXX, de manera gratuita y de forma indefinida.

Proceso: el acuerdo de divorcio por mutuo consentimiento se presenta ante el Juzgado de Familia el 19 de diciembre de 2011. Antes del dictado de la sentencia homologatoria, se presenta un incidente de oposición por la señora XXX, quien argumenta que no fue asesorada correctamente al momento de firmar el convenio de divorcio y se encontraba, en ese momento, en un estado emocional difícil, su voluntad estaba por completo viciada toda vez que su cónyuge influye en el ánimo de sus hijos y los utiliza como medio de presión para lo que a él le convenga.

Asimismo, alega que depende económica y familiarmente de su ex cónyuge e incluso, un mes antes de la firma del convenio de divorcio, solicitó medidas de protección en su favor, las cuales se otorgaron por el término de un año. Indica que al momento de firmar el convenio el notario solo se presentó en su lugar de trabajo, quien le indicó que debía firmar el acuerdo, sin leerlo, sin la comparecencia de ambas partes y sin explicarle los alcances y las consecuencias legales de sus actos; directrices obligatorias para el notario.

Su ex cónyuge, el señor XXX, contesta el incidente de oposición de sentencia y alega que la señora XXX fue asesorada desde el inicio del proceso por una abogada particular y su voluntad no se encontraba viciada; además, argumenta que no existe una dependencia económica por parte de ninguno; pues ambos son profesionales. Sobre la dependencia familiar, el señor XXX indicó que la cláusula del convenio de divorcio donde se acuerda que él verá a sus hijos de lunes a viernes se da así por la situación laboral de la señora XXX.

Posteriormente, en el 2012, el señor XXX interpone un proceso de desahucio ante el Juzgado Civil y de Menor Cuantía de Santa Ana, donde demanda a la señora XXX que habita en un inmueble propiedad de una sociedad suya e indica que la demandada arrienda dicha propiedad y, para ese momento, la arrendataria no había pagado unos meses de arrendamiento; por lo tanto, incurre así en falta de pago y se ordena en el mismo año desalojar la propiedad junto con sus hijos, de esta forma, la señora XXX queda en una precaria situación económica y sin ningún lugar donde dormir; el señor XXX al entablar este proceso de desahucio se contradijo a lo establecido antes en el convenio de divorcio.

Como se observa en el proceso anterior, el hecho de que el señor XXX estableciera una demanda de desahucio contra su ex cónyuge, se lo considera como una forma de violencia patrimonial que se ejerció, con el fin de hacerla salir del domicilio conyugal, mismo que había sido establecido en el divorcio por mutuo consentimiento como el lugar donde habitarían sus hijos y ex esposa de manera gratuita y por tiempo indefinido. Sin embargo, en el proceso de desahucio, el señor XXX manifiesta que mediante contrato verbal había establecido un monto de trescientos mil colones como renta.

Es evidente la existencia de violencia doméstica en este caso, una sentencia lo confirma, la señora XXX incurrió en error al firmar el divorcio; pues él dolosamente le indicó que al firmar tendría un lugar donde vivir y, por esa situación, solo le pagaría quinientos mil colones de pensión alimentaria por ella y sus dos hijos; no obstante, posterior a la presentación del acuerdo de divorcio, interpuso el proceso de desahucio, donde desalojó a su esposa y sus dos hijos sin ningún tipo de contemplación. Se desconoce si la señora XXX interpuso algún tipo de proceso posterior al desahucio; pues al momento del estudio del expediente su última actualización fue el desalojo.

1.1.2. Expediente 10-000515-0187-FA

Antecedentes: en este proceso una pareja decide disolver su vínculo matrimonial en el 2010. En ese convenio de divorcio, ella renunciaba a su derecho a recibir pensión alimentaria, así como también a los bienes gananciales. Antes de que se dictara la sentencia homologatoria de divorcio, la señora XXX presenta un Incidente de Oposición de Sentencia y alega vicios en el consentimiento.

Proceso: el incidente interpuesto por la señora XXX se fundamenta en vicios producidos en el consentimiento, por años de ser víctima de violencia doméstica por parte de su esposo. En el incidente, se indica que sufrió agresiones de tipo psicológico, le decía a la señora que una de sus hijas no era de él, le dejaba de hablar durante meses, golpeaba a las hijas constantemente, le decía a la señora XXX que era una *“zorra, que andaba pidiéndola”*²²⁰, cuando usaba el teléfono tenía que ponerlo en altavoz para que el señor XXX pudiera escuchar lo que hablaba, le decía a la señora XXX que ella era su “robot” y que tenía que hacer lo que él le dijera. Además de la violencia psicológica, señala que sufrió violencia física, que le estrujó los pechos hasta

²²⁰ Juzgado Segundo de Familia del Primer Circuito Judicial de San José. Expediente 10-000515-0187-FA. Folio 40.

dejarlos morados y, en una ocasión, la sacudió tan duro que perdió la retina del ojo; por lo tanto, tuvo que ser operada en cinco ocasiones por este motivo. La violencia por parte de su esposo fue tan severa, que este durante meses le instaló un GPS en su vehículo para poder saber dónde estaba todo el día. Además, la incidentista menciona que la agresión de su esposo llegó al límite; pues obligó a sus hijas a solicitar medidas de protección en su contra, con esta demanda logró que la señora XXX fuera obligada a salir del domicilio y así continuar perpetuando la violencia que ha ejercido por años.

Al momento de firmar el convenio de divorcio, fue un notario amigo de su esposo quien lo redactó, la señora XXX indica que incurrió en error, esto porque su esposo le había indicado que la casa nunca dejaría de ser de ella, en dolo porque le indicó que los bienes gananciales eran de ambos, además de violencia por todas las situaciones mencionadas anteriormente. El señor XXX contestó el incidente y negó los hechos de violencia indicados por la incidentista, él argumenta que ella le fue infiel y, al momento de firmar el convenio, le fue explicado punto por punto las cláusulas a firmar.

Resolución: este caso se resolvió en enero del presente año (2015), en el Juzgado Segundo de Familia del Primer Circuito Judicial de San José, en donde se declara sin lugar el incidente de oposición presentado por la señora XXX.

Esto porque no se logró comprobar que al momento de firmar el convenio la señora XXX careciera de capacidad cognitiva y volitiva, ni que fuera víctima de intimidación. A pesar de que en la pericia psicológica que se le realizó.

Se concluyó que en el periodo en que se firmó el estado afectivo de la señora XXX “[...] pudo haber afectado de manera importante habilidades funcionales en su funcionamiento cognitivo, por ejemplo, la capacidad de prestar atención y concentrarse en los aspectos relevantes de las situaciones, lo que a su vez afecta la capacidad de análisis y valoración de contenido de hechos y la trascendencia de los mismos, aunado a una desmotivación para realizar esfuerzos por prestar la importancia requerida a las situaciones [...]”.²²¹ Asimismo, en la sentencia se indica sobre la homologación del convenio, el cual no se encuentra claro si la señora XXX renuncia o no a los bienes gananciales; por lo tanto, se le previene a las partes para que subsanen las omisiones, previo a homologar el acuerdo. Es quizás por este pequeño error del notario a la hora de redactar que la señora XXX podría indicar que no renuncia a los bienes gananciales y así poder restablecer sus derechos patrimoniales.

En este caso, se evidencia la mala fe del señor XXX a la hora de firmar el acuerdo de divorcio, primero la intimidó y amenazó para que aceptara, después acudieron a un notario de su confianza junto con dos personas más, amigos de él, quienes testificaron en su favor.

Las agresiones psicológicas, físicas y patrimoniales fueron consideradas mera habladuría, esto por cuanto la señora XXX nunca interpuso medidas de protección contra su esposo, la jueza valoró más la prueba testimonial presentada por el señor XXX, testigos que eran sus amigos y no tomó en cuenta -para su decisión-, el examen pericial donde se indica que al momento de la firma tenía afectadas las habilidades cognitivas por la violencia doméstica de la que fue víctima, ni tampoco valoró que por las constantes agresiones perdió la retina del ojo, situación que le impide trabajar.

²²¹ Juzgado Segundo de Familia del Primer Circuito Judicial de San José. Expediente 10-000515-0187-FA. Folio 345.

Además, utilizó a las hijas de la pareja como medio para seguir perpetrando la violencia, las puso en contra de su madre e incluso, las llevó a denunciarla ante el Juzgado de Violencia Doméstica, donde se estableció como medida de protección la salida del domicilio de la señora XXX, esta queda así en una situación desfavorable tanto por no contar con el apoyo de su familia nuclear como lo son sus hijas, así como también por quedar sin ningún tipo de medio económico para hacer frente a la situación en la cual se encuentra.

Dicha situación vislumbra que el probar la existencia de vicios en el consentimiento es bastante difícil para quien los alega, esto por cuanto los jueces no tienen ningún tipo de parámetro establecido para valorar si la persona estaba en plena capacidad para tomar una decisión de esa índole y esa gravedad.

1.1.3 Expediente 14-000946-0187-FA

Antecedentes: menciona la señora XXX que el 30 de julio de 2014, el esposo la echó de la casa y, además, menciona que durante la unión matrimonial sufrió de violencia doméstica; también comenta que ese día, cuando la saco de su casa, la agredió física, verbalmente y la amenazo de que si ingresaba a la casa iba a haber un muerto y se refería a ella.

Proceso: el incidente de vicios del consentimiento lo presentan con fecha del 20 de noviembre de 2014, en donde se muestra la agresión sufrida incluso posteriormente a que la echaran de la casa, después de ese día, el señor deja a los niños con la hermana de ella y al visitarlos él la vuelve a amenazar de muerte, se evidencia la violencia de este.

Después de los anteriores sucesos, ella establece un proceso de violencia doméstica contra su esposo XXX, pero este ya había puesto un proceso contra ella; por

lo tanto, tiene que abandonar la casa y sin el apoyo económico de esta persona, ella y los hijos de ambos tuvieron que pasar condiciones difíciles; en esta condición se demuestra otro tipo de violencia, como lo es la patrimonial, visiblemente en la intención de dañarla al presentar un proceso de medidas cautelares contra ella.

Según se establece por parte de la señora XXX, existió presión para que firmara el divorcio, el señor XXX le dijo que aceptara los acuerdos impuestos porque él no quería compartir los bienes con ella; pues argumentaba que él había trabajado más para tenerlos. En este caso, resulta importante mencionar un hecho que, según las condiciones normales de una conciliación no se debería presentar, y es que se firma el acuerdo cuando ambos mantienen las medidas cautelares de forma recíproca, lo cual sería ilógico; pues las mismas se basan en una violencia previa, por lo tanto, el acuerdo conciliatorio se estaría realizando entre partes con una desigual condición, incluso al existir un proceso penal por maltrato y ofensas a la dignidad, que ella estableció contra él.

A causa de la violencia, según alega ella, sufre un trastorno ansioso depresivo y fibromialgia, por motivo de estas enfermedades se encuentra en tratamiento con medicamentos antidepresivos. Bajo esa condición fue contactada para que firmara el acuerdo y el abogado que procedió es amigo de confianza del esposo, esta condición resulta ser muy preocupante y, por el análisis efectuado, se da de forma muy común, pues aunque no exista manera de comprobar que el notario fue contratado solo por el marido, si se deja ver que se encontraba en un proceso de violencia y depresión, lo cual no la hace apta para negociar.

“[...] fui contactada por mi esposo, para que firmara un divorcio por mutuo acuerdo, para ponerle fin a todo el tema. El abogado es un conocido de confianza de mi esposo y han tenido varios negocios en común. El día de la firma estaba presente mi esposo, quien impuso sus condiciones como puede observarse en el documento. Es evidente, que en mi situación emocional no estaba para firmar un convenio por mutuo acuerdo, pues de la misma lectura del mutuo acuerdo se puede demostrar la relación de poder en la que siempre he estado sometida, pues quede prácticamente en la calle.”

