

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES  
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2008  
PLAN DE ESTUDIOS 1993



**LA FALTA DE UN PROCEDIMIENTO EN LA LEY PROCESAL DE  
FAMILIA PARA LA DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE  
LOS BIENES DE LA COMUNIDAD DIFERIDA Y SUS CONSECUENCIAS**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO Y TÍTULO  
DE:  
LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS**

**PRESENTAN:  
RAQUEL DE LOS ÁNGELES MARTÍNEZ COLLADO  
FLOR ALEJANDRINA RAMÍREZ BERMÚDEZ  
FRANCIS ELIZABETH RIVERA MENJÍVAR**

**DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO  
LIC. OSCAR ANTONIO RIVERA MORALES**

**CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, FEBRERO 2009**

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**

MASTER RUFINO ANTONIO QUEZADA SANCHEZ

RECTOR

MASTER MIGUEL ANGEL PÉREZ RAMOS

VICERRECTOR ACADEMICO

MASTER OSCAR NOE NAVARRETE ROMERO

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

LICENCIADO DOUGLAS VLADIMIR ALFARO SANCHEZ

SECRETARIO GENERAL

DOCTOR RENE MADECADEL PERLA JIMENEZ

FISCAL GENERAL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**

DOCTOR JOSÉ HUMBERTO MORALES

DECANO

LICENCIADO OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS

VICEDECANO

LICENCIADO FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNÁNDEZ

SECRETARIO

LICENCIADA BERTHA ALICIA HERNÁNDEZ AGUILA

COORDINADORA DE LA UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACION

LICENCIADO OSCAR ANTONIO RIVERA MORALES

DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO DE INVESTIGACIÓN

**COMO GRUPO AGRADECEMOS A:**

A nuestro Padre Celestial, por las experiencias permitidas y sus múltiples bendiciones.

Agradecemos el apoyo y la orientación de la Licenciada Georgina de Canjura y al Ingeniero Francisco Valle por dedicarnos su tiempo y conocimiento para culminar este trabajo de graduación.

Francis, Raquel y Ale

## DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo de graduación, como fruto de 6 años de estudios y esfuerzo, lleno de muchas alegrías y dicha:

- ❖ A Dios, por haberme permitido finalizar esta carrera universitaria y por ayudarme a concretar un pendiente en mi lista.
- ❖ A mis recordados abuelitos Polo y Toño, a mis abuelitas Andreíta y Yíya, por enseñarnos con su ejemplo de trabajo, dedicación y abnegado amor.
- ❖ A mis amados padres, Jorge y Fátima, gracias por cada minuto que me han dedicado, por sus cuidados, por su apoyo incondicional.
- ❖ A mi adorada hijita Andrea Gabriela, por ser mi compañera de viaje en esta aventura, espero que te sirva mi esfuerzo como una enseñanza que si uno realmente desea y lucha, puede alcanzar sus sueños.
- ❖ A mis queridos hermanos sin los cuales estaría incompleta: Dely mi querida hermana a quien tanto respeto, y admiro, a vos Negro, por tu cariño y tus bromas, a Geraldine, porque niña como tú no hay, ni habrá, a Luis, mi monito lindo, por los momentos divertidos a tu lado.
- ❖ A mi tia Nanny por aconsejarme y apoyarme.
- ❖ A todos mis amigos que me han estado conmigo en las diferentes etapas de mi vida.
- ❖ A mis queridas compañeras de tesis, Francis y Raquel, gracias por todo el aprendizaje que dejan en mi vida.

**Alejandrina**

## INDICE

	PÁGINA
INTRODUCCION .....	i
OBJETIVOS .....	I
<b>CAPITULO I: Antecedentes Históricos de la Familia, el Matrimonio, el Divorcio y los Regímenes Patrimoniales .....</b>	<b>1</b>
1.1 Origen y Evolución de la Familia .....	3
1.1.1 La familia en la Edad Media .....	7
1.1.2 La Familia en la Revolución Francesa .....	9
1.1.3 La Familia Contemporánea .....	11
1.2 Clases de Familia .....	13
1.2.1.1 Familia Consanguínea .....	13
1.2.1.2 Familia Punalúa .....	14
1.2.1.3 La Familia Sindiásmica .....	14
1.1.4.4 La Poligamia.....	15
1.3 Antecedentes Históricos del Matrimonio .....	18
1.3.1. Origen y Evolución del Matrimonio .....	20
1.3.2. Clases de Matrimonios .....	21
1.3.3 Antecedentes Históricos del Divorcio .....	36
1.3.4 Origen y Evolución del Divorcio.....	39
1.3.5 Clases de Divorcio.....	46
1.4 Antecedentes Históricos de los Regímenes Patrimoniales .....	50

