

TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO



UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

SEDE UNIVESITARIA RODRIGO FACIO

EL DIVORCIO POR VOLUNTAD UNILATERAL

JUAN DIEGO BADILLA FLORES. Carné: B10748

ALEJANDRO PIZA GOICOECHEA. Carné: B25162

San José, Costa Rica

Mayo de 2018



07 de mayo de 2018
FD-1089-2018

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: Juan Diego Badilla Flores, carné B10748 y Alejandro Emilio Piza Goicoechea, carné B25162 denominado: "El divorcio por voluntad unilateral" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

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

Tribunal Examinador

Informante	Lic. Alberto Jiménez Mata
Presidente	Dr. Andrei Cambroner Torres
Secretaria	Msc. Fabiola Cantero Acosta
Miembro	Dr. Gonzalo Monge Núñez
Miembro	Dr. Haideer Miranda Bonilla

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **05 de junio del 2018**, a las 5:00 p.m. en el cuarto piso de la Facultad.

Atentamente,

Ricardo Salas Porras
Director



RSP/lcv

Cc: arch. expediente



San José, 25 de abril de 2018

Señores:

Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Quién suscribe, como director del trabajo final de graduación de los egresados **Juan Diego Badilla Flores**, carnet UCR B10748 y cédula de identidad 1-1547-0040 y **Alejandro Emilio Piza Goicoechea**, carnet B25162 y cédula de identidad 1-1560-0239; titulada: "*El divorcio por voluntad unilateral*", procedo a aprobar la misma, por cumplir con los requisitos formales y sustanciales que se exigen para este tipo de trabajos.

Este trabajo se enmarca a partir de los fundamentos más modernos del estudio de los institutos jurídicos en las relaciones familiares, por la introducción de los temas de los Derechos Fundamentales y la aplicación suprema del principio de la autonomía de la voluntad como elemento básico del valor de la libertad en las relaciones personales.

La investigación de los estudiantes establece con claridad la necesidad de un cambio de paradigma en la forma de que el país debe normar la relación divorcial en cuanto a su forma; pasando de una forma causalista o de voluntad de ambos cónyuges, a un sistema de corte de voluntad unilateral que cobije mejor ese principio de autonomía de voluntad; a pesar de que el texto deja claro los fundamentos y las consecuencias que pueda tener para los temas accesorios al divorcio en cuanto a hijos bienes y alimentos; considerando los sustentantes con el análisis científico de los instrumentos de investigación tenidos, que es necesaria la reforma para una legislación acorde a la normativa internacional.

Doy, entonces, mi confirmación al trabajo y, como director, solicito sea sometida a la presentación pública que ordenan los reglamentos universitarios.

Atentamente:



Alberto Jiménez Mata

Profesor - Director de tesis

cc: Archivo

Estudiantes Badilla Flores y Piza Goicoechea

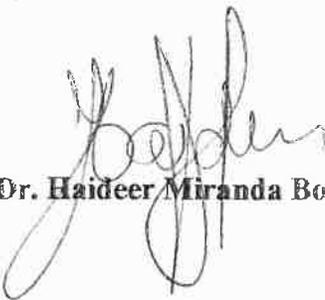
San José, 30 de abril de 2018

Dr. Ricardo Salas Porras
Director Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado Señor:

Por este medio, hago constar en mi calidad de Lector, que he leído y aprobado el trabajo de Investigación de Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho de los estudiantes Juan Diego Badilla Flores, carné número B10748 y Alejandro Emilio Piza Goicoechea carné número B25162 titulado "*El Divorcio por Voluntad Unilateral*". Este trabajo cumple con los requisitos formales exigidos por el Área de Investigación, todo de conformidad con el Reglamento Académico de Trabajos de Graduación de la Universidad de Costa Rica. Además, la presente investigación desarrolla con amplitud y seriedad un tema novedoso desde la óptica del derecho de familia y los derechos humanos.

Con la mayor consideración y estima



Dr. Haideer Miranda Bonilla

San José, 26 de abril de 2018

Señor

Dr. Ricardo Salas Porras

Director del Área de Investigación

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Estimado señor Salas:

El suscrito, GONZALO MONGE NUÑEZ, en mi calidad de lector de la tesis para optar por el grado de Licenciados en Derecho de los estudiantes Juan Diego Badilla Flores, carné número B10748; cédula 1115470140 y Alejandro Emilio Piza Goicoechea carné número B25162, cédula de identidad 115600239 hago constar que he leído y revisado la tesis titulada "El Divorcio por Voluntad Unilateral".

Considero que la misma cumple satisfactoriamente los requisitos de forma y académicos correspondientes para optar por el título de Licenciatura en Derecho, y de este modo otorgo la aprobación para continuar con la etapa de réplica.

Reciba un cordial saludo,



Dr. Gonzalo Monge Nuñez

Lector del Comité Asesor

Cartago, 04 de mayo de 2018

Señores:

Universidad de Costa Rica

Estimados señores:

Yo, María Fernanda Sanabria Coto, cédula de identidad 1-1429-0780, bachiller en Filología española, perteneciente a la Asociación Costarricense de Filólogos carné 225 y al Colegio de Licenciados y Profesores en Letras, Filosofía, Ciencias y Artes de Costa Rica código 75402, hago constar que he revisado el proyecto titulado:

El divorcio por voluntad unilateral

Dicho documento fue elaborado por Juan Diego Badilla Flores y Alejandro Piza Goicoechea. El proyecto fue realizado con el fin de optar al grado de Licenciatura en Derecho. He revisado y corregido aspectos tales como construcción de párrafos, vicios del lenguaje trasladados a lo escrito, ortografía, puntuación y otros relacionados con el campo filológico. Por lo tanto, con los cambios aplicados, considero que está listo para ser presentado.

Atentamente,

Fernanda S. Coto



María Fernanda Sanabria Coto
Asociación Costarricense de Filólogos. Carné nro. 225
Colypro. Código 75402
fernanda.sanabria@filologos.cr

A mi familia. También a los mentores académicos que hicieron posible este proyecto, especialmente a la litigante Adelita Olivares Ferreto. Asimismo, a la Universidad de Costa Rica y a mis queridos excompañeros de la Universidad de Jaén, España.

J.D.B.F.

A mi familia, que me acompañó en todo este proceso. A mis profesores, quienes me guiaron a través de la investigación.

A.P.G.

TABLA DE CONTENIDOS

Dedicatoria	i
Tabla de contenidos	ii
Resumen	vii
I. Justificación del tema.....	vii
II. Hipótesis.....	viii
III. Objetivo general.....	viii
IV. Metodología.....	ix
V. Conclusiones.....	x
Ficha bibliográfica	xii
Introducción	1
I. Justificación del tema.....	2
II. Objetivo general.....	4
III. Objetivos específicos.....	4
IV. Hipótesis.....	5
V. Metodología.....	5
VI. Forma en que está estructurada por capítulos la investigación.....	7
Título primero	8
I. Concepto de familia	8

i.	Origen.....	8
ii.	Funciones de la familia.....	12
iii.	La familia nuclear.....	13
iv.	Familias en las que falta uno de los padres.....	16
v.	Noción de familia en el contexto contemporáneo.....	18
II.	Concepto de matrimonio.....	23
i.	Antecedentes del concepto de matrimonio.....	23
ii.	Matrimonio en Grecia antigua.....	25
iii.	Matrimonio en la Roma clásica.....	26
iv.	Derecho Canónico.....	28
v.	Matrimonio en la Revolución francesa.....	31
vi.	Antecedentes históricos del matrimonio en Costa Rica.....	32
vii.	Concepto etimológico del matrimonio.....	35
viii.	Naturaleza jurídica.....	35
ix.	Requisitos, impedimentos, efectos y fines del matrimonio.....	37
x.	El matrimonio en la actualidad.....	44
III.	Concepto de divorcio.....	45

i.	Definición.....	45
ii.	Reseña histórica.....	47
iii.	Causales de divorcio.....	49
	a.El adulterio de cualquiera de los cónyuges.....	51
	b.El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de sus hijos.....	53
	c.La sevicia en perjuicio del otro cónyuge o de sus hijos.....	54
	d.La tentativa de uno de los cónyuges para prostituir o corromper al otro cónyuge y la tentativa de corrupción o corrupción de los hijos de cualquiera de ellos.....	54
	e.La ausencia del cónyuge legalmente declarada.....	55
	f. La separación judicial por un término no menor de un año, si durante ese lapso no ha mediado reconciliación entre los cónyuges.....	56
	g.La separación de hecho.....	57
iv.	Divorcio por mutuo acuerdo.....	58

IV.Desarrollo de la Autonomía de la Voluntad en el marco del Derecho de Familia.....	60	
i.	Principio de autonomía de la voluntad.....	60
ii.	Autonomía de la voluntad y el principio de libertad.....	61

iii.	Consentimiento matrimonial.....	64
iv.	Autonomía de la voluntad y el divorcio.....	67
v.	Derecho a la vida privada y familiar.....	72
 Título segundo.....		75
 I. Análisis del Derecho costarricense.....		75
i.	El divorcio causalista en Costa Rica.....	75
	a.Libertad de Estado.....	77
	b.Libre disposición de bienes.....	77
	c.El derecho a la intimidad.....	78
	d.La comprobación de la causal dentro del proceso de divorcio.....	79
	e.Celeridad y economía procesal.....	81
ii.	El divorcio por mutuo consentimiento.....	83
 II. Análisis de Derecho comparado.....		87
i.	España.....	88
ii.	México.....	96
iii.	Argentina.....	102
iv.	Suecia.....	107
 III.Análisis jurisprudencial.....		110

i. Resolución constitucional 016099-2008.....	110
ii. Resolución constitucional 003951-2010.....	117
IV. Análisis de entrevistas.....	126
Conclusiones.....	139
Bibliografía.....	151
Anexos.....	159

RESUMEN

El divorcio ha sido un instrumento jurídico resolutorio para las personas que se encuentran bajo una situación de desarmonía conyugal. No obstante, el Estado, mediante dicha figura, se ha adentrado en la forma más íntima de relacionarse que tiene el ser humano: la familia. Son diversos los obstáculos para obtener una solución adecuada para las diversas situaciones a las que puede verse avasallado un matrimonio, entorpeciendo estos la libre determinación del individuo.

Para la obtención de un divorcio fácil y expedito, es de fundamental importancia un entendimiento multidisciplinario del Derecho de Familia, con una formación del operador jurídico que entienda las más diversas dinámicas sociales y familiares. La inclusión de los ejes transversales de derechos humanos y de género será una herramienta para lograr la construcción de un régimen de divorcio equitativo y defensor de las partes más vulnerables, en una Latinoamérica con grandes retos en su correlación de fuerzas dentro de la dinámica familiar.

I. Justificación del tema

Los antecedentes de este proyecto se remontan a la experiencia vivida en los consultorios jurídicos, durante la cual se pudo constatar la difícil situación a la que se enfrentaban algunas personas, quienes, al tomar conciencia de que su matrimonio era insostenible, no lograban divorciarse con la prontitud que deseaban, debido a la obstinada conducta de sus consortes que se negaban a suscribir un divorcio por voluntad bilateral.

Esas situaciones han hecho tomar conciencia de que existe la necesidad de modificar las instituciones del derecho de familia costarricense, con el fin de preservar la salud emocional de las parejas y familias que atraviesan una ruptura efectiva de su vínculo

matrimonial, así como la necesidad de poner fin a posibles problemas derivados de mantener un matrimonio totalmente ficticio.

La satisfacción de esa necesidad es mucho más clara y evidente, si se considera el hecho de que Costa Rica se está quedando atrás en el tema, pues legislaciones como la mexicana, española, argentina y sueca han adoptado la posibilidad del divorcio por voluntad unilateral y, en este sentido, se podría afirmar que Costa Rica está sufriendo una pérdida del vanguardismo que alcanzó con la promulgación del Código de Familia, durante la segunda mitad del siglo XX.

II. Hipótesis

La problemática referida anteriormente es ocasionada, tolerada o al menos no impedida, por una legislación actual que no permite el divorcio por voluntad unilateral. Para ser consistentes con el principio de Autonomía de la Voluntad y la problemática expuesta, es necesario adoptar en el ordenamiento jurídico costarricense un régimen unilateral de divorcio.

III. Objetivo general

Analizar las consecuencias de la legislación vigente que no permite el divorcio por voluntad unilateral, con el fin de demostrar la transgresión del principio de Autonomía de la Voluntad en el régimen de divorcio costarricense, con miras a establecer un régimen de divorcio unilateral que respete la libre determinación de los cónyuges.

IV. Metodología

Para el desarrollo de esta investigación, se ejecutarán distintas actividades que permitan cumplir con los objetivos propuestos. Se plantearán hipótesis de carácter falseable sobre la posibilidad de instaurar un sistema incausado de divorcio y un análisis de las ventajas o desventajas de este régimen. Al mismo tiempo, se analizará el quehacer de los órganos jurisdiccionales competentes en materia de familia, mediante la búsqueda bibliográfica en bibliotecas virtuales internacionales con las que esté asociado el sistema de bibliotecas de la Universidad de Costa Rica, además de la adquisición de libros comercializados.

En el mismo sentido, se hará uso de los siguientes instrumentos de análisis:

Análisis doctrinario

Para este trabajo, serán relevantes libros, revistas, así como artículos físicos y electrónicos, con el fin de establecer el desarrollo, consolidación y aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho de familia. Asimismo, las fuentes indicadas ayudarán a demostrar cuál es un régimen de divorcio respetuoso del bloque de constitucionalidad, el desarrollo pleno de las personas y los principios propios del derecho de familia.

Análisis de fuentes normativas y de softlaw

En el análisis del régimen de divorcio tanto causalista como incausado, se rescatará la utilidad académica de la jurisprudencia de la Sala Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el marco de una protección multinivel.

Ambos tribunales, posterior al 2008, han desarrollado distintos criterios jurisprudenciales sobre el carácter evolutivo del concepto de familia.

Análisis jurisprudencial

Con este análisis, se pretende establecer cómo es el trato judicial a los temas pertinentes a esta investigación. ¿Cuál ha sido la evolución de la jurisprudencia de la Sala Constitucional respecto al tratamiento de la autonomía de la voluntad?

Análisis de Derecho comparado

Se encontró gran desarrollo tanto normativo como doctrinario en legislaciones que han optado por un sistema incausado de divorcio, tal es el caso de México, Argentina, España, entre otros.

Entrevistas con expertos

Para efectos de este trabajo de investigación, se sostendrán entrevistas con jueces y juezas de familia, Instituto Nacional de las Mujeres, litigantes en materia de familia y cualquier otra persona que sea requerida durante la investigación.

V. Conclusiones

El matrimonio y la familia tradicionalmente entendidos son instituciones muy arraigadas en la sociedad costarricense. La sociedad de forma consecuente decidió que estos valores deben ser protegidos de forma especial, ya que son considerados la base de la sociedad. Por lo que cualquier intención de disolver un vínculo matrimonial encuentra una resistencia por parte de las normas jurídicas y de la sociedad misma.

Es posible señalar la necesidad del rediseño de los instrumentos jurídicos como el divorcio, que juega un papel fundamental para la libre determinación de las personas. Lo anterior únicamente será posible con la puesta en marcha de un proceso de divorcio más expedito y sin expresión de causa. La omisión de alguna de las causales contenidas en la legislación actual no involucra de manera alguna el incumplimiento de deberes alimentarios o de responsabilidad que pudiesen derivar de la razón material del rompimiento.

Las limitaciones al individuo deben ser cada vez menores, haciendo menos problemática la intervención del Estado en los fueros más íntimos de las relaciones humanas. Entendiendo el derecho de familia como una rama especializada que tiene como núcleo común del derecho privado, la libertad de acción de los individuos debe limitarse únicamente por las normas elementales de convivencia social. Es acá donde se evidencia lo innecesario de las causales de divorcio, si lo que procura el Estado es el acceso de la persona a un proceso célere y respetuoso de sus libertades individuales.

El divorcio unilateral que no conlleve la invocación de causal alguna evitará un deterioro mayor a los sujetos que están sometidos a un proceso de divorcio. La carga probatoria de la causal genera una exposición innecesaria de las motivaciones en la sede judicial, la cual motiva a una reapertura de situaciones de la esfera personal de las personas, provocándose de esta manera mayor conflictividad y violencia en el transcurso del proceso.

Lo cierto es que el divorcio incausado respeta la voluntad de los individuos, reduce los costos del trámite, hace el proceso más rápido y genera menos desgaste emocional en

todas las partes. Lo cual lo hace una figura idónea en esta materia tan importante y delicada para la sociedad.

FICHA BIBLIOGRÁFICA

Badilla Flores, Juan Diego y Piza Goicoechea, Alejandro. El divorcio por voluntad unilateral. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica, 2018.

Director: Lic. Alberto Jiménez Mata

Palabras claves: divorcio unilateral, divorcio incausado, Derecho de Familia, convenio de divorcio, causales de divorcio.

INTRODUCCIÓN

Los diversos tipos de familia han cumplido desde su origen con funciones sociales como lo son la producción, reproducción y la crianza de los niños. Dichas funciones son las que definen la estructura de una sociedad específica con la asignación de roles determinados, según la posición ocupada en la estructura familiar. La interrogante en cuanto a la distribución de los roles sociales se da con el surgimiento de familias que nacen a partir de un divorcio. Muchas de estas han sido históricamente invisibilizadas, al no cumplir con el canon de la familia y se ha logrado cierto reconocimiento con una noción más amplia de esta, propia del contexto contemporáneo.

La intervención mínima del Estado en los asuntos familiares es fundamental, excepto cuando este debe entrar para equiparar las desigualdades materiales de los distintos miembros. El Estado con un régimen de divorcio causalista hace al mismo engorroso y de difícil acceso para las personas que no desean continuar con el vínculo. Se da desde la norma una protección desmedida del matrimonio como fin en sí mismo, al mismo tiempo que se ignora la protección de los derechos fundamentales del individuo que le permitan su desarrollo integral.

El régimen costarricense de divorcio es notoriamente de corte causal, clasificándolas como causales sanción y causales remedio. Las primeras son las que resultan más problemáticas en caso de una posible eliminación, ya que pueden conllevar consecuencias indemnizatorias para del cónyuge culpable frente al cónyuge inocente. Actualmente, en Costa Rica las causales están significando un menoscabo a la autonomía de la voluntad del individuo, al principio de libertad, a la libre disposición de bienes, a la libertad de estado, el derecho a la intimidad y al consentimiento matrimonial.

A un nivel procesal, es notoria la mayor celeridad en regímenes incausados de divorcio, ya que no es necesario aportar la prueba de configuración de la causal, por lo tanto, no se da la discusión sobre los hechos y no se necesita de la valoración de la prueba por parte del juez de familia.

I. Justificación del tema

Los antecedentes de este proyecto se remontan a la experiencia vivida por los investigadores en los consultorios jurídicos realizados en la zona de Pavas y en el Primer Circuito Judicial de San José, durante la cual se pudo constatar la difícil situación a la que se enfrentaban algunas personas, quienes, al tomar conciencia de que su matrimonio era insostenible, no lograban divorciarse con la prontitud que deseaban, debido a la obstinada conducta de sus consortes que se negaban a suscribir un divorcio por voluntad bilateral.

Durante los consultorios jurídicos realizados en Pavas, se captaron las aristas de esta temática por medio de los usuarios y sus relatos. En el año de consultorios, se llevaron aproximadamente de ocho a 12 casos de divorcio, sin contar a todas las personas que se refirieron a Casa de Justicia para que realizaran un divorcio por mutuo consentimiento.

De los casos que se atendieron, en algunos la pareja no podía ponerse de acuerdo, en muchos de ellos era solo una parte la que deseaba divorciarse. Circunstancia que llamó mucho la atención, ya que se tendería a pensar que, si una persona de la relación no está contenta con el vínculo, la otra persona tampoco debería estarlo. Es decir, cómo va a estar una persona feliz en una relación matrimonial si la otra persona no lo está. Estas interrogantes llamaron la atención sobre el tema del divorcio en general, lo que a la postre motivó a investigarlo con mayor detalle y encontrar el tema que se aborda en este documento.

Así mismo, al tener contacto directo con las personas usuarias de los consultorios jurídicos del Primer Circuito Judicial de San José, es común ver cómo muchas de las personas, por la complejidad del régimen actual de divorcio, se mantienen en una situación jurídica que no corresponde a la realidad. En este escenario, se hace evidente la vulneración de los derechos más fundamentales de los individuos que desean el divorcio, con la consecuente incertidumbre jurídica derivada del incumplimiento del Estado de generar una legislación más novedosa.

Esas situaciones han hecho que se tome conciencia de que existe la necesidad de modificar las instituciones del derecho de familia costarricense, con el fin de preservar la salud emocional de las parejas y familias que atraviesan una ruptura efectiva de su vínculo matrimonial, así como la necesidad de poner fin a posibles problemas derivados de mantener un matrimonio totalmente ficticio.

La satisfacción de esa necesidad es mucho más clara y evidente, si se considera el hecho de que Costa Rica se está quedando atrás en el tema, pues legislaciones como la mexicana, española, argentina y sueca, entre otras, han adoptado la posibilidad del divorcio por voluntad unilateral y, en este sentido, se podría afirmar que el país está sufriendo una pérdida del vanguardismo que alcanzó con la promulgación del Código de Familia, durante la segunda mitad del siglo XX.

Ambos ponentes tienen una inclinación personal en este tema del divorcio unilateral y por el Derecho de Familia. Por un lado, el interés en el tema nace porque se considera que el Estado costarricense en la regulación de las relaciones familiares no debería inmiscuirse en la esfera más privada de los individuos e impedirles llevar a cabo, aunque sea unilateralmente, su decisión personalísima de no seguir adelante con un matrimonio que ha perdido todo interés y realismo.

Por otro lado, la inclinación por el tema se debe a que parece mucho más práctico y seguro que las personas puedan divorciarse lo más rápido y eficientemente posible. Incluso, en un futuro, uno de los ponentes piensa realizar alguna especialización académica en estos temas.

II. Objetivo general

Analizar las consecuencias de la legislación vigente que no permite el divorcio por voluntad unilateral, con el fin de demostrar la transgresión del principio de autonomía de la voluntad en el régimen de divorcio costarricense, con miras a establecer un régimen de divorcio unilateral que respete la libre determinación de los cónyuges.

III. Objetivos específicos

1. Mostrar el desarrollo y evolución de los conceptos de familia y matrimonio.
2. Explicar las distintas causales que rigen actualmente el régimen de divorcio costarricense.
3. Detallar las consecuencias el régimen causalista de divorcio para el núcleo familiar.
4. Examinar los alcances del principio de autonomía de la voluntad en el marco del derecho de familia.

IV. Hipótesis

La problemática referida anteriormente es ocasionada, tolerada o al menos no impedida, por una legislación actual que no permite el divorcio por voluntad unilateral. Para ser consistentes con el principio de autonomía de la voluntad y la problemática expuesta, es necesario adoptar en el ordenamiento jurídico costarricense un régimen unilateral de divorcio.

V. Metodología

Para el desarrollo de esta investigación, se ejecutarán distintas actividades que permitan cumplir con los objetivos propuestos. Se plantearán hipótesis de carácter falseable sobre la posibilidad de instaurar un sistema incausado de divorcio y un análisis de las ventajas o desventajas de este régimen. Al mismo tiempo, se analizará el quehacer de los órganos jurisdiccionales competentes en materia de familia, mediante la búsqueda bibliográfica en bibliotecas virtuales internacionales con las que esté asociado el sistema de bibliotecas de la Universidad de Costa Rica, además de la adquisición de libros comercializados.

En el mismo sentido, se hará uso de los siguientes instrumentos de análisis:

Análisis doctrinario

Para este trabajo, serán relevantes libros, revistas, así como artículos físicos y electrónicos, con el fin de establecer el desarrollo, consolidación y aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho de familia. Asimismo, las fuentes indicadas ayudarán a demostrar cuál es un régimen de divorcio respetuoso del bloque de constitucionalidad, el desarrollo pleno de las personas y los principios propios del derecho de familia.

Análisis de fuentes normativas y de softlaw

En el análisis del régimen de divorcio tanto causalista como incausado, se rescatará la utilidad académica de la jurisprudencia de la Sala Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el marco de una protección multinivel de los derechos humanos en América Latina. Ambos tribunales, posterior al 2008, han desarrollado distintos criterios jurisprudenciales sobre el carácter evolutivo del concepto de familia.

Análisis jurisprudencial

Con este análisis, se pretende establecer cómo es el trato judicial a los temas pertinentes a esta investigación. ¿Cuál ha sido la evolución de la jurisprudencia de la Sala Constitucional respecto al tratamiento de la autonomía de la voluntad?

Análisis de Derecho comparado

Se encontró gran desarrollo tanto normativo como doctrinario en legislaciones que han optado por un sistema incausado de divorcio, tal es el caso de México, Argentina, España y Suecia.

Entrevistas con expertos

Para efectos de este trabajo de investigación, se sostendrán entrevistas con jueces y juezas de familia, Instituto Nacional de las Mujeres, litigantes en materia de familia y cualquier otra persona que sea requerida durante la investigación.

VI. Forma en que está estructurada por capítulos la investigación

De conformidad con la problemática señalada y la interrogante existente, este trabajo se divide en dos grandes títulos. El primero trata sobre aspectos conceptuales y teóricos, y el segundo sobre análisis de resultados y temas prácticos.

El título primero se ocupará de desarrollar todos los conceptos relevantes para esta investigación, como lo son la familia, el matrimonio, el divorcio y los principios fundamentales que giran alrededor del divorcio incausado. Como ya se expuso, este título es de corte más conceptual y teórico, para comprender más a fondo todas las aristas de esta problemática. El título segundo viene a ser el análisis de resultados de la investigación. Contiene análisis sobre la legislación costarricense, análisis sobre legislación comparada, un estudio de jurisprudencia con los principales avances relativos al tema, así como un análisis de entrevistas con expertos en la materia.

Finalmente, se presentarán las conclusiones generales de la investigación, que contendrán recomendaciones en torno al criterio que debería seguir la doctrina y la legislación nacional, para regular el tema del divorcio incausado.

TÍTULO PRIMERO

I. Concepto de familia

i. Origen

La familia, como entidad, tiene su origen en el nacimiento de la sociedad misma, al ser producto de las costumbres, creencias, necesidades e instituciones que se encuentran indisolublemente relacionadas entre sí. La familia actúa como un espejo social suficientemente afin a los fenómenos estructurales de una sociedad, al punto de ser considerada por autores tan divergentes como Rousseau y Engels, como el origen mismo de la sociedad. A partir de este núcleo, se da una categorización en razón de los roles de género, distribución del trabajo, bienes de producción y el sentido de pertenencia a determinado grupo social.

La configuración de familia ha sido determinada por vínculos de sangre, pero también por la existencia de un matrimonio o filiación y, por ende, la vinculación de individuos por afinidad o consanguinidad que resultare del “matrimonio” o del reconocimiento social y legal del vínculo de pareja. Esta definición se clasificará como histórica. Se nota un mayor acercamiento a los nuevos conceptos al hacer revisión de lo expresado por Brenes Córdoba:

En su más extensa significación, familia es el conjunto de personas ligadas entre sí por los lazos de parentesco. En un sentido limitado, expresa la parentela de mayor proximidad, esto es el grupo social integrado por el padre, la madre y los hijos de ellos procedentes.¹

¹ Alberto Brenes Córdoba. *Tratado de las Personas . Derecho de Familia*, Volumen II Quinta ed. (San José: Editorial Juricentro, 1998), 11.

No existe una noción unívoca del concepto familia. Sin embargo, al adentrarse en el origen de la misma como grupo social, es notorio el carácter dinámico del concepto, condicionado por las necesidades sociales, afectivas, reproductivas y productivas de una sociedad. Estos fines —sociales, afectivos, reproductivos y productivos— definen la dinámica familiar y la importancia de la figura, más allá de la diversidad de ordenamientos jurídicos escritos como consuetudinarios.

Otra definición bastante amplia es la que indica la familia como el conjunto de individuos que viven alrededor de un mismo hogar, donde su estructura familiar se encuentra basada en la cohabitación. Sin embargo, este concepto resulta insuficiente para nuevas realidades de familias migrantes y reconstituidas.

En cuanto al origen etimológico de la noción de familia, se encuentra discrepancia en las distintas teorías. Primeramente, se establece el deber de obediencia del grupo familiar para con el jefe. En segundo lugar, se entiende a la familia a través del deber del *pater* de proveer a los miembros de su familia:

De acuerdo con los científicos, existen varias versiones que dan cuenta del origen etimológico de la palabra familia sin que haya verdadera unidad de criterios frente a este aspecto, algunos consideran que la palabra Familia proviene del latín familiae, que significa “grupo de siervos y esclavos patrimonio del jefe de la gens”. En concepto de otros, la palabra se deriva del término famulus, que significa “siervo o esclavo”, o incluso del latín famas (hambre) “Conjunto de personas que se alimentan juntas en la misma casa y a los que el pater familias tiene el deber de alimentar.”²

² Eduardo Oliva Gómez. *Hacia un Concepto Interdisciplinario de la familia en la Globalización* (Estado de Morelos: Justicia Juris, 2014), 12.

Desde el origen de la familia, se ha dado a lo interno de toda dinámica familiar la división del trabajo. Desde esta perspectiva, se encuentra la familia como un ente compuesto por un gran engranaje, donde cada individuo juega un papel para su funcionamiento. Derivado del tipo de economía u organización social imperante en la sociedad, se han asignado distintos trabajos, según sexo y edad, para una mayor optimización de los recursos.

Con el advenimiento de la sociedad industrial, se generó un cambio sustancial en la división sexual del trabajo, ya que, con la introducción de las máquinas para la producción de bienes, deja de tener tanta importancia la superioridad física del hombre. Es acá donde se empieza a tener una sociedad más compleja en cuanto a los roles asignados, lo que tiene sus consecuencias directas en los esquemas reproductivos. Todo lo anterior en contraste con las sociedades donde impera una economía basada en la agricultura.

Las armas de guerra son esencialmente las mismas armas que las que se usan para cazar, invertir en el entrenamiento de hombres para la caza les entrena simultáneamente para ser guerreros, a las mujeres rara vez se les entrena para esta última tarea, por tanto es coherente con esta pauta que a los hombres también se les especialice en el trabajo manual que implique piedra, metal o madera, ya que son éstos los materiales que se emplean para fabricar tanto las armas de caza como de guerra. En las sociedades industriales, muy poco de lo dicho sobre la división del trabajo tiene algún significado; el uso de las máquinas elimina en gran parte la ventaja muscular que los hombres tienen sobre las mujeres.³

³ Marvin Harris. *Antropología Cultural*. Tercera Edición. (Madrid: Alianza Editorial, 2001), 177.

La sociedad industrializada, como fenómeno histórico moderno, tiene sus implicaciones en la concepción de la familia como entidad, dejando de lado principios de entendimiento colectivos, para dar mayor importancia a los valores que se circunscriben al individuo. Durante la sociedad postindustrial, cede la visión colectiva de la familia para hacer espacio a la idea del individuo como sujeto de derecho.