Alega que la cláusula segunda donde ella renuncia a la pensión, es considerada como violatoria a los derechos de esta; pues durante el matrimonio era dependiente de él y el negocio que tenía ella queda a nombre de la sociedad que se encuentra a nombre del señor XXX, por lo tanto, no puede ni siquiera ingresar a la oficina. Es decir, a su trabajo. Además menciona que el monto de ochenta y siete mil colones es muy poco para los menores, según relata ella, basado en el estilo de vida que tenían y las necesidades de estos. Ella recurre a la oficina de la víctima donde es atendida el 29 de setiembre del 2014 en razón de la denuncia penal que ella misma interpuso.

En este proceso se presenta un escrito de agravios y un recurso de apelación, los cuales son copias del incidente de oposición. Ambos escritos -junto con el incidente-, los elabora un estudiante de los consultorios jurídicos y, en ninguno de estos, se logra ver algún cambio en los alegatos o argumentos con los cuales se pudiera obtener un resultado diferente al rechazo de los recursos.

El juzgado de familia rechazó de plano el incidente, pues el argumento que se da es más que todo procesal, en cuanto al momento oportuno para presentar el incidente, pues este debe efectuarse antes de que el acuerdo se encuentre homologado. Por lo tanto, el tribunal lo consideró extemporáneo. Aunque se acepta el recurso de apelación para que se conozca sobre el mismo, esta resolución fue emitida el doce de enero de dos mil quince.

El Voto 337-15. del trece de abril de dos mil quince, de forma muy puntual establece que se presentó extemporáneamente y la resolución del juzgado fue apegada a la ley; es decir, la resolución recurrida se encuentra a derecho y, en el momento en que se dicta la sentencia, no había oposición a la homologación pues la misma se presentó posteriormente.

En este proceso, se enmarca un conflicto muy grande y es el tema de la prevención y no de la resolución del problema de forma posterior, pues bien, en este caso al homologarse el acuerdo, la mujer víctima de violencia doméstica tiene que recurrir a la presentación de incidentes de oposición y, en este caso, al encontrarse en una condición de desventaja después del acuerdo y no hallarse con las condiciones necesarias para atender un caso tan delicado como el de ella, se ve en la necesidad de recurrir a apoyo que, si bien es cierto resulta ser el correcto, no llega a tiempo y, por ende, no se puede entrar a analizar el fondo del asunto, lo cual genera serias consecuencias para la vida de ella, a causa de un proceso que permite violaciones a derechos de las mujeres.

Sección 1.2. Expedientes del Juzgado de Familia de Cartago

En el Juzgado de Familia de Cartago únicamente se logró localizar un expediente de 2008, el cual será estudiado a continuación.

1.2.1. Expediente 08-001943-0338-FA

Antecedentes: en este caso, una pareja establece proceso de divorcio por mutuo consentimiento en el 2008. En el convenio de divorcio se define que la señora XXX le pagará al señor XXX la suma de 30 millones por el único bien ganancial que poseen y así tomará posesión de este y, su hijo menor de edad, será confiado a su madre, quien ejercerá su guarda, crianza y educación.

Proceso: la pareja establece el proceso de divorcio por mutuo consentimiento ante el Juzgado de Familia de Cartago el 08 de diciembre de 2008. Dos meses después, en febrero de 2009, el Juzgado dicta la sentencia homologatoria del Convenio indicado por las partes y el 6 de febrero de 2009, un día después del dictado de la sentencia, la señora XXX interpone Incidente de Oposición de Sentencia.

En dicho Incidente de Oposición la incidentista señala que ha sido víctima de violencia doméstica por más de once años y, desde el 2007 ha solicitado medidas de protección ante el Juzgado de Violencia Doméstica de Cartago, las cuales le han sido otorgadas e incluso, por las lesiones que tuvo fue incapacitada por un término de diez días y se abrió una causa penal contra el señor XXX. Indica además, que por las constantes infidelidades de su esposo, es portadora de una enfermedad de transmisión sexual desde hace once años.

Alega que vive amenazada de muerte, la tomaba por el cuello hasta casi asfixiarla y su esposo guarda bajo de la cama un puñal. Por este motivo, no puede dormir; por ello, debe ser medicada con pastillas que le brinda el Seguro Social; además de los maltratos físicos y sexuales a los que fue sometida, la agredía psicológicamente e incluso, el día en que se firmó el acuerdo de divorcio, el señor XXX agredió con una biela (herramienta de acero con la cual laboraba el señor XXX en su taller) a la señora XXX, quien puso su brazo para no ser golpeada con ese instrumento, luego a esto acudió al Juzgado de Violencia Doméstica donde interpuso una Denuncia e inmediatamente después de interponerla firmó el acuerdo de divorcio, donde el abogado contratado por su pareja quien acudió con su hijo menor, le dijo que firmara lo que fuera para que los dejara en paz.

En la denuncia penal vista a folio 22 del expediente señalado, la señora manifiesta todos los malos tratos que ha recibido por parte de su pareja durante años y de los cuales sus hijos han sido testigos, entre ellos están: “[...] él tomó un zapato y estando en la puerta principal me lo tiró, pegándome en la mejilla, [...] me lanzó al sillón y me apretó el pecho [...] al irse me dijo que me iba matar [...]”, “[...] en la corte me dijo hijueputa vagabunda por lo que la jueza intervino, al salir mi carro estaba todo rayado [...]”, “[...] otro día alguien llamó a la policía [...] él se fue pero al rato llegó y me dañó específicamente los focos traseros, ese arreglo me costó aproximadamente 50 mil colones”, “[...] hace dos años me llevó por el río reventado [...] y en ese lugar al estacionarse yo me bajé para salir corriendo pero él también se salió y abrió la joroba del carro donde tenía un machete y me dijo que me podía matar”, “[...] donde Jonathan el abogado y en ese lugar me dijo que si le daba treinta millones me dejaba en paz, entonces firmamos el divorcio [...]”.

Además de las denuncias por violencia doméstica, la señora XXX denunció a su ex esposo por coacción por estafa ante la Fiscalía adjunta de Cartago, con el fin de anular la escritura de divorcio que firmó.

En la audiencia de recepción de prueba del proceso de violencia doméstica, se llamó a declarar al hijo menor de la pareja, quien corroboró lo dicho por su madre y confirmó los hechos denunciados; sobre este proceso se dicta sentencia y se mantienen las medidas de protección por seis meses en los cuales se le dio seguimiento por parte del Departamento de Trabajo Social y Psicología de los Tribunales de Justicia de Cartago.

En los informes evaluativos presentados por las psicólogas vistos en folios 112, 124, 139; se indica:

- “[...] presenta estado de ánimo y afecto lábil, el contenido del pensamiento gira en torno a ideas negativas sobre sí misma y su futuro [...]”.
- “[...] usa tono de voz bajo, denota tristeza”.
- “[...] se muestra anímicamente inestable, con tendencia al llanto, [...] estado depresivo, [...] se encuentra medicada por recomendación psiquiátrica”.
- “Un factor de alto riesgo expresado por la solicitante es su temor de perder la vida en manos del denunciado. Se detecta aislamiento, carente de contactos con su familia nuclear y apoyo comunal”.

Cabe recalcar que las medidas nunca fueron cumplidas; pues su ex pareja continuó viviendo con ella. Las psicólogas que la valoraron concluyeron que se encontraba consciente, pero dentro del ciclo de violencia doméstica en la etapa de luna de miel y acumulación de tensión. En el último informe evaluativo realizado el 08 de octubre de 2007 y visto a folio 139 del expediente, se indica que la señora XXX solicitó dicha intervención porque fue agredida nuevamente por su esposo quien “[...] la tomó por la cara del lado derecho se nota enrojecimiento y cortadura a la altura del pómulo [...]”, en esta ocasión no formuló denuncia contra su ofensor.

En el 2010 formula recurso de apelación contra la sentencia que homologa el divorcio por mutuo consentimiento y alega un error material en la escritura, la falta de resultado y vicios en el consentimiento.

Resolución: a pesar de todos los esfuerzos de la señora XXX para anular el convenio de divorcio que firmó evidentemente coaccionada y con temor por tantos años de ser víctima de violencia doméstica, de tomar medicamentos antidepresivos y para dormir,

sobre el incidente de oposición presentado un día después de dictada la sentencia, se tuvo como extemporáneo; por lo tanto, no fue de recibo tampoco, pues es el abogado el que señala para notificaciones y ella desconocía cuándo fue dictada y notificada la sentencia. Por su parte, el Tribunal de Familia de San José en el 2010 confirmó la sentencia recurrida y argumentó que los primeros agravios (el error material y el resultado) no eran de recibo, toda vez que no tienen ningún efecto en el acuerdo de divorcio;

En el presente caso se evidencia que sí existió violencia doméstica entre la pareja e incluso, existían procesos penales contra el señor XXX; por lo tanto, a pesar de que la sentencia donde se rechaza el recurso de apelación se encuentra bien fundamentada, se considera que el vacío normativo que contiene la legislación relacionada con el divorcio por mutuo consentimiento, ha ocasionado que por más que las mujeres víctimas de violencia doméstica traten de salir de ella y defender sus derechos, sea casi imposible si no tienen los medios económicos necesarios para tener una adecuada representación desde el inicio con el convenio de divorcio.

El caso anterior, es clara evidencia de que en muchas ocasiones, las mujeres firman el acuerdo de divorcio como un medio para salir de ese ciclo de violencia doméstica, sin conocer los alcances y las consecuencias de las cláusulas que firman y renuncian a sus derechos por los bienes gananciales y en este caso obligándose a pagar una deuda sin contar con ningún tipo de ingreso económico para hacer frente a esta.

Sección 1.3. Expedientes del Juzgado de Familia del Segundo Circuito Judicial de San José

1.3.1. Expediente 13-00912-0165-FA

Antecedentes: una pareja contrajo matrimonio el 03 de octubre de 2012 y, desde ese momento, se ha dado la violencia doméstica, lo cual ha dado como resultado que en fecha del 23 de abril de 2013 la señora XXX solicitara medidas de protección por violencia, en donde no se permite acercarse a quinientos metros ni poder ingresar a la casa de habitación, trabajo o lugar de estudio al señor XXX. La solicitud se fundamenta en violencia que existía dentro del matrimonio de tipo verbal y psicológica. Esto da como resultado que el Ministerio Público investigara por la presunta comisión de un delito.

Proceso:

Incidente de oposición al convenio de divorcio por mutuo consentimiento

Dentro del convenio de divorcio por mutuo consentimiento, se establecieron ciertos acuerdos como el de no recibir pensión mutua, el renunciar a un vehículo como bien ganancial por parte de ella y se afirmó que no tenían hijos en común. Refiere ella que al firmar dicho acuerdo se encontraba dentro de un proceso de violencia, en el cual ella terminó aceptando las condiciones que él le impuso, por encontrarse en un estado de vulnerabilidad, pues desde que contrajeron matrimonio en 2012 ha sido víctima de violencia, incluso llegó a aceptar que no tenían hijos en común cuando en realidad tiene uno de año y medio con el señor XXX.

Resulta reiterado señalar que dentro de condiciones de violencia, las víctimas se encuentran en desventajas claras, pues son las que se encuentran en un estado de vulnerabilidad y, por ende, ceden ante las presiones a las cuales son sometidos por sus

victimarios, en esos casos sus maridos, lo que resulta ser más complicado, pues son víctimas en el lugar en donde deberían sentirse protegidas.

Los acuerdos que se establecieron fueron de forma unilateral por parte del marido y, por la condición de vulnerabilidad de ella, por la violencia doméstica, además de la presión y amenazas de las hermanas del esposo, quienes la buscaban constantemente, es por esto que según ella terminó aceptando las condiciones impuestas.

“El contexto familiar en que se da la firma del convenio fue de extrema violencia y agresión, no solo por parte de mi esposo, sino también de sus hermanas, pues su hermana mayor de nombre LVD, antes de que yo firmara el convenio me llamo por teléfono y me manifestó que si yo no firmaba el divorcio en los términos impuestos por mi esposo me iba a quemar el rancho conmigo adentro. Además su hermana S, a quien solía encontrarme en la calle, cuando iba a dejar a mi hija al kínder me decía que si no firmaba el divorcio como él lo indicaba, que entonces yo iba a sufrir con el bebé y que iba a llorar lágrimas de sangre, y que si decíamos que teníamos un hijo le podrían obligar a pagar pensión alimentaria”

Como se señaló, las agresiones por parte del señor XXX se han perpetuado y se han diversificado, incluso llegan a intervenir familiares, como por ejemplo con hermanos de este que la amedrentaban y la llevaron a que se pusiera un proceso de violencia en octubre, en contra de las hermanas de este, el cual fue rechazado.

