

016
5d
19
y CS.

0961
Ej. 1.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

**De los Requisitos de Existencia
y Validez del Matrimonio**

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

DANIEL POSADA RENDERO

PARA OPTAR AL TITULO DE

DOCTOR

EN

JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES



NOVIEMBRE 1979

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DE LOS REQUISITOS DE EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL MATRIMONIO

TESIS PRESENTADA POR

DANIEL POSADA RENDEROS

PARA OPTAR AL TITULO DE

DOCTOR EN JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

SAN SALVADOR, EL SALVADOR, C. A., Noviembre de 1979.--



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR: LIC. JOSE LUIS ARGUETA ANTILLON

SECRETARIO GENERAL: LIC. OSCAR ARMANDO ACEVEDO M.

FACULTAD DE:

JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO:

DR. MAURICIO ROBERTO CALDERON

SECRETARIO:

DR. MANUEL ADAN MEJIA RODRIGUEZ

JURADOS QUE PRACTICARON LOS EXAMENES GENERALES

DE PRIVADOS Y APROBARON ESTA TESIS DOCTORAL.

CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL

PRESIDENTE: DOCTOR ROLANDO CALDERON RAMOS

PRIMER VOCAL: DOCTOR FRANCISCO MEDINA GONZALEZ

SEGUNDO VOCAL: DOCTOR RAFAEL ANTONIO OVIDIO VILLATORO

MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES

PRESIDENTE: DOCTOR MANUEL ARRIETA GALLEGOS

PRIMER VOCAL: DOCTOR MARIO FRANCISCO VALDIVIESO C.

SEGUNDO VOCAL: DOCTOR ROBERTO ROMERO CARRILLO

MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS

PRESIDENTE: DOCTOR RODOLFO ANTONIO GOMEZ h.

PRIMER VOCAL: DOCTOR OSCAR GOMEZ CAMPOS

SEGUNDO VOCAL: DOCTOR CARLOS ALFREDO RAMOS CONTRERAS

ASESORA DE TESIS

DOCTORA HAYDEE FUENTES DE GOMEZ

TRIBUNAL CALIFICADOR DE TESIS

PRESIDENTE: DOCTOR FRANCISCO RAFAEL GUERRERO

PRIMER VOCAL: DOCTOR MAURICIO RODRIGUEZ FLORES

SEGUNDO VOCAL: DOCTOR CARLOS ARTURO BARRIENTOS

I N D I C E

Página

TITULO PRIMERO.- CAPITULO PRIMERO

PALABRAS INICIALES	1
I.- LA FAMILIA	2
A) Antecedentes Históricos	2
B) Generalidades sobre el Derecho De Familia	8
II.- CONCEPTO DE MATRIMONIO	10
a) Legal	10
b) Doctrinario	24
c) Social	25
d) Cristiano	35

TITULO SEGUNDO.-

III.- REQUISITOS DEL MATRIMONIO	37
---	----

CAPITULO PRIMERO

1.- REQUISITOS DE EXISTENCIA	37
A) Diversidad de Sexo	41
B) Consentimiento	44
C) Presencia de Funcionario Competente	48

2.- REQUISITOS DE VALIDEZ	52
A) Consentimiento Libre y Espontáneo	52
B) Capacidad o Ausencia de Impedimentos Di rimentes	63
a) Nociones Generales sobre los Impedi- mentos	66
b) Concepto	67
c) Clasificación	72
C) Cumplimiento de Formalidades	111

CAPITULO TERCERO

IV.- COMENTARIO AL ANTEPROYECTO DEL CODIGO DE FAMILIA	171
--	-----

CAPITULO CUARTO

V .- C ONCLUSIONES	179
VI.- RECOMENDACIONES	193

DE LOS REQUISITOS DE EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL MATRIMONIO

TITULO PRIMERO

CAPITULO PRIMERO

PALABRAS INICIALES:

Cuando en el Decanato de nuestra Facultad se nos proponen los tres temas para la elaboración de la respectiva tesis, previa solicitud del interesado, optamos por los REQUISITOS DE EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL MATRIMONIO, en primer lugar; por ser una de las instituciones jurídicas actualmente de gran significado en la organización familiar; por los cambios sociales que experimenta El Salvador, y luego, por la necesidad de legislar para la familia, de acuerdo a las demandas que el momento actual exige.

El concepto de matrimonio y sus requisitos han sido enfocados desde distintos puntos de vista, de ahí que este trabajo tenga por finalidad, alguna claridad de su contenido; además, porque es un hecho tan importante al constituir uno de los principales temas del Derecho de Familia y respecto del cual se viven situaciones concretas a diario.

No obstante, es necesario afirmar, que no pretendemos hacer innovaciones en esta materia, ni presentar puntos de vista que consideramos inobjectables; más bien, nuestro propósito se encamina a ofrecer algún aporte a los estudiosos de estas disciplinas, como instrumento que permita examinarlas, partiendo de bases más o menos concretas e impregnadas de --

claridad. para poder de esa manera, obtener una visión de conjunto relativa a las mismas.

Esta institución del "matrimonio", la regulan de manera bastante análoga las diversas legislaciones. Y este fenómeno de regulación no es nuevo: en efecto, nos encontramos que desde los orígenes del Derecho Romano, los jurisconsultos se preocuparon de este tema.

I.- LA FAMILIA

A) Antecedentes Históricos

B) Generalidades sobre el Derecho de Familia.

A) Antecedentes Históricos

Es el conjunto de personas que descienden de un tronco común y se hallan unidas por los lazos del parentesco (1).

El Doctor Napoleón Podríguez Ruiz, nos indica uno de los conceptos modernos de familia: "es el conjunto de personas unidas entre sí por los lazos del matrimonio o del parentesco ya sea de consanguinidad o afinidad, y en general, todas las personas unidas por los vínculos de sangre".

El concepto moderno debe incluir los hijos adoptivos.

Las fuentes de la familia son el matrimonio, filiación y adopción. La calidad de los cónyuges procede del matrimonio y éstos no tienen ningún grado de parentesco porque se consideran como una sola persona.

(1) ESTRICHE. Citado por el Dr. Napoleón Podríguez Ruiz, en su obra "Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas". Pág. 9, Segundo Tomo.

La palabra familia, aplicada a las personas, en el Derecho Romano, tiene dos sentidos distintos:

a) En sentido propio, familia o domus, es la reunión de personas bajo la autoridad de un jefe único.

Según lo anterior, la familia tiene un jefe denominado paterfamilias, quien ejerce autoridad sobre su grupo familiar.

Constituida así la familia, se caracteriza por el rasgo dominante del regimen patriarcal: la soberanía del padre o del abuelo paterno.

El jefe de familia, considerado como dueño de la misma arregla a su manera su composición, pudiendo excluir a sus descendientes por la emancipación; por la adopción, puede hacer ingresar a un extranjero a su grupo familiar; durante toda su vida es dueño del patrimonio; cumple como sacerdote de los dioses domésticos, asegurando la protección de los ascendientes futuros, por medio de las ceremonias privadas.

La madre no juega ningún papel; desde los orígenes de Roma y durante muchos siglos, es considerada en condiciones análogas a la de una hija. Este criterio se modificó lentamente, sobre todo en el Bajo Imperio, donde la autoridad del jefe llegó a ser menos absoluta.

b) El paterfamilias y el grupo bajo su autoridad paternal, están unidos por el parentesco civil llamado agnatio. Esta ligadura subsiste a la muerte del jefe, lo mismo entre sus

hijos que hechos sui juris, después de muerto el padre, son jefes a su vez de nuevas familias, o domus, que entre los miembros de las cuales están formadas. Todas estas personas se consideran como pertenecientes a una misma familia civil: he aquí otro sentido de la palabra familia, en cuyo caso, que es el más común, la familia se compone de agnados, es decir, del conjunto de personas unidas entre ellas por el parentesco civil. (1)

Para los romanos, la potestad paternal pertenece al jefe de familia sobre los descendientes que forman parte de la familia civil; es un derecho civil que no puede ejercerse más que por un ciudadano romano sobre un hijo también -- ciudadano.

En ningún otro pueblo de la cultura antigua se organizó como en Roma; sin embargo, los principales rasgos se encuentran entre los hebreos, persas, galos, y en general, en los pueblos que han practicado el regimen patriarcal.

El caracter principal de esta autoridad es que tiene -- menos por objeto la protección del hijo que el interés del jefe de la familia. De este principio derivanse las consecuencias siguientes:

1a.) No se modifica a medida de este desarrollo histórico las facultades de los que están sometidos, ni por la edad ni por el matrimonio se les podía liberar;

(1) EUGENE PETIT. "Tratado Elemental de Derecho Romano" Página 96.

2a.) Sólo pertenecía al jefe de familia, aunque no siempre era el padre quien la ejercía; mientras le estaba sometido, su autoridad se borraba delante de la del abuelo paterno y.

3a.) Por último, la madre nunca tuvo la potestad paternal.

Efectos: Esta potestad confería al jefe de familia derechos rigurosos y absolutos, análogos a los del amo sobre el esclavo, y que ejercía al mismo tiempo que sobre las personas, sobre los bienes de los hijos. Pero a medida que se iba dulcificando la rudeza de las costumbres primitivas, se vió también extinguirse la energía de la potestad paternal. Veamos como se fue cumpliendo este progreso:

1º) Derechos sobre la persona. Durante los primeros siglos de la potestad paternal hizo del padre de familia un verdadero magistrado doméstico, rindiendo decisiones sin número y pudiendo ejecutar sobre sus hijos las penas más rigurosas. Tiene sobre ellos poder de vida y de muerte, puede manciparlos a un tercero y abandonarlos.

El poder del padre de familia para dar muerte al hijo - bajo su potestad se ha comprobado en una infinidad de testimonios aunque parece que en tiempos de la República hacían uso de ello con más moderación. En cambio en el Imperio, debido al relajamiento de las costumbres, hubo abusos de autoridad, en los cuales tuvo que intervenir el legislador.

Por regla general, el padre mancipaba su hijo a un ter-

cero en un momento de miseria, y en un precio efectivo, ejecutando una verdadera venta. A veces también le mancipaba a su acreedor, en señal de garantía.

Es indudable que el hijo no era un bien como el esclavo, pero sí un instrumento de adquisición, teniendo el valor que sus servicios pudieran prestar. El adquirente se comprometía a libertarle dentro de un tiempo determinado; pero si rehusaba, el censor podía anular el mancipium, volviendo el hijo a la autoridad paternal.

El Derecho Romano luchó contra esta práctica: La Ley de Las XII Tablas decidió que el hijo mancipado por tres veces fuere libertado de la autoridad paternal, y la jurisprudencia, interpretando el texto de la ley, admitió que para los hijos y para los nietos una sola mancipatio produzca los mismos efectos.

En la época de ANTONINO CARACALLA, la venta de los hijos se declaró ilícita; Dioclesiano prohibió la enajenación de los hijos de cualquier manera que fuese: venta, donación o empeño. (1).

(1) CARACALLA. Emperador loco asesino de la Era Cristiana. - Mató a su propio hermano; construyó las Termas o baños públicos; concedió la ciudadanía a los habitantes de las provincias. Tomado de la "Historia Universal" de Guillermo Morales M.; 2º Año, Ciclo Básico Común. Pág. 131.

DIOCLESIANO: Emperador de la Era Cristiana; fue un general severo y cruel.
Tomado de la misma fuente anterior. Página 132.

Por último, el Jefe de Familia podía dejar a sus hijos, abandonándolos. Esta práctica parecer ser que sólo se prohibió en el Bajo Imperio.

2º) Derechos sobre los bienes. Por el carácter absoluto de la autoridad paterna, el hijo, en cuanto a los bienes, estuvo en una situación comparable a la del esclavo; no tiene bienes propios: todo lo que adquiere: propiedades, derechos de crédito, etc., pertenecían al Jefe.

Sin embargo, si sólo existía un patrimonio en la familia, a los hijos se les consideraba como copropietarios latentes en vida del jefe; pero al morir éste, lo recogían como bienes ya de su propiedad, a título de herederos.

En la época del Bajo Imperio, los hijos de familia tuvieron ciertas adquisiciones en toda propiedad, y por último el pretor permitía a los terceros que hubiesen hecho un contrato con un hijo de familia, como también lo permitía a los que hubiesen contratado con los esclavos, de ejercer su acción contra el Jefe, cuando hubiese autorizado al hijo para contratar.

Fuera de estas relaciones con el Jefe, el hijo de familia está en una situación bastante superior a la del esclavo en cuanto a la personalidad propia que le reconoce el Derecho Civil.

La fuente principal de la potestad paterna es el matrimonio. Los hijos nacidos forman parte de la familia civil -

del padre. Puede establecerse también por adopción, y bajo los Emperadores Cristianos, se dió por legitimación. (1).

B) Generalidades sobre el Derecho de Familia

Derecho de Familia: "es el conjunto de reglas de Derecho de Orden Personal y Patrimonial, cuyo objeto, de una manera exclusiva, o principal, o accesoria e indirecta, es regular la organización, vida y disolución de la familia.(2).

El derecho de familia, como parte integrante del Derecho Privado, es el que presenta caracteres más peculiares, entre los cuales se distinguen:

a) Su naturaleza moral y ética, más que jurídica de muchas de sus normas. En tal sentido surgen deberes que no son objeto de sanción alguna; de obligaciones incoercibles, como el respeto mútuo entre padres e hijos y cónyuges entre sí.

b) Subordinación de las relaciones patrimoniales a las de índole personal: del vínculo matrimonial surgen relaciones de naturaleza patrimonial, como el derecho del padre de familia a usufructuar los bienes del hijo de familia, pero esta última relación es diferente de las puramente patrimoniales, pues el usufructo del padre no tiene la calidad de usufructo ordinario. El artículo 255 C., al respecto, determina:

(1) EUGENE PETIT. "Tratado Elemental de Derecho Romano" Páginas 100 a 103.

(2) BONNEACASE. Definición. "Filosofía del Cód.de Napoleón, aplicada al Der.de Familia.P.33.Traduc.:cita Fueyo Laneri,"Derecho Civil,P.31,Tomo Sexto Vol.I.

"Los padres gozan del usufructo de todos los bienes -- del hijo de familia que esté bajo su cuidado; cuando ejerzan la patria potestad de consuno la gozarán por partes iguales.

Se exceptúan de lo dispuesto en el inciso anterior, -- los siguientes bienes:

1º) Los adquiridos por el hijo en el ejercicio de todo empleo, de toda profesión liberal, de toda industria, de to do oficio.

2º) Los adquiridos por el hijo a título de donación, -- herencia o legado, cuando el donante o testador ha dispues- to expresamente que tenga el usufructo de esos bienes el hi jo y no los padres.

3º) Las herencias o legados que hayan pasado al hijo -- por incapacidad o indignidad de los padres.

Los bienes comprendidos bajo el número 1º, forman el -- peculio profesional o industrial del hijo; aquellos en que el hijo tiene la propiedad y el derecho de usufructo, for- man el peculio adventicio ordinario; los comprendidos bajo los números 2º y 3º el peculio adventicio extraordinario.

Se llama usufructo legal del padre de familia el que -- le concede la Ley".

El usufructo legal del padre de familia es inembarga-- ble 2213. Inciso 3º C., el padre de familia que goza del -- usufructo legal, no está obligado a dar caución de usufruc- tuario. 257 C.

Por otra parte, la comunidad de bienes entre los cónyuges no es sinónimo de comunidad ordinaria.

c) El interés social predomina sobre el interés individual. Subordinándose éste al interés de la familia y la colectividad.

II.- CONCEPTO DE MATRIMONIO

- a) Legal
- b) Doctrinario
- c) Social
- d) Cristiano

a) Concepto Legal

El Código Civil de El Salvador, en el artículo 97, no da concepto alguno de matrimonio, pero el artículo 104 C. de su edición original de 1860, sí determina que es un contrato, al expresar que "el matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente".

Análisis del Concepto anterior:

1º) Es un contrato

Más bien es una institución, pero como esa disposición es producto de la doctrina tradicional, no podría considerarse más que como un contrato, lo cual es inaceptable para la doctrina moderna, según interpretación que haremos en páginas subsiguientes.

2°) Es un contrato solemne

Las solemnidades consisten, en nuestro medio, en la presencia de un notario o funcionario autorizante y dos testigos. De ésto trataremos en los requisitos de validez.

3°) Un hombre y una mujer

En el matrimonio las partes sólo pueden ser dos y de diferente sexo.

La diferencia de sexo no sólo constituye un requisito de validez, sino de existencia.

4°) Se unen actualmente.

Con ésto se repudia toda modalidad suspensiva, ya sea que consista en plazo o en condición.

5°) e indisolublemente.

El vínculo podrá excluirse únicamente por la muerte; luego, repudia toda modalidad resolutive.

Los actos de familia, a diferencia de los actos patrimoniales, no pueden sujetarse a modalidades.

6°) por toda la vida.

Algunos consideran que ésto es redundante con el carácter indisoluble.

Esta frase recalca la trascendencia del acto para que los contrayentes mediten y reflexionen sobre la seriedad del acto matrimonial.

7°) Con el fin de vivir juntos, de procrear y auxiliar se mutuamente.

De estos fines, la procreación es la más importante, por la trascendencia de la propagación de la especie; - pero no es el único fin, por ello se justifica el matrimonio, en artículo de muerte, y el de personas avanzadas de edad, en que se descarta la posibilidad de propagar la especie.

¿Cuál podría ser la razón de haberse suprimido la expresión de que el matrimonio es un contrato solemne?

Analizando el matrimonio-contrato, se concluyó de que no lo es, porque el concepto de contrato tal como lo determina el Código Civil en su Art. 1309, tiene una característica fundamental: lo patrimonial; en cambio el matrimonio, tiene por objeto autorizar legalmente la formación de la familia, protegida por el Estado en base al principio constitucional determinado en los artículos 179 y 180 de nuestra Carta Magna. Estas disposiciones prescriben:

Art. 179 CP. "La familia, como base fundamental de la sociedad, debe ser protegida especialmente por el Estado, el cual dictará las leyes y disposiciones necesarias para su mejoramiento, para fomentar el matrimonio y para la protección y asistencia de la maternidad y de la infancia. El matrimonio es el fundamento legal de la familia y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges.

El Estado protegerá la salud física, mental y moral de

los menores y garantizará el derecho de éstos a la educación y a la asistencia. La delincuencia de los menores estará sujeta a un régimen jurídico especial".

Art. 180 CP. "Los hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio, y los adoptivos, tienen iguales derechos en cuanto a la educación, a la asistencia y a la protección del padre.

No se consignará en las actas del registro civil ninguna calificación sobre la naturaleza de la filiación, ni se expresará en las partidas de nacimiento el estado civil de los padres.

La Ley determinará la forma de investigar la paternidad".

Como podemos observar, estos principios están ubicados en el régimen de Derechos Sociales y no en el Régimen Económico de la Constitución Política, lo que marca su característica social; en cambio la idea de contrato se refiere al campo patrimonial, luego es un error concebir el matrimonio como un contrato. Ese ha sido el interés del legislador de separar a la familia de la idea de contrato, ya que ésta es la base fundamental de la sociedad y en este sentido es algo más valioso que el aspecto patrimonial.

Por otra parte, en materia contractual rige el principio de autonomía de las partes; en materia de familia priva el interés social y público y por esta razón es que se dice en el Art. 179 CP., que goza de protección especial del Estado; en materia de contratos puede haber plazo determinado;

pero no se someterá a plazo, condición o modalidad lo referente al matrimonio.

Como sabemos, la legislación civil nuestra es seguidora de la chilena y en tal sentido podríamos dilucidar la problemática de nuestra ley, interpretando la doctrina de los tratadistas de aquella Nación.

El Código Civil Salvadoreño, que data de 1904, atiende a la doctrina tradicional y en esta forma se entiende que el matrimonio constituye elementos de un contrato, aunque no se diga actualmente que lo es en tal sentido, tal como lo exponemos en este trabajo.

Para aclarar conceptos observemos qué es un contrato:

"Es una convención en virtud de la cual una o más personas se obligan para con otra u otras, o recíprocamente, a dar, hacer o no hacer alguna cosa: Art. 1309 C."

"Es una especie o tipo de convención que tiene por objeto crear derechos personales o créditos, o sea, que el contrato es la convención generadora de obligaciones" (1).

Asimismo, se entiende que contrato es el acuerdo de voluntades mediante el cual se establecen obligaciones patrimoniales entre los contratantes, quienes pueden resolver lo acordado por mutuo disenso, o también imponer término o condiciones a las mutuas obligaciones que contraen.

(1) Apuntes de Clase del Doctor Atilio Pigoberto Quintanilla.

Frente a este contrato, que perfectamente se le puede aplicar a la venta, arrendamiento o a la permuta, no creemos posible que el matrimonio quede comprendido en él, por las siguientes razones:

1a.) El acuerdo de voluntades, en el matrimonio si bien origina obligaciones propiamente civiles, no son estrictamente patrimoniales.

2a.) El matrimonio, puede resolverse por el mutuo consentimiento de los contrayentes; asimismo en los contratos puede haber cláusula resolutoria, pero en ambos casos su naturaleza jurídica es diferente.

3a.) Al matrimonio no pueden imponerse términos o condiciones.

Entonces, ¿Cómo podríamos calificar el acuerdo de voluntades para celebrar el matrimonio?

Cabe aplicar el término convención que no persigue el establecimiento de obligaciones patrimoniales y que tiene una amplitud conceptual mayor que la de contrato e indica cualquier acuerdo de voluntades que vincula a quienes la celebran, pero sin que signifique necesariamente que se establecen obligaciones.

Así podríamos decir que convención es "El acuerdo de voluntades sobre un objeto de interés jurídico que podrá consistir en crear, modificar o extinguir derechos" (1)

(1) Apuntes de Clase del Doctor Atilio Rigoberto Quintanilla.

La tradición y el pago son ejemplos de convenciones.

Convención es una declaración bilateral de voluntad -- tendiente a producir determinadas consecuencias de derecho. (1).

Doctrinariamente, contrato y convención son conceptos diferentes. La convención es el género y el contrato, la especie. Ante la ley positiva son expresiones sinónimas, -- tal como se admite en el artículo 1309 C.

Pero si el matrimonio no es contrato: ¿Cuál es propiamente su naturaleza jurídica?

El matrimonio es una institución. En términos generales, institución es una cosa establecida y fundada.

En su significado jurídico, quiere decir "fundamento o cimiento de algo, establecimiento primordial de una cosa, y por traslación, núcleo o centro fundamental de vida, de enseñanza o de doctrina" (2).

El Doctor Napoleón Rodríguez Ruiz, en su Obra "Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas", señala -- que en el funcionamiento del Derecho Objetivo son las instituciones "como grandes unidades formadas por un conjunto de normas que regulan relaciones jurídicas de la misma clase

(1) MEZA BARROS. "Fuentes de las Obligaciones" Pág. 17

(2) DOCTOR NAPOLEON RODRIGUEZ RUIZ. "Historia de Las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas". Primera Edición. Pág. 5.

y que tienen unidad de objeto y de fin; unidades fundamentales en que se distribuye el sistema jurídico del Estado, -- por ejemplo: el matrimonio, la propiedad, la pena, la esclavitud etc.'.

Durante mucho tiempo se ha entendido que la naturaleza jurídica del matrimonio radica en que es un contrato.

En el antiguo derecho romano se dice que es un contrato consensual: no es necesario solemnidad alguna, basta el consentimiento de las partes.

En el Siglo XX, esa concepción empezó a ser atacada y los autores sugirieron la sustitución del matrimonio-contrato por el matrimonio-institución.

Los contractualistas apoyan su doctrina respecto a la existencia del matrimonio, en los siguientes hechos:

1º) Para que exista es indispensable el consentimiento de los futuros cónyuges, si hay consentimiento, pueden operar los vicios del mismo: error, fuerza y dolo. Y ésto ocurre también en los contratos.

2º) El matrimonio puede terminar por mútuo consentimiento de los cónyuges. Los contratos pueden terminar también de la misma manera por mútuo disenso.

Santo Tomás estudió el matrimonio desde tres puntos de vista

1.- Como contrato de derecho natural;

2.- Como contrato civil: y.

3.- Como sacramento.

Años posteriores a la Revolución Francesa prevaleció la tesis del matrimonio como contrato civil, sobre todo en Europa y América.

Siendo un contrato, se ha convenido que éste debe ser solemne: no basta el consentimiento de los contrayentes para perfeccionarse, sino que debe atenderse las solemnidades establecidas por la Ley.

La tesis contractualista defendida, sobre todo, por muchos tratadistas franceses, actualmente es inaceptable, y entre los argumentos en su contra, tenemos: (1)

a) En cuanto al objeto o finalidad: en los contratos siempre hay un interés patrimonial y las partes pueden fijar alcances de ese interés, sujetándolo a condiciones: en el matrimonio la finalidad es espiritual, pues su tendencia es crear una familia, basándose en un interés superior de orden público dentro de la sociedad.

b) En los contratos pueden surgir las promesas, ofertas, etc., que producen efectos jurídicos, obligan al sujeto pasivo de la relación jurídica. En el matrimonio esas modalidades no son admisibles, porque deben, para que exista, llenarse de necesidad todas las solemnidades establecidas por

(1) Dr. NAPOLEON RODRIGUEZ RUIZ. "Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas" Pág. 12

las leyes; ni los esponsales producen obligaciones civiles.

c) El regimen de la autonomía de la voluntad. En esto estriba fundamentalmente a nuestro juicio, la diferencia -- sustancial entre matrimonio y contrato. Mientras en éste la esfera de la autonomía de la voluntad de las partes es amplísima, y no tiene más límite que la moral y el orden público, en el matrimonio aquella voluntad sólo interviene para el momento de producirse el consentimiento, a efecto de que el representante del Estado celebre solemnemente el acto.

Fuera de lo anterior, los contrayentes se someterán a un regimen jurídico pre-establecido por el Estado: derechos, obligaciones y condiciones, tienen que cumplirlo desde el momento en que se contrae nupcias. Ninguno de ellos puede determinar condiciones de cualquier índole contractual porque sería un absurdo: tendrán que someterse a lo que determine la ley o no celebrar el acto. Y no sólo en el matrimonio podemos observar la imposición de los aspectos legales para el caso, en el divorcio per mútuo consentimiento, en donde los cónyuges tienen oportunidad de manifestar su voluntad para tal efecto, se someterán a lo que determine la ley: Artículo 148 C., en relación a los artículos 582 y siguientes Pr., que establecen la ley sustantiva y el procedimiento a seguir, respectivamente.

Para concluir, aunque hay similitud en la forma de manifestarse el consentimiento en el matrimonio en relación a

los contratos, no puede considerarse aquél como uno de éstos, porque en el matrimonio hay subordinación de la voluntad a un sistema legal ya establecido y que es de orden público.

La tesis moderna es de que el matrimonio es una institución que regula la unión legítima de un hombre y de una mujer con el fin de procrear, vivir juntos y auxiliarse mutuamente. Estos son fines de los contrayentes, pero en un momento dado pueden faltar: por ejemplo, una pareja de ancianos pueden no procrear pero sí auxiliarse. Los fines son los móviles que llevan a una pareja a casarse pero en determinado momento puede faltar alguno de ellos: si la mujer es estéril y a sabiendas se casa, puede efectuarse el matrimonio, pero si existe algún impedimento legal ya no podría realizarse ese vínculo.

Si hacemos referencia al Art. 97 de nuestro Código Civil, por la institución del matrimonio, un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.

Según lo anterior, el matrimonio requiere el acuerdo libre de voluntades de los contrayentes, porque sin ello, jamás podría existir esta institución.

Si consideramos retrospectivamente al matrimonio veremos que se constituye por un acuerdo o pacto matrimonial: pero si examinamos sus efectos admitiremos que es algo más. Veamos: quienes celebran convenciones suelen indicar los e-

fectos que producirán, lo que no ocurre en el acuerdo matrimonial pues los contrayentes no pueden indicar los fines, - ya que la ley los contempla y ninguna persona los modificará. Ampliando un poco, se dice que los contratos y las convenciones no producirán más efectos del círculo de quienes lo celebran: el matrimonio, en cambio, tiene un radio de acción mucho más amplio, pues abarca a personas distintas de los cónyuges como son los hijos, quedando éstos protegidos aunque los padres no lo quieran.

Una institución es superior al acuerdo de voluntades, por sus efectos como por su duración.

La doctrina moderna enseña que si el matrimonio por su fuente es acuerdo de voluntades, por sus efectos es estado, en virtud de su carácter institucional.

Haciendo un análisis escueto, el matrimonio tiene una estructura peculiar pues constituye una institución social. Basta recordar el concepto que en páginas anteriores dimos de institución para afirmar, que el matrimonio participa de los caracteres allí señalados. Si es una institución especial, requiere de la intervención de la voluntad humana por medio del consentimiento.

Los comentaristas franceses Marcelo Planiol y Jorge Ripert, expresan que "El matrimonio es una institución natural y de orden público, y por eso se explica que sea obra del representante del estado....", luego concluyen en que el matrimonio es contrato e Institución.

Pero la verdad, a juicio de comentarios modernos, es que son dos figuras distintas el contrato y el matrimonio, y éste debe ser considerado exclusivamente como institución,

Por lo tanto, la doctrina dual de contrato e institución es artificiosa y traída ad-hoc para que el Estado pudiera tomar bajo su jurisdicción el matrimonio sin poder -- chocar directamente con el poder espiritual de la Iglesia. -- (1).