**CAPITULO II: Fundamento Doctrinario de la Familia, el Matrimonio, el Divorcio y los Regímenes Patrimoniales .....57**

2.1. Teorías sobre la Familia .....57

    2.1.1. Naturaleza Jurídica de la Familia .....59

    2.1.2. Teoría de la Personalidad Jurídica de la Familia .....60

    2.1.3. Teoría de la Familia como Organismo Jurídico .....62

    2.1.4. Teoría de la Familia como Institución.....64

2.2. Teorías del Matrimonio .....65

    2.2.1. Teoría de la Concepción Contractual Civil .....68

    2.2.2. Teoría de la Institución del matrimonio .....71

    2.2.3. Teoría del matrimonio como Acto del Poder Estatal .....73

    2.2.4. Teoría Mixta .....74

2.3. Teoría del Divorcio.....76

    2.3.1 Razones en contra del Divorcio vincular .....77

    2.3.2. Razones a favor del Divorcio .....79

    2.3.3. Teoría según la cual el divorcio vincular es un bien .....80

    2.3.4. Teoría según la cual el Divorcio Vincular es un Mal Menor necesario .....81

2.4. Teoría de los Regímenes Patrimoniales .....82

    2.4.1. Clases de Regímenes Patrimoniales .....83

**CAPITULO III: Los Regímenes Patrimoniales en la Legislación Vigente .....93**

3.1. Constitución de El Salvador .....93

3.2. Tratados Internacionales .....97

3.2.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos .....	98
3.2.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos .....	98
3.2.3. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer .....	99
3.2.4. Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José .....	101
3.3. Código de Familia.....	102
3.3.1. Régimen Patrimonial del Matrimonio .....	105
3.4. Ley Procesal de Familia.....	112
3.5. Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar y de los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio .....	116
<b>CAPITULO IV: Disolución, Liquidación y Distribución del Régimen de la Comunidad Diferida y su Trámite en los Juzgados de Familia ....</b>	<b>119</b>
4.1. Causas de Disolución del Régimen Patrimonial.....	119
4.1.1. Disolución por Incapacidad de uno de los cónyuges .....	121
4.1.2. Disolución por Concursos de Acreedores o por Quiebra .....	122
4.1.3. Disolución por Incumplimiento de los Deberes Familiares de Asistencia Económica .....	122
4.1.4. Disolución por realizar uno de los cónyuges actos dispositivos o de gestión en forma fraudulenta .....	124
4.1.5. Disolución por abandono o separación de uno de los cónyuges ...	125
4.1.6. Disolución por Muerte Real o Presunta .....	126
4.1.7. Disolución por la Sentencia de Divorcio .....	127
4.2 Nulidades Absolutas .....	132
4.3 Nulidades Relativas .....	132

4.4 Efectos de la Disolución del Régimen de la Comunidad Diferida.....	134
4.5 Liquidación del Régimen.....	139
4.6 Apertura de un nuevo proceso.....	156
<b>CAPITULO V: Procedimiento para la liquidación y distribución de la Comunidad Diferida. ....</b>	<b>164</b>
5.1. Aspectos Generales .....	164
5.1.1. Cargas de la Comunidad .....	165
5.1.2. Obligaciones de la Comunidad .....	171
5.2. Operación de la Liquidación .....	171
5.2.1. Formación de Inventario de Activo y Pasivo .....	179
5.2.2. Avalúo y Tasación de los bienes .....	187
5.2.3. Pagos de las deudas de la Comunidad.....	205
5.2.4. Pagos de Indemnizaciones y Reintegros .....	207
5.3. Determinación del Haber Líquido y su Distribución .....	209
5.3.1. Adjudicación de los bienes .....	212
5.3.2. Partición de los bienes .....	213
<b>CAPITULO VI: Conclusiones y Recomendaciones .....</b>	<b>217</b>
6.1 Conclusiones .....	217
6.2 Recomendaciones .....	219
<b>Bibliografía .....</b>	<b>220</b>

## INTRODUCCION

En El Salvador la mayoría de los matrimonios se constituyen bajo el régimen patrimonial de la comunidad diferida, siendo éste el régimen legal supletorio que la ley establece.