La liberalización de mercados que surge en esta época, así como los demográficos sufridos por la migración de los espacios urbanos-rurales hacia la ciudad, produce que las personas cambian su unidad de trabajo, ya que se pasa de una unidad de trabajo familiar a una unidad de trabajo acelerada, se cambian los principios de solidaridad y cooperación por los principios de individualización de las ideas.⁴

Para la organización de la vida doméstica, debe ser comprendida la existencia de más de un tipo de familia y la existencia de sus formas alternas a lo largo de la historia. Aunado al principio de unidad familiar, cuando esta no necesariamente responde al desarrollo integral de los miembros que la componen, es necesaria una revisión de la misma. Es en este estadio donde entra el Estado como ente garantizador de la unidad familiar.

No es posible concretar una definición instrumental de familia sin antes haber examinado las funciones de la misma. Para dicha concreción, resulta fundamental examinar el papel que juegan los grupos familiares en la vida de los individuos y, por ende, cuáles son las funciones para la satisfacción de sus necesidades.

⁴ Adriana Rodríguez Corrales y Laura Verónica Segnini Cabezas. "Posibilidad de eliminación de las Causales de Divorcio en el Derecho de Familia costarricense" (Tesis de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, 2009), 46.

ii. Funciones de la familia

Al abordar las funciones del grupo familiar, se debe entender que el incumplimiento de alguna de estas no es excluyente para formar familia. Entendido lo anterior, es posible distinguir la esfera doméstica como el espacio de satisfacción de vivienda, abrigo y domicilio de los individuos que componen el núcleo familiar. En este espacio se dan diversas actividades como la alimentación, aseo, corrección de los hijos, el dormir y las relaciones sexuales de los adultos.

Las necesidades sociales de cada población moldean las características asimiladas y la conducta de los individuos en las sociedades humanas, con respecto a la familia como espacio de satisfacción de las mismas. La familia cumple con determinadas funciones sociales dependiendo de cada colectividad, entre ellas se puede enunciar, primeramente, la reproducción.

Es importante diferenciar la función reproductora de la función de satisfacción sexual de las personas adultas. Haciendo la diferenciación anterior, es posible procurar el tratamiento integral de las relaciones socioafectivas que van más allá del matrimonio.

La familia jurídicamente regulada a través del matrimonio contiene una fuerte función social de culturización, transmisión de valores y tradiciones socialmente aceptadas. Lo anterior mediante un sistema de castigo para las conductas que son consideradas por el núcleo familiar como reprochables, mediante diversas medidas, incluida la instauración del *tabú*.⁵ Frente al castigo de las conductas no deseadas, se encuentra también el método de recompensa para las conductas que son consideradas aceptables. Es a partir de estas dos respuestas básicas que se da la educación y corrección de los hijos:

⁵ Marvin Harris. *Antropología Cultural*. Tercera Edición. (Madrid: Alianza Editorial, 2001), 379.

Cuando un ser humano nace, comienza en el seno de la familia a aprender las normas del comportamiento que se consideran adecuadas, buenas, o morales; así desde pequeños se les enseñan las creencias religiosas y se les infunde una escala de valores determinados y una serie de normas de conducta.⁶

Lo anterior tiene una función que supera al mismo grupo familiar, que es la de cumplir con una tarea de constante evitación del quiebre generacional y aminorando los efectos del mismo. Evitándose el quiebre generacional, se da una continuación de conductas de generación en generación. Lo anterior se hace posible mediante la transmisión de los valores imperantes en determinado momento histórico.

Es en este punto donde resulta de necesidad de cuestionarse si existe un modelo de familia único o no. Por un lado, se habla de un modelo cerrado conocido como familia nuclear, presente en la mayoría de las sociedades, considerado muchas veces como el óptimo para la satisfacción de las necesidades de los individuos.

iii. La familia nuclear

⁶ Eduardo Oliva Gómez, *Hacia un Concepto Interdisciplinario de la familia en la Globalización* (Estado de Morelos: Justicia Juris, 2014). 14.

La familia nuclear se encuentra, en su nivel más básico, compuesta por marido, esposa e hijos. Es entendida como el modelo universal presente en la mayoría de las sociedades. En un primer plano, dicho modelo de familia, que si bien no es el único, es el más próximo al propio individuo y el que satisface de forma más directa sus necesidades sexuales o afectivas. A este respecto, el antropólogo Marvin Harris expone: “*La familia nuclear satisface las necesidades sexuales y reduce la fuerza perturbadora de la competencia sexual*”.⁷

Se está ante la forma básica de familia presente en el imaginario social y en la mayoría de las sociedades. Ha sido entendida por la mayoría de los juristas como la conformada por “*dos adultos, hombre y mujer con sus hijos*”.⁸

En un segundo plano, la familia nuclear —tradicionalmente entendida— garantiza el auxilio y acompañamiento durante el embarazo, así como la guarda y crianza de los hijos. Dicho comportamiento persiste para la educación de los menores mediante la transmisión de pautas culturales y normas aprendidas por la vieja generación que serán transmitidas a la más joven. En este proceso, se transmiten formas de pensar, costumbres y reglas.

⁷ Marvin Harris. *Antropología Cultural*. Tercera Edición. (Madrid: Alianza Editorial, 2001), 187.

⁸ Eduardo Oliva Gómez, *Hacia un Concepto Interdisciplinario de la familia en la Globalización* (Estado de Morelos: Justicia Juris, 2014) 14.

En un tercer plano, la familia nuclear es el modelo del que parte (o partía) la regulación constitucional y legal de la mayoría de los países del mundo, como modelo pensado en la definición constante que ha garantizado de manera más efectiva la organización familiar y la división sexual del trabajo. En este modelo, tiende a imponerse a la mujer un repliegue casi exclusivo a la esfera doméstica con una función meramente reproductora, criadora y de satisfacción de las necesidades sexuales del hombre, que es quien protege y provee para la familia.⁹

Se ha llegado a afirmar con cierto exceso que la familia nuclear heterosexual es el espacio que —de manera más efectiva— disminuye a la mujer como sujeto de opresión de las estructuras patriarcales. Bajo esa tesis, el repliegue de la mujer a la esfera doméstica se concreta mediante su minimización como garante de la satisfacción sexual del hombre proveedor y encargada de la crianza de los hijos.¹⁰

Siguiendo la definición dada de familia nuclear, no se comprende dentro de ella la familia extendida ni los modelos de familia que sí son comprendidos por la diversidad familiar. Tal es el caso de las familias lideradas por uno de los padres —generalmente la mujer— que comprenden los gruesos poblacionales del país. En Costa Rica, según el Censo de 2011, más del 30 % de los hogares son monoparentales, dirigidos básicamente por una mujer —madre— sola. Ese porcentaje ha aumentado en los últimos años, puesto que, en el Censo anterior (año 2000), la proporción se acercaba al 20 %.¹¹

⁹ Marvin Harris. *Antropología Cultural*. Tercera Edición. (Madrid: Alianza Editorial, 2001), 187.

¹⁰ *Ibíd.*, 187.

¹¹ Instituto Nacional de Estadística y Censos Costa Rica, X Censo Nacional de Población y VI de Vivienda: Resultados Generales Primera Edición. San José, C.R. : INEC; 2011. Disponible en http://www.inec.go.cr/sites/default/files/documentos/inec_institucional/estadisticas/resultados/replaccenso2011-15.pdf

Dicho lo anterior, se da un crecimiento y una especial atención a las familias monoparentales o, más claramente, matrifocales compuestas generalmente por mujeres cabezas de hogar.

iv. Familias en las que falta uno de los padres

Un gran número de menores de edad son criados en grupos domésticos donde se encuentra presente solo uno de los padres. Esto refleja varias realidades de organización familiar derivadas de madres solteras o familias dirigidas por uno solo de los padres — generalmente, las madres— por causas como el divorcio, la muerte o la inexistencia de matrimonio alguno —madres solteras—. En este tipo de familias, se está ante unidades domésticas donde únicamente hay un progenitor. En la mayoría de los casos, estas familias son matrifocales, producto de que la crianza recae principalmente en la mujer.¹²

Como matrifocal se entiende la familia liderada por una madre con un padre ausente.¹³ La existencia de una familia matrifocal no exige necesariamente la monogamia de la mujer cabeza de hogar, ya que la misma puede tener parejas esporádicas de forma poliándrica. Históricamente, en América Latina, producto de las costumbres imperantes y del Derecho Canónico, se ha impuesto una invisibilización de este tipo de familias, considerándose como no deseadas.

¹² *Ibíd.*, 194.

¹³ *Ibíd.*, 194.

*Al describir los grupos domésticos, los científicos sociales a menudo se centran en la forma preferida desde el punto de vista ideal y descuidando las realidades conductuales. **Los grupos domésticos de madre e hijo son muchas veces producto de la pobreza y, por tanto, están asociados a muchas lacras sociales y considerados como algo poco deseable.***¹⁴ (Negrita no es del original).

A partir de esta invisibilización o consideración negativa de las familias matrifocales, se perpetúan gran parte de las viejas conceptualizaciones que buscan el mantenimiento de la familia nuclear tradicional. Por lo cual, a pesar de los cambios culturales y legales, aún quedan ciertos resabios de rechazo a las madres solteras o a las familias recompuestas surgidas a partir de un divorcio.

El rechazo social a las familias matrifocales se ha dicho que no se encuentra basado en nociones científicas que prueben la menor idoneidad de estas familias para la satisfacción de las necesidades de los individuos y que, igualmente, puede cumplir con las funciones fundamentales de la familia. Aunque es verdad que los niveles de pobreza o de limitaciones de escolaridad son mayores en este tipo de organización familiar, se afirma también, en palabras del antropólogo Marvin Harris, que:

*No hay nada que pruebe que tales instituciones domésticas sean inherentemente más patológicas, o inestables o contrarias a la naturaleza humana que la familia nuclear.*¹⁵

¹⁴ *Ibíd.*, 194.

¹⁵ *Ibíd.*, 194.

Dado lo anterior, es posible entender que las necesidades del individuo, aunque pueden verse dificultadas, pueden ser resueltas en el marco de una familia alterna. Por lo que es necesario concluir con una definición lo suficientemente abierta de familia que comprenda la realidad (las modalidades de familia existentes y consideradas como tales en la sociedad de hoy) y las nuevas necesidades en el marco de una sociedad posmoderna y globalizada.

v. Noción de familia en el contexto contemporáneo

Las necesidades imperantes en la sociedad contemporánea han modificado la dinámica y composición de las familias. Se entiende bajo este contexto que la satisfacción de las necesidades básicas de los individuos ya no se ve necesariamente satisfecha en el núcleo familiar tradicional.

Es difícil hablar simplemente sobre el concepto de familia, pues muchos de los conceptos habituales ya no concuerdan con la realidad, suenan anticuados y puede que incluso un poco sospechosos, al ser incapaces de reproducir el sentimiento y la realidad vital de las nuevas generaciones.¹⁶

Desde el advenimiento de métodos anticonceptivos y la incorporación de la mujer en el mundo laboral remunerado, en Costa Rica se generó un abismo generacional, donde la voluntad de formar familia no responde meramente a fines reproductivos, sino también a fines de socialización y canalización de afectos.

¹⁶ Eduardo Oliva Gómez, *El Divorcio Incausado en México*. (Ciudad de México: Moreno Editores, 2013), 56.

Las formas alternas de familia están presentes y son reconocidas en gran parte del mundo occidental. En el caso costarricense, se han dado cambios sustantivos en la segunda mitad del siglo XX respecto al reconocimiento de familias alternas. Lo anterior mediante la especialización de la normativa en familia, la implementación de procesos especiales de violencia doméstica, la gratuidad en los procesos de familia y el reconocimiento de la unión de hecho.

En los conceptos tradicionales, se tiene la cohabitación como requisito necesario para la subsistencia de la familia. Sin embargo, para acercarse a un concepto de familia apegado a la realidad imperante, no se ve al grupo familiar como el que se desarrolla alrededor del mismo hogar. Lo anterior es necesario para el cambio hacia un concepto que no limite en el orden espacial a los miembros de la familia, exigiendo la cohabitación como un elemento diferenciador de esta con respecto a otras instituciones sociales. Se cae en el riesgo de que el concepto resulte insuficiente, obviando un sinnúmero de realidades migratorias.

Un ejemplo de las nuevas dinámicas migratorias y su interrelación con la estructura familiar es donde las personas que cumplen la función proveedora en el grupo doméstico deben desplazarse para garantizar el sostenimiento económico del resto de los miembros y la satisfacción de sus necesidades.

Otro fenómeno propio de la familia contemporánea es la disminución en el número de miembros que la componen. Dicha disminución responde, principalmente, a la baja en el promedio de hijos por mujer en las sociedades urbanas contemporáneas. En apenas pocas décadas se pasó de un promedio de seis hijos por cada madre a un promedio inferior a dos por cada una. Esto es consecuencia no solamente del conocimiento y disponibilidad de métodos anticonceptivos, sino también de elementos sociales que dificultan y hacen más compleja la crianza de los menores, como lo es el crecimiento del número de mujeres replegadas al ámbito doméstico.

Es posible deducir que la reproducción varía según la interacción entre factores naturales y culturales. Desde el punto de vista de la ciencia demográfica fundada por Thomas Malthus, la reproducción y, por lo tanto, el nivel poblacional crece según la cantidad de alimentos que puedan ser producidos. La producción de alimentos, sin embargo, no parece ser el componente principal, puesto que, en los dos últimos siglos, esta ha aumentado, en promedio, de manera superior al crecimiento poblacional. Sobre los costos y beneficios de la crianza de los niños, el autor Marvin Harris expone:

La presión demográfica implica que las parejas son sensibles a los costos y beneficios que conlleva el proceso de reproducción. Los costos de criar niños incluyen la comida extra consumida durante el embarazo, el trabajo que se ha perdido por la mujer embarazada, los gastos implicados para proporcionar la leche materna y otros alimentos durante la infancia y la niñez, el esfuerzo de transportar los niños de un lado a otro, y en sociedades más complejas los gastos de ropa, alojamiento, cuidados médicos, y educación. Además, el proceso del parto mismo es peligroso y a menudo supone un riesgo para la vida de la madre.¹⁷

Costa Rica no se escapa de la tendencia mundial de decrecimiento de la natalidad. Según los datos más recientes del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC), existe una tendencia a la baja en el número de nacimientos por mujer:

¹⁷ Marvin Harris, *Antropología Cultural*, Tercera Edición. (Madrid: Alianza Editorial, 2001), 130.

En términos absolutos, de enero a diciembre (del 2016) ocurrieron 70 004 nacimientos, 1 815 menos que en el 2015. En valores relativos, se observó en 2016 una tasa bruta de natalidad de 14,31 por mil habitantes, en tanto en 2015 fue 14,86. Con respecto a las madres que durante el 2016 tuvieron un hijo o una hija, cerca del 95 % de los nacimientos son de madres nacidas en Costa Rica y nacidas en Nicaragua; 81,2 % y 13,6% respectivamente. Con respecto a las madres que durante el 2016 tuvieron un hijo o una hija, cerca del 95 % de los nacimientos son de madres costarricenses y nicaragüenses, 81,2 % y 13,6 % respectivamente.¹⁸

El fenómeno de decrecimiento de la natalidad coincide también con la incorporación de la mujer al mercado laboral costarricense. Según el programa de Estado de la Nación, el porcentaje de mujeres incorporadas —tanto al sector formal como informal— creció más del doble para inicios de los años 2000, respecto al 20 % de incorporación que se tenía en los años setenta.

En la década de los setenta la participación femenina en el mercado laboral costarricense era menor al 20% de las mujeres en edad de trabajar. En los años siguientes esa situación comenzó a variar de manera sustancial: para 1990 su participación alcanzaba un 30,3%, proporción que aumentó a 35% en el 2000 y alcanzó su máximo hasta el momento, de 41,7% en el 2008.¹⁹

¹⁸ Instituto Nacional de Estadística y Censos, “Decrece Natalidad y Mortalidad General Crece” Noticia. Última actualización 31 de marzo , 2017. Recuperado el 21 de diciembre, 2017, <http://www.inec.go.cr/noticia/decrece-natalidad-y-mortalidad-general-crece>. Si nos remontamos a la década del 80, cuando el número total de nacimientos superó los 85.000, se hará más visible la tendencia a la disminución de la natalidad en nuestro país.

¹⁹ Programa de Estado de la Nación, “Tendencias recientes de la inserción femenina en

El operador jurídico debe comprender a la familia como un organismo que resulta de las pautas socioculturales imperantes en cada momento histórico. Existen requisitos mínimos de subsistencia y de operación del crecimiento demográfico que varían con el pasar del tiempo, teniendo consecuencias directas en la vida de los grupos domésticos.

Es de fundamental importancia apegarse a un concepto interdisciplinario y acorde a las necesidades de una sociedad posmoderna y globalizada. Un ejemplo de lo anterior es el concepto brindado por la Cátedra de Derecho de Familia de la Universidad Autónoma de Morelos, México:

La familia es el grupo de dos o más personas que coexisten como unidad espiritual, cultural y socioeconómica, que aún sin convivir físicamente comparten necesidades psico-emocionales y materiales, objetivos e intereses comunes de desarrollo, desde distintos aspectos cuya prioridad y dinámica pertenecen a su libre albedrío: psicológico, social, cultural, biológico, económico y legal.²⁰

el mercado laboral en Costa Rica” Segundo Informe de Avance. 2009, recuperado el 28 de diciembre ,2107, https://estadonacion.or.cr/files/biblioteca_virtual/otras_publicaciones/empleo_femenino.pdf

²⁰ Eduardo Oliva Gómez, *Hacia un Concepto Interdisciplinario de la familia en la Globalización* (Estado de Morelos: Justicia Juris, 2014), 17.

II. Concepto de matrimonio

i. Antecedentes del concepto de matrimonio

El concepto de matrimonio es simplemente inentendible sin tener primero una referencia clara del concepto de familia y su evolución histórica. Si se entiende de forma abstracta, podría pensarse que el primer matrimonio se da cuando se crea la primera familia. Se trata de una forma de unión especial entre personas que persiguen fines comunes y que, en ocasiones, ambos conceptos se entienden de una forma casi instintiva. Lo que a su vez vuelve a plantear cuán relacionados se encuentran.

El matrimonio, estudiado desde su perspectiva histórica, se entiende como una institución regulada ya sea por una religión o por una ley, en una sociedad determinada (la costumbre de la “convivencia de pareja” plantea otro tipo de fenómeno). Los orígenes o inicios del matrimonio *–lato sensu–* se dan prácticamente con el inicio de la sociedad. La convivencia sexual o afectiva desde la antigüedad generó la necesidad de que un hombre y una mujer se relacionaran constantemente, así como la necesidad de que la mujer sostuviera por unos años a los hijos con el apoyo de su grupo familiar o del padre. Junto con muchos otros factores, las sociedades vieron la urgencia de regular todas estas relaciones de convivencia entre personas.

De ahí que sociedades como la mesopotámica con el código de Hammurabi contempla figuras con el matrimonio. Prima un matrimonio monógamo, pero con la posibilidad del hombre de casarse con otras esposas a las que se les denomina secundarias, donde básicamente la ceremonia consistía en que el hombre les entregara un regalo a los padres de la novia (dote) y la mujer pasaba a formar un vínculo con su marido.

El matrimonio, al menos en teoría, era acordado por el padre o los hermanos, y el Código de Hammurabi establecía que era necesario un contrato para establecer todas las condiciones de la unión y las posibilidades en caso de divorcio o viudedad.

En el contrato matrimonial había dos conceptos de gran importancia: la dote y el precio de la novia.

La dote era la cantidad que el padre de la novia otorgaba a su hija para el mantenimiento de su nuevo hogar. Las hijas no tenían normalmente derecho a la herencia del padre, porque se suponía que su parte de posesiones estaba ya entregada con la dote. La dote pasaba a pertenecer al conjunto de bienes del nuevo hogar y sería administrada por el marido.

El precio de la novia era una cantidad acordada que la familia del novio tenía que pagar para que su hijo se pudiera casar con una mujer.²¹

Similares características se pueden apreciar en las sociedades egipcias e hititas de la antigüedad. En la sociedad hebrea, el matrimonio se encuentra regulado en el libro Levítico y en el Deuteronomio, donde se tenía una organización familiar tipo poligámica, dejando ver un predominio del hombre sobre la mujer.

²¹ Salvador Herman, La Mujer en Mesopotamia, recuperado el 10 de febrero de 2018, <http://www.iescolonial.com/index.php/geografia/288-1o-eso58/407-la-mujer-en-mesopotamia>

ii. Matrimonio en Grecia antigua

En la civilización griega, la monogamia era la regla. A pesar de que en Grecia cada polis tenía su derecho propio.

La ceremonia del matrimonio entre los griegos se celebraba en tres actos: El primero en la casa del padre, en presencia del pretendiente, el padre de la joven, rodeado de la familia, ofrece un sacrificio y por medio de fórmula sacramental entrega a su hija al joven. Desligada ésta del hogar paterno, en lo sucesivo adorará en el hogar de su esposo; entra en una nueva relación sin conexión con la anterior. b) La joven es transportada a la casa del marido, a veces por éste, a veces por un heraldo. Tras una lucha simulada, el esposo la alza en sus brazos y la hace pasar por la puerta cuidando de que sus pies no toquen el umbral, Luego comienza en la casa el acto sagrado. c) En el nuevo hogar se coloca a la esposa en presencia de divinidad doméstica ante la cual se la rocía de agua lustral, se toca el fuego sagrado, se recitan algunas oraciones, y luego ambos esposos comparten un pan, una torta, algunas frutas. Así quedan colocados los esposos en mutua comunión religiosa. Nótese que la reunión conyugal es algo más que una relación de sexos o que un afecto pasajero: ha unido a los dos esposos con los firmes lazos del mismo culto y de las mismas creencias.²²

El matrimonio griego entendido en su contexto histórico significaba para la mujer abandonar su casa paterna para adherirse a la de su marido. Adoptando, de ser el caso, una nueva religión, nuevos ritos y costumbres.

²² Antonio De Ibarrola, *Derecho de Familia*, primera edición (Editorial Porrúa. México, 1978), 74.

iii. Matrimonio en la Roma clásica

En la familia romana antigua, el matrimonio era un lazo sagrado por excelencia, representaba para una mujer como un segundo nacimiento, ya que no podía pertenecer a dos familias ni practicar dos religiones domésticas. Por lo tanto, previo a las nupcias, el jefe de su familia de origen tenía que realizar una ceremonia para desligar a la hija del hogar paterno.

Por supuesto que el matrimonio, con estas características, nada tenía que ver con la relación de sexos y afectos propios de la época actual.

Era una suerte de unión en culto y las creencias; tenía por finalidad básica la procreación dentro de los ritos de la religión doméstica, asegurando su perpetuación en las generaciones futuras. El imperativo era continuar la descendencia para que no se extinguiese el culto propio doméstico; pero la descendencia debía provenir de un matrimonio religioso, pues el bastardo, no podía desempeñar el papel que la religión le asignaba al que ella consideraba hijo.²³

Fundamentalmente, en estas épocas el matrimonio carecía o no estaba ligado de forma directa a un componente erótico. Es decir, los afectos no tenían un rol predominante en el mantenimiento del vínculo.

²³ Mauricio Luis Mizarhi, *Familia, matrimonio y divorcio* (Buenos Aires: ASTREA 2001), 42.

Es claro que, a lo largo de la historia, el matrimonio ha tenido cambios, tanto en sus elementos como sus enfoques. *“Recordemos que en el caso del mundo arcaico el matrimonio tenía un contenido primordialmente económico: la unión de los sexos constituía un necesidad imperiosa, pues atendía a la propia subsistencia del sujeto; y de ahí la condena al celibato.”*²⁴ Por lo tanto, el matrimonio no era un consenso entre el hombre y la mujer, sino que era el acuerdo de dos grupos de hombres. Siendo la mujer una parte objeto del acuerdo conyugal.

La finalidad del matrimonio en esta época, como ya se mencionó, era la continuidad del culto doméstico impuesto por el varón. *“Era una institución necesaria dado que la idea central dominante la constituía el mantenimiento de la descendencia. Esta aseguraba, según las creencias en boga, la inmortalidad en paz de los vivientes.”*²⁵

La civilización romana es, sin lugar a dudas, la piedra base sobre la cual la mayoría de los sistemas jurídicos de occidente han construido su organización jurídica. El derecho romano dio nacimiento y contenido a muchas figuras jurídicas de la actualidad, entre ellas, el propio matrimonio. Con la Ley de las XII Tablas a mediados del siglo V a.C. y con el desarrollo del derecho pretoriano, la sociedad romana toma una visión del matrimonio. Este consistía en:

²⁴ Ibid.,154.

²⁵ Ibid.

“Cohabitación del hombre y la mujer con la intención de ser marido y mujer con dos elementos constitutivos. Por una parte, la conjunción del hombre con la mujer que se manifiesta con la deductio de la esposa in domun mariti,”²⁶ que hace por tanto que la mujer quede a disposición del marido. Por otra parte, el segundo elemento que determina esta unión, es la affectio maritalis, elemento que señala Rojina Villegas es de tipo espiritual y debe identificarse como “la intención de quererse en el marido y en la mujer, la voluntad de crear y mantener una vida en común, de perseguir la consecución de los fines de la sociedad conyugal; una voluntad que no consiste en el consentimiento inicial, en único acto volitivo, sino que debe prolongarse con el tiempo, ser duradera y continua, renovándose de momento en momento, porque sin esto la relación física pierde su valor. Cuando esos dos factores concurren, el matrimonio queda constituido; si uno de ellos falta o desaparece, el matrimonio no surge o se extingue.”²⁷

Esta situación provocó, obviamente, que el divorcio se abriera paso con mayor facilidad en el derecho romano, ya que bastaba con que faltara alguno de los elementos anteriores para que el vínculo se desvaneciera. Es así como el matrimonio, en este periodo, se tiñó de una naturaleza diversa, que poco tenía que ver con la unión sagrada e inmutable de la primitiva época.

iv. Derecho Canónico

²⁶ Eduardo Oliva Gómez, *El Divorcio Incausado en México* (México: Moreno Editores, 2013), 10.

²⁷ Rafael Rojina Villegas, *Derecho Civil Mexicano*, novena edición (México: Editorial Porrúa, 1998), 203-204.

El derecho canónico está íntimamente relacionado con el derecho romano, en el tanto, se sostenía el primero con el otro (salvo en lo que se contradijeran ambos cuerpos normativos). Al respecto Rojina Villegas expresa:

*Se puede decir que los huecos en el panorama canónico se llenaban con el Corpus Iuris, siempre que en la materia respectiva, este no fuera contrario a la dogmática cristiana medieval y al espíritu general del derecho canónico.*²⁸

Con el crecimiento del cristianismo y del derecho canónico, se produce una nueva transformación —esta vez más acentuada— en la naturaleza del matrimonio. Situación que se supera, aunque sea un poco, con el hecho de que sea un acto de corte consensual—personal por parte de ambos contrayentes.

*La ruptura se produce en doble orden: por un lado, al sostenerse la libertad absoluta de las personas para contraerlo, que tendrá a afirmar la tesis del cosensualismo como origen dogmático del vínculo matrimonial. Se desarrolla la noción del matrimonio como contrato (en el sentido de acto emergente de una decisión libre) que llevará a plantear una suerte de igualdad entre hombre y mujer, lo que marcará un aspecto diferente del encuadre jurídico romano tradicional, que colocaba al hombre en una posición preeminente y a la mujer, en todo caso, como dependiente de una potestad familiar.”*²⁹

Por otro lado, y a partir del estímulo doctrinal que apoya al matrimonio como un “sacramento”, según el canon 1055 del Código de Derecho Canónico, se promueve a inicios del siglo XI el principio de indisolubilidad del matrimonio.

²⁸ Guillermo Margadant, *Panorama de la Historia Universal del Derecho*, segunda edición (México: Porrúa, 2004), 147.

²⁹ Philippe Malaurie, *Cours de Droit Civile* (Paris: Cujas, 1989), 41-42.

El consentimiento inicial de los esposos era lo que establecía definitivamente el matrimonio; no fue más la figura de una línea derecha y continua, al no exigirse ya (como en la Roma clásica) su renovación perpetua. El consentimiento se transforma, según la elaboración canónica, en un punto aislado en el tiempo, en tanto ha de otorgarse una sola vez y para siempre.³⁰

Es decir, básicamente lo que se dio fue un paso hacia lo que en la actualidad se entiende como matrimonio por la Iglesia católica, donde se dice sí acepto una sola vez y esta decisión inicial dura hasta que la muerte los separe (como se dice frecuentemente de forma trillada). El consentimiento, entonces, existe únicamente en la decisión inicial de unirse, no en el curso de la relación que se construye a partir de ese consentimiento.

La indisolubilidad del matrimonio parte del canon 1056 del Código del Derecho Canónico, donde se establece que: las propiedades esenciales del matrimonio son la unidad y la indisolubilidad, que en el matrimonio cristiano alcanzan una particular firmeza por razón sacramental. De los párrafos anteriores, se infiere cómo la historia occidental va llevando por un camino donde evoluciona, muta y se transforma la institución del matrimonio. Y cómo los Estados, a la hora de regular esta materia, se apoyaron en la situación de aquel momento, es decir, fundamentalmente, en el derecho canónico imperante de la época.

No es sino hasta que los Estados, alrededor del siglo XVIII, tomaran competencia sobre el matrimonio, que empieza a cambiarse el concepto una vez más. A partir de las llamadas revoluciones liberales (siglos XVIII e inicios del XIX), se acuña el concepto de matrimonio civil.

³⁰ *Ibíd.*, 39-40.

Este a su vez toma la estructura elaborada por la ciencia medieval canónica. Desde luego en este trasvasamiento de la doctrina cristiana pierden valor legal cosas como la consumación, y suelen reconocer las legislaciones laicas, aunque de manera limitada, ciertas causas de disolución, si bien basadas en el encuadre del divorcio-sanción. ³¹

Aparte del Derecho Canónico, en las Siete Partidas, obra más importante de la historia del derecho español, se expone en su cuarta partida las tres bases del matrimonio consideradas de aquella época: “*que son la fe, el linaje y el sacramento; la fe se da mediante la lealtad que se deben entre sí marido y mujer; el linaje al procrear hijos; y por último el sacramento al establecer que la unión matrimonial es para toda la vida.*” ³²

Finalmente, se traduce lo que se entendía por matrimonio en la Ley de las Siete Partidas; “*unión del marido y de la mujer con la intención de vivir siempre en uno y de no partir, guardando lealtad cada uno de ellos para con el otro y no uniéndose ninguno de ellos con otra mujer o varón.*”³³ De esta definición que proporciona dicha partida, se pueden extraer muchos de los principios que se han ido detallando: el hecho de que solo era permitido el matrimonio heterosexual, la perpetuidad del vínculo, el hecho de tener que vivir bajo el mismo techo, la imposibilidad de volverse a casar con otras personas y obviando el *affectio maritalis* como un requerimiento para mantener el matrimonio.

v. Matrimonio en la Revolución francesa

³¹ *Ibíd.*, 62.

³² Eduardo Oliva Gómez, *El Divorcio Incausado en México* (México: Moreno Editores, 2013), 18.

³³ Véase. *Las Siete Partidas del Rey Alfonso el Sabio por la Real Academia de la Historia* (Paris: Librería de Rosa Bouret, 1851).