Se dice que el matrimonio natural es una institución social, que puede estar bajo el control de la Iglesia con caracteres religiosos o bajo el control del Estado, revisando entonces carácter civil.

Consecuencia de haber omitido el concepto de matrimonio, tal como se interpreta actualmente el Art. 97 del Código Civil, da como resultado el problema de si pueden casarse dos personas del mismo sexo, aunque doctrinariamente se afirma que habrá diversidad de sexo. Al observar el principio constitucional del artículo 152, determina: lo que no está prohibido está permitido, y si nuestra legislación civil no define el matrimonio, cabe la interrogante de que -- dos personas del mismo sexo pretendan casarse. Como autorizantes, podríamos encontrarnos con un problema de esta naturaleza: ¿Qué criterio jurídico sostendríamos frente a dos jóvenes del mismo sexo que desean contraer matrimonio, ale-

(1) DR. NAPOLEON RODRIGUEZ RUIZ. "Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas" Pág. 14 Segundo Tomo.

gándonos de que no existe concepto legal de matrimonio en el que se exija la diferencia de sexo entre los contrayentes y solicitándonos que justifiquemos nuestra posición jurídica para la no autorización del vínculo?

Para resolver el problema pasamos a las reglas de interpretación. (1)

1a.) Se puede para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados en la misma o en la historia fidedigna de su establecimiento. Art. 19 C.

En 1860, el sentido del Art. 104 C., fue claro en señalar la diferencia de sexo de los contrayentes (ésta es parte de la historia fidedigna del matrimonio: diversidad de sexo, expresado en el concepto que decía "por el cual un hombre y una mujer se unen.....,etc."

2a.) El Art. 22, Inc. 1º C. dice: "El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía".

Así encontramos dentro de las reglas del Derecho de Familia que regulan las obligaciones y derechos entre los cónyuges, los artículos 182 final, 183, 184 y 189 C., con las expresiones: marido y mujer, que se aplican, respectivamente, a los sexos masculino y femenino (Art. 25 C.).

(1) Notas de clase de Derecho de Familia de la Doctora Haydeé Fuentes de Gómez.

De donde se concluye, que entre los contrayentes debe participar uno de cada sexo.

CONCEPTO LEGAL EN LA LEY DE PARTIDAS

Antes del surgimiento del Código Chileno, El Salvador, al igual que otros países latinoamericanos, fueron regidos por la Ley de Partidas en la Epoca Colonial. Estas leyes -- provenían de España por medio de su sistema político-administrativo, organizado en América.

Las Partidas (L. 9, T.2, P. 4) dicen: "matrimonio es a yuntamiento o enlace de hombre y mujer con intención de vivir siempre en uno, guardándose mutua fidelidad".

b) Concepto Doctrinario

La palabra matrimonio, etimológicamente, significa: matris = madre; munium = a carga, gravamen o cuidado, el -- cual recae más en la madre que en el padre, de ahí precisamente matrimonio y no patrimonio.

Este concepto se encuentra confirmado en las Leyes de Partidas (Ley II, Título II, Part. IV).

El Diccionario LAROUSSE dice: "matrimonio es la unión legal del hombre y la mujer".

Modestino (final de la Epoca Clásica Romana), afirma: "Es la unión del hombre y de la mujer implicando igualdad -- de condición y de comunidad de derechos divinos y humanos".

El concubium era la aptitud legal para contraer Justae

Nuptiae o Justtum Matrimonium, o sea, que ésto es equivalente a matrimonio legítimo, conforme a las reglas del Derecho Civil Romano.

Encontramos otro concepto doctrinario que expresa: El matrimonio, jamás ha sido la unión pasajera de hombre y mujer, ni la satisfacción momentánea del apetito carnal. Por definición ha sido y es "la unión permanente y autorizada legalmente de los seres humanos de sexo complementario, basada en el amor, y dirigida a la procreación". (1).

Así ha convenido la sociedad, cuyas fórmulas, para bien colectivo no pueden desentenderse de la realidad substancial de las instituciones naturales.

c) Concepto Social

El concepto de matrimonio en tal sentido varía según la época de la Historia y el desarrollo de la sociedad. Así por ejemplo: hubo un momento determinado, cronológicamente hablando, que la poligamia tuvo una aceptación especial en el conglomerado; se dice que actualmente la doctrina social y política de los árabes permite a éstos que se casen con varias mujeres.

Pero debe quedar claro que el concepto social varía según la época que se vive.

Este concepto, constituye en muchos de los casos, ante

(1) Apuntes de Clase de Derecho de Familia de la Doctora -- Haydeé Fuentes de Gómez.

cedentes históricos de la institución del matrimonio y dentro de dichos antecedentes encontramos diversas formas de constitución de la familia.

Parece estar probado que hasta donde podemos conocer las circunstancias del mundo primitivo, no es posible encontrar en lugar alguno un grupo en que no exista alguna modalidad de la familia. Siempre puede verse alguna forma de unión, algún grado de regulación social de las relaciones sexuales. Es difícil, por consecuencia, concebir algún género de sociedad, y especialmente de sociedad primitiva, en el que tal regulación se hallase totalmente ausente.

Algunos autores sostienen la teoría de que el estado original de la humanidad fue el de la promiscuidad sexual, conocida también como la teoría del primitivo comunismo sexual; pero con el surgimiento de la ciencia antropológica esta teoría ha quedado bastante debilitada.

Luego, los sociólogos nos plantean las teorías sobre la forma original de la familia, enunciando principalmente la teoría de la monogamia y la teoría del matriarcado.

La familia es el más importante grupo primario de la sociedad.

Históricamente se ha transformado desde una unidad más o menos autosuficiente hasta llegar a convertirse en una unidad definida y limitada de dimensiones mínimas, y que primariamente se compone de las partes contratantes origina

les. Por otro lado, continúa constituyendo una comunidad total para las vidas que nacen en su seno, y va remitiendo -- gradualmente este carácter a medida que avanzan aquéllas hacia la edad adulta. La familia, en mayor medida que ninguna otra organización, existe sólo como proceso. Sólo podemos -- conocerla a través del estudio de sus transformaciones, tan to de las que ha experimentado a lo largo de la Historia Hu mana como las sufridas durante la vida de cada caso particu lar". (1)

Teniendo en cuenta no sólo las diversas formas que la familia asume, sino que también sus distintos grados de ads cripción a algún grupo parental superior, tal como el clan, conviene explicar el sentido que atribuimos al término "fa-milia"; "La familia es un grupo definido por una relación - sexual lo suficientemente precisa y duradera como para pro-veer a la procreación y crianza de los hijos. En ella pue-- den incluirse las relaciones colaterales o subsidiarias, pe ro básicamente está constituida por la vida en común de los cónyuges, quienes forman con su descendencia una unidad ca-racterística". (2)

La relación conyugal puede ser duradera o breve; puede adoptar una forma institucional monogámica, o bien modificada por relaciones sexuales subsidiarias. También puede ser poligámica, la cual comprende dos subgrupos:

(1) y (2) P. M. MACLVER y CHARLES H. PAGE. "Sociología". ----
Pág. 247

1º) Poliginia: regimen que está bien visto en muchas comunidades y que consiste en que el marido conviva con varias mujeres.

2º) Poliandria: puede definirse como la relación sexual de varios hombres con una sólo mujer. Variedad menos frecuente, pero que últimamente, sobre todo en muchos países desarrollados culturalmente, adquiere caracteres asombrosamente cuantitativos. En los países en vías de desarrollo, según opinión de sociólogos, ha influido mucho el complejo fenómeno de liberación femenina, el año internacional de la mujer, la conquista de sus derechos en igualdad de condiciones con el hombre, etc.

Se dice que en una o dos sociedades primitivas se ha encontrado lo que parece ser matrimonio en grupo.

"De hecho, en una misma sociedad pueden reconocerse más de una de estas variedades, como sucede entre los tibetanos. en los que los económicamente débiles practican la poliandria; los más acomodados, la monogamia, y algunos nobles acaudalados, la poliginia". (1).

Siguiendo el análisis de nuestro trabajo, distingamos las principales formas de familia:

A.- El Matriarcado

Este tipo original es conocido también como familia maternal.

(1) P.M.MACLVER y CHARLES H.PAGE. "Sociología" Pág. 248.

El matriarcado, estrictamente hablando, significa una forma de familia en que la dirección del grupo lo tiene la esposa o madre. Puede definirse también como la "forma familiar organizada en torno a la madre, cuya autoridad y derechos regulen la institución natural". A pesar de las opiniones en contrario, no hay pruebas históricas ni exegéticas para poder afirmar que en algún período primitivo fuese ésta la forma propia de la.....familia hebrea. (1)

Se plantean dudas en cuanto si existió o se implantó tal sistema en la sociedad primitiva, aunque se ha comprobado que en ciertos grupos, tales como los indios iroqueses, y Wyandots, los esquimales y determinadas tribus africanas, las mujeres ejercieron a menudo una considerable autoridad: sin embargo, lo anterior no constituye prueba suficiente de la existencia del matriarcado. Pero si es de nuestro conocimiento la hegemonía que la mujer ha logrado en determinados casos: ejemplos: la Reina Isabel gobernó a la patriarcal Inglaterra del Siglo XVI, subsistiendo aún en este país una monarquía constitucional, y otras muchas mujeres han ocupado altos cargos antes y después de ella. En la época contemporánea, mujeres líderes como Indira Gandhi, Golda Meir, Margaret Thatcher, Isabel Perón, etc., se han convertido en dirigentes políticos de sus respectivos países.

Por consiguiente, es necesario sustituir el término "familia matriarcal" por el de "Maternal", aplicando a a---

(1) Concepto tomado de la Enciclopedia de La Biblia., Vol. IV HO-MA, Pág. 1379.

qué sistema en el que el status, el hombre y a veces el patrimonio, se transmiten a través de la línea de la hembra.

Las principales características de este tipo son:

1a.) La descendencia se sigue a través de la madre: sistema matrilineal.

2a.) En la mayoría de ocasiones, la descendencia matrilineal va asociada con la descendencia matrilocal, enviándose los hijos a casa de los parientes de la esposa. El marido, en este aspecto, no ocupa más que un lugar secundario - en el hogar en donde sus propios hijos viven.

3a.) La autoridad, dentro del grupo familiar no pertenece principalmente al marido, sino a alguno de los varones representativos de la familia de la esposa. Ejemplos los encontramos en las Islas de Malasia, en los Indios Omahas y en los Indios del Labrador.

4a.) El sistema maternal tiende a mantener unida a la familia consanguínea, pero sólo a costa de la cohesión de la familia "conyugal".

B.- El Patriarcado

Ha constituido un tipo predominante tanto en las grandes civilizaciones de la antigüedad, como en la sociedad feudal de la que se ha derivado la nuestra.

El desarrollo de la propiedad, de la agricultura, la -

concentración de la autoridad y la especialización de las funciones que son características de las sociedades modernas, iban más en armonía con el principio patriarcal, y en muchos de los casos esas características han sido determinantes para el predominio sobre el principio maternal.

Por otra parte, en el sistema patriarcal, no se permitía separación alguna de funciones entre el marido y alguno de sus parientes políticos, como sucedía en el sistema maternal, por lo tanto, la familia podía actuar como una unidad compacta en la sociedad.

En este sistema, toda la autoridad, en principio, residía en el padre. Unas veces constituía una "familia conjunta" en la que el padre, la madre y las familias de sus hijos formaban una sóla entidad doméstica. Otras veces se incluía en ella a las concubinas al mismo tiempo que a la esposa oficial como sucedía entre las más prósperas familias de la antigua China.

El término patriarcado nos recuerda los poderes inductivos del padre de familia. El era quien generalmente presidía las ceremonias religiosas domésticas, constituido en un guardián "de los dioses familiares" del hogar sagrado.

En el antiguo derecho chino, la mujer se encontraba sujeta a tres obediencias sucesivas: en primer lugar, a la de su padre y su madre; luego, a la de su marido, y por último si era viuda, a la de su hijo.

rácter de legítima, y las demás quedan relegadas al rango de concubinas. Tal situación influye sobre los hijos, ya que -- los de la primera mujer se consideran legítimos, y los demás se tienen por bastardos y se excluyen de la familia y de todo derecho de sucesión" (1).

d) Concepto Cristiano

"Es la colaboración del hombre con Dios en la obra de la creación; es un sacramento mediante el cual el hombre y la mujer se unen para ayudarse a alcanzar la plenitud humana y cristiana". (2).

"Es un sacramento de Cristo que tiene como finalidad la procreación de los hijos" (3).

El Diccionario LAROUSSE, nos da esta definición: "Sacramento que establece la unión del hombre y la mujer".

En cuanto a la Biblia podemos citar los siguientes textos que señalan con precisión las características del matrimonio cristiano:

- 1) Compañera te doy, no esclava. Señala igualdad en la dignidad de los esposos. (Epístola de San Pablo).

(1) CERR. CONSENTINI. "Filosofía del Derecho", Madrid, 1930, Pág. 226. Citado por Arturo Valencia - Zea, "Derecho Civil" Tomo V, Pág. 6

(2) AURELIANA AGUIPPE. Madre Superiora del Colegio "La Divina Providencia".

(3) LOURDES ROSA AGUILEPA. Madre Directora del Colegio "La Divina Providencia".

POLIANDRA

"Que tiene varios maridos".

POLIANDRIA

"Estado de la mujer casada con dos o más hombres".

E.- Monogamia

Esta forma de familia supone la unión de un sólo - hombre con una sólo mujer. Es un principio aceptado por los pueblos contemporáneos, excentuando las legislaciones islámicas y otras, tal como lo afirmamos en páginas anteriores.

De la monogamia se derivan grandes ventajas para la so ciedad y la familia:

1a.) Es más favorable para la conservación de la especie humana, pues precisa mejor las obligaciones y derechos entre los cónyuges, y los deberes de éstos para con los hijos:

2a.) Constituye el mejor índice de las actividades pa cíficas¹¹ de una agrupación humana: y

3a.) Puede considerarse como el estado natural de la familia, pues "aún en el seno de la familia polígama una sólo mujer se eleva sobre las demás y llega a ser la única -- dueña del hogar, la única compañera del marido, no sólo en el cumplimiento de los ritos, sino también en la administra ción de los negocios domésticos: sólo ella adquiere el ca--

familia está presente en todas las partes entre los pueblos primitivos.

La poligamia puede definirse como el matrimonio o relación sexual de varias mujeres con un sólo hombre.

D.- Poliandria

Es la relación sexual de una sólo mujer con varios hombres.

Del Diccionario LAPOUSSE obtenemos los siguientes conceptos:

MATRIARCADO

Sistema social en el que predomina la autoridad de la mujer, de la madre.

PATRIARCADO

"Dignidad de patriarca, territorio de su jurisdicción y tiempo que dura ésta".

"Organización social caracterizada por la preponderancia del padre sobre los otros miembros de la tribu".

POLIGAMIA

"Sistema social en el cual el hombre es casado simultáneamente con varias mujeres (se dice alguna vez de una mujer casada con varios hombres, pero en este caso se debe decir poliandra".

En la civilización occidental, la familia patriarcal, que se deriva de la época feudal, ha sucumbido ante el empuje de las nuevas fuerzas sociales y económicas; sin embargo, se conservan algunos de sus vestigios, especialmente en las regiones menos desarrolladas.

En nuestro sistema legal se habla más bien de la igualdad jurídica, sin distinción de sexo, raza o religión (Arts. 150 y 179. Inciso 1º, parte final CP), y cada día la tendencia es de colocar a la mujer con los mismos derechos y obligaciones del hombre, pues éste en gran medida es culpable a través de la Historia de la falta de oportunidad a ella en el campo cultural, científico, económico, social, etc.

C.- Poligamia

La familia es una asociación más o menos duradera de marido y mujer, con o sin hijos, o de un hombre solo o de una mujer sola con hijos.

Las funciones sexuales y maternales son los distintivos de la familia. Sin embargo, la familia no está necesariamente limitada a estos individuos y funciones: puede ser mucho más vasta e incluir, por ejemplo, abuelos, parientes colaterales y políticos, nietos, hijos adoptivos, formando todos una unidad llamada también familia.

La familia la encontramos en cualquier sociedad primitiva o moderna, por simple que sea su cultura material. A diferencia del gobierno, la Iglesia, incluso, la aldea, la

por consiguiente, se descarta la celebración burlesca, en broma o teatral que también reste al consentimiento el requisito referido.

El consentimiento, como requisito de todo negocio jurídico, es un acto voluntariamente ejecutado que produce efectos jurídicos. Así, en el Art. 1316 ordinal segundo del Código Civil, surge como un elemento de existencia del contrato: "Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

2o. Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio."

Al respecto, los Arts. 1323-1324-1325-1326-1327-1328 y 1329 C., aluden a los elementos que vician el consentimiento: error, fuerza y dolo. lo cual se considerará al informar sobre uno de los requisitos de validez en páginas subsiguientes.

En el matrimonio, para que exista este requisito, es necesario que los futuros cónyuges consientan en recibirse el uno al otro como marido y mujer y sólo ante su respuesta afirmativa a la pregunta que hace la persona autorizante -- contenida en el Art. 135 Inc. 1º C., les declarará casados "en nombre de la República...." Inc. 2º de la misma disposición legal.

Se dice que no existe matrimonio si no hay consentimiento y que éste además, debe ser libre, y tan importante es

La doctrina ha afirmado la exigencia de diferenciación de sexo reconocible. (1) .

Puede afirmarse que el matrimonio entre homosexuales ha sido legalizado por las legislaciones de Gran Bretaña y Suecia y en muchas otras, se permite de hecho estas relaciones sexuales ilícitas.

Los expositores disienten en cuanto al señalamiento de requisitos de existencia en el matrimonio; pero en cuanto a la diferencia de sexo con unidad de personas, si hay acuerdo. pues estos dos elementos humanos son indispensables para la constitución del matrimonio entre un hombre y una mujer.

B) Consentimiento

Este requisito de existencia llamado también en doctrina: consentimiento específico, constituye un requisito de fondo negativo en el Art. 102 ordinal segundo del Código Civil.

Los contrayentes deben estar en común acuerdo de este acto típico llamado matrimonio; por lo tanto, se descarta la celebración burlesca o en broma que reste al consentimiento el requisito de la seriedad.

El consentimiento es elemento indispensable que prestarán los futuros esposos a este acto denominado matrimonio;

(1) MAZEAUD. "Derecho Civil" Pág. 77

res debe tener como finalidad la procreación, pues la voluntad de los futuros esposos de tener hijos es de la esencia del matrimonio, y si tal voluntad no existiera en el momento de la celebración, el matrimonio sería nulo; luego, según esta tesis, aunque un matrimonio no consumado sea válido, puede ser disuelto.

Sin duda, la procreación sigue siendo el fin social del matrimonio y ciertos requisitos de aptitud física son exigidos pero la virilidad o fecundidad no se exigen para su validez.

El matrimonio sólo podrá concebirse entre personas de diferente sexo. El Código Civil no determina este requisito, se entiende implícitamente en el Art. 135 Inc. 1o. C., cuando el funcionario o notario interroga a cada uno de los contrayentes con la siguiente fórmula:

"Queréis por esposa (o esposo) a N. tal (el nombre y apellido del contrayente no interrogado)....."

Con el mismo criterio se expresa el Art. 182 Inc. 2o. C.

"El marido debe protección a la mujer y la mujer obediencia al marido". También lo que disponen los Arts. 183-184 y 189 C.

El derecho francés no exige ningún requisito de orden social, político o racial para la formación del matrimonio.

cepción contemplada en el Art. 162, Inc. 2o., numeral primero, el cual expresa que:

"Se tendrá, no obstante, por revalidado ipso facto el matrimonio contraído por los que no tengan la edad requerida en el número primero del artículo 102 C., si siendo púberes, hubieren vivido juntos siquiera un día después de la - fecha de la celebración del matrimonio, o en caso contrario un día después de la pubertad legal; o hubiere concebido la mujer antes de la pubertad. El cónyuge mayor de edad y el - funcionario culpable del matrimonio a que se refiere el inciso anterior, incurrirá en una multa de quinientos colones cada uno y además serán solidariamente responsables de los perjuicios causados el cónyuge inocente".

La aptitud física a que hace referencia el Art. 102 C. ordinal primero, no prohíbe que las personas presenten es- - tigas físicas o intelectuales, ni aún hereditarios; basta la edad, sin importar para el caso un examen físico para que en el momento del matrimonio se presente la respectiva certificación, como parte de una responsabilidad futura de su prole.

Meza Barros sostiene que "el matrimonio entre personas de sexo definitivamente idéntico no pasa de ser una hipótesis meramente teórica. Pero sí cabe en la práctica que el sexo resulte dudoso o indefinido y que la persona a la postre, - tenga un sexo diverso del que se le atribuye".

El Derecho Canónico asentía que la unión de los dos se

mente el menor podría incurrir en delito, según lo expone el Art. 268 del actual Código Penal:

El que contraiga matrimonio ocultando por medios fraudulentos la existencia de un impedimento dirimente que no sea el derivado de un matrimonio anterior, si el matrimonio se anulare a causa del impedimento ocultado, será sancionado con prisión de seis meses a un año".

1.- REQUISITOS DE EXISTENCIA

A) Diversidad de Sexo

Este requisito es denominado también diferencia de sexo con unidad de persona: lo que exige que el matrimonio se efectúe entre un hombre y una mujer.

Se entiende que los futuros esposos deben ser de sexo diferente, sin tener en cuenta en términos prácticos si es impotente, estéril, ni tan siquiera si existen deformaciones.

Por otra parte, los contrayentes deben haber alcanzado la nubertad, a contrario sensu habría nulidad del acto. Al respecto, el Art. 102 C., dice:

Son absolutamente incapaces para contraer matrimonio:

1o.- El varón que no cumplido dieciséis años y la mujer que no ha cumplido catorce".

Sin embargo, ante esta situación jurídica se da la ex-

Si dos personas están ligadas por un vínculo matrimonial anterior, pueden contraer matrimonio, pero éste adolecerá de nulidad. Como dice un autor "La libertad de estado es una condición necesaria para la validez del matrimonio" (1)

Hay otros requisitos, aún, que no afectan a la existencia ni a la validez del mismo: se trata de condiciones necesarias para la regularidad del matrimonio, por ejemplo: la autorización que da el padre, madre o ascendientes para que el menor pueda contraer matrimonio. (Arts. 105-107-108-109-110-111-119, Inc. 2º C.).

El ascendiente en este último caso es válido, pero la omisión de tales requisitos acarrea otras sanciones y a lo cual hace referencia el artículo 114 Inc. 1º C., que determina:

"El matrimonio sin cuyo necesario consentimiento, o el del Juez de Primera Instancia respectivo en subsidio, se hubiere casado el descendiente, podrá revocar por esta causa las donaciones que antes del matrimonio le haya hecho".

El Art. 1299 del mismo Código tiene alguna relación con la disposición anterior, al afirmar que:

"La donación entre vivos puede revocarse por ingratitud .

Por otra parte, si se tratase de un impedimento diri--

(1) MEZA BARROS. "Derecho de Familia", Pág. 33

nal, perfeccionada en gran parte por Zachariae von Lingenthal, surgiendo dos presupuestos: (1).

1o.- Requisitos de existencia para el matrimonio:

2o.- Elementos necesarios para su validez o requisitos de validez.

Zachariae dice que los requisitos de existencia atienen a cuestiones de hecho, o sea, si se ha verificado o no el matrimonio. ¿Es o no es un matrimonio? es la interrogante.

Los requisitos de validez, dice el mismo autor, atañen a una cuestión de derecho, es decir, si ese acontecimiento se le puede calificar como jurídicamente eficaz o válido.

En el matrimonio es indispensable la concurrencia de requisitos o diversos elementos constitutivos del mismo, con distintas significaciones.

Así podemos encontrar elementos esenciales para su formación, resultantes de su misma naturaleza y que son imprescindibles para que la unión de dos personas pueda tener la calidad de matrimonio.

Resultan otros requisitos que no obstan a que el matrimonio exista: puede celebrarse sin ellos, pero no será válido y no producirá efectos jurídicos.

(1) Autor citado por LANERI, en su obra "Derecho Civil.

TITULO SEGUNDO

III.- REQUISITOS DEL MATRIMONIO

CAPITULO PRIMERO

1.- REQUISITOS DE EXISTENCIA

- A) Diversidad de Sexo
- B) Consentimiento
- C) Presencia de Funcionario Autorizante

Generalidades

La estabilidad en la familia, la procreación, el establecimiento de una comunidad de bienes y el auxilio mútuo, constituyen la finalidad social del matrimonio. Los contrayentes efectúan un acto de voluntad. El matrimonio se ciñe todavía a las reglas del Derecho Canónico antiguo, manifestando que en ese enlace o vínculo predomina esencialmente un cambio de los sentimientos, pese a los requisitos de forma impuestos por el Concilio de Trento y las formalidades legales que establece nuestro sistema jurídico.

Como ya se ha mencionado, el matrimonio no admite modalidad, plazo o condición en cuanto a sus efectos, pues éstos se producirán siempre de inmediato. (en los esponsales o promesa de matrimonio sí puede surtir efecto el plazo o condición. Arts. 94 y siguientes C.).

Mientras el Derecho Canónico negaba a los padres el de

recho de prohibir el matrimonio de su hijo, la legislación actual les concede tal facultad, limitada en cuanto a los menores de edad a quienes son exigidos ciertos requisitos, con el objeto de amparar la finalidad moral y social del matrimonio. (1)

"Si bien la ley civil común ha señalado como sanción a la falta de requisitos exigidos, la nulidad, absoluta o relativa, y la inoponibilidad, y la ley de matrimonio civil se refiere a nulidad únicamente, sin señalarse para nada la inexistencia; lo cierto es que se explica la omisión o silencio del legislador, en cuanto a inexistencia, porque esos requisitos de la esencia se deducen de la naturaleza, del carácter y del objeto del matrimonio reglado por la ley civil, y representan los elementos indispensables que debe tener la unión de dos personas para que se la pueda considerar matrimonio según el Derecho vigente". Es cuestión de calificación del hecho, acerca de si se trata o no de un matrimonio. (2)

A falta de texto legal que determine la nulidad del acto por no haber requisitos de la esencia del matrimonio, se ha elaborado la doctrina de la inexistencia jurídica en materia de matrimonio. De ahí la doctrina antigua o tradicio-

(1) FAZEAND. "Derecho Civil", Pág. 122

(2) FERNANDO FUEYO LANERI. Cita a Alvaro Aliaga Campos, en su obra "Derecho Civil", Pág. 93.

- 2) Lo que Dios ha unido no lo desate el hombre. Señala indisolubilidad del matrimonio. (Marcos 10-1, Biblia. Tercera Edición, Pág. 80)

- 3) Varido y mujer son una misma carne sola. Se marca la unidad familiar. (Marcos 10-1, Biblia. Tercera Edición. Pág. 80).

este requisito que el Notario o funcionario competente para autorizarlo, indicará el objeto de la reunión, procediendo a la lectura de los Arts. 97-98-99-102 y 103 del Código Civil, en relación al Art. 134 del mismo cuerpo de leyes y acto seguido interrogará a los contrayentes en base al ya mencionado Art. 135 C.

El matrimonio no puede celebrarse más que con el libre y pleno consentimiento de los futuros esposos.

Con frecuencia, los futuros contrayentes se conocen -- por interpósita persona, cuya intervención puede facilitar muchos matrimonios.

Existe, en algunos países, bien organizada la profesión de los agentes matrimoniales, que transforman en oficio presentar entre sí a los aspirantes al matrimonio. Esto constituye una especie de contrato entre el aspirante y el agente, comprometiéndose el primero con éste a pagarle -- cierta suma de dinero si se casa; esta suma puede ser fija o un porcentaje sobre la dote de su cónyuge y es lo que se conoce como contrato de corretaje matrimonial.

En nuestro medio, la Iglesia Católica, actualmente imparte orientación de contenido prematrimonial a muchos jóvenes para prevenir futuros fracasos, sobre todo, el divorcio que es tan común en muchos países.

El Código Civil exige que cada uno de los esposos manifieste su voluntad ante el Notario o funcionario competente,

en presencia de dos testigos mayores de dieciocho años: --- Arts. 117-134-135-136 C. Recibirá de cada parte la declaración de que desean tomarse como marido y mujer: luego, todo matrimonio supone necesariamente una apariencia de consentimiento: los esposos afirmarán de que consienten.

La casuística nos plantea estas interrogantes:

1a. ¿Qué sucede si uno de los cónyuges contesta afirmativamente el interrogatorio del Art. 135 C. Inc. 1º y el otro contrayente no responde en tal sentido?

No procede el matrimonio, pues no hay expresión de consentimiento de parte de uno de los contrayentes.

2a. ¿Si ambos contestan el interrogatorio y momentos después uno de ellos le manifiesta a la persona autorizante que se arrepiente y no desea ser casado?

Si ya firmó el Acta Matrimonial existe matrimonio; no se puede retractar, tiene que ir al divorcio si no desea permanecer casado; si no ha firmado, puede desistir. Para el desistimiento se aplica el Art. 21 Inc. final de la Ley del Notariado.

El autorizante resuelve así: se suspende la presente -- por haber desistido uno de los contrayentes.

3a. ¿Si al momento de contestar afirmativamente, no puede hacerlo por un síncope repentino?

Se suspende el acto y no hay matrimonio.

4a. ¿Si después de contestar el interrogatorio y en el momento preciso de querer firmar no lo hace por muerte repentina?

No hay matrimonio por faltar las solemnidades prescritas en el Art. 136 Inc. 1° y último C., en relación al Art. 32 ordinal 12 Not.

