

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Matrimonio como Institución

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

ANA FELICITA ESTRADA

PARA OPTAR AL TITULO DE

DOCTOR

EN

JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

1979



T
346.016
E82 m

Ej. 7

DEDICATORIA

A MI MADRE:

DOÑA JUANA ANTONIA ROBLES VIUDA DE ESTRADA

A MIS HIJOS:

CLAUDIA ALEJANDRINA

y

ROSSMERY LISSETTI

A MIS AMIGOS:

CON TODO CARINO Y APRECIO



I N D I C E

	<u>Pág. N°</u>
INTRODUCCION	1
CAPITULO I	2
ANTECEDENTES HISTORICOS	2
La Familia en Roma	5
La Familia en Grecia	8
La Familia Árábica	9
La Familia Medioeval	10
La Familia Contemporánea	10
Doctrina Comunista del Matrimonio	11
CAPITULO II	14
CONCEPTO DEL MATRIMONIO	14
Sinónimo del Término Matrimonio	20
CAPITULO III	22
NATURALIZA JURIDICA DEL MATRIMONIO	22
Antecedentes Jurídicos del matrimonio ...	23
El matrimonio como contrato	26
El Matrimonio como Institución	29
Diferencias entre Contrato e Institución .	31
Otras Teorías Sobre el Matrimonio	33
CAPITULO IV	35
CAPACIDAD DE LOS CONTRAYENTES	35

	<u>Pág. N°</u>
Aptitud para contraer matrimonio	36
Impedimentos Dirimantes	40
Impedimentos Impedientes	53
Nullidad del Matrimonio	56
Matrimonio Putativo	57
CAPITULO V	61
EL NOTARIO ANTE EL MATRIMONIO	61
1. Generalidades del Notariado	61
2. El Matrimonio celebrado por Notario	62
3. Actuación de los Cónsules ante el	
Matrimonio	64
3. Casos en que el Notario no puede	
celebrar matrimonio	65
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	71
CONCLUSIONES	71
RECOMENDACIONES	74
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	75

INTRODUCCION

El presente trabajo sobre El Matrimonio Como Institución, pretende determinar si en realidad hay en El Salvador esa clase de consorcio, y si la capacidad de los contrayentes tiene influencias sobre este tipo de uniones.

Con relación al primer aspecto, se plantea la interrogante sobre si existe en la práctica el matrimonio institucionalizado, tal como se plantea jurídicamente? Para buscarle solución a esa pregunta, se parte de la siguiente hipótesis: "En realidad no existe el matrimonio institucionalizado porque hay intereses pecunarios entre los contrayentes".

Esto permite el establecimiento de la metodología a utilizar durante el desarrollo de la investigación que comprobará o desaprobará lo acaecido en el citado supuesto. Además, la preparación de la base documental y bibliográfica que será empleada durante el proceso investigativo.

En tal sentido, se inicia con la determinación de los Antecedentes Históricos, para luego referirse al Concepto y la Naturaleza Jurídica del Matrimonio; la capacidad de los Contrayentes y las Conclusiones obtenidas.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS

Entre las Instituciones Sociales de mayor importancia, está el matrimonio que constituye la base del núcleo social primitivos: La Familia. Esta, a su vez, da origen a las sociedades que impulsan el progreso tanto en lo político social, como en lo económico.

Con respecto al origen de la familia, hay una diversidad de opiniones, desde el hecho de presentarla como una amorfa organización, hasta darle la mística y la naturaleza jurídica que en la actualidad presenta.

Una de esas opiniones es la de Lewis H. Morgan (1) quien sostiene que los primeros esbozos de la misma, se dieron mediante el comercio sexual, sin obstáculos; de tal modo que cada mujer pertenecía a todos los hombres, y que cada hombre pertenecía a todas las mujeres. No hay vestigios, con relación a este período, por eso muchos investigadores no lo incluyen como tal, en la determinación del origen de la familia. Es conocida como "Heitanismo".

Lo que sí puede considerarse como válido, es que la

(1) MORGAN, Lewis H., Sociedad Primitiva, s/e, Londres (Inglaterra), 1877, s/np.

familia en sus orígenes remotos se presentó como "un vínculo meramente natural que dependía de las relaciones sexuales y del antecesor común"; así como los lineamientos de la época salvaje: "La religión del hogar y el culto a los antepasados".

Esto determina que en las primeras épocas de la familia, se agrupaban células numerosas sometidas a la rígida disciplina de un jefe o guía, fuese éste el padre, abuelo, bisabuelo o el mayor de los hijos.

Existía la poligamia (1) y la poliandria (2), como productos de la propia naturaleza de los antepasados y como medio para satisfacer sus apetitos sexuales. Posteriormente surgió la monogamia (3) como consecuencia del perfeccionamiento del lenguaje y del pensamiento, del desarrollo de la agricultura y de la perfección de los conceptos de propiedad privada y Estado; así como de un rudimentario sistema jurídico.

Esto da como resultado la evolución de la familia que según Lewis H. Morgan (4) está clasificada de la manera siguiente:

1.- Promiscuidad Absoluta, en donde se da el trato car-

(1) POLIGAMIA, unión de un hombre con varias mujeres.

(2) POLINADRIA, unión de una mujer con varios hombres.

(3) MONOGAMIA, unión de un sólo hombre con una sola mujer.

(4) MORGAN, Ob. cit., s/p.

nal conocido como "comercio sexual sin reglas porque ni siquiera las restricciones de la moral y la costumbre limitaban estas relaciones;

2.- Familia Consanguínea, en la que hay prohibición de cópula entre descendientes y ascendientes;

3.- Familia Punalúa, en la que no puede darse la cópula entre hermanos y hermanas;

4.- Familia Sindiásmica, en la que se da el matrimonio entre parejas, pero sin cohabitación exclusiva. Tiene características matriarcales;

5.- Familia Patriarcal Poligámica, en ésta el poder del padre le permite "abuser" de las mujeres jóvenes y de formarse un "harem" (1). Es cuando se pierde el poder femenino y la mujer es sometida al hombre;

6.- Familia Monogámica, se incrementa el vínculo conyugal con la autoridad del hombre que es el "único" capaz de disolver la unión y repudiar a la mujer; se le otorga el derecho de la infidelidad conyugal.

Posteriormente se transformó en Familia Individual cuan-

(1) HAREM, es la propiedad del hombre constituida por sólo mujeres con las cuales tiene relaciones sexuales y a quienes mantiene y protege, en el mismo lugar.

do surgió la subdivisión del Patrimonio Familiar hasta constituir haciendas diferentes, pertenecientes al marido, a la mujer, a los hijos menores; ya se tiene la concepción de la primogenitura.

La Familia Individual tiene las siguientes características;

- 1.- Unión libre consentida;
- 2.- Cohesión de sus miembros;
- 3.- Observación de mutuos deberes y goce de derechos comunes;
- 4.- Creciente igualdad a que tendrían las relaciones entre marido y mujer.

La Familia en Roma. El derecho romano determinaba que la familia estaba constituida por el Pater-familia y las personas libres sometidas a su potestad. Tenía el equi-valente del "gens" porque era un grupo familiar que descendía por vía masculina de un tronco común dotado de capacidad de mando. Esto ocurre en la época del patriarcado, cuando la cohesión de sus integrantes es por medio del culto a los antepasados. Existe durante este período el parentesco agnático. (1)

Según el citado derecho de familia, ésta se hallaba cons

(1) AGNATICO, cuando la continuación consanguínea era por la vía de los varones exclusivamente.

tituida por la esposa o mujer, hijos, nietos, personas adoptadas, hijos extramatrimoniales adoptados, y personas libres que estaban en la relación "in causa mancipi" (en proceso de Liberación).

Además del matrimonio, existía en Roma el derecho a solicitar la disolución del vínculo matrimonial (divorcio) y que según Plutarco (1), provocó la degeneración del consorcio hasta convertirlo en un "medio comercial"; tal como sucedió con los gobernantes romanos: César, Pompeyo y Octavio, que se casaron con fines "mercantilistas".

Pero cuando gobernaron Teodosio y Valentiniano, se establecieron penas para contrarrestar la disolución del vínculo matrimonial; sin embargo, muy poco se logró superar el problema.

Durante el gobierno de Justiniano, se hicieron algunas modificaciones al derecho romano porque se concedieron verdaderos derechos sucesorios a los hijos; se suprimieron los atributos sacerdotales y de magistrado que tenía el Pater familiar; y se dieron algunas prerrogativas a las mujeres.

Sin embargo, la concepción más apegada a la realidad de esa época, se originó con el gobierno de Constantino, al revestirse al matrimonio con la ceremonia de solemnidad y dio como resulta-

(1) PLUTARCO. Citado por Héctor Lafaille, Derecho de Familia. 1a. Edición, Talleres Gráficos Ariel, Buenos Aires, Argentina, 1930, s/p.

do la familia conyugal fundada en el sacramento.

En esta etapa se establecen los cambios siguientes: El Pater-familia no puede disponer de los bienes de la esposa, ni puede matar a su hijo (cometería parricidio); además, no puede venderlo, empeñarlo, castigarlo inmoderadamente ni privarlo de los bienes. En este lapso se determinan algunos atributos para los hijos naturales.

En la decendencia romana, el matrimonio no escapó a esta situación, perdiendo la sublinidad de la celebración; por lo que Julio César eritió las leyes "Julia" y "Papiapopea", en las que concedían privilegios a los cónyuges, e imponían sanciones a los solteros.

Con respecto al matrimonio, en Roma se daban dos clases:

1.- El matrimonio "cum manus" o Quiritario se desarrolló en el período de la República Romana. Se caracterizaba porque la mujer salía de la familia de origen y entraba a una nueva familia en su condición de sometida. Era propio de los ciudadanos romanos.

2.- El matrimonio libre "sine manus", surgido en el siglo IV, y desarrollado durante la época del Imperio Romano. Las características fueron: consensualidad y exento de formalidades, y se iniciaba en el simple deseo de viviren común; tampoco prohibía a las esposas permanecer sujetas al "status familiar" ya que

conservaban la posición que tenían antes de casarse.

En el matrimonio Quiritario se daba al marido todo el poder sobre la persona y bienes de la mujer.

Este presentaba las siguientes características:

a.- Conferrestitio. Consistía en una ceremonia religiosa, celebrada en presencia de diez testigos, los padres de los contrayentes, el Sumo Pontífice y el sacerdote máximo del culto a Júpiter (Flamens dialis);

b. Coemptio. Era la compra de la mujer que se realizaba en presencia del "librepens"; con el tiempo esto se redujo a un simple simbolismo;

c. Usus. Mediante esta especie se posibilitaba la compra de la mujer, después de un año de posesión.

Familia en Grecia. Se iniciaba con un régimen pastoril agrícola donde gobernaba un padre (similar al Perfamilio de los romanos).

El parentesco se da en dos formas:

1.- Anquistia. Cuando hay relación por lazos de sangre o adopción; a esta forma pertenecían los descendientes; hermanos con sanguíneos, los primos y sus hijos; y

2.- Sanguineia. Cuando el parentesco es colateral y afin, así como los componentes del grupo que practica un culto común.

En este período se dio en Grecia el Epiſtion (1) en el cual se le permitía a los miembros del grupo, "venerar" a un mismo Dios y ofrecer comida fúnebre a los mismos antepasados". Posteriormente aparecen los "fratrias" (2) y las tribus; entonces ya existe el derecho de propiedad privada y está desarrollada la actividad mercantil. También se perfecciona los oficios manuales y la navegación. Luego, surgió la familia monogámica que según Federico Engels se originó de la sindiásnica, "en la época que sirve de límite entre el estadio medio y el superior de la barbarie; su triunfo definitivo es uno de los signos característicos de la civilización naciente".