En cuanto a la Revolución francesa, sobra mencionar la cantidad de cambios que implicó a nivel filosófico y a nivel jurídico para el mundo occidental. Para los efectos del matrimonio, lo que cambió fue el papel del Estado:

Bajo el antiguo régimen, el Estado poco o nada tenía que ver con el matrimonio: este era un sacramento y, en consecuencia, se hallaba dentro de la competencia de la Iglesia. El nuevo orden legal arrebató a la iglesia la jurisdicción y se la confió al Estado laico y hace del matrimonio un contrato civil.³⁴

vi. Antecedentes históricos del matrimonio en Costa Rica

Es indudable la influencia que ha tenido el cristianismo y el derecho canónico en el desarrollo del derecho de familia en toda Latinoamérica, por lo que se ha llegado a afirmar, desde una perspectiva marxista, que la religión, al ser uno de los efectos más importantes para el desarrollo histórico, ha estado al servicio de los intereses burgueses (de la llamada “clase dominante”). En el caso particular de Costa Rica, la influencia de la religión, en particular la católica, en la definición del matrimonio y de la familia, se ha convertido, sin dudar, en un criterio para aceptar la evolución de la figura y del concepto social. Lo anterior ha implicado una limitación del carácter dinámico de las relaciones humanas, directa o indirectamente influenciado por la condición confesional del Estado costarricense, contemplada en el artículo 75 de la Constitución Política.

³⁴ Carlos Ramos Núñez, *El Código Napoleónico y su Recepción en América Latina*, primera edición. (Perú: Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997), 34.

En el siglo XIX, el matrimonio sufrió una serie de cambios debido a las codificaciones y la influencia de grupos políticos de tradición liberal (y hasta “anticlerical”), aunque sin prescindir totalmente de la intervención de la Iglesia. De hecho, se llega a una especie de acuerdo tácito: se mantienen elementos del matrimonio del derecho canónico (la posibilidad del matrimonio oficiado por la Iglesia, aunque no de manera exclusiva, por ejemplo), pero se incorporan institutos contrarios al mismo. Se originaron diferentes institutos jurídicos que no habían sido permitidos antes: el divorcio, la unión de hecho y la influencia ideológica del movimiento liberal. La introducción de dichos elementos forma la concepción de matrimonio.³⁵

En Costa Rica, previo al Código Civil de 1888, el derecho civil, como tronco común de las posteriores ramas del derecho, era el encargado de regular el régimen jurídico de la familia, pero el derecho canónico seguía siendo decisivo en la regulación del matrimonio.

*El matrimonio tenía carácter de sacramento y estaba regido casi exclusivamente por las prescripciones del Derecho Canónico. Las causas matrimoniales competían a los tribunales eclesiásticos y no existía divorcio vincular, fuera de los aislados casos autorizados por la ley canónica.*³⁶

³⁵ Adriana Rodríguez Corrales y Laura Verónica Segnini Cabezas, “Posibilidad de eliminación de las Causales de Divorcio en el Derecho de Familia costarricense” (Tesis de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, 2009), 95.

³⁶ Jorge Sáenz Carbonell. *Los Sistemas Normativos en la Historia de Costa Rica*. (San José: ISOLMA, 2011).

Bajo la regulación de derecho canónico, el matrimonio era un sacramento establecido por las autoridades eclesiásticas, mismas que impedían el divorcio. Lo antepuesto hasta la promulgación del Código de Carrillo en 1841 que da nacimiento a la figura del divorcio, pero éste correspondía a una disolución sumamente limitada, donde una persona divorciada no podía contraer de nuevo matrimonio.³⁷

En todas las regulaciones anteriores, es notable cómo se impregnan las estructuras de dominación y de poder del varón sobre la mujer. Por ejemplo, no se autorizaba a la mujer casada a celebrar contratos sin el consentimiento de su marido.

Con la promulgación del Código Civil de 1887 es donde vemos los primeros visos de especialización, donde se empieza a regular específicamente la materia de familia. Esta norma emprende como norma revolucionaria para la época al permitir el matrimonio civil y establece el divorcio vincular donde la persona podía celebrar un nuevo matrimonio una vez divorciada. Se veían por primera vez regulaciones en cuanto a la sociedad conyugal, que nacía a partir de la disolución del vínculo para la eventual división de bienes gananciales.³⁸

Hasta el siglo XX, el derecho de familia logró constituirse como rama autónoma. Este fenómeno permitió un giro en la normativa, además de brindarle sus particulares principios como rama independiente del derecho. Lo anterior no evita resabios de corte canónico en la regulación que rige actualmente el proceso de divorcio.

³⁷Ibíd.

³⁸Ibíd.

vii. Concepto etimológico del matrimonio

El lenguaje se encuentra en constante cambio. No siempre las definiciones etimológicas contemplan los cambios sufridos en el matrimonio, como institución social y jurídica, que se encuentra en un estado dinámico. Por lo que resulta indispensable conocer los orígenes etimológicos del mismo.

*La palabra matrimonio etimológicamente es de origen latino, deriva de la unión de la expresión *matris* y *monium*; la primera significa madre, la segunda carga o gravamen; se considera significativo el comentar que de manera íntimamente relacionada a la palabra matrimonio, la palabra patrimonio que deriva de la expresión *patris* y *monium* la primera hace alusión al padre, y la segunda como ya se anotó significa carga o gravamen.³⁹*

El significado de ambas palabras es ilustrativo al respecto, pues lleva implícito el sentido tradicional de la distribución de las cargas de los pilares de la familia: el padre y la madre así entonces la palabra matrimonio de la idea de la carga que recae sobre la mujer derivada de la unión con otra persona, esta es, la maternidad, el cuidado y crianza de los hijos.⁴⁰

viii. Naturaleza jurídica

³⁹ Eduardo Oliva Gómez, *El Divorcio Incausado en México* (México: Moreno Editores, 2013), 64-65.

⁴⁰ *Ibíd.*

Durante mucho tiempo, no fue cuestionada la naturaleza jurídica del matrimonio; prácticamente todos los estudiosos de la materia concordaban en que el matrimonio era un contrato civil (no solo “religioso”). Es a inicios del siglo XX que esta idea es puesta en duda. Seguidamente, se hará referencia a las principales posturas jurídicas sobre el matrimonio.

El matrimonio visto como un contrato es una postura surgida desde que se supera la noción de matrimonio como un sacramento. A partir de ahí, se desliga del acto religioso, para pasar a formar parte de las competencias del Estado. Esta concepción surge en Francia a partir de la Revolución francesa y se incorpora por escrito a raíz de la Constitución francesa de 1791.

Como tesis contraria a la definición del matrimonio como un contrato, surge la visión del matrimonio como institución.

El matrimonio constituye una verdadera institución por cuanto que los diferentes preceptos que regulan tanto el acto de su celebración, al establecer elementos esenciales y de validez, como los que fijan los derechos y obligaciones de los consortes, persiguen la misma finalidad al crear un estado permanente de vida que será la fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas.⁴¹

En la misma línea, Ihering propone: “... que una institución jurídica es aquella que queda integrada por un conjunto de normas que se encuentran en un plano de igual naturaleza y que tienen como propósito un mismo fin.”⁴² De ahí que se afirme que el matrimonio encaja o se entiende mejor como una institución que como un contrato. Si se entiende como una institución, sus alcances se amplían; por el otro lado, si se ve como un contrato, se vuelve un concepto más rígido.

⁴¹ Rafael Rojina Villegas, *Derecho Civil Mexicano*, novena edición (México: Editorial Porrúa, 1998), 212.

⁴² Eduardo Oliva Gómez, *El Divorcio Incausado en México* (México: Moreno Editores, 2013), 77.

El matrimonio constituye precisamente una idea de obra que se realiza y dura jurídicamente en un medio social, idea que es realizada por los contrayentes que tienen como finalidad común el constituir una familia en la que existe un órgano de poder por excelencia, deben ser los propios cónyuges.⁴³

También se expone el matrimonio como un acto de poder estatal; esta postura niega al matrimonio como un contrato. Donde su principal proponente es Antonio Cicu.

Es un acto del Estado, suponiendo, que es el Estado quien constituye el matrimonio a través de la declaración oficial del estado civil. El consentimiento de los esposos es solo un presupuesto de aquel acto del Estado. El matrimonio no es un contrato, ni un negocio bilateral, sino un acto unilateral del Estado, que sólo presupone la declaración de la voluntad de los esposos, sin las cuales el acto no podría surgir.⁴⁴

ix. Requisitos, impedimentos, efectos y fines del matrimonio

En este apartado, así como en los dos siguientes, se citan artículos del Código de Familia de Costa Rica, para referenciar la situación actual de la institución del matrimonio en el país.

Artículo 13.- Para que exista matrimonio el consentimiento de los contrayentes debe manifestarse de modo legal y expreso.

Artículo 28.- El funcionario autorizado no celebrará ningún matrimonio mientras no se le presenten:

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ *Ibíd.*

1) Dos testigos idóneos que declaren bajo juramento, sobre la libertad de estado y aptitud legal de los contrayentes;

2) (Derogado por el artículo 4° de la ley N° 9406 del 30 de noviembre de 2016, "Fortalecimiento de la protección legal de las niñas y las adolescentes mujeres ante situaciones de violencia de género asociadas a relaciones abusivas.")

3) La certificación de los asientos de nacimiento y libertad de estado de los contrayentes, expedida por el Registro Civil. El extranjero podrá demostrar su libertad de estado por cualquier medio que le merezca fe al funcionario, en defecto de los documentos anteriormente citados; y

4) Certificación de la fecha de la disolución del anterior matrimonio si la contrayente hubiere estado casada antes.

Impedimentos para el matrimonio

El legislador prevé casos donde es jurídicamente inviable –nulidad y anulabilidad– el matrimonio por razones jurídicas y de hecho. Existe una prohibición que busca evitar las relaciones incestuosas, la poligamia y las que impliquen el reconocimiento de vida en común homosexual. Es de fundamental importancia no confundir las causas de nulidad y anulabilidad del matrimonio con las causales de divorcio. Las primeras responden al acto jurídico, restituyendo la situación a un estadio a la declaración del vínculo.

Artículo 14.-Es legalmente imposible el matrimonio:

1) De la persona que esté ligada por un matrimonio anterior.

2) *Entre ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad el impedimento no desaparece con la disolución del matrimonio que dio origen al parentesco por afinidad.*

3) *Entre hermanos consanguíneos.*

4) *Entre quien adopta y la persona adoptada y sus descendientes; hijos e hijas adoptivos de la misma persona; la persona adoptada y los hijos e hijas de quien adopta; la persona adoptada y el excónyuge de quien adopta, y la persona que adopta y el excónyuge de quien es adoptado.*

5) *Entre el autor, coautor, instigador o cómplice del delito de homicidio de uno de los cónyuges y el cónyuge sobreviviente.*

6) *Entre personas del mismo sexo.*

7) *De la persona menor de dieciocho años.*

Artículo 14 bis. - El matrimonio simulado será nulo.

Los casos mencionados con anterioridad están previstos como nulos absolutamente, por lo que procede la declaratoria de nulidad del matrimonio. A continuación, se encuentran las situaciones previstas como anulables —parcialmente nulas— del matrimonio.

Artículo 15.- Es anulable el matrimonio:

1) *En el caso de que uno o ambos cónyuges hayan consentido por violencia o miedo grave, o por error en cuanto a la identidad del otro;*

2) De quien carezca, en el acto de celebrarlo, de capacidad volitiva o cognoscitiva.

3) (Derogado por el artículo 4° de la Ley N° 8571 del 8 de febrero de 2007)

4) Del incapaz por impotencia absoluta o relativa, siempre que el defecto sea por su naturaleza incurable y anterior al matrimonio; y

5) Cuando fuere celebrado ante funcionario incompetente.

Efectos

El matrimonio provoca efectos en tres niveles. El primer nivel es entre los cónyuges, donde se tiene una serie de deberes y derechos irrenunciables, recíprocos y permanentes, como la fidelidad, asistencia, socorro y protección. Para ello basta con citar el Código de Familia de Costa Rica.

Artículo 23.- El matrimonio que celebre la Iglesia Católica, Apostólica y Romana con sujeción a las disposiciones de este Código, surtirá efectos civiles. Los Ministros que lo celebren quedan sujetos a las disposiciones del Capítulo IV de este Título en lo aplicable, para lo cual serán considerados funcionarios públicos.

Artículo 33.- El matrimonio surte efectos desde su celebración y debe ser inscrito en el Registro Civil.

Artículo 34.- Los esposos comparten la responsabilidad y el gobierno de la familia. Conjuntamente deben regular los asuntos domésticos,

proveer a la educación de sus hijos y preparar su porvenir. Asimismo, están obligados a respetarse, a guardarse fidelidad y a socorrerse mutuamente. Deben vivir en un mismo hogar salvo que motivos de conveniencia o de salud para alguno de ellos o de los hijos, justifique residencias distintas.

En el segundo nivel, es en relación con los hijos, para darles la calidad de hijos dentro del matrimonio y para legitimar los habidos fuera del mismo. Así como para dar seguridad respecto al ejercicio de los derechos y obligaciones de la patria potestad. En cuanto al tercer nivel, los efectos tienen relación con el patrimonio de los consortes: qué parte queda dentro o fuera del vínculo matrimonial, para ser tomado en cuenta como bienes gananciales o, de ser el caso, los efectos de las capitulaciones matrimoniales que se deben considerar.

Los fines

En este apartado de los fines del matrimonio, está intrínseca una de las preguntas más elementales respecto al matrimonio: ¿Para qué me caso, con qué fin o fines deseo contraer matrimonio? A simple vista, la contestación a esta pregunta tiene una réplica fácil.

*Sería admitir que con el matrimonio los cónyuges persiguen la mutua satisfacción sexual, la cohabitación y en consecuencia la procreación de los hijos. Pero aceptar esto es negar la razón de la existencia de las uniones de personas que por su edad o por su estado físico no pueden esperar descendencia y a veces ni siquiera realizar el acto sexual, uniones que, aunque no muy frecuentes se suceden con alguna regularidad y en las cuales se aprecia una firme voluntad de ayudarse mutuamente a soportar el peso de la vida y compartir un destino común.*⁴⁵

Al respecto, Kant indica:

*El fin del matrimonio, que es educar y procrear a los hijos, puede ser siempre un fin que la naturaleza se ha propuesto, al dar al hombre la inclinación recíproca de los sexos; pero el hombre que se casa no está obligado, so pena de ilegitimidad en la unión, a proponerse ese fin. De otro modo, al cesar la facultad de engendrar, el matrimonio se disolvería por sí mismo de pleno derecho”.*⁴⁶

En el mismo sentido, dicen Collin y Capitant:

*Que el hombre se casa por amor, pero también se casa por razonamiento, por deber. Estas uniones tienen un valor jurídico y a veces también adquieren una dignidad moral igual a la de los matrimonios por amor.*⁴⁷

⁴⁵ “El Matrimonio,” Temas de Derecho, recuperado el 9 de enero, 2018, <https://temasdederecho.wordpress.com/tag/fines-del-matrimonio/>

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ *Ibíd.*

Por otra parte, Santo Tomás escribió que:

En el matrimonio deben distinguirse dos aspectos: El natural, que responde a la Ley biológica de la reproducción de la especie y estaría constituido por la unión física del hombre y la mujer para constituir una organización social necesaria a la convivencia humana; y el aspecto religioso que hace del matrimonio un sacramento bendecido por Dios.⁴⁸

Considerando lo anterior, se debe poner en relieve que se está hablando de conceptos filosóficos y metajurídicos, cuando se pretende buscar el fin o los fines del matrimonio. También es importante preguntarse si el matrimonio no es un fin en sí mismo, así como analizar, ahora sí jurídicamente, si cuando se cumplen los fines del vínculo, el mismo debería desaparecer, o si es que estos fines nunca llegan a cumplirse en su totalidad.

Se puede deducir que en el matrimonio concurren dos aspectos: el meramente físico o biológico y el espiritual; y de ahí que para muchos autores se distinga en el matrimonio entre fines primarios y fines secundarios; Siendo los primeros los que propenden a la procreación y los segundos los que se encaminan hacia la comunidad de vida, para ayudarse y protegerse mutuamente y forjar un destino común.⁴⁹

El Código Civil costarricense acoge ambos fines, pues, mientras que por una parte es anulable el matrimonio por impotencia absoluta o relativa (Artículo 15), se acepta tácitamente la validez del matrimonio entre personas que por su edad avanzada no están en capacidad de procrear, al no señalar edad máxima límite para contraerlo.

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ *Ibíd.*

x. El matrimonio en la actualidad

El Código de Familia costarricense en su artículo 11 define el matrimonio como “*la base esencial de la familia y tiene por objeto la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio*”. Esta definición ha gestado varias críticas, ya que se sanciona el hecho de que el matrimonio sea exclusivamente “el” instrumento de la familia, porque ello podría sustentar la tesis de la exclusión de la familia monoparental, biparental y extensa de hecho, las cuales a lo largo de la historia han alcanzado legitimidad y consecuencias jurídicas (derechos y obligaciones derivadas de la misma).

La definición de matrimonio puede ser observada desde dos aristas. La primera de ellas es el matrimonio como acto, este es el acto de casamiento por el cual se contrae la unión; la segunda contempla el matrimonio como estado, el cual remite a la situación jurídica de cada uno de los cónyuges. Grandes discusiones se han realizado con respecto al tema y los autores han concluido que dichas aristas no son excluyentes.

Dejando un poco de lado la parte teórica, lo cierto es que la institución del matrimonio en la actualidad es cada vez menos utilizada. Cada día hay menos personas que deciden casarse. Y, de las que deciden hacerlo, la mitad se divorcia en menos de 10 años. Es decir, por una parte, el matrimonio ha ido perdiendo fuerza en la actualidad y, por la otra, cada día se producen más divorcios.

La ley a lo largo del tiempo ha ido flexibilizando aún más la posibilidad que tienen las parejas de divorciarse. Por otro lado, la sociedad ha puesto estándares más altos para casarse o, lo que es lo mismo, ha impuesto mayores consecuencias derivadas del vínculo, lo cual paradójicamente ha producido una mayor dificultad para el matrimonio.

III. Concepto de divorcio

i. Definición

El divorcio desempeña una tarea de resolución del conflicto familiar. En un proceso de divorcio, de forma ideal, se busca el bienestar manteniendo las condiciones preexistentes al momento del quebrantamiento del matrimonio. El Estado —mediante el divorcio como herramienta— debe buscar solución a las problemáticas surgidas a raíz de la separación.

La incompatibilidad del proyecto de vida en común establece la necesidad del divorcio como instrumento jurídico, inicialmente aparece como una solución del Estado a las nuevas necesidades surgidas a partir de la ruptura. El divorcio sirve a los individuos que se encuentran atados por el matrimonio y han caído en la desarmonía del proyecto de vida en común. La figura compone todo un andamiaje para el tratamiento de la ruptura del matrimonio existente. En este sistema es donde entra el Estado con una función protectora —o bien problematizadora— de la nueva realidad de una familia originada en el matrimonio.

En la doctrina, se han dado un sinnúmero de definiciones de divorcio. En este tanto, surge la necesidad de adoptar un concepto que sea lo suficientemente amplio, para hacer frente a los desafíos contemporáneos y al respeto de la libre determinación del individuo. Conforme a lo expuesto, es entendible apegarse a la definición de divorcio brindada por el profesor Oliva Gómez:

El divorcio es aquella figura jurídica perteneciente al derecho familiar por medio de la cual, se disuelve el vínculo del matrimonio en que se encuentran unidos dos personas, que se obtiene una vez satisfechos los requisitos legales para ello y que solo existe por la declaración expresa de la autoridad competente para dichos fines, recuperando por tanto los cónyuges, su entera capacidad, aptitud y libertad para contraer un nuevo matrimonio.⁵⁰

En el tanto las normas del derecho de familia son entendidas como imperativas de orden público, se resalta la función protectora del Estado. Dicha protección comprende el patrimonio construido durante el proyecto en común, la recuperación de la libertad de estado y la protección del menor en el marco de los deberes alimentarios, así como su derecho a un espacio sano para su desarrollo.

Presuponiendo que el divorcio se da a raíz del rompimiento de un plan de vida común, se debe presumir que los bienes materiales adquiridos durante el matrimonio cumplen la función de mutuo auxilio de los cónyuges. Para la recuperación de la libre disposición de bienes, el juez de familia debe velar por la defensa de la mancomunidad de bienes, mediante instrumentos como la activación del período de sospecha, protegiéndose patrimonialmente a todos los individuos del núcleo familiar.

Con la existencia del divorcio, se reconoce el carácter temporal de gran parte de las relaciones humanas. Como figura legalmente reconocida, la misma da respuesta a una realidad donde es necesaria la creación de un ámbito facilitador de la libre determinación de las personas, ya sea para formar nueva familia o bien satisfacer sus necesidades erótico-afectivas fuera del vínculo matrimonial declarado.

⁵⁰ Eduardo Oliva Gómez, *El Divorcio Incausado en México* (Ciudad de México: Moreno Editores, 2013), 87 – 88.

ii. Reseña histórica

La lógica de la libertad del individuo, proveniente del pensamiento ilustrado, se manifestó en el derecho costarricense a partir del surgimiento del Estado Liberal. La llegada al poder de los liberales implicó el rompimiento del Estado con la Iglesia católica, lo que le permitió alejarse al mismo tiempo de gran parte de las instituciones coloniales. Es en este punto donde se instaura la concepción del individuo como eje del pensamiento liberal.

Es posible hablar propiamente de divorcio vincular en Costa Rica a partir del Código Civil de 1888 basado en el Código Napoleónico de 1808. Lo anterior producto del advenimiento del liberalismo normativo en Costa Rica, desplazando la regulación con resabios religiosos. El profesor Tomás Federico Arias Castro expone la implementación del divorcio como una de las disposiciones más revolucionarias del Código Civil de 1888, al respecto menciona:

...se permitió la ruptura civil del vínculo matrimonial de los cónyuges, oponiéndose con ello al concepto de unión eterna e indisoluble, defendido por la doctrina religiosa. Como consecuencia de lo anterior, cualquier individuo divorciado podía volver a contraer nupcias civiles, debiéndose previamente inscribir dicha ruptura jurídica en el citado Registro Civil.⁵¹

Es en el contexto histórico anteriormente descrito donde se da la posibilidad del ejercicio del divorcio vincular, que permite contraer nupcias nuevamente.

⁵¹ Tomás Federico Arias Castro, “Historia la Comisión Codificadora de 1882 y el Código Civil de 1888”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, No 128 (mayo - agosto, 2012): 38.

La historia jurídica de Costa Rica se caracterizó durante la centuria decimonónica, por el surgimiento de una serie de leyes y normativas que modelaron nuestro sistema de derecho hacia un conglomerado jurídico basado en la irrestricta libertad de acción y pensamiento de los individuos. Paradigma bajo el cual, las únicas restricciones posibles a imponer en materia jurídica eran aquellas que se consideraban como básicas para la convivencia social.⁵²

Desde la recepción del Código Civil de 1888, Costa Rica tuvo vanguardismo en la regulación de la familia, debido a la conquista de instituciones que fueron aceptadas hasta mucho tiempo después en el resto de Latinoamérica. Al respecto, la profesora Rita Maxera expone:

Las disposiciones del Código pueden considerarse para esa época, de avanzada ya que reconoció capacidad jurídica de la mujer casada autorizándole la administración de sus bienes y consagró el divorcio vincular, Instituciones que ha sido conquistadas otros países latinoamericanos después de muchos años.⁵³

A nivel histórico, existen casos peculiares de atraso relacionados con la regulación del divorcio. Un ejemplo de esto es España que, si bien actualmente cuenta con legislación de avanzada en materia familiar, durante la época franquista —comprendida entre 1936 y 1975— prohibió el divorcio y no permitió a la mujer suscribir contratos sin la autorización del marido ni mucho menos contar con la administración de sus bienes.

⁵² *Ibid.*, 25.

⁵³ Rita Maxera, *Reseña de la Legislación Familiar en Costa Rica. En Realidad Familiar en Costa Rica*, primera ed. (San José, Costa Rica: FLACSO, 2001.), 31.

Es con la puesta en marcha del Código de Familia en 1973 que se pone a la vanguardia en cuanto a la regulación del derecho de familia. La normativa costarricense en materia de familia se hace ejemplo en la región latinoamericana producto de su nivel de especialización, siendo de las más avanzadas para la época.

Las causales de divorcio, en el caso costarricense con el Código de Familia, nacen con el propósito inicial de flexibilizar la figura del divorcio contemplando mayor igualdad de los sexos junto a una mayor protección del menor de edad.

Mediante posteriores reformas al Código de Familia, son varios cambios con los que se modifica la lógica de la separación y la forma de entender los nuevos modelos de familia. Una de esas transformaciones es la extensión de la autoridad parental a la mujer y la inserción de las obligaciones alimentarias que son punto prioritario dentro del proceso de divorcio.

El Código de Familia ha sido objeto de numerosas reformas, destinadas entre otros aspectos a fortalecer la protección de los menores, la igualdad de los sexos y la unión de hecho, además de flexibilizar el divorcio.⁵⁴

iii. Causales de divorcio

⁵⁴ Jorge Sáenz Carbonell, *Los Sistemas Normativos en la Historia de Costa Rica* (San José: ISOLMA, 2011), 373.

Las causales de divorcio son las que previamente consten en la norma de familia de los regímenes causalistas. La configuración en el plano fáctico de alguna de las acciones descritas en la norma posibilita al cónyuge solicitar la declaración del divorcio al juez de familia.

Se ha configurado un sistema causalista de divorcio donde existe una contención por la existencia de culpabilidad de alguno de los cónyuges. Teniendo lo anterior consecuencias, como lo es una eventual responsabilidad civil por los hechos que se tienen como probados durante el proceso de divorcio.

En el caso costarricense, se encuentra un régimen de divorcio de tipo judicial, donde debe mediar la sentencia del juez. La labor de juez con la aceptación de un divorcio llevado a cabo en sede notarial se centra en velar por el cumplimiento de las prerrogativas del régimen. El divorcio también puede ser declarado por la configuración material de alguna de las causales expresadas en el artículo 48 del Código de Familia.

Respecto a la clasificación de las causales, es importante resaltar que las categorizaciones conceptuales tienen un carácter arbitrario, ya que responden a una utilidad académica específica. Doctrinariamente se ha tratado de hacer una clasificación de las causales de divorcio por parte de varios tratadistas de Derecho de Familia. Por una parte, Gerardo Trejos, siendo uno de los redactores del Código de Familia costarricense, las clasificaba entre divorcio sanción y divorcio remedio:

El Código de Familia introduce en materia de divorcio ciertas innovaciones importantes. La nueva legislación conserva siempre al 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).⁵⁵ (subrayado es del original)

a. El adulterio de cualquiera de los cónyuges

Esta causal involucra la falta al deber de fidelidad adquirido durante el matrimonio. A nivel histórico, la configuración del adulterio era posible mediante la práctica de actos de carácter sexual con una persona distinta al cónyuge. Actualmente, se ha flexibilizado de manera sustantiva la carga probatoria de la figura, ya que la misma no conlleva necesariamente la prueba de la consumación del acto sexual.

La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que no es necesario aportar prueba de los actos de infidelidad que conlleven la satisfacción de necesidades sexuales.

⁵⁵ Gerardo Trejos Salas, *Derecho de la Familia. Primera Edición* (San José: Editorial Juricentro, 2010.) 284.

Cabe señalar que para demostrar la causal de adulterio, es necesario acudir, en la generalidad de los casos, a la prueba presuntiva y a la indiciaria, por tratarse de actos que se desarrollan de manera clandestina y sigilosa, donde el cónyuge adúltero, por la situación en que está, pretende ocultar sus relaciones extramatrimoniales, a su núcleo familiar y a otras personas.⁵⁶

El adulterio ha sido catalogado por varios tratadistas como una de las causales más graves, al punto de haber sido considerado en el pasado como delito en algunas legislaciones latinoamericanas, lo que implicó una posterior *descriminalización del adulterio*.⁵⁷

Es posible mencionar otras subcategorías de adulterio surgidas a partir de la ampliación de la causal. Un ejemplo de lo anterior es el adulterio homosexual, categorizado de manera distinta en legislaciones como la peruana.⁵⁸

Otra subcategoría surgida a partir del desarrollo de las comunicaciones es el adulterio cibernético, para su configuración es suficiente con comunicaciones que haga uno de los cónyuges rompiendo el deber de fidelidad. El Tribunal de Familia en su voto 241-2017 expone:

⁵⁶ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, “Proceso abreviado de Divorcio: voto 812-2011; 7 de octubre del 2011, 9:10 horas”.

⁵⁷ Carmen Julia Cabello, *Divorcio y Jurisprudencia en el Perú*, segunda edición. (Lima, Perú: Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999), 104.

⁵⁸ *Ib.*

Se avalan los dos hechos tenidos por probados y se agregan dos más, los cuales se identificarán con las letras C y D y que se deberán leer así: "C) que en perfiles de "facebook" se indica que la señora [Nombre 003] tiene una relación con [Nombre 005] (ver impresiones de folios 4 a 7, no objetadas); D) que en perfiles de "facebook" se muestra que el señor [Nombre 005] tiene una relación con la señora [Nombre 003] y aparecen fotografías besándose.⁵⁹

b. El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de sus hijos

El bien jurídico vida es el protegido en esta causal y es antagónico con la protección de los cónyuges entre sí. Al respecto, Trejos Salas manifiesta:

Para que lo haya se requiere que se produzcan actos que revelen la intención de privar de la vida a la persona agredida. No quita al atentado su calidad de tal, la circunstancia de producirse en estado de ebriedad o bajo el influjo de una grande excitación, aun en el supuesto de que fuere ocasionada por la parte contra la cual se dirige el ataque.⁶⁰

Es importante rescatar el desuso de esta causa por su alta carga probatoria y su concurrencia con una sevicia coexistente. La puesta en marcha de esta causal –atentado— es previa a los actuales mecanismos de respuesta a los distintos tipos de violencia doméstica, con los Juzgados de Violencia Doméstica como jurisdicción especializada.

⁵⁹ Tribunal de Familia de la Corte Suprema de Justicia, “Proceso abreviado de Divorcio: voto 241-2017; 20 de marzo del 2017, 11:14 horas”.

⁶⁰ Gerardo Trejos Salas, *Derecho de la Familia*, Primera Edición. (San José: Editorial Juricentro, 2010.) 292.

c. La sevicia en perjuicio del otro cónyuge o de sus hijos

Con esta causal, se busca la protección del cónyuge y demás miembros del núcleo familiar, tutelando su derecho a una vida libre de violencia ante los malos tratos que puedan surgir por parte de uno de los cónyuges. Al respecto, el Tribunal de Familia expone:

La paz en el ámbito familiar y los efectos que su ausencia provoca es un problema que afecta a la sociedad en general; debiendo considerarse siempre para resolver la litis, la aludida igualdad entre cónyuges y el derecho, de todos los miembros de la familia, a vivir en un ambiente libre de violencia, garante de su desarrollo integral. Con el afán de tutelar los derechos humanos de todas las personas y en especial de las mujeres, se han dictado diversas normas a nivel nacional e internacional que tratan de erradicar la violencia y la discriminación que ellas han sufrido, históricamente, en todos los ámbitos (familiar, político, social etc.).⁶¹

De las distintas definiciones doctrinarias de sevicia, se denota la actual insuficiencia del sistema causalista de divorcio para atender la problemática de violencia económica y patrimonial de uno de los cónyuges.

d. La tentativa de uno de los cónyuges para prostituir o corromper al otro cónyuge y la tentativa de corrupción o corrupción de los hijos de cualquiera de ellos.

⁶¹ Tribunal de Familia de la Corte Suprema de Justicia, “Proceso abreviado de Divorcio: voto 832-2004; 26 de mayo del 2004, 10:20 horas”.