Prosiguiendo con el desarrollo de esta tesis, afirmamos que el derecho antiguo se conformaba únicamente con la manifestación de voluntad, sin averiguar si encubrían la realidad; el derecho moderno no sólo entiende la apariencia pues es necesario que la voluntad verdadera de los esposos se corresponda con la voluntad que han expresado.

Por otra parte, resulta que los mudos pueden contraer matrimonio, pues su defecto no se incluye como impedimento, basta que su voluntad se conozca de una manera que no acarree dudas, por escrito; cuestión distinta es la del individuo que no está en el pleno uso de su razón, debido a demencia, ebriedad o hipnosis, o que se halla en coma. En estos casos no podrá contraer matrimonio, y si acaso lo contratara constituiría un matrimonio simulado, el cual carece de validez. Art. 102, ord. 2° C.

C) Presencia de Funcionario Competente

De acuerdo a la legislación de El Salvador, son tres las personas facultadas para autorizar el matrimonio: Notario, Gobernador o Alcalde Municipal. Art. 117, Inc. 1° C.

En la declaración del eto habrá concurrencia de dos tes tigos mayores de dieciocho años, quienes deberán saber leer y escribir y ser vecinos del lugar en que se celebre.

El Gobernador o Alcalde, en su calidad de funcionarios públicos, se harán acompañar de su respectivo Secretario: -- Art. 117, Inciso final C.

Los artículos 149 y 150 C., son aplicables a la nulidad de matrimonio si no es celebrado por funcionario competente.

El matrimonio podrá celebrarse en el domicilio o residencia de los contrayentes o en el domicilio de cualquiera de ellos si residieren en diferentes poblaciones: Art. 117, Inc. 1°C.

La permanencia del interesado debe ser por lo menos de dos meses de antelación para que se considere como tal el do micilio: Art. 117, Inc. 2° C.

Y en la misma disposición anterior encontramos que los dementes, los ciegos, los sordos, los mudos, los condenados por delitos contra la propiedad o por falsarios y los parien tes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de a finidad de cualquiera de los contrayentes, no podrán ser - testigos.

Es requisito esencial que el matrimonio sea celebrado -

ante una persona facultada por la ley, pues de lo contrario no produciría efectos civiles. Esto significa también que el matrimonio religioso no surtirá tales efectos.

En el Art. 98 de nuestra Ley Civil, se exige que después de celebrado el matrimonio civil, podrán los interesados, cumplir con los ritos de la religión que profesen, presentando al Ministro del Culto, la certificación de haber contraído matrimonio civil; si se contraviniere lo anterior los Ministros y cónyuges incurrirán en la pena de multa que determina tal disposición legal.

Sin embargo, se tiene conocimiento que en los países de habla hispana, la Iglesia Católica, organiza eventos religiosos denominados "MISIONES", con el propósito de que muchos de los millones de personas que viven como simples compañeros de vida se acerquen a Dios y tengan la calidad de esposos por medio del matrimonio religioso, sin que esto produzca de acuerdo a nuestro sistema legal, ningún efecto civil. Este tipo de matrimonio se efectúa en grupos numerosos de contrayentes, también con la finalidad de que formen una comunidad cristiana y organicen en forma sistemática la conducción de su prole.

¿Cuáles son los problemas jurídicos que podría constituir el matrimonio celebrado en "MISIONES"? Veamos a manera de ejemplo:

1o.) Por regla general, este vínculo surge en las comunidades campesinas, y los contrayentes por su escasa preparación en el campo cultural confunden en muchas de las ocasiones los efectos que produce el matrimonio religioso, al compararse con los efectos del matrimonio civil y como consecuencia la calidad de hijo legítimo, ilegítimo o natural (clasificación sustituida en el Anteproyecto del Código de Familia por la de hijos nacidos dentro del matrimonio e hijos nacidos fuera del mismo).

2o.) Problemas de herencia cuando uno de los cónyuges es el causante y deja bienes.

Un caso de la vida real que conozco es el siguiente:

X causante deja bienes, su esposa (Y), casada con él por la "MISION" y cuatro hijos: A - B - C - D.

La esposa mencionada reclama la herencia e inicia diligencias de aceptación de la misma ante un Juez de Primera Instancia; pero resulta que el causante había tenido como primera esposa por matrimonio civil a (M), ya fallecida, habiendo procreado con ella a su hijo A dentro de los cuatro mencionados.

A entra en discordia con su madrastra (Y) y se hace aconsejar por un particular y le da poder a un abogado para que tramite las diligencias de aceptación de herencia a que es acreedor como hijo legítimo del causante.

De acuerdo al Art. 988, ordinal 1º C., A es el único hijo legítimo, con derecho a la herencia, pues B - C y D - legalmente son hijos ilegítimos o naturales, según el caso.

(Y) por consiguiente no tiene ningún derecho a reclamar la herencia intestada de su marido.

Cuestión distinta sería que el causante fuere la mujer (Y) y dejare bienes. En este caso tendrán derecho a la herencia por iguales derechos sus hijos B - C y D, no importando su condición de legítimo, ilegítimo o natural. (Art. 988, ordinal 1º C.).

CAPITULO SEGUNDO

2.- REQUISITOS DE VALIDEZ

- A) Consentimiento libre y espontáneo
- B) Capacidad o ausencia de impedimentos dirimientes.
 - a) Nociones generales sobre los impedimentos.
 - b) Concepto
 - c) Clasificación
- C) Cumplimiento de formalidades

A) Consentimiento libre y Espontáneo

El consentimiento de los contrayentes estará exento de vicios, o sea, que deberá ser libre y espontáneo.

La falta de este requisito acarrea nulidad del matrimonio. Así lo determina nuestro Código Civil en el Art. 97, que dice:

"El matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mútuo consentimiento de los contrayentes,.....".

Ese consentimiento libre y espontáneo puede faltar por error, fuerza y raptó. El dolo, que no se incluye en este caso, se debe al criterio del legislador de no adentrarse en un terreno tan difícil en cuanto a la apreciación y prueba, que dejaría al vínculo sujeto a un permanente riesgo de inestabilidad.

En cuanto a esos vicios del consentimiento el Código Civil Salvadoreño, expresa:

Art. 1322: "Los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo".

Art. 1323: "El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento". Relación: Art. 750 Penúltimo y último Inciso C.

Art. 1324: "El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa es

cífica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra".

Art. 1325: "El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante".

Art. 1326: "El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, -- salvo que la consideración de esta persona sea la causa --- principal del contrato".

Pero en este caso la persona con quien erradamente se ha contratado, tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad -- del contrato".

El error se da en cuanto a la identidad de la persona del otro contrayente, por ser ésta, causa principal del contrato. Así el Art. 162, ordinal 3o. respecto del matrimonio determina:

No se reputará válido para los efectos de la ley:

"El contraído por error en la persona, por coacción o -

por miedo grave que vicie el consentimiento". Esta disposición legal se relaciona en alguna forma con el Art. 1326 C. ya enunciado.

Se descarta el error de derecho porque para el caso, tal error recaería sobre el regimen legal del matrimonio, como su indisolubilidad, o haberse confundido en su fuero interno sobre los deberes y derechos que en la institución juegan.

La jurisprudencia chilena ha determinado que tal error radica sólo en la identidad física del contrayente; luego, se dan por descartados los errores sobre la persona civil o social y sobre las cualidades de las mismas.

Sin embargo, la persona no se constituye sólo de su individualidad física sino también de sus atributos y sus cualidades. Además, las generalidades de la doctrina estiman como suficiente el error sobre cualidades determinantes de la identidad civil o social del otro contrayente, como si un aventurero falsifica documentos de identidad y se presenta como otra persona. En este caso el error versaría sobre su identidad jurídica.

Pero este criterio ha sido criticado porque excluye el error acerca de las cualidades esenciales de la persona, so pretexto que no determinan su identidad civil, como si una mujer cree casarse con un hombre honrado y lo hace con ----

quien ha cometido muchos crímenes o un varón cree contraer matrimonio con una mujer honesta y se casa con una prostituta.

* Advertimos que este requisito objeto de análisis del matrimonio se refiere exclusivamente a la voluntad viciada, luego, los casos de voluntad en que las personas son dementes o no pudieren expresarse de palabra o por escrito, es materia de estudio en los impedimentos dirimentes absolutos expresados en el Art. 102, ordinal 2o. C.

La solución la determina el Código Alemán en el Art. 1333, al enunciar: "Vicia el consentimiento el error en la persona física del otro contrayente y sobre sus cualidades personales de tal naturaleza que si hubieran sido conocidas y apreciada la esencia del matrimonio, éste no se habría -- contraído" (1).

Por lo tanto, debe quedar incluido el error de una persona civil, el cual servirá para la declaración de nulidad, pues se facilita la usurpación de documentos de identificación personal, figurando ser otro sujeto y engañando de tal modo su futuro cónyuge como a la persona autorizada para celebrar el matrimonio.

El tratadista Fueyo Laneri es de opinión que se descar

(1) MEZA BARROS. "Derecho de Familia", Tomo I, Pág. 37

tará la identidad social del ámbito del error por ser más bien un atributo o calidad del individuo.

Respecto al error, el Art. 140 del Código de Colombia, dispone:

"Que el matrimonio es anulable cuando ha habido error acerca de las personas de ambos contrayentes o de la de uno de ellos". Y continúa la disposición: "Pero el error acerca de las personas puede ser sobre su identidad física, sobre su estado civil o jurídico, o también sobre sus cualidades esenciales."(1).

Ya mencionamos que el error en la persona produce nulidad del acto.

¿Habrà alguna excepción a lo dispuesto en el Art. 162, ordinal tercero C.?

Si, cuando han transcurrido tres meses de cohabitación desde que se conoció el error sin hacer reclamo alguno de nulidad: Art. 162, ordinal tercero, Inciso 2o. C.

Asimismo no será causa de disolución del matrimonio, si el impedimento anterior fuere superveniente o que sobrevenga después del matrimonio: Art. 163 C., y en las dos excepciones planteadas la nulidad sólo podrá reclamarla el --

(1) ARTURO VALENCIA ZEA. "Derecho Civil", Tomo V, Pág. 79.

cónyuge que hubiere sufrido el error. Artículo 164, Parte Segunda C.

Art. 1327 C.: "La fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género, todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta a ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave".

Art. 1328 C.: "Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquiera persona con el objeto de obtener el consentimiento".

Si ha mediado fuerza en los términos de los artículos 1327 y 1328 C., esta fuerza vicia el consentimiento.

La fuerza como vicio del consentimiento, se rige también por las reglas generales de los contratos: Art. 1327 C.:

a) La fuerza debe ser grave o capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, atendida su edad, sexo o condición, de que es ejemplo aquella que inspira a la persona el justo temor de verse expuesta a ella, -- sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave.

b) La fuerza debe ser injusta. No lo es la que importa el ejercicio de un derecho. Tal es el caso de la querrela - que deduce o amenaza intentar el padre contra el raptor de su hijo menor.

c) El temor reverencial no vicia el consentimiento, o sea, el sólo temor de desagradar a las personas a quienes - se debe sumisión y respeto. Ejemplo: el hijo no puede pre-- tender que su consentimiento está viciado por haber cedido a la presión paterna, aunque para casarse sus progenitores hayan ejercido especial interés.

Respecto al dolo, la ley determina lo siguiente:

Art. 1329, Inc. 1º C.: "El dolo no vicia el consenti--- miento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando a demás aparece claramente que sin él no hubieran contratado".

Pero como elemento que vicie el consentimiento en materia matrimonial, y tal como se ha afirmado en páginas ante- riores, no tiene ninguna aplicación por las razones allí ex puestas.

El rapto constituye una forma de fuerza empleada por - el raptor y si lo ha habido y al tiempo de celebrarse el ma trimonio, la mujer no ha recobrado su libertad, hay vicio - del consentimiento, constituyendo, además, delito, según -- dispone nuestra legislación penal.

En esta clase de delitos el procedimiento se inicia -- por denuncia o aviso, en su caso, de la persona ofendida, - de su representante legal o de las personas que por cual--- quier causa la tenga bajo su custodia. Sin embargo, el Juez podrá proceder de oficio en los siguientes casos:

- 1o.- Si del delito resultare otro delito perseguible de ofi-
cio.
- 2o.- Si la persona agraviada careciere por su edad o por --
cualquiera otra circunstancia de capacidad para acusar
o denunciar y no tuviere representante legal ni estu--
viere bajo custodia de persona alguna.

El Código Penal clasifica el rapto, así:

a.- Rapto Propio:

Art. 200 Pn.: "El que por medio de violencia, amenazas o engaño hubiere llevado, sustraído o retenido, con fines -erótico-sexuales, a una persona mayor de dieciséis años, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.

Si la persona fuere menor de dieciséis años, la sanción será de tres a seis años de prisión".

b.- Rapto Impropio:

Art. 201 Pn.: "El que con fines erótico-sexuales sustra-
jere o retuviere con su consentimiento, a una mujer honesta

mayor de doce y menor de dieciséis años, será sancionado -- con prisión de uno a dos años.

La sanción será de dos a cuatro años de prisión, si la persona sustraída o retenida fuere mujer menor de doce años.

Tanto en el caso de este artículo como en los del anterior, se presume los fines erótico-sexuales mientras no se pruebe lo contrario".

c.- Rapto Atenuado:

Art. 202 Pn.: "Las penas previstas en los dos artículos anteriores se disminuirán a la mitad del mínimo respectivo, en los casos siguientes:

- 1o.- Cuando el rapto ha sido ejecutado con fines de matrimonio y éste podría celebrarse.
- 2o.- Si el culpable, antes o aún después de que el delito de rapto haya sido denunciado y sin haber cometido ningún acto erótico-sexual, restituyere su libertad a la persona raptada.
- 3o.- Si la víctima fuere una mujer que se dedicare a la prostitución'.

El mismo Código Penal, en el Art. 203, dispone sobre lo que se denomina:

Desaparecimiento o muerte de la víctima:

"Los reos del delito de raptó que no dieron razón del paradero de la persona raptada o explicación satisfactoria sobre su muerte o desaparición, serán sancionados con prisión de siete a doce años".

La doctrina sostiene que por este vicio del consentimiento el individuo ejerce presión para que la mujer abandone el hogar en que se encontraba, sintiéndose a la vez atemorizada y obligada a consentir el matrimonio ante hechos consumados. El temor a no consentir aparece con evidencia.

En nuestro medio, algunas de las situaciones prácticas que se han podido observar son las siguientes:

1o.- Si verdaderamente el raptor y la raptada tienen intención de convivir, cabe la posibilidad de un acuerdo con los padres de la víctima, manifestando ésta en muchos casos que no hubo violencia, intimidación ni fuerza, sino que ella dispuso en gran medida tal determinación. Influye grandemente la posición socio-económica de los padres, su grado de cultura, el tipo de comunidad en que viven, etc.

Luego, generalmente no constituye problema alguno, observándose este fenómeno con más frecuencia en las comunidades rurales.

2o.- Es posible que la causa inmediata del raptó la --

constituya el deseo de contraer el matrimonio frustrado por disentir los padres de la víctima con el futuro cónyuge de ésta, y luego haya tenido el raptor, como se dice en lenguaje salvadoreño que "llevársela por la fuerza", proponiéndole matrimonio posteriormente si fuere necesario para liberarse de todo tipo de culpabilidad.

3o.- También se dan casos especiales de completo abuso y de comisión de delitos: lo constituyen aquellos pretendientes que exigen a la mujer los acepte por la fuerza. En los tribunales de justicia son innumerables las denuncias - en tal sentido, conscientes de que en nuestro país es una amenaza constante y progresiva. Al respecto, se conocen casos bochornosos y condenables por la sociedad entera, como el recientemente cometido en una niña de aproximadamente ocho años, quien fue raptada y violada por un delincuente en una colonia de la jurisdicción de San Marcos, muriendo la niña a consecuencia del ultraje. Así como este caso podríamos enumerar una cadena de delitos de esta naturaleza que a diario se dan en las distintas comunidades de El Salvador.

B) Capacidad de las Partes o Ausencia de Impedimentos

Dirimentes

"La capacidad para contraer matrimonio la adquiere a los catorce años la mujer, y a los dieciséis el varón". Art. 102, Ordinal Primero C.

En términos del Diccionario LAROUSSE, capacidad es inteligencia, talento: persona de gran capacidad. Aptitud o suficiencia. Aptitud legal para gozar de un derecho".

La norma general sobre la capacidad está contenida en el Art. 1317 C., que prescribe:

"Toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas -- que la ley declara incapaces".

La capacidad constituye la regla y la incapacidad la excepción, según lo dispone la misma disposición anterior.

La incapacidad se puede clasificar en absoluta, relativa y especial. Esta última constituye los llamados impedimentos en materia matrimonial; luego, las incapacidades para contraer matrimonio se denominan impedimentos.

En cuanto a la edad, tienen capacidad plena para celebrar actos jurídicos, las personas que han cumplido veintiún años: "Es mayor de edad o simplemente mayor, el que ha cumplido veintiún años; y menor de edad o simplemente menor el que no ha llegado a cumplirlos".: Art. 26 C., parte final del Inciso 1o.

"Las expresiones mayor de edad o mayor, empleadas en las leyes. comprenden los menores que han obtenido habilitación de edad, en todas las cosas y casos en que las leyes no hayan exceptuado expresamente a éstos": Art. 26, Inc. 2º C.

Lo que significa que el menor habilitado de edad no podrá ejercer ciertos actos, deberes o derechos: la habilitación no se extiende a los derechos políticos: Art. 301 C., en relación a los Arts. 23 y 24 CP.

"El menor habilitado de edad no podrá enajenar o hipotecar sus bienes raíces, ni aprobar las cuentas de su tutor o curador, sin previa autorización judicial; ni se concederá esta autorización sin conocimiento de causa". Art.302 C.

"La enajenación de los bienes raíces, autorizada por el Juez, se hará en pública subasta". Art. 302, Inc. 2o.C., en relación a los Arts. 452-454-455-1318-258-267-1321 y 279 C.

El Art. 302 C., no incluye a los bienes muebles, lo cual se confirma en lo que dispone el Art. 762 C.: "Los que no pueden administrar libremente lo suyo, no necesitan de autorización alguna para adquirir la posesión de una cosa mueble, con tal que concurren en ello la voluntad y la aprehensión material o legal....".

Los habilitados de edad pueden ejercer ciertos actos contractuales de acuerdo al Art. 302 C.; en cambio para celebrar el matrimonio, basta que el varón haya cumplido dieciséis años y la mujer catorce, con las limitaciones establecidas en el Art. 107 C.: es necesario el consentimiento expreso de sus padres legítimos o de uno de ellos si falta-

re el otro, o del ascendiente o descendientes legítimos de grado más próximo a falta de aquéllos.

Además de esas variaciones en el límite de edad, se establecen las llamadas incapacidades especiales o impedimentos, de los cuales trataremos a continuación.

a) Nociones Generales sobre los Impedimentos

Las incapacidades especiales o prohibiciones que en el Derecho de Familia se llaman Impedimentos, han sido tomados del Derecho Canónico por casi todas las legislaciones.

La ley exige requisitos de fondo y requisitos de forma para el acto matrimonial. El efecto inmediato de la contravención de alguno de los primeros es la nulidad del acto; de los segundos, sanción o prohibición.

El Art. 97, Inciso primero del Código Civil Salvadoreño expresa que el matrimonio "se entiende contraído por toda la vida de los consortes, salvo la disolución por causa de divorcio". Significa que surtirá efectos para toda la vida, salvo la excepción mencionada o la muerte que ponga fin al vínculo matrimonial, desde luego, tratándose de un matrimonio válido, porque si conforme a las disposiciones del Art. 162 C., y en relación al Art. 102 del mismo Código, podrá declararse nulo.

La legislación chilena no admite el divorcio, por lo tanto esta causal no surte efecto como disolución del mismo únicamente considera que hay separación de cuerpos y precisamente por esa razón sostiene que se contrae por toda la vida y que sólo la muerte pondrá fin a la unión de los cónyuges.

b) Concepto de Impedimento

Se llama impedimento para el matrimonio, estricto sensu, "las situaciones en las cuales está prohibido el matrimonio" (1).

"Es todo obstáculo que se opone a la celebración del matrimonio". (2).

Su alcance y significación depende de su categoría o clase a que pertenece: existen los llamados impedimentos dirimentes y los impedimentos impedientes. Los primeros producen nulidad absoluta o relativa, según el caso; los impedientes no acarrear nulidad del acto, sino prohibición del mismo.

Dice la doctrina : "mientras que el divorcio rompe el matrimonio para el futuro, en principio, la nulidad borra el matrimonio en el pasado". (3)

(1) MAZEAUD. "Derecho Civil." Pág. 153

(2) MEZA BARROS. "Derecho de Familia" Pág. 39

Pretendiendo mantener la estabilidad en el matrimonio, la teoría de las nulidades se aplica con importantes reservas.

Los requisitos de fondo y de forma establecidos por el legislador, se imponen al funcionario que autorizará el matrimonio, como una obligación de abstenerse; no debe proceder al matrimonio porque podría incurrir en sanciones penales o administrativas.

La jurisprudencia considera que en materia de matrimonio no existen nulidades fuera de un texto que las establezca, es decir, tendrán que ser espresadas. Esa posición no encuentra ningún sostén serio en los textos, pero tiene al menos el mérito de la simplicidad; sin embargo, los tribunales admiten otros dos impedimentos dirimentes: la identidad del sexo y la ausencia de celebración de matrimonio por persona competente. A esto es lo que se ha denominado inexistencia de matrimonio.

La nulidad del matrimonio se distingue del divorcio en cuanto a sus causas y efectos. Para el caso, si no se cumplen ciertas condiciones al momento de contraer el matrimonio, puede surgir la nulidad del mismo; en cambio, el divorcio es una consecuencia de una falta grave cometida por uno de los cónyuges y contemplada en el Art. 145 C., o por consentir ambos en disolver el vínculo matrimonial: Art. 148 C.

El divorcio supone la preexistencia de un matrimonio válido.

En la nulidad se considera como si el matrimonio no se hubiera contraído jamás; como si los esposos nunca hubieran estado casados y como nacidos fuera del matrimonio los hijos (excepto en el caso de matrimonio putativo).

En principio, los efectos de la declaratoria de nulidad son retroactivos. En cambio en el divorcio se producen efectos para el porvenir en relación a los esposos: a partir de la sentencia ejecutoriada de divorcio, ya no se considerarán esposos, aunque los hijos continúan gozando de la protección jurídica que emana de su filiación legítima.

En materia contractual, las partes tienen amplia libertad, el legislador se limita a establecer algunas reglas supletorias de su voluntad; sólo por excepción se dictan disposiciones para asegurar el respeto a los intereses que se ventilan sin olvidar que el contraventor de las condiciones establecidas, incurrirá en la nulidad de sus convenciones.

En el matrimonio, los requisitos de fondo y de forma, están previstos y enumerados y todos deben ser respetados. Así por ejemplo, un Notario está obligado a negarse a la celebración de un matrimonio si no le presentan los documentos contenidos en el Art. 121 C.:

1o.) Certificaciones de partidas de nacimiento de los interesados o la certificación en que se establezca la edad media legal del contrayente y la cual es extendida por el Juez de Primera Instancia o el Juez de Paz, en su caso. Relaciónase con el Art. 331 C.

2o.) La certificación de la sentencia ejecutoriada que apruebe las cuentas del tutor o curador si concurre alguna de las inhabilidades previstas en el Art. 115 C.

3o.) Los documentos prevenidos en el título de las segundas nupcias, cuando alguno o ambos hubieren estado casados anteriormente, comprendiendo a la viuda en el Art. 178 C.

4o.) Un ejemplar de cada uno de los diarios en donde conste haberse publicado los edictos a que se hace mención en el Art. 120 del mismo Código, quince días después de la última publicación, cuando uno o ambos contrayentes fueren extranjeros y tengan menos de cinco años de residencia en el país.

La contravención a lo dispuesto en el Art. 121 y a lo establecido en el Inciso segundo del Art. 119 C., sujetará al Notario o funcionario a una multa de doscientos a quinientos colones.

Sin embargo, podrán omitirse los documentos mencionados si el interesado en contraer matrimonio se encontrare en inminente peligro de muerte, siempre que no exista ningún impe

dimento ostensible y evidente que haga ilegal el acto y que conste claramente el consentimiento de los contrayentes: Art. 122 C. En este caso sólo pueden autorizar el matrimonio, el Alcalde o el Gobernador.

Este matrimonio (en inminente peligro de muerte), queda condicionado y sólo después de haberse comprobado por la información de oficio o a solicitud de parte, que no existen impedimentos legales, se reputará definitivamente celebrado.

Tales impedimentos de acuerdo al Art. 127 C., no podrán ser otros que los establecidos en los Arts. 102-103 y 104 C.

Según las disposiciones referidas, todos los impedimentos son prohibitivos.

No hay nulidad sin texto legal: los tratadistas distinguen entre los impedimentos que acarrear nulidad del matrimonio: impedimentos dirimentes y los que solamente prohíben su celebración: impedimentos impeditivos.

¿Cuál es el criterio que permite distinguir a uno de los otros?

Para Mazeaud, autor chileno, es un criterio de fondo que se deduce de la finalidad y de la naturaleza de cada impedimento.

c) Clasificación de los Impedimentos

Los impedimentos se clasifican así:

- 1) Dirimentes
 - Absolutos: Art. 102 C.
 - Relativos: Art. 103 C.

- 2) Impedientes
 - a.- El menor de edad que requiere del consentimiento de sus padres. Arts. 105-114-106-119 Inc. 2o., 297 C.
 - b.- Tutor o curador en el caso - del Art. 115, Inc. 1o.C., re lac.Arts. 522 y 529 C. Sanción: Art.115,Inc.3o.C.
 - c.- Descendientes del tutor o curador.Caso del Art.115, Inc. 2o.C. Sanción:Art.115,Inc. - 3o.C.
 - d.- Caso del viudo o divorciado. Arts. 177-181-178-179-261 C.; 811 y 812 Pr.
 - e.- La mujer en el caso del Art. 180 C., relac. 158-151 No. 1 212-213 C.
 - f.- Los divorciados en los casos de los Arts. 151 No. 1- 156-158 C. (Cónyuge declarado -- culpable en juicio de divorcio.
 - g.- Caso del Art. 28 de la Ley - de Adopción.

Difieren bastante en cuanto a contenido y efecto

1o.) Los impedimentos dirimentes son aquéllos que se oponen al perfeccionamiento de un matrimonio válido.

Comprenden dos grandes grupos: impedimentos dirimentes absolutos que expresa el Art. 102 C., y los impedimentos dirimentes relativos, determinados en el Art. 103 del mismo Código.

El Art. 102 C., se relaciona con los Arts. 1316-1318, Inc. final C; 267-268 y 270 Pn.

Los impedimentos dirimentes absolutos se dan en relación a todas las personas.

Con el Art. 103 C., pueden relacionarse los Arts. 27, Inc. 2o. - 37 C; 271 Pn.

Los impedimentos dirimentes relativos se dan con relación a determinadas personas.

Impedimentos Dirimentes Absolutos

Son aquéllos cuya prohibición alcanza a la realización de cualquier vínculo en atención a la persona.

El Art. 1318 C., da la norma general sobre la incapacidad en los actos jurídicos, determinando absolutamente incapaz al demente y expresa la nulidad absoluta del acto celebrado por él. No difiere en este cumplimiento esa disposi-

ción en cuanto a la nulidad del matrimonio, pues el demente es incluido en el Art. 102 C.

Es oportuno manifestar que la capacidad para contraer matrimonio no coincide con la pubertad legal. Art. 26 C.

El Código Civil Salvadoreño en el Art. 102 C., hace referencia a los impedimentos absolutos. Esta disposición expresa:

Art. 102 C.: "Son absolutamente incapaces para contraer matrimonio:

- 1o.) El varón que no ha cumplido dieciséis años y la mujer que no ha cumplido catorce;
- 2o.) Los que no se hallen en el pleno ejercicio de su razón;
- 3o.) Los que adolezcan de impotencia física para el concubito de una manera patente, perpétua e incurable;
- 4o.) Los que se hallen ligados con vínculo matrimonial no disuelto legalmente".

Recurrimos a la doctrina para mayor claridad en el análisis de estas disposiciones legales.

Art. 102, Ordinal primero C.

"El varón que no ha cumplido dieciséis años y la mujer que no ha cumplido catorce"

Doctrinariamente, este ordinal es denominado impubertad. El fundamento de este impedimento radica en que el matrimonio requiere desarrollo corporal y cierta madurez psíquica de los contrayentes. Algunos le llaman edad nubil, a la madurez corporal y espiritual para contraer matrimonio.

Las distintas legislaciones aplican ese requisito fijando de acuerdo al medio ambiente físico y social, la edad que se considere más apropiada para realizar el matrimonio. Nuestra ley vigente exige dieciséis años para el varón y catorce para la mujer.

El Art. 102 C., tiene estrecha relación con el Art. 162 ordinal 1o. C., primera parte. "No se reputará válido para los efectos de la ley"

El matrimonio que se contraiga por el que tenga alguna de las incapacidades expresadas en los artículos 102 y 103".

El Art. 26 dispone: que es "impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce", lo que hace coincidir la capacidad para contraer matrimonio con la madurez sexual, que se presume a esa edad en condiciones normales. El mismo Art. llama adulto al que ha dejado de ser impúber.

En cuanto a la edad máxima para contraer matrimonio - nuestra ley no expresa nada.