La familia monogámica permitió el surgimiento del matrimonio en tres etapas:

- 1.- El padre entregaba, en la casa paterna, a la novia que era recibida por el contrayente; esta actividad era previa al sacrificio religioso;
- 2.- A continuación se trasladaba a la cónyuge a la residencia del marido; y
- 3.- Ya juntos compartían la comida en un hogar común. Esta última etapa determinaba la consolidación del matrimonio.

Familia Anábiga.- Las tribus árabes conservaban la costumbre de raptar a la mujer para llevársela al núcleo familiar, tal como planteaba J.P.

Maclennan en su obra "Estudios en Historia Antigua":

-
- (1) EPISTION, es una institución griega que determina a la hija soltera, heredera de su padre, la obligación de casarse con otro pariente determinado por la ley, para poder gozar de la herencia o transmitirla al hijo que naciera de esa unión.
 - (2) FRATRIAS, agrupaciones cuyos integrantes provenían de una "gens" madre y que a menudo descendían de un antepasado común. Era unidad militar.

"La mujer debe ser arrebatada por el novio, ya que no era permitido unirse una mujer con un hombre de la misma tribu. Esto obligó al rapto". (1) Ocurrió en las primeras épocas de la humanidad, convirtiéndose el matrimonio en un acto violento. Posteriormente surgió la negociación entre los padres de los contrayentes sin tomar en cuenta el consentimiento ni la voluntad de los "futuros cónyuges". También se desarrollaron la poligamia y la poliandria; así como la monogamia.

Familia en Egipto. Durante la antigüedad existió en Egipto la prueba preconyugal que consistía en la unión, durante un año, de los posibles contrayentes para determinar la compatibilidad de caracteres. Esto duró muchos años hasta que surgieron las otras etapas del desarrollo de la familia.

Familia Medioeval. Con el progreso alcanzado por griegos y romanos se llegó a la Edad Media, en la que el matrimonio consistió en la "unidad e indisolubilidad del vínculo", y en la disminución de los poderes del padre o jefe de familia.

En esta era se dio la desligación cristiana del matrimonio y la laicización del mismo (siglo XVI).

Familia Contemporánea. Cuando ya existía, en todos los campos, una clara identificación de los derechos de los esposos (1789) y la

(1) MACLENNAN, J. P., Estudios de Historia Antigua, s/e, Londres (Inglaterra), 1865, s/np.

disminución de las obligaciones derivadas de la Patria Potestad por parte del padre, y una mayor libertad para los hijos, es cuando adquiere forma real la familia individual con un régimen que norma su desarrollo y proliferación.

Posteriormente en el siglo XIX, surge en Francia como un contrato matrimonial, para que en el presente siglo adquiera el carácter de institución jurídica.

Con la modernización del sistema de vida de los humanos, se da la modernización y liberación de la mujer quien empieza a participar en actividades culturales, deportivas, científicas, políticas, laborales, intelectuales, gremiales y sociales; esto va en detrimento de su dedicación al hogar y a la conservación de la unidad familiar, tal como se concibe en los países capitalistas; pero la concepción de familia no puede perderse porque son establecidas una serie de normas que presiden la organización, vida y disolución de la familia: el Derecho de familia.

Doctrina Comunista del Matrimonio. Los primeros planteamientos sobre el matrimonio, según el comunismo científico, fueron expuestos por Carlos Marx y Federico "Engels, en el siglo pasado. Utilizaron los planteamientos de los precursores y utopistas Saint Simon, Fourier y otros.

En el manifiesto se toma como base lo expuesto por los comunistas materialistas franceses quienes hacen crítica a la anti-

gía familia burguesa.

Según Engels (1) "los excesos sexuales es uno de los mayores vicios en las masas que no están conscientes de su responsabilidad como miembros del proletariado y mientras siguen sometidos al orden social burgués, que contribuye al desarrollo de la prostitución".

Por eso, los principios del comunismo establecen que " las relaciones entre personas de los dos sexos se convertirán en un asunto privado que no afectará a nadie más que a los interesados; la sociedad no intervendrá".

El sistema comunista establece que la "mujer no será un simple instrumento de producción y de goce" como ocurre en el "sistema capitalista", en el que se ha desarrollado hasta el grado de llegar a la prostitución.

Naturalmente que este sistema parte de lo expuesto por Engels (2) con respecto a las épocas de la humanidad: que al salvajismo pertenece el matrimonio por grupos; a la barbarie, el sin-diásmico; a la civilización, la monogamia, con sus complementos: el adulterio y la prostitución; esquema del capitalismo.

Por lo que puede concluirse que la mujer dentro de la

(1) ENGELS, Ob. cit. s/p.

(2) ENGELS, Ib. idem, s/p.

concepción comunista del matrimonio, "deja de ser un instrumento de producción" o un "motivo de entretenimiento para la sociedad"; convirtiéndose en un elemento libre de la tiranía doméstica y considera en igualdad de condiciones a ésta con respecto al hombre, hasta constituir la monogamia pura y no como lo "concibe la burguesía".

Por tanto, el matrimonio no se concertará con toda libertad sino cuando suprimiéndose la producción capitalista y las condiciones de propiedad creadas por ella, se aparten las condiciones económicas asesónicas que aún ejercen tan poderosa influencia sobre la elección de los esposos.

Entonces el matrimonio ya no tendrá más causas determinantes que la "inclinación recíproca".

Por lo expuesto se deduce que la "liberación femenina" impulsada por los países capitalistas degenera la mística adquirida por la mujer durante los diversos períodos de la humanidad, por que se vuelve "liberalismo perdido" ya que se está transportando a la época del "heitarismo" en esta contemporaneidad actual.

CAPITULO II

CONCEPTO DEL MATRIMONIO

El matrimonio está considerado como acto complejo y mixto en el que una mujer y un hombre se unen por tiempo indefinido con el fin de vivir juntos, procrear y darse un mutuo auxilio.

Según las leyes salvadoreñas, en el país sólo es permitido el consorcio monogámico; por lo que desde el punto de vista jurídico no debe darse la poligamia ni la poliandria. Sin embargo, en la práctica y por la misma índole de la sociedad contemporánea, ocurren las uniones de hecho entre varios hombres con una mujer o viceversa.

Naturalmente que la ley tiene como fundamento el carácter moral del matrimonio y la protección de la familia, por lo que regula la unión de "un solo hombre con una sola mujer", para evitarle la degeneración.

Pero, a pesar de constituir el matrimonio, la base necesaria para la legitimación de la familia y el establecimiento de la organización social, en El Salvador fue hasta el año de 1857 que jurídicamente se habló por primera vez de este tipo de uniones, por medio del Código de Procedimientos y Fórmulas (1) en el que se

(1) RODRIGUEZ RUIZ, Napoleón, Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas, 1a. Ed., T. II, Edit. Ahora, San Salvador, El Salvador, 1952, pp.39.

nencia a los esposales (1) y la disolución de éstos.

Tres años más tarde, en el Código Civil de 1860 (2), Título IV, Capítulo I, del artículo 104 se considera al matrimonio como "un contrato solemne", y como la "unión indisoluble" y "para toda la vida"; cuyo objetivo era de:

- 1.- Vivir juntos;
- 2.- Auxiliarse mutuamente; y
- 3.- Procrear.

Luego, veinte años después (1880) se decretó la Ley Reglamentaria del Matrimonio Civil (3) que estaba constituida por capítulos referidos a:

- 1.- La naturaleza y hechos del matrimonio;
- 2.- Diligencias previas y celebración de éstos;
- 3.- Los impedimentos y disoluciones de la unión.

Todo enmarcado para los católicos ya que este articulado dependía del Código Civil de Chile, que en su artículo 102, decía literalmente: "es un contrato solemne por el cual un hombre y

(1) ESPONSALES, es el compromiso matrimonial adquirido por los novios; promesa de casamiento entre ambos, pero no produce obligación alguna ante la ley civil.

(2) SUAREZ, Belarmino, El Código Civil del año de 1860 con unas modificaciones, T. I, Editores Imprenta La Idea San Salvador (El Salvador), 1949, pp. 54-55.

3.- SUAREZ. Ib. Idem, pp. 53.

una mujer se unen actual e indisolublemente y por toda la vida con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente" (similar al artículo 104 del Código Civil Salvadoreño de 1860).

Con el transcurso del tiempo se han realizado diversas reformas tendientes a darle a éste, el carácter moral conyugal; porque en esta época civilizada, aún hay vestigios de los orígenes del matrimonio (estadio superior del salvajismo, según la obra de Engels (1).

Antes de establecer las conceptualizaciones modernas del matrimonio, se dará una breve explicación sobre los caracteres esenciales del mismo. Para ello se citará a Guillermo A. Borda (2), que expresa lo siguiente:

"Sus caracteres esenciales son:

a) Implica una unión del hombre y la mujer, unión que se traduce en derechos y deberes recíprocos. Para fortalecerla, la ley procura una división de trabajo y de potestades, y en determinados casos, concede la decisión preponderante a uno de los esposos generalmente el marido.

b) Es una unión permanente; este carácter se manifiesta aún en los países que admiten la disolución del vínculo por mutuo consentimiento porque cuando (sic) dos personas se casan, lo hacen para toda la vida, con el sincero propósito de pasar juntos las alegrías y los dolores que depare el destino; y aunque más tarde

(1) ENGELS. Ob. cit., pp. 35

(2) BORDA, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil Argentino, T.I, 3a. Ed., Editorial Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1962, a/p.

a) El hombre y su mujer continúan nuevas nupcias, hay siempre en la institución un íntimo y conatural sentido de permanencia.

c) Es monogámica; aunque algunos pueblos conservan todavía la poligamia, todos los países de civilización occidental y cristiana han adoptado el régimen de singularidad. Y no solamente no (sic) se concibe más que un sólo vínculo matrimonial, sino que los esposos no pueden tener comercio sexual con otra persona que no sea su cónyuge. La fidelidad conyugal es uno de los pilares de la solidez y la dignidad de la institución.

d) Es legal. No basta la simple unión del hombre y la mujer, aunque tenga permanencia, como en el caso del concubinato,¹ o se hayan engendrado hijos; es preciso además que se haya celebrado de acuerdo a la ley (sic). Sólo así queda bajo el amparo y la regulación de ésta. Es claro que la noción del matrimonio no se agote aquí; pues por encima de lo legal está su substancia moral y religiosa".

Con relación a la etimología del término matrimonio, éste se deriva (2) de las voces latinas "matris" (madre), y "munium" (carga o gravamen). Con estos significados se pone de relieve el importante papel de la mujer en la procreación porque en su conjunto se refieren al "oficio de la madre", debido a que la mujer:

- 1.- Soporta los rigores del parto; y
- 2.- Se sacrifica por la educación de los hijos.

(1) CONCUBINATO, es la unión extramatrimonial entre un hombre y una mujer soltera, que hacen vida común en forma duradera y estable; similar al matrimonial, pero no legalizada.

2.- FONSECA, Gautama, Curso de Derecho de Familia, T.I. Imprenta López y Compañía, Tegucigalpa, Honduras, 1968, s/p.

Por lo que este término se deriva de la mujer y no del padre, aún cuando surgió ésta era "dueño y señor de la familia".