El Código Penal costarricense precisa la corrupción como el promover o mantener la corrupción de una persona menor de edad o incapaz, ejecutando o haciendo ejecutar a terceros actos sexuales perversos, prematuros o excesivos, sin importar el consentimiento de la víctima. También se delimita el proxenetismo como la acción de promover o reclutar personas para la prostitución de las mismas. Agravándose el delito cuando se haga por parte de ascendientes, descendientes, hermanos o hermanas.⁶²

Es clara la búsqueda de protección, por parte del derecho de familia –con esta causal—, de la libertad sexual de los miembros más vulnerables dentro de los vínculos familiares. Una eliminación de esta causal no implicaría una vulneración de la libertad sexual de los miembros más vulnerables, ya que el asunto puede ser ventilado en otras jurisdicciones como la penal.

Quien incurra en esta causal de divorcio podrá, además, ser sancionado penalmente con pena de 4 a 10 años de prisión, ya que esos hechos tipifican el delito de corrupción y proxenetismo agravados.⁶³

e. La ausencia del cónyuge legamente declarada

La ausencia es la figura del derecho civil creada para resolver la problemática de las personas a las cuales no se les conoce paradero conocido. El plazo establecido para poder declarar la ausencia es de dos años según la norma civil. En caso de existir un apoderado general para todos o la mayoría de sus negocios, el plazo para declarar la ausencia será de 10 años. El Código Civil indica que los plazos citados podrán ser reducidos a un año cuando se conozca que la persona corría peligro de muerte o se encontraba gravemente enferma.

⁶² Asamblea Legislativa, “No. 4573: Código Penal, noviembre de 1970” SINALEVI: art, 168. Corrupción agravada..., recuperado el 9 de enero de 2018.

⁶³ Gerardo Trejos Salas, *Derecho de la Familia*, Primera Edición. (San José: Editorial Juricentro, 2010.) 295.

La causal de ausencia declarada fue introducida a la normativa costarricense por el Código de Familia. Para invocar esta causal, es necesaria la declaración previa en la sede civil bajo los supuestos del artículo 871 y siguientes del Código Procesal Civil.

La necesidad de declaratoria en sede civil, aunado a la espera del cumplimiento del plazo legal, hace la invocación de esta causal muy engorrosa frente a portillos procesales generados a partir de la creación de la separación de hecho. Dicho lo anterior, es posible afirmar un desuso de esta causal.

f. La separación judicial por un término no menor de un año, si durante ese lapso no ha mediado reconciliación entre los cónyuges.

Es imprescindible, para invocar esta causal, la declaratoria previa de separación judicial. Para la solicitud de declaratoria, es necesaria la configuración de un plazo no menor a un año sin que medie reconciliación efectiva alguna. Respecto a esta causal, Trejos Salas manifiesta:

La disolución del vínculo con base en esta causal tiene lugar aún cuando el otro cónyuge se oponga a la demanda. Esta es ineficaz únicamente cuando hubiere mediado reconciliación entre los cónyuges.⁶⁴

⁶⁴ Gerardo Trejos Salas, *Derecho de la Familia*, Primera Edición. (San José: Editorial Juricentro, 2010.) ,298.

g. La separación de hecho

La base de la causal de separación de hecho es superior a una simple discordancia entre los cónyuges, es posible afirmar esto, ya que implica un rompimiento existente y serio donde no exista reconciliación. También implica, al mismo tiempo, la falta de concurrencia de voluntades para continuar con la convivencia.

El tratadista Gerardo Trejos Salas considera necesaria la concurrencia de dos elementos para la configuración de la causal: primeramente, la existencia de una separación de hecho entre los cónyuges y el cumplimiento del lapso establecido por ley.

Poco importa que la separación haya sido decidida de común acuerdo (separación amistosa) O establecido por iniciativa de uno solo de los cónyuges (abandono unilateral). El mismo doctor del abandono puede, en este último caso, prevalecerse de la separación de hecho que él mismo ha creado.⁶⁵

La separación de hecho es la que se encuentra fundada en la condición material de no convivencia de los esposos por un período determinado. El lapso para poder invocar la causa es de tres años a partir de la separación fáctica.

Es necesaria, —para la configuración de esta causal— la rotura de la cohabitación por razones de contrariedad del plan común —por voluntad de solo una o ambas partes— u otro factor que imposibilite la permanencia en unión de la familia instituida en la sociedad conyugal.

⁶⁵ Gerardo Trejos Salas. *Derecho de la Familia. Primera Edición.* (San José: Editorial Juricentro, 2010.), 302.

iv. Divorcio por mutuo acuerdo

Es importante no considerar el mutuo acuerdo como una causal de divorcio por su perfil de menor conflictividad, para este tipo de proceso de divorcio, donde no existe contención producto de la concurrencia de voluntad de las partes para terminar de manera amistosa con el vínculo matrimonial existente.

Dicho proceso, a diferencia de las causales que implican una contención, puede ser realizado en sede notarial con la posterior aprobación del juez de familia, para la presentación de las ejecutorias en el Registro Civil y Registro Nacional.

Permite una mayor flexibilidad en cuanto a los arreglos de distribución de bienes acumulados, incluir el manejo que se le dará a los deberes alimentarios del padre y la madre, el deber alimentario para con el cónyuge y, finalmente, el carácter abierto o cerrado del régimen de interrelación familiar.

Manuel Mora Valverde, líder histórico costarricense y diputado por el Partido Acción Socialista, durante el período constitucional 1970-1974, expresaba respecto al divorcio por mutuo acuerdo:

*Nosotros los abogados sabemos que en Costa Rica es posible hacer un divorcio en cinco o seis días cuando ambos cónyuges están de acuerdo.*⁶⁶

⁶⁶ V. Acta de la sesión número 168 de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de 2 de octubre en 1972; páginas 1 y 2. Tomado de Trejos Salas, 2001.

Este proceso resulta mayormente expedito y menos problematizador, ya que no existe contención, lo que permite un arreglo amistoso entre las partes. En la separación por mutuo consentimiento, no es necesaria una revisión de los motivos —en la mayoría de los casos dolorosos— que provocaron la separación. Lo anterior no excluye la posibilidad de un abuso de uno de los cónyuges hacia la parte más vulnerable en el núcleo.

Si bien el proceso de divorcio por mutuo acuerdo es mayormente expedito y menos problematizante, sin embargo, es una manera de acudir al divorcio limitada para las personas que no cuentan con medios económicos para acudir a un notario.

IV. Desarrollo de la autonomía de la voluntad en el marco del Derecho de Familia

i. Principio de autonomía de la voluntad

Un principio fundamental del derecho privado es el de la autonomía de la voluntad, el cual enuncia que los sujetos privados están en libertad de actuar en todo aquello que deseen y hacer surgir consecuencias jurídicas obligatorias de toda clase de convenciones y acuerdos, mientras no se transgreda el orden básico establecido para el interés general. Es una garantía constitucional, la protección de esa autonomía y libertad. Este principio se materializa a través del consentimiento.

Como bien es sabido, la autonomía de la voluntad es un concepto procedente de la filosofía kantiana que se refiere a la capacidad del individuo para dictarse sus propias normas morales.

i. La autonomía de la voluntad es un principio básico del Derecho contractual. El valor de este principio se aprecia en el hecho de considerarse como una manifestación de la libertad del individuo, cuyo reconocimiento por la ley positiva se impone, el cual se traduce en la posibilidad que tienen las personas de regular libremente sus intereses, ejercitar los derechos subjetivos de los cuales son titulares y concertar negocios jurídicos.

ii.

iii.

iv. Sin embargo, independientemente de ser considerada como uno de los principios más importantes en el Derecho Civil y específicamente en el Derecho de Contratos, no es admitida de forma absoluta, por cuanto tiene restricciones previstas en la ley y otras que se desprenden de las circunstancias o de las situaciones de hecho. Dichas restricciones se manifiestan en forma de límites y limitaciones.⁶⁷

ii. Autonomía de la voluntad y el principio de libertad

Es claro que este principio tiene una estrecha relación con el principio de libertad, ya que se complementan, porque no se puede tener autonomía de la voluntad, si no se hace de forma libre. Así como no se puede disfrutar plenamente del principio de libertad, si no se es capaz de tomar decisiones con consecuencias jurídicas de forma autónoma. Como bien señala la Sala Constitucional:

⁶⁷ “Katuska Hernández Fraga”, recuperado Enero 11, 2018, <http://www.eumed.net/rev/rejie/06/hfgc.html>

El artículo 28 de la Constitución Política preserva tres valores fundamentales del Estado de Derecho costarricense: a) el principio de libertad que, en su forma positiva implica el derecho de los particulares a hacer todo aquello que la ley no prohíba y, en la negativa, la prohibición de inquietarlos o perseguirlos por la manifestación de sus opiniones o por acto alguno que no infrinja la ley; b) el principio de reserva de ley, en virtud del cual el régimen de los derechos y libertades fundamentales sólo puede ser regulado por ley en sentido formal y material, no por reglamentos u otros actos normativos de rango inferior; y c) el sistema de la libertad, conforme el cual las acciones privadas que no dañen la moral, el orden público o las buenas costumbres y que no perjudiquen a tercero están fuera de la acción, incluso, de la ley. Esta norma vista como garantía, implica la inexistencia de potestades reglamentarias para restringir la libertad o derechos fundamentales, y la pérdida de las legislativas para regular las acciones privadas fuera de las excepciones, de ese artículo en su párrafo 2º, el cual crea, así, una verdadera "reserva constitucional" en favor del individuo, a quien garantiza su libertad frente a sus congéneres, pero, sobre todo, frente al poder público.⁶⁸

⁶⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 2010-3951; 24 de febrero 2010, 14:49 horas.

En el mismo sentido:

Como ya se indicó, el principio de libertad jurídica se encuentra expresado principalmente en el principio de autonomía privada, según el cual el administrado puede regular jurídicamente de acuerdo a su voluntad y en la medida de su contenido, su esfera de acción. Básicamente el principio de libertad jurídica significa que el administrado puede fijarse él mismo los fines de su conducta y los medios para cumplirlos. Ciertamente no podría hablarse de fines completamente libres, toda vez que bajo ciertas circunstancias, el Estado puede imponerle excepcionalmente fines al particular (como los gastos públicos). Lo esencial estriba en que el Estado no puede interferir en la esfera de acción privada de los administrados, sino es a través de una autorización expresa de una norma escrita o no escrita que provenga del ordenamiento jurídico, y que los particulares puedan realizar todas aquellas actividades que no estén expresamente prohibidas. De modo que, si el ordenamiento no prohíbe una conducta, se puede interpretar que el administrado está autorizado para determinar sus propios fines y a la vez los medios a través de los cuales los quiere realizar.⁶⁹

Este principio se puede ubicar en multiplicidad de normas a lo largo del ordenamiento jurídico, pero la doctrina lo ha ubicado —de forma implícita— principalmente dentro del artículo 28 de la Constitución Política:

⁶⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 2008-16099; 29 de octubre 2008, 8:34 horas.

*Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por actual bueno que no infringe la ley. Las acciones privadas que no dañen la moral, o el orden público, o no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción de la ley (...)*⁷⁰

La autonomía de la voluntad es esencial para todas las ramas del derecho y el ordenamiento jurídico. No obstante, cobra una especial relevancia en el Derecho de Familia (hasta ahora muy limitado), por ser imprescindible para formar vínculos con consecuencias jurídicas tan trascendentales para la persona.

iii. Consentimiento matrimonial

Por consentimiento matrimonial, se entiende la necesaria concordancia o equivalencia entre las dos declaraciones de voluntad expresadas por ambos cónyuges, de querer contraer matrimonio, como tal negocio jurídico.⁷¹ Y así es estipulado por el Código de Familia costarricense en su artículo 13, al expresar literalmente lo siguiente: *“Para que exista matrimonio el consentimiento de los contrayentes debe de manifestarse de modo legal y expreso”*.⁷²

A lo que la Sala Constitucional señala:

⁷⁰ Constitución Política de Costa Rica., artículo 29, consultado 10 de enero, 2018.

⁷¹ “Consentimiento Matrimonial”, Guías Jurídicas, recuperado en enero 12, 2018, http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAUMjAyMLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzA7BAZlqlS35ySGVBqm1aYk5xKgCNeoMhNQAAAA==WKE

⁷² Código de Familia de Costa Rica, artículo 13, consultado el 20 de enero de 2018.

Las formalidades que comporta el acto matrimonial tienen como fin que las personas que van a suscribirlo tomen conciencia de la importancia y consecuencias que se van a producir. Por medio de procedimientos formales, se induce a las partes a expresarse con mayor exactitud, a crear una expresión de la voluntad clara y completa. Precisamente el valor que le otorga la ley al consentimiento para llevar a cabo un acto de tan gran trascendencia jurídica como lo es el matrimonio, es porque éste responde a los sentimientos de los contrayentes, unirse para alcanzar los fines que persigue el matrimonio. Hay una voluntad concurrente y coincidente de los contrayentes dirigida hacia un mismo punto, la creación del matrimonio. No obstante, los fines e incluso la voluntad de los contrayentes puede cambiar durante el matrimonio, lo que ha dado origen a su rompimiento, o sea al divorcio, lo cual puede ser de forma contenciosa o voluntaria.⁷³

El consentimiento matrimonial ha de ser emitido libremente y no puede ser limitado ni condicionado, esto es, que el acto jurídico del matrimonio es un acto puro que no admite ni acepta ninguno de los elementos accesorios, tales como: condición, término y modo. En el caso de que en el acto jurídico del matrimonio, por voluntad de las partes, se impusieran los elementos accesorios mencionados, no comportaría dicha imposición la nulidad o inexistencia del matrimonio celebrado, sino que el mismo sería plenamente válido, aunque se tendrían por no puestos la condición, término o modo incluidos, manteniéndose por tanto la plena eficacia del matrimonio celebrado⁷⁴

⁷³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 2010-3951; 24 de febrero 2010, 14:49 horas.

⁷⁴ *Ibíd.*

Destacables resultan los vicios de la voluntad que provocan, asimismo, la nulidad del matrimonio, como son: el error, la coacción o el miedo. El error, como vicio del consentimiento, es causa de nulidad del matrimonio, siempre y cuando el mismo sea de especial trascendencia y en todo caso determinante de la declaración de voluntad. Por coacción se entiende: *"privar físicamente de la voluntad, pudiéndose citar como ejemplo más patente el de la tortura"*.⁷⁵ Por miedo se entiende la amenaza de un mal que provoca una anulación o limitación de la voluntad.

En relación con el divorcio propiamente dicho, el consentimiento se limita únicamente cuando uno de los consortes desea divorciarse. *"Dentro del tema del matrimonio el consentimiento ha sido fundamental para determinar la unión. Por ello la mayoría de los ordenamientos jurídicos decidieron causales de nulidad a falta de este elemento."*⁷⁶

Partiendo del concepto de matrimonio como negocio jurídico bilateral y formal, por el cual los contrayentes declaran su voluntad de constituir una relación estable de convivencia plena, el matrimonio como parte integrante esencial del Derecho de Familia comparte con el mismo la característica de este de no ser una institución creada y regulada por el ordenamiento jurídico, sino una institución natural que el derecho no solo acepta, sino también reconoce y regula.⁷⁷

Para ello, la Sala Constitucional ha intentado darle a la autonomía de la voluntad, como principio, la importancia que se merece, tanto para el inicio del vínculo con el matrimonio como para disolverlo con el divorcio.

⁷⁵ *Ibíd.*

⁷⁶ Eva Camacho Vargas. *Sobre el Divorcio Incausado*. Artículo no publicado

⁷⁷ "Consentimiento Matrimonial", Guías Jurídicas, recuperado en enero 12, 2018, http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAUMjAyMLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzA7BAZlqlS35ySGVBqm1aYk5xKgCNeoMhNQAAAA==WKE

La Sala, si bien ha potenciado el principio de autonomía de la voluntad frente a la armonía de voluntad entre los cónyuges en el divorcio y claramente diferenció la petición de divorcio voluntaria de la contenciosa, señaló, en la sentencia No. 2010-3951, que la decisión de este Tribunal en el pronunciamiento No. 2008-16099 no implicaba la abrogación de cualquier plazo relacionado con los procesos de separación y divorcio, sino que sentó las bases para suprimir, por inconstitucionales, las restricciones irrazonables que se hagan pesar sobre los cónyuges, quienes, libremente y concurriendo sus voluntades, desean disolver el lazo matrimonial.⁷⁸

Las sentencias citadas son relevantes para dos temas: el divorcio y la autonomía de la voluntad, ya que se refieren a cuando una persona ya no desea permanecer en el matrimonio, pero por razones legales —casi siempre por los plazos— no puede dejarlo, situación que provoca un choque de la ley con este y otros principios, por ejemplo, el de libertad y el de seguridad jurídica.

iv. Autonomía de la voluntad y el divorcio

En el divorcio la suerte ha sido distinta, la mayoría de las legislaciones han decidido que no debe el consentimiento —estrictamente mutuo— tener injerencia en la disolución y que esta puede acontecer únicamente por causales determinadas en los códigos. No obstante, algunas normas que lo contemplan, en Costa Rica y otras legislaciones, optan en su generalidad por establecer plazos y, por lo tanto, esta voluntad de no convivencia quedó sometida a condiciones estrictas.

⁷⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 2012-2448; 24 de febrero 2012, 14:49 horas.

*La idea predominante era que, como principio, no se puede admitir que bastará la voluntad de los esposos para disolver el matrimonio, si no solo cuando medias en además aquellas causales legítimas y comprobadas. Lo que a los ojos de hoy parece poco razonable.*⁷⁹

Cuando se revisa el alcance tanto filosófico como constitucional del principio de autonomía de la voluntad, se está ante un postulado que defiende la libre determinación de cada persona, otorgándole la libertad de edificar su propio destino. La autora Aida San Vicente ilustra con la siguiente definición: “*La autonomía de la voluntad es el poder de autodeterminación que le permite al ser humano dictar y construir una nueva realidad jurídica en torno de sus intereses y relaciones*”.⁸⁰

La jurisprudencia admite la clasificación mantenida doctrinalmente de causas remedio y causas sanción.

*Implicaron la culpabilidad o inocencia de los cónyuges y con las consecuencias tales como la pérdida de algunos derechos. En Costa Rica todavía se mantiene la pérdida de alimentos en causales sanción esta tendencia se ha justificado en considerar que la persona merece un castigo. Consideraciones todas con gran influencia moral y religiosa.*⁸¹

⁷⁹ Eva Camacho Vargas. *Sobre el Divorcio Incausado*. Artículo no publicado

⁸⁰ Aida del Carmen San Vicente Parada. *El Principio de Autonomía de la Voluntad*. (Ciudad de México: UNAM, 2010), 56.

⁸¹ Eva Camacho Vargas. *Sobre el Divorcio Incausado*. Artículo no publicado, 28.

Si se orienta hacia una vertiente de mayor actualidad: *“Las legislaciones se orientan a fomentar las normas que permitan un acuerdo de voluntades para disolver el vínculo.”*⁸² El autor Jorge Adame considera, en su libro *La naturaleza y la justicia del matrimonio*, que se está ante una figura sostenida por una relación entre personas que procuren el respeto de la autonomía de la voluntad dentro del vínculo. Toda relación está compuesta de conductas mutuas de la pareja de forma libre y voluntaria.

*En la posmodernidad, en lo concerniente al matrimonio se revaloriza la contemplación de los afectos en la vida conyugal, asignándose importancia creciente a las relaciones de pareja y validando un desarrollo autónomo de la sexualidad.*⁸³

En la actualidad y desde hace ya varias décadas, se ha comprendido y asimilado que la elección de pareja para casarse es una elección personal y no una decisión de la familia. Esta es una elección hecha para perdurar a lo largo del tiempo y que debe restaurarse todos los días.

*Así las cosas, la valorización de este afectos recíproco como causa sustentadores de la relación matrimonial, provoca la generalización, en el mundo legislativo de un divorcio "sin culpable", al no establecerse en todos los supuestos un régimen sancionador que habría de aplicar al presunto responsable.*⁸⁴

⁸² *Ibíd.*

⁸³ *Ibíd.*

⁸⁴ *Ibíd.*, 30.

*Distinto es el enfoque cuando el problema del divorcio queda centrado en un punto a sus modalidades, esto es a su mayor o menor amplitud y posibilidad de acceso, tópico sobre el cual se advierte que persiste aún un vivo debate.*⁸⁵

La interrogante se puede formular en estos términos: ¿Es saludable mantener y aún profundizar la tendencia a la liberalización del divorcio haciendo de él un expediente fácil de lograr, hasta por un simple pedido incausado de cualquiera de los cónyuges o, en un sentido inverso, deviene aconsejable, como dice Malaurie, “*frenar el divorcio, volviéndolo difícil, complicado, lento y oneroso*”?⁸⁶ Esto es parte del tema que se intentará analizar más adelante en la investigación.

*Laurent enseñaba hace un siglo que aunque el divorcio provocara una ruptura formal y legal del matrimonio, esta ruptura no se hacía más que demostrar una quiebra conyugal preexistente. Es decir que, claramente, el divorcio no rompe la comunidad conyugal, sino que lo que hace es probar el hecho de la ruptura.*⁸⁷

En esa tesitura, dicha forma de disolución del vínculo tiende a proteger un derecho humano fundamental, como es el de la autodeterminación del cónyuge que no quiere vivir más en matrimonio. El principio de autodeterminación se encuentra consagrado en el ordenamiento jurídico costarricense, tanto en la Constitución Política como en diversas sentencias de la Sala Constitucional.

⁸⁵ *Ibíd.*, 34

⁸⁶ *Ibíd.*, 36

⁸⁷ *Ibíd.*

No cabe duda de que hay dignificación en los intentos de las leyes contemporáneas de no inmiscuirse en lo más profundo de la intimidad de los individuos, en respetar sus decisiones personales en este ámbito tan delicado en el que se está involucrando nada menos que la integridad ética de la persona humana.⁸⁸

En cuanto al divorcio sin causa, es precisamente en el tema del divorcio unilateral donde la autonomía de la voluntad y el consentimiento rompen sus cadenas y toman aún mayor libertad, ya que es concretamente en este apartado donde se supera el tema del consentimiento de forma mutua y se pasa a un consentimiento de forma unilateral, es decir, los consortes quedan aún más libres de decidir sobre si desean permanecer en el vínculo matrimonial o no.

Es importante también relacionar estos conceptos con el principio de seguridad jurídica. Permitiendo el divorcio cuanto antes, aunque solo sea por la voluntad de uno solo de los cónyuges, se eliminan posibles situaciones de incerteza como las relativas a la presunción de paternidad, mientras no se disuelva el matrimonio; a la ganancialidad potencial de bienes cuyo origen pueda ser controversial en esa situación de incertidumbre del vínculo y una pensión alimentaria potencial por el cambio de circunstancias posteriores a la separación de la pareja.

⁸⁸ *Ibíd.*, 37.

vi. Derecho a la vida privada y familiar

Con la resolución de la Corte Interamericana Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs Costa Rica, se reafirma el derecho a la vida privada y familiar; como categorías protegidas y contempladas dentro del catálogo de Derechos Humanos. Lo que sitúa dichos derechos en el marco del sistema de protección regional contenido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al respecto el Dr. Miranda Bonilla ha manifestado: *...el Tribunal interamericano determinó que la interpretación contenida en la sentencia constitucional vulneraba el derecho a la vida privada y familiar contenida en los artículos 5.1,7, 11.2 y 17.2 de la Convención Americana.*⁸⁹

El derecho a la vida privada y familiar contempla en libre desarrollo de los vínculos familiares, con una intervención del Estado que se limite a un balance de la correlación de fuerzas dentro de la dinámica familiar. Protegiéndose especialmente a los individuos históricamente vulnerables dentro del núcleo familiar como lo son los menores de edad, personas de la tercera edad y la mujer víctima de violencia psicológica física o patrimonial. Ese es el único espacio donde las normas del derecho de familia se convierten en imperativas de orden público, dejando el libre albedrío del individuo fuera de su alcance.

⁸⁹ Haideer Miranda Bonilla. *Derechos Fundamentales en América Latina*. (San José: Editorial Jurídica Continental, 2015), 113.

La doctrina nacional e internacional también habla del carácter difuso del control de convencionalidad, por lo que el operador jurídico ligado administración de justicia interna, tiene como imperativo velar por la observancia de las normas contempladas en la Convención Americana y demás instrumentos de protección de los Derechos Humanos. Se evita de esta manera una violación a una norma que ya fue debidamente analizada dentro de la jurisprudencia y opiniones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El profesor Miranda subraya la necesidad de una especial atención del operador jurídico nacional, a los tratados internacionales que amplíen los derechos del individuo:

El control de convencionalidad reconocido formalmente a partir de la sentencia Almonacid Arellano tiene como una de sus principales características su carácter “difuso”, en virtud del cual lo deben ejercer todas los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización.⁹⁰

Para la protección de derechos como la dignidad humana, libre determinación del individuo, respeto a la vida privada: es necesario un entendimiento de la autonomía de la voluntad que supere la vieja concepción de que todo está permitido mientras no sea limitado por la ley. Para entender dicho principio debe armonizarse con los convenios a los cuales el Estado se encuentra suscrito, para esta manera adherir los valores y principios contenidos en las normas internacionales de protección del individuo, mediante un control multinivel de convencionalidad:

⁹⁰ Ibid, 131 – 132.

En el siglo XXI, el rol del juez en un Estado Constitucional de Derecho ha dejado de ser la –bouche della loi- para tener un papel protagónico en la protección de los derechos humanos. Los jueces nacionales tienen una importante misión de salvaguardar no solo los derechos fundamentales previstos en la Constitución, sino también el conjunto de valores, principios y derechos reconocidos en los instrumentos internacionales que el Estado ha suscrito.⁹¹

⁹¹ Ibid., 165.

TÍTULO SEGUNDO

I. Análisis del Derecho costarricense

i. El divorcio causalista en Costa Rica

En el caso costarricense, al identificar las causales contempladas en el artículo 48 del Código de Familia vigente, es notorio que estas tienen un carácter problematizador que hace surgir controversias mayores en la esfera íntima de la dinámica familiar. El advenimiento de las altercaciones entre los cónyuges se da con la ventilación de aspectos de la vida privada dentro del proceso que se ha judicializado.

La pérdida de vanguardia del régimen de divorcio costarricense se advierte con la carencia de un Derecho de Familia vanguardista acorde a la autonomía de la voluntad, un conjunto de normas cerradas que ignoran un contexto social donde se inscribe el varón como centro del poder, en el marco de una relación vincular monogámica adscrita a una sociedad de orden patriarcal. Por lo anteriormente señalado, se da la necesidad de acciones afirmativas que permitan una mayor equidad dentro de los cambios sobrevinientes —en la vida familiar— a raíz del divorcio.

Respecto a los sistemas causales —como el costarricense— y su poca conveniencia para el libre desarrollo de los individuos, el autor Oliva Gómez ha manifestado:

El sistema causal bajo el cual se ha regido por tradición histórica el divorcio necesario, muestra hoy evidente decadencia en sus principios, formas, procedimiento y sobre todo, estructura ideológica.

Las causales de divorcio resultan poco útiles y no son funcionales para las relaciones conyugales y familiares, se consideran muchas causales, en la mayoría de ellas se busca un culpable y la disolución del vínculo sólo opera al acreditarse plenamente, todo esto propicia conflictos aún mayores de los que ya están viviendo los cónyuges que se divorcian, lo que provoca un desgaste emocional, una agresión continua y mutua que no reporta ningún beneficio la pareja, a sus hijos, a la familia y a la sociedad.⁹²

El sistema causalista de divorcio ha sido el modelo tipo de legislación para acceder al divorcio en Latinoamérica. No obstante, dicho modelo ha dado un giro hacia un sistema de corte incausado, dotando de vanguardismo los regímenes de divorcio y comprendiendo la libre determinación de los cónyuges como eje fundamental del mantenimiento del vínculo. Además, supera la concepción de matrimonio como espacio de opresión y ejercicio nocivo del poder, que afecta a todos los integrantes del núcleo familiar y, por lo tanto, limita su desarrollo integral dentro de la esfera doméstica.

Entre las acciones afirmativas deben estar la protección de la mujer y los menores tanto a nivel físico como patrimonial. La protección debe darse acorde al entendimiento contemporáneo del principio de unidad familiar, donde la cohabitación o existencia del vínculo jurídico no deban ser requisito para que impere la unión de los miembros que componen el grupo familiar.

a. Libertad de estado

⁹² Eduardo Oliva Gómez. *El Divorcio Incausado en México*. (Ciudad de México: Moreno Editores, 2013). 150.

Por una concepción errónea del principio de unidad familiar, el artículo 48 del Código de Familia no prevé las diversas circunstancias en que puede caer una pareja que ha ingresado en un ambiente de conflictividad dentro de la relación matrimonial; cuando es evidente, que más allá de las causas generadoras del desvinculamiento, existe una voluntad expresa y no viciada de terminar con el lazo conyugal.

b. Libre disposición de bienes

Con la perpetuación en el tiempo del vínculo jurídico, se vulnera el derecho de la persona a poseer una verdadera libre disposición de sus bienes. Lo anterior sin obviar el debido respeto al carácter ganancial de los bienes que efectivamente fueron adquiridos durante la armonía matrimonial, siempre y cuando no medie una participación diferida dentro del régimen patrimonial.

En materia de régimen patrimonial del matrimonio, en nuestra legislación rigen dos sistemas: uno convencional, y otro legal supletorio. En el convencional, dos esposos son libres de pactar un contrato matrimonial otorgado en escritura pública, para regular todo lo relativo sus bienes, usufructo, ganancias, frutos y administración, es el llamado contrato de capitulaciones matrimoniales, que puede portarse 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.⁹³

⁹³ Tribunal de Familia de la Corte Suprema de Justicia, “Proceso de Divorcio: voto 357-01; 8 de marzo del 2001, 15:40 horas”.

En cuanto al régimen patrimonial del divorcio, la reforma de 1997 al Código de Familia eliminó la pérdida del derecho de gananciales del cónyuge culpable en un proceso de divorcio. Dicha reforma lleva al régimen actual, donde el cónyuge —culpable o no— mantiene el derecho a la mitad del valor de los bienes gananciales.

c. El derecho a la intimidad

Con el sistema causalista, se está ante una injerencia innecesaria del Estado en la vida privada del individuo. Se violenta dentro del divorcio costarricense el derecho a la intimidad, al perpetuar de manera innecesaria un proceso. Parte de esta perpetuación se da a causa de la necesidad de tener como probada una de las causales establecidas legalmente e invocada por la parte actora.

Con el sistema causalista, se menoscaba el libre desarrollo de la persona, derivado del principio liberal de autonomía de la voluntad. El sistema contencioso de divorcio limita la libre elección de plan de vida según varíe el contexto del cónyuge. El Estado interviene condicionando el libre albedrío de las personas que están atadas a un vínculo matrimonial.

El derecho a la intimidad se encuentra tutelado dentro de la Declaración Universal de Derechos Humanos, esta protección debe darse en todo momento durante un proceso judicial, evitando de esta manera una desprotección del individuo y su esfera más íntima. Dicho instrumento universal de protección de los derechos humanos contempla la esfera familiar y doméstica del individuo.