Referente a la acción de nulidad por esta causal objeto de estudio, para su comprensión relacionamos el Art. 162 ordinal 1o., Inciso 2o., que prescribe: "Se tendrá, no obstante, por revalidado ipso facto el matrimonio.....".

Art. 102, Ordinal 2o. C.

"Los que no se hallen en el pleno ejercicio de su razón.

En doctrina, este impedimento dirimente absoluto se conoce como defectos de la razón o de su clara expresión (demenia y falta de expresión clara).

De acuerdo a ese supuesto o hipótesis se dan dos casos:

1o.) "los dementes"

2o.) "Los que de palabra o por escrito no pueden expresar claramente su voluntad".

"Los dementes"

En sentido amplio, la palabra demente, representa para el derecho "todo trastorno mental, congénito o adquirido, más o menos permanente o transitorio, capaz de privar a la persona de un querer, una reacción y una expresión de acierto al menos mediano" (1).

(1) FUEYO LANERI. "Derecho de Familia". Tomo Sexto. Volumen I, Págs. 110 y 111.

Es la carencia de voluntad mínima, por razones de estado de salud mental, lo que induce al legislador a negar valor a los actos realizados por los genéricamente denominados dementes". (1)

La Psicología formula una escala del tipo bajo de lo normal.

La Patología de la Inteligencia comprende, entre otros aspectos:

A) Debilidad Mental: que es la anormalidad de la facultad intelectual. Constituye tres grupos:

1o.) Idiota: no habla ni entiende el lenguaje. Su coeficiente intelectual corresponde aproximadamente a un niño de dos años.

2o.) Imbécil: Más o menos puede hablar y entender, pero no puede alternar con otros por escrito. Su coeficiente intelectual oscila entre dos y siete años.

3o.) Débil Mental propiamente dicho: Su edad intelectual no pasa de nueve años, aunque puede alternar por escrito pero necesita ayuda.

B) Demencia: es una debilitación primaria de la inteligencia que antes se tuvo. Se diferencia de la debilidad mental por su distinto pasado: el demente supo alguna vez más; por eso se descubren en él restos de estado intelectual superior. En su comportamiento, en algunas frases. (2).

(1) FUEYO LANERI. "Derecho de Familia". T.VI, Vol.I, Pág. 110 y 111.

(2) J. FROBES. "Compendio de Psicología Experimental" P. 246

La fijación y límite de la demencia constituye problemas que podrían resolverse haciendo un estudio previo y clasificando las enfermedades mentales.

Indudablemente que el trastorno mental produce efectos de incapacidad del contrayente. Los casos extremos no ofrecen duda alguna para determinar hasta qué límite de dolencia mental se estimará comprendido en el impedimento dirimente que la ley llama "DEMENCIA".

Las zonas intermedias en la escala de trastornos mentales, sí presentan dudas porque pueden referirse tanto a un grado de enfermedad mental como a un desacierto en la elección del futuro contrayente.

La norma general que plantea el Art. 1318 C., no difiere si la aplicamos en materia de matrimonio.

Aunque en nuestro Código Civil actual no se considere al matrimonio como un contrato, en el Art. 97 C. se dice que para su validez "se constituye y perfecciona por el libre y mútuo consentimiento de los contrayentes....."

La incapacidad de los contrayentes por demencia es distinta y de especial trascendencia en relación al contrato patrimonial; en el matrimonio la voluntad defectuosa se ve a diario en actos que exigen la mayor formalidad mental, -- siendo, además, de efectos permanentes. A ésto agreguemos --

que el demente se convierte en problema, no sólo por efectos de la herencia que pueda ejercer sobre sus descendientes y sobre el porvenir de la raza, sino por las consecuencias que sobre la vida social y familiar y sobre la del propio enfermo pueden derivarse de la realización libre del matrimonio.

Por esas y muchas otras razones es que nuestra ley prohíbe al enfermo mental el derecho al matrimonio, sancionando el acto con nulidad absoluta.

La ley no dice si debe concurrir declaración previa de interdicción por demencia en tal caso bastará que el matrimonio se celebre en estado de demencia de alguno de los futuros cónyuges.

La declaración judicial previa decretando la interdicción por demencia, servirá para facilitar la prueba, puesto que será el antecedente fundamental para la declaración de nulidad, y además, para impedir que se alegue haber concurrido intervalo lúcido. Al respecto el Art. 465, Inciso 1o. C., expresa:

"Los actos y contratos del demente, posteriores al decreto de interdicción, serán nulos; aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido.

El Inc. 2o. de la anterior disposición legal determina:

"Y por el contrario, los actos y contratos ejecutados y celebrados sin previa interdicción, serán válidos; a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente".

La última parte de este inciso podría interpretarse como una exigencia a falta del decreto de interdicción, rindiendo prueba sobre el estado de demencia al momento de otorgarse el matrimonio.

Si el acto se celebra en intervalo de lucidez, en el matrimonio no tiene cabida el impedimento llamado "demencia"; luego, es válido si se ha comprobado tal situación. Pero esta prueba constituye un verdadero problema para los psiquiatras, pues éstos sostienen que si bien es cierto que hay cesación de los síntomas exteriores de trastornos, el proceso mórbido interno persiste, pues el enfermo lo oculta o lo disimula, salvo raras excepciones. Todo lo anterior analizado desde el punto de vista doctrinario y si consideramos el espíritu de nuestra legislación contenido en el Art. 102, ord. 2o.C., no es aceptable tal posición porque señala como incapaz al que no se halla en el pleno ejercicio de su razón y si un demente actúa en estado lúcido no goza de ese pleno ejercicio. Si a ésto agregamos que el matrimonio es un estado permanente, exige de los contrayentes su normalidad no ocasional.

"Los que de palabra o por escrito o no pudieren expresar claramente su voluntad"

En Chile se prohíbe el matrimonio de quien no es capaz de exteriorizar su querer de un modo claro e inequívoco, -- por razones de seguridad jurídica.

El sordomudo que no puede darse a entender por escrito queda incluido a esta hipótesis.

En nuestra legislación civil, el Art. 1318, expresa:

"Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito".

Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución.

Son también incapaces los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad y las personas jurídicas: pero la incapacidad de los primeros no es absoluta, pues sus actos pueden tener valor en los casos determinados por la ley. En cuanto a las segundas, se consideran absolutamente incapaces en el sentido de que sus actos no tendrán valor alguno si fueren ejecutados en contravención a las reglas a doptadas para el gobierno de las mismas.

Además de estas incapacidades, hay otras particulares

que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a --
ciertas personas para ejecutar ciertos actos".

¿Admite la legislación salvadoreña que el sordomudo --
contraiga matrimonio? No. Y la respuesta la da el Art.1318 C.

Las reglas especiales relativas a la curaduría del de-
mente las contienen los artículos 457 y siguientes C.

Art. 102, Ordinal 3o. C.

"Los que adolezcan de impotencia física para el concú-
bito de una manera patenta, perpétua e incurable!"

La impotencia sexual es lo que en doctrina se denomina
también falta de aptitud.

La impotencia sexual puede definirse como la falta de
capacidad del hombre para procrear, y de la mujer para con-
cebir. Por lo tanto, la impotencia será referida a la inca-
pacidad para el coito o cópula, ya sea por carencia, atro-
fia o defectuosa conformación de los órganos sexuales, como
la falta de aptitud para concebir. A esto es lo que podrí-
amos denominar impotencia física para el concúbite. Relación
Art. 162, Ord. 1o.C.

Como puede observarse, esta causal incluye a cual-----
quiera de los cónyuges.

Lo de "impotente , perpétuo e incurable" de la disposi

ción legal enunciada, se refiere a la misma impotencia de que hemos hecho alusión y significa que no debe haber medios posibles para terminar con la impotencia, de lo contrario, desaparecería la causal, por ejemplo: si el cónyuge impotente por medio de control médico pudiera superar o terminar con dicho defecto fisiológico, ya no se podría calificar de perpétuo e incurable y no procedería la nulidad del matrimonio.

La jurisprudencia y la doctrina no han reparado en la impotencia psíquica en el matrimonio, o sea, las timideces psicológicas, la histeria, ciertas fobias, obsesiones, etc., pueden originar una impotencia de hecho, particular, ante la mujer propia. Luego, esta impotencia impide la cópula solo con persona determinada. Relación: Art. 102, Ord. 3o. C.

Art. 102, Ordinal 4o. C.

'Los que se hallen ligados con vínculo matrimonial no disuelto legalmente'

En doctrina se conoce como incompatibilidad de estado.

Para contraer matrimonio no debe haber vínculo legal precedente con otra persona. Si se casare se expone a que se declare nulo el nuevo matrimonio. Este es el principio fundamental del matrimonio monogámico aceptado por muchos Estados modernos.

De acuerdo a nuestras leyes penales, el que contrajere matrimonio estando casado válidamente, comete el delito de bigamia. El Art. 267 Pn. en el Capítulo referente a LOS DELITOS CONTRA EL MATRIMONIO Y LA MORAL FAMILIAR, dice:

"El que contrajere matrimonio sin hallarse disuelto el anterior, serán sancionado con prisión de seis meses a dos años.

Y continúa la disposición legal: Igual sanción se aplicará a quien no estando unido por matrimonio, contraiga nupcias con persona casada, cuando tuviere conocimiento de esa circunstancia".

"Si el matrimonio contraído anteriormente por el bigamo, fuere declarado nulo o se anulare su segundo matrimonio por causa distinta de la bigamia, se extinguirá la acción penal para todos los que hubieren participado en el delito, y si hubiere recaído condena cesará su ejecución y todos -- sus efectos penales."

Pero si el primer matrimonio fuere declarado nulo, los efectos civiles de nulidad del segundo matrimonio y los efectos legales de bigamia por la doble unión, no se producen.

¿Cuál es el fundamento jurídico de lo anterior?

Desde el punto de vista legal, las cosas volverían al

mismo estado original por el efecto retroactivo de la declaratoria de nulidad.

En relación a lo antes expuesto, el artículo 1557 C., determina:

"La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita."

El efecto general de nulidad contenido en la disposición anterior se aplica de igual modo a la nulidad del matrimonio declarada judicialmente, según confirmación de la jurisprudencia.

Por lo dicho, si es anulado el primer matrimonio, tendrá validez el segundo, pues la nulidad produce consecuencias de no haber existido la primera unión, vínculo matrimonial, ni ha producido efectos civiles.

Concuerdando con esta solución basada en el efecto retroactivo de la declaración de nulidad, el Art. 36 de la Ley de Matrimonio Civil Chileno, que dispone:

"Cuando deducida la acción de nulidad fundada en la existencia de un matrimonio anterior, se deduce también la acción de nulidad de ese matrimonio, se resolverá primeramente

la validez o nulidad del primer matrimonio"

Esa regla general tiene una excepción: el matrimonio - putativo a que se refiere el Art. 168 C., puesto que tal como lo determina esta disposición legal "produce este matrimonio los mismos efectos civiles que el válido respecto del cónyuge que de buena fe y con justa causa de error lo contrajo".

Término para Ejercitarse la Acción

La acción de nulidad respecto al vínculo matrimonial - no disuelto, no prescribe.

La acción de nulidad podría intentarse después de muertos los cónyuges.

Impedimentos Dirimentes Relativos: Art. 103 C.

El Art. 103 C., dispone:

"También son incapaces para contraer matrimonio entre sí:

- 1o.- Los parientes por consanguinidad en cualquier grado de la línea recta.
- 2o.- Los hermanos, sean carnales, paternos o uterinos;
- 3o.- Los autores o cómplices de la muerte del cónyuge de alguno de ellos".

Art. 103, Ordinal 1o. C.:

Determina la causal de nulidad relativa al parentesco por consanguinidad en línea recta, o sea, tratándose de ascendientes y descendientes en cualquier grado. No incluye el parentesco colateral consanguíneo ni el parentesco por afinidad.

Parentesco por consanguinidad: "es la relación que existe entre personas que tienen una sangre común, bien porque una desciende la otra, bien porque procede de un antepasado común" (1).

El Art. 27 C., prescribe: "Los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. Así el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo, y dos primos hermanos, en cuarto grado de consanguinidad entre sí".

"Cuando una de las dos personas es ascendiente la una de la otra, la consanguinidad es en línea recta; y cuando las dos personas proceden de un ascendientes común, y una de ellas no es ascendiente de la otra, la consanguinidad es en línea colateral o transversal".

Todas las legislaciones mantienen el principio general de que el parentesco en grados próximos constituye impe

(1) MEZA BARROS. "Derecho de Familia", Tomo I.

dimento, por razones biológicas y morales. "Con razón o sin ellas se ha difundido la idea de que la unión entre personas de la misma sangre degenera la raza. Por otra parte, la vida de la familia se vería seriamente trastornada ante la perspectiva de una unión sexual entre personas que conviven en la intimidad familiar". (1)

Cuando el Art. 103, Ordinal 1o. C., dice que se prohíbe el matrimonio "en cualquier grado de la línea recta", significa hasta el infinito.

A manera de ejemplo se esquematiza así:



Línea recta o entre ascendientes y descendientes o viceversa.

De donde concluimos, también que nuestro Código Civil permite el matrimonio entre tíos y sobrinos (Tercer Grado de Consanguinidad en Línea Colateral o Transversal), y entre primos (Cuarto Grado de Consanguinidad en la misma línea anterior), ya que el Ord. 2o. del Art. 103 C., que ana-

(1) MAZA BARROS. "Derecho de Familia". Tomo I.

lizamos en este trabajo sólo hace alusión a la prohibición entre hermanos.

Continuando el análisis del Art. 103, Ordinal 1o. C., afirmamos que no distingue entre parentesco legítimo, ilegítimo y natural, luego, el impedimento se refiere a todos.

También podrían contraer matrimonio de acuerdo al Ordinal primero del Art. 103 C.:

- a) Padrastro (viudo o divorciado) con hijastra.
- b) Madrastra (viuda o divorviada) con hijastro.
- c) Suegra (viuda o divorciada) con el yerno.
- d) Suegro (viudo o divorciado) con la nuera.

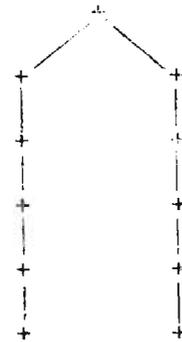
Todos ellos están en primer grado de afinidad en línea recta, y esa situación jurídica ha sido criticada en nuestra legislación porque han habido casos de denuncia de impedimentos y porque en otras legislaciones se prohíbe.

Líneas de Parentesco

Se constituye de la serie de personas que descienden unos de otros. La línea puede ser recta, colateral o transversal. Al respecto el Art. 27 C., ya mencionado, dispone que las líneas de parentesco pueden ser de dos clases: recta y colateral o transversal.

Ejemplificando lo anterior, tenemos:

i
i
i
i
i
Directa



COLATERAL

Grados de Parentesco

Se dice que es la distancia entre dos personas medida en generaciones: Art. 27 C., Inc. 1o.

La filiación natural no presenta dificultad para constatar el parentesco en forma fehaciente; en cambio, en la filiación ilegítima existe incertidumbre y para que opere el impedimento en muchos casos es cuestión de investigación de la paternidad o maternidad, lo cual tiene relación directa con las siguientes disposiciones legales: Arts. 279 y siguientes C.

El impedimento, objeto de análisis contenido en el Art. 103, Ordinal 1o. C., no incluye el parentesco de afinidad, por lo cual los cuñados podrían contraer matrimonio previos los requisitos que señala la Ley.

Parentesco por Adopción

"El vínculo legal de familia que nace de la adopción

comprende únicamente a adoptante, adoptado y descendientes consanguíneos de este último en línea reactiva: Art. 1 Ley de Adopción.

"El adoptado será considerado como hijo del adoptante" Art. 2 Ley de Adopción. El adoptado será considerado como hijo legítimo en la sucesión intestada, pero si no hubiere posteridad legítima concurrirán con él, los naturales: Art. 24 Adopción.

En lo relativo a las incapacidades e indignidades para suceder, se considerará que entre adoptante y adoptado existe relación de padre e hijo legítimo.

El Art. 27 de la Ley de Adopción contiene un impedimento que debe relacionarse con el Art. 103, Ordinal 1o.C. Tal disposición expresa:

"Es nulo el matrimonio que contraiga el adoptante con el hijo adoptivo, o éste con el viudo o viuda del adoptante".

El fundamento de la causal de parentesco contenida en el Art. 103, Ordinal 1o. C., se deduce de las normas éticas de los pueblos de cultura europea. Este fundamento no se da por razones biológicas o de orden médico, aunque podría incluirse, sobre todo cuando se trata de parentesco muy próximo.

Desde el Derecho Romano hasta nuestros días ha surgido este tipo de prohibiciones y éstas difieren en grados y líneas.

Segundo Impedimento Dirimente Relativo: Art. 103, ordinal 2o. C.:

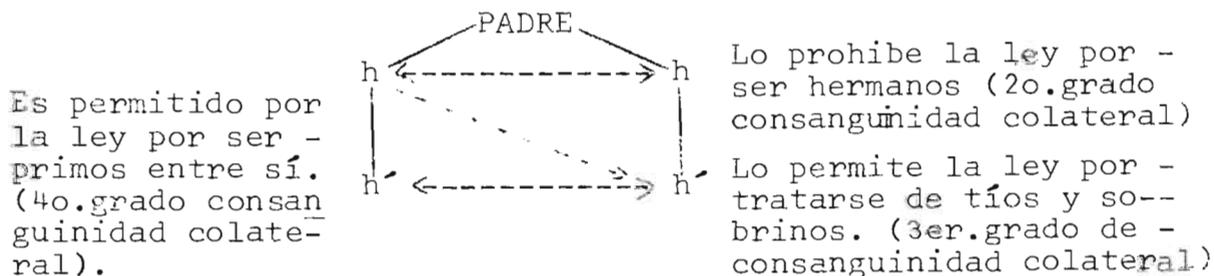
"Los hermanos, sean carnales, paternos o uterinos"

Nuestra ley es liberal en materia de parentesco colateral, pues como podemos observar, sólo prohíbe el matrimonio entre hermanos, pudiendo admitirse, como yadijimos, entre tíos y sobrinos y con mayor razón entre primos.

Muchas son las legislaciones que admiten tal principio jurídico, entre ellas: Chile, Alemania, Noruega, Dinamarca, Checoslovaquia y otras, y por supuesto, la nuestra. (1)

Algunos consideran que el matrimonio entre tíos y sobrinos es demasiado próximo y habría que observar primero las situaciones de orden familiar, éticas y culturales, desarrolladas en cada región o pueblo determinado.

Proponemos el siguiente esquema en relación al parentesco:



(1) FUEYO LANERI. "Derecho Civil" Tomo Sexto, Pág. 115.

Tercer Impedimento Dirimente Relativo: Art. 103, Ordinal 3o. C.:

"Los autores o cómplices de la muerte del cónyuge de alguno de ellos"

No siempre el delito es producto de la actividad de un sólo hombre, con frecuencia concurren varios sujetos. A veces la figura misma del delito en su definición presupone la existencia de varias personas, dando lugar a lo que en doctrina se llama "Formas de Participación Necesaria", como sucede en la riña en la cual es preciso la cooperación simultánea de sujetos distintivos. (Art. 159 y 176 Pn.).

La participación delictiva tiene estrecha relación con la teoría de la causalidad y según la posición que se adopte en esta última los principios de participación varían -- fundamentalmente.

La participación no es un mero conocimiento del hecho sino una contribución a producirlo. Se distinguen varias maneras de participación, pues no sólo es punible la acción típica que conduce al resultado deseado; matar, apoderarse, engañar, etc., sino otras acciones distintas de la acción típica: prestar el arma para que otro mate, vigilar para -- que otro robe, etc.

Se distinguen en esa participación los autores inmediatos, mediatos y cómplices.

Autor inmediato: es el sujeto que ejecuta materialmente la acción;

Autor mediato: es el sujeto autor sin ejecutar directamente y por sí mismo la acción típica;

Cómplice: en términos generales, es aquél que presta una colaboración sin la cual el hecho no podría haberse cometido. La calidad de él depende de la naturaleza de su aporte.

El Código Penal vigente de El Salvador, en el Capítulo correspondiente al Concurso de Delincuentes, y específicamente, en el Art. 44, clasifica como responsables del delito, los que concurren dolosamente a su ejecución como autores inmediatos, mediatos o como cómplices. De acuerdo al Art. 47, puede darse el caso de autores presuntos.

En los artículos subsiguientes el Código Penal conceptúa a estas personas que cometen un hecho delictivo, así:

Art. 45 Pn.: "Son autores inmediatos todos los que con su acción u omisión realizan directamente el hecho delictivo".

Art. 46 Pn.: "Se consideran autores mediatos:

- 1o.) Los que por medio de fuerza física constriñen a otro a ejecutar el delito:
- 2o.) Los que determinen a otro a cometer el delito;

3o.) Los que dieren la orden ilegal en el caso previsto en el ordinal 3o. del Art. 40; y

4o.) Los que presten su cooperación de tal modo necesaria - que sin ella no hubiere podido realizarse el delito".

El Art. 47 del mismo Código se refiere a los autores - presuntos que son aquellos "que cometen delitos contra el - honor con abuso de libertad de expresión". Relación Arts. - 180 y 181 Pn.; 439 y siguientes Pr.Pn.

El Art. 48 Pn.: prescribe: "Son cómplices los que in--tervienen con actos de auxilio, no necesarios pero sí úti--les para la más fácil realización del delito, cuando dichos actos sean anteriores o simultáneos a la realización del -- mismo.

Serán considerados cómplices los que previo concierto prometen asistencia o ayuda al delincuente para después de cometido el delito.

También se consideran cómplices quienes excitan o re-- fuerzan la determinación de los autores materiales del delito. Esta clase de complicidad será apreciada por el Juez según la gravedad del delito, la mayor o menor intensidad de la excitación y demás circunstancias que rodeen al hecho".

Asimismo, por vía de información, nos referimos al Capítulo correspondiente al homicidio:

Art. 152 Pn. Homicidio Doloso; Art. 153. Homicidio A--

gravado; Art. 154. Parricidio y Asesinato; Art. 155. Homicidio Atenuado; Art. 156 Pn. Homicidio Piadoso; Art. 157 Pn.- Homicidio Preterintencional; Art. 158 Pn. Homicidio Culposo; Art. 159 Pn. Homicidio en Riña; Art. 23 Pn. Homicidio Con--causal. Relación con los Arts. 151 a 155 Pr.Pn.; Art. 161 a 166 Pr.Pn.; Art. 170 Pr.Pn.

Para que opere esta causal es necesario que haya sen--tencia ejecutoriada y pasada en autoridad de cosa juzgada _ por homicidio, ya sea que participe el tercero como autor - o cómplice.

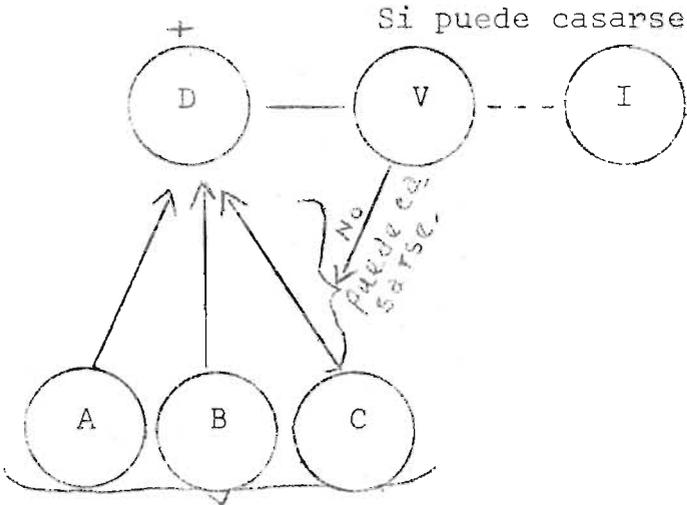
La disposición legal en estudio al expresar: "la muer--te del cónyuge", no distingue si es el marido o la mujer el sobreviviente.

Los autores sostienen, con buen sentido, que el homicidio culposo, no da lugar a este impedimento. Sin embargo, - nuestra ley no diferencia entre homicidio doloso y culposo en materia de matrimonio: Arts. 103, Ordinal 3o.

Problemas relacionados con este Impedimento

Se pueden resolver desde dos puntos de vista:

- 1o.) El viudo no puede casarse con el autor o cómplice de - la muerte de su cónyuge, pero sí con un tercero inocente.



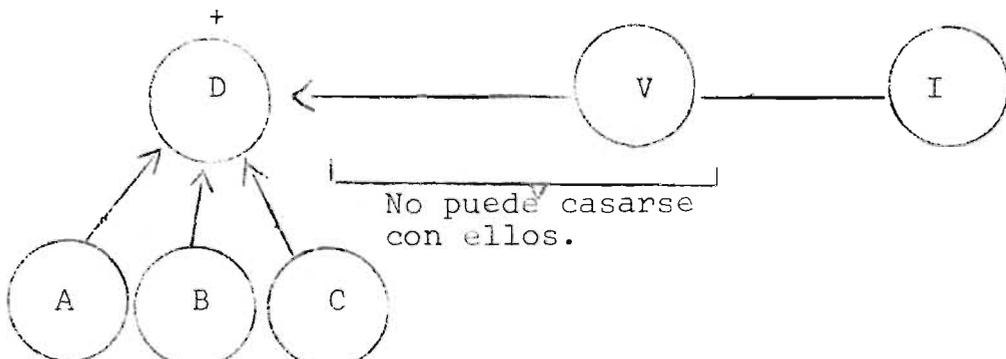
- D = Cónyuge Difunto
- V = Cónyuge viudo
- A = Autor inmediato del delito de homicidio en D
- B = Autor mediato en la muerte de D.
- C = Cómplice en la muerte de D.
- I = Tercero inocente.

No pueden casarse con el viudo o viuda.

En consecuencia, el viudo:

- a) No se puede casar con A - B - C, por ser éstos partícipes en el delito cometido en su cónyuge.
- b) Sí puede casarse con otras personas, como por ejemplo, con I.

2o.) El viudo que ha participado en la muerte de su cónyuge con otras personas, no puede casarse con éstas ni con otro extraño.



No pueden casarse con el viudo o viuda.

Por consiguiente:

1) V no puede casarse con A - B - C.

2) ¿V tampoco puede casarse con extraños? A ésta surgen dos interpretaciones:

1a.) Que no puede casarse con ninguna persona. ¿Cuál es el fundamento jurídico?

Se considera que el viudo es autor o cómplice y el impedimento abarca esas dos circunstancias y en tal sentido le estaríamos permitiendo que propicie su viudez con el fin de liberarse del vínculo matrimonial, para luego celebrar otro matrimonio.

Esta posición se critica porque el impedimento dicho obligaría al viudo, autor o cómplice a ser soltero o viudo por toda la vida, o sea, que en el fondo este impedimento constituye una pena perpétua, aunque la ley no la cataloga como tal, porque condena al cónyuge viudo (que fue autor o cómplice) a permanecer inhabilitado de por vida a casarse nuevamente, ya que en la redacción del impedimento no señala ningún plazo, y las penas perpétuas están prohibidas por nuestra Constitución Política. Art.68, Inc. 2o. C.P. (1).

2a.) Otros sostienen que sí puede casarse con un tercero inocente, porque cabe la posibilidad que éste haya teni

(1) Este criterio es sostenido por la Dra. Haydeé Fuentes - de Gómez, Asesora de esta Tesis.

do relaciones sexuales con el viudo culpable, antes de cometerse el delito, sin tener conocimiento de la culpabilidad de esa persona; por otra parte, si no se le permite el matrimonio con el viudo, equivaldría a castigar injustamente a los hijos y haciéndoles daño por clasificarse como nacidos fuera del matrimonio.

La acción de nulidad en este caso es imprescriptible.

Impedimentos Impedientes

Esta clase de impedimentos no acarrea nulidad del acto.

Pueden definirse como aquellas prohibiciones para celebrar el matrimonio, cuya infracción no acarrea nulidad sino otro tipo de sanciones que la ley determina.

Este tipo de impedimentos se opone al perfeccionamiento de un matrimonio lícito; sin embargo, el matrimonio es válido a pesar de tal impedimento.

Los Impedimentos Impedientes podemos reagruparlos así:

- 1o.) Impedimento de menor edad;
- 2o.) Impedimento de Guardas; y
- 3o.) Impedimento de Segundas Nupcias.

Impedimento de Menor de Edad:

Se refiere al consentimiento de ciertas personas para contraer matrimonio.

El Art. 113 C., enumera las causas legales que justifican el disenso, las cuales no podrán ser otras que éstas:

- 1a.) La existencia de cualquier impedimento legal, incluso el señalado en el Art. 115 C.;
- 2a.) El no haberse practicado alguna de las diligencias --- prescritas en el título de las segundas nupcias, en su caso;
- 3a.) Grave peligro para la salud del menor a quien se niega la licencia, o de la prole;
- 4a.) Vida licenciosa, pasión inmoderada al juego, embri--- guez habitual de la persona con quien el menor desea - casarse;
- 5a.) Haber sido condenada esa persona a cualquiera de las - penas que, conforme al Código Penal, llevan consigo la privación de la patria potestad, o haber sido declara- da culpable en un juicio de divorcio;
- 6a.) No tener ninguno de los esposos medios actuales para - el competente desempeño de las obligaciones del matri- monio.