En este proceso se expuso por parte de la señora XXX que el notario fue quien redactó en beneficio del esposo y dejó claras violaciones en los derechos de ella como esposa, incluso deja ver que no se mencionó nada sobre el niño que tienen juntos.

En este caso ocurre algo particular y es que se llama al notario para que exponga los hechos, dentro del proceso de incidente, el notario expone de la forma siguiente: señala que con quien primero contactó, fue con la señora y, posteriormente, hablo con el señor XXX, señaló que no lo conocía hasta el día en que se firmó el acuerdo y además, apunta que en ningún momento notó alguna vulnerabilidad en ella.

Según describe el notario, le envió dos veces el borrador para que lo revisara y no hubo problema, lo único que señalo es que si no estaba firmado por el señor cuando ella llegaba, esta no lo iba a firmar, pero al presentarse en la oficina ya el señor XXX lo había firmado y deja en claro que no vio nada extraño, más bien apunta que ella siempre estaba acompañada de un oficial de policía, al que él si conoce desde hace varios años.

Sin importar la forma en cómo se haya realizado el acuerdo y quien buscó al notario, se debe rescatar un tema muy delicado en este caso y es la firma de las partes en actos diferentes, incluso expuesto por el notario. Adicional a esto, se encuentra el tema de la violencia existente dentro de este proceso y basado en el informe pericial de la psicóloga, resulta claro la debilidad mental en el que se encontraba, estudio que no se considera a la hora de firmar el acuerdo, pues dentro del mismo testimonio del notario resulta evidente que basa sus criterios en suposiciones, lo cual puede conllevar a serios problemas e inconvenientes; pues se pueden homologar acuerdos que desde un inicio se encuentran viciados.

Para poder entender mejor el proceso, se debe valorar la forma en que contesta el señor MVM el acuerdo por mutuo consentimiento, el señor señala que pidió el divorcio a ella, según lo que se desprende del escrito, menciona que el notario lo consiguió ella; además, es claro en indicar que él nunca la ha amenazado o coaccionado para que firmara ningún documento del divorcio y hasta donde él sabe fue ella la que pago el notario, pues era la interesada. Señala que existen incongruencias en referencias en el accionar de ella; pues por un lado acepta el divorcio, pero por otro presenta un proceso de pensión y luego firma el divorcio, pero luego pone medidas y un proceso de violencia en contra de este, mientras trata de hacer ver que el problema lo tiene ella, se libera de cualquier responsabilidad, e

incluso, llega a indicar que el estudio psicológico se encuentra viciado y solicita no se tenga por válido.

En este caso se logra apreciar la contención que existe sobre el acuerdo y la elección del notario; pues hasta el mismo redactor del acuerdo tiene que participar dentro del proceso para realizar una aclaración sobre lo ocurrido, lo cual provoca que un proceso que busca la economía procesal, se convierta en una mayor cantidad de procesos para aclarar elementos que deben ser transparentes y claros como la fe del notario.

Ahora bien, resulta importante señalar que el dictamen psicológico si demuestra que ella se encuentra en una condición de vulnerabilidad psicosocial, esto como resultado de un proceso de violencia, donde se deja claro que sí se presentaban eventos de índole traumática, pero también refiere que bajo condiciones adecuadas que le brinden seguridad y asistencia técnica, ella puede negociar el tema del divorcio, esto según el estudio hecho.

“Con respeto al grado de vulnerabilidad de doña M, es notorio el deterioro en su autoestima y en la capacidad de enfrentar asertivamente, conflictos o situaciones que pudieran desmejorar su calidad de vida; si bien, cuenta con una red familiar significativa, ella se siente culpable por exponerles, también, a la violencia que experimenta, cotidianamente”²²²

Se debe analizar que la psicóloga si establece la posibilidad de que ella firme acuerdos, pero resulta un tanto preocupante que no se tomen las medidas pertinentes o necesarias para que se den abusos dentro de los acuerdos. En este caso en particular, se debe tener en cuenta un factor importante, como lo es la conducta que la persona víctima puede tener en frente de la parte contraria, pero si esa situación no se da por la

²²² *Ibíd.* Folio 57.

inoperancia del notario, se podría valorar mejor y proteger a la víctima de agresión, con variaciones dentro del proceso actual.

Y esto se deja claro al analizar la forma en que se presenta la sentencia de homologación del acuerdo, la cual se emitió el seis de mayo de dos mil catorce y el resultado de la misma establece que, según el acuerdo, no contraria el ordenamiento jurídico y no se percibe ningún vicio de nulidad o defecto generador de indefensión. También señala que no tuvieron hijos en común y el señor acepta de forma voluntaria como suyo al menor K, mantienen de forma compartida la crianza hasta resolución del proceso de investigación de paternidad y, por ende, se homologa dicho acuerdo.

El divorcio por mutuo consentimiento representa la posibilidad de resolver un conflicto en donde las partes acepten y estén conformes con lo que se pacta; por lo tanto, se debe valorar la trascendencia que tiene dentro de este proceso el acuerdo. Por ello, no se debe dejar a la libre condiciones en donde se puedan presentar violaciones o abusos sobre las partes, mucho menos si los acuerdos que se llegan a incidentar son rechazados; pues los jueces con el conocimiento nulo de las condiciones previas de cómo se desarrolló el matrimonio, se termina homologando .como en este caso, con el simple argumentó de que no es contrario a la normativa costarricense.

Dentro de este proceso se puede ver una complejidad fuera de lo que debería presentarse en un acuerdo homologatorio, como se ha reiterado, busca la no contención y, en este caso, provoca una serie de procesos en conexión con este, que debería, en su esencia ser lo menos problemático y expedito posible.

Sección 1.4. Expedientes del Juzgado Civil, Trabajo, y Familia de Hatillo, San Sebastián y Alajuelita

1. 4.1. Expediente 13-400723-0216-FA

Antecedentes: este incidente se presenta en un proceso de divorcio de un matrimonio, en donde nace un menor de edad MMG, el 17 de junio de 2011 y de un primer matrimonio la mujer tiene una menor de catorce años.

Proceso: se presenta un incidente de oposición con fecha del 27 de junio de 2014, fundamentado en que el matrimonio de la misma fue una relación donde predominó la violencia intrafamiliar y psicológica, donde ella establece que perdió su capacidad volitiva y se dio una relación vertical de subordinación y dependencia. A pesar de la existencia de situaciones de adulterio por parte del señor XXX, este la acusaba a ella de que la adúltera era esta, así manipulaba su mente y causaba un aumento en la violencia psicológica hacia esta.

Por lo expuesto durante todo el trabajo, resulta claro que en un proceso de violencia el agresor trata de hacer sentir culpable a la persona víctima de la violencia, lo cual al darse un elemento de violencia psicológica, provoca como consecuencia directa la pérdida de la confianza, una reducción de su autoestima y la aceptación de la culpabilidad, como se denota en este caso, ella aceptó durante mucho tiempo dicha violencia.

Después de que hay una reacción por parte de ella y se da una confrontación sobre el adulterio en agosto de 2011, este la sacudió de forma brusca, con ello se da inicio la violencia y ese trato se mantuvo desde ese momento y de forma continua, perpetuado en el tiempo que duró la relación, posterior a esto, la violencia evolucionó;

pues se presentó una violencia patrimonial al tener esta que encargarse de todos los gastos de la casa y no solo eso; sino mantener las cosas vanas que él necesitara, pues este de forma unilateral decidió que no iba a pagar más gastos en la casa para solo encargarse él de pagar la hipoteca de la casa, pero al no alcanzarle el salario a ella para cancelar los gastos de ellos y de unos familiares del marido que se hospedaron en la casa, ella se tuvo que endeudar con la tarjeta.

“Motivo séptimo: durante los primeros meses del 2010, compramos la casa donde vivíamos por medio de un préstamo en Coopeservidores, y mi esposo dispuso que iba a pagar el préstamo de la casa, pero que yo tenía que pagar los gastos de la casa con mi salario, así que me impuso el pago de los servicios públicos, cable, cuidado de mi hijo, colegio de mi hija FT, pago de buseta, mesada, compra de alimento, compra de la ropa, zapatos de mis hijos, los artículos de aseo de la casa, mis gastos personales, medicinas, pago de especialistas, y todo lo que necesitara mi esposo W, su ropa de marca, perfumes finos, artículos de aseo, delicatessen, vinos y carnes para que invitara a su familia, se dio la vida de rico, ahora entiendo que eso es violencia patrimonial.”

En diciembre de 2013, se acordaron las condiciones de divorcio, esto en virtud de que ella confirmó la continuidad del adulterio, se estableció que el marido pagaría una suma por la casa y el mismo le daría una pensión al hijo en común. En cuanto al régimen de visitas, el señor XXX lo vería los fines de semana, estas condiciones alega la señora XXX que las terminó aceptando por temor a represalias mayores, pues ya existía un temor hacia él.

El temor resulta ser uno de los principales ejes por el cual se da la aceptación de acuerdos desequilibrados, esto resulta en lesiones gravosas sobre los derechos de las mujeres, llegando a perder bienes importantes; pues tanto los jueces como los notarios no tienen muchas veces el contexto amplio de la situación.

Hay que separar el proceso de divorcio por mutuo consentimiento en dos momentos claves, los cuales se dividen por la homologación del acuerdo por parte del

juez, el primero resulta ser en el que se debe tener muy clara la situación que se presenta, en donde el notario debe realizar el acuerdo bajo los términos claros en donde ambas partes firmen el acuerdo y lo acepten con la solemnidad que conlleva dicho acto y, el mismo, se desarrolle como corresponde; es decir, en un mismo acto, esto con la finalidad de determinar el comportamiento de ambos cónyuges.

El juez debe valorar también las condiciones en las cuales se presenta un proceso de divorcio por mutuo consentimiento; pues la capacidad de determinar que dentro de un convenio no se presentan abusos es reducir mucho las características de un matrimonio; se habla de los supuestos básicos, pero pueden quedar muchas cosas por fuera como deudas que se contrajeron por temas de pareja. No obstante, se van a cargar de forma unilateral, porque los jueces no las valoraron y los notarios no actuaron de forma correcta.

El 10 de diciembre de 2013 de forma unilateral le pide a una notaria que confeccione el acuerdo con los puntos establecidos, esos que él mismo estableció arbitrariamente. Luego, la notaria envió el acuerdo para que lo firmara, pues para esta no había ningún problema y lo veía bien.

Al señalarle las disconformidades que tenía con el acuerdo, en este no se veía apoyo con las deudas que ella adquirió por la falta de solidaridad del marido, además del tema de la matrícula de la escuela y otros elementos que no se encontraban presentes en el acuerdo; es decir, estaba disconforme con los elementos presentes en el acuerdo conciliatorio; a lo cual la notaria le señaló que todo esto se podía resolver en procesos posteriores, lo que resulta según la solicitante del incidente una pérdida de tiempo y un sin sentido, pues era más sencillo resolverlo en ese momento.

“Ella me explicó que mi esposo le había dado las condiciones que están en el convenio, y que si yo quería cambiarlas tendría que negociarlas con él pero que de todas maneras no me preocupara porque todo se podía resolver posteriormente en procesos de familia adicionales, lo cual me pareció una locura, para que buscar el enfrentamiento de las partes a futuro, si se podían arreglar las condiciones del convenio de una vez por todas.”

Al encontrarse ella en una situación de presión con referencia a la violencia que la afectaba, decidió firmar; pues sabía que en ese momento debía romper con el ciclo de violencia en el cual se encontraba y decidió tomar la decisión de firmar el acuerdo, aunque existiera una desventaja bastante grande en cuanto a la repartición de los bienes.