*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.*⁹⁴

Durante la contención del proceso, impera una necesidad de acreditación de la causal para que sea posible decretar el divorcio. El juez de familia se encuentra limitado por la Ley de Familia, por lo que no puede dar una interpretación extensiva de ninguna de las causales. Aunque la decisión de no querer continuar con el vínculo matrimonial sea expresa, el juez se ve obligado a probar la causa para poder decretar el divorcio, a pesar de la libre voluntad de los cónyuges.

d. La comprobación de la causal dentro del proceso de divorcio

El régimen costarricense de divorcio implica una carga probatoria para el cónyuge que decide terminar unilateralmente con el vínculo. Lo anterior no facilita el acceso del individuo a su libre albedrío, limitándolo a una situación existente únicamente en el plano jurídico, mas no material.

La carga probatoria ha sido uno de los mayores obstáculos para la obtención del divorcio, ya que involucra la invocación de la causal en la cual se ampara. La solicitud de demanda sustentada en una causal implica la comprobación de la misma mediante prueba diversa que será valorada por el juez, alargando el proceso y utilizando mayores recursos judiciales.

⁹⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo 12.

El enfoque multidisciplinario del Derecho de Familia conlleva la comprensión de las consecuencias psicológicas y sociales de la aplicación de la norma de familia. Como se venía diciendo, las causales son problemáticas, ya que tocan el fuero íntimo del individuo, lo que incluye una carga probatoria muy pesada. Respecto a las causales por probar, el profesor Oliva se refiere a ellas de la siguiente manera:

...resultan humillantes y denigrantes para los cónyuges, para sus hijos y demás miembros de la familia, invaden la intimidad de la relación conyugal y muchas de ellos resultan, como se ha señalado, muy complejas en su demostración, lo que ocasiona daños psicológicos y sociales en perjuicio de la armonía familiar. El paradigma en que se sustenta este sistema ha cumplido su ciclo y por tanto, es de primordial importancia la construcción del paradigma emergente que responda con eficacia y total respeto a los derechos humanos de miembros de la familia que viven la necesidad de vivir y enfrentar un divorcio.⁹⁵

La discusión del adulterio —dentro del proceso— incrementa en muchos casos la crisis familiar. La infidelidad se ejecuta generalmente en el fuero más íntimo, lo que descarta la posibilidad, —en muchos casos— de tener prueba contundente por parte del cónyuge que invoca la causal. El cónyuge podrá tener por probados los hechos que configuran el adulterio únicamente con indicios, si bien lo anterior implicó una disminución en la carga probatoria de la víctima, no aminoró la conflictividad que tiene la causal por sí misma. Respecto al nivel de contundencia de la prueba testimonial que acredita el adulterio, el Tribunal de Familia ha considerado:

⁹⁵ *Ibíd.*

...esa causal de divorcio comúnmente no es un hecho susceptible de demostrarse siempre mediante la declaración de testigos que de forma directa hayan apreciado la consumación del mismo, por lo que debe recurrirse a la prueba que permita develar indicios precisos y graves, que en conjunto con todas las probanzas, acrediten que se ha dado el adulterio.⁹⁶

Al invocarse la causal de sevicia, se deduce la existencia de una relación de poder nociva para el grupo familiar. No obstante, al igual que en otras causales expuestas, la eliminación de esta no implica una desprotección de las víctimas de violencia intrafamiliar, ya que existen mecanismos de protección –insuficientes o no— como las medidas de protección generadas con la Ley Contra la Violencia Doméstica.

Contrario a lo que se puede especular, una eliminación de esta causal no implicaría una desprotección de la víctima que ha sufrido un atentado contra su vida, ya que se cuenta con la jurisdicción especializada sobre violencia doméstica y las penas establecidas en sede penal. Sobre esta causal, cabe destacar su desuso por los motivos expuestos, ya que la sevicia está muchas veces ligada al atentado y tiene mayor facilidad para la aportación de prueba, por lo que es más utilizada en la práctica del litigante.

e. Celeridad y economía procesal

Con el régimen actual de divorcio y la carga probatoria de las causales, se violentan principios de fundamental importancia para el proceso como lo es la celeridad procesal, ya que en muchas ocasiones se continúa de manera innecesaria con la contención del proceso.

⁹⁶ Tribunal de Familia de la Corte Suprema de Justicia, “Proceso Abreviado de Divorcio: voto 91-15; 27 de enero del 2015, 13:33 horas”.

Lo anterior implica gastos del Estado en procesos que pueden encontrar una solución judicial más expedita.

La economía procesal se vería mayormente reflejada en el sistema incausado de divorcio, contribuye a evitar actuaciones innecesarias, donde lo que se pretende es no dilatar el proceso de forma inútil. El sistema incausado solo requiere la voluntad de uno de los cónyuges de divorciarse y la menor prueba documental posible.

Queda claro que, en el sistema de divorcio sin causa, el juez está procesalmente obligado a dictar la sentencia de divorcio. Resulta evidente que el carácter obligatorio de la petición de carácter unilateral o bilateral debe ser acompañado de una propuesta que regule los efectos derivados del divorcio.

El nuevo Código Procesal de Familia —que entraría en aplicación en octubre del año 2020— comprende, en su artículo 5, los principios generales de la teoría general del proceso, como el acceso a la justicia y la economía procesal:

Principios procesales generales

Serán de aplicación general los principios de fácil acceso a la justicia, impulso procesal de oficio, celeridad procesal, buena fe, economía procesal y equilibrio.

En cuanto a los principios especializados del Derecho Procesal de Familia, el Código Procesal de Familia comprende el principio de tutela de la realidad y solución integral del conflicto:

Artículo 6.- Principios propios del Derecho Procesal de Familia

Las normas contenidas en la presente ley tienen como centro a la persona humana y deben interpretarse conforme a los principios de equilibrio entre las partes, tutela de la realidad, ausencia de contención, solución integral, abordaje interdisciplinario, búsqueda de equidad y equilibrio familiar, el mejor interés, protección, accesibilidad, diversidad, participación e intervenciones especiales y progresivas, preclusión flexible e inestimabilidad de las pretensiones.

ii. El divorcio por mutuo consentimiento

Esta posibilidad de obtención del divorcio se encuentra regulada en el inciso 7 del artículo 48 del Código de Familia. Es con este punto que el legislador consideró la posibilidad de una solución al conflicto conyugal cuando en él converja la voluntad de ambos cónyuges.

El divorcio voluntario, al que también se le denomina divorcio por mutuo consentimiento, es aquel que solamente tendrá lugar cuando por solicitud de ambos cónyuges ante la autoridad competente, el sustento principal será la existencia de mutuo consentimiento de ambos cónyuges sin necesidad de mayor expresión de causa alguna para la disolución del vínculo matrimonial.⁹⁷

⁹⁷ Eduardo Oliva Gómez. *El Divorcio Incausado en México*. (Ciudad de México: Moreno Editores, 2013).

El divorcio por mutuo acuerdo es de carácter voluntario y bilateral, ya que es necesaria la expresa voluntad de ambas partes para iniciar el proceso. El acceso a este proceso bilateral se encuentra limitado únicamente a las parejas que cuentan con un mutuo deseo de disolver la situación jurídica que les une. Este proceso no cuenta con un carácter contencioso, ya que se encuentra basado en el libre deseo de los cónyuges de disolver el vínculo sin litigio alguno.

Si bien en la doctrina especializada en Derecho de Familia —tanto nacional como internacional— se ha determinado mayoritariamente que el matrimonio no es contrato, resulta de especial interés la posición desde el punto de vista civil, como rama común del derecho privado, donde se ha considerado en materia de contratos:

...el mutuo consentimiento se encuentra reconocido en toda nuestra tradición jurídica y se apoya básicamente en el principio aplicable en materia de contratos: quod consensus perficitur, consensus dirimitur (lo que el consentimiento puede perfeccionar, el consentimiento puede romper)⁹⁸

La figura del divorcio por mutuo acuerdo se encuentra restringida para las parejas que cuenten con los medios económicos para contratar a un notario que realice la escritura. En el caso de las parejas con menores recursos, pueden realizarlo —únicamente— con la limitada labor de Casa de Justicia, que realiza divorcios por mutuo consentimiento gracias a los instrumentos que brinda la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social.

⁹⁸ Jorge Mario Magallón Ibarra en: Eduardo Oliva Gómez. *El Divorcio Incausado en México*. (Ciudad de México: Moreno Editores, 2013). 94.

El Estado debe facilitar a los cónyuges todos los instrumentos jurídicos necesarios para resolver los conflictos familiares. Al no tener la posibilidad los consultorios jurídicos de realizar actos notariales, las familias de escasos recursos se ven más expuestas a la posibilidad de un proceso de divorcio con invocación de causa.

Por otra parte, si bien el artículo 7 del Código de Familia dispone que el Estado debe proporcionar patrocinio letrado a quienes carecen de recursos económicos, lo cierto es que este principio sólo ha tenido eficacia para pensiones alimentarias. Así, los programas de consultorios jurídicos de las universidades tienen un porcentaje muy alto de casos de Derecho de Familia. De esta manera, el acceso a la justicia en la materia es muy relativa y cuestionable, salvo en temas de pensiones alimentarias y violencia doméstica.⁹⁹

El divorcio por mutuo consentimiento es iniciado por un notario que pueda dar fe pública de la libre voluntad de los cónyuges de terminar con el matrimonio o como bien ya se mencionó, mediante un proceso de resolución alterna del conflicto en Casa de Justicia. El convenio puede contener los acuerdos respecto al tipo de régimen de interrelación familiar, que puede ser de tipo abierto, generalmente utilizado por las parejas que tienen una menor conflictividad o un régimen cerrado para casos donde sea necesario. El acuerdo debe contener lo que concierne a los derechos alimentarios de los menores de edad, mismos que son irrenunciables y deben procurar el mantenimiento del mismo estilo de vida llevado por el menor previo a la crisis conyugal.

En cuanto a la conceptualización del divorcio por mutuo acuerdo, el Tribunal de Familia indica:

⁹⁹ Diego Benavides Santos. Acercamiento al Derecho Familia y al sistema judicial de familia de Costa Rica. Disponible en: <https://www.poder-judicial.go.cr/salasegunda/index.php/revista/instructivo-para-publicar-articulos/23-revista/revista-4/46-revista4-acercamiento-derecho-familiar>

En el divorcio por mutuo acuerdo, las partes concurren con una voluntad libre, ante el juez (a) con el fin de homologar un convenio que han suscrito de común acuerdo ante un notario (a) público, donde deciden finalizar el matrimonio. También expresan su acuerdo sobre los extremos contemplados en el artículo 60 del Código de Familia, tales como la guarda, crianza y educación de los hijos (as), la fijación de la pensión alimentaria, la repartición de los gananciales por citar algunos requisitos que la ley exige solucionar para que el juez (a), en sentencia, disuelva el vínculo matrimonial. 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.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Tribunal de Familia de la Corte Suprema de Justicia, “Proceso de Divorcio por Mutuo Consentimiento: voto 1241-16; 5 de diciembre del 2016, 10:12 horas”.

II. Análisis de Derecho comparado

Esta sección pretende deliberar sobre las distintas legislaciones que utilizan la figura del divorcio incausado, aunque algunas legislaciones utilizan otros nombres para la misma figura. Es necesario analizar los antecedentes de los regímenes de divorcio en otros países, el procedimiento seguido y valorar sus principales críticas, con el fin de considerar si estos países han alcanzado o no, un mayor respeto al principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad y la autonomía de la voluntad privada.

El estudio del derecho comparado puede servir para varios propósitos. El primero de ellos es que la comparación del propio sistema con otro permite examinar los principios del sistema legal nacional y, en consecuencia entenderlo mejor. Muchas de las disposiciones legales de un país tienen su fuente en las de otros países, o bien han inspirado la legislación de otras naciones. En ambos casos, las leyes, las resoluciones de los tribunales y las opiniones de los doctrinarios del país extranjero permiten comprender mejor el marco jurídico nacional.¹⁰¹

Con el fin de entender y desarrollar el sistema jurídico de un país, se debe acudir al derecho comparado, el cual es una especialidad que coteja las discrepancias y similitudes de múltiples sistemas jurídicos. No hace falta recordar cómo muchas de las instituciones y figuras jurídicas del ordenamiento jurídico costarricense han sido tomadas de otras legislaciones y adaptadas al medio.

¹⁰¹ “La Aplicación del Derecho Comparado en Investigación Legislativa”, consultado 15 de marzo de 2018, file:///C:/Users/alejandro/Downloads/DERECHO_COMPARADO.pdf, pagina 3.

*Pero la necesidad de estudiar los derechos extranjeros, sobre todo aquellos más próximos al nuestro, es una realidad para la doctrina, si quiere cumplir una función esencial que le está asignada: la de guiar a la jurisprudencia en el desarrollo y el perfeccionamiento del derecho. La recepción de las instituciones legales extranjeras no es cuestión de nacionalidad, sino de utilidad y necesidad. Nadie se molestaría en adquirir una cosa del exterior cuando en casa tiene una igual o de mejor calidad.*¹⁰²

En la actualidad, la evolución de algunas instituciones ha permitido que en países como España, México y Argentina, la simple decisión de uno de los cónyuges se constituya en causal de divorcio, liberando así a la parte interesada de la necesidad de asumir la carga de la prueba o de convencer a la contraparte de la necesidad de un acuerdo para lograr el objetivo. En estas naciones, el legislador ha sido consciente de la inconveniencia de prolongar el conflicto entre los cónyuges y ha decidido que *“es inútil sacrificar la voluntad de los individuos demorando la disolución de la relación jurídica por razones inaprensibles a las personas por ella vinculadas”*.¹⁰³

i. España

Como antecedente histórico, resalta esta cita del abogado Manuel Rodríguez-Marín Pujol, para dar un contexto a la evolución del derecho español en materia de divorcio, la cual ha tenido adelantos y retrocesos:

¹⁰² “La Aplicación del Derecho Comparado en Investigación Legislativa”, consultado 15 de marzo de 2018, file:///C:/Users/alejandro/Downloads/DERECHO_COMPARADO.pdf, pagina 3.

¹⁰³ Francisco J. Forcada Miranda, “Las últimas reformas legales en España sobre el derecho a contraer matrimonio y en materia de separación y divorcio”, consultado el 16 de marzo de 2018, file:///C:/Dialnet-LasUltimasReformasLegalesEnEspanaSobreElDerechoACo-1340641.pdf, pagina 30.

No será hasta el año 1932, con la llegada de la efímera Segunda República Española, cuando en nuestro país una ley de las Cortes autorice el divorcio que había sido prohibido setecientos años antes en la Partida Cuarta (referente al derecho de familia) de las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio. Pero como bien recordaremos, con el estallido de la Guerra Civil Española en julio de 1936 y la victoria del Bando sublevado en abril de 1939, esta Ley del divorcio de 1932 será abolida. Se prohibirá así el divorcio durante todo el régimen de Franco, hasta que en 1981 surja de nuevo el derecho a divorciarse para las parejas, que se mantendrá y perfeccionará hasta nuestros días.¹⁰⁴

Es increíble como la historia de las naciones está directamente relacionada con su forma de ver la realidad social y su forma de legislar. Por ejemplo, en el caso del divorcio, donde por momentos en su historia España tomó la delantera en esta materia y por otros momentos más bien sufrió una involución. En la actualidad, es de los países con mayor avance en el tema del divorcio, tanto en la parte de fondo como procesal.

Anteriormente, en España los juicios de divorcio tardaban mucho tiempo, lo que los hacía más caros y desgastantes. Además, había que incurrir en doble procedimiento, uno de separación y otro de divorcio propiamente.

Cuenta con la Ley 15/2005 del 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, así como la Ley 13/2005 del 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, tiene que evidenciarse que se trata de leyes que, de una u otra forma, han cambiado de forma radical el marco jurídico preexistente.

¹⁰⁴ Manuel Rodríguez-Marín Pujol, “El péndulo del derecho al divorcio en España”, consultado el 12 de marzo 2018, <http://www.divorciomadrid.net/blog/el-pendolo-del-derecho-al-divorcio-en-espana-4.html>

Hasta el año 2005 en España, para divorciarse primero había que separarse. Es decir, las parejas debían separarse y solo después de transcurrido un año podían divorciarse. Luego del 2005 y antes del 2015, solo se debía permanecer casado durante tres meses para divorciarse en un juzgado. La Ley 15/2005, en sus artículos 81 y 86 disponen que:

Artículo 81.

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

Artículo 86.

Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81.¹⁰⁵

Además, se introdujo la figura de la custodia compartida de los hijos, algo bastante novedoso para su época.

Artículo 92, inciso 8.

Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.¹⁰⁶

En España el divorcio incausado nace con la Ley de Divorcio de 15/2005, donde se habilita a las parejas a divorciarse por mutuo acuerdo y sin expresión de causa. Sin embargo, no todos los matrimonios podrán hacer uso de este trámite. Es importante mencionar que se requiere de patrocinio letrado para este divorcio. Esta ley es de suma importancia porque viene a modernizar la rezagada legislación anterior y cambiar el paradigma de los divorcios en el país.

¹⁰⁵Jefatura del Estado, Ley15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

¹⁰⁶ *Ibíd.*

Pero es con la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria del 23 de julio de 2015, que las parejas pueden divorciarse por medio de un notario y con patrocinio letrado. Solo se podrán divorciar ante notario aquellos matrimonios que no tengan hijos menores de edad o personas a su cargo con la capacidad modificada judicialmente. De igual forma, deberán aportar un convenio regulador —para temas de pensión y gananciales—. Se atribuyen al secretario judicial y al notario las funciones que hasta ahora correspondían al juez y que también conllevan una reforma de la Ley 20/2011 del 21 de julio, del Registro Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley del Notariado.

Artículo 82.

*1. Los cónyuges podrán acordar su separación de mutuo acuerdo transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario, en el que, junto a la voluntad inequívoca de separarse, determinarán las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación en los términos establecidos en el artículo 90. Los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de separación.
(...)*

Artículo 89.

(...) Los efectos de la disolución del matrimonio por divorcio se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así lo declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 87. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su respectiva inscripción en el Registro Civil. (...)107

El Código Civil español exime a los cónyuges de tener que dar una causa o un motivo para divorciarse. El único requisito que se prevé es que el vínculo haya durado al menos tres meses, ya sea para divorciarse o para separarse. Este requisito puede pasarse por alto si hay un peligro para la vida o el físico de uno de los cónyuges.

Sistemas legales como el finlandés y el sueco que permiten el divorcio sin causa, no regulan la separación y la nulidad, frente a lo cual en España se mantiene autónoma la figura de la separación y la nulidad, y en ningún caso se fija un plazo de reflexión temporal en supuestos de divorcio y separación. Una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, sin olvidar la excepción del Art. 81.2º del Código Civil, procede decretar judicialmente la separación y el divorcio a petición de parte.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Jefatura de Estado, Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

¹⁰⁸ Francisco J. Forcada Miranda, “Las últimas reformas legales en España sobre el derecho a contraer matrimonio y en materia de separación y divorcio”, consultado el 16 de marzo de 2018, file:///C:/Dialnet-LasUltimasReformasLegalesEnEspanaSobreElDerechoACo-1340641.pdf , pagina 31.

En España, el divorcio no causado es aquel que se produce sin acuerdo, mediante la solicitud de uno de los cónyuges. Se considera un “*mecanismo legal con mayor agilidad y menor desgaste en sus distintos órdenes, privilegiando la impartición de justicia al colmar el postulado de una justicia pronta y expedita*”¹⁰⁹.

*Sin embargo, su aceptación ha sido lenta debido a la compleja naturaleza del matrimonio y a los diversos valores que protege. En España, por ejemplo, el derecho a contraer matrimonio se configura como un derecho constitucional y por tal razón la normatividad debió tener en cuenta a partir de las reformas de 1978, que su ejercicio no podía afectar y tampoco menoscabar la posición jurídica de alguno de los esposos. El mandato hacia el legislador consistente en regular los derechos y deberes de los cónyuges se constituyó para respetar la plena igualdad jurídica y así también lo hacen las causas de separación y disolución del matrimonio y sus efectos.*¹¹⁰

Al dar mayor importancia a la voluntad de una persona, los legisladores respaldan el derecho al libre desarrollo de la personalidad comprendido en la Constitución de España, por lo tanto, el ejercicio del derecho a divorciarse se vuelve concreto, ya que no necesita la acreditación de ninguna causal.

En armonía con estos nuevos principios, se variaron los procesos de nulidad, separación y divorcio, admitiendo que en estos casos el valor más importante es la libertad. Por este motivo, la ley incrementó el marco de libertad de los cónyuges autorizándoles a gestionar de forma individual el divorcio. Se aceptó en consecuencia que:

¹⁰⁹ Mendoza, Garcés et al. (s/f). El divorcio incausado. Disponible en: file:///F:/Artículo%20Jurídico/InvestigacionDivorcio_Incausado.pdf

¹¹⁰ Rosario Movilla S. *Divorcio Incausado*. Revista Derectum, No.2, Julio – Diciembre 2016. 55.

*...el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación.*¹¹¹

España no ha logrado aún un divorcio incausado de forma unilateral, donde sea suficiente con que solo uno de los dos solicite el divorcio sin expresión de causa. Pero pareciera que es el próximo paso por tomar.

Resulta curioso que, en la Unión Europea, hoy en día no se cuenta con una disposición comunitaria que verse sobre el divorcio. El Reglamento (CE) nro. 2201/2003 del Consejo del 27 de noviembre de 2003, que trata temas como la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nro. 1347/2000, no se refiere a esta materia. Francisco Forcada, magistrado español apunta:

*Las leyes internas en los países miembros de la Unión Europea en materia de nulidad, separación y divorcio, siguen teniendo profundas diferencias, debido, sin duda, a diferentes raíces culturales y de concepción social y política de la familia.*¹¹²

Teniendo a los países miembros de la Unión Europea como marco de referencia, la legislación española de la separación y el divorcio es tajante por comparación con la normativa de antes del 2005. España toma la delantera en el marco de UE en relación con los demás miembros, como uno de los países donde más fácil resulta divorciarse.

¹¹¹ España. Cortes Generales (2005). Ley 15 de 2015. Disponible en: [http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/do cs/ley_15_2_192005_es.htm](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/do%20cs/ley_15_2_192005_es.htm)

¹¹² Francisco J. Forcada Miranda, “Las últimas reformas legales en España sobre el derecho a contraer matrimonio y en materia de separación y divorcio”, consultado el 16 de marzo de 2018, file:///C:/Dialnet-LasUltimasReformasLegalesEnEspanaSobreElDerechoACo-1340641.pdf , pagina 30.

ii. México

El divorcio incausado coexiste desde el 2008 en México con otros tipos de divorcio: el divorcio necesario, el divorcio por mutuo consentimiento o voluntario y el divorcio administrativo. México ha atravesado variados cambios en la hipótesis jurídica del divorcio a lo largo de su historia, iniciando con la Ley de Matrimonio de 1859, donde decía que el divorcio era temporal y que las personas no podían volverse a casar mientras el otro siguiera vivo.

Es hasta 1915 que fue publicado un decreto, donde se instauraba más sólidamente la figura del divorcio. José Venustiano Carranza Garza, presidente Constitucional de aquel entonces, en su exposición de motivos ponía a consideración lo siguiente:

Que admitiendo el principio establecido por nuestras leyes de reforma, de que el matrimonio es un contrato civil, formado principalmente por la espontánea y libre voluntad de los contrayentes, es absurdo que deba subsistir cuando esa voluntad falta por completo, o cuando existan causas que hagan definitivamente irreparable la desunión consumada ya por las circunstancias.¹¹³

Dicho decreto decía lo siguiente:

Fracción IX. El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por el mutuo y libre consentimiento de los cónyuges cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado, o en cualquier tiempo por causas que hagan imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges, que hagan irreparable la desavenencia conyugal.

¹¹³ José Venustiano Carranza Garza, “Exposición de motivos del decreto de 29 de diciembre de 1914”, consultado el 17 de marzo de 2018, http://www.biblioteca.tv/.../1914.../Ley.sobre.el.divorcio_222.shtml

*Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima.*¹¹⁴

Esta es la primera vez que se legislaba sobre la disolución vincular del matrimonio en México; poniendo temas como el mutuo consentimiento y el plazo de tres años de casados para poder divorciarse (un plazo bastante corto para su época). Dicha reforma puso al país a la vanguardia en esta materia hace más de 100 años.

Luego de este decreto, la evolución de la figura del divorcio varió muy poco en México o dicho de otra forma, simplemente no tuvo cambios drásticos. A lo largo del tiempo, simplemente se fueron adicionando y suprimiendo causales con el fin de otorgar mayor igualdad de condiciones a los cónyuges.

El Código Civil de 1928, hasta antes de su reforma del 3 de octubre de 2008, además de permitir, como hasta ahora, la disolución del matrimonio, establecía tres clases de divorcio, a saber:

a) El divorcio administrativo ante el Juez del Registro Civil, aún vigente, en el que se requiere que los esposos sean mayores de edad, tengan más de un año de casados, sin hijos vivos o concebidos y de común acuerdo hayan liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron;

¹¹⁴ *Ibíd.*

b) El divorcio judicial denominado voluntario o de mutuo consentimiento, que procedía cuando sea cual fuere la edad de los cónyuges, y habiendo procreado hijos, estaban de acuerdo en disolver el vínculo conyugal, para lo cual celebraban un convenio que sometían a la aprobación del Juez de primera instancia para regular las relaciones jurídicas que persistían aun disuelto ese lazo, y

c) El divorcio judicial contencioso o necesario, que podía demandarse por el cónyuge inocente cuando el otro había incurrido en alguno de los supuestos enunciados en el entonces artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal y que se consideraban como causas de divorcio.¹¹⁵

El legislador del Distrito Federal dejó la opción para que las parejas se divorcien administrativamente y derogó todo lo relativo al divorcio necesario. Esto mediante el decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 3 de octubre de 2008. El artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal, que contenía el divorcio por mutuo consentimiento, también logra introducir el divorcio sin expresión de causa. Este divorcio resalta por ser hacer más fácil y rápido que la disolución del vínculo matrimonial. “*Es solicitud unilateral de uno de los cónyuges a quien se le libera de la carga de expresar la causa que generó esa petición a la que, por regla general, el Juez habrá de acceder.*”¹¹⁶

¹¹⁵ “Trámite procesal del juicio de divorcio sin expresión de causa”, noviembre 2012, consultado el 16 de marzo de 2018, https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/cuadernos_trabajo/documento/2016-10/CT-PS-4_0.pdf

¹¹⁶ *Ibíd.*

A partir de la reforma del 3 de octubre de 2008 al CCDF y al CPCDF, el legislador implementó un nuevo sistema de tramitación de divorcio, caracterizado por privilegiar la autonomía de la voluntad de los cónyuges y por eximir a la parte actora de expresar la causa que generó la pretensión, lo que se explica en el contenido que informa el artículo 266 del CCDF, el cual dispone lo siguiente:

El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Podrá solicitarse por uno o ambos cónyuges cuando cualquiera de ellos lo reclame ante la autoridad judicial manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que se requiera señalar la causa por la cual se solicita, siempre que haya transcurrido cuando menos un año desde la celebración del mismo.¹¹⁷

Actualmente, la modalidad del divorcio incausado solo está aprobada en ocho de 22 Estados mexicanos como Hidalgo, Guerrero, Yucatán, Ciudad de México, Sinaloa, Quintana Roo, Coahuila y Estado de México.

No obstante, este proceso sí se tramita en todo el país, esto porque ya la jurisprudencia ha declarado inconstitucional en toda la República Mexicana a todos aquellos códigos civiles que prevean un régimen causal de divorcio. Esta jurisprudencia la ha emitido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 10 de julio de 2015 la primera sala resolvía sobre la constitucionalidad de las causales de divorcio. Este fallo dice lo siguiente:

¹¹⁷ Artículo 266 del Código Civil del Distrito Federal de México, consultado el 16 de marzo de 2018, https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/cuadernos_trabajo/documento/2016-10/CT-PS-4_0.pdf

El libre desarrollo de la personalidad constituye la expresión jurídica del principio liberal de "autonomía de la persona", de acuerdo con el cual al ser valiosa en sí misma la libre elección individual de planes de vida, el Estado tiene prohibido interferir en la elección de éstos, debiéndose limitar a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno elija, así como a impedir la interferencia de otras personas en su persecución.

En el ordenamiento mexicano, el libre desarrollo de la personalidad es un derecho fundamental que permite a los individuos elegir y materializar los planes de vida que estimen convenientes, cuyos límites externos son exclusivamente el orden público y los derechos de terceros.¹¹⁸

Conforme lo anterior, la Sala Primera de la Suprema Corte de la Nación decidió que todas las legislaciones análogas que contemplen un sistema de acreditación de causales para divorciarse van en contra del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Es decir, estas normas jurídicas limitan injustificadamente ese derecho fundamental, ya que no es adecuada para apremiar ninguno de los límites que trasgredan los derechos de terceros y el orden público.

Como consecuencia, todos los códigos civiles mexicanos que fijen causales que hay que acreditar para poder divorciarse cuando no haya mutuo consentimiento, son declarados inconstitucionales.

¹¹⁸ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Tesis: 1ª./J.28/2015", del viernes 10 de julio de 2015, consultado el 15 de marzo de 2018, http://200.38.163.178/SJFSem/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=&Apendice=&Expresion=&Dominio=Tesis%20%20publicadas%20el%20viernes%2010%20de%20julio%20de%202015.%20Todo&TA_TJ=1&Orden=3&Clase=DetalleSemenarioBL&Tablero=&NumTE=17&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&SemanaId=201528&ID=2009591&Hit=15&IDs=2009612,2009611,2009610,2009608,2009607,2009606,2009605,2009604,2009603,2009602,2009601,2009594,2009593,2009592,2009591,2009590,2009589&Epoca=-100&Anio=-100&Mes=-100&SemanaId=201528&Instancia=-100&TATJ=1

De acuerdo con lo anterior, los jueces de esas entidades federativas no pueden condicionar el otorgamiento del divorcio a la prueba de alguna causal, de tal manera que para decretar la disolución del vínculo matrimonial basta con que uno de los cónyuges lo solicite sin necesidad de expresar motivo alguno. No obstante, el hecho de que en esos casos se decrete el divorcio sin la existencia de cónyuge culpable no implica desconocer la necesidad de resolver las cuestiones familiares relacionadas con la disolución del matrimonio, como pudieran ser la guarda y custodia de los hijos, el régimen de convivencias con el padre no custodio, los alimentos o alguna otra cuestión semejante.¹¹⁹

Este fallo estableció que el libre desarrollo de la personalidad es un derecho fundamental derivado de la dignidad de la persona. A partir de ahí, se dice que, si una persona tiene la facultad para decidir por sí misma si se casa o no, también tiene la facultad de autogobernarse y decidir sobre si desea permanecer dentro del vínculo matrimonial o no. Bajo esa óptica y haciendo un test de proporcionalidad, la Primera Sala de la Suprema Corte analiza si efectivamente el régimen de causales protege a la familia y se justifica que exista para proteger a la familia.

En tesis anteriores ya la Suprema Corte se había pronunciado sobre la idea de que la familia no solo se constituye por medio del matrimonio, hay familias monoparentales, hay familias que se constituyen bajo el concubinato, hay familias extendidas —a grandes distancias— y todas son familias. También el matrimonio constituye una familia. Por lo que esa vía de protección por el hecho de ser matrimonio no debe verse como una forma de protección a toda costa. Los límites se encuentran en el orden público y en el derecho de terceros.