Corresponde al tribunal competente (Juez de Primera -- Instancia del domicilio del contrayente), calificar el di-- senso motivado, y al respecto el Art. 112, Inc. 1o. C. par- te segunda, expresa que:

"Los mayores de dieciocho años tendrán derecho a que se exprese la causa del disenso y se califique ante el Juez de Primera Instancia respectivo".

Asimismo, el Inciso 2o. de esa disposición legal determina:

"El tutor o curador especial que niega su consentimiento estará siempre obligado a expresar la causa".

Cuando el adoptado es quien desea contraer matrimonio, el consentimiento lo da el adoptante, mientras subsista la adopción. (Art. 16, Inciso final, Ley de Adopción).

A falta de adoptante regirán las reglas de los artículos 107 - 108 y 111 C.

La Ley considera que las personas menores de veintín años no tienen la suficiente madurez mental o claridad para poderse percatar de la trascendencia económica, jurídica, social y familiar de sus actos o de sus negocios legales; en otras palabras, como para poder administrar buenamente sus propias bienes y guardar la armonía familiar.

En vista de tal situación y preocupada la Ley por favorecer a estas personas menores, así como aspectos que van más allá de lo económico: una buena crianza, educación, formación del hijo de familia, etc., la Ley les proporciona una persona que custodie y proteja sus intereses y la persona más idónea para llevar adelante tan delicado cometido no

pueden ser otras que sus padres legítimos, o en su caso, su madre ilegítima o el padre natural. En tal razón se ha estructurado doctrinaria y legislativamente, toda una institución de primordial importancia en el campo del derecho familiar y, que responde a la denominación de "patria potestad".

¿En qué circunstancias se entiende faltar el padre, madre o ascendientes?

Soluciona esa interrogante el Art. 109 C.:

"Por fallecimiento, anormalidad mental, demencia o por no encontrarse en el territorio de la República y no saber el momento de su regreso o por ignorar su residencia". Esta regla es aplicable al adoptante, por cuanto la adopción les vincula como padre e hijo legítimo. (109 C; 2-31-24, -- Ley de Adopción.)

En cuanto al padre o madre legítimos, también se entienden faltar cuando han sido privados de la patria potestad por sentencia judicial, o cuando por su mala conducta se les inhabilita para guiar u orientar la educación de sus hijos: Art. 110C., en relación 271 C. y 821 y sigs. Pr.

El hijo ilegítimo que no haya cumplido veintiún años será representado por su madre, y en su defecto, por su padre, si aquél fuese natural: Art. 108 C.

El disenso es la oposición al matrimonio, hecha por el

padre, madre, ascendientes o adoptante, curador y funcionario respectivo. Este último es el caso del Art. 112 C.; 806 y siguientes Pr. El disenso debe ser motivado con o sin expresión de causa.

El Art. 112 C., sostiene:

"Si la persona que debe prestar este consentimiento lo negare, aunque sea sin expresar causa alguna, no podrá procederse al matrimonio de los menores de dieciocho años; pero los mayores de esta edad tendrán derecho a que se exprese la causa del disenso y se califique ante el Juez de Primera Instancia del Departamento respectivo". El procedimiento lo encontramos en el Art. 806 y siguientes Pr.

Y el Inciso 2o., agrega:

"El tutor o curador especial, que niega su consentimiento estará siempre obligado a expresar la causa".

El Art. 113 C., indica las causas en forma taxativa que justifican el disenso, cuando sea imprescindible expresarlas.

El menor interesado en contraer nupcias tiene derecho a pedir al Juez de acuerdo al Art. 112, Inc. 2o. C., para que califique el disenso. Lo mismo el Art. 111 C., que determina:

"A falta de los dichos padres, madres y ascendientes, será necesario al que no haya cumplido veintiún años, el consentimiento de su tutor, o en su defecto, el de un curador -

especial. Dicho curador será nombrado por el Juez de Primera Instancia del domicilio del interesado aún a petición verbal de éste, nombramiento del cual el referido funcionario le extenderá sin demora, certificación al mismo interesado; y tanto para ese documento como para las diligencias respectivas se usará papel común.

Las sanciones por infracción del impedimento, éstas, al matrimonio del menor sin que haya obtenido el consentimiento de las personas llamadas a otorgarlo o antes que la justicia haya declarado irracional el disenso, son múltiples, tanto de carácter civil como penal. Así:

10.- Desheredamiento del Menor

El desheredamiento es una disposición testamentaria por la cual se priva a un legitimario del todo o parte de su legítima; por lo tanto, supónese que ha habido otorgamiento de testamento.

En el Código de 1860, sí hubo desheredamiento conforme al Art. 116 que textualmente decía así:

"El que no habiendo cumplido 25 años (en aquella época la mayoría de edad se adquiría hasta los 25 años), se casare sin el consentimiento de un ascendiente, estando obligado, o sin que el Gobernador respectivo haya declarado irracional el disenso, podía ser DESHEREDADO, no sólo por aquél o aquéllos cuyo consentimiento le fue necesario

sino por todos los otros ascendientes. Si alguno de éstos muriere sin hacer testamento, no tendrá el descendiente - más que la mitad de la porción de bienes que le hubiera - correspondido en la sucesión del difunto".

En nuestra legislación vigente ya no existen las legítimas (porciones a la herencia obligadas) a que tenían derecho ciertas familiares en la sucesión, ya que respetamos el principio de la libre testamentificación: Art. 173 C.P.

2o.- Revocación de Donaciones

El Art. 114 C., expresa: "El ascendiente sin cuyo necesario consentimiento, o el del Juez de Primera Instancia respectivo en subsidio, se hubiere casado el descendiente, podrá revocar por esta causa las donaciones que - antes del matrimonio le haya hecho. Relación 1299 C.

El matrimonio contraído sin el necesario consentimiento de las personas que deban prestarlo, no priva el - derecho de alimentos".

Observaciones a esa Disposición

a) La revocación sólo puede hacerla el ascendiente de --- quien se consideraba necesario el consentimiento para el matrimonio, no así los demás ascendientes. Pero por un medio indirecto pueden hacerla los demás ascendientes: Art. 1302 C.

b) Únicamente se podrán revocar las donaciones que se hicieron antes del matrimonio, no así las posteriores, porque ésto indicaría que el donante perdona al menor.

3o.- Privación de alimentos:

El Art. 114, Inc. 2o. C., nos indica que: "El matrimonio contraído sin el necesario consentimiento de las -- personas que deban prestarlo, no priva del derecho de alimentos".

La falta de consentimiento del curador o del Juez de Primera Instancia, no produce sanciones civiles.

Entre las sanciones de tipo penal aplicables al menor como al funcionario que autorice el matrimonio, se -- mencionan las contenidas en los artículos 268-269 y 270 - Pn.

Las causas de indignidad para suceder contenidas en los artículos 969-970-971-972-979-295-992-1206- y 1208 C., no constituyen sanción alguna en relación a este impedimento.

Impedimento de Guarda:

"Se fundamenta este impedimento en que la guarda tiene por objeto amparar al pupilo, impidiendo que el matrimonio sirva al guardador como un medio para encubrir una torcida administración" (1)

(1) MEZA BARROS. "Derecho de Familia" Pág. 57, Tomo I.

Por consiguiente, la posibilidad para el curador de -
contraer matrimonio con su pupilo se condiciona a la rendi
ción y aprobación de las cuentas del primero.

El Art. 115, Inc. 1o. C., dice:

"Mientras que una mujer, aún habilitada de edad, no -
hubiere cumplido veintiún años, no será lícito al tutor o
curador que haya administrado o administre sus bienes, ca-
sarse con ella, sin que la cuenta de la administración ha-
ya sido aprobada por el Juez, con audiencia de un curador-
especial."

El Inc. 4o. dispone: "No habrá lugar a las disposicio
nes de este artículo si el matrimonio es autorizado por el
ascendiente o ascendientes, cuyo consentimiento fuere nece
sario para contraerlo".

De esa disposición legal surgen los requisitos para -
que opere el impedimento en estudio:

- a) Que el pupilo sea menor de veintiún años;
- b) Que el guardador tenga o haya tenido la administración
de los bienes del pupilo;
- c) Que no se haya aprobado la administración;
- d) Que el matrimonio sea celebrado sin el consentimiento -
del ascendiente o ascendientes del pupilo.

La inobservancia de este impedimento produce sancio--
nes civiles, como por ejemplo: que perderá el tutor o cura

dor que haya contraído o permitido el matrimonio: "toda re-
muneración que por su cargo le corresponda". Art. 115, Inc.
3o. C., y estará obligado a restituir lo que hubiere reci-
bido por tal concepto: Art. 529, Inc. 1o. C.

Impedimento de Segundas y Posteriores Nupcias

Las disposiciones legales al respecto están conteni-
das en el Código Civil en los Arts. 177 y siguientes y en
el Art. 156.

El Art. 177, Inc. 1o. C., indica:

"El varón viudo o divorciado que teniendo hijos de --
precedente matrimonio bajo su patria potestad, o bajo su -
tutela o curadería, quisiere volver a casarse, deberá pro-
ceder al inventario solemne o menos solemne de los bienes
que esté administrando y les pertenezcan como herederos de
su mujer difunta o con cualquier otro título".

Y agrega el Inc. 2o.:

"Para la confección de este inventario se dará a di--
chos hijos un curador especial".

El Art. 156 C., expresa que:

"La persona que se hubiere divorciado dos veces, no -
podrá contraer otras nupcias sino cuando el divorcio ante-
rior haya sido declarado por mutuo consentimiento, o cuan-

do por otras causas legales no hubiere sido declarado cónyuge culpable".

Esta disposición es la que se refiere a las nupcias -- subsiguientes a las segundas.

Las segundas nupcias presentan caracteres propios, según sea varón o mujer, quien se propusiere contraer el nuevo matrimonio.

Las disposiciones legales contenidas en los Arts. 177, y 181 C., referentes al inventario, son aplicables tanto al varón como a la mujer que pretendan contraer nuevas nupcias.

El objeto de este impedimento respecto al varón es evitar la confusión de patrimonios que pudiera ocasionar problemas en los bienes que administró.

El Art. 180 C., que hace referencia a la mujer y tiene como finalidad impedir confusión de filiaciones. Relación:- Arts. 177, Inc. 1o. - 180 y 151, Ord. 1o. C.

En lo que respecta al varón viudo o divorciado, se mencionan estos requisitos:

1o.) La frase "varón viudo o divorciado", da a entender que se trata de una persona cuyo matrimonio se disolvió por la muerte del otro cónyuge o la separación ordenada por el Juez en base a las distintas causales de divorcio, contenidas en los Arts. 145 y 148 del mismo cuerpo de leyes.

No se aplica la norma al varón y a la mujer cuyo matrimonio se ha declarado nulo. Arts. 179 y 181 C.

2o.) El varón ha de tener "hijos de precedente matrimonio", lo que significa que los hijos deben ser legítimos; por lo tanto, el impedimento no afecta al que tiene hijos naturales, o ilegítimos, lo que a la luz del derecho es injusto.- Art. 177, Inc. 1o. C.

Crítica

Este impedimento debería aplicarse a cualquier padre o madre de familia que esté administrando bienes de hijos legítimos, ilegítimos o naturales, cuando desee casarse nuevamente porque el espíritu de este impedimento tendrá que ser la protección patrimonial de los bienes que administre. Por lo tanto, el impedimento no debería referirse solamente a la persona casada en primeras nupcias, sino que determinadamente al que esté administrando bienes de sus hijos, no importando si éstos son o no de precedente matrimonio.

3o.) Que los hijos del mencionado matrimonio del viudo o divorciado estén "bajo la patria potestad o bajo su tutela o curadería". Lo primero constituye la regla general, lo segundo, la excepción.

Formalidades que cumplirá el varón viudo o divorciado:

a) Si desea contraer nuevo vínculo matrimonial, "deberá pro

ceder al inventario solemne o menos solemne de los bienes - que esté administrando y les pertenezcan como herederos de su mujer difunta o con cualquier otro título". Art. 177, -- Inc. 1o., parte 2a. C.

b) También es necesario que el viudo o divorciado que pre--tenda volver a casarse, presente certificado auténtico de - haber practicado el inventario, o que sus hijos no tienen - bienes propios de ninguna clase, y haber seguido la informa--ción sumaria ante el Juez de Primera Instancia referente a que no tienen hijos de precedente matrimonio bajo su patria potestad, tutela o curadería: Art. 178 C., en relación al - Art. 121, No. 3 C.; Art. 811 Pr. y siguientes.

C.- Cumplimiento de Formalidades

Constituye el tercerrequisito de validez. Sabemos que la norma general establece que la transgresión a los requisitos de validez hace anulable el matrimonio por sentencia judicial ejecutoriada.

Concepto

"Formalidades o formas son aquéllas exteriorizaciones o requisitos externos que la ley exige para el perfeccionamiento de ciertos actos jurídicos. O bien, es el contenido bajo el punto de su visibilidad o exteriorización" (1).

(1) FUEYO LANERI. "Derecho de Familia". Pág. 119.

El Código Civil, al definir los contratos solemnes determina que son aquellos "sujetos a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil". Art. 1314, Inc. 1o., parte 2a.C.

Concuera con lo anterior, el Art. 1552 C., respecto a la nulidad absoluta y sus causales, al establecer que se -- produce por la "omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o con-- tratos, en consideración a la naturaleza de ellos....."

La expresión formalidad, representa las formas o solem-- nidades, y en lo que atañe al matrimonio, la ley señala va-- rias, tanto para la declaración de voluntades de los contra-- yentes, como para disponer la participación del funcionario o notario autorizante, representativo del interés social -- comprometido en el matrimonio.

La omisión de formalidades en la celebración del matri-- monio, no siempre produce los efectos que señala el Art. -- 1314 C., ésto es, que sin ellas el acto "no produce ningún efecto civil", pues tal como se ha informado en este traba-- jo, por razones de buen sentido, hay matrimonios nulos: los putativos, que en determinadas circunstancias produce "los mismos efectos civiles que el válido". Art. 168 C.

De acuerdo a la doctrina y para su mejor comprensión, presentamos la siguiente clasificación de las formalidades:

- A) De Lugar
 - 1o. Formalidades del matrimonio celebrado en El Salvador.
 - 2o. Formalidades del matrimonio celebrado en el extranjero.

- B) De Tiempo
 - 1o. Formalidades anteriores al matrimonio.
 - a) Manifestación
 - b) Información
 - 2o. Formalidades coetáneas a su celebración.
 - a) Día y hora de la celebración.
 - b) Lugar en que puede celebrarse.
 - c) Ceremonia del matrimonio.
 - d) Testigos.
 - 3o. Formalidades posteriores a su celebración.
 - a) Acta de matrimonio.
 - b) Inscripción.
 - c) Certificado de matrimonio

La omisión de cada una de las formalidades enunciadas no constituye causal de nulidad del matrimonio y sólo podrán serlo aquéllas que señale el legislador.

Matrimonio Celebrado en El Salvador

Este aspecto de mi trabajo de tesis, es de mucha importancia por tratarse de la aplicación concreta de nuestra ley, por lo que considero hacer un análisis lo mejor posi-

ble de las disposiciones legales contenidas en el Código Civil, la Ley del Notariado y otras que pudieren relacionarse con las mismas. Pedagógicamente hablando, se puede esquematizar así:

- a) Matrimonio celebrado por dos Salvadoreños.
- b) Matrimonio entre Salvadoreño y Extranjero
- c) Matrimonio celebrado por dos Extranjeros
- d) Matrimonio in extremis
- e) Matrimonio por Poder.

Entendiéndose, en todo caso, que el enlace o vínculo matrimonial se efectúa en nuestro país.

Por último, es necesario aclarar:

- a) Matrimonio entre Extranjeros celebrado en otro país que no sea el nuestro.
- b) Matrimonio de Salvadoreño o de Salvadoreños y extranjeros en país extranjero.

Matrimonio celebrado por dos Salvadoreños

10.- Formalidades anteriores a la Celebración:

a) Manifestación: Tomando como base el Art. 119 C., según mi criterio, es el acto por el cual los futuros contrayentes dan a conocer al Notario o funcionario autorizante, su intención de casarse.

En nuestro medio se denomina solicitud para autorizar el matrimonio.

La persona autorizante les recibirá declaración jurada sobre la intención de contraerlo, haciéndose constar -- los nombres y apellidos, edad, estado civil, profesión u o ficio, vecindad, nacionalidad y lugar de nacimiento de cada uno de los solicitantes, los nombres y apellidos de los padres, así como su profesión y vecindad si fuesen conocidos y no tener ningún impedimento legal para contraerlo.--
Art. 119 C.

La declaración de los futuros cónyuges se hará constar en acta notarial, si el autorizante fuese Notario, firmándola éste y los interesados. Si el autorizante fuere el Gobernador o el Alcalde, generalmente, se presentará una solicitud y en base a ésta se determinará el día de la celebración del matrimonio. (En la Alcaldía Municipal de San Salvador, a los interesados solamente se les proporciona un modelo que contiene los requisitos para contraer matrimonio. El empleado o funcionario, en este caso, señalará el día del acto matrimonial). Este modelo se agrega en la página 145.

Comentamos lo anterior porque en la vida práctica presenta caracteres especiales. Así, dos personas pueden presentarse ante un Notario a solicitar en forma verbal sus servicios profesionales para que autorice el matrimonio de ellos. Lo ideal sería que el Notario explicara a los futuros esposos lo que significa tal acto con una orientación adecuada; que les dijera los requisitos exigidos por la --

ley y qué efectos produciría el matrimonio si existiese algún impedimento legal, etc.

Con todo lo dicho, el autorizante exigirá que los interesados le presenten los documentos que determina el Art. 121 C.:

Certificaciones de partidas de nacimiento o del auto en que se haga constar la edad media conforme al Art. 331 C.; si es el tutor o curador quien desea contraer matrimonio con mujer habilitada aún de edad, debe cumplir con lo prevenido en el Art. 115 C.; si uno o ambos hubiesen estado casados anteriormente, se exigirá los documentos prevenidos en el Título de Las Segundas Nupcias, quedando comprendida la viuda en las disposiciones del Art. 178C.; si uno o ambos contrayentes fueren extranjeros con menos de cinco años de residencia en el país, se exigirá además, la publicación de edictos.

Si el Notario recibiese los documentos exigidos por la ley y cerciorado de la capacidad de los contrayentes, procederá inmediatamente al matrimonio, o acordará el lugar, día y hora para la celebración: Art. 132 C. Inmediatamente levantará un acta notarial para que los interesados hagan el señalamiento del acto matrimonial, puesto que los contrayentes son quienes coordinarán toda la mecánica en cuanto a sus obligaciones sociales y económicas.

Está especialmente obligado el autorizante porque el

espíritu del legislador consiste en fomentar el matrimonio en nuestra sociedad por ser éste la base fundamental de la familia, dando así cumplimiento a las disposiciones constitucionales y a lo contenido en las leyes secundarias.

Si los futuros contrayentes no presentan los documentos respectivos, como por ejemplo, que no tiene alguno de ellos o ambos, partida de nacimiento, porque ésta no fue a sentada, se recomendará que sigan diligencias para determinar la edad media.

¿Sería nulo el matrimonio, si el Notario o funcionario autorizante contraviniera lo dispuesto en el Art. 121 C., y en el Inc. 2o. del Art. 119 C.?

No, pero el autorizante incurre en una multa de doscientos a quinientos colones.

La existencia del acta notarial (de señalamiento de lugar, día y hora para la celebración), tiene su fundamento jurídico: en ella se determina el compromiso de matrimonio y necesariamente ésta tendrá que realizarse.

En cuanto a la solicitud presentada al Gobernador o Alcalde, podemos comentar lo siguiente:

Sobre todo en la ciudad de San Salvador se ha exigido esta solicitud (sustituída por el modelo antes mencionado) por escrito debido a la demanda de muchas personas interesadas en contraer matrimonio. En tal sentido, el funciona-

rio gana tiempo y él es quien determina la fecha del acto todo sin devengar emolumento: Art. 141 C. Como ya se expresó: con esa actitud se contravienen las disposiciones constitucionales porque es preocupación del Estado fomentar el matrimonio, dando las facilidades más elementales a los -- contrayentes.

En los lugares menos poblados, casi siempre la solicitud se hace en forma verbal y así se determina la fecha en que se efectuará el acto matrimonial.

De todo lo actuado en la práctica por el Notario o -- funcionario autorizante; presentaré un ejemplo en páginas subsiguientes.

Cualquiera que sea el autorizante: Gobernador del Departamento, Notario o Alcalde Municipal, el matrimonio se celebrará en el domicilio o residencia de los contrayentes o de cualquiera de ellos si residieren en poblaciones o lugares diferentes, en todo caso, con la concurrencia de dos testigos mayores de dieciocho años, que sepan leer y escribir y a vecindados en el lugar en que se celebre. Art. 117 Inc. 1o. C.

El Inc. 2o. de la disposición legal determina que residencia es la permanencia del interesado en el término municipal con dos meses de antelación.

Los menores de edad deberán comparecer acompañados de

la persona o personas que de conformidad a la ley deban - prestar su consentimiento: Art. 119 Inc. último C.

En páginas anteriores nos hemos referido a los impedimentos, o sea, aquellas situaciones en que está prohibido el matrimonio.

Pretendiendo explicar someramente la denuncia de tales impedimentos y la resolución sobre la misma, nos ubicamos entre la manifestación e información, tomando como base los Arts. del 123 al 131 C., así:

1o.) Quién puede denunciar?

Toda persona mayor de dieciséis años: Art. 123 C.

2o.) ¿Qué puede denunciar?

Cualquier impedimento legal que afecte a los contrayentes: Arts. 123, Inc. 1o.- 127-102-103 y 104 C.

3o.) ¿Ante quién se denuncian los impedimentos?

Ante el Notario, Gobernador o Alcalde que ha de autorizar el matrimonio: Art. 123 C.

Ante cualquier Alcalde o Gobernador en los casos del Art. 120 C., el cual se refiere al extranjero; asimismo en el caso in extremis: el que está en inminente peligro de muerte: Art. 122 C.

4o.) ¿En qué tiempo debe presentarse la denuncia?

En el término señalado en los edictos o antes de su celebración o antes de asentarse la partida correspondiente en su caso: Art. 123, Inc. 2o. C., lo cual se detalla de la siguiente manera:

a) En el caso del Art. 120 C. (matrimonio de extranjero), en el término señalado en los edictos, cuando la denuncia se presenta ante cualquier Alcalde o Gobernador.

b) En el matrimonio in extremis (Art. 122 C.), dentro de los tres meses contados desde su realización, pero antes de asentarse la partida de matrimonio.

c) En cualquier tiempo antes de la celebración cuando se presenta la denuncia ante el funcionario que está conociendo como autorizante del matrimonio: Art. 123 C.

5o.) ¿Qué efectos produce la denuncia de impedimentos?

Suspende el matrimonio cuando es hecha en tiempo oportuno hasta que no fuere declarada su improcedencia o falsedad: Art. 128 C.

De acuerdo a la misma disposición legal, los contrayentes pueden ejercer el derecho de acción de calumnia si hubiere lugar conforme a las leyes. Relación: Art. 460 Pn, en relación al Art. 181 y siguientes del mismo Código.

6o.) ¿Cómo se denuncian los impedimentos:

Verbalmente o por escrito: Art. 124 C.

Si se hace en forma verbal se tomará declaración jurada al denunciante: Art. 125 Inc. 1o. C.

7o.) ¿Quién resuelve sobre la procedencia o improcedencia del impedimento?

a) El Alcalde o Gobernador autorizante.

b) El Alcalde del domicilio del contrayente denunciado. El Art. 125 C., dice: "El Alcalde competente", en el caso en que la denuncia ha sido presentada ante el Notario autorizante.

En el caso del literal a), se remiten al Alcalde o Gobernador autorizante las declaraciones juradas y escritos de denuncias de parte de cualquier Alcalde (no autorizante) que los haya recibido: Art. 125 y 126 C.

En el caso del literal b), se remiten de parte del Notario autorizante las declaraciones juradas y escritos de denuncia.

De acuerdo a la parte final del Art. 125 C., no debe remitir el expediente matrimonial sino sólo las denuncias.

8o.) ¿Cuál es el procedimiento para la declaratoria de procedencia o improcedencia del impedimento?

En el caso del Art. 120 C., transcurridos que sean -- los quince días después de la publicación de los edic

tos; y en el caso del Art. 122 C., inmediatamente después de recibirse la denuncia, el Gobernador o Alcalde autorizado agregará al expediente matrimonial las denuncias. En el caso que conoce el Alcalde del domicilio del contrayente denunciado porque el autorizante es Notario, se hará saber las denuncias a los pretendientes y a su representante legal, para que dentro de ocho días siguientes a la notificación, puedan presentar pruebas contra las denuncias. Además, el Gobernador o Alcalde practicará dentro de esos ocho días las diligencias oportunas para averiguar la verdad: Art. 129 y 130 C.

Pasados los ocho días decidirá si procede o no celebrarse el matrimonio.

b) Información: En el momento de hacer la manifestación (solicitud de matrimonio), los interesados informarán al autorizante no tener impedimentos ni prohibiciones para contraer matrimonio, que no pueden ser otros que los declarados y establecidos en los Arts. 102 - 103 y 104 C. Relación: Art. 127 y 139 C.

El Art. 139 C., determina:

"El Notario o funcionario que reciba una solicitud de matrimonio, queda autorizado para exigir de los pretendientes y de las personas de quienes éstos deban obtener su consentimiento, la información que estime conveniente a --

fin de asegurarse de la identidad de los contrayentes y de su aptitud para contraer matrimonio".

El Alcalde o Gobernador podrá practicar las diligencias prevenidas en el Art. 129, Inc. 2o. C., referente a - sobre "averiguar la verdad" del impedimento. Asimismo, en el caso de lo dispuesto en el Art. 122 C.

Si faltaren la manifestación (solicitud de matrimonio) e información, la ley no señaló nulidad del acto.

El funcionario culpable de omitir la información contenida en el Art. 122 C., incurrirá en una multa de cien a quinientos colones.

No olvidemos que si hay denuncia de impedimentos, se procederá a averiguarlos: Art. 123 C., en relación a los - Arts. 120 y 122 C.

Afirmábamos en este trabajo que los efectos jurídicos de la no presentación de los documentos contenidos en el - Art. 121 C. y lo establecido en el Inciso 2o. del Art. 119 constituyen una multa impuesta al Notario o funcionario autorizante.

2o.) Formalidades Coetáneas a su Celebración

a) Lugar, día y hora de la celebración: Cuando la persona autorizante compruebe la capacidad de los contrayentes y que éstos cumplen los requisitos que exige la ley, -

procederá inmediatamente a la celebración del matrimonio, o acordará con los interesados, el lugar, día y hora: Art. 132 C.

El Art. 133 C., expresa:

"Todos los días y horas son hábiles para la celebración del matrimonio".

Ocurre generalmente, que el matrimonio podrá celebrarse inmediatamente de rendirse la información, de acuerdo al Art. 132 C., pero ésto no sucede en la práctica.

b) Lugar en que puede celebrarse: De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico podrá celebrarse "en el domicilio o residencia de los contrayentes o de cualquiera de ellos si residieren en poblaciones diferentes.....". Art. 117, Inc. 1o. C.

c) Ceremonia propiamente tal: Su celebración se revisa de actuaciones y declaraciones sacramentales.

Antes o en el momento de redactar el acta notarial -- (de señalamiento de lugar, día y hora), y estando presentes los solicitantes, entregarán al autorizante sus respectivas partidas de nacimiento y sus Cédulas de Identidad Personal, ésto en todo caso, de acuerdo al Art. 121 C., al cual nos hemos referido en páginas anteriores.

El Notario o funcionario autorizante indicará el obje

to de la reunión. Presentes los contrayentes y los testigos procederá a dar lectura al acta de compromiso de matrimonio, antes de iniciar el acto del matrimonio. Posteriormente se leerá la escritura, la que se llevará redactada - aunque puede suceder que por circunstancias especiales la redacte el Notario en el momento mismo de la ceremonia. -- Cuando se llega a la parte de la escritura donde se citan los artículos, se dará lectura a éstos para continuar luego con la lectura de la misma.

Al respecto, el Art. 134 C., dispone que presentes -- los contrayentes y los testigos, el Notario o funcionario que deba autorizar el matrimonio procederá a dar lectura - a los artículos 97 - 98 - 99 - 102 y 103 C.

Cumplida la formalidad anterior, el autorizante interrogará a cada uno de los contrayentes en el sentido de si consienten en recibirse el uno al otro como marido y mujer y con la respuestas afirmativa de elbs, los declarará casados en nombre de la República: Art. 135 C., quedando obligados a guardarse fidelidad y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. Firman el autorizante, los interesados y los testigos, con lo cual termina el acto.

Los cónyuges podrán manifestar dentro del acto, el reconocimiento que dan ambos a los hijos procreados antes -- del matrimonio para efectos del Art. 218 C. (inc. final -- del Art. 135 C.).

El acta notarial a que hemos hecho referencia, se levanta con la finalidad de expresar el consentimiento, de comprobar la capacidad de los contrayentes, fijar lugar, día y hora para la celebración del matrimonio, y en general, con el propósito de adquirir un compromiso de matrimonio.

El Acta Notarial comienza así:

En la Ciudad (Cantón, Pueblo o Villa) de _____, a las _____ horas del día _____ de octubre de mil novecientos _____. ANTE MI: _____ Notario, del domicilio de _____, comparecen los señores _____ y _____ etc.

(El esquema no es rígido, puede variar en la redacción).