El 17 de diciembre fue a una cita médica en donde se le diagnosticó una angustia severa, con humor depresivo esto como resultado del divorcio tan traumático. Dentro del incidente se señala una serie de cláusulas abusivas como lo es el monto por el cual se fija la pensión; pues a criterio de la señora XXX es muy poco e insuficiente para costear los gastos. Además de lo anterior, se le suma el poco valor que se le dio al monto para la entrada a clases, pues para esta tampoco alcanza. La situación es que según la señora XXX, lo anterior puede permear el criterio de un juez de pensiones; pues al establecer este monto se puede considerar que ella acepta o se conforma con poco dinero, además esta situación significa que va a existir la necesidad de estar metiendo procesos de modificación de montos; por lo tanto, se puede ver un sin sentido.

Como se puede observar claramente dentro de un proceso de divorcio por mutuo consentimiento, en donde se busca la no contención y la celeridad del proceso, este puede llegar a perder ese sentido y tornarse en una continuidad de la violencia, pues al perderse muchos derechos que en un acuerdo realizado de forma clara y correcta, se mantiene a la mujer en una violencia patrimonial.

Sobre el régimen de visitas se alega que aunque parece normal el hecho de que se den visitas en un acuerdo de divorcio, el que sean por parte de una persona agresiva y violenta, provoca grandes lesiones al menor, lo cual resulta contrario con el ideal de la figura del régimen de visita donde prevalece el Interés Superior del Menor de Edad, esto comienza a reflejarse al ver una conducta agresiva y demandante por parte del menor después de pasar tiempo con el padre, en virtud de lo anterior es que se solicita al PANI un estudio psicológico, para que lo revisen. Dicha solicitud se realiza por recomendación de un doctor al que estaba asistiendo la madre, pues determinó que el menor estaba siendo afectado por la forma de ser del padre.

Señala que la notaria no le explicó que ella tenía derecho a la mitad del monto de los bienes; es decir, sobre la ganancialidad que se regula en la legislación costarricense y, al desconocer esto, ella terminó aceptando aún en perjuicio de los derechos que le correspondían, normal en condiciones de vulnerabilidad ocasionadas por ciclos de violencia como los que sufría la señora XXX.

En el caso anterior, se muestra el manejo que se le da por parte del notario a esta situación, pues la idea principal de este proceso es la posibilidad de simplificar los desacuerdos que surgen en una familia, con lo que se buscaba la menor contención posible, pero al darse actitudes en las cuales los notarios no valoran en realidad la importancia o trascendencia que tienen realizar un estudio de cuidado sobre los casos en donde redactan los acuerdos, esto da como consecuencias que sea el sistema de justicia ya saturado el que se sobrecargue más; pues se tienen que establecer más procesos para solventar los errores que se dan en uno previo el cual no posee una mayor complejidad que respetar ciertos elementos claros de los acuerdos.

Sección 1.5. Expedientes del Juzgado de Familia de Desamparados

En el Juzgado de Familia se logró localizar un caso y fue el que motivó a realizar el presente trabajo de investigación, en el cual se estableció un Recurso de Apelación por haberse dictado sentencia.

1.5.1. Expediente Número 14-400062-0637-FA

Antecedentes: se tiene que una pareja firma el convenio de divorcio por mutuo consentimiento el 21 de octubre de 2013. En el convenio se establece que su hijo menor de edad vivirá con su madre. Asimismo, que se tienen dos bienes muebles y un bien inmueble como gananciales; sin embargo, la señora XXX renuncia a ellos, por lo tanto, le corresponderán exclusivamente al señor XXX. Además, ambos renuncian a la pensión alimentaria y el señor entrega en ese momento dos millones de colones a la señora XXX.

Proceso: se presenta la solicitud de divorcio por mutuo consentimiento el 17 de enero de 2014 ante el mencionado despacho judicial, donde se solicita la homologación del convenio y la disolución del vínculo. En el escrito presentado ante el Juzgado, indican que ambos renuncian a términos, copias, citaciones y emplazamientos. Además, se aporta como único medio para atender notificaciones de ambas partes un número de fax. Es así como el 30 de enero de 2014, con tan solo nueve días hábiles para oponerse, se homologa el convenio presentado por las partes.

El 7 de febrero de 2014, se dio por notificada la sentencia homologatoria al fax aportado por el notario y el 10 de febrero se notificó al Patronato Nacional de la Infancia y es así como el día 17 de febrero de 2014 se presenta el Recurso de Revocatoria con Apelación en Subsidio.

Cabe mencionar antes de iniciar con la exposición de los motivos del Recurso de Apelación, que la señora XXX es de poca escolaridad (llegó a cuarto grado de escuela); además es enferma psiquiátrica. Desde 1998 ha ingresado al Hospital Nacional Psiquiátrico, en el informe médico se indica que fue referida de la Clínica Carit después de un parto en el que perdió a una niña, unos días después de esto empezó a llorar, con ideas suicidas, escucha voces, veía sombras, se le ve deprimida. Un año después del primer ingreso al Hospital Nacional Psiquiátrico ingresa de nuevo y se indica en el informe que tiene disminución en la psicomotriz, depresiva, escucha voces, alucinaciones, ideas de culpabilidad. En este informe se le diagnostica con un Trastorno Depresivo Recurrente, con síntomas psicóticos y extrapiramidalismo voluntario. Posteriormente, la atendieron varias veces más durante los siguientes años en el servicio de urgencia del Hospital Nacional Psiquiátrico con el mismo diagnóstico, unido a un trastorno de la personalidad, cabe mencionar que durante todos esos años fue tratada con medicamentos antidepresivos.

La última vez que ingresó al servicio de urgencias de dicho hospital fue el día 16 de octubre de 2013, cinco días antes de ser llevada por su esposo a la firma del divorcio por mutuo consentimiento; en esa ocasión ingresó por un intento de suicidio por discusión con el esposo, indicó que desde años atrás ha sido víctima de violencia doméstica.

Los motivos que expone la recurrente son que su consentimiento estaba viciado; pues cinco días antes estuvo en el Servicio de Urgencias del Hospital Nacional Psiquiátrico y, al momento de firmar el convenio, aún se encontraba perturbada mentalmente; indica además que renunció a todos sus derechos a los bienes gananciales e incluso, a la pensión alimentaria, se estableció que el hijo menor de edad viviría con su padre; sin embargo, esa cláusula se definió para no tener que pagar

pensión en favor de este; pues sigue viviendo con ella, en sus palabras alega que “[...] soy una mujer que no tiene escolaridad, sin bienes de ningún tipo [...], me obligó a irme del domicilio conyugal, sólo con mi ropa, con el perro y el hijo menor de edad [...] Debí ir a vivir en una casa que alquilo por la suma de treinta mil colones, así que ésta no reúne ni las mínimas condiciones. No tengo un solo mueble, duermo en el suelo, cocino en piedras [...]”. Además, indicó que durante años ha sido víctima de violencia doméstica que le ha ocasionado trastornos depresivos, los cuales le impiden en momentos de crisis conocer el alcance de sus decisiones, como prueba aportó la epicrisis del Hospital Nacional Psiquiátrico.

Resolución: según el artículo 845 del Código Procesal Civil²²³, la sentencia homologatoria de divorcio por mutuo consentimiento tiene recurso de apelación y casación; sin embargo, no se indica el plazo para interponerlo. El tribunal de alzada aplicó los artículos 3 y 4²²⁴ del mismo cuerpo normativo en concordancia con el artículo 845 y con el Principio de la abreviación de los plazos y en favor por el trámite más breve en caso de duda; por lo tanto, aplican por analogía el plazo establecido para la adopción (al ser actividad judicial no contenciosa) donde se tienen tres días para recurrir en alzada. Además, aplicaron el artículo 136 del Código de Familia que establece: “[...] La parte que se muestre en desacuerdo con lo resuelto, podrá apelar la sentencia ante el superior, dentro de los tres días posteriores a la notificación por escrito [...]”²²⁵. El recurso al ser planteado el día 17 de febrero, cinco días después de notificadas todas las partes, fue considerado mal admitido el recurso por la mayoría del Tribunal, que interpretó el plazo para recurrir en tres días hábiles.

²²³ Código Procesal Civil. Artículo 845.

²²⁴ Código Procesal Civil. Artículo 3 y 4.

²²⁵ Código de Familia. Artículo 136.

Como bien menciona la sentencia, el Código Procesal Civil no indica el plazo para interponer el Recurso de Apelación en los casos de actividad judicial no contenciosa; por lo tanto, los juzgadores tienen diferentes criterios a la hora de decidir el plazo, en este caso en particular, incluso, se dictó un voto salvado por uno de los integrantes del tribunal, el licenciado que salvó el voto estima que el plazo para recurrir este tipo de sentencias se rige por el más amplio de cinco días, por ello, el recurso planteado por la señora XXX sí se presentó en tiempo.

Argumenta que se debe tomar en consideración el artículo 559²²⁶ del Código Procesal Civil, donde establece como plazo cinco días para el recurso de apelación en cuanto a sentencias y autos con carácter de sentencia. Como bien indica el licenciado que discrepó con la sentencia de mayoría, por la naturaleza de este proceso (donde la disolución del vínculo matrimonial tiene eficacia de cosa juzgada material por lo que no puede ser discutido en otro proceso), estima prudente que el plazo para ejercer el derecho a la doble instancia sea el más amplio, de cinco días; por lo tanto, para él, el recurso sí estaba establecido en tiempo. Sin embargo, el juez consideró que los agravios manifestados por la señora XXX no eran de recibo; pues según el artículo 842 del Código Procesal Civil se realiza mediante incidente y antes de que sea dictada la sentencia.

El anterior dictamen dejó a la señora XXX prácticamente en una situación de pobreza extrema; pues ella no trabaja, tiene la enfermedad psiquiátrica mencionada por lo que se le dificulta trabajar y vive de la ayuda que le brindan diferentes personas. En la actualidad, se aloja en la casa de su hermana quien le prestó un cuarto para que viva, esta casa no tiene las mínimas condiciones para vivir, no tiene luz, posee piso de tierra y, en la práctica, vive de la beneficencia de las personas. Esto se lo saben los

²²⁶ Código Procesal Civil. Artículo 559.

autores de la presente tesis, porque es conocido el caso de la señora mencionada y su familia.

Sobre todos los casos expuestos, se considera que a pesar de que las sentencias fueron dictadas conforme a la ley, al parecer de los autores del presente trabajo de investigación, la ley y el divorcio por mutuo consentimiento como tal no es eficaz respecto a las mujeres en posiciones desfavorables frente a sus parejas, quienes han sido víctimas de violencia doméstica, han renunciado a sus derechos patrimoniales y familiares con tal de salir de ese ciclo de violencia en el cual se encuentran inmersas.

El último caso expuesto, así como todos los demás, muestra una ley “injusta”, una figura como lo es el incidente de oposición como “ineficaz” en estos casos; pues de todos los mencionados, en ninguno de ellos se declaró con lugar el incidente y se anuló la sentencia homologatoria; sino que, por el contrario, se confirmó la sentencia y, con ello, se dejó a varias mujeres en situaciones económicas difíciles.

El hecho de que un vicio en el consentimiento sea tan difícil de probar no hace más que afirmar esta tesis, las mujeres víctimas de violencia doméstica firman el convenio de divorcio y meses después son valoradas por un especialista en trabajo social o psicología, quien en la mayoría de los casos, se las diagnostica como capaces de tomar sus propias decisiones; sin embargo, esta valoración se da meses después de muchas horas de terapias y un empoderamiento gracias al trabajo de psicólogos(as) o al apoyo de su núcleo familiar. Por lo tanto, este diagnóstico no es el mismo que habría sido al darse la violencia doméstica, muchas de ellas sienten tanto temor por su pareja que no son capaces de contrariar lo que estos les ordenan.

El divorcio por mutuo consentimiento parte de la premisa que la relación de pareja es equilibrada, cada quien toma sus propias decisiones, pero esto no ocurre en

los casos en que existe violencia doméstica; donde sus decisiones están determinadas por las decisiones de su cónyuge y no pueden imponerse ante actos que las perjudiquen; pues saben que pueden ser parte de una estadística.