¹¹⁹ *Ibíd.*

De forma que, haciendo un examen de proporcionalidad, que significa revisar si los límites a los derechos fundamentales son idóneos, son proporcionales y son necesarios, el caso analizado por la Primera Sala determinó que las causales de divorcio no son idóneas para la protección a la unidad familiar. Más bien todo lo contrario, se estima que el divorcio causalista puede producir un mayor desgaste en la familia. Amparado en la idea de que el divorcio es algo que no es sencillo de por sí. El divorcio causalista deteriora mucho a la pareja y a la familia, esto también lo pondera la Corte.

La Primera Sala estimó que no existe idoneidad en la medida de establecer causales para divorciarse y que con ello no se protege a la familia. Sino que más bien lo que se logra es una desarmonización mayor. La Primera Sala examinó que, cuando se lleva el asunto a los tribunales (a un juicio de divorcio), no era positivo imponer la obligación de expresar causales y probarlas. De manera que, si una persona no desea estar casada, es suficiente con que se lo pida al juez, sin que se le pida que dé una causal ni que la tenga que probar.

En ese sentido fue que se desarrolló la tesis del fallo que declara inconstitucional el régimen causalista de divorcio en México.

iii. Argentina

El nuevo Código Civil de Argentina del año 2015 trata muchos temas, uno de ellos es el Derecho de Familia y en especial al divorcio; en concreto trata el tema del divorcio incausado. Esta nueva figura se desarrolla dentro de la gran reforma nacional que da al país una posición de vanguardia y novedad en la región.

Ver los antecedentes legislativos respecto al tema siempre ayuda a dar un contexto más amplio y entender mejor el porqué de las reformas. Como primer escalón, se tiene que, hasta la sanción del Código Civil de Vélez Sarsfield en 1871, el matrimonio y divorcio estuvieron regulados por la ley canónica. En el 71, solo incluyeron algunas modificaciones a la ley del Derecho Canónico, porque se mantenía depositada en la Iglesia y en los tribunales eclesiásticos la capacidad de celebrar y disolver vínculos matrimoniales. No obstante, se les prohibía a algunas personas volver a contraer nupcias, si se estimaba que se daban causales para ello.

En el año 1888 se dicta la ley 2393 por la que el matrimonio y el divorcio se registrarían por el Estado. Tampoco autorizaba un nuevo matrimonio a los divorciados. En todos los casos, para poder obtener el divorcio se tenía que haber incurrido en el incumplimiento de algunas de las obligaciones que tenían los cónyuges, como fidelidad, cohabitar, etc. Es decir que el divorcio estaba fundado en la culpa de los cónyuges. En 1954 se dicta la ley 14.394 por la cual se admite que los divorciados puedan casarse nuevamente¹²⁰

Este primer paso del divorcio pronto se echaría otro paso atrás. Con la caída de Perón en el gobierno, quedó sin efecto esta posibilidad de divorciarse. Las parejas debían esperar un plazo de al menos tres años para divorciarse, si no hubiera mutuo acuerdo. Así como en esta legislación primero había que divorciarse y una vez con la sentencia en firme, las parejas entraban a discutir todos los demás aspectos, entiéndase patrimonialidad, deberes alimentarios, además de la guarda, crianza y educación.

¹²⁰ Osvaldo D. Otemberg, “Breve historia del divorcio en la Argentina”, consultado el 15 de marzo de 2018, https://www.clarin.com/sociedad/Breve-historia-divorcio-Argentina_0_HJnhZStvXx.html , pr 4.

En 1968 se dicta la ley 17.711 por la cual se autoriza el divorcio por mutuo acuerdo, que evitaba tener que demostrar la culpa de alguno de los contrayentes, lo que humanizó el proceso. En 1987 se dicta la ley 23.515 por la cual se permite que los que estuvieran separados de hecho se divorcien sin necesidad del consentimiento del otro. Bastaba demostrar que se habían separado hacía más de dos o tres años. Si se demostraban dos años de separación, el divorcio no autorizaba a contraer nuevo casamiento, pero si eran más de tres, sí lo autorizaba. Se establece también que el divorcio por culpa de alguna parte permite casarse de nuevo¹²¹

Esa fue la legislación que precedió a la actual y lo hizo hasta el 31 de julio de 2015. El divorcio incausado unilateral forma parte del nuevo Código Civil y Comercial. Ciertamente es que el mismo impone al actor que la solicitud se haga junto con una propuesta sobre las consecuencias del divorcio. Es decir, qué sucede con los bienes, el cuidado y custodia de los hijos, la comunicación, los alimentos, etc. o acompañar un acuerdo entre las partes acerca de estos puntos, o bien, el convenio matrimonial. Asimismo, se reconocen los derechos y obligaciones a los que viven en unión de convivencia (antes concubinos), que hasta la entrada en vigencia de este nuevo código, no les eran reconocidos.

Las transformaciones han concluido en un proceso de constitucionalización del derecho de familia que apunta a una interpretación de los derechos desde la perspectiva internacional de los derechos humanos y se enmarca en principios como el de la igualdad y la no discriminación, así como la libertad y autonomía personal.

¹²¹ *Ibíd.*, párrafo 5to.

Dichos principios de libertad e igualdad constituyen el marco general para la interpretación de las normas sobre el matrimonio y su aplicación se entiende en el sentido de que no puede existir restricción, exclusión o limitaciones con respecto a la igualdad entre los cónyuges. La igualdad jurídica de los integrantes del matrimonio es el resultado de una larga evolución que se ha consolidado en el nuevo Código Civil y Comercial del año 2015.¹²²

Por autonomía personal referida en la cita anterior, se entiende como la autonomía de la voluntad privada de los cónyuges que desean, ya sean ambos o solo uno de ellos, dar por terminado su matrimonio.

Argentina logra un proceso de divorcio fácil y rápido, donde básicamente, si una persona se quiere divorciar, lo que debe hacer es presentarse ante un juez con un abogado y pedirlo. Puede pedir el divorcio en cualquier momento después de casarse. Y no tiene que explicarle al juez la razón o causa que motiva el divorcio. También se puede hacer de forma conjunta, que ambos cónyuges se presenten, o en forma unilateral. Se puede pedir el divorcio aunque el otro cónyuge no esté de acuerdo. Esto es, a rasgos generales, los aspectos básicos del divorcio actualmente.

La petición de divorcio debe hacerse acompañar por una llamada propuesta; la cual debe contener todo lo relacionado con la vivienda, la distribución patrimonial, las compensaciones económicas, el ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria, etc. El actor no puede divorciarse si no presenta una propuesta de divorcio, es un requisito.

¹²² Rosario Movilla S., “Divorcio Incausado”, Revista Derectum, No.2, Julio – Diciembre 2016, consultado 14 de marzo 2018, file:///C:/Users/alejandro/Downloads/780-Texto%20del%20art%C3%ADculo-2912-1-10-20170518.pdf . página 56.

Artículo 438.- Requisitos y procedimiento del divorcio. Toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste; la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición.

Si el divorcio es peticionado por uno solo de los cónyuges, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta.

Al momento de formular las propuestas, las partes deben acompañar los elementos en que se fundan; el juez puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros que se estiman pertinentes. Las propuestas deben ser evaluadas por el juez, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia.

En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio.

Si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio, o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local¹²³ (Lo subrayado no es del original).

Es en este artículo donde se encuentra un aspecto fundamental de dotar al divorcio de la rapidez y eficacia necesaria, ya que el juez procede a decretar el divorcio sin esperar a que se pongan de acuerdo en la totalidad del convenio. Las personas discuten la propuesta ya divorciados, es decir, la persona puede contraer nuevas nupcias mientras discute el convenio regulador con su expareja.

¹²³ Código Civil y Comercial de la Nación, ley 26.994, Buenos Aires, 1 de octubre de 2014.

La legislación argentina realmente sorprende por su simpleza, practicidad y eficacia en este tema, convirtiéndose en la más novedosa de Suramérica. Donde la única crítica que se lee en los comentarios y periódicos es sobre cómo esta normativa no había llegado antes.

Algo que también llama la atención en esta normativa es que no hace distinción alguna sobre los sexos de las parejas. Es decir, la ley aplica tanto para parejas heterosexuales como parejas homosexuales.

iv. Suecia

Suecia es un caso de estudio relevante, ya que su legislación sobre divorcio incausado es de las más antiguas. Las leyes de divorcio son de un corte muy liberal en comparación con el resto de Europa. Además, tiene un sistema estatutario influenciado por su tradición romano-germánica del derecho. Los divorcios son regidos por el capítulo 5 del Código Matrimonial de 1987.

Como requisitos para obtener el divorcio, uno de los cónyuges o ambos conjuntamente pueden solicitar el divorcio. El divorcio debe ir precedido de un periodo de reflexión de seis meses en determinadas circunstancias. Esto ocurre cuando: ambos cónyuges así lo soliciten; uno de los cónyuges viva permanentemente con su hijo menor de 16 años del que tenga la custodia, o sólo uno de los cónyuges desee la disolución del matrimonio.¹²⁴

¹²⁴ Red Judicial Europea (2015). Divorcio. Suecia. Consultado el 18 de3 marzo de 2018, https://ejustice.europa.eu/content_divorce-45-sees.do?member=1 , pr3.

Un cónyuge siempre tiene el derecho de obtener el divorcio sin que se requiera una causa concreta. No se requiere que alguno de los dos tenga la culpa, práctica que se conoce como *no-fault divorce*. También hay que destacar que no es necesario el período de reconsideración, si la pareja no tiene hijos menores de 16 años.

De lo más particular del sistema sueco es que la regla es la custodia compartida. Es común que los hijos de padres divorciados vivan una semana con la madre y otra semana con el padre.

Los hijos menores de los cónyuges, tras el divorcio, la pareja continúa automáticamente teniendo la custodia compartida de sus hijos. Sin embargo, un tribunal puede poner fin a la custodia compartida: de oficio, si el tribunal considera que existen pruebas de que la custodia compartida es manifiestamente incompatible con el bienestar del menor, o a petición de uno de los cónyuges, si el tribunal estima que lo mejor para el interés del menor es la custodia exclusiva de uno de ellos. Si ambos cónyuges formulan una petición de cese de la custodia compartida, el tribunal deberá acceder a ella.¹²⁵

La obligación de pagar una pensión por alimentos al otro cónyuge es algo muy excepcional. Luego del divorcio, cada uno es responsable de cubrir sus gastos y los de sus hijos en custodia compartida. Es la excepción cuando en determinadas circunstancias especiales uno de ellos tiene dificultades para subsistir, cuando se haya puesto fin a un largo matrimonio o si hubiera razones específicas.

¹²⁵ *Ibíd.*, pr 8.

Otro aspecto interesante es que la legislación sueca no contempla la separación judicial, por lo que este estatus jurídico no tiene ni causas ni efectos jurídicos. Tampoco contempla la anulación del matrimonio. Un matrimonio en Suecia solo puede disolverse de dos maneras: por fallecimiento de uno de los cónyuges o por sentencia judicial de divorcio. Solamente un tribunal puede disolver un matrimonio mediante el divorcio.

III. Análisis jurisprudencial

i. Resolución constitucional 016099-2008

Como primer paso a la realización de este análisis, se debe facilitar la comprensión de la Sentencia, realizando una descripción objetiva, que sea lo suficientemente precisa, de los principales elementos de la misma. La acción de inconstitucionalidad fue promovida contra el artículo 48 inciso 7) del Código de Familia. Los hechos fácticos relevantes de este fallo son dos. El primero es que el accionante y su pareja se casaron. El segundo es que se requería, para divorciar por mutuo consentimiento, el paso de tres años desde la fecha de haberse celebrado matrimonio.

El artículo 75 párrafo primero de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece que, para interponer una acción de inconstitucionalidad, es necesario que exista asunto pendiente de resolver en los tribunales o un procedimiento para agotar la vía administrativa, en que se invoque esa inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado.

En el presente caso, el asunto previo es el recurso de amparo presentado ante la Sala, con vista al expediente 08-006349-0007-CO, en el cual se le otorgó plazo al accionante para impugnar. De esta forma, la Sala Constitucional pudo llegar a conocer este caso y llegar a pronunciarse sobre la inconstitucionalidad o no de la norma impugnada.

En cuanto a las pretensiones del caso, se pretendía la inconstitucionalidad del inciso 7 del artículo 48 del Código de Familia.

Artículo 48.-

Será motivo para decretar el divorcio:

7) El mutuo consentimiento de ambos cónyuges.

El divorcio por mutuo consentimiento no podrá pedirse sino después de tres años de celebrado el matrimonio y deberá presentarse al Tribunal el convenio en escritura pública en la forma indicada en el artículo 60 de esta Ley. El convenio y la separación, si son procedentes y no perjudican los derechos de los menores, se aprobarán por el Tribunal en resolución considerada; el Tribunal podrá pedir que se complete o aclare el convenio presentado si es omiso, oscuro en los puntos señalados en este artículo de previo a su aprobación.¹²⁶

Este caso es complejo, ya que enfrenta a dos valores muy fuertes dentro de la sociedad, como lo son la *familia* y la *libertad*, los cuales permean al ordenamiento a través de principios generales, instituciones, figuras jurídicas y normas. Por un lado, se tiene a la familia como base de la sociedad y al matrimonio como instrumento para formar a la familia y, por otro, se tiene a la libertad que se explica con la autonomía de la voluntad y que, en este caso, se ejemplifica con el deseo de una pareja de divorciarse.

Es decir, el problema jurídico en cuestión es que el juez debe sopesar entre proteger la unión matrimonial imponiendo un plazo mínimo para no divorciarse por mutuo acuerdo y proteger la libertad de las personas permitiendo que se divorcien cuando quieran. Se trata de un balance entre la protección especial a la familia y el matrimonio, consagrados en la Constitución Política por un lado y la realidad humana y social imperante por el otro.

¹²⁶ Código de Familia de Costa Rica, artículo. 48 inciso 7, consultado el 20 de abril de 2018.

*“Donde lo que subyace es únicamente una ficción jurídica, donde sólo los une un estado civil, no lo que supone el presupuesto de la norma, que se reconcilie la pareja y se mantenga el matrimonio”*¹²⁷. En donde transversalmente debe apegarse a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, también contenidos en la Constitución.

En cuanto a la decisión que toma la Sala Constitucional, declara con lugar la acción de inconstitucionalidad de la siguiente forma:

*En consecuencia, se anula por inconstitucional la frase del artículo 48 inciso 7) del Código de Familia que indica: - no podrá pedirse sino después de tres años de celebrado el matrimonio -. Por conexidad, se declara inconstitucional el artículo 60 del Código de Familia, únicamente en cuanto dispone que la separación por mutuo consentimiento no podrá pedirse sino después de dos años de verificado el matrimonio.*¹²⁸

La Sala motiva su decisión de forma simple y concreta, ya que aduce que este plazo de tres años de casados para divorciarse por mutuo acuerdo es violatorio de la autonomía de la voluntad de las personas, del principio de razonabilidad y proporcionalidad y del artículo 53 de la Constitución Política. El fallo marca un cambio en tendencia jurisprudencial donde antes daba un mayor valor a la protección de la unión matrimonial y le parecía que el plazo de tres años era razonable y proporcionado, con el siguiente antecedente:

¹²⁷ Tribunal de Familia, voto 1355-2010, de las 19:10 del 6 de octubre de 2010, considerando VII.

¹²⁸ Código de Familia de Costa Rica, artículo. 48 inciso 7, consultado el 20 de abril de 2018.

Mediante Ley 5895, de 23 de marzo de 1976, se introdujeron las primeras reformas al Código de Familia y una de ellas consistió, precisamente, en acortar el plazo para que fuera procedente el divorcio por mutuo consentimiento, rebajándolo de cinco a tres años de matrimonio y eliminando el transcurso de seis meses para que se pudiera emitir la sentencia.¹²⁹

Se indicaba que la mera existencia de este plazo significaba un tiempo determinado que obligara a los cónyuges a buscar una solución a sus problemas y no culminar con la desintegración del hogar, lo cual, como ya se indicó, es una ficción jurídica. Con esta cita simplemente se pretende resaltar el hecho de que ese plazo ya fue revisado en el pasado. Y en aquel entonces tampoco se tenía claro el porqué del mismo, al punto que decidieron bajarlo a tres años para no ser tan drásticos con la medida.

Es claro que la realidad humana y social se encuentran en constante cambio y es normal que cada cierto tiempo se revisen las normas que imponen límites a la autonomía y libertad de los ciudadanos. Enhorabuena, ya este plazo no tiene ninguna razón de ser en la sociedad actual, pero, igualmente, las personas a menudo encuentran la forma de pasar de largo a estas normas y lograr el resultado que desean.

Como cita la misma sentencia del diputado Manuel Mora Valverde:

¹²⁹ Tribunal de Familia, “Sentencia 0026; 21 de marzo 2017, 13:43 horas.

Nosotros los abogados sabemos que en Costa Rica es posible hacer un divorcio en cinco o seis días cuando ambos están de acuerdo. Uno de los esposos se hace responsable de la causal de divorcio; generalmente el hombre. Por regla general se escoge la causal de concubinato escandaloso, porque se cree que el concubinato escandaloso no daña el prestigio del hombre. Así se producen los divorcios. Nadie los puede evitar. Si no los hace un abogado, los hace otro. Los cónyuges que no pueden vivir juntos buscan el divorcio. Querer obligarlos a no divorciarse es tal vez más perjudicial que el divorcio mismo. Un matrimonio que vive peleando, que vive en constantes discusiones, es una mala escuela para los hijos.¹³⁰

Esta sentencia marca el inicio de una línea jurisprudencial que se mantiene al día de hoy, donde, a partir de este fallo, la Sala pretende al parecer dar pasos en dirección hacia el divorcio sin causa. Es ahí donde recae su importancia, en el hecho de que marca un antes y un después en el desarrollo jurisprudencial.

La Sala utiliza este fallo como cita de forma reiterada a lo largo de la jurisprudencia, para reforzar la idea de que se está siguiendo una marcada tendencia hacia una ruta, como invitando al legislador a legislar en esa misma línea de evolución. Por lo que sus repercusiones son muy fuertes, ya que anula de forma contundente el plazo de tres años para divorciarse por mutuo acuerdo. Tiene una consecuencia directa sobre el tema del divorcio en Costa Rica. Es destacable el atinado análisis de la Sala:

¹³⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 2008-016099; 29 de octubre 2008, 8:34 horas.

Que reconoce una realidad social derivada de la voluntad de los cónyuges, como factor importante de sus decisiones, quienes se veían obligados a recurrir a práctica y/o conductas desleales buscadores para evadir la barrera de los tres años del artículo impugnado con abundante tiempo antes de la emisión del primer razonamiento.¹³¹

Como se mencionó anteriormente, el jurídico en cuestión radica en si la norma violenta o no la autonomía de la voluntad de las personas, por el límite que existía de los tres años. La Sala determinó que sí violenta y que, por lo tanto, dicha norma es inconstitucional. El régimen jurídico aplicable se encuentra bien determinado en el caso, porque es precisamente la Sala a la que le toca resolver estos temas y actuar de forma contundente, cuando considera que alguna norma atenta contra los principios del derecho y la Constitución Política.

Los principios que se manejaron en esta sentencia son muchos, como es costumbre en la materia constitucional. Pero, básicamente, los principios que se encontraban contrapuestos eran dos. El primero es el principio de unidad familiar, donde lo que se pretende es proteger a la familia y en este caso a la unión matrimonial. El segundo es el de autonomía de la voluntad, en este caso la capacidad de divorciarse. Donde el juez constitucional determinó que, para estas normas, debe ponerse al segundo por encima del primero.

El criterio interpretativo seguido es el llamado *sociológico*, que dice lo siguiente:

¹³¹ Ronny S. Guevara Mora, “Planteamiento de inconstitucionalidad entre la exigencia de fidelidad y la libertad de culto. Objeciones a una imposición estatal” (Tesis de grado para optar por el Título de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica, 2011. p8.

Al interpretar las normas, a - la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas -. Si una norma nacida en un contexto histórico determinado se debe aplicar en un momento diferente, puede producir un resultado indeseable.

Este criterio de interpretación, llamado a veces sociológico, viene a ser el contrapeso del elemento histórico. No basta con saber por qué y para qué se dictó la norma en concreto, sino también si las nuevas circunstancias reinantes consienten o no que permanezca invariado su sentido original.¹³²

El juez se dio cuenta de que el resultado de esa norma resultó indeseable y no proporcional al contexto actual, que no vale la pena imponer un límite de tiempo mínimo a las parejas que deciden divorciarse por mutuo consentimiento.

Existe una debida correlación entre los hechos —contexto social actual— y la solución adoptada. Porque el sentido práctico y la realidad indican que el límite contenido en la norma es una simple ficción jurídica. Además, que existen otros caminos para llegar al mismo resultado, por lo que la norma en la realidad no cumple con el fin para el cual fue creada. Es decir, la solución del problema jurídico fue congruente con el contexto social y jurídico actual.

La consecuencia del fallo es simple: *“las personas que deseen optar por el divorcio por mutuo consentimiento o por la separación judicial, pueden hacerlo independientemente del tiempo que tengan de haber contraído matrimonio¹³³.”* Lo que permite afirmar que la sentencia es proporcionada y justa.

¹³² Teoría del Derecho, “La interpretación de las normas jurídicas”, recuperado 20 febrero, 2018, <http://teoria-del-derecho.blogspot.com/2011/07/la-interpretacion-de-las-normas.html>

¹³³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 2008-016099; 29 de octubre 2008, 8:34 horas.

El fallo se deriva de la corriente doctrinal, la cual reconoce que:

Las decisiones correspondientes exclusivamente al ámbito íntimo y privado de los cónyuges, con las excepciones acentuadas, son de competencia indelegable. Además, el Estado debe procurar las herramientas para el buen desarrollo que los cónyuges opten por cultivar en su seno, pero de ningún modo imponer un modo de vida específico.¹³⁴

ii. Resolución constitucional 003951-2010

Se trata de una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 48 inciso 5) del Código de Familia, los hechos del caso en concreto son muchos, pero, para efectos de este análisis, son cuatro los relevantes. El primero es que el actor está separado judicialmente de su esposa, desde el año 2008. Segundo, el actor presentó la demanda de divorcio y le fue rechazada. Tercero, consiste en que el actor apeló la resolución en febrero de 2009 y el tribunal rechazó *ad-portas* su demanda, con base en el artículo 48 inciso 5) del Código de Familia que se impugna aquí. Razón por la cual el actor decide presentar una acción de inconstitucionalidad en el año 2009.

¹³⁴ Ronny S. Guevara Mora, “Planteamiento de inconstitucionalidad entre la exigencia de fidelidad y la libertad de culto. Objeciones a una imposición estatal” (Tesis de grado para optar por el Título de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica, 2011. p8.

El asunto previo que legitima al accionante corresponde al proceso de familia #09-000206-0164-FA, en el cual el actor impugnó la resolución del Juzgado de Familia del Segundo Circuito Judicial de San José de las 17:18 horas del 29 de enero de 2009, que rechazó su demanda de divorcio (folio 15 de ese expediente). El aquí accionante apeló esa decisión, recurso que fue admitido el 19 de febrero de 2009 (folio 20). Tampoco es obstáculo para admitir la acción su objeto, pues se encuentra dentro de los supuestos contemplados en los artículos 10 de la Constitución Política y 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.¹³⁵

De esta forma, la Sala Constitucional puede llegar a conocer este caso y llegar a pronunciarse sobre la inconstitucionalidad o no de la norma impugnada. En este caso, es el accionante quien pretende que se declare inconstitucional el inciso 5 del artículo 48 del Código de Familia:

¹³⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 2010-003951; 24 de febrero 2010, 14:49 horas.

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

*5.-La separación judicial por término no menor de un año, si durante ese lapso no ha mediado reconciliación entre los cónyuges; durante dicho lapso el Tribunal, a solicitud de los interesados y con un intervalo mínimo de tres meses, celebrará no menos de dos comparecencias para intentar la reconciliación entre los cónyuges. La primera comparecencia no podrá celebrarse antes de tres meses de decretada la separación. Para tales efectos, el Tribunal solicitará los informes que considere pertinentes. Si alguno de los cónyuges no asistiere a las comparecencias, si éstas no se solicitan, o si las conclusiones a que llegue el Tribunal así lo aconsejan, el plazo para decretar el divorcio será de dos años.*¹³⁶ subrayado no es del original

De la norma el actor impugna el plazo de un año, contado a partir de la separación judicial, para poder decretar el divorcio; la obligación de rendir al juez informes sobre el estado de la relación conyugal y la supeditación de tales informes, así como la celebración de audiencias de conciliación ante una eventual decisión discrecional del juez de extender el plazo por otro año adicional. No obstante, lo subrayado es la parte del texto que la Sala declara inconstitucional (Lo subrayado no es del original).

Se habla en este caso de una situación similar a la sentencia anterior, donde existe un roce entre dos valores fundamentales: el derecho a la vida privada, intimidad y autonomía privada, en contra de protección y conservación del vínculo matrimonial. Como ya se sabe, no son problemas sencillos de resolver.

¹³⁶ Asamblea Legislativa, “No. 5476: Código de Familia; 21 de diciembre 1973” Sinalevi: art. 48 inciso 7, consultado 20 febrero 2018, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=970&nValor3=106997¶m2=2&strTipM=TC&lResultado=15&strSim=simp#ddown

El derecho a la vida privada:

...se puede definir como la esfera en la cual nadie puede inmiscuirse. La libertad de la vida privada es el reconocimiento de una zona de actividad que es propia de cada uno y el derecho a la intimidad limita la intervención de otras personas o de los poderes públicos en la vida privada de la persona.¹³⁷

Intimidad entre los cónyuges:

La relación entre los cónyuges es uno de los principales valladares de la intimidad de las personas. La mirada del Estado-juez en su seno, sin ningún propósito concreto de utilidad para los interesados y sin regulación legal suficiente¹³⁸

Principio de autonomía privada:

El administrado puede regular jurídicamente de acuerdo a su voluntad y en la medida de su contenido, su esfera de acción. Básicamente el principio de libertad jurídica significa que el administrado puede fijarse él mismo los fines de su conducta y los medios para cumplirlos.¹³⁹

¹³⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 1994-6776; del 22 de noviembre, 1994, 14:57 horas, considerando segundo.

¹³⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 2010-003951; 24 de febrero 2010, 14:49 horas.

¹³⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 2008-016099; 29 de octubre 2008, 8:34 horas.

El Estado, a través de los jueces, ha entendido que la realidad es cambiante y dinámica, por lo que la interpretación de las leyes debe responder a ese dinamismo; lo cual deja aún más en relieve el problema jurídico de este caso, donde el juez debe decidir si proteger a la familia, conservando un trámite, que de por sí es tortuoso, para disolver un vínculo matrimonial o, por otro lado, observar la realidad y darle primacía a la autonomía privada de decidir sobre su estado civil y a la intimidad de la vida en pareja.

La Sala Constitucional declara:

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

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

Si alguno de los cónyuges no asistiera a las comparecencias, si éstas no se solicitan, o si las conclusiones a que llegue el Tribunal así lo aconsejan, el plazo para decretar el divorcio será de dos años.-. En lo demás, se declara sin lugar.¹⁴⁰

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

¹⁴⁰ *Ibíd.*

La Sala motiva su decisión en forma sintética y fácil de entender, concluye que las audiencias de “conciliación” mencionadas en el inciso 5 del artículo 48 son innecesarias, so pena de que, si no comparecen, se les puede imponer un año adicional para demandar el divorcio. Además, concluye que dichas comparecencias son conminatorias a la vida privada de la pareja, no detalla la finalidad y contenido de los informes que menciona el inciso. Por lo que resulta violatorio de la autonomía privada, del principio de razonabilidad y proporcionalidad y del artículo 53 de la Constitución Política. El principal argumento de la Sala Constitucional es que el Estado no se debe entrometer en la vida íntima de las personas más allá de lo que sea absolutamente indispensable.

Es claro que el tema central del caso gira alrededor del matrimonio y del divorcio. Donde no se puede obviar el hecho de que los divorcios han aumentado y los matrimonios han disminuido. Al menos desde hace unos 10 años esa es la tendencia en Costa Rica, por lo que resulta lógico pensar que el divorcio y la separación judicial y de hecho hayan ganado terreno en el campo jurídico.

La sociedad y la doctrina se preguntan cómo se puede mejorar el trámite para divorciarse, cómo se puede realizar de una forma más eficiente, por qué se deben revelar intimidades de la vida en pareja para convencer a un juez que otorgue un divorcio, entre muchas otras preguntas.

Esta sentencia es un reflejo de todo este contexto, donde la sociedad, apoyada por una fuerte corriente doctrinal (de divorcio incausado), lleva en primer lugar los problemas jurídicos al juez de familia y constitucional; donde los jueces, sin extralimitarse en sus funciones, van cediendo terreno, al facilitar de a poco las formas de divorcio.

El legislador también ha flexibilizado la posibilidad de obtener un divorcio, pues introdujo la separación de hecho por un término no menor de tres años como causal; y la Sala Constitucional también ha flexibilizado la posición en las causales contenciosas, al establecer que es suficiente el transcurso de un año después de la separación judicial, pues se ha considerado que la exigencia de celebrar audiencias de reconciliación también resulta contraria a nuestra Carta Magna.¹⁴¹

Como muestra de su relevancia, la sentencia ya es citada y analizada como precedente en un fallo del Tribunal de Familia, donde se analiza el tema de forma detallada:

Esto permite apreciar que con la MISMA Constitución, la interpretación ha sido dinámica y ahora se permite que los esposos tengan mayor facilidad para disolver el vínculo. Debe quedar claro que el Estado NO PROMUEVE el divorcio, pues aunque existan razones para divorciarse nadie puede ser obligado a gestionar para obtenerlo.¹⁴²

El fallo mantiene la línea jurisprudencial de la sentencia anterior, lo cual es muy importante, porque le da un refuerzo a la jurisprudencia. Y es en este punto donde están sus principales repercusiones, ya que la Sala Constitucional envía un mensaje entre líneas. Este mensaje tiene dos vertientes. La primera es para la sociedad, diciendo que está consciente de que la realidad es cambiante y que la interpretación de la Constitución debe ser “dinámica”. La segunda es para los legisladores, diciéndoles que este tema ya requiere un cambio legislativo:

¹⁴¹ *Ibíd.*

¹⁴² Tribunal de Familia, sentencia 0026-2017; 21 de marzo 2017, 1:43pm.

Concluye la Sala que no se trata de un supuesto idéntico al abordado en el pronunciamiento #2008-16099. La separación judicial por espacio de un año, como motivo para decretar el divorcio es una causal diferente de la del consentimiento de ambos cónyuges para dar por finalizado el matrimonio, caso en el cual, de todas formas, ya la Sala removió el obstáculo del plazo en la sentencia citada. Habría que partir aquí del supuesto de la separación judicialmente decretada y el probable desacuerdo de los cónyuges sobre poner fin al vínculo o, al menos, la falta de interés de los dos esposos en requerir el divorcio.¹⁴³

Si se apunta a las similitudes de los fallos, basta con decir que ambos siguen la misma idea en cuanto a los principios analizados y la ponderación de los mismos. En donde imperó la libertad como forma de reinterpretar al matrimonio y al divorcio como institutos jurídicos.

Cuando se analiza jurisprudencia, en especial la de la Sala Constitucional, esta debe contar con la más rigurosa justificación por el impacto que genera en la sociedad. Estos fallos no solo deben aspirar a ser aceptados por la legitimidad del órgano que los dicta, sino que tienen que ser vistos con total aceptación por la precisión y la justificación de sus argumentos. Que muestren el camino como el mejor que se pudo haber seguido para resolver el problema jurídico concreto; luego de haber revisado y valorado todos los elementos e intereses relevantes.