Con el transcurso del tiempo, se han externado diversos conceptos sobre el matrimonio, algunos de los cuales lo consideran como una institución, otros como un contrato; pero todos convergen en los siguientes aspectos: la unión sexual, unión de bienes, derechos y responsabilidades; y que tiene como objetivo: la procreación y extensión de la especie humana.

A continuación se citarán algunas conceptualizaciones hechas en la antigüedad:

Para los Romanos, dice HECTOR LAFAILLE (1), que consistía en "la unión del hombre y de la mujer, implicando igualdad de condición y comunidad de derechos divinos y humanos".

El mismo autor sostiene que según Modestino, el matrimonio es la "unión de marido y mujer, consorcio para toda la vida, comunicación del derecho humano y divino"; y que según Justiniano, era la "unión del hombre y de la mujer que implica identidad de condición en la vida".

Como puede observarse en los tres conceptos anteriores, se refie-

(1) LAFAILLE, Héctor, Compendio de Derecho Civil, 1a. edición, Talleres Gráficos Ariel, Buenos Aires, Argentina, 1933, s/p.

re a la "igualdad de condiciones", "compartimiento" de derechos, y a la "unión entre hombre y mujer".

El mismo Lafaille dice: Que Athens la considera como la "unión formada por dos personas de distinto sexo, a fin de producir una comunidad perfecta de toda su vida moral, espiritual y física, y de todas las relaciones que son su consecuencia".

Y Berguier afirma que es "la sociedad contratante de un hombre y una mujer para tener hijos" (también citado por Héctor Lafaille).

En ambos significados se especifica que lo fundamental es la procreación, el hecho de "tener hijos".

Aquí se entra en contradicción con la realidad del pueblo, en la que se dan matrimonios los cuales "por situaciones sicogenético-biológicas no pueden concebir desecundant". Hay casos concretos en El Salvador.

Existen, como se dice al principio, una variedad de opiniones con respecto al conubio; muchos de ellas ligadas por un contenido común. Tal es el caso de lo aseverado por el Francés Marcelo Planiol (1) que sostiene que es "un contrato por el cual el

(1) PLANIOL, Marcelo, y Ripert, Jorge, Tratado Teórico práctico de derecho civil, 1a. Edición, Editorial Cultural, S. A.; La Habana, Cuba, 1946, s/p.

hombre y la mujer establecen entre ellos una unión, que la ley sanciona y que ellos no pueden romper a su gusto".

Y lo que dice Westermarck (1): "unión que permanece durante entre el macho y la hembra, unión que dura más allá del acto de la reproducción y del nacimiento de la progenitura"; así como lo sostenido por Díez de Guíjarro, sobre que el matrimonio es una "institución social permanente y natural compuesto por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación".

Los tres significados citados, coinciden en que es la "unión duradera y permanente"; analizan el aspecto tiempo con respecto al matrimonio, se tienen en cuenta una serie de aspectos comunes para considerar la unión entre un hombre y una mujer, como un "consorcio".

Lo anterior me permite definir el matrimonio como la "unión legal de dos personas de sexos diferentes, con el fin de convivir y procrear hijos; de compartir los deberes y derechos otorgados por la ley, y a respetarse mutuamente mientras no sean separados por medio del divorcio".

Sinónimo del Término Matrimonio. Antes de concluir este capítulo, se considera necesario citar algunos sinónimos que aún cuando no

(1) WESTERMARCK. Historia del Matrimonio Romano, s/e, Londres, Inglaterra, 1891, s/p.

son usuales o no han sido aceptados por el Castellano, es importante conocerlos.

Para ello, se aludirá a Gautama Fonseca (1) que dice lo siguiente:

"El término maridaje, que representa la misma idea que el matrimonio y con el cual se ha pretendido sustituir esta última voz, deriva de marido y torna al hombre en el elemento más importante de la relación conyugal, pero tiene el inconveniente de que prácticamente no se emplea en el idioma español. De aquí que, cualquiera que sea el significado que se le dé, el término matrimonio continúa siendo el que mejor expresa esa comunidad de vida e intereses que surge como consecuencia de la unión, autorizada por la ley, de un hombre y una mujer".

"Son sinónimos de la palabra matrimonio, las siguientes: nupcias, que viene de nubere, velar, por la costumbre antigua de cubrirse la esposa con un velo, en señal de pudor; consorcio (consortium) de cum y sors, suerte común, convivencia, comunidad de venturas y contrariedades, y de la cual deriva el término consortes; conyugo (sic) de cum y iugum (sic), equivalente a yugo común o carga igual para ambos cónyuges, y casamiento, que trae su origen sin duda de antiguas ceremonias y de la misma práctica social de que el marido lleve a la mujer a su casa, o que ambos tengan una misma morada, y de aquí las voces casa y casado".

También el diccionario de sinónimos castellanos citan los siguientes significados usuales como sinónimos de matrimonio: (2)

- 1.- Comercio. 2.- Enlace. 3.- Unión. 4.- Boda. 5.- Connubio; y
- 6.- Consorcio.

Esta variedad de términos cuyo significado es similar a "matrimonial", son derivados del griego o del latín, lenguas madres del castellano.

(1) FONSECA, Ob. cit., p. 34.

(2) DICCIONARIO DE SINONIMOS CASTELLANOS, veinticuinta edición, Editorial Sopena Argentina, S.A., Buenos Aires, Argentina, 1972, s/p.

CAPITULO III

NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO

Las investigaciones que se han realizado para determinar la naturaleza jurídica del matrimonio, dejan un vacío en lo que respecta a la clasificación de éste como un contrato o como una institución.

Caso similar ocurre con el Código Civil vigente que en el Capítulo I, del Título IV tiene como tema la "Naturaleza Jurídica del Matrimonio"; sin embargo, en los artículos 97, 98, 99 y 100 no hace referencia a la naturaleza del consorcio, sino que a las condiciones de los contrayentes.

La clarificación sobre qué clase de enlace se practicaba en esta nación, se dio en el primer Código Civil de El Salvador de 1860 (1), que en su artículo 104 decía literalmente: "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". Como puede leerse: "un contrato", especificando así, la naturaleza jurídica del matrimonio.

Esto duró como 42 años, como se verá en el siguiente a-

(1) SUAREZ, Ob. cit., pp. 54-55.

partado.

Antecedentes Jurídicos del Matrimonio. Con relación al matrimonio jurídicamente se habló por primera vez, en el año de 1857 al promulgarse el Código de Procedimientos Judiciales y de Fórmulas (1) en el que se refiere a las "escrituras correspondientes al matrimonio y a la sociedad conyugal" (Fórmulas de la uno a la once).

Estas mencionan los siguientes aspectos:

- 1.- Escritura de palabra de matrimonio o esponsales;
- 2.- Escritura de separación o disolución de esponsales;
- 3.- Licencias de padres a hijos para casarse;
- 4.- Escritura sobre capitulaciones matrimoniales;
- 5.- Escrituras de capital que introduce al marido al matrimonio ; así como la de carta de pago y recibo de dote en virtud de capitulaciones matrimoniales;
- 6.- Escritura de dote confesada y de aumento de la misma; además, la del aumento de arras, y de donación esponsalicia.

Luego, en el año de 1860 fue promulgado el primer Código Civil Salvadoreño, en el que se hace una ampliación detallada del consorcio, a través de los 44 artículos relacionados con el mismo; además, le dedica cuatro capítulos referidos a: La naturaleza del

(1) RODRIGUEZ, Ob. cit. pp. 38-39.

matrimonio, la actitud para contraer matrimonio, las diligencias preliminares a la celebración del matrimonio y que estar dividida en la publicación del mismo y en la denuncia de impedimentos (1), y la celebración de esa unión entre un hombre y una mujer.

Este código establecía en el artículo 120 que "una ley especial determinará las formalidades y requisitos con que deben contraerse en el territorio de la República los matrimonios entre personas que no profesen la religión católica"; por lo que el 4 de mayo de 1880 fue decretada la Ley reglamentaria del matrimonio Civil, la cual modifica el artículo 104 del Código Civil vigente en esa época, al suprimirle las palabras "actual" e "indisolublemente".

Pero el 31 de marzo de 1881 fue derogado el artículo 120 del Código Civil de 1860, porque como dice Don Belarmino Suárez (2) "los legisladores empezaron a separar lo civil de lo canónico ya que las leyes relacionadas con el matrimonio tenían esa influencia".

El año de 1893, fue modificado nuevamente el artículo 104, al suprimirle la expresión "para toda la vida"; y el 4 de agosto de 1902 fue suprimido totalmente porque involucraba "una definición incompleta y defectuosa" (En la edición de 1893, era el

(1) IMPEDIMENTOS, Obstáculos legales que se oponen a la celebración del matrimonio.

(2) SUAREZ, Ob. cit. pp. 71

Artículo 99).

El Código de 1860, en lo que se refiere al matrimonio, sólo era para las personas que profesaban la religión católica ya que la autoridad eclesiástica declaraba válido el matrimonio, y determinaba los impedimentos que eran acatados por las autoridades civiles.

En el año de 1902, se consideró al matrimonio como un "contrato sui generis" (en su género), con reglas y características específicas; y que según el Dr. Napoleón Rodríguez Ruiz (1), era "un contrato en el cual las condiciones, obligaciones y reglas a que los contratantes se someten no dependen de la voluntad de ellos, sino de la ley que ha creado la institución". Y en el Código Civil vigente no se habla de la naturaleza del matrimonio, excepto el título IV del Capítulo I cuyo nombre es "La Naturaleza Jurídica del Matrimonio"; pero el contenido de los artículos del 97 al 100 no hace referencia a esa "naturaleza", sino que a la capacidad de los contrayentes, a que éste se constituye por el "libre y mutuo consentimiento", al valor del matrimonio civil con relación al religioso, y a las penas en que incurren los ministros de culto, al casar a una pareja, sin haber recibido la certificación de que se realizó el "matrimonio civil" correspondiente.

Además, el artículo 99 se refiere a los efectos civiles

(1) RODRIGUEZ, Ob. cit., pp.41.

del matrimonio, con relación a la persona y bienes de los cónyuges y sus descendientes, los que serán regulados por las prescripciones de este Código Civil (reformado en 1971)

El resto de artículos del Título IV, hacen referencia al matrimonio, en lo que se refiere a las aptitudes para contraerlo, a los impedimentos y a la celebración del mismo.

El matrimonio como Contrato. Se han dado diversas opiniones con relación a la naturaleza del matrimonio, por lo que considero necesario analizar algunas posiciones para luego plantear la conclusión del presente trabajo.

Según Gautama Fonseca (1), en la obra de Derecho de Familia, sostiene que:

"La doctrina clásica considera que el matrimonio es un contrato nudo que requiere del acuerdo de voluntades para nacer, atribuyéndole, además el carácter de solemne, porque su perfeccionamiento exige que el consentimiento se otorgue con formalidades especiales.

Este parece tener sus orígenes en el Derecho Romano, en el cual el vínculo se formaba por el sólo acuerdo de los contrayentes, sin que fuera necesaria ninguna formalidad exterior.

Pero en vista de que esta ausencia de formalidades facilitaba la bigamia y no ofrecía ninguna seguridad acerca del estado civil de los cónyuges o de sus hijos, desde fines del Imperio la Iglesia hizo obligatorias las publica-

(1) FONSECA, Ob. cit. pp. 42.

ciones o proclamas para posibilitar las operaciones en caso de existir impedimentos.