CONCLUSIONES

Dentro de la presente investigación se han logrado valorar las condiciones en las cuales se opera la figura del acuerdo homologatorio dentro del divorcio por mutuo consentimiento, esto desde una contraposición de la teoría plasmada dentro de los cuerpos normativos en referencia a la forma en que opera en la práctica.

Como se ha mencionado, el divorcio como figura jurídica dentro del derecho costarricense, desde su creación ha venido evolucionando y ha dado como resultado una figura que se acomoda con respecto a la época social donde se encuentra; pues surge en respuesta de una sociedad más liberal, la cual comienza a permitir ese divorcio para disolver vínculos conflictivos o en donde se falte a los deberes de la figura del matrimonio.

El divorcio por mutuo consentimiento se instauró por la protección del principio de la autonomía de la voluntad, si una pareja decidía unirse en matrimonio, también debería poder disolver ese vínculo cuando no existiera el “*affectio maritalis*” o cuando su convivencia ya no resultara pacífica ni agradable para ellos.

En Costa Rica, su evolución ha alcanzado niveles en donde la separación se puede realizar sin la existencia de ningún plazo entre el divorcio y la celebración del matrimonio, otro gran avance de esa adecuación conforme al cambio de la sociedad. Para muchos, este cambio se puede ver de forma negativa; pues el matrimonio siempre se ha ligado como la base de la familia, la cual -a su vez-, es la base de la sociedad, pero desde un punto de vista de protección de derechos resulta un logro trascendental.

Una vez que se entra en análisis sobre la figura del divorcio por mutuo consentimiento, se desprende la característica principal que lo diferencia y es la no

contención; pues la idea principal es la disolución del vínculo matrimonial sin que haya necesidad de entrar a debatir la causa de la disolución en un proceso engorroso y donde se enfrasca a las familias en disputas no muy gratas; por lo tanto, el divorcio por mutuo consentimiento, gracias a las características antes mencionadas, busca una resolución más acorde con los procesos de familia; es decir, con la menor conflictividad posible.

Es claro observar que ese proceso de divorcio no contencioso cumple a cabalidad con esas metas por las cuales se creó, pero esto claramente en situaciones donde se pueda efectuar una conciliación válida y, en donde se dé una relación equitativa e igualitaria, donde se respeten de forma idónea los principios Constitucionales, la Resolución Alternativa de Conflictos y las normas de género vigentes; además, se presenten acuerdos justos y se plasmen los deseos de ambas partes.

El proceso de divorcio por mutuo consentimiento, una vez presentado ante el juzgado, se torna de difícil acceso, especialmente para las personas que se encuentran en una posición de desventaja frente a su cónyuge, no conocen los plazos, ni los medios para defender sus derechos, tal es así que todos los incidentes presentados que se estudiaron supra en el presente proyecto, fueron rechazados de plano.

Además de lo anterior, el juez no conoce ampliamente la situación, se sabe que este proceso debe ser expedito por su naturaleza no contenciosa; sin embargo, la falta de conocimiento por parte del juez de la situación familiar sobre la que va a aprobar o rechazar un convenio de tanta importancia, puede provocar grandes perjuicios para una de las partes, que en la mayoría de casos es la mujer.

Al momento de redactar y firmar el acuerdo, es cuando se da uno de los mayores inconvenientes, pues el notario se parcializa muchas veces, por la parte que

está pagando por sus servicios. Así, establece cláusulas que benefician solo a una de las partes. Mediante el análisis de expedientes realizado se puede concluir que al ser el esposo quien posee el poder económico, este contrata al notario para que redacte un acuerdo con los parámetros que el marido le señala. Adicionado a lo anterior, los notarios no asesoran a ambas partes, no les indican si el acuerdo o cláusula que están tomando les perjudica, su papel es simplemente el de redactar las cláusulas indicadas por su cliente y presentar la solicitud de divorcio ante el juzgado.

Es notable la desprotección hacia la mujer, incluso al realizarse un acuerdo en donde se le da lo mínimo que se regula en la ley, sobre lo que debe versar el acuerdo homologatorio, en uno de los casos estudiados, se dio la firma del convenio en dos momentos distintos; es decir, el marido firma el acuerdo y, posteriormente, lo hace ella. Esto resulta en que no se pueda apreciar el comportamiento de la pareja, lo cual podría hacer ver al notario algún inconveniente respecto a la firma del acuerdo de divorcio por mutuo consentimiento.

Posterior a la firma de dicho acuerdo elaborado por el notario, este lo deben aprobar los jueces que conocen la solicitud del divorcio por mutuo consentimiento, en este caso y según las valoraciones referenciadas por los jueces entrevistados, se desprende que aunque la ley es clara al señalar que la labor del juez debe tener un carácter muy pasivo, en donde no intervenga, sí mencionan que ellos tienen la posibilidad de modificar las cláusulas que consideren abusivas.

Sin embargo lo anterior, no es señal de que se esté resolviendo de forma justa y equitativa y esta medida se esté trayendo al traste con los acuerdos abusivos; pues es claro que el juez, por su experiencia, conoce la forma más idónea de resolver sobre temas como la guarda y crianza; pues es un elemento muy subjetivo en donde se parte

de la idea de que ambos padres tengan derecho a ver al niño y debe resolverse de forma menos lesiva para ambos padres, aunque se hace la salvedad en este caso de que no se puede saber la conducta del padre o las condiciones en las cuales queda la madre; pues el conocimiento de la situación; es decir, el contexto social, resulta casi nulo para estos.

El problema se agrava en el momento cuando se tratan de valorar temas económicos, pues como es bien se ha referenciado dentro del trabajo, el conocimiento del juez se limita al acuerdo que se les presenta y, en este caso, es donde se deben valorar seriamente las medidas que se toman; pues según lo expuesto por los jueces, valoran de forma subjetiva los montos que se deben pagar, o bien, si la repartición que se debe hacer sobre los bienes es la correcta, basado en los mismos que se mencionan dentro de ese acuerdo.

Ahora bien, parece que el ordenamiento jurídico muestra una solución a estos problemas, la de presentar un incidente de oposición al acuerdo de divorcio por mutuo consentimiento, esta es una figura muy poco utilizada en Costa Rica, dicha situación en lugar de hacer pensar que el instituto del divorcio por mutuo consentimiento está siendo efectivo, deja un sin sabor, por cuanto al realizar el análisis de expedientes donde se establecieron éstos incidentes, se nota que la eficacia de esta figura es nula; pues de los expedientes estudiados, todos fueron rechazados. En unos casos, por la presentación extemporánea y, en otros, porque no se logró comprobar la existencia de un vicio en el consentimiento.

Aunado a esto, su principal desventaja es que se debe realizar antes que se dé la homologación del acuerdo por parte del juez, de lo contrario, dicha oposición será

considerada extemporánea, lo cual afecta seriamente a una mujer que se encuentra en un estado emocional frágil y no tiene una reacción clara a lo que está sucediendo.

Si con dicho incidente de oposición no se pueden resolver los inconvenientes o los agravios de los cuales es víctima la mujer, se tiene la posibilidad de presentar un recurso de apelación al auto con carácter de sentencia que homologa el acuerdo. Dicho Recurso, por la inexistencia de un proceso autónomo de familia, aunado a los vacíos normativos de esta legislación tan antigua; no tiene un plazo establecido; por lo tanto, la jurisprudencia se encuentra dividida: por un lado, hay quienes dicen que el plazo es de cinco días por ser un auto con carácter de sentencia y, por otro, se encuentra el plazo de tres días que es utilizado en los procesos no contenciosos como la adopción.

Lo anterior, es una discusión en uno de los casos de estudio, implicó el rechazo del recurso por extemporáneo, aunque el voto de minoría estuvo de acuerdo con que el plazo era de cinco días y, por ende, el recurso estaba presentado en tiempo, pero para la mujer que interpuso el recurso quedó en evidente indefensión por un formalismo y el reclamo que hacía no se vio satisfecho; pues los jueces no entraron a analizar el fondo del asunto.

Toda vez que se consideran los intereses que se encuentran en juego en esta materia y los perjuicios que puede ocasionar una resolución de tal magnitud, los autores del presente trabajo de investigación, se encuentran en favor de los plazos más amplios y se ve la necesidad de que se establezca definitivamente un plazo para estos casos, donde no se tenga que acudir a la analogía para resolverlos. Muchos casos han sido resueltos con un plazo menor y otros con uno mayor, lo cual deja al descubierto la falta de seguridad jurídica en este contexto.

Aunado a lo anterior, en las entrevistas realizadas a expertos, se constató la falta de conocimiento por parte de uno de los jueces, quien nos indicó que el único medio para oponerse a la sentencia de divorcio por mutuo consentimiento era el incidente y, por lo tanto, no existía recurso de apelación en esa materia. Dicha situación es preocupante, un juzgador que no tenga un conocimiento real sobre los conflictos que resuelve no se encuentra capacitado para solucionarlos.

El juzgador debe ser capaz de conocer la situación anterior de las partes, si existe o existió conflicto o violencia doméstica en la relación, si la persona fue asesorada adecuadamente, si comprende las consecuencias jurídico-legales del convenio. En general, se opina que la labor del juez es mínima y con el propósito de mejorar las condiciones de las personas agredidas, esta función jurisdiccional se puede ampliar con el fin de proteger los derechos humanos y fundamentales de las personas contenidos en nuestra Constitución Política y Convenios Internacionales ratificados por nuestro país.

Las luchas del Movimiento Feminista durante la década de 1970, fueron indispensables para lograr la reivindicación de los Derechos de las Mujeres. En Costa Rica, se ha buscado la protección de la mujer y sus derechos, mediante Tratados Internacionales, la Constitución Política, normas internas e instituciones encargadas de velar por la garantía y protección de los mismos.

Las mujeres víctimas de violencia doméstica presentan el “síndrome de la mujer agredida”, es ahí cuando los agresores se aprovechan para que firmen acuerdos de divorcio bajo amenazas e intimidaciones, hacia ellas o sus hijos; por lo tanto, se ven en la necesidad de firmar el acuerdo. Además, muchas veces la víctima depende de su agresor económicamente, esto aunado con la poca escolaridad que tienen algunas

mujeres, ocasionan que no sepan cómo defenderse. Muchas de ellas creen que por firmarse el divorcio no hay vuelta atrás, pero ven en ello una salida de la agresión en la que se encuentran.

La violencia doméstica permea enormemente el comportamiento de la mujer, pues como se explicaba por parte de una trabajadora del Instituto Nacional de la Mujer, el sufrir de violencia dentro del lugar en donde debería estar protegida, es un golpe emocional fuerte que provoca la vulnerabilidad absoluta de la mujer.

Las autoridades del país han establecido regulaciones en materia de medidas cautelares, las cuales buscan la protección de los derechos de las mujeres. El inconveniente radica en que se da una completa separación entre los Juzgados de Violencia Domestica y los Juzgados de Familia, que de realizar un trabajo en conjunto, resultaría una protección mayor en favor de la mujer y en general de la Familia.

Dentro de los estudios realizados y los expertos consultados, es concluyente determinar que el desconocimiento de las mujeres sobre los diferentes tipos de violencia doméstica configura un agravio mayor para ellas mismas, pues dentro de los casos que se han visto, las mujeres tienden a aceptar muchas veces abusos de los maridos en el tema del dinero que ellas ganan o bien, sobre los bienes de estas, sin tener en cuenta el criterio que tengan sobre ese manejo que se da.

Resulta destacable señalar que -en casos en donde se presenta un proceso de violencia doméstica y un acuerdo conciliatorio de divorcio por mutuo consentimiento-, no existe posibilidad por parte del juez de Familia de conocer sobre la existencia del proceso de violencia doméstica, esto resultaría ser imprescindible; pues la resolución

del juez podría cambiar o la forma en que valora el caso podría ser diferente de tener conocimiento acerca de la violencia doméstica sufrida.