En la presente investigación se propone un procedimiento con base legal y técnica para que los cónyuges lleven de manera ordenada su registro de ingresos, egresos, e inventario de bienes, lo que les permitirá en un momento dado, agilizar y tener claridad de los bienes que quieran liquidar y distribuir, así como de las obligaciones y cargas pendientes de liquidar. La problemática inicia cuando los cónyuges al seleccionar el Régimen Patrimonial que regulará su matrimonio, no están conscientes de la complejidad de factores que se pueden desencadenar en caso de una disolución del vínculo matrimonial, en nuestro caso, mediante la sentencia de divorcio, ya que los funcionarios autorizados para celebrar el matrimonio, no les explican en qué consiste el régimen de la comunidad diferida y los pasos a seguir cuando tenga que disolverse la comunidad.

La Comunidad Diferida es el Régimen que permite a los cónyuges llevar un inventario de los bienes propios y de la comunidad, pero en la realidad los matrimonios no lo hacen de esta forma y en consecuencia al momento de la disolución del vínculo matrimonial, no se cuenta con un procedimiento legal estipulado en la Ley Procesal de Familia que permita la liquidación y distribución de los bienes. Por otra parte si los cónyuges no definen el régimen patrimonial se registrará el matrimonio, la ley automáticamente los remite al régimen de la Comunidad Diferida. El desconocimiento de los regímenes patrimoniales hace que los cónyuges no puedan optar al régimen que se adecue a su situación económica y al momento de la disolución del

vínculo matrimonial se les presenta la dificultad de tener que liquidar y distribuir los bienes de la comunidad.

Producida la disolución de la comunidad, habrá que determinar los bienes partibles, porque sólo a través de ello, es posible establecer el “haber líquido” sometido a partición. Es importante señalar que Disolución y Liquidación son dos fases o etapas que parecen ir siempre unidas, lo cual es lógico, pues no tendría objeto de Disolver el Régimen sino se quiere liquidar; la liquidación puede practicarse en cualquier tiempo, ya que el legislador no estableció plazo para su práctica, lo cual perjudica a terceros acreedores en la reclamación de sus créditos, ya que éstos no saben qué bienes perseguir.

Si los cónyuges no se pusieren de acuerdo en la liquidación, esta se practicará judicialmente; esto debe entenderse que primero hay que decretar la Disolución del Régimen, mediante la sentencia para proceder al proceso de liquidación. El legislador da margen en el Código de Familia al establecer, que si los cónyuges no se pusieren de acuerdo en la Liquidación de los bienes, ésta se practicará judicialmente; sin embargo el legislador omitió determinar el procedimiento para liquidar y distribuir los bienes de la comunidad diferida dentro de la Ley Procesal de Familia, lo que puede conllevar en un momento determinado que se originen desigualdades e injusticias en cuanto a la distribución de los bienes.

La estructura del trabajo de investigación está desarrollada en 5 capítulos los cuales se detallan en cuanto a su contenido de la siguiente manera:

En el primer capítulo se desarrollan los Antecedentes Históricos de la Familia, el matrimonio y el divorcio, como un marco histórico que incluye un análisis evolutivo de los mismos a lo largo de la historia de la humanidad.

Dentro del segundo capítulo se presenta el fundamento doctrinario de la familia, el matrimonio, el divorcio y los regímenes patrimoniales, según las diferentes teorías existentes abordando los diferentes puntos de vista de los autores conocedores de la materia de familia.