Más tarde, en 1563, el Concilio de Trento resolvió que en lo sucesivo la celebración del matrimonio sería pública, ya que debería efectuarse ante párroco competente y en presencia de testigos. Surge así pues, la concepción del matrimonio como un contrato solemne, que luego fue ampliamente desenvuelta por canonistas y civilistas y que alcanzó una gran difusión tanto en Europa como en América desde que la Revolución Francesa la adoptó como un dogma.

Con todo, los sostenedores de esta teoría, teniendo en cuenta que en el matrimonio no concurren las características que son esenciales para la existencia de los contratos ordinarios, afirman que no se trata de un contrato puro y simple, sino de un contrato sui generis, especialísimo, en el que el elemento básico es el casamiento..."

Como puede verse, las bases para la concepción del matrimonio-contrato están en el Derecho Romano, y en la antigüedad de la humanidad (hace más de 5.000 años).

Esta posición fue defendida por los canonistas y que según Guillermo A. Borda (1), quien dice:

"... lo sostuvieron para dignificar la unión del hombre y la mujer superando los resabios de la coeatio y el usus romanos y para combatir los matrimonios de conveniencia, hechos por los padres sin consultar la voluntad de los hijos; el matrimonio debía, pues, fundarse en el amor y en la libre decisión de los interesados. Los jesuitas liberales de la Revolución Francesa vieron en esta idea un apoyo para el divorcio, pues tratándose de un con

(1) BORDA, Ob. cit. pp.18

trato, las partes podrían dejarlo sin efecto de común acuerdo."

Con esto vemos que las razones han sido más que todo de "conveniencias" y no razones de índole jurídico, según se determinó de las citas textuales expuestas.

Sin embargo, Gautam Fonseca (1) dice que la concepción parte de "una base falsa" porque deja sin explicar los problemas fundamentales del matrimonio:

- 1.- La voluntad privada no es por sí misma eficaz para constituir la unión, ni para crear, modificar o extinguir alguna relación jurídica familiar;
- 2.- No determina el carácter con que interviene el Estado en el acto matrimonial;
- 3.- No pueden ser objeto de convención contractual las relaciones personales y familiares, porque quedan fuera del comercio humano.

Por su parte, Manuel Somarriva Undurraga (2) sostiene que:

"El contrato se caracteriza tanto porque las partes, si bien son ciertas limitaciones, son

(1) FONSECA. Ob. cit. p. 42.

(2) SOMARRIVA, Undurraga Manuel, Derecho de Familia, 2a. Edición, Editorial Nascimento, Santiago (Chile), 1963, pp.18

libres de reglamentar sus efectos cuanto por su vida efímera y fugaz, características que no encontramos en el matrimonio, el cual entra a regir una situación permanente y donde las partes nada pueden hacer ante la voluntad del legislador que hasta en sus menores detalles reglamenta los efectos que de él se derivan".

Similar posición ocurre con Guillermo A. Borda (1) que sostiene "que el matrimonio no puede ser contrato porque en este hay una declaración de voluntades comunes destinadas a regular los derechos de las partes; en cambio en el consorcio los derechos son fijados por el Código Civil". Otro aspecto es que los contrayentes no pueden apartarse de las prescripciones de orden público:

1.- No basta la voluntad de las partes ya que el acto será válido sólo que los declare unida una autoridad competente; forma parte del mismo; por lo que se deduce que tiene parte de contrato, pero también de institución, aspecto al que se hará referencia en el siguiente apartado.

El matrimonio está considerado como un contrato porque requiere del acuerdo de voluntades de los cónyuges, sin la cual no puede celebrarse el consorcio o no tendría validez como tal.

El Matrimonio como Institución.. Está considerado como institución porque es un conjunto de reglas que tienen como finalidad exclusi-

(1) BORDA. ob. cit. pp. 53-54

va regir la organización social de los sexos y por cuya virtud se constituye un hogar; es decir se forma una familia.

También porque en él concurren todos los elementos que lo integran y se exterioriza por la acción común de los contrayentes, denominada a constituir una familia.

Es decir, que el matrimonio lo que se propone es fundar una familia, crear una comunidad plena de vida, concebir hijos, educarlos; es un elemento vital de la sociedad. Por lo anterior está considerado como una institución y no como un contrato aún cuando requiera del consentimiento voluntario de los contrayentes.

Con relación al hecho de que el matrimonio tiene objetivos y finalidades que hacen considerarlo como una institución y no como un contrato, hay diversidad de opiniones, entre las que se encuentra la del Dr. Napoleón Rodríguez Ruiz (1) quien al referirse a la finalidad del matrimonio dice:

"... en los contratos siempre hay un interés patrimonial y los propios contrayentes pueden fijar los alcances de ese interés, pueden modificarlo, sujetarlo a condiciones; en cambio en lo matrimonio hay una alta finalidad espiritual, pues tiende a crear una familia, célula vital en la estructura del Estado, y a dignificar las relaciones sexuales de los hombres. Esa finalidad está basada, por lo tanto en un interés superior que toca directamente con el orden público de una sociedad:

(1) RODRIGUEZ, Ob. cit. pp.9

Los contratos en general se sujetan a promesas, ofertas, opciones, 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 las leyes..."

El régimen de la autonomía de la voluntad. En esto estriba fundamentalmente a nuestro juicio, la diferencia sustancial entre el matrimonio y el 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 solamente el acto."

A demás añade que "no se pueden establecer condiciones para la vida matrimonial; se está sujeto a un régimen jurídico preestablecido por el Estado (derechos, obligaciones, condiciones)".

Por lo expuesto, se determina que el matrimonio no puede ser un contrato; sin embargo, se hace necesario hacer la comparación entre contrato e institución para que haya claridad sobre cuáles son las características entre ambos términos. Luego se citarán otras teorías con relación al matrimonio.

Diferencias entre Contrato e Institución. Estas diferencias han sido extraídas de la obra Tratado de Derecho Civil Argentino de Guillermo A. Borda (1). Esas son las siguientes:

(1) BORDA, Ob. cit., pp. 54-55.

1.- El contrato es una especulación; en cambio la institución es un "consortium" en el que todos los intereses son coincidentes;

2.- La igualdad es la ley del contrato; por el contrario, quien dice "consortium", dice organización y disciplina: la jerarquía es la ley de la institución;

3.- El contrato es una mera relación y en consecuencia sólo produce efectos entre las partes; la institución es una entidad, y, por tanto, se impone tanto a las partes como a terceros;

4.- El contrato es una relación exterior a los contratantes, un lazo de obligación, "vinculum juris", la relación institucional es una interiorización;

5.- El contrato no es más que una tregua en la batalla de los derechos individuales; la institución es un cuerno cuyo destino es ser compartido por sus miembros; en otras palabras, el contrato es el producto de la concurrencia, la institución es un producto de la comunicación;

6.- El contrato es precario, se deshace como se ha formado y toda obligación está destinada a extinguirse con el pago; la institución está hecha para durar, para perpetuarse, desafía la muerte.

7.- El contrato es rígido, estático; la institución se a

lanta;

8.- El contrato es una relación subjetiva de persona a persona; las relaciones institucionales son objetivas y estatutarias.

Otras Teorías Sobre El Matrimonio. Este no sólo es considerado como matrimonio -contrato o matrimonio-institución; sino que hay otras teorías tendientes a darle su verdadera naturaleza de acuerdo con las características del consentimiento de los contrayentes, la influencia del Estado, el interés constitucional y a la indisolubilidad del enlace.

Con base en ello, se han adaptado varias oposiciones con relación al consorcio;

1.- Como un Contrato de Adhesión: porque no se pueden establecer de común acuerdo, los derechos y obligaciones individuales; sino las que determinan el Estado, por medio de las leyes respectivas. Esta es una variante del matrimonio -contrato que ya fue expuesto en párrafos anteriores.

2.- Como Acto de Poder Estatal: porque el interés en la constitución de las relaciones familiares es también el interés estatal, por lo que se dice que el matrimonio es constituido por acto del Poder Público.

3.- Como Acto Jurídico Mixto: Porque se constituye con

el consentimiento de los consortes (1) y con la intervención del Estado; sin cuya participación no sería legítimo. Además, se considera que no es un acto exclusivamente privado ni un acto eminentemente público; esto requiere de ambos.

Expuesto lo anterior considero que la teoría que más se adapta al matrimonio practicado en El Salvador, es la que se refiere al Acto Jurídico Mixto porque no puede considerarse como una institución, aún cuando en su estructura matrimonial tenga dichas características; pero si hay intereses pecunarios deja de considerarse como tal. Tampoco es contrato por lo que ya se ha planteado; sino que por el contrario, participa de ambas teorías y además, para ser válido necesita de la aprobación por parte del Estado, a través de los funcionarios; Gobernador Político o Alcalde Municipal, o de un notario. Por consiguiente, el matrimonio es una gama de características de diversas teorías las que están incluidas en el Acto Jurídico Mixto.

(1) CONSORTES, es sinónimo de contrayente o cónyuge.

CAPITULO IV

CAPACIDAD DE LOS CONTRAYENTES

En este capítulo se pretende resolver la segunda interrogante del problema, y que se refiere a la influencia que pueda ejercer la capacidad de los contrayentes sobre la existencia del matrimonio institucionalizado.

Para ello, se plantea la hipótesis de que: "la capacidad de los contrayentes es vital para la existencia del matrimonio institucionalizado".

Naturalmente que debe tenerse en cuenta las condiciones requeridas para la existencia del mismo, como el caso que no se haya celebrado ante autoridad competente o ante un notario. No tiene valor existencial por lo que no requiere de la intervención del Estado para considerarlo inexistente.

También cuando el connubio se realiza entre parientes consanguíneos en cualquier grado de la línea recta.

En cambio, la validez consiste en que los contrayentes reúnen los requisitos o condiciones que según el derecho evitan que el enlace no esté viciado. No deben existir impedimentos y el consentimiento tiene que ser libre y espontáneo. Para invalidarlo se necesita la intervención de la autoridad competente que dictará

la anulación; en caso contrario, será válido.

Para la validez del matrimonio se consideran las calidades de los contrayentes en sí mismos, y los requisitos que atañen al modo de cómo ha de celebrarse el consorcio; por lo menos mientras no se comprueba violación alguna a los impedimentos establecidos en el Código Civil vigente, y cuyo análisis se hará en las páginas posteriores.

Con respecto a la existencia y a la validez del consorcio, Luis Claro Solar (1) dice que:

"Las condiciones o requisitos que se exigen para la existencia del matrimonio no son los mismos que se necesitan para su validez. Un matrimonio puede ser malo y producir, sin embargo, efectos civiles, porque existe a los ojos de la ley, aunque lleve en sí un vicio que pueda dar lugar a la declaración de su nulidad y, como consecuencia a su disolución; mientras que un matrimonio que no tiene existencia a los ojos de la ley no puede producir efectos jamás (sic)".

Sin embargo, puede hacerse la división de los requisitos para la validez del matrimonio de acuerdo con las aptitudes físicas, intelectuales y morales, indispensables para alcanzar los fines de la unión conyugal; es decir, que están referidos a calidades y circunstancias.

(1) CLARO, Soler Luis, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado, T.I. Establecimiento Poligráfico Roma, Santiago de Chile, 1898, pp.296.

El aspecto físico en la elección parece de lo contrario no se debía ignorar la procreación; capacidad de razonamiento, porque ésta supone un estado permanente de responsabilidades y deberes a que es necesario atender, y sólo "en su sano juicio" puede hacerse; y moral, porque el matrimonio está vinculado con la sociedad, y siempre debe responder a la moralidad y respetar sus reglas y sus valores.