Si los padres del menor no comparecen a expresar el consentimiento, en el Acta Notarial, deberán hacerlo en instrumento autenticado y éste se tendrá a la vista en caso de que uno o ambos contrayentes sean menores de edad: parte final del Inciso 2o. del Art. 119 C.

d) Testigos de la Celebración: La falta de testigos produce inexistencia del matrimonio; y si estando presentes no son hábiles, el matrimonio es anulable.

¿Qué se entiende por testigos hábiles en materia de matrimonio?

Las personas mayores de dieciocho años, que sepan --- leer y escribir y avecindados en el lugar en que se cele--- bre: Art. 117 Ins. 1o., parte final C.

¿Y testigos hábiles?

Los determinados en el Inciso penúltimo del Art. 117 C.: dementes, ciegos, sordos, etc. Relación Art. 34, Inc. 4o. Not.

La Ley del Notariado en el Art. 32, ordinal 3o. y 5o. y en el Art. 34, constituye dos categorías o clases de -- testigos: instrumentales y los de conocimiento.

La pregunta que podría surgir es la siguiente: ¿En -- cuál de las dos categorías tendríamos que ubicar a los -- testigos que sisten el acto matrimonial?

Según opinión del Dr. Horacio Olmedo Lope, no forman parte de ninguna de las dos categorías porque son llamados específicamente testigos del matrimonio, tal como se dispone en la actual Ley Civil.

3o.) Formalidades Posteriores a la Celebración Propiamente Tal:

Su objeto es que haya una historia fidedigna del acto celebrado, que servirá como constancia y para determinar, en su caso, que ha sido efectuado conforme a derecho.

Entre estas formalidades, tenemos:

a) Acta o Escritura Pública de Matrimonio

Ya vimos que existe un acta de manifestación del matrimonio (acta de compromiso), cuando es el Notario el autorizante y la cual se verifica después que los interesados le han manifestado que han convenido en unirse en --- vínculo matrimonial, con las formalidades que exige la ley. Pero la problemática sobre la cual cuestionaremos en este apartado, la determina el Art. 136 C. y siguientes.

Para evitar cualquier tipo de confusión diremos que todo lo que se ha expreado en el momento de la ceremonia, en el acto propiamente tal en que concurren los interesados, testigos, Notario o funcionario autorizante y el respectivo Secretario de este último, se consignará en una escritura pública, si el Notario es quien autoriza el matrimonio, o en un acta o acta matrimonial, si el autorizante es el Gobernador o el Alcalde, quien asentará en un libro denominado "Libro de Actas Matrimoniales" y la cual será - firmada por los cónyuges, testigos, Notario o funcionario autorizante y su Secretario: Art. 136, Inc. 1o. C.

Prosigue el Inc. 1o. de la disposición legal anterior: un testimonio de la escritura, o un certificado del acta, en su caso, se agregarán al expediente matrimonial.

El Inc. 2o. determina que si en el acto del matrimonio, o mejor dicho, en el momento de su celebración, hubo legitimación de hijos procreados antes del mismo, "deberá

anotarse al margen de la partida de nacimiento de la persona legitimada y cuando se extienda certificación de dicha partida se incluirá en ella la anotación marginal que contenga el reconocimiento. Lo mismo se efectuará cuando la legitimación se produzca conforme lo establecido en el Art. 220 C."

¿Qué sucede si alguno de los contrayentes o testigos no supiere o no pudiese firmar la escritura pública o el acta matrimonial?

¿Será nulo el acto? ¿Incurrirá en alguna sanción el Notario o el funcionario autorizante?

Responde a esas interrogantes el Art. 136, Inc. 3o.C. así:

Si no supiere o no pudiese firmar se expresará la causa de ésto último y dejará la impresión digital del pulgar de la mano derecha o de cualquier otro dedo y si ésto no fuere posible se hará constar así, y en todo caso, firmará a ruego otra persona mayor de dieciocho años o uno de los testigos, pudiendo una sóla persona firmar por uno o ambos contrayentes. Luego, como conclusión, el acto no adolecerá de nulidad ni incurrirá en sanción alguna el autorizante.

Pero aún con todo lo explicado:

¿Cómo podría entenderse el fundamento jurídico del -

Inc. 1o. del Art. 117 C., en relación a lo dispuesto en el Inc. 3o. del Art. 136 del mismo cuerpo de leyes? ¿Habrá -- contradicción en ambas disposiciones legales?

El Art. 117, Inc. 1o., parte final refiriéndose al matrimonio, determina: que se celebrará "con la concurrencia de testigos mayores de dieciocho años, que sepan leer y es cribir y avencidados en el lugar en que se celebre". Por -- lo tanto, es requisito indispensable como consecuencia ló-- gica, que sepan firmar, pues ésta en la mayoría de los ca-- sos se constituye por el mismo nombre de la persona y en -- circunstancias especiales por simples líneas o rayas.

Pero el Inc. 3o. del Art. 136, cambia la naturaleza -- jurídica de lo dispuesto anteriormente al afirmar que si -- alguno de los testigos o ambos no supieren o no pudieren -- firmar, podrá dejar la impresión digital, o en su defecto, podrá firmar otra persona a ruego.

Según mi criterio, existe contradicción en ambas dis-- posiciones legales, aunque en la práctica, por muchos pro-- blemas sociales que viven nuestros pueblos y sobre todo -- por el alto porcentaje de analfabetos en nuestro medio, -- sea más conveniente en beneficio de la misma sociedad y -- por la importancia misma de la institución del matrimonio, aplicar el Art. 136 Inc. 3o. C., en relación al Art. 32, -- ordinal 12 de la Ley del Notariado.

La doctora Haydeé Fuentes de Gómez, asesora de esta ..

tesis, sostiene que el que no supiere, se aplica sólo a -- los contrayentes y el no pudiere, a contrayentes y testigos.

Cuando el contrayente firma distinto a como se llama -- o cuando no es concordante la firma con el nombre de la persona, por ejemplo, que firme con tres líneas, o aquéllos -- que les afea el nombre y firman de otro modo, que se llame Manuel y escriba Meme, etc., el autorizante tendrá que anotar cómo se lee la firma porque ésto lo relacionará en los rubricados.

Expedición de Testimonios

El Art. 137 C., nos indica:

"Efectuado el matrimonio se entregará a los contrayentes, testimonio de la escritura o certificación del Acta por el Notario o funcionario que lo haya autorizado, quien pondrá en las Cédulas de Identidad Personal de los cónyuges, una razón firmada y sellada en la que conste que han contraído matrimonio, el nombre y apellido de la persona -- con quien se contrajo y el lugar y fecha de su celebración"

Asimismo, el Art. 138, Inc. 1o. C., prescribe:

"Dentro de los tres días siguientes a la celebración del matrimonio, el Notario o funcionario que lo haya autorizado deberá enviar al Alcalde del lugar en que se celebró y a los Alcaldes del lugar de nacimiento de los cónyuges

ges, testimonio de la escritura o certificación del Acta; al primero, para que asiente la partida de matrimonio y a los otros, para que al margen de las partidas de nacimiento de los cónyuges, anoten una razón similar a la que se hace mención en el artículo anterior".

En la práctica, el contenido de los artículos 137 y -- 138 C., tienen las siguientes variantes, en cuanto a la expedición, así:

- 1.- Una Certificación o Testimonio para los contrayentes, según el caso.
- 2.- Una para la Alcaldía del lugar de la celebración del matrimonio, para asentar la partida de matrimonio.
- 3.- Una para la Alcaldía del lugar de nacimiento de cada uno de los cónyuges, para la respectiva marginación de las partidas de nacimiento de ellos.
- 4.- Una para el expediente matrimonial o diligencias matrimoniales, el cual se constituye de actas, partidas de nacimiento de los contrayentes y de los legitimados si los hubo; el consentimiento si no se otorgó en el acta; las segundas nupcias, si son divorciados o viudos; la resolución judicial donde se califica el disenso, cuando uno de los menores contrayentes no ha sido autorizado por los padres; en caso de que uno o ambos contrayentes no tengan partidas de nacimiento, formarían parte la resolución judicial en donde se califica la edad media; Testimonio que forma parte del legajo de a-

anexos. Ese testimonio lleva una razón que dice: este documento corresponde a la Escritura Número _____ del Libro Numero _____ de mi Protocolo que vence en la fecha _____; asimismo, la denuncia de impedimentos Art. 131 C.

Todos los documentos anteriores formarían parte de -- las diligencias matrimoniales.

- 5.- Un testimonio para la Sección del Notariado (cuando -- fue autorizado por el Notario).
- 6.- Una copia para el archivo personal del autorizante.
- 7.- Si en el acto del matrimonio hubo legitimación de hijos procreados antes del matrimonio, se remitirá a la Alcaldía Municipal del lugar de nacimiento de esos hijos, una certificación o testimonio para que se marginen las respectivas partidas de nacimiento (Art. 136, final del Inciso 2o. C.).

Cada uno de los testimonios o certificaciones que se envíe a las Alcaldías, es necesario hacerlo acompañar de un Oficio dirigido al respectivo funcionario. Un ejemplo de oficio es el siguiente:

San Salvador, 1 de septiembre 1977.

SEÑOR JEFE DEL REGISTRO CIVIL
DE LA ALCALDIA MUNICIPAL DE

Atentamente ruego a usted hacer la respectiva marginación en el asiento de la Partida de Nacimiento de _____, la cual se encuentra asentada al número _____, folio _____, que esa Alcaldía llevó durante el año de mil novecientos _____.-

Para tal efecto le remito Testimonio del Matrimonio Civil, celebrado ante mis oficios notariales.

Sirva la presente para testimoniarle las muestras de mi especial consideración y estima. DR. _____

El Notario agregará las diligencias matrimoniales en el legajo de anexos de su "Procotolo". Art. 138, Inciso Segundo C.

En Derecho Notarial, las Actas Notariales son aquella especie de instrumento público que no se agregan al Protocolo: Art. 2 Not.; la única excepción la constituyen las Actas que forman parte de las diligencias matrimoniales, las cuales se agregarán al legajo de anexos.

¿Podría celebrarse el matrimonio si uno o ambos contrayentes no presentan al autorizante su Cédula de Identidad Personal identificándose los interesados por otro medio?

Considero que sí, porque la tendencia de la Ley en Derecho de Familia, consiste en fomentar el matrimonio y no obstaculizarlo; basta cumplir con los requisitos legales del Art. 121 C., y luego buscar el medio de identificación a los interesados que asegure la legalidad del acto.

De un análisis simplista del Art. 121 C., podemos afirmar que si el contrayente presenta certificación en que se establece su edad media: ¿cómo podrá cumplirse con el requisito de identificación de la respectiva Cédula de Identidad Personal?. Es imposible e innecesario puesto que tal certificación surge en defecto de la partida de nacimiento y por lógica elemental se deduce que si no existe la última, no puede legalmente otorgarse la mencionada Cédula.

Asimismo, en el caso del menor de edad podrá autorizarse el matrimonio del varón que haya cumplido dieciséis años y la mujer catorce, luego, no se requiere de ese documento de identidad personal, pues el Art. 1 de la Ley de Cédula de Identidad Personal establece la edad requerida para obtener ese documento.

Observamos los problemas que surgen respecto de la identificación:

- 1o.) La Ley exige para la expedición de la Cédula de Identidad Personal la presentación de la respectiva partida de nacimiento.
- 2o.) El Art. 121 C., no exige entre los documentos que deben presentarse al Notario o funcionario autorizante, la Cédula de Identidad Personal, pero si la certificación de la partida de nacimiento del contrayente (---

Art. 121, Ordinal 1o. C.), certificación que puede -- ser sustituida por la del auto en que se establezca -- la edad media legal del contrayente conforme al Art. 331, del Código Civil.

3o.) El Art. 139 C., autoriza al Notario o funcionario que reciba la solicitud de matrimonio "para exigir de los pretendientes y de las personas de quienes éstos debían obtener su consentimiento la información que estime conveniente a fin de asegurarse de la identidad de los contrayentes....."

¿Qué significa esto?: que la Ley da facilidad al funcionario para identificar a los futuros esposos por medios distintos al de la Cédula, pero debiendo quedar dicho funcionario "plenamente asegurado" de esa identidad.

4o.) Lo anterior queda reforzado con el matrimonio cuyas edades oscila entre catorce y dieciocho años (mujeres) y dieciséis y dieciocho años (hombres), quienes antes de los dieciocho años no pueden obtener su Cédula de Identidad Personal. Art. 1. Inc. 1o. Ley de C. de I.P. y Art. 23 Cp.

5o.) Lo afirmado en el ordinal cuarto no exime a los contrayentes que están en la edad de obtener su Cédula de Identidad Personal, de adquirirla de inmediato, aún después del matrimonio.

6o.) El Art. 137 C., se refiere a los casos de personas -- que han cumplido dieciocho años.

En conclusión, el menor de edad no estaría obligado a presentar su Cédula de Identidad Personal porque la misma Ley le exige ese documento hasta que ha cumplido dieciocho años.

La Ley de Cédula de Identidad Personal, determina:

"La Cédula de Identidad Personal es el documento necesario y suficiente para establecer la identidad de la persona, en todos los actos públicos y privados en que la presente".

"Es obligatoria la presentación de la Cédula en los casos siguientes:

1) Para contraer matrimonio civil y para la inscripción de nacimientos y defunciones en el Registro Civil". Art. 7, - Inciso 1o. y 2o. y No. 1o.

El contenido del Art. 137 C., es relativo, puesto que sólo podría constituir la regla general, al referirnos al matrimonio, en el caso de que el contrayente tenga dieciocho años cumplidos y su partida de nacimiento; por consiguiente estaría en posibilidad de obtener su Cédula de Identidad Personal.

El Art. 137 C., da a entender que exige la presenta--

ción de la Cédula de Identidad Personal de los contrayentes como requisito indispensable de identificación, al afirmar que el autorizante "pondrá en las Cédulas de Identidad Personal de los cónyuges, una razón firmada y sellada en la que conste que han contraído matrimonio, el nombre y apellido de la persona con quien se contrajo y el lugar y fecha de su celebración". Pero debemos entender tal como lo hemos afirmado que esta disposición surte efecto para casos que determina la ley, como por ejemplo, cuando se dispone de la partida de nacimiento y habiendo cumplido dieciocho años no presente el interesado su Cédula de Identidad Personal; pero no así en el caso del menor de edad o del que presente certificación de las diligencias de edad media, incluso, el caso del extranjero, quien podría identificarse con su pasaporte: Art. 32, ord. 5o. Not., parte final; Art. 1o. Inc. 3o. del Decreto Legislativo No. 2971 de fecha 27 de noviembre de 1959, (Ley de C. de I.P.), en relación al Art. 6, Inc. 1o. del Decreto Complementario de la Ley de Cédula de Identidad Personal; además, la Ley de Cédula de Identidad Personal es arcaica, la cual fue publicada en el Diario Oficial el dos de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve.

Pareciera que lo relativo de esa disposición legal no se justifica si lo comparamos con el contenido del Art. 7, Inciso 1o. y 2o., No. 1o., L. de C. I. P.

Pero lo cierto es que prevalecerán las disposiciones

del Derecho de Familia por ser más acordes con la realidad actual y por ser más recientes: en el año de 1972, el Capítulo III y IV del Libro Primero del Código Civil, fue sustituido por el Capítulo III con la denominación "DE LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO", con importantes reformas en materia de matrimonio.

También la Ley del Notariado nos da las pautas a seguir respecto de la identificación, cuando el autorizante es Notario: Art. 32, Ord. 5o. y Art. 34, Inc. 2o. y 3o. -- Not., que dicen:

Art. 32, Ord. 5o.: "Que el Notario dé fe del conocimiento personal que tenga de los comparecientes; y en caso de que no los conozca, que haga constar en el instrumento que se cerciora de la identidad personal de aquéllos por medio de su respectiva Cédula de Identidad Personal; pasaporte o tarjeta de residencia, o cualquier otro documento de identidad, o por medio de dos testigos idóneos conocidos del Notario. En todo caso se consignarán en el instrumento el número de la Cédula de Identidad, Pasaporte, Tarjeta o documento, y los nombres y generales de los testigos de conocimiento, según el caso".

Art. 34, Inc. 2o. Not.: "Los testigos instrumentales serán dos, de uno u otro sexo, mayores de dieciocho años, conocidos del Notario y domiciliados en la República. Este último requisito no será necesario cuando el instrumento

se otorgue en el extranjero. En todo caso, los testigos deberán saber leer, escribir, hablar el idioma castellano y tener profesión u oficio".

Art. 34, Inc. 3o. Not.: "No podrán ser testigos los dementes, los ciegos, los mudos y los sordos; los condenados por delitos contra la propiedad o por falsarios; los que tengan interés conocido en el acto o contrato y el cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, del Notario o de alguno de los otorgantes".

Recientemente una comisión de Abogados Salvadoreños elaboró un Anteproyecto del Código de Familia, el cual ya fue presentado por el Ministro de Justicia a la consideración de los sectores interesados, como paso previo a su presentación a la Asamblea Legislativa.

De ser promulgado este nuevo Código, contemplará situaciones que no prevé la Ley Civil actual, las cuales comentaremos en el Capítulo correspondiente al Anteproyecto.

Problemática en relación a los documentos de identificación que exigirá la Ley al interesado en contraer matrimonio, así como se identificará y cuáles artículos se aplicarán.

A manera de Cuadro Sinóptico, planteamos los siguientes Casos: :

<p>1o.) Menor de dieciocho años con partida de nacimiento y sin Cédula de Identidad Personal.</p>	<p>No está obligado a obtener Cédula: Art. 1, L. de C. - I. P.</p> <p>Solamente presentará su -- partida de nacimiento.</p> <p>Se aplica el Art. 139 parte final C.</p> <p>No le corresponde el Art.- 137 final C.</p>
<p>2o.) Menor de dieciocho años sin partida de nacimiento y sin Cédula de Identidad Personal.</p>	<p>No es obligación que obtenga Cédula: Art. 1, L. de C. de I. P.</p> <p>Tendrá que seguir diligencias de edad media legal: Arts. 331 en relación al - 121, Ordinal 1o. C.</p> <p>Se aplica el Art. 139 final C. en relación a los - Arts. 32, ord. 5o. y 34 Incisos 2o. y 3o. Not.</p> <p>No le corresponde el Art. 137 final C.</p>
<p>3o.) Mayor de dieciocho años cumplidos sin partida de nacimiento y sin Cédula de Identidad Personal.</p>	<p>Está obligado a obtener Cédula pero aún sin este documento puede casarse.</p> <p>Debe obtener la edad media legal.</p> <p>Se le identificará de a---</p>

	<p>cuerto al Art. 139 final C. en relación con los <u>ar</u>tículos 32, Ord. 5o. y 34 Incs. 2o. y 3o. Not.</p> <p>Cómo queda en este caso - el Art. 137 parte final - C.?</p> <p>Con las diligencias de e-dad media se deduce la e-dad cronológica y puede <u>o</u>bligarse a obtener su Cédula.</p>
<p>4o.) Mayor de dieciocho años cumplidos con partida - de nacimiento y sin Cédula de Identidad <u>Pers</u>onal.</p>	<p>Debe exigírsele que <u>obten</u>ga su Cédula.</p> <p>¿Y si no la tiene podrá - casarlo?</p> <p>Entiendo que sí, pero <u>pue</u>den darse estas situaciones:</p> <p>a) Presentará su partida de nacimiento en cumpli--miento del Art. 121, Ord. 1o. C.</p> <p>b) Se le identificará <u>con</u>forme al Art. 139 parte - final C. en relación a -- los Arts. 32, Ord.5o. y 34 Incs. 2o.y 3o. Not.</p> <p>c) Se le instruirá para - que obtenga su Cédula lo más pronto posible.</p>

Del Cuadro anterior, surgen estas interrogantes:

- 1.- ¿Qué clase de documentos exigirá a los interesados?
- 2.- ¿Cómo los identificará?
- 3.- ¿Qué artículos aplicará?

¿Qué clase de papel se utilizará en las diligencias -
matrimoniales, certificaciones y testimonios del mismo?

Papel simple: Art. 140 C., en relación con el Art. 44
t 49, Inc. 4o. Ley de Notariado y 331, parte final C. y --
322, final C. y 49.

El uso de papel simple se refiere a la obligación del
autorizante de cumplir con las exigencias de los Arts. 137
y 138 C. (expedición de testimonios o certificaciones para
los fines indicados en esos artículos).

Es necesario aclarar que para diligencias posteriores
al matrimonio de cualquiera de los cónyuges, se utilizará
el papel correspondiente.

El Art. 141 C., dice que los Alcaldes y Gobernadores
no devengarán emolumentos por los matrimonios que autori--
cen, ni por las diligencias que practiquen en cumplimiento
de las disposiciones contenidas en el Código Civil. Si se
negaren sin motivo justificado incurrirán en una multa de
cien a quinientos colones que impondrá el Ministro del In-
terior, haciéndola efectiva por el procedimiento gubernati

vo: Art. 142 C. No así los Notarios, quienes devengarán honorarios convencionales, aunque la práctica nos indica que en muchos casos no existen tales honorarios puesto que influye mucho la relación de amistad con los interesados.

Recursos

Al ser notificado el interesado de toda providencia - en asuntos matrimoniales, podrá apelarse ante la autoridad superior: Art. 143 C. Si es el Alcalde quien autorizó el matrimonio, se apelará ante el Gobernador; si éste es el autorizante, se hará uso de esos derechos ante el Ministro del Interior: Art. 48, Inc. 2o., 148, Ord. 7o. y 172, Inc. 2o. Ley del Ramo Municipal. Arts. 27-28-29-30-31-32, Ord. 29o., 39-41 y 42 Ley del Regimen Político.

Si fuere el Notario el que conociere no queda más recurso que el de responsabilidad.

¿Cómo opera el Recurso de Responsabilidad en el caso del Art. 143 C.?

No hay Recurso de Responsabilidad Notarial, lo que podría decirse es que existe responsabilidad notarial y por consiguiente podrá seguirse juicio al Notario; para declarar lo inhabilitado o supeditado para el ejercicio del Notariado: Arts. 6, Ord. 6o - 7 y 8 Not.

Si existiere violación al Código Civil podría aplicarse el Art. 8 Not. que se refiere a la suspensión del Nota-

rio que por incumplimiento de sus obligaciones notariales, por negligencia o ignorancia grave, no dieron suficiente garantía en el ejercicio de sus funciones; y las demás causas de esta disposición legal.

La Ley sustantiva, en este caso, la constituyen los Arts. 6, 7 y 8 Not. El procedimiento a seguir lo contemplan los Arts. 11 y 12 Not. La sanción la establece el Art. 62 Not.

REQUISITOS LEGALES PARA CONTRAER MATRIMONIO CIVIL

NOMBRE DEL CONTRAYENTE _____ CEDULA No. _____

NOMBRE DE LA CONTRAYENTE _____ CEDULA No. _____

10.- Presentar certificación de partidas de nacimiento originales de cada uno de los contrayentes y Cédulas de Identidad Personal.

Si se tratare de personas extranjeras, presentar certificación de partidas de nacimiento originales debidamente autenticadas. Caso de estar en idioma extranjero deberá vertirse al castellano en un Juzgado de Primera Instancia de lo Civil; CARNET DE RESIDENTE O PASAPORTE.- Los contrayentes que tengan menos de cinco años de residir en El Salvador, están ineludiblemente sujetos a tres publicaciones consecutivas de EDICTOS MATRIMONIALES en el Diario Oficial y en uno de los periódicos de mayor circulación en el país y esperar quince días después de la última publicación. Cuan

do alguno de los contrayentes fuera centroamericano - de origen, residente legalmente en El Salvador, los e dictos podrán ser dispensados a prudente arbitrio del Señor Alcalde Municipal.

2o.- Caso de que se quieran legitimar los hijos, deberán - presentar las certificaciones originales de las parti das de nacimiento de éstos.

3o.- Cuando se tratara de personas DIVORCIADAS o VIUDAS, - deberán presentar certificación de partidas de DIVOR- CIO o DEFUNCION originales y JUICIO DE SEGUNDAS NUP-- CIAS en todo caso.

4o.- Las Cédulas de Identidad Personal de los contrayentes DEBERAN DE APARECER CON EL NOMBRE TAL COMO APARECE EN SU PARTIDA DE NACIMIENTO y por lo menos una de las -- mencionadas Cédulas de Identidad Personal deberá es-- tar extendida en ESTA ALCALDIA MUNICIPAL.

5o.- PRESENTAR Cédula de Identidad Personal de dos (2) tes tigos de uno u otro sexo, mayores de dieciocho años - de edad, que sepan leer y escribir y que tengan dichas Cédulas de Identidad Personal extendidas en esta Al-- caldía Municipal; y que no sean parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de cualquiera de los contrayentes (cuarto grado de -- consanguinidad son los primos hermanos y segundo de a finidad son los cuñados).

6o.- Si los contrayentes fueren menores de 21 años de edad deberán comparecer acompañados de la persona o personas que de conformidad a la Ley deban prestar su consentimiento.

7o.- Estar presente con los testigos el día y hora señalados para el matrimonio.

SIN ESTOS REQUISITOS NO PODRA EFECTUARSE EL MATRIMONIO CIVIL.

Dirección exacta del contrayente _____

Dirección exacta de la contrayente _____

NOTA:

NO SE DEVOLVERAN CERTIFICACIONES DEPARTIDAS DE NACIMIENTO; excepto las que fueren extendidas en el Extranjero.

La oficina no responde por documento alguno en solicitud de matrimonio, después de 90 días a partir de la fecha de su presentación.

SAN SALVADOR, _____ de _____

19 _____ .-

A continuación presento un modelo de cómo deberá ser redactada un Acta Notarial.

MODELO DE ACTA NOTARIAL

En la ciudad de _____, a las _____ horas del día _____ de _____ de mil novecientos _____. - ANTE MI, _____, Notario de este domicilio, comparecen: el señor _____, que firma " _____ ", de _____ años de edad, (estado civil, profesión y oficio, vecindad, nacionalidad), - nacido en _____ jurisdicción de _____, Departamento de _____, a las _____ horas del día _____ de _____ de mil novecientos _____ persona de mi conocimiento, portador de su Cédula de Identidad Personal número _____, hijo de -- los señores _____ y _____, el primero (oficio o profesión) y la segunda de (oficio o profesión), ambos vecinos de _____; y la señorita _____, que firma " _____ ", de _____ años de edad, (estado civil, profesión u oficio, vecindad, nacionalidad), nacida en _____, a las _____ horas del día _____ de _____, de mil novecientos _____, a quien conozco portadora de su Cédula de Identidad Personal número _____, hija de los señores _____ y _____, conocida -- por _____, el primero (profesión y oficio) y la segunda de (profesión u oficio), los dos vecinos de _____. A los jóvenes comparecientes se les llamará los -- contrayentes, en el curso de esta Acta Notarial, y me DI--

CEN: que declaren bajo juramento que desean contraer matrimonio civil entre sí, que no tienen ningún impedimento legal para contraerlo, y me presentan para tal efecto los documentos siguientes: a) Certificación de Partidas de Nacimiento del señor _____, expedida por el señor Alcalde Municipal de la ciudad de _____, señor _____, con fecha _____ de _____ de mil novecientos _____, asentada al número _____, páginas _____ del Libro de Partidas de Nacimiento que la Alcaldía mencionada llevó en el año de mil novecientos _____, de la que consta que el inscrito nació a las _____ horas del día _____ de _____ de mil novecientos _____, en _____ de la jurisdicción de _____, siendo hijo de _____; b) Certificación de Partida de Nacimiento de la señorita _____, expedida por el Jefe del Registro Civil de la ciudad de _____ señor _____, con fecha _____ del presente mes, asentada al número _____, página _____ del Libro de Partidas de Nacimiento de la Alcaldía Municipal de la ciudad de _____ que llevó en el año de mil novecientos _____, de la que consta que la inscrita nació a las _____, horas del día _____ de _____, de mil novecientos _____, en la ciudad de _____, siendo hija de los señores _____ y _____, Y al final de la Partida se lee lo siguiente: "AL MARGEN SE LEE:

con fecha _____ de _____ de mil novecientos -
_____, ante los oficios del señor Alcalde Municipa
pal de esta ciudad, contrajeron matrimonio civil _____
_____ con _____, habiendo legitimado a su hi-
ja _____, (Ciudad, _____, de _____
_____ de _____, de mil novecientos _____
C.A. Vega, Jefe del Registro Civil, RUBRICADA Y SELLADA";
c) Certificación del acta de matrimonio de los señores _____
_____ y _____, expedida por el Jefe
del Registro Civil de la ciudad de _____ señor
_____, con fecha diez de _____ de
mil novecientos _____.