Luego en el capítulo tercero, se desarrollan las formas los regímenes patrimoniales en la legislación vigente, desde una perspectiva constitucional, además de contar con el marco de los tratados internacionales, el código de familia, y cómo éste aborda el tema de la disolución y liquidación de la comunidad, desde su perspectiva legal, así como trata además de los parámetros que la ley procesal de familia establece para la formación del inventario de los bienes, y de cómo la ley transitoria del registro del estado familiar de los regímenes patrimoniales del matrimonio faculta al juez de familia para que sea el competente de conocer de cualquier asunto que de conformidad con esta Ley requiera de la actuación judicial.

En seguida el cuarto capítulo presenta los conceptos de la disolución, liquidación, y distribución de los bienes de la comunidad diferida, y analizamos como objeto de estudio un proceso dictado en un Juzgado de Familia de nuestro país del cual retomamos puntualmente el desacuerdo de las partes en repartirse los bienes que sólo mediante la intervención judicial fue posible, y que de haberse llevado un registro de los bienes, ingresos y egresos de la sociedad conyugal, hubiese sido más viable su liquidación y distribución.

En el quinto y último capítulo, se plantea un caso hipotético de una sociedad conyugal que lleva un registro año con año de los ingresos, gastos, y bienes que se van adquiriendo, y que en un momento dado mediante sentencia de divorcio, se disuelve, por lo que al proponer en este capítulo un procedimiento que permita con base legal y técnica liquidar y distribuir los

bienes en común, se agilice y facilite el propósito que la ley establece, que es llegar a un arreglo justo y equitativo.

## **OBJETIVOS**

### **OBJETIVOS GENERALES**

1. Verificar en qué medida afecta a los cónyuges la falta de un procedimiento que permita disolver, liquidar y distribuir los bienes de la comunidad diferida.
2. Diseñar un procedimiento que permita disolver, liquidar y distribuir los bienes de la Comunidad Diferida

### **OBJETIVOS ESPECIFICOS**

1. Verificar como el registro de los bienes de la Comunidad Diferida facilita la disolución, liquidación y distribución de los bienes propios y de la Comunidad.
2. Desarrollar el procedimiento establecido en el artículo 74 del Código de Familia que contribuya a la disolución, liquidación y distribución de los bienes de la Comunidad Diferida.
3. Identificar el grado de conocimiento que los cónyuges posean sobre el régimen patrimonial de la comunidad diferida.
4. Verificar los beneficios que les proporcionaría a los cónyuges llevar un registro para proceder de manera legal y técnica a liquidar y distribuir los bienes de la Comunidad Diferida.

## **CAPITULO I: Antecedentes Históricos de la Familia, el Matrimonio, el Divorcio y los Regímenes Patrimoniales**

### **1.1.1. Antecedentes Históricos de la Familia**

Desde los orígenes más antiguos de la humanidad, el hombre ha necesitado vivir en grupos para conseguir alimento, vivienda y para luchar en caso de invasión de otros grupos a su territorio. La reproducción fue otro motivo para agruparse, ya que en esta época primitiva la relación sexual no se mantenía de forma individual, sino que existía entre todos los miembros del grupo. Se sabía por consiguiente, quién era la madre de la criatura, pero no se podía determinar con exactitud quién era el padre, por lo que la familia en esta época fue de origen matriarcal. Con el pasar del tiempo estos grupos primitivos buscaron tener relaciones sexuales con mujeres de otras tribus, pero sin existir la singularidad en sus relaciones.

Se forma la familia mediante la unión sexual por grupos, y se restringe por primera vez, la unión totalmente libre. Además como lo sostiene SARA MONTERO DUHALT<sup>1</sup> *“todos los seres vivos son impulsados por dos instintos fundamentales: la conservación y la reproducción. Los humanos como seres vivos y bisexuados, cumplen con un instinto de reproducción y es por ello que se forma la familia, que es la célula social”*.

Todo tipo de uniones sexuales que se dieron de manera esporádica y pasajera, en la antigüedad, no eran tomadas con el concepto que ahora tenemos de “Familia”, este es un concepto nuevo, de lo anteriormente conocido, ya que en la antigüedad esos lazos en los que se entablaron

---

<sup>1</sup> MONTERO DUHALT, Sara. “Derecho de Familia”, Editorial Porrúa, S.A. México 1984, pág. 2

relaciones directas, se daba exclusivamente en los casos que a través de ella surja la procreación, es decir, entre madre e hijo exclusivamente.