De lo anterior se desprende que las condiciones necesarias para contraer matrimonio, pueden dividirse en la validez o en la existencia del mismo.

La falta de alguna de estas condiciones constituye obstáculo legal para la celebración del matrimonio; y en caso que éste se realizara, puede anularse o bien darse como válido, dependiendo de la infracción. A esto se le llama impedimento, que pueden ser:

1.- Dirimante, que proviene del vocablo "dirimere" (anular). Son aquellos cuya violación produce la nulidad del matrimonio, siempre y cuando sea solicitado por persona competente y de acuerdo con los artículos del 123 al 128 del Código Civil vigente.

2.- Impedientes, cuando la violación no afecta la validez del matrimonio, pero sí permite la acción penal contra los transgresores.

Con respecto al origen de los impedimentos, estos surgieron en el Derecho Canónico y luego pasaron a los Códigos Civiles de Francia, España y América Latina; así como a otras naciones. Aptitud Para Contraer Matrimonio. Para determinar cuáles son las aptitudes necesarias para que pueda celebrarse el acto de unión jurídica entre un hombre y una mujer, ante el notario o el funcionario competente, se han tomado las condiciones establecidas en los artículos 102 y 103 del Código Civil vigente, y que están referidos a los absolutamente y relativamente incapaces para contraer nupcias.

Las aptitudes son las siguientes:

- 1.- El varón que haya cumplido dieciséis años y la mujer que haya cumplido catorce;
- 2.- Los que se hallen en el pleno derecho y ejercicio de la razón;
- 3.- Los que gocen de potencia física para que por medio del concubito puedan procrear;
- 4.- Los que estén completamente desligados de vínculos matrimoniales anteriores; que éste haya sido disuelto jurídicamente ;
- 5.- Los que no sean parientes consanguíneos en cualquier grado de la línea recta, ni sean hermanos carnales, paternos o uterinos (maternos);

6.- Los que no sean auteros o cónulicos en lo ruante del cónyuge de alguno de los contrayentes.

Las anteriores circunstancias, vistas desde un ángulo negativo constituyen lo que en doctrina se conoce con el nombre de impedimentos dirimentes; desde luego que un matrimonio celebrado con inobservancia de cualquiera de los mismos, adolece de nulidad tal como se verá oportunamente.

Los cuatro primeros son impedimentos dirimientes absolutos, y los dos restantes constituyen los relativos.

Aparte de los anteriores situaciones existen otras, que si bien es cierto no traen como consecuencia la nulidad del matrimonio provocan otras consecuencias, siempre de orden civil; estos son los impedimentos irredientes y que se citarán a continuación.

1.- Los que siendo viudos cumplan con los requisitos establecidos en los artículos del 177 al 181 del Código Civil vigente (luego se hará un análisis de esos artículos);

2.- Los menores que hayan obtenido el consentimiento de la persona correspondiente;

3.- El curador o tutor que haya administrado los bienes de su contrayente, y cuya cuenta haya sido aprobada por el juez, con audiencia de un curador especial, tal como lo establece el artículo 115 del Código Civil vigente.

4.- 1.º descendientes del tutor o curador, cuando éste haya rendido cuenta ante el juez que la da por aprobada; esto sería ante la presencia de un curador especial.

La contravención o violación de alguno de los numerales referidos o los impedimentos dirimientes o impedientes pueden provocar la nulación del matrimonio o bien darlo como válido si la falta no fuese grave; según se trata de un impedimento dirimente o impediente.

Esas condiciones o aptitudes constituyen los obstáculos o impedimentos legales establecidos en las leyes civiles de El Salvador.

Impedimentos Dirimientes.- Como se dijo anteriormente, son los que pueden provocar la nulidad de un matrimonio existente, siempre que exista el obstáculo o impedimento.

Tienen como finalidad prevenir la celebración de matrimonios inconvenientes para la sociedad; y si el acto se efectúa, crean las condiciones para que éste sea anulado.

Los más comunes son la impubertad; falta de razón o demencia; impotencia física patente, perpetua e incurable, vínculo matrimonial no disuelto; los parientes consanguíneos en cualquier grado de la línea recta y los hermanos carnales, paternos y maternos; autores o cómplices de la muerte del cónyuge de algunos de ellos; distinto sexo.

Estos impedimentos han sido conocidos desde la antigüedad,
y según Arturo Valencia Zea (1), en el pasado:

"... se exigía entre los contrayentes, no sólo la diferencia de sexo, sino también la posibilidad de procrear, pues se partía del concepto de que el matrimonio, fuera de ser la unión estable de dos seres, tenía también como finalidad esencial la procreación. Por ello se anulaban los matrimonios que por defectos del hombre o de la mujer no pudieran crear, aún cuando los cónyuges pudieran cohabitar".

Por lo que el mismo autor señala que "no pueden contraer matrimonio: los eunucos, los varones que han sufrido vasectomía doble, las mujeres que carecen de ovarios o de útero o ambos órganos, y la que no puede tener coito".

Pero antes de continuar con las opiniones de otros autores, se hará un análisis de cada uno de los impedimentos mencionados. Los absolutos:

1.- Impubertad. Esto se refiere al varón que no ha cumplido los dieciséis años y la mujer que no ha cumplido los catorce; estas edades mínimas han sido impuestas por la misma naturaleza ya que antes de esos límites son raros los casos en que se inicia la pubertad.

También porque el objetivo de la unión es la procreación,

(1) VALENCIA, Zea Arturo, Derecho Civil (Derecho de Familia), t.V, s/c, Editorial Roque Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1962, s/np.

y con ello se pudieran provocar unidas y trascendentes que puedan ser funestas para los contrayentes o sus descendientes.

Y porcu se requiere del suficiente juicio, propio de una naturaleza más o menos formada, para comprender la trascendencia del acto.

Además, se requieren nuevas obligaciones y deberes para los cuales debe tenerse la suficiente entereza y capacidad para afrontarlos y tratar de resolverlos.

Sin embargo, el artículo 162 del Código Civil vigente, determina las excepciones en las que este impedimento a pesar de existir, no puede anular el matrimonio; esas salvedades son las siguientes:

a. Cuando siendo púberes hubieran vivido juntos siquiera un día después de la fecha de celebración del conubio;

b. Cuando siendo impúberes, es decir, si la mujer no ha cumplido doce años y el hombre catorce, viven juntos un día después de haber llegado ambos a dichas edades; y

c. Cuando la mujer haya concebido antes de la pubertad, en cuyo caso no puede negarse la aptitud de los dos contrayentes para la realización de la unión conyugal dentro del sistema jurídico del país.

Es decir que los tres casos anteriores permiten la vali-

das del matrimonio aún cuando el irrevocable exista. Esto es por razones de orden lógico y como medida de protección del enlace matrimonial realizado; con ello se protege a la sociedad, a la familia y a los descendientes de ese tipo de uniones.

2.- Falta de Razón. Esta causal de nulidad o impedimento dirimente, no es muy específica tal como aparece redactada en el artículo 102, del inciso primero, del Código Civil vigente; ya que "faltos de razón" hay una gran variedad de casos, y como dice Gutama Fonseca :

".....no pueden contraer matrimonio los oligofrénicos, estos es los imbéciles, débiles mentales e idiotas; los dementes, bien sean seniles, paralíticos, epilépticos, sifilíticos, alcohólicos, etc., los enajenados mentales llamados comúnmente locos, cualquiera que sea su tipo; maniaco-depresivos, delirantes crónicos, locos, epilépticos, delirantes paralíticos, etc.; ni en general todas aquellas personas que al tiempo de la celebración del matrimonio no estén mentalmente sanas o que han perdido, aunque sea en forma pasajera, el dominio de sí mismo, como el sonámbulo, el toxicómano, el ebrio, el que obra bajo la sugestión hipnótica o bajo un estado de confusión, exaltación o delirio".

Por lo anterior, se comprueba que la concretización del artículo 102, no especifica con claridad en qué circunstancias podría considerarse a "un contrayente como falta de razón"; sin embargo, puede tomarse como guía lo citado textualmente porque explica un detalle los casos de "faltas de razón".

El fundamento principal que se analiza, se considera como un complemento del artículo 97 del Código Civil vigente que dice: "El matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes.....". Para ello se requiere el raciocinio porque la unión implica derechos y deberes que deben cumplirse y resolverse.

Otra de las razones es porque el conubio tiene como finalidades: la unión sexual, la procreación y ayuda mutua; cuestiones que no pueden darse cuando hay falta de raciocinio.

El mismo artículo 97, antes citado, plantea que el matrimonio "....., se entiende contraído por toda la vida de los consentes....."; con ello se sobreentiende que descarta el hecho de que un loco en un momento lúcido pueda casarse ya que el matrimonio cumple sus finalidades no en circunstancias de transitoriedad, sino que para toda la vida y en forma continua.

3.- Importancia Física. El inciso tercero del artículo 102, del Código Civil vigente, establece que son absolutamente incapaces para contraer matrimonio: "Los que adolezcan de impotencia física para el concubito, de una manera patente, perpetua e incurable".

Esa impotencia puede ser natural o intrínseca y casual o extrínseca; es decir, que puede provenir de algún defecto de la naturalidad (estrechez de la mujer, edad antes de la pubertad), o los

hombres con deficiencias físicas congénitas, y la causada por algún accidente (castración o amputación de los testículos, y la falta de ovarios o matriz o ambos órganos en la mujer).

También la impotencia puede clasificarse en perpetua y temporal, según desaparezca con el tiempo (impúberes) o que pueda curarse por medios ordinarios o extraordinarios que no impliquen un peligro para la vida de la persona; o en el caso de que "desaparezcan las esperanzas de que la incapacidad deje de existir (caso de los eunucos)".

Además, este impedimento dirimente puede ser absoluto o relativo, según que el padecimiento del hombre con respecto a cualesquiera mujeres, o a la mujer con relación a cualesquiera mujeres, o a la mujer con relación a cualesquiera de los hombres; y la impotencia que un hombre o una mujer sufren con respecto a un hombre y una mujer determinados.

La aplicación de este impedimento es valioso porque garantiza una finalidad del matrimonio: la unión sexual, que puede traer como consecuencia la procreación. Pero en el caso del artículo 102, numeral tercero, del Código Civil vigente, tiene deficiencias en cuanto a la redacción porque no especifica qué impotencia por lo que según José Mauricio Rodríguez (1), en el Artículo "La

(1) RODRIGUEZ, José Mauricio, "La Capacidad para contraer Matrimonio", Revista Ciencias Jurídicas y Sociales (Órgano de divulgación científica de la Asociación de Estudiantes de Derecho, AED) Nueva Época, T.I, N° 1 Editorial Universitaria, San Salvador, El Salvador, 1974, pp.103

Capacidad para contraer matrimonio", sostiene que "sólo se refiere a la imposibilidad de copulación o impotencia cocunci". Además, el numeral citado se refiere a una impotencia "perpetua e incurable" lo que provoca una repetición de significado porque bastaría con decir "perpetua", o bien sólo decir "incurable", pero no son necesarios ambos términos.