En ese sentido, la jurisprudencia permite concluir que: la “Libertad”, como principio constitucional, se encuentra más que presente en los fallos analizados. La autonomía de la voluntad es una manifestación de libertad, la cual ha ido ganando caudal progresiva e irreversiblemente. Como bien apuntan Lloveras y Salomón:

¹⁴³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 2010-003951; 24 de febrero 2010, 14:49 horas.

Los institutos de Derecho de Familia se examinan desde el prisma de la autonomía de la voluntad, como reflejo jurídico constitucional de la libertad y es por ello que como comunidad, más allá de las diferencias políticas, sociales, religiosas, económicas y culturales, nos hemos comprometido a defender la libertad, apostándola en el pedestal más encumbrado de nuestro sistema jurídico.¹⁴⁴

¹⁴⁴ Nora Lloveras y Marcelo Salomón, *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional* (Buenos Aires: Editorial Universidad de Buenos Aires, 2009), 106 y 107.

IV. Análisis de entrevistas

Para abordar el divorcio incausado, en este trabajo se utilizaron cuatro herramientas de análisis. Las entrevistas son el último instrumento de análisis utilizado en la investigación y, probablemente, el más claro y concreto, porque permiten analizar el tema desde la experiencia y criterio propios de los entrevistados.

El trabajo contempla un total de tres entrevistas, efectuadas de forma personal. Posteriormente, se efectuó una transcripción de las reflexiones más relevantes de las entrevistas. Todos los entrevistados tienen un amplio conocimiento en Derecho de Familia, tanto desde la perspectiva académica como desde la práctica profesional.

Dentro de los entrevistados figuran el doctor en Derecho Albán Bonilla Sandí, quien, además de ser abogado litigante, es profesor de Derecho de Familia de la Universidad Escuela Libre de Derecho y director ejecutivo de UNIRE (Unidad de Rectores de las Universidades Privadas). El autor Diego Benavides Santos es el segundo entrevistado. Magistrado suplente de la Sala Segunda y también juez del Tribunal de Familia de San José. Por último, se entrevistó a la doctora en Derecho, exjueza de familia, exprofesora y exmagistrada de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Costa Rica, Eva Camacho Vargas.

Todos los entrevistados aportaron su criterio y experiencia en el tema de forma clara, concisa y sintética. Esto permite dar un mayor entendimiento del tema por parte de operadores del derecho calificados en esta materia. Las entrevistas vistas como una herramienta de análisis del presente trabajo tienen dos componentes fundamentales. El primero es que todos los entrevistados tienen un altísimo nivel académico y profesional. El segundo radica en la calidad y guía de las preguntas realizadas.

En cuanto a las preguntas realizadas, es importante mencionar que estas no fueron exactamente las mismas para todos los entrevistados. No obstante, todas las preguntas están dirigidas a los mismos temas.

Todas las entrevistas giran alrededor del divorcio incausado. En ese sentido, las preguntas están direccionadas al papel jugado por el Tribunal de Familia, la Sala Constitucional y el quehacer del litigante en la flexibilización de las actuales causales de divorcio. Asimismo, las preguntas están dirigidas a descubrir las falencias de un sistema causalista y sus choques con los principios constitucionales y convencionales.

Al plantear las preguntas a los entrevistados, se enfocó el diálogo en conocer el papel de los jueces en la flexibilización del régimen de divorcio en Costa Rica. Además, se abordaron los retos e implicaciones de la puesta en marcha de un régimen incausado y unilateral de divorcio en el país. En sus respuestas, los profesionales se refirieron al papel de los jueces en este tema, quienes actúan acorde a los parámetros legislativos instaurados en el artículo 48 del Código de Familia.

Sobre el papel que ha jugado el Tribunal de Familia en la apertura del régimen de divorcio, los entrevistados coinciden en que tiene un rol muy limitado. El Dr. Bonilla argumenta:

Los tribunales costarricenses son tribunales de legalidad, y el margen de maniobra en un tribunal en una materia como el divorcio, es muy limitado. A lo sumo por vía jurisprudencial ha venido interpretando algunas normas ampliando su sentido, por ejemplo el concepto de sevicia que se tiene hoy es más amplio que el que se tenía en 1973 -fecha de promulgación del Código-. En esa época no era muy clara la distinción entre sevicia y ofensas graves. Hoy en día con el tema de la violencia doméstica, este concepto se interpreta de una manera más amplia. Igual podríamos decir con el concepto de adulterio, que antes prácticamente se limitaba al tercer relaciones heterosexuales con un tercero, hoy se ha ampliado a relaciones homosexuales, en incluso a “pérdida de exclusividad”. En lo demás como los procedimientos, términos, etc. los tribunales no tienen mucho margen de maniobra.

Estima que los tribunales están limitados a actuar dentro de lo que les permite la ley y ha sido la Sala Constitucional quien ha tomado mayor protagonismo, por ejemplo, con los fallos analizados supra en este trabajo.

En un sentido similar, el juez Benavides expresó que:

Todos los aspectos de la judicatura tienen mucha relación con lo que se pida en una demanda, que es la que plantea los posibles criterios. Al punto que, hecha una petición, aun y cuando no haya ninguna legislación, hay que resolverla; pero, al contrario, si no hay una legislación en ese sentido, es muy difícil digamos que se dé algún tipo de situación. Entonces, lo que quiero decir es que yo no he visto el pedido por algún litigante, en alguna demanda, de algo que implique, digamos, abrir el régimen de divorcio fuera de las causales previstas, así que no hecha una petición en ese sentido, sería muy difícil que se diera una resolución, en ese sentido. Lo más, tal vez, es que haya implícitas solicitudes de variar alguna causal porque está el derecho expuesto, pero más que eso nunca lo he visto, así que, hoy por hoy, no ha incidido en nada el Tribunal de Familia.

De esta respuesta, se extrae la misma conclusión, donde necesariamente una persona que desea divorciarse debe encajar el comportamiento o acciones de su pareja en alguna causal de divorcio o, de lo contrario, esperar el tiempo fijado por las causales de separación contenidas en el Código de Familia.

Al juez Benavides se le preguntó sobre la apertura y flexibilización en el margen de apreciación del Tribunal de Familia respecto a determinadas causales como la sevicia, a lo cual respondió:

Claro, eso es patente. Las evoluciones en cuanto a la lectura de causales como esa, la de sevicia, ofensas graves, cargas de prueba, etc., en todo eso se han visto evoluciones. Por un lado, mucho a partir de los derechos humanos y respecto a la debilidad, por un lado, y, por otro lado, hacia la autonomía de la voluntad mucho marcado por la jurisprudencia de la Sala Constitucional, por ejemplo, temas de allanamientos, es decir, que llegan y sí están de acuerdo con los hechos. En algún momento se exigía la prueba para descartar que hubiese algún tipo de fraude o que se estaba tratando de brincar la legislación. Todo eso ha ido evolucionando, pero no al grado que se planteaba anteriormente.

Aquí pone de relieve que sí se han dado cambios, pero que estos han sido muy sutiles. Igualmente, destacando el papel de la Sala Constitucional y su aporte jurisprudencial.

Ambos entrevistados, Bonilla y Benavides, coinciden en que, dentro de los casos que llegan al Tribunal de Familia, es difícil encontrar demandas de divorcio que estén amparadas en la no invocación de causal alguna. No obstante, es común la interposición de demandas que procuran la interpretación extensiva de una causal específica.

Un ejemplo de evolución en el margen de apreciación del Tribunal de Familia respecto a determinadas causales es el caso de la sevicia y las ofensas graves, para las cuales se ha visto disminuida en gran medida la carga probatoria de la parte que las invoca. Además, es notorio un cambio jurisprudencial que procura mayor flexibilización de la carga probatoria de las partes. Los cambios jurisprudenciales dentro de los Juzgados de Familia, el Tribunal y la Sala Constitucional han sido posibles a partir de una aplicación multinivel del elenco de derechos humanos ofrecidos en el repertorio de normas internacionales.

El criterio de la Dra. Camacho se mantiene en la misma línea de los demás entrevistados. Siendo que la Sala Constitucional en el ejercicio legítimo de sus funciones ha decidido darle una mayor importancia al principio de autonomía de la libertad frente al sistema causalista de divorcio. Sin embargo, la Sala Constitucional costarricense no ha llegado tan lejos, como si lo ha hecho su homólogo mexicano, declarando inconstitucional todo el sistema causalista de divorcio. Situación que se comentó con los entrevistados, donde tildaron de “un tanto extrema” esa medida tomada por el Tribunal Constitucional mexicano.

Con el Dr. Bonilla se conversó sobre el problema que tiene el cónyuge que desea divorciarse, pero no encuentra amparo en ninguna causal y no hay anuencia de la otra parte para realizar un divorcio por mutuo acuerdo, a lo que simplemente respondió:

No hay nada que hacer, excepto provocar una causal, por ejemplo una separación de hecho por más de tres años. El problema es que no tenemos el divorcio unilateral. Si no hay causal y el otro no desea divorciarse, la única salida es provocar una causal. Incluso si hay causal, y no se logra probar, el Estado obliga a la pareja a mantenerse casada.

Esta afirmación es cierta para muchísimas personas que quieren divorciarse y la legislación actual no se los permite. Esta situación no es otra cosa que una limitación a la libertad de aquellos cónyuges que ya no quieren estar casados. Lo que termina sucediendo es que estas personas se ven forzadas a provocar una causal de separación de hecho por más de tres años. La cual es obviamente ficticia y sin apego a la realidad.

El siguiente tema trató sobre la problematización de la discusión de las causales dentro de la práctica judicial, haciendo más grave la crisis familiar. A lo que el Dr. Bonilla argumentó:

El divorcio en sí no es causal de la crisis que pueda haber en una familia, es efecto. Una familia o pareja se divorcia no porque exista el divorcio, sino porque la relación se quebró por razones extrajurídicas. En Costa Rica aproximadamente el cincuenta por ciento de los matrimonios termina en divorcio, lo que ha terminado por convertirse en una situación social que no es estigmatizante, como lo era en el pasado. El divorcio es sanción cuando hay culpable artículo 48 incisos 1-2-3-4 CF- o remedio -cuando no hay culpable artículo 48 incisos 5-6-7-8- CF-, y refleja la quiebra de un matrimonio.

En la misma línea, se le cuestionó al juez Benavides sobre esa clasificación clásica de causal sanción y causal remedio, si la misma continua vigente y agregó lo siguiente:

Hoy por hoy sí, porque tienen sus efectos muy claros, sobre todo en el tema de alimentos que tiene su incidencia. Entonces, hasta que eso no se cambie, seguiríamos hablando de la causal sanción. En 1997 se eliminó el efecto en lo que era la parte patrimonial, que sería la reforma de don Gerardo –Gerardo Trejos, diputado del período constitucional 1994 a 1998- respecto a las causales sanción.

Todos los entrevistados coinciden en que la invocación de causales hace del divorcio un proceso más tortuoso y complicado. No obstante, el Dr. Bonilla difiere un poco de la Dra. Camacho, sobre la idea de eliminar completamente las causales (sanción y remedio) de divorcio y con ellas el concepto de cónyuge culpable y cónyuge inocente. Bonilla mantiene que una posibilidad es mantener las causales en la legislación de familia, con el fin de servir, ya no como causales de divorcio propiamente, sino como causales indemnizatorias para el cónyuge inocente.

La Dra. Camacho argumenta que esa situación no tiene mucho sentido, ya que el hecho de mantener causales de forma indemnizatoria mantendría la conflictividad en las parejas, que se pretende alivianar con el divorcio incausado.

Es imperativo para toda la judicatura nacional brindar solución jurídica mediante fallo a las peticiones que sean de su debida competencia según materia, cuantía y territorio. Tanto para dar la admisibilidad a la demanda de divorcio como para fallar posterior al conocimiento del caso, se debe acudir a las normas tanto escritas como no escritas del ordenamiento jurídico, respetando siempre la escala de aplicación de las mismas.

En el caso del artículo 48 del Código de Familia, que resulta insuficiente para obtener una solución jurídica a las partes, los principios generales del derecho y la jurisprudencia podrán de esta manera suplir el campo de la norma, la cual es escasa en prever las situaciones jurídicas alternas que pueden surgir en un conflicto familiar.

Se extrae de las entrevistas realizadas que no existe norma explícita en el Código de Familia que brinde solución a las crisis matrimoniales no sustentadas en un mutuo acuerdo o causal. No obstante, podría ser admitida la demanda no sustentada en una causal. En ese escenario, el juez de familia puede determinar que no existe ley, para de esta manera acudir al artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

...Los tribunales no podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma que aplicar y deberán hacerlo de conformidad con las normas escritas y no escritas del ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.

*Los principios generales del Derecho y la Jurisprudencia servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpreten, integren o delimiten. Cuando se trate de suplir la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulen una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley...*¹⁴⁵

Se evidencia la falta de norma suficiente para la solución de las situaciones jurídicas de los ciudadanos atados a un matrimonio. En caso el caso del divorcio y la posibilidad de facilitar este a una vía unilateral y sin invocación de causal, se denota una flexibilización por parte del juez de familia compatibilizando ciertas causales mediante la aplicación de principios rectores del Derecho de Familia y constitucionales; no obstante, dicha ampliación no se ha dado al punto de permitir la disolución.

Al hacer examen de la opinión brindada por la exmagistrada Eva María Camacho Vargas, es posible advertir las nuevas tendencias del Derecho de Familia. Dichas tendencias conciben al individuo como centro de imputación y no a la totalidad del grupo como un todo abstracto. La defensa de los grupos más vulnerables dentro de las relaciones familiares se ha convertido en una constante lucha dentro de la judicatura.

Según la opinión de la exmagistrada Camacho, a la hora de la aplicación de la norma de familia, la intervención del Estado debe ser mínima. Dicha afirmación es propia de la concepción más novedosa del derecho familiar, haciendo mínima la intervención del Estado cuando se trata de los espacios más íntimos de involucramiento emocional de los individuos.

¹⁴⁵ Artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

No obstante, el Estado debe intervenir únicamente en procura de generar balance de poder entre los individuos dentro de la relación en desarmonía, partiendo de un plano fáctico donde gran parte de los vínculos familiares están basados en el ejercicio nocivo del poder y las capacidades económicas y de autodeterminación que la persona posee de continuar o no unida en matrimonio.

Otro aspecto que destaca Camacho es la mayor apertura de otras legislaciones para permitir la disolución de los vínculos matrimoniales. Con esta afirmación, se confirma el supuesto de pérdida de vanguardia del derecho de familia costarricense planteada anteriormente por este estudio. También se destaca de la opinión de la exmagistrada, que la razón de la existencia de un sistema causal de divorcio es el principio de tutela del cónyuge inocente frente a la parte que le ha generado un daño físico, psicológico o moral.

Se extrae de las tres entrevistas una preocupación común respecto al sistema sin invocación de causa y unilateral: la posible desprotección de las víctimas de violencia física, moral o patrimonial. Un régimen de divorcio unilateral no debe ser sinónimo de desprotección a las partes más vulnerables, esto será únicamente posible generando un mayor acceso a las jurisdicciones especializadas según sea el caso.

Hay consenso entre todos los entrevistados de una posible solución que consiste en decretar el divorcio sin mayor dilación a solicitud de una sola de las partes, continuando con la contención sobre el tema patrimonial, alimentario y temas accesorios en una etapa posterior del proceso. Este último punto lleva al tema de la implementación de un sistema incausado de divorcio y sobre cuál sería la vía idónea. A lo que el Dr. Bonilla respondió:

Que requeriría una aprobación legislativa, no parece que la Sala vaya a derogar el artículo 48 del Código de Familia por completo. Como dije, al carácter familiarista del Código y la Constitución, que fueron promulgados en otro contexto, hoy desfasado. Cuando esos instrumentos fueron aprobados en Costa Rica el 80% eran católicos -La Iglesia reprueba el divorcio- hoy son solo el 50%, y no se sabe de esos cuántos son practicantes.

Sobre el mismo tema, Benavides apuntó que:

La ideal sería la vía legislativa, pero la jurisprudencial e inconstitucional también son válidas.

Como el caso que se plantee, el tipo de juez que lo reciba, hay jueces que son muy de la letra de la ley, pero el derecho no es eso. Cuando algo se presente de esa forma, las circunstancias que se vayan planteando, como el juez que recibió el tema de la unión de hecho y aplicó la convencionalidad. Si le toca una juez de esos, es más probable la apertura.

El juez debe hacer control de constitucionalidad y control de convencionalidad, cada vez yo creo que entra más en crisis el sistema centralizado que se planteó con la Sala Constitucional con creación. Entre los mismos magistrados siempre hay un voto salvado en ese sentido, en cuanto a las consultas y el artículo 8. Creo que cada vez va a haber más presión e incidencia hacia un sistema dual, del juez aplicando para el caso concreto cuando está seguro. Hay muchos casos de aplicación directa de los tratados internacionales. El derecho es vivo y depende de los operadores que en un momento vayan planteando, depende también de ideologías.

Por otro lado, si vos ves las estadísticas de Juzgados de Familia, el 35% son procesos por mutuo, lo que significa que las personas han optado más por un sistema sin invocar la causa.

La Dra. Camacho sostiene que la vía idónea es la legislativa, ya que es la que cuenta con mayor legitimación y capacidad de resolver este tema de forma más consensuada. La doctora termina su entrevista con una conclusión que resume el sentir de este trabajo:

Las ventajas de un divorcio sin causal son la rapidez del proceso, la generación de posibles acuerdos, y el ahorro de un proceso largo, costoso y doloroso para las partes. Importante será, entonces y será un tema para discutir, la forma procesal que se determine en el planteamiento de este instituto familiar.

Así también, el Dr. Bonilla brinda una opinión conclusiva al respecto:

Quisiera agregar mi opinión en este sentido -se lo he dicho a mis estudiantes-: A mí no me gusta el sistema como está en este momento. Yo eliminaría las causales de divorcio y permitiría que las parejas se puedan divorciar unilateralmente. Mantener una pareja casada artificialmente, resulta, incómodo y hasta peligroso, y no parece muy humano, podría resultar una tortura psicológica y es proteger al dominante o posesivo, y eso no debe ser. Si para casarse se necesita consentimiento (dos voluntades) para mantener el matrimonio debería operar el mismo principio. Hay que recordar que en derecho las cosas se deshacen de la misma forma en que se hacen. Se necesitan dos para casarse, si esa voluntad no se mantiene, no debería obligarse.

Un eje común de todas las entrevistas fue la visión crítica del régimen actual de divorcio, ya que no está brindando soluciones concretas a las problemáticas vividas por muchas parejas. Esto en un contexto de vanguardia en el resto de Iberoamérica, donde se ha implementado un sistema eficaz, expedito y comprensivo de la diversidad familiar contemporánea.

Conclusiones

El matrimonio y la familia tradicionalmente entendidos son instituciones muy arraigadas en la sociedad costarricense. Al punto que la Constitución recoge ambos institutos en los artículos 51 y 52. De ahí la calificación de *“la familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad”* y del reconocimiento del matrimonio como *“la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges”*.

A su vez, la Convención Americana sobre Derechos Humanos —que en el sistema jurídico costarricense se integra como parámetro constitucional— enfoca la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad y que debe ser protegida por la sociedad y el Estado, reconociendo el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia. El concepto de familia ha variado con el tiempo desde su origen en la antigüedad, con la construcción paulatina de la familia nuclear comprendida por padre, madre e hijos, hasta modalidades de familia más amplias en las que falta uno de los padres o en las que no existen hijos de por medio, hasta llegar a una noción de familia en el contexto contemporáneo.

Ligado a la evolución del concepto de familia, el concepto de matrimonio también ha sufrido múltiples cambios a lo largo del tiempo, desde el Código de Hammurabi y en la tradición judía, hasta los cambios y modalidades de matrimonio impuestos por la Revolución francesa y las concepciones contemporáneas, pasando emblemáticamente por el modelo de matrimonio en la Grecia antigua, en la Roma clásica y en el cristianismo —especialmente desarrollado por el Derecho Canónico—. Se han analizado también los antecedentes históricos del matrimonio en Costa Rica, así como su situación actual, tanto el concepto etimológico, su naturaleza jurídica como requisitos, impedimentos, efectos y fines del matrimonio. Con ello se arriba a la conclusión de que hoy se entiende por matrimonio la simple unión de dos personas mediante determinados ritos o formalidades legales y que es reconocida por ley como familia.

El sistema jurídico costarricense —constitucional, convencional, civil y de familia— parte de un modelo de familia, de matrimonio y de divorcio que viene del antiguo derecho romano y del cristianismo, pero que ha venido adaptándose de manera gradual, sobre todo, con la aprobación del Código Civil de 1888 y el Código de Familia de 1973, para incorporar instituciones propias del desarrollo social y político, entre ellas, el divorcio, desde finales del siglo XIX, pero con nuevas causales y modalidades aprobadas en la segunda mitad del siglo XX. A las reformas normativas, se agregaron conceptos nuevos derivados de la jurisprudencia, como la unión de hecho o la eliminación del plazo para acceder al divorcio por mutuo consentimiento y más recientemente la jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que suponen por sí mismos la necesidad de ajustar la legislación para recoger los principios en ellos establecidos.

A ello se suma la necesidad de entender ambos conceptos —familia y matrimonio—, en el marco más amplio del derecho de los seres humanos a la libertad —incluida particularmente la autonomía de la voluntad—, así como a la igualdad y no discriminación.

La libertad en general y la autonomía de la voluntad imponen no solo la necesidad de respetarla para acceder al matrimonio, de ahí la expresión de la Convención Americana de que *“el matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes”*, sino también para la “disolución del mismo”, conforme a la expresión de la Convención Americana o para el divorcio conforme al Código de Familia costarricense.

Por supuesto que el tema es debatible y esta tesis entra en ese debate para sostener que, en materia de matrimonio, la autonomía de la voluntad no puede restringirse solo al momento de contraer matrimonio, sino a lo largo del mismo, tanto para continuarlo (lo que no genera controversia) como para disolverlo y divorciarse, siempre que se logren respetar equitativamente los derechos del otro contrayente y la protección necesaria de los hijos.

Para resguardar ambos derechos, no es necesario dificultar la disolución del vínculo matrimonial exigiendo causales objetivas para ello (sevicia, adulterio, atentado contra la vida, prostitución impuesta, ausencia declarada, separación judicial o de hecho) o por mutuo consentimiento. Las primeras, como queda dicho, obligan a un engorroso proceso de prueba que debe acreditarse por los Tribunales de Justicia cuando existe controversia o un proceso de mutuo consentimiento. Ambas vías suponen la inexistencia o la dificultad, por medio de la separación de hecho y judicial, para el ejercicio de la autonomía de la voluntad en el curso del matrimonio.

Del principio de igualdad y no discriminación se derivan los principios de equivalencia de responsabilidades de los cónyuges y la necesaria apertura a proteger a las personas en las diversas modalidades de familia, *lato sensu*, incluso de desbloquear el acceso a ella (unión de personas del mismo sexo, sea bajo el formato de unión civil o de matrimonio). Pero esa misma igualdad y la no discriminación implican también que cada una de las partes unidas en matrimonio encuentren cauce legal para su disolución, puesto que el principio de igualdad es una igualdad de derecho y, como tal, existe en función de la libertad, no para impedir su ejercicio.

De la protección constitucional y convencional de la familia y de la protección necesaria de los hijos contemplada en el artículo 17, inciso 4, CADH, se derivan, a su vez, algunas condiciones para habilitar el rompimiento o disolución del vínculo matrimonial; aunque también algunas condiciones que deben conservarse en tales casos, en resguardo de los derechos de las partes contrayentes y, en especial, de los derechos de los hijos de ambos cónyuges.

Bajo una concepción contractualista del matrimonio, tendería a afirmarse que, dado que se trata de un contrato, el mismo se entiende como ley entre las partes y ninguna de ellas puede romperlo unilateralmente, mientras no se demuestre la existencia de una causal que libere a una de las partes del contrato o que habilite legalmente el rompimiento unilateral del mismo.

Bajo esa tesitura, podrían alegarse como causales abusivas bajo el artículo 1023 del Código Civil, vicios en el consentimiento, sustentado en el artículo 15 del Código de Familia, condiciones legales que rigen el contrato y que no son disponibles por las partes o la existencia de condiciones sobrevinientes previstas legalmente, por incumplimiento del contrato. Por ejemplo, el adulterio que viola a la obligación contractual de fidelidad o por el cambio de las condiciones objetivas que sustentaron el vínculo. Este entendimiento contractual del matrimonio se encuentra superado a nivel doctrinario producto de la especialización de las instituciones propias del derecho de familia

El matrimonio, sin embargo, aunque guarda similitudes con él, no es un contrato privado, es una institución. Una institución que provee el cauce jurídico e institucional para ejercitar el derecho humano al matrimonio y a la familia. Institución y derecho disponible, puesto que los contrayentes, en ejercicio de su libertad y autonomía de la voluntad, acceden a él y no se ven obligados a contraer matrimonio. Institución y derecho disponible porque, en ejercicio de esa misma libertad y autonomía de la voluntad, deciden disolverlo, sea por mutuo consentimiento, por existencia de las causales legales que lo habilitan o por voluntad unilateral. En la legislación vigente, esa voluntad unilateral, sin embargo, se dificulta al imponer un proceso de separación de hecho, separación judicial y, finalmente, el divorcio. Lo que implica un largo y engorroso proceso, que lejos de favorecer los derechos de los cónyuges y la protección de los hijos, los dificultan o los tergiversan.

Y ello porque imponen un plazo mínimo de tres años, en los que la situación jurídica de los cónyuges, aunque permite la protección y el ejercicio de algunos derechos, impone un limbo jurídico para estos, los hijos y los demás miembros de la familia. Un plazo y un procedimiento innecesarios que dificultan el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

A partir de esas nociones (familia, matrimonio en la historia y en Costa Rica) y de su desarrollo (que únicamente sirve de marco para ubicar la tesis, puesto que el objetivo no es desarrollar esos conceptos), se aborda el concepto de divorcio, su definición y su evolución, para arribar finalmente al tema de las causales de divorcio actuales (el adulterio de cualquiera de los cónyuges, el atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de sus hijos, la sevicia en perjuicio del otro cónyuge o de sus hijos, la tentativa de uno de los cónyuges para prostituir o corromper al otro cónyuge, la tentativa de corrupción o corrupción de los hijos de cualquiera de ellos, la ausencia del cónyuge legalmente declarada, la separación judicial por un término no menor de un año y la separación de hecho) y de la modalidad incausada del divorcio por mutuo acuerdo. Modalidad que nace limitada, pero que la jurisprudencia constitucional amplía (eliminando el requisito de tres años de matrimonio para acceder al mismo), abre la puerta a la propuesta de pasar a un divorcio unilateral y sin causa necesaria.

La construcción de esa propuesta parte del principio y derecho de libertad y de su consecuencia necesaria: la autonomía de la voluntad. En efecto, la opción de un divorcio unilateral y sin causa supone entender y asumir el desarrollo de la autonomía de la voluntad como desarrollo del más amplio principio y derecho de libertad, en el marco del Derecho de Familia. Autonomía que, como queda dicho, no se puede restringir únicamente al consentimiento matrimonial (para acceder y contraer matrimonio), sino también en el curso del ligamen, lo que se manifiesta en el ejercicio de esa libertad y autonomía para plantear unilateralmente la disolución del vínculo (divorcio, en el sentido más restringido que aquí interesa), sin necesidad de que acontezca una causal determinada.

En el derecho comparado, se ubicó el divorcio en el contexto más amplio de la legislación y aplicación del instituto en otros sistemas jurídicos, particularmente España, México, Argentina y Suecia. Se analizó el funcionamiento del divorcio, abordándose en

primer lugar el divorcio causalista y las consecuencias del mismo sobre la libertad de estado, la libre disposición de bienes, el derecho a la intimidad, la comprobación de la causal dentro del proceso de divorcio y los efectos sobre la celeridad y economía procesal.

El divorcio por mutuo consentimiento, como medio para la disolución del vínculo matrimonial, en Costa Rica se introduce con la aprobación del Código de Familia en 1973, pero bajo modalidades complejas y restringidas, sobre todo para cumplir el plazo legal previsto (cinco años, tres años), hasta llegar a la actualidad con la eliminación del plazo a partir de la jurisprudencia de la Sala Constitucional en la sentencia 016099-2008.

En el estudio jurisprudencial constitucional, se destacan dos sentencias de la Sala Constitucional, especialmente significativas para el tema de la presente tesis. Se trata de las resoluciones constitucionales 016099-2008 y 003951-2010. Es importante tomar en cuenta la jurisprudencia, porque no solo ha cambiado o replanteado el concepto mismo de divorcio, sino que plantea un camino que podría dar lugar al cambio como ocurrió en México.

Por último, se plantea la propuesta del divorcio por voluntad unilateral e incausado, además, se incorporan las recomendaciones y conclusiones derivadas de tres entrevistas con abogados —jueces y litigantes—, sobre el tema. De las entrevistas, debe destacarse la conformidad y la necesidad expresada de los tres entrevistados con la implantación de un sistema incausado de divorcio, argumentando básicamente que, como lo indica la Dra. Camacho, se debe buscar la celeridad del proceso, posibilidad de conciliación y evitar un proceso largo, costoso y doloroso para las partes.

Como queda dicho, cualquier intención de disolver un vínculo matrimonial encuentra una resistencia por parte de la tradición, las normas jurídicas y de la sociedad misma.

La obstaculización del divorcio se da como consecuencia de factores como la concepción del matrimonio por parte de la sociedad y del legislador, producto de una tradición que lo considera una desviación o una excepción al principio del matrimonio. Una salida o una excepción que, bajo esa tradición, debe interpretarse restrictivamente porque la “regla” es la indisolubilidad del matrimonio. Tradición que entendió dichas figuras —la familia y el matrimonio— como inamovibles, no sujetas a cambios según las necesidades imperantes en los momentos históricos posteriores. El régimen actual de divorcio responde a esa noción histórica y restringida de matrimonio. Dicha noción encuentra sus bases, primordialmente, en los lazos por afinidad o consanguineidad reconocidos por el derecho.

En el marco de un Estado Social de Derecho y de la evolución de la sociedad y del concepto de matrimonio, el régimen actual de divorcio resulta insuficiente, ya que ha sido incapaz de crear un enfoque interdisciplinario que brinde una solución ágil y asequible para un grupo familiar que ha entrado en desarmonía.

Por ello y por las razones señaladas previamente, es necesario pensar en el rediseño de instrumentos jurídicos como el divorcio, que juega un papel fundamental para la libre determinación y autonomía de voluntad de las personas. Lo anterior únicamente será posible con la puesta en marcha de un proceso de divorcio más expedito y sin expresión de causa. La omisión de alguna de las causales contenidas en la legislación actual no involucra, de manera alguna, el incumplimiento de deberes alimentarios o de responsabilidad que pudiesen derivar de la razón material del rompimiento.

El Estado no facilita su función de garante del orden público y la protección de la familia, entabando el uso de instrumentos como el divorcio. Mediante el proceso de obstaculizar la separación, se provoca una mayor problematización de conflictos surgidos a falta de identidad y visión unificada del porvenir en las relaciones familiares. Se ha vaciado de contenido el instrumento jurídico divorcio, en su aplicación como garante de la libre determinación de los cónyuges, sin dejar de lado su empleo para la resolución de las necesidades que surgen a partir de la separación.