Para que la pareja humana puede considerarse por sí sola como familia, se requieren de dos grandes elementos añadidos a la unión sexual: la permanencia más o menos prolongada y la cohabitación.

Aunque de su unión no resulte la procreación, la mujer y el hombre que cohabitan en forma permanente constituyen la familia. Este grupo sencillo, básico y espontáneo es el más importante, natural y antiguo de los núcleos sociales, la familia entonces constituye el factor primordial de la vida social, y de la vida política. Ya que es en la célula familiar donde se manifiestan los primeros síntomas del bien y del mal, antes de estallar en el organismo más vasto y potente del Estado: La sociedad misma.

Pero la importancia social y jurídica de la familia va mucho más allá de ser factor primordial de la vida social, a tal grado que no es posible concebir la vida en sociedad sin la familia, pues constituye la clave para comprender y facilitar el funcionamiento de la sociedad.

La familia provee de miembros a la comunidad y además los prepara para que dentro de ella puedan cumplir adecuadamente los roles sociales que les corresponden, de tal manera que se realiza en el seno familiar una función educativa de suma importancia. La familia es el canal primario para la transmisión de valores y tradiciones de la sociedad de una generación a otra. Cuando el ser humano nace comienza en el seno de la familia a aprender las normas de comportamiento que se consideran adecuadas, buenas o morales.

Se socializa de este modo al nuevo miembro haciéndole apto para la vida en sociedad a la que pertenece de acuerdo con las diversas etapas de su desarrollo, hasta que alcanza la madurez biológica y social y el individuo se encuentra preparado para formar él mismo su propia familia y comenzar el ciclo que nutre la vida social.

Esta idea que coincide con lo manifestado por CIMBALI<sup>2</sup>, quien califica a la familia como *el lazo elemental, el más sólido de la sociedad, laboratorio fecundo de existencias humanas y campo inmediato donde se desarrollan los gérmenes de los vicios y de las virtudes, escuela de moralidad y costumbre.*

GUSTAVO BOSSERT y EDUARDO ZANNONI<sup>3</sup> coinciden al considerar a la familia como *una institución de carácter permanente, que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco.*

## **1.1 Origen y Evolución de la Familia**

Conocer detalladamente la evolución que a través de la historia ha tenido la familia, resulta una tarea interminable, ya que el origen de la familia se remonta a tiempos inmemoriales, y del cual no existe una prueba plena y científica que demuestre en forma indubitable la evolución materialista de la familia.

Aunque los historiadores y los investigadores sociales no se han puesto de acuerdo- por imposibilidad de comprobación plena de sus aseveraciones- puede resumirse en dos grandes corrientes las ideas sobre los orígenes

---

2 CIMBALI, "La Nueva Fase del Derecho Civil en sus Relaciones Económicas y Sociales" Madrid 1893, pág. 38

3 BOSSERT Gustavo A. – ZANNONI Eduardo A. "Manual de Derecho de Familia" 2da. Edición Ampliada, Editorial Astrea, de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1989, Pag. 3

remotísimos de la familia, como lo menciona SARA MONTERO DUHALT: la de los que aceptan y la de los que rechazan un primer estadio en la vida humana en la que imperaba una absoluta promiscuidad sexual.<sup>4</sup>

El conocimiento de la historia de la familia como grupo primario; anterior y superior al Estado, permite la comprensión el papel que el individuo ha desempeñado social y políticamente en las diversas etapas historias y que continua desempeñando contemporáneamente. Como ya se dijo anteriormente el hombre no puede vivir solo, necesita asociarse para sobrevivir, y de esta asociación de dos seres humanos, hombre y mujer, surge la procreación y la relación por lo menos entre padres e hijos, a esta asociación humana necesaria se le llama Familia.

La familia hasta llegar a su actual organización, ha debido sufrir diversos cambios a lo largo de la historia. MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA<sup>5</sup> menciona que *en los primeros tiempos la familia no existía, ya que los individuos vivían en un régimen de promiscuidad.*

MANUEL OSSORIO Y FLORIT<sup>6</sup> señala que los indicios más remotos que nos permiten vislumbrar el origen de la civilización humana, nos dejan entrever que al comienzo la mujer desempeñaba el papel más importante, en el seno familiar, su rol era fundamental, mientras que el hombre se presentaba con carácter accidental y transitorio.