Existen deficiencias dentro del sistema que necesitan ser cambiadas de manera prioritaria, dichas deficiencias causan desigualdades e injusticias; por lo tanto, resulta necesaria una reforma del instituto del Divorcio por Mutuo Consentimiento y los lineamientos que se siguen en su proceso en general, desde la labor del notario hasta los plazos de interposición del Recurso de Apelación; modificaciones que deben tener en cuenta la equidad de género, los factores económicos de las partes involucradas en el proceso, su situación social y la realidad en la cual se encuentran inmersas; para ello, es necesario contar con participación de diversas instituciones y profesionales en diferentes áreas que permitan al juzgador ver más allá de la solicitud que se le está presentando, sino estudiar cada caso en particular.

RECOMENDACIONES

- 1- Como se ha desarrollado durante todo el trabajo y ha sido ejemplificado, de reiteradas maneras con los casos que se han visto en los expedientes analizados, se desprende que la utilización de un notario para presentar el acuerdo homologatorio, muestra una enorme complejidad, a la hora de salvaguardar la igualdad que debe mantenerse entre las partes que firman el acuerdo que da pie al divorcio por mutuo consentimiento.

Se presentan problemas como el caso de una desigualdad en el poder de las partes, esto en el caso de la presencia de violencia, lo cual disminuye la capacidad de decidir y opinar sobre sus derechos; como se ha visto reflejado dentro de los casos, la mayoría de veces la firma no se realiza en un solo acto, esto complica determinar la actitud de una parte respecto de la otra y se presenta el problema de que no se puede dar una protección real por la labor del notario, de lo anterior es que se expone como propuesta para evitar esa desigualdad, la obligatoriedad de que ambos posean un abogado distinto, esto aseguraría que dentro del proceso de homologación se mantenga una igualdad y respeto a los derechos de ambas partes.

La forma en que se planea la utilización de dos abogados no tendría como finalidad la eliminación del acuerdo por medio de notario público; sino la utilización de ambos sería como medio de contingencia para evitar que se queden por fuera elementos importantes en el acuerdo, pues los abogados servirían como asesores para que el plan sea lo más equitativo posible y, a la hora de la presentación del acuerdo para que el juez de familia lo homologue, debe ir con los escritos de los abogados donde se aceptan los términos del acuerdo.

Evidentemente, la utilización de abogados no siempre es la más barata y al encontrarse mujeres en condiciones de vulnerabilidad por la violencia, muchas veces esta no tiene medios para pagar uno, aquí es donde tiene que darse una intervención de instituciones que brindan apoyo como el INAMU, los defensores públicos, quienes también colaboran en materia de familia, o bien, los consultorios jurídicos de las Universidades que colaboran enormemente en la labor social.

- 2- Dentro de las deficiencias que se lograron determinar en las entrevistas efectuadas a los jueces, sobre los problemas que estos tenían a la hora de determinar la existencia de violencia presente en los divorcios por mutuo consentimiento, es la posibilidad de determinar la existencia de la misma; pues en muchos casos es imposible diagnosticar si la misma existe -como se ha reiterado-, el conocimiento de los jueces de familia se limita a lo que se expone en el acuerdo que estos tienen que homologar y dejan por fuera cualquier elemento externo.

Este inconveniente resultaría menos complicado si se pudiera estudiar por parte de los jueces una lista de los agresores, misma que según los jueces de familia ellos no pueden revisar, pues se encuentra disponible en los Juzgados de Violencia Doméstica, más no así en los de Familia.

Dicha lista permitiría a los jueces tener un criterio más amplio sobre el contexto en el cual se va a homologar el acuerdo, siempre al mantener cuidado a la hora de homologar un acuerdo basado en lo mínimo que establece la ley; pues al saber que ya existe un problema de violencia, resulta claro que es importante conocer los pormenores de la relación, para así dictar un acuerdo que garantice una protección de la parte víctima de violencia.

Esta situación podría mejorar, como se mencionó anteriormente en el Proyecto de Código Procesal de Familia, específicamente en el artículo trece, se establece el deber de las partes, al establecer cualquier tipo de procesos, informar al despacho acerca de la existencia de cualquier otro litigio en donde se encuentren involucrados los mismos intervinientes. Esta norma garantizará que el juzgador tenga una visión más amplia de la situación concreta en la cual se encuentra la familia, sus conflictos más allá del convenio que se le presenta.

- 3- Otra propuesta necesaria, especialmente al estudiar los casos mencionados en el capítulo cuarto, es el plazo del Recurso de Apelación, actualmente la jurisprudencia mayoritaria establece que el plazo para presentar dicho recurso es de solo tres días, esto por ser un Proceso de materia No Contenciosa y de acuerdo con el artículo 845 del CPC, en concordancia con los artículos 3 y 4 del mismo cuerpo normativo; 136 del CF, además del Principio de abreviación de los plazos y del trámite más breve en los casos de duda del Derecho Procesal Argentino; sin embargo, al parecer de los autores de la presente tesis, este plazo debería establecerse en cinco días, esto por la materia de la que se trata, los procesos de familia buscan la sumatoria de sus procesos; no obstante, los efectos que se producen con la sentencia de divorcio por mutuo consentimiento tienen cosa juzgada material, por lo tanto, no puede ser discutido de nuevo en ningún otro proceso.

En los casos estudiados, las apelantes se vieron perjudicadas por dicho plazo; pues al no contar con una correcta representación desde el inicio del proceso, no establecieron el incidente de oposición en tiempo y, en algunos casos, tampoco el recurso de apelación, esto ocasionó perjuicios patrimoniales irreversibles.

4- Un problema amplio que se expuso en las entrevistas por parte de los jueces es sobre el desconocimiento, en muchos temas en referencia a la materia de la violencia doméstica, en este caso las capacitaciones deberían de tomar un papel importante en la judicatura. Esto para tener a jueces que conozcan no solo de su materia, sino que tengan criterios más amplios sobre diversos temas, esto incluye el de la violencia doméstica que tiende a ser tan delicado.

El tipo de capacitaciones a jueces que se tienen que brindar, debe tener un carácter de obligatoriedad, con la idea de que se tengan a todos los jueces con conocimiento en el tema de la violencia y no solo los que les interese ir; pues de esta última forma, no se resolvería el problema de la falta de jueces con amplio criterio a la hora de solucionar un caso donde medie violencia doméstica.

Resulta de vital importancia la participación en este tipo de capacitaciones a jueces con experiencia en juzgados de violencia doméstica, esto para que las charlas no se queden solo en la teoría; sino se les brinde a los jueces una visión de los elementos en donde se puede detectar la presencia de violencia doméstica, gracias al desarrollo práctico que han tenido este tipo de jueces.

Si bien resulta importante la participación de jueces de violencia doméstica en las conferencias, estas no deben tener participación exclusiva de abogados; sino también se debe valorar que las mismas tengan carácter interdisciplinario, con la participación de trabajadores sociales y, por supuesto, psicólogos, quienes brindan una visión distinta a la que poseen los jueces y, además, dan pauta a un mejor manejo de las situaciones tan delicadas que acarrea la violencia doméstica.

5- Cuando existan Procesos de Violencia Doméstica con las mismas partes, debería darse una comparecencia con presencia -no sólo del juez-; sino también de psicólogos(as) o trabajadoras sociales. En esta audiencia no se trataría la causa en sí del divorcio; pues este no es el fin del divorcio por mutuo consentimiento; sino que se estudien un poco más a fondo los acuerdos y se valore si la persona que es víctima de violencia doméstica aceptó dichas cláusulas al conocer cada una de sus consecuencias.

Además de dicha audiencia, en los casos en donde no exista un proceso de violencia doméstica, se deberá comparecer antes de que sea homologada la solicitud de divorcio. Esta audiencia tendría la finalidad de ratificar la decisión de ambos cónyuges. Aunque el matrimonio supone la igualdad de los cónyuges, en muchos casos, esta igualdad es utópica. Además, muchas mujeres no denuncian ser víctimas de violencia doméstica por temor a su agresor, con dicha audiencia el juez podría conocer más de cerca la situación que vive cada pareja y dejar de ser una figura pasiva en este proceso.

6- Dentro de la normativa costarricense la posibilidad de establecer un incidente de oposición al acuerdo que se fija en el divorcio por mutuo consentimiento, se encuentra limitado a los vicios en el consentimiento, los cuales -como se ha visto presente en el desarrollo del trabajo-, resultan ser muy difíciles de probar, esto por cuanto es el juez mediante el principio de la libre valoración de la prueba quien fija, de manera subjetiva, los parámetros para determinar si una persona posee o no el consentimiento viciado.

Lo anterior, provoca una serie de complicaciones para la víctima, pues en muchos casos se termina generando una indefensión.

Lo anterior se puede ver como una desventaja para las personas que se encuentran dentro de un ciclo de violencia y tienen la esperanza de hacer valer sus derechos; ahora bien, sobre el tema de los vicios en el consentimiento como lo es el error, en donde se alegue que los bienes que se presentan en el acuerdo no son todos los que forman parte de los bienes gananciales, se pueda presentar dicho incidente.

En Argentina, los vicios en el consentimiento se pueden alegar cuando no se conozca el verdadero caudal de los bienes de la sociedad conyugal por actitudes elusivas del cónyuge, lo anterior quiere decir que se debe determinar primeramente cuáles son todos los bienes que los conforman, para que luego se proceda a realizar la distribución.

Lo anterior deja una protección muy importante sobre la persona más débil; pues en el caso donde se hayan hecho simulaciones con la finalidad de engañar al juez, con un incidente de vicios en el consentimiento, podría proteger sus derechos, situación que con la legislación actual costarricense no es posible.

Además, el divorcio por mutuo consentimiento tiene la característica de ser un proceso rápido; por lo tanto, es eficaz y efectivo. Sin embargo, muchas veces esta celeridad puede ser un arma de doble filo, en especial para las personas que se encuentran en una relación verticalizada de poder y sin medios de ningún tipo para defender sus derechos.

Asimismo, la falta de conocimiento sobre el Derecho y la Ley; tal situación (la celeridad procesal) ocasiona que muchas veces el convenio de divorcio sea homologado en muy pocos días, esto disminuye así la cantidad de tiempo que tiene una persona para interponer el incidente.

Los autores de este trabajo, consideran necesario el establecimiento de un plazo prudencial para la interposición de dicho incidente, este plazo permitirá que el cónyuge afectado pueda buscar los medios y la asesoría necesaria para lograr oponerse a dicha resolución.

- 7- A los autores del presente trabajo, les parece acertada la legislación española al establecer en su artículo 96²²⁷ que -ante falta de convenio aprobado por el juez sobre el uso de la vivienda familiar (dicho término se refiere al domicilio común de los cónyuges) y del menaje de casa-, corresponde a los hijos y al cónyuge con quien se queden, adicionado a lo anterior el artículo contempla la posibilidad de resolver, en caso de que ambos cónyuges se queden cada uno con un menor, en este caso se le da la potestad al juez para que resuelva según el caso y de no haber menores, el juez valorará las condiciones de ambos cónyuges para determinar quién se queda de forma provisional con la vivienda, siempre con la finalidad de proteger a la parte vulnerable de la relación.

Esta norma busca y garantiza una protección al cónyuge débil de una relación, el cónyuge que ejerce la guarda y crianza de los hijos es a quien le corresponderá el uso de la vivienda familiar. En algunos casos mencionados anteriormente, las mujeres se podrían ver protegidas con una norma similar a esta; pues sus parejas al ser los titulares de los bienes donde tenían su domicilio, al divorciarse las obligaron a irse.

Esta norma podría ser implementada en Costa Rica, si se establecen además, algunos requisitos para que el titular del bien tampoco quede desprotegido con esta norma; por ejemplo, que si el bien no fuera ganancial, se diera únicamente

²²⁷ Código Civil español. Op. cit. Artículo 96.

el usufructo a la persona que se queda con los hijos y así el titular disfrutará del bien o sus hijos con la nuda propiedad.