4.- Vínculo Matrimonial No Disuelto. Este impedimento es para contrarrestar jurídicamente, la realización de la poligamia o la poliendria. El matrimonio que se contraiga por alguien que está casado, adolecerá de nulidad tal como lo establece el artículo 162 del Código Civil vigente. Por otra parte el artículo 267 del Código Penal vigente establece literalmente lo siguiente: "el que contrajere matrimonio sin hallarse disuelto el anterior, será sancionado con prisión de seis meses a dos años". Como puede observarse la bigamia es sancionada por las leyes salvadoreñas, tanto civiles como penales.

Con este impedimento se exige que el contrayente quede libre de todo lazo conyugal anterior, para poder realizar o celebrar un segundo connubio.

En tal sentido, se establece en el artículo 144, del Código Civil vigente, que "existe la separación legítima de los casados autorizada por un juez ..., quedando disuelto el vínculo matrimonial"; además, el mismo código establece que antes de volverse a casar, el divorciado deberá realizar un inventario de los bie

nes que administra, con la intervención de un curador especial (segundas nupcias, artículos 177 al 181 del Código Civil).

No se especificará mayor cosa sobre el divorcio porque éste en sí, es motivo de una investigación especial; además no es parte del problema del tema desarrollado en el presente trabajo.

Los impedimentos dirimentes relativos:

1.- Parientes Consanguíneos. El artículo 103, en los numerales 1 y 2 dice textualmente: "Los parientes por consanguinidad, en cualquier grado de la línea recta" y "los hermanos, sean carnales, maternos o uterinos", son incapaces de contraer matrimonio.

Estos impedimentos más que todo tienen su base en la moral y en las buenas costumbres, y su finalidad es evitar la unión entre ascendientes y descendientes, o entre hermanos y parientes maternos o carnales; lo cual está pensado por el Código Penal de El Salvador que en el artículo 171 dice literalmente: "El acceso carnal entre ascendientes y descendientes o entre hermanos, será sancionado con prisión de uno a tres años. Si el incesto se realizara con menores de dieciocho años la sanción será de dos a cinco años de prisión. En este último caso quedará sometido a las medidas tutelares que la ley especial establece".

Como puede leerse, hay protección de las leyes civiles y penales del país, para la realización del acto de unión entre un hombre y una mujer, en lo que respecta al parentesco consanguíneo.

Naturalmente que la ley no establece limitaciones en lo que respecta a los parientes colaterales como tíos, sobrinos y sus descendientes, primos hermanos y cuñados; por lo que se puede considerar como válida la celebración del conubio entre éstos.

2.- Autores o Cómplices de la Muerte del Cónyuge de Alguno de los contrayentes. El artículo 103, numeral tercero dice que "Son incapaces para contraer matrimonio entre sí, los autores o cómplices de la muerte del cónyuge del alguno de ellos. Este impedimento al igual que el anterior tiene su base en la moral de la sociedad. El régimen establece que para considerar al cónyuge como autor voluntario o cómplice de homicidio del cónyuge del otro contrayente, es necesario;

a.- Que se trate de un homicidio consumado va que la simple tentativa no es suficiente para impedir la realización del acto matrimonial (siempre que reunan los demás requisitos establecidos por la ley);

b.- Que la complicidad o autoría haya sido premeditada por la persona responsable; que se haya dado la planificación previa para llevar a cabo la acción; sin embargo, hay casos en que puede cometerse el asesinato por imprudencia por lo que no ha sido deliberadamente. Además, hay situaciones en las que se asesina a otra persona por "estado de necesidad" como el de cumplimiento del deber en la orden de "fusilamiento", por ejemplo. En otros lugares se da también el homicidio en duelo, el cual no es conside-

rado como una acción voluntaria sino "por honor y estado de necesidad".

c.- Que el imputado contrayente haya sido judicialmente condenado. Este impedimento involucra al autor y al cómplice porque la acción ha sido realizada voluntariamente, y ambos han sido condenados por el homicidio cometido en la persona del cónyuge de uno de los contrayentes, en perjuicio del otro.

Se funda en el hecho de que "el deseo de contraer matrimonio induzca a la persona que se encuentra ligada a otra a la realización de proyectos criminales para conseguir su objetivo", según lo aseverado por José Mauricio Rodríguez (1), en el artículo sobre "La capacidad para contraer matrimonio."

3.- Consentimiento de los Contrayentes. El consentimiento es válido cuando se expresa con discernimiento, intención y libertad; en caso contrario, la celebración del acto quedará inválido como por ejemplo: cuando hay error, dolo o violencia, condiciones que afectan la voluntad de uno de los contrayentes. En caso ocurriera, el cónyuge afectado puede pedir la nulidad del vínculo matrimonial.

El consentimiento en el matrimonio puede ser viciado por los efectos siguientes:

a.- Error en la persona; creer falso lo que es verdadero

(1) RODRIGUEZ, Ib. idem, pp.105.

v viceversa. Esto puede darse en la identidad física, civil y cualidades esenciales del contratante.

Naturalmente que el error en la persona puede darse como dice José Arias (1), en la forma siguiente:

"o) Error. Con igual reserva, nos remitimos a los principios generales aunque aquí el error es más preciso, pues sólo puede recaer sobre la identidad o sobre la persona civil.

1) La Identidad. En primer término queda viciado el consentimiento cuando media error sobre la identidad del individuo físico. Este error es el material, de hipótesis difícil de concebir aunque la historia y la leyenda presentan ejemplos: El caso de Brunilda entre Sigfrido y Gunter; Francisca de Pimini, entre Pablo y Giannoto Malatesta, etc.

2) La Persona Civil. En segundo lugar, el error sobre la persona civil (error sobre el cual según Babiloni nadie sabe nada) importa análogo vicio.

Pedro Lombardo y Graciano distinguía cuatro especies de errores: error personas (Juan por Pedro); error qualitatis (bueno por malo); error fortunas (rico, por pobre) y error conditionis (libre, por servil)".

En lo textual queda expuesto cuántas clases de errores pueden considerarse y cuáles son los más usuales. Sin embargo, el Código Civil de El Salvador establece en el artículo 182, numeral primero, lo siguiente: "El contrato por error en la persona,...."

(1) ARIAS, José, Derecho de Familia, 2a. Edición, Editorial Guillermo Kraft, Buenos Aires, Argentina, 1952, pp. 120.

Este matrimonio no se considera válido jurídicamente.

En lo que respecta al error en la persona, éste puede darse en dos formas:

a.- El referente a cualidades como la condición social, rango, costumbres, carácter, estado civil, origen racial, nobiliario o familiar;

b.- Con trata de las cualidades dependientes como la fortuna, la hermosura o belleza, las virtudes de la persona, condición de nacionalidad, condiciones de soltería y de viudez, y otros. Estas no son suficientes para excluir el consentimiento esencial relativo a la persona ya que no hay cambio en el otro contrayente.

Sólo se procederá a la nulidad del matrimonio con la petición del cónyuge que hubiere sufrido el error, tal como lo determina el artículo 164 del Código Civil vigente.

El mismo código, en el último párrafo del artículo 162, dice literalmente: "Será, no obstante válido el matrimonio a que se refiere el inciso tercero, del artículo 162, si hubiesen transcurrido tres meses de cohabitación de los cónyuges desde que se conoció el error en la persona..."

Otra razón por la que puede viciarse el consentimiento y que aparece mencionado en el artículo 162, numeral tercero, es el de "consentimiento por coacción o miedo grave." También en este caso

so el matrimonio se considera válido cuando después de tres meses de transcurrido el motivo (coacción o miedo grave), el cónyuge inocente no solicitare nulidad del acto de unión conyugal. Para proceder a la nulidad del enlace matrimonial se requiere la petición del contrayente afectado.

Pero en el caso de violencia física en la que por ejemplo "se obliga a un o de los contrayentes a firmar el acta matrimonial, sin la acción voluntaria", el matrimonio es inexistente. Caso similar ocurre cuando uno de los contrayentes acepta la unión, bajo hipnosis, porque no actúa voluntariamente.

En cambio, la violencia moral hay una manifestación voluntaria, aunque no sea libremente determinada. Esta permite la nulidad del matrimonio. Tal es el caso de dar a conocer una actitud dudosa de un padre o de una madre, de quien se tiene la idea de una reputación intachable; pero que se presiona a uno de los cónyuges para que acepte la unión conyugal so pena de difundir la realidad de los antecesores.

Las condiciones de violencia pueden ser: la amenaza de un mal que por su naturaleza sea capaz de producir una impresión fuerte en persona de sano juicio tomando en cuenta edad, sexo y condición; que el mal sea irreparable y grave para la persona o alguno de sus descendientes o ascendientes, tal como lo señala el artículo 1327 del Código Civil vigente.

Como puede leerse, las condiciones de violencia que pue-

de violar el consentimiento de uno de los cónyuges, es válido y sus consecuencias pueden ser de nulidad o de inexistencia del matrimonio.

Aparte de las anteriores situaciones, existen otras que sin ser propiamente un impedimento dirimente, conducen a la nulidad del matrimonio; esto es lo que se denomina: impedimentos impeditivos.

Impedimentos Impeditivos. Son las prohibiciones legales para que ciertas personas puedan casarse, y su violación provoca sanciones civiles y penales. Esto indica que el matrimonio celebrado en estos casos, es válido.

Los impedimentos pueden ser: el consentimiento que requieren ciertas personas para contraer nupcias, el de los tutores o curadores, segundas nupcias y el plazo de viudez, y otros.

1.- Falta de Consentimiento de los Padres, Ascendientes y Curadores

Este impedimento no implica la nulidad en el matrimonio ya que la licencia paternal se estableció para evitar los problemas que se suscitan con el matrimonio; sobre todo por la inexperiencia de la juventud y a la ceguedad de las pasiones que en esa época es más fuerte y más impulsiva.

Esta condición no incluye a los que han cumplido 21 años; ya que éstos no requieren del consentimiento de persona alguna para

la celebración del matrimonio.

La petición de permiso se hace en el orden siguiente:

- a.- Al padre legítimo;
- b.- A la madre legítima;
- c.- A los ascendientes legítimos de grado más próximo.

El impedimento está regulado en los artículos comprendidos del 104 al 114, inclusive, del Código Civil vigente, tiene como finalidad "evitar la unión de menores de 21 años con personas mayores por los problemas que el conuhio ocasiona y para lo cual se requiere analizar y solucionar los problemas, de manera sensata y con base en el raciocinio.

2.- Segundas Nupcias. Esta regulado en los artículos comprendidos del 177 al 181 del citado código. Este impedimento permite establecer si el conyugente no administra bienes de los hijos habidos en el anterior matrimonio. Para ello debe presentar un inventario de sus bienes, el que será arrobado por un juez, en presencia de un curador especial.

Con este impedimento se evita la posibilidad de la administración no conveniente de los referidos hijos.

Incluidos en este obstáculo están el viudo o viuda y el divorciado, quienes en caso de contravención del impedimento citado, perderán el derecho de suceder como herederos abintestado al

hacia otros niños la atribución de. Tal caso se regula mencionado en el artículo 179 del Código Civil.

3.- Plazo de Viudez. Según este obstáculo, la mujer viuda no podrá casarse hasta pasados diez meses de la disolución matrimonial, o menos de haber quedado en cinta, en cuyo caso podrá casarse después del alumbramiento. Con esto se evitan las dudas acerca de la paternidad.

Este impedimento está regulado en el artículo 180 del Código Civil vigente, que textualmente dice: "Cuando un matrimonio haya sido disuelto o declarado nulo, la mujer que está embarazada no podrá pasar a otras nupcias antes del parto, o no habiendo señalado de preñez, antes de cumplirse los trescientos días subsiguientes a la disolución o declaración de nulidad."