Es en el “Matriarcado”, como se le ha denominado, donde se dan los primeros agrupamientos de los hombres alrededor de la madre, lo que se

---

4 MONTERO DUHALT, Sara. Ob.Cit. Pág. 3

5 SOMARRIVA, UNDURRAGA, Manuel, “Derecho de Familia” Tomo I, Ediar Editores, Ltda., Santiago de Chile, 1983, Pag. 10

6 OSSORIO Y FLORIT, Manuel, “Enciclopedia Omeba”, Tomo XI, Editorial Driskill, Buenos Aires, 1991, Pag.978

explica fácilmente si se considera que la maternidad es un hecho tangible, cierto y fácil de probar. Por lo que se consideraba la forma más elemental de la Familia, a la que estaba representada por la unión de la madre y sus hijos, ya que entre hombre y mujer, existía un vínculo puramente animal.

Esta figura del matriarcado duró por mucho tiempo hasta que, como lo menciona MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA<sup>7</sup>, *aparece posteriormente el denominado "Patriarcado", en el cual el jefe de familia es el padre.*

Según AUGUSTO CESAR BELLUSCIO<sup>8</sup> *al estudiar la evolución de la familia, concreta ésta a tres fases: El Clan, La Gran Familia y La Pequeña Familia.*

El Clan era una vasta familia o grupo de familias unido bajo la autoridad de un jefe común. Era una agrupación social, política y económica.

La Gran Familia nace con la aparición del Estado, con la cual deja de pertenecer a la familia el poder político. Su tipo clásico es la familia romana primitiva, sometida a la autoridad del paterfamilias, antecesor común de todos sus integrantes, con poderes muy amplios sobre las personas integrantes de la familia, único propietario de los bienes del grupo, magistrado y sacerdote, comprendía no solo a los descendientes del *pater*, sino también a sus esposas, a clientes y esclavos.

La Pequeña Familia, última etapa de la evolución, es el tipo actual de núcleo paterno-filial. Su unidad política y económica ha desaparecido, limitándose a su función biológica y espiritual. Su función primordial es la procreación y

---

7 SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob.Cit. Pág. 10

8 BELLUSCIO, AUGUSTO César. "Derecho de Familia". Tomo I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1993, pág.22

educación de los hijos, así como la asistencia moral y espiritual de sus integrantes.

En cambio, FEDERICO ENGELS, *divide la historia de la humanidad en tres épocas principales: El Salvajismo, La Barbarie y La Civilización y cada una de estas épocas se subdivide en estadio inferior, medio y superior.*<sup>9</sup>

En la etapa de Salvajismo en su estado inferior, el hombre vive en los árboles y en los bosques, su lenguaje es articulado, en el estado intermedio el hombre pesca y descubre el fuego y se construye sus primeras armas y lanzas. En el estado superior el hombre inventa el arco y la flecha, por lo que la caza se constituye en una de sus ocupaciones normales.

En la Barbarie en su estado inferior se introduce la alfarería, en esta etapa se da la cría y domesticación de los animales. En el estado medio de esta época se dio en América el cultivo del maíz, se formaron además grandes rebaños y se comenzó con la vida pastoril. En el estado superior de la Barbarie se comenzó con la fundición del mineral de hierro, y se pasa a la civilización con el invento de la escritura. Comienza además la agricultura en gran escala.

La principal herencia que los griegos llevaron de la barbarie a la Civilización, fueron los instrumentos de hierro perfeccionados, el molino de brazo, la rueda del alfarero, la carreta y el carro de guerra, la construcción de barcos con tablones y vigas, las ciudades amuralladas con torres y almenas, entre otros.