- 8- En Argentina se presenta una situación sumamente importante para la protección de bienes adquiridos dentro del matrimonio; es decir, los bienes gananciales, cabe recordar que en nuestro país se maneja como término correcto la ganancialidad de los bienes, pero aunque la definición sea diferente tiene la misma aplicación.

La forma en que se maneja dentro de la legislación Argentina es la de declarar nulo todo convenio que verse sobre la distribución de los bienes, en donde una de las partes se quede con una desventaja que le genere algún daño en su calidad de vida, pero si se confirma frente al juez dicha manifestación en una audiencia, el juez valorará dicha distribución.

Lo anterior versa sobre la posibilidad dentro del ordenamiento jurídico de la limitación a la venta de bienes previos a que se dé la liquidación en el convenio, esto resulta en una importante ventaja; pues la única forma en que se acepta la validez de esa distribución de bienes temprana es la aceptación posterior, misma que si se suma a un buen trabajo del notario y la audiencia previa que celebraría el juez, tiende a desarrollar un papel de peso para la protección y salvaguarda de los derechos de las personas más vulnerables de la relación.

- 9- La temática de la pensión alimentaria en favor de uno de los cónyuges, siempre ha tenido una enorme disputa en relación con que la misma sea solo por apoyo a la parte débil de la relación y, no se vuelva en un medio por el cual esa parte se aproveche de una pensión que terminará sin cumplir la utilidad con la que se fijó; es decir, de apoyo únicamente.

Esta situación ha sido tratada de forma muy positiva por la legislación española, la cual determina una pensión de forma obligatoria en el caso donde una de las partes se encuentre en una situación de desventaja protegiendo del resultado en el que pueda quedar después de un matrimonio degradante.

Lo innovador de esta pensión, es que la misma no es perpetua; sino que se realiza una valoración de la condición en la que se encuentra la parte vulnerable de la relación que tiende ser -en la mayoría de los casos- la mujer, para brindarle un apoyo mientras la misma se repone de las desventajas subsecuentes del divorcio.

Esta medida tiende a ser más de protección posterior al divorcio, se puede ver como un mecanismo de más contención ante una violencia patrimonial que no pueda ser detectada a tiempo y le ocasionó un problema mayor.

10- Otra norma que podría ser útil en nuestra legislación, sería el artículo 103 del CCE, donde se establecen las medidas provisionales que podrá tomar el juez en caso de ausencia de acuerdo entre los cónyuges, el inciso segundo establece: *“Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno”*²²⁸. Se debe dejar en claro dos elementos importantes dentro de este artículo, estas medidas se presentan en caso de que no exista un acuerdo entre los cónyuges, como primer elemento, y, como segundo, el juez es quien

²²⁸ Código Civil Español. Op. cit. Artículo 103.

resuelve amparado en la condición de la pareja, protegiendo de ser necesario a la parte más vulnerable.

Estas medidas provisionales, pueden ser solicitadas por el cónyuge que va a solicitar el divorcio y se mantendrán siempre y cuando, dentro de los treinta días siguientes a su adopción, se presenta la demanda ante el juez o Tribunal competente²²⁹.

Como se denota, en esta legislación son medidas provisionales, en caso de ausencia de acuerdo; sin embargo, en nuestro país se podría establecer una norma donde el juez si valore quien es el cónyuge más necesitado de protección, el que se encuentre en una posición más vulnerable para que sea este quien continúe viviendo en el domicilio conyugal, por un tiempo prudencial que sea el juez quien lo estime, para que esa persona pueda alcanzar un equilibrio en su situación y después disponer del bien como acuerde con su ex cónyuge.

11- Se deberían implementar, en cada juzgado de familia, equipos interdisciplinarios conformados por jueces y juezas, psicólogos(as) y trabajadores(as) sociales que le permitan al juez tener una visión más amplia de la situación familiar de las partes que se presentan para resolver ese conflicto, no únicamente aprobar un acuerdo de divorcio; sino que por la naturaleza de estos procesos -en donde se tienen diversos intereses-, menores de edad, bienes muebles e inmuebles; que el juez sea capaz de entender cada situación de manera individual.

Actualmente, en Costa Rica se ha implementado una Plataforma Integrada de Servicios y Atención a la Víctima (PISAV), en dicha plataforma se tienen

²²⁹ Ibíd. Artículo 104.

integrados el Juzgado de Pensiones Alimentarias, el de Violencia Doméstica, Medicina Legal, Oficina de Atención a la Víctima, Defensa Pública, además de psicólogos(as) y trabajadores(as) sociales que ofrecen una atención integral y asesoría, no solo a víctimas de violencia doméstica sino también a las personas que no cuenten con recursos económicos y necesiten asesoría en materia de familia con la Defensa Pública. Esta iniciativa es bastante efectiva, el sector de la población que se ve más beneficiado es el de las mujeres, especialmente jefas de hogar, que encuentran en la Plataforma todos los servicios que requieren en un solo lugar.

Sin embargo, como se mencionó, únicamente se encuentran el Juzgado de Violencia Doméstica y el de Pensiones Alimentarias, sería aún más efectivo el servicio integral si se tuviera alguna Plataforma de este tipo donde se incluya también a los Juzgados de Familia, con ese equipo multidisciplinario que oriente y guíe al juez en su labor.

12- Un tema un tanto polémico dentro de esta normativa es la participación del juez dentro de la homologación de un acuerdo de divorcio por mutuo consentimiento, el cual para diversos autores debe mantener un papel lo menos participativo posible, esto con la finalidad de asegurar que se respeten los acuerdos pactados entre las partes, aunque esto puede ocasionar serias repercusiones en el tanto se homologuen acuerdos en donde se presente algún tipo de abuso.

En contraposición a lo anterior surge el tema de la participación activa del juez y las complicaciones que se presentan, en caso de que tenga un papel más activo, pues el mismo puede desvirtuar los acuerdos pactados entre las partes,

con un conocimiento sumamente precario sobre las condiciones previas al acuerdo.

Lo anterior deja una serie de dificultades para determinar el justo medio sobre la intervención del juez, la cual debe estar entre una protección real y garante de los derechos de las partes, como en el respeto de las decisiones que no contraríen al derecho vigente.

Lo anterior no resulta ser difícil con una serie de cambios que se presenten dentro del proceso mismo, cambios que han sido expuestos como lo es el conocimiento de violencia doméstica con la revisión de la lista de agresores; además de la audiencia que debería de señalarse en esos casos, lo que permitiría al juez valorar de forma más amplia el contexto de la situación, para así tener una participación razonada y fundamentada.

En España la participación del juez es muy amplia, pues en caso de ausencia de acuerdo o rechazo del convenio, puede él mismo dictar las medidas que estime necesarias en relación con los hijos, los alimentos, los bienes, en general de lo establecido en el artículo 90 como necesario en el convenio de divorcio, si a esta potestad se le agrega las características antes señaladas, esta intervención tiene sentido y argumentos válidos para aplicarse.

- 13- En nuestro país podría implementarse, al igual que en el Derecho Español, la posibilidad de que la solicitud y el convenio de divorcio se consideraran independientes entre sí, esta situación permitiría aprobar una solicitud de divorcio y así disolver un vínculo matrimonial, pero rechazar un convenio si el juez lo estima perjudicial para alguna de las partes. Siempre quedaría la discusión del convenio para otra vía judicial pero se disolvería el vínculo matrimonial y se garantizaría así la autonomía de las partes. Queda de más

decir que, al separarse el convenio de la solicitud las personas que se encontraran en posición de desventaja frente al otro o fueran víctimas de violencia doméstica y temieran por su integridad y requieran una disolución del vínculo urgente, se verían beneficiadas, porque podrían en el tiempo que dura el otro proceso donde se discute el convenio, buscar apoyo y asesoría por parte de representantes y abogados(as) para que no tomen decisiones a la ligera y conozcan bien sobre la consecuencia de sus acuerdos, pero estando ya su vínculo disuelto.

14- Otra propuesta que se piensa podría ser útil, sería la posibilidad de interponer un Recurso de Revisión para la Sentencia Homologatoria de Divorcio. Actualmente solo se puede interponer el Recurso de Apelación, antes del tercer día después de notificadas las partes (plazo que estableció el Proyecto de Código Procesal de Familia). El Recurso de Revisión se encuentra regulado en el artículo 619 del CPC y procede únicamente contra una sentencia firme con autoridad y eficacia de cosa juzgada material; dicho recurso es “*numerus clausus*”, por ende, no incluye el divorcio por mutuo consentimiento. Esto podría ser porque el divorcio por mutuo consentimiento no es un proceso ordinario o abreviado declarativo de derechos; sino un proceso no contencioso. Los medios de impugnación son considerados un derecho de las partes de poder combatir las resoluciones que sean ilegales, incorrectas o hayan sido dictadas contrarias a derecho. Es la potestad que tienen las personas para lograr controlar o fiscalizar las decisiones tomadas por un juzgador y las cuales resulten injustas o perjudiciales. En los Procesos de divorcio por mutuo consentimiento, las partes pueden presentar el incidente de oposición de sentencia y, como único Recurso, se tiene el de Apelación, el Recurso de

Revisión se presentaría una vez evacuada esa segunda instancia, la materia de familia por su naturaleza prácticamente es de interés público, las decisiones que se toman durante el divorcio tienen consecuencias importantes para las partes, el hecho de que se compruebe que una de las partes era víctima de violencia doméstica, que se tengan dictámenes periciales de dicha situación donde la víctima considere que no fueron valorados de la manera correcta, la existencia de procesos de violencia doméstica u otros precedentes que se consideren lesivos a derechos, podrían tenerse como causales para interponer dicho recurso. Por esta razón, cabe considerar necesario el establecimiento del recurso de revisión, como un medio más para la fiscalización de dicho proceso, se tendría un plazo de tres meses y, hasta antes de los diez años, para su interposición.

15- Como última propuesta que sería más un aspecto de forma, es al igual que en nuestro país vecino, El Salvador, los cónyuges no sean llamados “partes”, sino “solicitantes”, esto por ser un proceso no contencioso.

BIBLIOGRAFÍA

1. Acedo Penco, Ángel; Pérez Gallardo, Leonardo B. Coords. **“El divorcio en el derecho iberoamericano”**. Editoriales Temis, Ubijus, Reus, Zavalia. Bogotá, México, D.F, Buenos Aires, 2009.
2. Alvarado Alfaro, Mónica. *“Normativa sobre Violencia Doméstica: análisis y aplicación”*. Tesis para optar por el título de licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2011.
3. Amador, Manuel. *“Antología de textos”*. Cátedra Derecho de Familia. Universidad de Costa Rica. 1983.
4. Arguedas Salazar, Olman. *Código Procesal Civil* (Actualizado, concordado, con jurisprudencia y anotaciones de la Sala Constitucional). Editorial Juritexto, San José, Costa Rica, 2006.
5. Arroyo Vargas, Roxana. *“Las normas sobre Violencia contra la Mujer y su aplicación, un análisis comparado para América Central”*. Universidad Nacional. Heredia, Costa Rica. 2002.
6. Arroyo Vargas, Roxana. *“Las normas sobre Violencia contra la Mujer y su aplicación: un análisis comparado para América Central”*. Universidad Nacional, 2002.
7. Asociación Médica Americana. *“Estrategias para el diagnóstico y tratamiento de los efectos de la violencia doméstica en la salud mental”*. 1995.
8. Benavides Santos, Diego. *“Derecho familiar”*. Editorial Juricentro. San José, Costa Rica. 2010.
9. Brenes Córdoba, Alberto. *Tratado de los Contratos*. Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1998.
10. Brooks Johnson, Fran Roberto. *“Análisis jurisprudencial del divorcio por mutuo consentimiento en Costa Rica”*. Tesis de grado para optar por el título de licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1985.
11. Campos Monge, Juan Carlos. *“El síndrome de la mujer agredida”*. Tesis de grado para opta por el título de licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica. 2008.