La contravención a este impedimento no anula el matrimonio sino que el infractor pierde el derecho a heredar de los hijos los bienes administrativos, de acuerdo con el artículo 179 del Código Civil.

4. Declaración de Administración de Tutores y Curadores. Este impedimento obliga al tutor o curador que desea casarse con su pupilo o pupila, a la declaración del estado de las cuentas que administra, la que será aprobada por el juez correspondiente y ante la presencia de un curador especial.

(Según artículo 115 del Código Civil vigente).

Esto es en el caso de que la pupila o pupilo no haya cumplido su mayoría de edad (21 años). Y según el artículo 115 del Código Civil, esto involucra a los descendientes del administrador de los bienes (tutor) aunque el administrado haya tenido habilitación de edad.

La contravención a este impedimento provocará la pérdida de toda remuneración que por el desempeño del cargo le corresponda, sin perjuicio de las otras penas que las leyes le impongan. En caso que el ascendiente o ascendientes autorizaran el matrimonio entre el pupilo o pupila con el tutor o con los descendientes de éste, el obstáculo no causará efecto y la unión entre hombre y mujer, dentro del marco jurídico, tendrá validez.

Por todo lo expuesto, con relación a las condiciones para contraer matrimonio, la autora considera que se ha comprobado la hipótesis sobre "La capacidad de los contrayentes es vital para la existencia del matrimonio institucionalizado", porque como ha quedado demostrado los impedimentos dirimientes pueden provocar la nulidad del matrimonio o condenarlo como inexistente como cuando contrajeron matrimonio dos parientes consanguíneos, en cualquier grado de la línea recta, o que el acto de unión conyugal se efectuara ante una autoridad no determinada en el Código Civil.

Nulidad del Matrimonio. Según el artículo 162 del Código Civil

no considerará válido el matrimonio que violase los impedimentos de consentimiento de los contrayentes, la impubertad, la falta de razón, la impotencia física, el vínculo matrimonial no disuelto, los parientes consanguíneos, en cualquier grado de la línea recta, los autores o cómplices de la muerte del cónyuge de uno de los contrayentes, y otros; por lo que procederá a su anulación en caso de que se haya celebrado contraviniendo la ley que determina los impedimentos que obstaculizan la realización de la unión conyugal (casos en que no puede celebrarse el matrimonio).

Hay casos como el de casarse sin haber disolución legal del matrimonio anterior o la unión entre parientes consanguíneos, además de la nulidad hay penas establecidas en el Código Penal vigente, artículo 267 y 271 para los transgresores, y otras en las que se pierden algunos derechos, tal como ocurre con los tutores o curadores que contraen nupcias con sus pupilos o como ocurre con los viudos y divorciados, en que pierden la calidad de herederos de sus hijos.

La nulidad del matrimonio, aunque presupone la existencia de un vicio o un defecto coetáneo a su celebración, la aplicación de la teoría general de las nulidades se hace de una manera especial, con peculiaridades específicas.

Matrimonio Putativo Se lo conoce como aparente, y es aquel en el cual a los contrayentes les produce efectos jurídicos cuando exis-

ta buena fe de parte de ambos cónyuges o por lo menos de uno de ellos es decir que produce, efecto jurídico en vista a la buena fe, por lo tanto si uno de los cónyuges va de mala fe el matrimonio produce efecto únicamente para el de buena fe. Por esa razón el matrimonio putativo es nulo. Tal es el caso de la celebración matrimonial ante una autoridad no establecida en el Código Civil; es decir que efectúe la unión una persona distinta a un notario, un alcalde o el gobernador respectivo. Por ejemplo que se celebre ante el Jefe de un Departamento Militar el acto es nulo, de nulidad absoluta a mi modo de ver.

Los elementos del matrimonio putativo son:

- 1.- Que exista un impedimento insalvable;
- 2.- Buena fe, por parte de uno de los contrayentes o por ambos;
- 3.- Justa causa de error.

El matrimonio putativo presenta las siguientes características, con relación a la anulación del mismo:

- 1.- La filiación nacida de este tipo de matrimonio (putativo) se le ha dado legitimidad;
- 2.- A la benevolencia con que se trata al cónyuge que resulte perjudicado con la unión putativa.

Naturalmente que se considera la celebración del acto, con la buena fe de uno de los cónyuges o ambos; es decir, que se ignora la existencia de algún impedimento, por ejemplo: cuando como

el caso que exponía anteriormente o sea que el matrimonio sea autorizado por un jefe de un destacamento Militar del país pero, como se puede observar, requiere la actuación de buena fe de uno de los contrayentes o de ambos (por lo menos uno de los desposados), para que pueda surtir efectos jurídicos.

El matrimonio putativo tiene los efectos siguientes, en lo que se refiere a los contrayentes:

1.- Civiles. Serán valideros mientras subsista el acto realizado; es decir, que el hombre y la mujer que lo realizaran, estarán casados y tendrán los derechos y obligaciones que esto implica; en caso de que uno de los contrayentes lo hiciera de mala fe, los efectos civiles serán sólo para el cónyuge inocente y sus hijos.

2.- Penales. El cónyuge que actúa de mala fe puede ser penado con prisión, tal como lo establecen los artículos comprendidos del 267 al 271 de nuestro código.

Para terminar quiero decir que la palabra Putativo viene del latín putativus, de putare, pensar, reputar adjetivo, reputado o tenido por padre, hermano etc. no siéndolo. (Diccionario de la real lengua española).

Siendo de suma importancia la reforma de nuestro Código Civil en lo que respecta a la autorización al Notario para que pue

da celebrarse el matrimonio ante sus oficios, considero necesario hacer una breve exposición sobre ello de la manera siguiente para lo cual dedico un capítulo especial.

;

CAPITULO V

EL NOTARIO ANTE EL MATRIMONIO

En este apartado se hará referenci- a la función del Notario en la celebración del acto matrimonial; a las condiciones necesarias para contraer nupcias ante Notario; prohibiciones, inhabilidades en la función notarial; casos en que el Notario no puede celebrar el connubio. Para ello, se ha dividido este capítulo en los aspectos siguientes:

1. Generalidades del Notariado. Es una función pública, según lo señala el Artículo Uno (1), de la Ley de Notariado vigente, el que literalmente dice:

"El Notariado es una función pública. En consecuencia el Notario es un delegado del Estado que da fe de los actos, contratos y declaraciones que ante sus oficinas se otorgan y de otras actuaciones en que personalmente interviene, todo de conformidad con la Ley".

"La fe pública concedida al Notario es plena respecto a los hechos que, en las actuaciones notariales, personalmente ejecuta o comprueba. En los actos, contratos y declaraciones que autorice, esta fe será también plena tocante al hecho de haber sido otorgados en la forma, lugar, día y hora en que el instrumento se expresa".

"La fuerza probatoria de todo instrumento notarial se regula de conformidad con las Leyes respectivas".

(1) CORTE SUPRIMA DE JUSTICIA, Recopilación de Leyes, s/e, Imprenta Nacional, San Salvador (el Salvador), 1976.

Como puede verse, el Notario desempeña una función del Estado, y como tal, tiene fe pública en las actividades realizadas dentro de esas funciones.

Este funcionario tiene como instrumentos públicos: La Escritura Matriz, Escritura Pública o Testimonio y las Actas Notariales.

Es importante aclarar que para ejercer la función del notariado, se requiere:

- a. Estar autorizado para el ejercicio de la profesión de Abogado en la República;
- b. Someterse a examen de suficiencia en la Corte Suprema de Justicia, aquellos salvadoreños que hubiesen obtenido su título universitario en el extranjero.

Estos requisitos permiten que la función notarial se ejerza a plenitud y de acuerdo con las Leyes de El Salvador. Naturalmente que hay otros funcionarios, quienes son autorizados para ejercer el notariado; pero no lo pueden hacer en toda su plenitud, sino que de acuerdo con lo establecido por las Leyes dictadas al respecto. Entre esos funcionarios están: Los Jefes de misión diplomática permanente y Cónsules de carrera de la República.

2. El Matrimonio celebrado por Notario. A partir del 29 de febrero de 1972 (1), los Notarios fueron autorizados por Decreto Legis

(1) Diario Oficial Nº 42 , T. 234 del 29 de febrero de 1972

lativo para la celebración de uniones conyugales.

Estas, anteriormente, sólo estaban remitidas para los 261 Alcaldes Municipales y los 14 Gobernadores Departamentales.

Pero, por medio del Decreto Legislativo N° 490, del 10 de febrero de 1972, la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, autorizó a los Notarios para que pudiesen celebrar matrimonios. Para ello, se basaron en lo siguiente: De que la Constitución Política establece que "la familia es la base fundamental de la sociedad" y que como tal "debe ser protegida especialmente por el Estado, el cual dictará leyes y disposiciones necesarias para su mejoramiento, para fomentar el matrimonio y para la protección y asistencia de la maternidad y de la infancia".

Además, consideraron que era necesario "facilitar los trámites para la celebración del matrimonio", con la finalidad de proteger de mejor manera a los hijos.

a) Requisitos para Contratar Matrimonio ante Notario.

Estos son similares a los exigidos cuando la unión conyugal se realiza ante un Alcalde o Gobernador. Así, es necesario: Solicitud de los presuntos contrayentes, certificación de Partida de Nacimiento y la presencia de dos testigos, mayores de 18 años, y que sepan leer y escribir.

También se establecen otros requisitos en el caso de menores de veintiún años, los que aparecen mencionados en el Artículo

121 del Código Civil Vigente. Cuestión similar ocurre en el caso de que uno de los contrayentes o ambos sean de segundas nupcias, viudos o sean tutores o curadores. En todos estos casos deberá seguirse lo establecido en el Artículo 121 del Código Civil Vigente.

Una de las diferencias sería que el Notario otorga Escritura Pública o Testimonio, en cambio los Alcaldes y Gobernadores, extienden un certificado de Acta Matrimonial. Entre cuyos documentos hay diferencias en el contenido y en la redacción; pero en lo que respecta a las cuestiones específicas de los contrayentes, son similares. Tales como los datos sobre cada uno de los contrayentes, edad, estado civil, ocupación, domicilio, número de cédula, y otros. Lo mismo es con relación a los testigos. (Ver Apéndice A).

3. Actuación de los Cónsules Ante el Matrimonio. Estos a pesar de estar autorizados para ejercer la función notarial, no pueden celebrar matrimonios debido a que la autorización para ejercer tal función está limitada a "aquellos que tengan validez en razón de tratados y convenios con otras naciones", según lo señala el Artículo 69 de la Ley de Notariado (1), la que a su vez, en el Artículo 68 dice textualmente:

"La función notarial concedida a los Jefes de

(1) NOTARIADO, Ley de Ob. cit. pp. 221.

Misión Diplomática permanente y a los Cónsules de Carrera, es indelegable; y en cuanto a los primeros, sólo podrá ser ejercido (sic) en el lugar en que la Misión tuviere su asiento, pero únicamente a falta de Cónsules de Carrera o cuando éstos estuvieren imposibilitados o impedidos."

Es decir, que estos carecen de investidura de Notarios porque no poseen grado académico, y sólo han sido autorizados para ejercer esa función pública en beneficio del país. Además, los Cónsules de Carrera llevan libro de Protocolo en general de todas las actividades del Consulado. Este es autorizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores y no por la Corte Suprema de Justicia o funcionarios judiciales correspondientes (Jueces y Magistrados). Este libro de Protocolo del Cónsul de Carrera está constituido por hojas de papel corriente, y no como en el caso del Notario y Abogado, que es papel sellado.