---

<sup>9</sup> ENGELS, Federico, “El Origen de la familia, la propiedad privada y el Estado” citado por GOMEZ PIEDRAHITA, Hernán, “Derecho de Familia” Editorial Temis, S.A. Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1992, Pag. 13

### 1.1.1 La familia en la Edad Media

La familia en la Edad Media alcanza su evolución basada en la organización monogámica, es decir, la unión exclusiva de un solo hombre y una sola mujer. Los hijos que completan el grupo familiar surgen por la preocupación de crear seres de paternidad cierta; ello acrecienta el poder del padre, lo que conlleva al patriarcado, una característica de esta organización familiar es la figura autoritaria del padre, el cual se constituye en el centro de todas las actividades familiares, económicas, religiosas, políticas y jurídicas. La familia patriarcal, tiene su máximo apogeo en Roma, durante la República, durante el imperio y aún durante su decadencia. Ya que su elemento predominante dentro de una familia romana, como lo menciona HERNAN GOMEZ PIEDRAHITA<sup>10</sup>, *no lo constituía la existencia de los vínculos sanguíneos o los de afecto, sino que era el poder que ejercía el "Paterfamilias" sobre las personas que estuvieran a él sometidas.*

El Paterfamilias era considerado como el jefe supremo en la familia romana, era además el sacerdote de los dioses familiares, el jefe militar, político y económico, el legislador y juez supremo de todos los miembros de la familia y su poder era tan grande que podía decidir sobre la vida y la muerte de las personas que constituían su familia.

MANUEL OSSORIO Y FLORIT<sup>11</sup>. señala que *fue en la Edad Media, donde las mujeres echaron las bases domésticas de las que, con el correr del tiempo, se convertirían en grandes industrias. Con el vellón de sus ovejas que elaboraron primero la fibra, y luego las telas y mantas que proporcionaron abrigo a toda la familia.* Es en esta larga etapa de la historia

---

<sup>10</sup> GOMEZ PIEDRAHITA, Hernán, "Derecho de Familia" Editorial Temis, S.A. Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1992, Pag. 3

<sup>11</sup> OSSORIO Y FLORIT, Manuel, Ob.Cit. Tomo XI Pag. 979

que se dio la producción y la manufactura en el taller familiar, encontrándose con familias de agricultores, artesanos, herreros, entre otros.

La doctrina cristiana basada en la indisolubilidad del vínculo matrimonial, en el respeto mutuo que debe existir entre los cónyuges así como la tutela del esposo sobre la esposa e hijos, ejerce su influencia en el Medio Evo.

La familia se manifiesta como un organismo de ética muy elevado, constituyéndose en un núcleo fuertemente unido. La familia romana, como lo señala HERNAN GOMEZ PIEDRAHITA<sup>12</sup> *era eminentemente patriarcal o agnaticia, o sea que el parentesco se continuaba por la línea masculina únicamente, pero a medida que Roma pasa del estado agrícola al mercantilismo, se va diluyendo esta fuerza cohesionante de la familia.*

En la Edad Media el orden en el cual nacían los hijos dentro de una familia, denotaba el bienestar y su estabilidad económica dentro del núcleo, ya que para el hijo primogénito era buena, pero pésimo para los demás hijos y para las mujeres.

Esto se debió principalmente al temor de desmembrar el poderío y el acervo patrimonial de un señor en varios de sus hijos, lo cual traería como consecuencia el debilitamiento del poderío feudal. Se calificaba a la propiedad feudal desde un punto de vista familiar y no individual; la constancia de tal afirmación la encontramos en el mayorazgo, pues la familia era dueña de la tierra y su explotación debía hacerse colectivamente para evitar la escisión del poderío señorial; se prohibía a los herederos enajenar la tierra, por lo cual debíase reconocer al sucesor como vigilante del patrimonio rural e inmueble, integrantes del núcleo.

---

<sup>12</sup> GOMEZ PIEDRAHITA, Hernán, Ob.Cit. Pag. 4

Para aumentar la población se conceden privilegios a los casados y se establecen penas para los solteros, por ejemplo estos eran tomados en cuenta para los cargos públicos y no disfrutaban de los honores que concedía el fuero.