El mantenimiento de un sistema causalista de divorcio responde a resabios históricos, con el mantenimiento de instituciones que no comprenden la posibilidad de relaciones humanas de carácter temporal. La resistencia a nivel político responde a la defensa de una concepción limitada del matrimonio, sin comprender que el mismo puede ser espacio idóneo para el libre desarrollo no solo de los cónyuges, sino también de los menores de edad que forman parte del núcleo familiar; pero que, cuando se impone o se mantiene por disposición de ley (o por los obstáculos establecidos para su disolución), en condiciones de desavenencia o conflicto marital, lejos de permitir el desarrollo de los cónyuges y de los menores de edad, se convierte en un espacio insalubre en su más amplio sentido y hasta inconveniente para el desarrollo armonioso de la familia que se pretende tutelar.

Las limitaciones al individuo deben ser limitadas al respeto por el orden público, la salud pública o los derechos de los demás, de manera que la incidencia y la intervención del Estado promuevan y establezcan soluciones, no obstáculos, en los fueros más íntimos de las relaciones humanas. Entendiendo el Derecho de Familia como una rama especializada que tiene como núcleo común del derecho privado, la libertad de acción de los individuos, esa libertad debe limitarse únicamente por las normas elementales de convivencia social. Es acá donde se evidencia lo innecesario de las causales de divorcio, si lo que procura el Estado es el acceso de la persona a un proceso célere y respetuoso de sus libertades individuales, sin que ello implique afectar los derechos e intereses legítimos de tutelar la protección de los menores o derechos patrimoniales y humanos de las parejas.

En un entendimiento transversal de género, la puesta en marcha de un régimen de divorcio unilateral no implica un menor resguardo estatal en los casos de violencia doméstica. El proceso de divorcio llevado a cabo en la jurisdicción familiar no es el espacio idóneo para la solución de la violencia de género dentro del núcleo familiar. Para la tutela —en sede jurisdiccional— de los derechos de las personas víctimas de violencia, debe acudir a la jurisdicción especializada de violencia doméstica o la sede penal, según sea el caso, sin entorpecer la declaratoria de divorcio. Se infiere lo anterior ante una mayor problematización de la realidad familiar con el proceso de divorcio, que no soluciona las condiciones generadoras de desarmonía.

El divorcio unilateral que no conlleve la invocación de causal alguna, evitará un deterioro mayor a los sujetos que están sometidos a un proceso de divorcio. La carga probatoria de la causal genera una exposición innecesaria de las motivaciones en la sede judicial, la cual motiva a una reapertura de situaciones de la esfera personal de las personas, provocándose de esta manera mayor conflictividad y violencia en el transcurso del proceso.

La desproporcionada defensa del vínculo jurídico entre cónyuges por parte del legislador, al momento de la redacción del actual régimen de divorcio, no garantiza de manera efectiva la integridad física y emocional de los cónyuges. Por el contrario, el deficiente diseño del actual régimen de divorcio vulnera a los derechos individuales de los miembros del núcleo familiar.

Con la nueva concepción del régimen de divorcio, será posible para el juez de familia entrar a jugar un papel más allá de simple supervisor del cumplimiento de las normas, para constituirse en sujeto garante, designado por el Estado con el fin de auxiliar en el aminoramiento de los efectos negativos que pueda tener la dilatación innecesaria del proceso.

Se extrae que el espacio familiar, en sus condiciones óptimas, cumple con una función de resguardo, apoyo mutuo, crianza y preparación de los miembros de la familia para su desarrollo en el entorno social. No obstante, el núcleo familiar puede ser al mismo tiempo un espacio de manifestación del ejercicio nocivo del poder contra los sujetos más vulnerables, dentro de la estructura consolidada a través del matrimonio.

Es notorio el aumento sistemático de la incorporación de la mujer en el mercado laboral, dicho fenómeno ha experimentado un gran crecimiento en la segunda mitad del siglo XX. Se logra consolidar la inserción de la mujer en el mercado laboral entrado el siglo XXI. No obstante, la integración del hombre en las responsabilidades que se circunscriben a la esfera doméstica, principalmente en la crianza de los niños y las niñas, no se ha desarrollado de manera proporcional y con la misma fuerza que la inserción laboral de la mujer. Lo anterior tiene implicaciones profundas dentro de las resoluciones concernientes a la responsabilidad parental en los distintos procesos de divorcio.

Durante años se ha demostrado la incapacidad del legislador para generar instrumentos que entiendan las problemáticas de las familias contemporáneas. El no reconocimiento de familias alternas germinadas a partir de un proceso de divorcio hace más profunda la pérdida de vanguardismo en materia de legislación familiar costarricense, contrastada con el liderazgo costarricense en legislación especializada de familia difundido en los años setenta.

Para el desarrollo social e histórico, es fundamental la comprensión de la familia, el matrimonio y el divorcio como figuras que no son de carácter estático. Dichas instituciones sociales no solo configuran la estructura de una sociedad determinada, sino que también responden al sinnúmero de transformaciones que sufren las sociedades.

A partir de fenómenos anteriormente expuestos, se ha dado un cambio en las familias urbanas respecto a su composición numérica y un desplazamiento de los valores tradicionalmente atribuidos a la esfera doméstica. Las estructuras de dominación y control de la mujer se reflejan en las dinámicas familiares, recordando de esa manera el ejercicio limitado de la sexualidad circunscrito a instituciones como el matrimonio monogámico. La desmitificación del ejercicio de la sexualidad como espacio exclusivo para la reproducción ha generado un abismo generacional respecto a la institución matrimonial, dejando de ser tan atractiva para los nuevos grupos generacionales.

Con la modernización, se da una mayor aceptación de las familias monoparentales, mismas que han crecido en número muchas veces a partir de la flexibilización del divorcio. En un escenario de posible eliminación de las causales de divorcio en Costa Rica, permitiendo de esta manera el divorcio unilateral sin invocación de causa, queda pendiente para futuras investigaciones estadísticas y académicas el comportamiento de las solicitudes de divorcio y el incremento o no de las familias monoparentales.

Lo cierto es que el divorcio incausado respeta la voluntad de los individuos, reduce los costos del trámite, hace el proceso más rápido y genera menos desgaste emocional en todas las partes. Lo cual lo hace una figura idónea en esta materia tan importante y delicada para la sociedad.

El futuro dará o quitará razones a los detractores o a los promotores del divorcio incausado, pero nadie debe dudar de la generación actual de dos beneficios tangibles para el ciudadano, como lo son el abaratamiento de costes y la mayor celeridad en la tramitación de la crisis matrimonial. Es importante permitir la disolución del matrimonio con el instrumento del divorcio, ya que el debate referente a si tiene que regularse un matrimonio inseparable o no está totalmente superado.

Conforme se ha establecido en estas conclusiones, se confirma la hipótesis planteada en esta materia, ante la inexistencia de un régimen incausado y de corte unilateral en la legislación costarricense. La legislación actual de divorcio no permite la libre determinación del individuo, a través del ejercicio de su autonomía de la voluntad. Dicho derecho sería respetado con la adopción de un sistema donde no sea necesaria la expresión de causal y pueda darse con la simple expresión de la voluntad de una de las partes.

Bibliografía

Libros

Aida del Carmen San Vicente Parada. *El Principio de Autonomía de la Voluntad*. (Ciudad de México: UNAM, 2010.)

Alberto Brenes Córdoba. *Tratado de las Personas . Derecho de Familia. Volumen II. Quinta ed.* (San José: Editorial Juricentro, 1998).

Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña. *Panorama del Derecho Mexicano. Derecho de Familia*. (Ciudad de México: McGraw-Hill, 1998).

Ana María Jiménez Ortiz. *Divorcio Exprés en México. Disertación presentada en el XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar: “Las familias y los desafíos sociales”* celebrada en Mar del Plata, del 22 al 26 de octubre de 2012. (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012).

Antonio De Ibarrola. *Derecho de Familia, primera edición* (Editorial Porrúa. México, 1978).

Bertrand Russell, *Matrimonio y Moral*. (Madrid: Cátedra, 2001).

Carmen Julia Cabello, *Divorcio y Jurisprudencia en el Perú*, segunda edición. (Lima, Perú: Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999).

Dolores Loyarte. *La Familia y sus Derechos. Divulgación popular de los derechos de familia*. (Buenos Aires: Fundación Agustina de Lerena, 2012).

Eduardo Novoa Monreal . *El Derecho como obstáculo al cambio social*. Quinta edición. (Ciudad de México: Editorial Siglo XXI, 1981).

Eduardo Oliva Gómez. *El Divorcio Incausado en México*. (Ciudad de México: Moreno Editores, 2013).

Friedrich Engels, *El Origen de la Familia, Propiedad Privada y el Estado* (Moscú: Editorial El Progreso, 1970), 78, recuperado abril 4, 2017.

Gerardo Trejos Salas. Derecho de la Familia. Primera Edición. (San José: Editorial Juricentro, 2010).

Guillermo Margadant, Panorama de la Historia Universal del Derecho, segunda edición (México: Porrúa, 2004).

Haideer Miranda Bonilla. Derechos Fundamentales en América Latina. (San José: Editorial Jurídica Continental, 2015).

Jean Jacques Rousseau. El Contrato Social. (Barcelona: Edicomunicación, 1994).

Jorge Adame Goddard, La naturaleza y la justicia del matrimonio (Ciudad de México: Aspe Armella, Editorial Porrúa, 2006).

Jorge Sáenz Carbonell. Los Sistemas Normativos en la Historia de Costa Rica. (San José: ISOLMA, 2011).

Julián Fuentesvilla Güitrón. Derecho Familiar. Tercera edición. (Ciudad de México: Promociones jurídicas y culturales, 1985).

Marcel Planiol y Georges Ripert. Tratado Elemental de Derecho Civil. (Ciudad de México: editorial José M. Cajica Jr, 1996).

Marvin Harris. Antropología Cultural. Tercera Edición. (Madrid: Alianza Editorial, 2001).

Mauricio Luis Mizrahi. Familia, matrimonio y divorcio. Primera Edición. (Buenos aires: Editorial Astrea, 2001).

Nora Lloveras y Marcelo Salomón, El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional (Buenos Aires: Editorial Universidad de Buenos Aires, 2009).

Nuria González Martín. El derecho de familia en el mundo globalizado. (Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2007).

Philippe Malaurie, Cours de Droit Civile (Paris: Cujas, 1989).

Rafael Rojina Villegas, Derecho Civil Mexicano, novena edición (México: Editorial Porrúa, 1998)

Artículos académicos

Eduardo Oliva Gómez. “Hacia un Concepto Interdisciplinario de la familia en la Globalización.” (Estado de Morelos: Justicia Juris, 2014).

Eva Camacho Vargas. Sobre el Divorcio Incausado. Artículo no publicado

Rita Maxera “Reseña de la Legislación Familiar en Costa Rica”, Realidad Familiar en Costa Rica, 1era ed. (San José, Costa Rica: FLACSO, 2001.)

Tomás Federico Arias Castro. “Historia la Comisión Codificadora de 1882 y el Código Civil de 1888”, Revista de Ciencias Jurídicas, No 128 (mayo - agosto, 2012).

Documentos de páginas web

Diego Benavides Santos. Acercamiento al Derecho Familia y al sistema judicial de familia de Costa Rica. Disponible en: <https://www.poder-judicial.go.cr/salasegunda/index.php/revista/instructivo-para-publicar-articulos/23-revista/revista-4/46-revista4-acercamiento-derecho-familiar>

Consentimiento Matrimonial, Guías Jurídicas, recuperado en enero 12, 2018, http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjAyMLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzA7BAZlqlS35ySGVBqm1aYk5xKgCNeoMhNQAAAA==WKE

Curso Taller. La Aplicación del Derecho Comparado en Investigación Legislativa, recuperado el 15 de marzo de 2018, http://www3.diputados.gob.mx/camara/content/download/125618/330054/file/DERECHO_COMPARADO.pdf.

Francisco J. Forcada Miranda, Las últimas reformas legales en España sobre el derecho a contraer matrimonio y en materia de separación y divorcio, recuperado el 16 de marzo de 2018. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1340641.pdf>.

Instituto Nacional de Estadística y Censos, “Decrece Natalidad y Mortalidad General Crece” Noticia. Última actualización 31 de marzo, 2017. Recuperado el 21 de diciembre, 2017, <http://www.inec.go.cr/noticia/decrece-natalidad-y-mortalidad-general-crece>

Programa de Estado de la Nación, “Tendencias recientes de la inserción femenina en el mercado laboral en Costa Rica” Segundo Informe de Avance. 2009, recuperado el 28 de diciembre 2017, https://estadonacion.or.cr/files/biblioteca_virtual/otras_publicaciones/empleo_femenino.pdf

Katiuska Hernández Fraga, “El Principio de Autonomía de la Voluntad Contractual Civil. Sus Límites y Limitaciones”, recuperado enero 11, 2018, <http://www.eumed.net/rev/rejie/06/hfgc.html>

José Venustiano Carranza Garza, “Exposición de motivos del decreto de 29 de diciembre de 1914”, consultado el 17 de marzo de 2018, http://www.biblioteca.tv/.../1914.../Ley.sobre.el.divorcio_222.shtml

Manuel Rodríguez-Marin Pujol, “El péndulo del derecho al divorcio en España”, recuperado el 12 de marzo 2018, <http://www.divorciomadrid.net/blog/el-pendolo-del-derecho-al-divorcio-en-espana-4.html>

Mendoza, Garcés et al. (s/f). El divorcio incausado. Disponible en <http://www.unilibrebaq.edu.co/ojsinvestigacion/index.php/Directum/article/download/780/701>

Oswaldo D. Otemberg, “Breve historia del divorcio en la Argentina”, consultado el 15 de marzo de 2018, https://www.clarin.com/sociedad/Breve-historia-divorcio-Argentina_0_HJnhZStvXx.html

Red Judicial Europea (2015). Divorcio. Suecia. Consultado el 18 de3 marzo de 2018, https://ejustice.europa.eu/content_divorce-45-sees.do?member=1

Rosario Movilla S., “Divorcio Incausado”, Revista Directum, No.2, Julio – diciembre 2016, consultado 14 de marzo 2018, <http://www.unilibrebaq.edu.co/ojsinvestigacion/index.php/Directum/article/download/780/701>

Suhail Velázquez Cortés, “Salud física y emocional. Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo. Edición virtual”, recuperado 28 de diciembre, 2017, www.uaeh.edu.mx/docencia/VI_Lectura/licenciatura/documentos/LECT100.pdf

Trámite procesal del juicio de divorcio sin expresión de causa, noviembre 2012, consultado el 16 de marzo de 2018, https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/cuadernos_trabajo/documento/2016-10/CT-PS-4_0.pdf

Tesis finales de grado

Adriana Rodríguez Corrales y Laura Verónica Segnini Cabezas. Posibilidad de eliminación de las Causales de Divorcio en el Derecho de Familia costarricense. Tesis de de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, 2009.

Ronny S. Guevara Mora, “Planteamiento de inconstitucionalidad entre la exigencia de fidelidad y la libertad de culto. Objeciones a una imposición estatal” (Tesis de grado para optar por el Título de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica, 2011.

Jurisprudencia

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Acción de Inconstitucionalidad: voto 1994-6776; 22 de noviembre, 1994, 14:57 horas”, expediente 94-000057-0007-co, considerando segundo.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Acción de inconstitucionalidad: voto 2008-16099; 29 de octubre 2008, 8:34 horas”, expediente 08-007528-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Acción de inconstitucionalidad: voto 2010-3951; 24 de febrero 2010, 14:49 horas”, expediente 09-001886-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Acción de inconstitucionalidad: voto 2012-2448; 24 de febrero 2012, 14:49 horas”, expediente 11-001886-0007-CO.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, “Proceso abreviado de Divorcio: voto 812-2011; 7 de octubre del 2011, 9:10 horas”, expediente 06-001440-0292-FA.

Tribunal de Familia de la Corte Suprema de Justicia, “Proceso de Divorcio: voto 357-01; 8 de marzo del 2001, 15:40 horas”, expediente 94-400398-0292-FA

Tribunal de Familia de La Corte Suprema de Justicia, “Proceso de Divorcio: voto 0026; 21 de marzo 2017, 13:43 horas”, expediente 13-000339-0187-FA

Tribunal de Familia de la Corte Suprema de Justicia, “Proceso abreviado de Divorcio: voto 832-2004; 26 de mayo del 2004, 10:20 horas”, expediente 15-000128-0688-FA.

Tribunal de Familia de la Corte Suprema de Justicia, “Proceso abreviado de Divorcio: voto 241-2017; 20 de marzo del 2017, 11:14 horas”, expediente 15-000128-0688-FA.

Tribunal de Familia de la Corte Suprema de Justicia, “Proceso de Divorcio por Mutuo Consentimiento: voto 1241-16; 5 de diciembre del 2016, 10:12 horas”.

Bibliografía constitucional, legal, reglamentaria y jurisprudencial.

Carta Internacional de Derechos Humanos.

Código Civil.

Código de Familia.

Código Notarial.

Código Penal.

Constitución Política.

Código Procesal Civil.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Corte Europea sobre Derechos Humanos.

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará”.

Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia.

Constitución Política de la República de Costa Rica.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica.

Jurisprudencia de los Tribunales de Justicia de la República de Costa Rica.

Anexos

Anexo único, transcripción de entrevistas.

Entrevista a Albán Bonilla Sandí, filósofo, abogado litigante, profesor de Derecho de Familia en la Universidad Escuela Libre de Derecho y director ejecutivo de la Asociación Unidad de Rectores de las Universidades Privadas de Costa Rica.

Miércoles 14 de marzo de 2018.

¿Qué papel ha jugado el Tribunal de Familia en cuanto a la apertura o no del régimen de divorcio en Costa Rica?

Es que recordemos que los tribunales costarricenses son tribunales de legalidad, y el margen de maniobra en un tribunal en una materia como el divorcio, es muy limitado. A lo sumo por vía jurisprudencial ha venido interpretando algunas normas ampliando su sentido, por ejemplo el concepto de sevicia que se tiene hoy es más amplio que el que se tenía en 1973 -fecha de promulgación del Código-. En esa época no era muy clara la distinción entre sevicia y ofensas graves. Hoy en día con el tema de la violencia doméstica, este concepto se interpreta de una manera más amplia. Igual podríamos decir con el concepto de adulterio, que antes prácticamente se limitaba al tercer relaciones heterosexuales con un tercero, hoy se ha ampliado a relaciones homosexuales, en incluso a “pérdida de exclusividad”. En lo demás como los procedimientos, términos, etc. los tribunales no tienen mucho margen de maniobra.

¿Cómo resolver el problema de la limitación de la libertad de estado para el cónyuge que desea divorciarse, pero no encuentra amparo en ninguna causal y no existe anuencia de la realización de un convenio de divorcio por mutuo acuerdo?

No hay nada que hacer, excepto provocar la causal. Por ejemplo una separación de hecho por más de tres años. El problema es que no tenemos el divorcio unilateral. Si no hay causal y el otro no desea divorciarse, la única salida es provocar una causal. Incluso si hay causal, y no se logra probar, el Estado obliga a la pareja a mantenerse casada.

¿En la práctica judicial las causales de divorcio problematizan aún más la crisis familiar?

El instintito del divorcio no es causal de la crisis que pueda haber en una familia, es efecto. Una familia o pareja se divorcia no porque exista el divorcio, sino porque la relación se quebró por razones extrajurídicas. En Costa Rica, aproximadamente el 50 % de los matrimonios termina en divorcio, lo que ha terminado por convertirse en una situación social que no es estigmatizante, como lo era en el pasado. El divorcio es sanción .cuando hay culpable artículo 48 incisos 1-2-3-4 CF- o remedio -cuando no hay culpable artículo 48 incisos 5-6-7-8- CF-, y refleja la quiebra de un matrimonio.

¿Considera usted que el régimen actual de divorcio vulnera algún principio constitucional?

Creo que tanto el Código como la Constitución tienen visiones familiaristas. La unidad de la familia -artículo 2 CF- es uno de sus principios rectores, y en ese sentido el sistema está diseñado para desestimular el divorcio.

¿Considera usted que el régimen actual de divorcio vulnera algún principio contenido en normas internacionales de protección del individuo?

El artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala: Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Habría que ver si este sistema implica una intervención arbitraria en la vida privada de las personas. No conozco jurisprudencia internacional al respecto. El hecho de que bajo algunas circunstancias el Estado no divorcio, a pesar de que algún miembro de la pareja desee desvincularse, creo que va más allá de lo deseable en esta materia. Me pregunto: qué se gana manteniendo unidad una pareja, cuando uno de los dos no lo desea?

¿Quebranta la no expresión de causa la desprotección de algún derecho patrimonial o civil del cónyuge en situación de desventaja?

Me parece que no. La parte civil –patrimonial- está protegida por la liquidación anticipada de bienes gananciales, aunque igualmente, si no se logra probar las hipótesis que informan esta figura, podría no aprobarse. Aunque, nuevamente, los tribunales han

flexibilizado el tema, en el sentido de que si algún miembro de la pareja siente que su parte está en peligro, bien podría aprobarse dicha liquidación, siempre que no sea una liquidación encausada, por el solo adelanto de enriquecimiento.

De darse una apertura a algún sistema unilateral sin invocación de causa, como en otros países latinoamericanos: ¿Cuál es la vía idónea? ¿Control de constitucionalidad, legislativa u otra?

Creo que requeriría aprobación legislativa. No parece que la Sala IV vaya a derogar el artículo 48 CF completo, y menos agregar un inciso.

Según su parecer: ¿A qué responde la existencia de causales de divorcio en el Código de Familia costarricense?

Como dije, al carácter familiarista del Código y la Constitución, que fueron promulgados en otro contexto, hoy desfasado. Cuando esos instrumentos fueron aprobados en Costa Rica el 80% eran católicos -La Iglesia reprueba el divorcio- hoy son solo el 50%, y no se sabe de esos cuántos son practicantes.

Quisiera agregar mi opinión en este sentido -se lo he dicho a mis estudiantes-: A mí no me gusta el sistema como está en este momento. Yo eliminaría las causales de divorcio y permitiría que las parejas se puedan divorciar unilateralmente. Mantener una pareja casada artificialmente, resulta, incómodo y hasta peligroso, y no parece muy humano, podría resultar una tortura psicológica y es proteger al dominante o posesivo, y eso no debe

ser. Si para casarse se necesita consentimiento (dos voluntades) para mantener el matrimonio debería operar el mismo principio. Hay que recordar que en derecho las cosas se deshacen de la misma forma en que se hacen. Se necesitan dos para casarse, si esa voluntad no se mantiene, no debería obligarse. Ahora, yo mantendría el elenco de causales, pero no para desvincular a la pareja, sino para efectos de indemnización -artículo 48 bis-, solo que agregaría la causal de adulterio dentro de las indemnizables.

Entrevista a Diego Benavides Santos, juez del Tribunal de Familia de Costa Rica.

Viernes 16 de marzo de 2018.

¿Qué papel ha jugado el Tribunal de Familia en cuanto a la apertura del régimen de divorcio en Costa Rica?

Todos los aspectos de la judicatura tienen mucha relación con lo que se pida en una demanda, que es la que plantea los posibles criterios. Al punto que, hecha una petición, aun y cuando no haya ninguna legislación, hay que resolverla; pero, al contrario, si no hay una legislación en ese sentido, es muy difícil digamos que se dé algún tipo de situación. Entonces, lo que te quiero decir es que yo no he visto el pedido por algún litigante, en alguna demanda, de algo que implique, digamos, abrir el régimen de divorcio fuera de las causales previstas, así que no hecha una petición en ese sentido, sería muy difícil que se diera una resolución, en ese sentido. Lo más, tal vez, es que haya implícitas solicitudes de variar alguna causal porque está el derecho expuesto, pero más que eso nunca lo he visto, así que, hoy por hoy, no ha incidido en nada el Tribunal de Familia.

Vemos el ejemplo de apertura y flexibilización de la configuración de causales como sevicia. ¿Se ha dado una apertura en cuanto al margen de apreciación del Tribunal de Familia respecto a determinadas causales?

Claro, eso es patente. Las evoluciones en cuanto a la lectura de causales como esa, la de sevicia, ofensas graves, cargas de prueba, etc., en todo eso se han visto evoluciones.

Por un lado, mucho a partir de los derechos humanos y respecto a la debilidad, por un lado, y, por otro lado, hacia la autonomía de la voluntad, mucho marcado por la jurisprudencia de la Sala Constitucional, por ejemplo, temas de allanamientos, es decir, que llegan y sí están de acuerdo con los hechos. En algún momento se exigía la prueba para descartar que hubiese algún tipo de fraude o que se estaba tratando de brincar la legislación. Todo eso ha ido evolucionando, pero no al grado que lo planteabas anteriormente.

En cuanto a la clasificación de las causales, ¿considera usted que continúa vigente esa clasificación clásica de causal sanción y causal remedio?

Hoy por hoy sí, porque tienen sus efectos muy claros, sobre todo en el tema de alimentos que tiene su incidencia. Entonces, hasta que eso no se cambie, seguiríamos hablando de la causal sanción. En 1997, se eliminó el efecto en lo que era la parte patrimonial, que sería la reforma de don Gerardo –Gerardo Trejos, diputado del período constitucional 1994 a 1998- respecto a las causales sanción.

Una problemática que no se resuelve con la legislación actual es la del cónyuge que desea divorciarse, pero no encuentra amparo en ninguna causal y no existe anuencia para la realización de divorcio por mutuo consentimiento. ¿Cómo resolver el problema de limitación de la libertad de estado de esa persona atada ficticiamente a un matrimonio?

Mirá, aún dentro de la misma Constitución, uno ha visto la lectura diferente de los institutos y sobre todo a partir de 1989 y el 90 que se va dando una mayor apertura, verdad, igual con la apertura de este Tribunal que hizo una gran diferencia, pero se requiere de la demanda, una demanda que diga: pido que se me divorcie sin tener una causal, eso tendría que hacerse para que el juez pueda dar el análisis.

¿Y si la rechaza el juez de familia de entrada?

Podría ser que no, es que todo depende de cómo se plantee, un ejemplo, el tema de las inexistencias de matrimonio, eso no tiene una legislación tan clara. Por el hecho de que no exista legislación o un artículo que así lo disponga, uno o el juez determina que no hay ley y le busca solución como dice el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La otra es que se requiere el caso concreto para que la parte vaya a la Sala Constitucional o más allá, para que vaya a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¿Cuál considera usted que es la vía idónea para la apertura a un sistema unilateral sin invocación de causa? ¿Reforma legislativa, control de constitucionalidad o control de convencionalidad?

Yo pienso que todos. Como el caso que se plantee, el tipo de juez que lo reciba, hay jueces que son muy de la letra de la ley, pero el Derecho no es eso. Cuando algo se presente de esa forma, las circunstancias que se vayan planteando, como el juez que recibió el tema de la unión de hecho y aplicó la convencionalidad. Si le toca una juez de esos, es más probable la apertura.

El juez debe hacer control de constitucionalidad y control de convencionalidad, cada vez yo creo que entra más en crisis el sistema centralizado que se planteó con la Sala Constitucional con creación. Entre los mismos magistrados siempre hay un voto salvado en ese sentido, en cuanto a las consultas y el artículo 8. Creo que cada vez va a haber más presión e incidencia hacia un sistema dual del juez aplicando para el caso concreto cuando está seguro. Hay muchos casos de aplicación directa de los tratados internacionales. El

derecho es vivo y depende de los operadores que en un momento vayan planteando, depende también de ideologías.

Por otro lado, si vos ves las estadísticas de Juzgados de Familia, el 35% son procesos por mutuo, lo que significa que las personas han optado más por un sistema sin invocar la causa.

Opinión de Eva Camacho Vargas. Exmagistrada de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Lunes 1 de abril de 2018.

Las tendencias modernas en el derecho familiarista, tiene como centro de imputación a la persona, a uno o una de los y las integrantes que conforman una familia. Los enfoques sobre género y diversidad permiten afirmar que los principios reguladores han evolucionado hacia la protección de quienes integran un vínculo familiar. El derecho de familia se caracteriza por la mínima intervención estatal salvo cuando se trata de tutelar a las personas que integran el núcleo familiar.

En su trayectoria podemos encontrar legislaciones con mayor apertura para la disolución del vínculo matrimonial o de convivencia. Otras sin embargo se mantienen en la ideología de evitar a toda costa la ruptura de la pareja. El divorcio con causal parte del principio de tutela del cónyuge o conviviente inocente frente a quién le ha generado un daño sea este físico, psicológico o moral.

Las sanciones pretenden una especie de castigo para quién haya incumplido con su compromiso de pareja. Frente a una postura de tutela legal al consentimiento se impone aquella que no considera conveniente dejar que sean las partes involucradas, quienes, en forma conjunta o unilateral decidan terminar la relación. La separación de hecho o el cese efectivo de la convivencia es la causal que ha permitido con el solo transcurso del tiempo, el divorcio o la separación judicial según fuera el caso.

La posibilidad del divorcio por mutuo acuerdo no fue nada pacífico, y la oposición surge precisamente del sector más conservador que pretende mantener el vínculo a toda costa, aún en contra de la voluntad de las partes, permitiendo su disolución solamente cuando haya una o más personas vulneradas dentro del grupo familiar. Surgieron entonces, las denominadas causales sanción con las consecuencias que ello conlleva de pérdida de derechos.

Ahora el tema que nos ocupa es la posibilidad de que en cualquier tiempo una de las partes decida en forma unilateral, sin ningún requisito poner fin al vínculo matrimonial. Quienes asuman la posición de que una relación sin afecto ni convivencia no debe continuar, encuentran muy acertado que determinado ordenamiento adopte una normativa que facilite la disolución, sin requerir el consentimiento o aceptación de la pareja. Esto no debe suceder cuando exista una conducta que amerite una sanción de forma tal que desproteja la posible víctima. En este supuesto se debe ser estricto, y para estos efectos el sistema debe blindarse. Por ello el tema procesal resulta importante y la pregunta que surgiría es si aceptamos un divorcio incausado con la sola presentación de una demanda, o gestión; o si por el contrario debemos establecer mecanismos procesales para que ocurra la notificación a la otra parte, y darle posibilidad de defensa.

Considero importante para salvaguardar los derechos de posibles víctimas de agresiones personales, o patrimoniales, que se autorice el divorcio unilateral siempre y cuando no se aleguen comportamientos que menoscaben la salud integral de los y las miembros que integran el grupo familiar. Para ello puede establecerse como obligatorio escuchar en audiencia a las partes y decidir en esa misma audiencia si se continua con la sentencia de divorcio en forme simple o bien rechazar la solicitud y enviar a las partes a un proceso contencioso para discutir los extremos sobre relaciones personales entre progenitores y sus hijos o hijas, así como el tema de alimentos y disolución del régimen patrimonial.

Otra solución puede ser, la de decretar el divorcio incausado, y continuar el trámite sobre pretensiones indemnizatorias, patrimoniales, sobre relaciones interpersonales, así como posibles reclamos de alimentos.

Las ventajas de un divorcio sin causal pueden ser la rapidez del proceso, la generación de posibles acuerdos, y el ahorro de un proceso largo, costoso y doloroso para las partes. Importante será, entonces y será un tema para discutir, la forma procesal que se determine en el planteamiento de este instituto familiar.