MODELO DE ESCRITURA MATRIMONIO CIVIL

NUMERO DIECIOCHO.- En la ciudad de San Salvador, a las ---
veinte horas del día veintitrés de diciembre de mil nove---
cientos setenta y ocho.- ANTE MI, _____,
Notario de este domicilio, se otorga el siguiente instru--
mento: siendo éstos el lugar, día y hora señalados en el -
Acta Notarial otorgada en esta ciudad a las _____ horas
del día _____, del corriente año, ante mis ofi--
cios notariales, para proceder a la celebración del matri-
monio civil del señor _____, que firma "
_____" , de _____ años de edad, (estado civil, --
profesión u oficio, vec. dad), (cantón, villa o ciudad), -
Departamento de _____, a las _____ horas --

del día _____ de mil novecientos _____, a quien conozco, portador de su Cédula de Identidad Personal número _____, hijo de los señores _____ y _____, el primero (fallecido o residente en) y la segunda (profesión u oficio, vecindad) _____ y de la señorita _____, conocida por _____, quien firma " _____ ", de _____ años de edad, (profesión u oficio, estado civil, vecindad), de nacionalidad _____, nacida en la ciudad de _____ a las _____ horas y _____ minutos del día _____ de mil novecientos _____, a quien conozco, portadora de su Cédula de Identidad Personal número _____, hija de los señores _____ y _____, la primera (generales: profesión u oficio, vecindad, etc.), Estando presente los contrayentes y los testigos hábiles para este acto y de conocimiento, señoritas _____ que firma " _____ ", de _____ años de edad, (profesión u oficio), y _____, que firma " _____ " de _____ años de edad, (profesión u oficio, domicilio), portadoras de sus Cédulas de Identidad Personal números _____ y _____, respectivamente; se procede a la celebración del Matrimonio Civil ya mencionado, y para tal efecto el suscrito Notario indicó el objeto de la reunión y leyó los artículos noventa y siete, noventa y ocho, noventa y nueve, ciento dos y ciento tres del Código Civil, disposiciones que fueron oídas y entendidas por los otorgantes y testigos.

Cumplido lo anterior, el Notario autorizante interrogó frente a los testigos a cada uno de los contrayentes, en la forma siguiente:

Señor _____, ¿Queréis por esposa a la señorita _____, conocida por _____? Y contestó: SI LA QUIERO,

Señorita _____, conocida por _____, ¿Queréis por esposo al señor _____?

Y contestó: SI LO QUIERO. Incotenenti el suscrito Notario - pronunció las siguientes palabras:

EN NOMBRE DE LA REPUBLICA QUEDAIS UNIDOS SOLEMNEMENTE EN MATRIMONIO Y ESTAIS OBLIGADOS A GUARDAROS FIDELIDAD Y AYUDAROS MUTUAMENTE, EN TODAS LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA VIDA. Yo el Notario hago constar: Que me he cerciorado de la capacidad de los contrayentes para contraer Matrimonio Civil por haber tenido a la vista las certificaciones de Partidas de Nacimiento de los contrayentes, la Cédula de Identidad Personal de cada contrayente y documentos que agregaré al legajo de anexos de mi Protocolo que forman las diligencias Matrimoniales.

DOY FE: de haber explicado a los comparecientes los efectos de este instrumento y leído que les fue por mí lo escrito íntegramente, en un sólo acto, en presencia de los testigos mencionados, manifestaron su conformidad, ratifican su contenido y firmamos. DOY FE.

Entre líneas: enmendados y testados.- FIRMAS RUBRICADAS.-- Paso ante mí, del folio _____ al folio _____ del Libro

Sexto de mi Protocolo, el cual caducará el día _____ de _____ de mil novecientos setenta y _____, y expido, firmo y sello el presente testimonio, en la ciudad de San Salvador, a _____ días del mes de _____ de mil novecientos _____, para agregar al legajo de anexos de mi Protocolo las diligencias matrimoniales.

MODELO ESCRITURA MATRIMONIO CIVIL

NUMERO _____.- En la ciudad de _____, a las _____ horas del día _____ de _____ de mil novecientos _____. ANTE MI, _____, Notario del domicilio de _____, se otorga el siguiente instrumento: -- siendo éstos el lugar, día y hora señalados en el Acta Notarial otorgada en la ciudad de _____, a las _____ horas del día _____ de _____ del año en curso, ante mis oficios notariales para proceder a la celebración del matrimonio civil del señor _____, que firma -- " _____", de _____ años de edad, (generales: estado civil, profesión u oficio, vecindad, nacionalidad, lugar de nacimiento, etc.), nacido en la ciudad de _____ De departamento de _____, a las _____ horas del día _____ de _____, de mil novecientos _____, a quien no conozco pero lo identifiqué por medio de su Cédula de Identidad Personal número _____, expedida el día _____ de _____, de mil novecientos _____; hijo ilegítimo de la señora _____, de oficio _____ del domicilio de _____; y la señorita _____ conocida por _____, quien firma " _____",

de _____ años de edad, (profesión u oficio, vecindad, nacionalidad), nacida en _____, a las _____ horas del día _____ de _____ de mil novecientos _____, a quien conozco portadora de su Cédula de Identidad Personal número _____, hija de los señores _____, (Profesión) y del domicilio de _____, (profesión u oficio) y de este domicilio. Estando presentes los contrayentes y testigos hábiles para este acto y de mi conocimiento señores _____, que firma " _____ " de _____ años de edad, empleado y _____, que firma " _____ ", de _____ años de edad, ambos de este domicilio, portadores de sus Cédulas de Identidad Personal números _____ y _____, respectivamente, se procede a la celebración del matrimonio civil ya mencionado y para tal efecto el suscrito Notario les indicó el objeto de la reunión y les leyó los artículos noventa y siete, noventa y ocho, noventa y nueve, ciento dos y ciento tres del Código Civil, disposiciones que fueron oídas y entendidas por los otorgantes y testigos. Cumplido lo anterior, el Notario autorizante interrogó frente a los testigos a cada uno de los contrayentes en la forma siguiente: - ¿QUEREIS POR ESPOSA A LA SEÑORITA _____, conocida por _____? Y contestó: SI, LA QUIERO; SEÑORITA _____, conocida por _____, ¿QUEREIS POR ESPOSO AL SEÑOR _____? Y contestó: SI, LO QUIERO. Incontinenti el suscrito Notario pronunció las siguientes palabras: EN NOMBRE DE LA REPUBLICA QUEDAIS UNIDOS

SOLEMNEMENTE EN MATRIMONIO Y ESTAIS OBLIGADOS A GUARDAROS -
FIDELIDAD Y AYUDA EN TODAS LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA VIDA.--

En este estado los contrayentes manifiestan que han procrea
do a sus dos menores hijas: _____ y _____,
ambas de apellido _____, de _____ años y _____ meses
de edad, respectivamente, a quienes por este acto legitiman.
Yo el Notario hago constar: que me he cerciorado de la capa
cidad de los contrayentes para contraer matrimonio civil, -
haber tenido a la vista: a) Las Cédulas de Identidad Perso-
nal ya relacionadas; b) Certificaciones de las Partidas de
Nacimiento de los contrayentes; c) Certificación de la Sen-
tencia pronunciada en las Diligencias de Segundas Nupcias -
del señor _____; d) Certificación de la Partida
de Nacimiento de la menor _____, inscrita al nú-
mero _____, del Libro _____, de folios _____,
que la Alcaldía de _____ llevó en el año de mil nove-
cientos _____; y e) Certificación de la Partida de naci-
miento de la menor _____, inscrita al número _____
del Libro _____ de folios _____, que la Alcaldía -
Municipal de _____, lleva en el corriente año, docu-
mentos que forman las Diligencias Matrimoniales y que agre-
garé al legajo de anexos de mi Protocolo. Doy fe, de haber
explicado a los comparecientes los efectos legales de este
instrumento y leído que les fue por mí lo escrito íntegra--
mente, en un sólo acto en presencia de los testigos ya men-
cionados manifestaron su conformidad, ratifican su concenido
y firmamos. DOY FE.

Cuál es el objeto de la Escritura de Matrimonio, del Acta Matrimonial y su inscripción?: Probar la celebración del matrimonio.

¿Si faltaren esos medios probatorios por alguna circunstancia especial? Se podrá probar por otros medios que suplen la falta: documentos auténticos, posesión notoria del estado civil, declaración de testigos que hayan presenciado el estado civil de que se trata: Arts. 326-327-329-330-1570 C.; 967 Pr.

"Puede suceder que falte la escritura o el acta matrimonial, en su caso, por haberse perdido, o que falte la inscripción de la correspondiente partida de matrimonio; que falten las firmas (o huellas, etc.), en la escritura o acta de matrimonio:

- a) por olvido;
- b) por negarse a firmar;
- c) por muerte antes de firmar.

Aquí podría plantearse más que una cuestión de prueba una celebración efectiva del matrimonio o de consentimiento viciado.

La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Santiago de Chile establece dos corrientes en relación al valor probatorio de las declaraciones de las partes sobre su domicilio, formuladas en la manifestación:

Primera Corriente:

"Las declaraciones de los contrayentes en esas actas, en relación con su domicilio a la fecha de la celebración del matrimonio, hacen plena fe en su contra, siendo inaceptable que la verdad de esas declaraciones pueda desvirtuarse más tarde mediante prueba testimonial" (1)..

Sucede generalmente, que los cónyuges o alguno de ellos deciden disolver el vínculo matrimonial y dado que en Chile rige el sistema de indisolubilidad del matrimonio, se ha buscado una solución a tal situación en la acción de nulidad.

Así, mediante prueba falsa de testigos, se ha tratado de comprobar en el juicio de nulidad la incompetencia del funcionario autorizante que intervino en la celebración, pues ninguno de los cónyuges había tenido el domicilio o residencia exigidos por la Ley.

Los primeros fallos resolvieron que era indestructible lo acreditado en los documentos respectivos; las actas de manifestación y celebración del matrimonio tienen el carácter de instrumentos públicos y luego hacen plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, y, además, hacen plena fe contra los declarantes respecto de la verdad de las declaraciones que ellos hubieren formulado. (2)

(1) Cita de FUEYO LANERI. Pág.131, Corte de Concepción, 12 de noviembre/1912. Revista. Tomo 10, Sección 2 Pág.40

(2) FUEYO LANERI. Cita aplic.de la letra Art. 1700 Chileno. (1571 Cód.Civ.Salv.)que establece mérito probatorio del instrumento público en general.

En concordancia con esta posición doctrinaria, el Art. 1571 de nuestro Código Civil, determina al respecto:

"El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes".

"Las obligaciones y descargos contenidos en él hacen -- plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieren dichas obligaciones y descargos por título universal o singular".

Segunda Corriente:

Esta corriente tiene el apoyo casi unánime de la doctrina, reaccionando contra la inexpunabilidad de los hechos de que da cuenta un instrumento público.

Los sostenedores de esta tesis afirman que lo expuesto en el acta matrimonial no puede tenerse como prueba concluyente, ni lo que consigne la respectiva partida que justifica su celebración, en lo referente al verdadero domicilio de los contrayentes.

Por consiguiente, esos instrumentos no garantizan la veracidad de las declaraciones de los contrayentes, pudiendo ser imputados o contradichos, entre otras maneras, con prueba testimonial que acredite, en el juicio el verdadero

domicilio de los contrayentes. Esto es lo que sostienen los artículos 324 y 325 C.:

Art. 324 C.: "Podrán rechazarse los antedichos documentos, aún cuando conste su autenticidad y pureza, probando la no identidad personal, ésto es, el hecho de no ser una misma la persona a que el documento se refiere y la persona a quien se pretenda aplicar".

Art. 325 C.: "Los antedichos documentos atestiguan la declaración hecha por los contrayentes de matrimonio, por los padres, u otras personas en los respectivos casos; pero no garantizan la veracidad de esta declaración en ninguna de sus partes".

"Podrán, pues, impugnarse haciendo constar que fue falsa la declaración en el punto de que se trata".

Con esta segunda posición el vínculo se convierte en disoluble con la técnica interpretativa del Art. 325 C.

Inscripción:

Después de levantada y firmada el acta de celebración, la persona competente para autorizarlo procederá a la inscripción del matrimonio en los Libros del Registro Civil, en la forma en que prescribe la Ley: Art. 138 C.

Con la certificación de la partida de matrimonio se prueba el estado civil de casados: Art. 322 C., en relación al 138 C.

c) Certificación de Partida de Matrimonio

Es la reproducción fidedigna de la inscripción original encontrándose ésta en el Archivo del Registro Civil de la -- respectiva Alcaldía Municipal.

Esa certificación es una especie de instrumento público según lo determina el Art. 1570, Inc. 1o. C., aunque la terminología de esta disposición legal ha sido tácitamente derogada por la Ley del Notariado en el Art. 2.

Matrimonio del Extranjero celebrado en El Salvador:

a) Entre Salvadoreño y Extranjero

Si el extranjero tuviere menos de cinco años de residencia en el país, solamente podrá celebrarse el matrimonio ante el Gobernador o Alcalde competente: Art. 120, parte primera C.

De lo anterior pueden surgir estas interrogantes:

1a.) Por qué razón el legislador no dispuso de cuatro, seis o diez años?

Será antojadiza esa disposición de menos de cinco años de residencia?

Lo cierto es que la Ley secundaria entra en concordancia con el principio constitucional contenido en el Art. 13 No. 5o. de nuestra Carta Magna en relación al Ord. 3o. de la misma disposición.

2a.) Cuál podría ser la causa o motivo para excluir al Notario como autorizante en el artículo 120 C.?

Se sobreentiende que el Gobernador o Alcalde como funcionarios públicos disponen de todos los medios necesarios para investigar sobre el estado civil del extranjero, evitando en tal forma que éste se burle de la buena fe del cónyuge salvadoreño. Una de las medidas es la publicación de edictos del extranjero para comprobar su identidad y estado civil. Art. 120 C., en relación al Art. 119, Inc. 1o. C.

b) De dos Extranjeros

Al respecto se pueden distinguir tres situaciones:

1a.) Extranjero naturalizado como salvadoreño

En este caso, no cabe la posibilidad de aplicar el --- Art. 120 porque esta persona ya es salvadoreño y no extranjero.

2a.) Extranjero no naturalizado en El Salvador

Podría aplicarse el Art. 120 C.

3a.) Salvadoreño naturalizado en el extranjero

Es considerado extranjero y mientras no renuncie a esa nacionalidad y desee contraer matrimonio en El Salvador, se le aplicará el Art. 120 C.

El Art. 120 C., en alguna forma se relaciona con el --

Art. 13, ordinal Tercero de nuestra Constitución Política.

Según el Art. 120 C., previamente a la celebración del matrimonio, se publicarán edictos por tres veces consecutivas en el Diario Oficial y en otro de mayor circulación en el país, con el propósito que las personas que conozcan algún impedimento legal de los contrayentes lo denuncien.

Solamente en el caso del Art. 120 C., si transcurridos seis meses de publicados los edictos, no fuere celebrado el matrimonio, no podrá autorizarse si no se cumplieren nuevamente los requisitos.

Dispensa de Edictos a los Centroamericanos:

Tratándose de contrayente centroamericano de origen -- con residencia autorizada por el funcionario competente, podrá el Gobernador o Alcalde a su prudente arbitrio, dispensar la publicación de edictos: Art. 120, Inc. penúltimo C.- Esta disposición se relaciona con el Art. 10 de la Constitución Política el cual sostiene que El Salvador forma parte de la Nación Centroamericana y está obligado a la reconstrucción total o parcial de la República de Centroamérica.

c) Matrimonio in extremis: (del que se encuentra en inminente peligro de muerte).

En este caso puede omitirse la presentación de los documentos mencionados en el Art. 121 C. Los Gobernadores o Alcaldes pueden autorizar este matrimonio, siempre y cuando

se dé el consentimiento de los contrayentes y que no exista en forma evidente impedimento alguno: Art. 122 C.

Este matrimonio se entenderá condicional, pues tendrá la calidad de definitivo de acuerdo al resultado de la información que posteriormente de oficio o a solicitud de parte siga el funcionario que lo autorizó si no existen impedimentos.

La información debe concluirse en el término de tres meses desde la fecha en que se verificó el acto; so pena de incurrir el funcionario culpable, en una multa de cien a quinientos colones: Art. 122 C.

¿Qué efecto tiene el matrimonio in extremis, si uno de los cónyuges fallece antes de estar terminada la información?

¿En qué momento quedan casados?

- 1) En el momento del acto matrimonial;
- 2) En el momento en que se pruebe la inexistencia de impedimentos.

Es matrimonio condicional. ¿Qué clase de condición es?

La doctora Haydeé Fuentes de Gómez opina que se trata de condición resolutoria y desde ese punto de vista produce efecto desde el momento de la celebración; pero esos efectos quedan sin valor si seguida la información se comprobó la existencia de impedimentos.

Para otros, ese matrimonio no produce efecto alguno si no hasta cumplida la condición suspensiva de no comprobarse a través de la información, existencia de impedimentos. En ese caso, de no haber impedimentos, se perfecciona y produce efectos retroactivos desde la fecha de la celebración.

Utilizamos como recurso dos esquemas para explicar el contenido de la condición resolutoria y la condición suspensiva.

a) Primero de enero	Tres de enero	Treinta de abril
(contraen matrimonio)	(fallece el esposo)	(Concluye la información)
_____	+	_____
b) Primero de enero	Tres de enero	Treinta de abril
(contraen matrimonio)	(fallece el esposo)	(Concluye la información)
_____	+	_____

En el primer caso, la viuda puede aceptar herencia de inmediato al ocurrir la muerte del esposo (o sea el cuatro de enero); pero si concluida la información (treinta de --- abril) se comprueba que hubo impedimento, es nulo todo lo actuado en el ejercicio de su estado civil de casado.

Si tomamos la segunda tesis, la situación es distinta; la viuda no podrá ejercer los derechos de casada sino hasta concluir la información, resultándole ésta favorable, es decir, que se comprobó la inexistencia de impedimentos.

Para concluir con el matrimonio in extremis, se pregunta:

¿Y si los dos novios están en inminente peligro de ---
muerte?

La doctora Haydeé Fuentes de Gómez opina que se puede realizar el matrimonio, situación de la cual comparto.

e) Matrimonio por Poder:

El matrimonio por poder es excepcional, tanto en la --
práctica como para el derecho.

Consiste en el mandato que para su celebración se dá -
a un tercero por ausencia lejana de alguno de los contrayentes. Como por ejemplo, que un salvadoreño se encuentre en -
Argentina en calidad de becario por un lapso de cinco años
y por razones especiales no pueda viajar a El Salvador a cumplir
con el compromiso que había adquirido con su novia de
estar presente en el momento de la celebración. En tal si--
tuación dará poder especial a una persona de su entera con-
fianza para que lo represente en el momento del acto matri-
monial.

Se exige poder especial porque no basta cláusula espe-
cial dentro de un poder general.

Después de definir esta clase de matrimonio, podría --
surgir esta interrogante:

¿Y si ambos contrayentes están en el extranjero y en -
países distintos?

Procede el matrimonio, pues nuestra legislación positiva no es concordante con el aspecto doctrinario que hace referencia a la ausencia lejana de alguno de los contrayentes.

Al respecto, el Art. 118 C., nos informa:

"El matrimonio podrá celebrarse por medio de apoderado con poder especial que deberá expresar: los nombres y apellidos, edad, estado civil, profesión u oficio, vecindad y nacionalidad de la persona con quien el poderdante lo haya de celebrar".

Desde el punto de vista social y de las costumbres hay diversidad de opiniones y para algunos no se considera apropiado el matrimonio por poder.

En cuanto al aspecto legal, se presentan algunos problemas como el originado por la no supervivencia del poderdante al tiempo de la celebración, la revocación del poder por llegar tarde a la celebración o por no presentarse, etc.

La palabra "actual" del Código de 1860, significa que no admite ni término ni condición, puesto que hay seguridad únicamente con la presencia personal del interesado en el acto.

¿Y si el novio que dio el poder desistió del acto y no pudo hacer llegar su desistimiento? Si desiste y se descono

ce tal actitud, procede el matrimonio siempre que el autorizante considere que se cumplen los requisitos que exige la Ley.

¿Qué sucede con la revocación de un poder que llegó -- tarde (después de la celebración)? Por ejemplo:

Primero de enero: Dá poder para que lo case el treinta de enero con X.

Quince de enero: Se arrepiente, revoca el poder y manda la revocatoria.

Treinta y uno de enero: Se recibió (tarde) la revocatoria.

¿Hay o no hay matrimonio?

Y si no se revocó el poder pero el poderdante ya no -- quiere casarse y le habla por teléfono a su apoderado di---ciéndole tal cosa, pero el apoderado lo casa?: Habría ausencia de consentimiento, pero es necesario probarlo. Por con--siguiente sería anulable.

El Art. 118 C., determina que el poder debe ser espe--cial y ésto es así porque se otorgará para la celebración - de un determinado matrimonio entre personas individualiza--das y porque se dá en favor de un mandatario dado; además, debe ser solemne: otorgarse por escritura pública y conte--ner determinadas menciones. Arts. 2 y 32 Ley del Notariado. Relacionada Art. 117 C.

Por último, supongamos que en el poder otorgado se di-

ce que desea contraer matrimonio con María Pérez, maestra, de veinte años de edad; pero sucede que la cónyuge manifiesta que ciertamente su nombre es María Pérez, pero de profesión enfermera y de treinta años de edad.

¿Debe o no debe casarlo el apoderado?

Si aplicamos el Art. 118 C., no podría celebrarse el acto pues el poder debe ser concordante en cuanto a nombres y apellidos, edad, estado civil, profesión u oficio, etc.

En el extranjero pueden casarse:

- a) Dos extranjeros, en conformidad a las leyes de ese país extranjero: Art. 116, Inc. 1o. C.
- b) Dos salvadoreños, en conformidad a las leyes de ese país extranjero o a las leyes salvadoreñas: Art. 116, Inc. -- 2o. C.
- c) Un salvadoreño y un extranjero, en conformidad a las leyes de ese país extranjero o a las leyes salvadoreñas: - Art. 116, Inc. 2o. C.

El Art. 116, Inc. 1o. C., contiene que:

"El matrimonio celebrado en país extranjero en conformidad a las leyes del mismo país, o a las leyes salvadoreñas, producirá en El Salvador los mismos efectos civiles, - que si se hubiese celebrado en territorio salvadoreño".

Esta situación no tiene mayor relevancia en nuestro tema de estudio.

Los artículos 116, 1021 C y el 261 Pr. se relacionan con el artículo 17 del Código Civil.

Rige el principio "lex locus regit actum": la Ley del lugar rige el acto y éste es válido si se ha conformado a esa Ley, incluso para que produzca efecto en El Salvador.--- Art. 17 C.

Según este principio, podría valer en nuestro país el matrimonio consensual celebrado en el extranjero, si en tal país se admite esa forma de perfeccionamiento.

Como se ha dicho, la ley del lugar rige el acto; sin embargo, el Código de Bustamante en su Art. 41 prescribe que "los Estados cuya legislación exija una ceremonia religiosa podrán negar validez a los matrimonios contraídos por sus nacionales en el extranjero, sin observar esa forma", con lo que se establece una excepción al principio "lex locus regit actum", pero únicamente de los nacionales que se casan en el extranjero, mencionados en esa disposición legal.

El inciso 2o. del Art. 116 C., dice:

"Sin embargo, si un salvadoreño o salvadoreña contraje re matrimonio en país extranjero, contraviniendo de algún modo a las leyes salvadoreñas, la contravención producirá en El Salvador, los mismos efectos que si se hubiese cometido en El Salvador".

Esa disposición advierte que los impedimentos dirimen-

tes, ya sean absolutos o relativos, deben ser respetados -- por los salvadoreños que se unan por vínculo matrimonial en el extranjero, y de no hacerlo, la sanción será la de nulidad del acto, tal como si se hubiere infringido esa norma -- al celebrarse en El Salvador. Al respecto, el Art. 15 del -- Código Civil, el cual se refiere al estatuto personal (le-- yes personales), prescribe:

"A las leyes patrias que arreglan las obligaciones y -- derechos civiles, permanecerán sujetos los salvadoreños, no obstante su residencia o domicilio en país extranjero:

1o.- En lo relativo al estado de las personas y a su capacidad para ejecutar ciertos actos, que hayan de tener efecto en El Salvador;

2o.- En las obligaciones y derechos que nacen de las rela-- ciones de familia; pero sólo respecto de sus cónyuges y pa-- rientes salvadoreños".

Luis Claro Solar sostiene que debe incluirse toda clase de impedimentos, posición contraria a la de Manuel Somarriva, quien es del criterio que solamente pueden tener cabida los dirimentes.

Además, el Código de Bustamante en el Art. 36 expresa que los contrayentes "estarán sujetos a su ley personal en todo lo que se refiere a.....impedimentos", por lo tanto en el análisis de la disposición legal: Art. 116 C., y sus re-

laciones, debe entenderse comprendidos los impedimentos dirimentes e impedimentos impeditivos.

CAPITULO TERCERO

IV.-COMENTARIOS AL ANTEPROYECTO DEL CODIGO DE FAMILIA

En este Capítulo se pretende comparar algunos aspectos de las instituciones familiares en la actual legislación -- con las proyecciones jurídicas del nuevo Código, concretamente en lo referente a nuestro tema de tesis.

El objeto del nuevo Código de Familia, será actualizar las instituciones familiares, ponerlas acorde a la realidad que la sociedad salvadoreña necesita, proteger especialmente a la familia, por ser ésta, la base fundamental de la sociedad y del Estado, así como regular jurídicamente esas -- instituciones: Art. 1, Anteproyecto.

El matrimonio y demás instituciones del Derecho de Familia, está siendo objeto de estudio por juristas salvadoreños especialistas en la materia, con el propósito de elaborar un documento de observaciones al proyecto denominado -- "CODIGO DE FAMILIA".

Los Titulares del Ministerio de Justicia entregaron en el mes de agosto del corriente año, ejemplares del Anteproyecto a las entidades y profesionales vinculados con las actividades jurídicas de la familia, la juventud y la infan--

cia para que después de su análisis emitan las observaciones correspondientes.

Se consideró importante oír la opinión de los sectores interesados, pues cuando se presente el Anteproyecto a consideración de la Asamblea Legislativa, se presume, será un instrumento jurídico que reúna las experiencias y necesidades de la sociedad salvadoreña.

Una de las finalidades del Anteproyecto es que se dé cumplimiento a los preceptos constitucionales de los Arts. 179 y 180. Al respecto el Art. 6 del proyectado instrumento jurídico, determina:

"El matrimonio es el fundamento legal de la familia y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges....".

Los principios fundamentales de ese nuevo Código serán entre otros, procurar la unidad familiar, igualdad jurídica de los cónyuges y la protección e interés por los menores: Art. 2, Anteproyecto.

Las normas del Derecho de Familia son de orden público y los derechos establecidos son irrenunciables: Art. 3, Anteproyecto.

El primer Anteproyecto del Código de Familia fue redactado por una comisión de la que participó el Dr. Mauricio Guzmán.

Encontrándonos dentro del Año Internacional del Niño, es una aspiración el que como un aporte a las acciones concretas en favor del niño y de la familia, se promulgue dicho Código en mil novecientos setenta y nueve.

Algunas de las Innovaciones:

El Anteproyecto consta de 421 artículos divididos en diecisiete Títulos y comprende las siguientes Instituciones del Derecho de Familia:

a) Matrimonio: Disposiciones Generales; Incapacidades para contraer Matrimonio; Matrimonio de los Menores de Edad; Diligencias Previas a la Celebración del Matrimonio; Denuncia de Impedimentos; Celebración del Matrimonio; Segundas Nupcias y Matrimonio Celebrado en País Extranjero; Efectos del Matrimonio; Derechos y Obligaciones entre los Cónyuges; Uniones Voluntarias de Familia; Disolución del Matrimonio y Nulidad del Matrimonio.

b) Divorcio: La Acción de Divorcio; Sentencia de Divorcio; Efectos de la Sentencia de Divorcio y Matrimonio Disuelto en País Extranjero.

c) Filiación Matrimonial: Hijos de Matrimonio; Filiación de los Hijos Adquirida por Matrimonio Posterior de los Padres.

d) Impugnación de la Paternidad.

e) Filiación Extramatrimonial: Reconocimiento Voluntario; -

Investigación de la Paternidad; Impugnación del Reconocimiento; Impugnación de la Maternidad.

f) Filiación Adoptiva: Generalidades; Procedimiento Administrativo; Solemnidades; Efectos de la Adopción; Nulidad, Revocación y Terminación de la Adopción; Adopción Plena; Adopción por Extranjeros.

g) Patria Potestad: Generalidades; Deberes y Derechos que emanan de las Relaciones de tipo Personal; Deberes y Derechos de las Relaciones de Tipo Matrimonial; De la Suspensión y Terminación de la Patria Potestad.

h) Habilitación de Edad.

i) Asistencia Familiar.

j) El Estado Civil: Disposiciones Preliminares; Registro del Estado Civil; Registro de Nacimientos; Registro de Matrimonios; Registro de Divorcios; Registro de Adopciones; Registro de Defunciones; Prueba del Estado Civil.

k) Tutelas: Generalidades; Nombramiento de Tutor; Ejercicio de la Tutela; Terminación de la Tutela.

l) Curadurías: Clases de Curadurías; General, de Bienes, Adjunta; Disposiciones Comunes a las Tutelas y Curadurías; Administración de los Bienes Pupilares; Incapacidades; Excusas; Remuneración de los Tutores y Curadores; Remoción de los Tutores y Curadores; Registro de Tutelas y Curadurías.

m) Título Final.

El Anteproyecto previene situaciones que el actual Có
digo Civil no contempla por ser producto éste de una época
antigua. Aún con las reformas introducidas en sus institu-
ciones como el Derecho de Representación, Patria Potestad,
Matrimonio, etc., sigue siendo arcaico en lo concerniente
al Derecho de Familia en general.

El Art. 4 del Anteproyecto, define la palabra matrimon
io, al expresar "que es un acto jurídico solemne e insti-
tucional, por el que un hombre y una mujer se unen con el
fin de procrear....". Relación Art. 97 C.

El Art. 5 del mismo instrumento jurídico, se refiere
al "libre y mútuo consentimiento" de los contrayentes y del
termina el funcionario competente para autorizar el matri-
monio. Relación Art. 117, Inc. 1o. y 97 C.: Art. 8, Ante-
proyecto.