4. Casos en que el Notario no puede celebrar Matrimonio.

Los Notarios pueden celebrar uniones matrimoniales, excepto en los casos prescritos por las Leyes del país. Así, en caso de Artículo Mortis, lo mismo que en el caso de extranjeros que tengan menos de cinco años de residir en el país; los Notarios no pueden autorizar uniones matrimoniales, la razón es que por razones de seguridad para los menores y con la finalidad de conservar la familia, como base de la Sociedad. Todo para proteger a los menores y a aquellas personas cuyos derechos pueden ser negados en caso de que la persona muriera o se alejara del país. Esto impide

a los menores gozar de los derechos que como tales pudieran tener derecho.

Además, los Notarios no podrían dar fe al celebrar la unión entre la persona en caso de muerte y su cónyuge, así como tampoco podría dar fe en el caso de que el contrayente extranjero se fuere del país. En ninguno de los casos anteriores podría subsanarse alguna mala fe que se haya dado durante la celebración del conubio, y que posteriormente se descubriera.

Hay otros casos, pero estos involucran directamente al Notario, como con las inhabilidades de dicho funcionario, tal como aparece señalado en los Artículos del 6 al 9 de la Ley de Notariado (1), los que literalmente dicen:

"Art. 6.- Son incapaces para ejercer el notariado:

- 1º- Los menores de veintiún años;
- 2º- Los ciegos, los mudos y los sordos;
- 3º- Los que no están en pleno uso de sus facultades mentales;
- 4º- Los quebrados y los concursados;
- 5º- Los condenados por sentencia ejecutoria de a una sanción penal, durante el tiempo que señala la sentencia, aún cuando gocen de libertad restringida;
- 6º- Los que por resolución de la Corte Suprema de Justicia fueran inhabilitados o suspendidos para el ejercicio del Notariado".

(1) NOTARIADO, Ley de, Ob. cit, pp. 198-199.

El artículo anterior se complementa con el contenido del artículo siete de dicha Ley, que textualmente dice: "Son causas de inhabilitación, la venalidad, el cohecho, el fraude y la falsedad".

En cuanto a la suspensión del ejercicio del Notariado, se hará mención porque tiene relación directa con los casos en que un funcionario de estos no pueda delinear patrimonio, ya que al ser suspendidos son incapacitados para el ejercicio de tal función. Esto aparece señalado en el artículo 8 de la Ley del Notariado, que dice:

- 1º- Los que por incumplimiento de sus obligaciones Notariales, por negligencia o ignorancia grave, no dieren suficiente garantía para el ejercicio de sus funciones;
- 2º- Los que observaren mala conducta profesional o privada notoriamente inmoral;
- 3º- Los que tuvieran otra de éstas causas por delito doloso que no admita amnistía o por delito excusable mientras no se le haya concedido".

Tampoco podrán autORIZAR matrimonios entre parientes del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, ya que puede existir intereses económicos, políticos o sociales. En caso de celebrarse un matrimonio violando lo señalado en el artículo nueve de la Ley del Notariado, esta unión será anulada.

En todos los casos citados anteriormente, el Notario no puede celebrar uniones matrimoniales ya que en caso de realizarse

das, éstas serán anuladas por las Autoridades Judiciales correspondientes.

Es importante aclarar que entre la celebración del matrimonio por parte del Notario, y los celebrados por Alcaldes y Gobernadores, existen las diferencias siguientes:

- a. Que el Notario le da especial solemnidad a la celebración de la unión conyugal, dándole el cariz de algo sublime e íntimo; en cambio, los otros funcionarios mencionados, afectan los enlaces matrimoniales como algo rutinario y muchas veces, hasta de unión simultánea de tres o cuatro parejas. Esto se da sobre todo, en las Alcaldías Municipales de las poblaciones del interior del país, y de la Región Metropolitana;
- b. El Notario tiene como jurisdicción todo el país; en cambio los Alcaldes y Gobernadores sólo el Municipio o Departamento donde ejercen sus funciones;
- c. Los expedientes matrimoniales de uniones celebradas por Notarios, son archivados en la Corte Suprema de Justicia, conjuntamente con el Libro de Protocolo, cuando éste ha vencido y es depositado en dicho organismo judicial.

Además, se dan otro tipo de diferencias en el sentido de que los Notarios agilizan más los trámites y no son sometidos al burocratismo de la Administración Pública Salvadoreña; en cam-

que los Alcaldes y Gobernadores tienen dicho problema.

Antes de concluir el presente capítulo, se considera necesario hacer un comentario sobre la autorización del Notario para la celebración del acto matrimonial; dicho comentario es que los argumentos citados por los Legisladores salvadoreños entran en contradicción al referirse a la necesidad de "facilitar los trámites", y de "proteger en mejor manera los hijos"; ambas expresiones no son factibles en la realidad del país, ya que los trámites realizados ante un Notario son similares a los realizados ante los otros funcionarios autorizados por la Ley para celebrar uniones conyugales, por lo que la facilitación de dichos trámites no es realidad.

Con respecto a la otra situación, de proteger en mejor manera los hijos, tampoco se cumple al celebrarse ante Notario por que todo depende del nivel de responsabilidad de los contrayentes, no sólo en el instante de la celebración del acto matrimonial sino que durante toda la vida; sin embargo, la realidad es otra ya que no hay tal protección para los hijos, salvo algunas condiciones mínimas señaladas por las Leyes correspondientes.

Por lo anterior, la investigadora considera que los considerandos señalados por los Legisladores no son justificables para autorizar a los Notarios para la celebración del matrimonio. Esto no quiere decir que sea un error el haberlos autorizado; por

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES:

Después de realizada la investigación para determinar si existe en la práctica el matrimonio institucionalizado tal como lo plantean jurídicamente, se concluye en que no existe tal situación porque en El Salvador se practica un conubio en el que hay intereses económicos, sociales y políticos. Pero fundamentalmente, son los intereses pecuniarios los que descartan al "matrimonio como institución".

Esto no se concuerda con toda libertad porque el sistema capitalista que establece las condiciones de propiedad y la producción, determina las condiciones económicas que aún ejercen tan poderosa influencia sobre la elección de los "cónyuges".

En este sentido, se puede afirmar que la primera hipótesis es verdadera porque en El Salvador se practica una forma de conubio en el que están amarrados los intereses pecuniarios y no sólo la simple "inclinación recíproca".

Por lo que la aseveración de que "En la realidad no existe el matrimonio institucionalizado porque hay intereses pecuniarios entre los contrayentes", es válida según la conclusión a la que se llegó en este trabajo.

La otra interrogante planteada sobre si influye la capacidad de los contrayentes en la existencia real del matrimonio institucionalizado, queda resuelta cuando se analizan los impedimentos establecidos por el Código Civil Vigente de El Salvador, que en los Artículos del 101 al 107 y subsiguientes, establece las condiciones necesarias para contraer matrimonio en el país.

Como ejemplo podría citarse el caso de la incapacidad para la procreación o para la unión sexual, en cuyos casos no puede celebrarse el acto matrimonial o se considera inexistente.

En este sentido, la segunda hipótesis sobre que "la capacidad de los contrayentes es vital para la existencia del matrimonio institucionalizado", es válida porque en El Salvador tiene sus leyes que especifican los casos en que puede contraerse matrimonio y en los que no puede llevarse a cabo o en caso se hiciera podría anularse o darse como inexistente, tal como se desarrolla en el Capítulo IV de esta investigación.

Además, de las conclusiones anteriores, se obtuvieron otras que aún cuando no tienen relación directa con las dos hipótesis planteadas, si tienen importancia con el tema desarrollado en esta Tesis.

Esas conclusiones son las siguientes:

1.- Que con relación al valor de la mujer dentro de los

sistemas capitalista y comunista, éste varía a tal grado que éste se considera no como "un instrumento de producción" o como un "motivo de entretenimiento"; sino en igualdad de condiciones con respecto al hombre, con la finalidad de constituir la monogamia pura, tal como se plantea en el Código Civil de El Salvador; pero que en la práctica no se cumple y por el contrario, se viola.

2.- Con relación a la definición de matrimonio, es necesario plantear la que expone en lo personal "la unión legal de dos personas, hombre y mujer, con el fin de convivir y procrear hijos; de compartir los deberes y derechos otorgados por la Ley, y a respetarse mutuamente mientras no sean separados por medio del divorcio".

3.- Esta otra conclusión tiene relación con la naturaleza jurídica del matrimonio, analizada en el Capítulo III, de este trabajo.

Según la autora, el matrimonio practicado en El Salvador no es ni contrato ni institución; sino que un Acto Jurídico Mixto porque en la realización de la unión, intervienen los contrayentes y el Estado, sin cuya intervención no sería válido. Además, ni es público ni es privado, sino que participa de ambas situaciones.

Esas son las conclusiones principales, obtenidas durante el proceso investigativo sobre el Matrimonio como Institución.

RECOMENDACIONES:

Además de las conclusiones obtenidas, se encuentran algunos problemas de tipo semántico en los que se detectó confusividad.

Y de los cuales se hacen las recomendaciones siguientes:

1.- Ampliar las investigaciones sobre el matrimonio en El Salvador, incluyendo los aspectos relacionados con los Esponsales, Divorcio, Concubinato, Segundas Nupcias, Impedimentos y su Aplicación práctica y otros;

2.- Revisar los artículos comprendidos del 97 al 131, ambos inclusive. Esto con la finalidad de mejorar la redacción para hacerla más clara y más comprensible;

3.- Suprimir de los citados Artículos, aquellos términos que constituyen redundancia o repeticiones innecesarias; las que en nada contribuyen a darle mayor validez al Artículo.

4.- Que se agregado un artículo o más en los que se especifique qué clase de matrimonio se practicará jurídicamente en El Salvador.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.

A. LIBROS

- 1.- BRIELES Córdova, Alberto, Tratado de las Personas, 1a. Edición, Editorial Costa Rica, San José, Costa Rica, 1974.
- 2.- GONGI Colagrosso, Derecho Matrimonial, 3a. Edición Editorial Aguilar, Madrid, España, 1960.
- 3.- LOPEZ del Carril, Julio J., El Derecho de Familia en la Problemática Contemporánea, 1a. Edición, Editorial Coordinadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, Argentina, 1968.
- 4.- SUAREZ Franco, Roberto, Derecho de Familia, T. I, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1971.

B. PERIODICOS Y REVISTAS

- 1.- GOMEZ Castro, Angel "Comentarios al Código Civil Vigente". Revista del Ministerio de Justicia, s/n, Imprenta Nacional, San Salvador, El Salvador, 1959.

C. TESIS Y MATRIMONIO LEYIDOS

- 1.- ARRIETA Yúllica, Ernesto, El Matrimonio, (Tesis), s/n, Lima Perú, 1938.
- 2.- BRIZUELA, Agustín, El Matrimonio Civil ante los Principios del Derecho Internacional Privado (Tesis), 1a. Edición, Tipografía La Unión, San Salvador, El Salvador 1910.
- 3.- CARMONA, René, Efectos del Matrimonio sobre la Nacionalidad de la Mujer Salvadoreña, (Tesis), 1a. Edición, s/e, San Salvador, El Salvador, 1946.
- 4.- GAMBOA Salazar, José Alberto, El Derecho de Familia, La Explosión Demográfica y la Planificación Familiar, (Tesis), 1a. Edición s/e., San José, Costa Rica, 1969.