12. Canales Pérez, Adriana; Galer, Diego. *“Derecho Civil: personas y familia. Casos y problemas para la enseñanza del Derecho”*. Editorial Porrúa. México. 2007.
13. Carbonnier, Joan, *Derecho Civil*, Tomo I, Vol., II, Bosch ed. Barcelona, 1961.
14. Ching C, Ronald Ling. *“Propuesta de valoración del daño psicológico en materia de violencia doméstica”*. En *Medicina Legal de Costa Rica* Volumen 20 #2, setiembre de 2003.
15. Claramunt, María Cecilia. *“Casitas Quebradas. El problema de la Violencia Doméstica en Costa Rica”*. Editorial UNED, San José, Costa Rica, 1998.
16. CONAMAJ. *“Guía Informativa sobre la Violencia Doméstica”*. 2005.
17. Durán Jiménez, Miryam. *“El proceso aplicable a las medidas de protección en la Ley contra Violencia Doméstica”*. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1998.
18. Escobar Vega, Johana. *“Cláusulas abusivas en los convenios familiares – violencia de género”* en *“Reflexiones de derecho de familia costarricense”*, Benavides Santos, Diego (Comp.); Jiménez Mata, Alberto (Comp.), Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2011.
19. Esquivel E. Lilliam M. y Mora C. Johnny. *“Análisis del convenio por mutuo consentimiento en el divorcio y la separación judicial y sus alcances prácticos”*. Tesis para optar por el grado de licenciados en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica, 1981
20. Eugenio Llamas Pombo. *“Nuevos Conflictos del Derecho de Familia”*. Editorial La Ley. Madrid, España. 2009.
21. Fondo Mixto Hispano-Panameño de cooperación, *“Violencia doméstica y maltrato a niños, niñas y adolescentes”*. 2006.
22. García Barreiro, Adela. *“La valoración del riesgo de las víctimas de violencia de género. Análisis de violencia de género. Análisis de la situación actual. Medidas de Protección”*. Fiscalía Delegada de Violencia sobre la Mujer de Huelva. III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género. 2006.
23. Gil Domínguez Andrés; Fama, María Victoria; Herrera, Marisa. *“Derecho Constitucional de Familia”*. Tomo II. Ed. Buenos Aires, Argentina. 2006.

24. Goldstein, Mabel. *Consultor Magno: diccionario jurídico*. Editorial Cadiex International, Buenos Aires, Argentina, 2008.
25. Graham Gordon, Deykell R. “*Mecanismos Institucionales aplicados por el Estado en Políticas Públicas para prevenir la Violencia contra las Mujeres, desde la óptica del Nuevo Paradigma de la Seguridad Humana*”. Proyecto Final de graduación para optar por el título de máster en Criminología con Mención en Seguridad Humana. Universidad para la Cooperación Internacional, San José, Costa Rica, 2008.
26. Gutiérrez Martínez, Norma. “*Aplicaciones de la mediación y la conciliación en la resolución*”, Tesis de grado para optar por el título de licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica. 2001.
27. Herrera, Marisa. Coordinadora. “*La Familia en el nuevo Derecho*”. Tomo I. Editores Rubinzal-Culzoni. Argentina, 2009.
28. Hulbert Volio, Andrea. *Código de Familia*. Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica, 2010.
29. Jiménez Rodríguez, Nelly Elizabeth, “*Análisis comparativo de los efectos de la Convención Belém do Pará en relación con la Ley Contra la Violencia Doméstica*”. Tesis para optar por el grado de licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica. 2001.
30. Jiménez Rodríguez, Nelly Elizabeth. “*Análisis Comparativo de los efectos de la Convención Belém do Pará en relación con la Ley Contra la Violencia Doméstica*”. Tesis para optar por el título de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2001.
31. Kielmanovich, Jorge L. “*Derecho Procesal de Familia*”. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. 2009.
32. Kielmanovich, Jorge L. “*Juicio de Divorcio y Separación Personal*”. Editorial Rubinzal-Culzoni. Argentina. 2003.
33. Lasarte, Carlos. “*Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI, Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia. Ponencias y Comunicaciones. Madrid 27-29 Junio 2005*”. Coedición IDADFE, UNED y El Derecho Editores. Madrid, España. 2006.
34. López Benavides, Mario Alberto. “*La (s) Noción (es) de matrimonio de la Sala Constitucional*”. Tesis de grado para optar por el título de licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2008.
35. Navarro Barahona Laura, “*A propósito de la aplicación de los artículos 169, incisos 1 y 2, 170 párrafo primero del Código de Familia, una mirada con los lentes del género*”, Revista de Ciencias Jurídicas N° 107. 2005.

36. Perea Valadez, María Clementina. *“Matrimonio, divorcio y medios alternativos de solución de conflictos”*. Congreso Internacional de Derecho de Familia. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. 2005.
37. Pereira Retana, Sandra María. *“Violencia contra las mujeres en la relación de pareja: Diagnóstico realizado en el Juzgado contra la violencia doméstica de Cartago para un abordaje integral en el Poder Judicial de la violencia intrafamiliar desde la perspectiva de género”*. Tesis para optar por el grado de licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica. 2012.
38. Pereira Retana, Sandra María. *“Violencia Contra las Mujeres en la relación de pareja: diagnóstico realizado en el Juzgado contra la Violencia Doméstica de Cartago para un abordaje integral en el Poder Judicial de la Violencia Intrafamiliar desde la perspectiva de género”*. Tesis para optar al título de maestría en Violencia Intrafamiliar y de Género. Universidad de Costa Rica-Universidad Nacional, Sistema de Estudios de Posgrado en Estudios de la Mujer. 2012.
39. Pérez, Víctor. *“Jurisprudencia Derecho Privado”*, Edición 1997.
40. Quinteros Hernández, Jorge Alfonso; Vásquez Pérez, Olinda; Zeledón Villalta, Ana Guadalupe. *“Derecho Procesal de Familia salvadoreño”*. Tesis para obtener la maestría en Administración de Justicia con énfasis en las Relaciones Familiares. Escuela de Sociología, Universidad Nacional. Heredia, Costa Rica. 2008.
41. Rico, Nieves. *“Violencia de Género: un problema de Derechos Humanos”*. Unidad Mujer y Desarrollo de la CEPAL. 1996.
42. Rodríguez Corrales, Adriana, Segnini Cabezas, Laura Veronic. *“Posibilidad de eliminación de las causales de divorcio en el Derecho de Familia costarricense”*. Tesis de grado para optar por el título de licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica. 2009.
43. Rojas, Juan Diego. *“Violencia doméstica y medidas cautelares”*. En *Medicina Legal de Costa Rica Volumen 19 #1*, marzo de 2002.
44. Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo; Moreno-Torres Herrera, María Luisa; Pérez Sola, Nicolás. *“Principios y Derechos Constitucionales de la personalidad: su proyección en la Legislación Civil”*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España. 2010.
45. Solís Madrigal, Mauren, *“Ley contra la violencia Doméstica comentada y anotada”*. 2004.

46. Solís Madrigal, Milagro. *“El Divorcio y la Separación Judicial por Mutuo Consentimiento en Costa Rica; análisis normativo y jurisprudencia”*. 1 ed., editorial Investigaciones Jurídicas; San José, Costa Rica, 2008.
47. Solís Madrigal, Milagro. *“Ley Contra la Violencia Doméstica. Ley N° 7586 del 2 de mayo de 1996: comentada, anotada con Instrumentos Internacionales, jurisprudencia de la Sala Constitucional, Sala Tercera, Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal de Familia”*. Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica, 2004.
48. Stilerman, Marta N. *“Divorcio por presentación conjunta”*. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina. 1996.
49. Suárez Rosales, Mauricio Ramón, *“El mutuo consentimiento como causal de divorcio”*. Tesis para optar por el grado de licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica. 1980.
50. Trejos Salas, Gerardo. *“Derecho de la Familia”*. 1 ed., Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 2010.
51. Trejos, Gerardo. *“El divorcio y la separación judicial por mutuo consentimiento”*. Editorial Juricentro. San José, Costa Rica. 1977.
52. Villalobos Olvera, Rogelio. *“Derecho de Familia”*. Edición: Dirección de Extensión y Difusión Cultural. Chihuahua, México. 2006.
53. Yee Urbina, Layleen Cecilia. *“El divorcio por mutuo consentimiento en sede notarial: alcances prácticos”*. Tesis para optar por el grado de licenciada en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2003.

Convenciones Internacionales:

- 1- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará). Ley N° 7499 del 18 de abril de 1995.
- 2- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW). Ley N° 6968 del 2 de octubre de 1984.

Normativa utilizada:

- Código Civil Argentino
- Código Civil Costa Rica.
- Código Civil España.
- Código Civil Federal Mexicano

- Código de Familia de Costa Rica.
- Código de Procedimientos de Familia de El Salvador.
- Código Notarial.
- Código Procesal Civil.
- Constitución Política de Costa Rica.
- Ley Contra el Hostigamiento Sexual en el empleo y la docencia. Ley N° 7476, del 3 de febrero de 1995.
- Ley Contra la Violencia Doméstica. Ley N° 7586 del 2 de mayo de 1996.
- Ley de Penalización de la Violencia Contra las Mujeres. Ley N°8589 del 12 de abril de 2007.
- Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer. Ley N° 7142 del 26 de marzo de 1990.
- Ley Orgánica de Notariado.
- Proyecto de Código Procesal de Familia Costa Rica.

Jurisprudencia revisada.

- Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Voto N° 183, de las 14:57 horas del 25 de enero de 1991; citada en Solís Madrigal Milagro.
- Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia. Sentencia 16099 del 29 de octubre de 2008 a las 8:34.
- Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Voto No. 28, de las 14:40 del 26 de enero de 1994.
- Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 00434 del 21 de mayo de 2008 a las 09: 35 horas.
- Sala Segunda, Corte Suprema de Justicia. Voto N° 904, de las 10:20 horas del 27 de setiembre de 2006 citada en Solís Madrigal, Milagro.
- Sala Segunda, Corte Suprema de Justicia. Voto 612, de las 09:50 horas del 12 de octubre de 2001.
- Tribunal de Familia, Voto N° 31, del 16 de enero de 2004 al ser las 15:40 horas.
- Tribunal de Familia, Sentencia N° 01754, del 07 de octubre de 2008 al ser las 10: 20 horas.

- Tribunal de Familia, sentencia N° 943 de las 08:11 horas del 06 de noviembre de 2013.
- Tribunal de Familia. Voto N° 592, de las 08:20 horas del 19 de mayo de 2005.
- Tribunal de Familia. Voto N° 521, de las 10:10 horas, del 23 de marzo del 2009.
- Tribunal de Familia. Voto N° 943, de las 08:11 horas del 06 de noviembre de 2013.
- Tribunal de Familia. Voto N° 375, de las 15:26 horas del 20 de mayo de 2014.
- Tribunal de Familia. Voto N° 143, de las 10:00 horas del 24 de enero de 2008.
- Tribunal de Familia; Voto N 262 de las 10:14 horas del 31 de marzo de 2014.
- Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, en resolución N°.129 de las 9:55 horas del 23 de abril de 1993.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 600 del 22 de diciembre de 1994 de las 09:20 horas.
- Tribunal de Familia. Sentencia 00748 del 07 de junio de 2011 a las 14:38 horas.
- Tribunal de Familia, sentencia N° 943 de las 08:11 horas del 06 de noviembre de 2013.
- Tribunal de Familia. Voto N 1578, de las 09:40 del 10 de octubre de 2006.
- Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia número 2004-00087 de las 09:50 del 13 de febrero de 2004.
- Tribunal de Familia. Voto N 1324, de las 08:30 del 02 de octubre de 2007.
- Tribunal de Familia. Sentencia: 00199 del 30 de abril de 2014.

Artículos electrónicos revisados.

Revisados en: cijulenlinea.ucr.ac.cr

- Jurisprudencia en materia de inconstitucionalidad y amparo en matrimonio.
- Jurisprudencia sobre Responsabilidad Notarial en Disolución de Matrimonio.
- Los Vicios en el Consentimiento.
- Nulidad del convenio de divorcio por mutuo consentimiento.

- Responsabilidad disciplinaria del notario por actos irregulares en materia de familia.
- Vicios en el consentimiento en el proceso de divorcio.