El Art. 12 del Anteproyecto incluye como incapacidad
para contraer matrimonio "el adoptante con el hijo adopti-
vo", con lo cual se adiciona el Art. 103 C.; pero este im-
pedimento existe en el Art. 27 de la actual Ley de Adop-
ción.

En cuanto al consentimiento, el Art. 13 del Antepro-
yecto, incluye al Procurador General de Pobres, cuando se
trate de menores de edad que pretendan contraer matrimonio.
Relación Art. 107 C.

Surgirá un nuevo funcionario "Juez de Familia": Art.

15 del Anteproyecto, y asimismo, surgirán desde luego los "Tribunales de Familia", sustituyendo al "Juez de Primera Instancia" del Art. 112 C.

El Art. 10 del Anteproyecto entra en armonía con el Art. 98 C.

Otras situaciones jurídicas nuevas son: la mujer divorciada podrá casarse antes de los trescientos días posteriores a su anterior matrimonio (se señalan ciento ochenta días), siempre que demuestre con certificado médico que no está embarazada: Art. 51, Anteproyecto.

Entre las causales de divorcio se agrega la drogadicción y reforma de otras en el Art. 79, Anteproyecto en relación al Art. 45 y 48 C.

El menaje de la casa (muebles, utensilios, etc.), quedará bajo la competencia del "Juez de Familia", para decidir a quién de los convivientes pertenecerá en caso de divorcio o separación: Art. 90, Ord. 6o., Anteproyecto.

Dentro de las instituciones del Derecho de Familia ha sido revisada y sustituida la clasificación de los hijos legítimos: Art. 193 y sigs. C.; hijos ilegítimos: Art. 287 y siguientes C.; hijos naturales: Art. 279 y sigs. C., quedando dos grupos: hijos nacidos dentro del matrimonio e hijos nacidos fuera del matrimonio: Arts. 98 y 115, Anteproyecto.

Se establece como prueba suficiente la científica res-

pecto de los hijos cuya paternidad sea dudosa: Art. 98 y sigs. Anteproyecto; la inseminación artificial de la mujer con esperma del marido o de un tercero con el consentimiento de los convivientes, equivaldrá a la cohabitación natural para los efectos de reconocimiento y filiación: Art. 101, Anteproyecto; se podrá reconocer a los hijos antes de nacer: Art. 119, Anteproyecto; la adopción la podrán efectuar personas mayores de veinticinco años y no hasta los treinta y cinco como lo establece la legislación actual: Art. 132, Anteproyecto en relación del Art. 3, literal a), de la Ley de Adopción; habrá dos clases de adopción: la simple y la plena: Arts. 131 y 170, Anteproyecto. La adopción plena es aquélla en que el adoptado adquiere los derechos y deberes del hijo consanguíneo.

Así, el nuevo Código de Familia llenará una serie de vacíos que desde hace mucho tiempo se hacían sentir en esa legislación.

Para la elaboración del Anteproyecto se ha consultado la doctrina moderna del Derecho de Familia y las legislaciones que en esta década se han dado en algunos países de América, tomando como punto central la realidad de nuestro país.

El Anteproyecto agrupa las tradicionales instituciones de familia contenidas en el Código Civil en el Libro Primero: Matrimonio, Divorcio, Filiación, Patria Potestad,

Asistencia Familiar, Tutelar, etc., y las establecidas en leyes especiales, como por ejemplo, en la Ley de Adopción.

En el Código de Familia quedarán bien reforzados los derechos de los hijos con sus naturales diferencias, como por ejemplo, de que dentro del matrimonio existe la presunción de la paternidad, siempre que se den los requisitos legales: Art. 98 y sigs. Anteproyecto.

La Patria Potestad deja de ser un derecho de los padres (Art. 252 C.), y se convierte en una obligación de guarda y cuidado de los hijos y en tal sentido se suprime el derecho de usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos.

En relación a la "ASISTENCIA FAMILIAR", la demanda de alimentos puede anotarse preventivamente en el Registro de la Propiedad: Art. 236, Anteproyecto; el objeto de la anotación de los inmuebles del demandado es evitar que éste los traspase a manera de burlar sus obligaciones a su prole. El Juez podrá decretar el secuestro de los bienes muebles del demandado para garantizar el pago de los alimentos.

Por supuesto que para la correcta aplicación del Derecho Sustantivo, funcionarán Tribunales Especiales con Jueces expertos en el área "JUECES DE FAMILIA", con Procedimientos Especiales.

El Juez tendrá facultades para fijar el porcentaje de las cuotas alimenticias, sin respetar la escala de descuentos que señala el Código de Trabajo, pero sí considerando los ingresos del obligado y las necesidades del que las recibirá.

El Anteproyecto regula jurídicamente las uniones voluntarias de familia, o sea, la condición de hombre y mujer que viven juntos sin estar casados. A esta regulación legal, otras legislaciones le llaman "MATRIMONIO DE HECHO" para lo cual se establecen requisitos bien definidos.

El Art. 63 del Anteproyecto alude a las Uniones Voluntarias y determina las formas en que pueden regularse.

CAPITULO CUARTO

V.- CONCLUSIONES

El Derecho de Familia presenta caracteres muy peculiares por su naturaleza moral y ética, más que jurídica de sus normas; por la subordinación de las relaciones patrimoniales a las de índole personal y porque el interés social priva sobre el interés individual.

Los principios que constituye derechos y obligaciones en la familia, generalmente son de orden público, o sea, imperativos, inderogables y limitativos del principio de la autonomía de la voluntad.

La relación puede originarse en la voluntad de los individuos: matrimonio, adopción, por ejemplo, pero en la ley se establece su regulación independientemente de la voluntad que le dió vida y los autores de dicha voluntad no pueden modificar el estatuto legal, si no de manera excepcional y restringida. Para el caso, nuestro Código Civil determina los derechos y obligaciones de los cónyuges, los atributos de la Patria Potestad, los efectos que produce el reconocimiento del hijo natural, etc. Disposiciones legales al respecto, son los artículos 182-184-252-280 C.

Por excepción se deja actuar la autonomía de la voluntad, cuando se considera que no se lesiona el interés general, como cuando se estipula la separación de bienes: Art. 185 C.

La liberalidad de que goza el hijo de los bienes donados o asignados, con la condición de que el padre o madre no usufructúen o administren: Art. 255 C.

Los derechos de familia generan relaciones de igualdad dependencia y subordinación. Ejemplo:

"El matrimonio es el fundamento legal de la familia y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges": Art. 179 Inc. 1o. C.P.

Sin embargo, todavía existen disposiciones legales que señalan cierta desigualdad jurídica de los cónyuges. Ejem--

plos: el adulterio como causal de divorcio: Art. 145, Ordinales 2o. y 3o. C. En lo relativo al derecho de los padres para nombrar guardador testamentario a sus hijos: Arts. -- 374 y 378 C.

El Art. 252, Inc. 1o. C., al referirse a la Patria Potestad, nos indica subordinación y dependencia de los hijos frente a sus padres, siguiendo un concepto tradicionalista que está fuera de la concepción moderna en que la -- "Patria Potestad", más que derecho de los padres es "conjunto de obligaciones de éstos para con los hijos".

Los derechos familiares se caracterizan por ser generalmente recíprocos, o lo que significa que los cónyuges -- estarán obligados a socorrerse y ayudarse mutuamente.....: Art. 182 C.; no obstante, esa reciprocidad falta en ciertas circunstancias. Ejemplos: el padre adoptante no es heredero ab-intestado en la sucesión del hijo adoptivo y éste si lo es en la sucesión de aquél (Art. 24 Ley de Adopción); el padre natural sólo es heredero intestado de su -- hijo natural cuando lo reconoció voluntariamente; en cambio, el hijo natural siempre es heredero intestado en la -- sucesión del padre natural: Art.988, Ordinal 2o. C.

Generalmente los Derechos de Familia son intransferibles, intransmisibles e irrenunciables. El derecho de alimentos es intransferible o irrenunciable: Art. 352 C.; no se concibe que el padre ceda su Potestad Paterna o los de-

rechos que importa, como el usufructo legal, que por lo mismo, es inembargable: Arts. 255-256 y 257 C.

También en cuanto a lo irrenunciable de los Derechos de Familia se dice que se justifica porque no miran el interés particular del renunciante, sino que satisfacen un interés superior; no se puede renunciar el derecho de pedir el divorcio, relacionarlo con el Art. 12 C.

Los actos de familia no admiten modalidades; el matrimonio no admite plazo o condición.

El matrimonio produce efectos jurídicos entre los cónyuges, y a su vez de éstos frente a sus descendientes y a los cónyuges con sus respectivas familias.

Las relaciones entre los cónyuges pueden ser de dos categorías: personales o patrimoniales. Las primeras comprenden los derechos y obligaciones comunes entre ellos, vida en común, fidelidad, ayuda mútua y socorro. En las relaciones patrimoniales, cada cónyuge conservará la libre administración de los bienes que tenía antes de contraer el matrimonio; asimismo, de acuerdo a nuestra legislación podrán contratar entre sí. Arts. 182-183-184-186-189 C.

Por otra parte, el matrimonio da lugar a la filiación legítima (Arts. 193-214- y 34 C.).

Como conclusión puede señalarse también que el matri-

monio se disuelve por la muerte natural de uno de los cónyuges y por la sentencia ejecutoriada de divorcio. (Art. - 169 C.).

Asimismo, como efecto de la vida en familia, surgen - tres clases de parentesco: por Consanguinidad, Afinidad y Adopción. (Arts. 28-29-30-31-32-35-36-37 C.; 1-2-20 Ley de Adopción.).

Una observación importante sobre la unión marital, en muchos países y principalmente en el nuestro, es que ésta - constituye un verdadero problema social, por un sin número de factores que inciden en la estructura y organización de la familia. Tenemos que hablar con claridad haciendo un análisis sincero de esta situación. A manera de información consideramos que constituyen enormes problemas las siguientes situaciones:

Primer Problema: Es innegable que en El Salvador el concubinato constituye la regla y el matrimonio la excepción.

Esto tiene su explicación sociológica: los grupos familiares constituídos por uniones libres, en principio, -- conviven sin presiones ni coacción alguna, porque se entiende que la familia descansa sobre un fundamento puramente natural, y además, porque toda unión entre un hombre y una mujer constituye una familia y desde ese punto de vista, tal unión sería fuente de la familia natural.

Pero como además de ese fundamento natural existe otro de orden moral, sometido a un estatuto jurídico, para asegurar su permanencia y estabilidad del grupo familiar, resultando indispensable la realización del matrimonio.

El matrimonio y la filiación (legítima, natural y adoptiva), constituyen las fuentes de las relaciones jurídicas entre los padres, por una parte, y entre los padres e hijos, por otra. Lo que significa que además del fundamento natural y moral de la familia, habrá otro también de índole legal, mediante el cual los padres eligen a sus hijos, constituyéndose así la familia adoptiva.

En consecuencia, la unión libre, el matrimonio y la a d o p c i o n, son las tres fuentes de la familia.

En El Salvador, se proyecta un Código de Familia en el cual se pretende proteger ampliamente a los hijos nacidos fuera de matrimonio, pues en nuestra legislación actual son prácticamente, marginados, soportando injustamente los desaciertos de sus progenitores.

La Sociología estudia a las personas desde un punto de vista grupal. El hombre desde que nace hasta que muere vive en sociedad.

La sociedad es una colectividad organizada de personas que actúan recíprocamente, cuyas actividades se centran al rededor de objetivos comunes, los cuales tienden a compartir creencias, actitudes y conductas colectivas.

Si hubiere una investigación real en los distintos estratos sociales de nuestro país, encontraríamos que generalmente el concubinato es una vía de escape a tanto problema hogareño entre los jurídicamente denominados "cónyuges". Podríamos demostrar que un enorme porcentaje de familias constituyen un verdadero contraste en relación a los fundamentos de la misma: carencia de valores éticos, morales, religiosos, sociales y jurídicos (conductas indeseables, incompreensión, apariencia de personalidad, caprichos, falta de reciprocidad, de protección, desigualdad jurídica de los cónyuges) y tanta actitud negativa que dejan como letra muerta todo el ordenamiento jurídico en favor de esta Institución.

Pareciera raro, pero muchos prefieren el concubinato - que vivir casados.

Segundo Problema: La desintegración familiar:

- a) Falta de una adecuada legislación protectora de la familia.
- b) Falta de instituciones especialmente encargadas de velar por la familia, de orientar la política nacional de protección a la misma. Hay estados que disponen de un "MINISTERIO DE FAMILIA".
- c) Tenemos un Principio Constitucional en el Art. 179 en el cual se afirma que la familia "debe ser protegida especialmente por el Estado".

Este principio debe desarrollarse mediante una legisla

ción adecuada y cumplimentarse con la intervención de un -
"Ministerio de la Familia"

d) Nuestros Programas de Educación deben contar, entre sus
objetivos, con la Formación para la familia.

Actualmente hay un gran despliegue de campaña para el
uso de contraceptivos, dañino para menores, jóvenes y adul-
tos, y hasta absurdo pues sólo en mentalidades colectivas
retrógradas podría considerarse como factor positivo que -
frene y controle el crecimiento poblacional.

Lo conveniente es educar a las personas con una orien-
tación que conlleve un rigor científico en la interpreta--
ción de los fenómenos naturales, humanos y sociales, con -
el propósito de analizar en mejor forma la conducta direc-
tamente relacionada con nuestra realidad ambiente.

Además, se requiere de un enfoque económico-social --
que descarte situaciones eventuales e improvisadas por par-
te de quienes son llamados a dirigir la organización fami-
liar, y especialmente la protección de los menores.

Consideramos que en el hogar y en la escuela el niño
no se le prepara para ser un buen ciudadano, un buen padre,
un buen hijo, una buena esposa, una buena madre; para defen-
der sus derechos y cumplir sus obligaciones como hijo de fa-
milia, como miembro de una colectividad, etc.

El niño aprenderá con métodos y procedimientos didác-

ticos que contengan motivaciones de nuestra realidad económica y social, evitando en lo posible, el fenómeno de imitación exocultural, lo cual como última circunstancia resulta perjudicial, pues se trata de implantar lo que se hace en otros países, olvidando lo nuestro.

Es necesario analizar los problemas sociales de Latinoamérica y especialmente de El Salvador: analfabetismo, - desempleo, alto porcentaje de nacimientos, prostitución, - delincuencia, bajos salarios, drogadicción, etc.; los problemas políticos: la intervención imperialista en América Latina (base de Guantánamo, influencia soviética en Cuba, el Canal de Panamá, las Islas Malvinas, el caso de Belice, las dictaduras); problemas económicos: justa distribución de la riqueza, condiciones infrahumanas de la población rural, dependencia económica, etc.

Es común enseñar a los alumnos cuantos habitantes tiene un Estado por kilómetro cuadrado; pero olvidamos a --- veces explicar las consecuencias que se derivan por quedar una mujer embarazada y qué efectos produciría el abandono de la misma. Todo considerado como temas de relación directa o indirecta en las actividades de las disciplinas sociales.

No se prepara a la niña para ser una futura mujer de hogar, lo cual requiere una educación integral.

Generalmente, la mujer y el hombre no son instruídos

para que gasten lo que racionalmente debe estimarse con relación a su salario; para que se proyecten con buen sentido económico para un futuro mejor y para evitar con esa fórmula sobrevengan problemas y como consecuencia el divorcio.

La mujer no gastará más de lo que racionalmente dispone en el hogar, y no debe ser valorada sólo por sus atributos, sino en su aspecto integral.

Otros factores que constituyen enormes problemas en las relaciones familiares son:

10.) El Alcoholismo:

Desde el punto de vista médico es considerado como una enfermedad de las más graves que adolece la humanidad.

El alcoholismo está muy generalizado en nuestro medio y esta enfermedad destruye la personalidad en su aspecto integral.

Constituye un problema social que ha hecho impacto en un alto porcentaje de la población masculina y es una de las causas constitutivas de la disolución del vínculo matrimonial, lo cual trae como consecuencias, traumas en el desarrollo de la personalidad de los hijos.

Muchas mujeres casadas o simplemente compañera de vida de un hombre alcohólico, desequilibradas emocionalmente

por sus problemas de hogar, prefieren la separación, para luego tener relaciones sexuales con otro que se aprovecha de su precaria situación, aumentando en esta forma las relaciones ilícitas y el número de hijos fuera del matrimonio o en completo desamparo.

2o.) Es también fenómeno influyente el machismo Latinoamericano, por el cual el hombre puede hacerlo todo y nadie le objetará, porque la historia, e incluso, las leyes divinas y de los hombres se lo han permitido, volviendo sumisa a su mujer y convirtiéndola en una esclava de su persona.- La Iglesia Católica ha luchado contra esta práctica basándose en una Epístola de San Pablo: "Esposa te doy, no esclava".

Esta situación no ha sido superada pues tiene cabida en nuestra sociedad puesto que seguimos educando a los hijos varones con los mismos prejuicios discriminatorios considerándolos superior a las hermanas. Lo conveniente sería que desde los primeros años se oriente al varón para que vea a los de su sexo opuesto con igualdad de derechos y obligaciones. Esta es una tarea primordial de los hogares - los cuales constituyen la primera y fundamental escuela de los niños. Lo ideal sería que el varón participe de todas las actividades y quehaceres del hogar.

Recordemos que el coloniaje en nuestros países dió como resultado el irrespeto del blanco hacia nuestra india,

en lo referente a las relaciones sexuales, naciendo así muchos hijos fuera de matrimonio.

Pero no olvidemos que un hogar se constituye primor--dialmente por los cónyuges y ambos en forma inteligente darán solución adecuada a sus problemas para el propio bie--nestar de su prole. ~~Pero sucede~~ que si uno de los cónyuges resultare enfermo posterior al matrimonio (alcoholismo, --drogadicción, desequilibrios emocionales, etc.), en la mayoría de los casos no es visto inteligentemente por el otro que es dominado por su orgullo, vanidad, simpleza, falta - de cultura, etc.

Con respecto a la mujer, sin menospreciar todo el va--lor que representa en nuestro medio por su espíritu de em--presa, trabajo, honestidad y organización hogareña, la So--ciología y otras ciencias afines nos citan casos concretos negativos, principalmente por las siguientes razones:

- a) El tradicionalismo impregnado en el modo de ser;
- b) La vida de su juventud conventual que las vuelve aisla--das del mundo exterior;
- c) La influencia negativa de sus padres en cuanto a principios religiosos arcaicos;
- d) Lo demasiado cómodo de su niñez y juventud, sin haberse preocupado por sus obligaciones personales porque todo se le proporcionaba con la actividad de otras personas;
- e) Las comunidades aisladas de la civilización, en las cules se han desarrollado como tales, etc.

Pero de todo ésto poco o nada se comenta, como si hu-
biere temor a manifestarlo, o a decir la verdad. Existe --
falta de interés para profundizar en las causas que aca---
rrean el desequilibrio familiar.

3o.) La Exoculturación:

Es un factor que influye mucho por la facilidad de --
viajar al extranjero, lo que produce liberación en hombres
y mujeres para imitar las costumbres de otros países. Ejem-
plo: nudismo, uniones libres, aborto, homosexualismo, etc.

Consultando con una joven estudiante de nuestra facul-
tad, con respecto a la degeneración social cada día más en
decadencia a que estamos llegando, me decía: mi situación
es de divorciada; soy una mujer honesta y trabajadora, pe-
ro mi marido a través de su superioridad económica quiso -
verme como un objeto frente a él, cuestión que no acepté. Y
prosigue: en cuanto a la mujer en general, existe un gran
número de respetuosas de sus deberes y derechos, honesti--
dad y dignidad, pero también no podría negar que la tenden-
cia de un sector es crear verdaderos problemas hogareños.

¿Cuál podría ser la motivación de ésto? Responde:

Desde que se ha dado el fenómeno de la Liberación Fe-
menina y el Año Internacional de la Mujer, se ha detectado
sobre todo en la ciudad de San Salvador, muchos divorcios,
porque para algunas la liberación consiste en hacer compe-

tencia en las relaciones sexuales, y yo entiendo, añade, - que esa liberación debe ser referida a la conquista de i--gualdad de derechos con el hombre, y la oportunidad de ocu--par los mismos cargos públicos y a defender su capacidad - intelectual en cualquier circunstancia de la vida.

Y concluye: Los Moteles fomentan en muchos de los ca--sos, verdaderos delitos contra la familia, corrupción de - menores y adolescentes que, a temprana edad, caen en la --prostitución.

4o.) El Malinchismo:

Factor negativo que consiste en la admiración de la - mujer nuestra ante la presencia del extranjero, sin perca--tarse de la calidad moral de éste.

Otra influencia negativa la constituyen: la televi---sión, la literatura y el cine pornográfico.

La publicidad de anticonceptivos, licores, cigarri---llos, cervezas, etc., en otros países es prohibida.

5o.) La Concentración de la Industria en la ciudad de San Salvador:

Constituye un verdadero problema social: el éxodo de la campesina hacia la ciudad capital con una visión de fu--turo para su persona, pero como el desempleo es enorme, ge--neralmente busca otros medios de subsistencia, antes que -

regresar derrotada a su comunidad, entregándose en algunas circunstancias especiales a la prostitución o a relaciones maritales y aumentando en ésta forma el número de hijos -- ilegítimos o fuera del matrimonio.

6o.) También tendremos en cuenta que vivimos en un país capitalista:

En tal sentido nos encontramos con una clase media a-burguesada, en donde aproximadamente el 50% de sus hogares dispone de sirviente, mujer explotada por muchos que atacan la dominación imperialista. Esta humilde mujer procede generalmente, del campo y la cual se convierte en fórmula disimulada de esclavitud por aquellos que pregonamos que nuestro pueblo ya no sufra la humillación de los poderosos. Y no es raro encontrar casos en que ésta sirviente es víctima del atropello de su patrono o de sus hijos, dando como resultado, el nacimiento de hijos rechazados por su progenitor, quedando en desamparo y constituyendo un verdadero problema social para el Estado.

VI.- RECOMENDACIONES

1o.) Legislación:

a) Promulgación del Código de Familia. Que esta Ley desarrolle el principio constitucional contenido en el Art. 179 Inc. 1o. en el que se afirma que la familia "debe ser protegida especialmente por el Estado".

El surgimiento a la vida jurídica de este nuevo instituto, como ley secundaria del Estado, desarrollaría el principio constitucional de protección familiar.

b) Discriminación en las leyes laborales.

¿Por qué razón la mujer devenga un salario más bajo - que el hombre en la misma actividad laboral?

¿Acaso no dispone de una fuerza física e intelectual similar?

Alemás, en algunas circunstancias se ha comprobado -- ser más responsable la mujer en el trabajo.

c) Creación de guarderías para niños de los obreros.

d) Ampliar la cobertura del Seguro Social a la familia del trabajador.

2o.) Creación de Instituciones Especiales

a) Ministerio de Familia.

Tendrá que ser preocupación de la administración pú--blica y de las asociaciones interesadas por la protección de la familia, enfrentar los problemas de orden familiar - con proyecciones a nivel nacional. Para ello sugerimos la creación de "Instituciones Especiales", pues según lo in--formamos en el desarrollo de esta tesis, la familia salva--doreña requiere de un interés primordial verdadero de par--te de las instituciones mencionadas.

Actualmente no existen Instituciones Especiales de -- protección para la familia: El Consejo Salvadoreño de Menores se creó con la finalidad de regular los derechos que tienen éstos.

Existe un Código de Menores el cual dispone que esos derechos se regularán "desde su gestación, al nacer y vivir en condiciones familiares y ambientales que les permitan obtener su completo y normal desarrollo bio-psíco-social". Art. 1, Inc. 1o.

La Procuraduría General de Pobres, protege en parte a la familia por no ser éste su único objetivo fundamental.

Para la creación de estas instituciones especializadas, en el derecho de familia, se debe planificar primeramente acerca del tipo de recursos humanos que necesita, de acuerdo a las necesidades presentes y futuras que tengan que afrontarse.

La fuerza de trabajo procedente de tales recursos tendrá que medirse en términos de calidad y cantidad, entendiéndose, en todo caso, de la disponibilidad de profesionales especializados en disciplinas sociales y técnicos en cuestiones educativas, en estrecha relación con la familia, y que fundamentalmente sean conocedores de nuestra realidad social para poder determinar con certeza el grado de utilización de la organización familiar.

Es importante conocer y analizar los recursos humanos

de que dispondrían esas Instituciones Especiales, así como sus instrumentos y grado de ubicación racional, para adecuarlos a las necesidades presentes y futuras.

Se podría integrar con trabajadores sociales, abogados, psicólogos, maestros, psiquiatras, médicos, etc., por supuesto que diseñando una política de capacitación, adiestramiento y desarrollo, acorde a las necesidades fundamentales de la familia.

De tal manera de que para la existencia de esas Instituciones Especiales, se requiere de un organismo estatal, que oriente la política nacional familiar, el cual se denominaría "Ministerio de Familia".

b) Tribunales de Familia:

En el actual anteproyecto de Familia se incluyen los "Tribunales de Familia", constituídos por jueces especiales, quienes tendrán a su cargo el procedimiento a seguir para el justo cumplimiento de las disposiciones legales.

3o.) De Alcance Económico

a) Detener el alza de los precios para los productos de primera necesidad.

b) Crear fuentes de trabajo descentralizadas para evitar la emigración que acarrea la desvinculación familiar.

c) Creación de las tiendas populares.

El objeto de creación de las últimas sería la venta - de todo artículo de uso familiar y no como actualmente funciona el IRA, vendiendo solamente arroz, frijoles, leche y azúcar. Ejemplo de esas tiendas las obtenemos en México: - CONASUPO de México.

4o.) Reforma Educativa:

a) Incluir en los programas de estudio de la escuela primaria la asignatura "Derecho Práctico de Familia", aplicando métodos y procedimientos especiales en los distintos grados de la escuela.

b) Formar en el niño conciencia de comprensión y respeto - hacia sus semejantes, cualquiera que sea la clase social; prepararlo para todo lo que sea de su utilidad en la vida, asimismo, convertirlo en un buen productor de la sociedad.

5o.) De orden Social:

a) Formar Comités de Defensa de los Intereses Familiares y como consecuencia de la sociedad entera.

Con ello adecuaríamos un sistema de planificación de relaciones humanas a nivel nacional y a nivel institucional, el cual influiría en el desarrollo cultural de los habitantes del país.

b) Sugerir que se prohíba la publicidad de anticonceptivos, licores, cigarrillos, etc. y que mejor se eduque al pueblo

con procedimientos que se adecúen a nuestra realidad social. Nos constituimos en un país pequeño (20,000 km.²) y por el desorden político, administrativo, social y económico que nos aqueja es que marchamos a la deriva en los distintos aspectos de nuestro desarrollo cultural.

c) Pedimos al Gobierno, para finalizar, que no permita el fomento de la prostitución y delincuencia a través de la televisión y cine pornográfico, principalmente.

ASI CONCLUIMOS ESTE TRABAJO CON LA PRETENSION DE QUE EN ALGUNA FORMA SIRVA COMO REFLEXION SU CONTENIDO. ASIMISMO, COMO GUIA A LOS ESTUDIANTES EN LA MEDIDA QUE SE ESTIME CONVENIENTE.

B I B L I O G R A F I A

- 1.- ARTURO VALENCIA ZEA. Derecho Civil
 Tomo V
 Derecho de Familia

- 2.- EUGENE PETIT Tratado Elemental de Derech
 o Romano

- 3.- FERNANDO FUEYO LANERI Derecho Civil
 Tomo Sexto
 Derecho de Familia
 Volumen I

- 4.- HENRI, LEON y JEAN --- Lecciones de Derecho Civil
 MAZEAUD Parte Primera
 Volumen III
 La Familia
 Constitución de la Familia

- 5.- NAPOLEON RODRIGUEZ RUIZ Historia de las Institucion
 es Jurídicas Salvadoreñas
 Primera Edición y Segundo
 Tomo

- 6.- RAMON MEZA BARROS Manual de Derecho de Fami-
 lia.
 Tomo I

- 7.- ARTURO ALESSANDRI R. y Curso de Derecho Civil.
 MANUEL SOMARRIVA U. Fuentes de las Obligacio--
 nes. .
 Tomo I.

- 8.- SEBASTIAN SOLER Derecho Penal Argentino
Tomo II
- 9.- ENCICLOPEDIA DE LA BIBLIA Volumen IV, Ho - Ma.
- 10.- R. M. MACLVER y CHARLES H. Sociología.
- 11.- J. FROBES Compendio de Psicología Ex
perimental.
- 12.- ROBERTO AGRAMONTE Compendio de Psicología

LEYES:

- 13.- Ley de Cédula de Identidad Personal.
- 14.- Constitución Política de 1962.
- 15.- Ley del Regimen Municipal.
- 16.- Ley del Regimen Político.
- 17.- Ley de Adopción.
- 18.- Ley de Notariado.

CODIGOS:

- 19.- Código Civil de 1860 y el Código Civil actual.
- 20.- Código Procesal Civil.
- 21.- Código Penal.
- 22.- Código Procesal Penal.

23.- Código de Menores.

24.- Anteproyecto del Código de Familia.

APUNTES DE CLASE:

25.- Apuntes de clase de la Dra. Haydeé Fuentes de Gómez.

26.- Apuntes de clase del Dr. Atilio Rigoberto Quintanilla.

27.- Aureliana Aguirre y Lourdes Rosa Aguilera
(Religiosas Pasionistas del Colegio "La Divina Provi-
dencia"), quienes opinan acerca del concepto cristian
no de Matrimonio.