### **1.1.2 La Familia en la Revolución Francesa**

La Revolución Francesa fue el acontecimiento más importante de la época en Europa, suscitado en 1789 siendo entre otras causas que la originaron: la corrupción de las costumbres y las ideas, el odio de los campesinos y de la burguesía hacia la nobleza, así como la actitud de la nobleza en aumentar sus ingresos sin importarles explotar descaradamente a los campesinos<sup>13</sup>. En este mismo contexto con la Revolución Francesa se dio un retroceso en materia de familia, al suprimir el carácter religioso que hasta entonces investía al matrimonio y la concepción del mismo como una simple expresión de consentimiento. El autor RAMON MEZA BARROS<sup>14</sup> menciona que *fue la Revolución Francesa la que conceptuó el matrimonio como un contrato civil, debía admitir y admitió el divorcio, con gran liberalidad.*

Fruto de esta Revolución surge la Declaración de los Derechos del Hombre en la que se hace énfasis al principio de libertad, lo que permitió que se aceptara la disolución del matrimonio y por otra parte el principio de igualdad que permitió distinguir que había una familia natural y una legítima.

Los hechos políticos, sociales y económicos dividieron la opinión de los ciudadanos franceses, aunado a esto la cuestión religiosa influyó notablemente ya que la Constitución de 1791 era adversa a las enseñanzas

---

<sup>13</sup> <http://mecacheendie.wordpress.com/la-revolucion-francesa/>

<sup>14</sup> MEZA BARROS, Ramón, “Manual de Derecho de la Familia” Tomo I, Segunda Edición Actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 1989, Pag. 135.

de la Iglesia Católica, pues implicaba la nacionalización de todos sus bienes, la disolución de todas las órdenes religiosas, excepto las dedicadas a la caridad, a la instrucción y a la investigación científica.

Fruto de la Revolución Francesa es la elaboración del “Código de Napoleón” que fue una mezcla del Derecho Antiguo y el Derecho Revolucionario.

GUILLERMO CABANELLAS<sup>15</sup> describe que fue en 1800 cuando Napoleón encargó la redacción del Código a una comisión compuesta por Trounchet, el Presidente del Tribunal de Casación, Bigot de Premeneu, Comisario Gubernamental ante el Tribunal mencionado, Portales, Comisario del Gobierno ante el Tribunal de Presas, y Maleville, Magistrado del Tribunal de Casación. En las discusiones intervino personalmente el Primer Cónsul Napoleón Bonaparte que dejó sentir en él su influjo personal en los siguientes puntos: El estado civil de los militares, en la hostilidad a los extranjeros, en el concepto de donación como acto unilateral, en la adopción y en el divorcio por mutuo consentimiento.

La influencia del Código de Napoleón ha sido grande, principalmente durante todo el curso del siglo XIX, ya que todos los códigos civiles se inspiraron fundamentalmente en él.

En los primeros siglos de la Edad Moderna, poco a poco van evolucionando las ideas y estructuras, tal cambio se acelera en el siglo XVII por el movimiento filosófico de la Ilustración, los Filósofos Ilustrados concretan la composición del grupo familiar a los padres y los hijos; mantienen la independencia de estos; defienden la licitud y conveniencia del matrimonio.

---

<sup>15</sup> CABANELLAS, Guillermo, “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, Tomo II, C-CH, 24ª.Edición, Editorial Heliasa, 1996, Pag. 186.

Tras la Revolución de 1789 y la Constitución de 1791, señala CARLOS LAGOMARSINO<sup>16</sup>, *fue cuando se dictó la Ley del 20 de septiembre de 1792, que admitió el Divorcio con suma facilidad, no sólo por mutuo consentimiento de los cónyuges, sino también por “incompatibilidad de humor” alegada por uno solo de ellos.*

El Código de Napoleón si bien aceptó el divorcio fundado en el consentimiento mutuo, consideró que éste no era una causal en sí sino el reconocimiento por parte de los cónyuges de la existencia de una causal que los cónyuges querían mantener oculta.

La Reforma de Martín Lutero, se mostró contraria al principio de indisolubilidad del matrimonio que promulgaba la Iglesia Católica; ya que admitía la ruptura del vínculo en ciertos casos graves, como el adulterio y en abandono injustificado del hogar, que también constituían causas de divorcio en el ámbito de la Iglesia Ortodoxa. Las teorías acerca de la naturaleza contractual del matrimonio, propugnadas por los filósofos racionalistas del siglo XVIII, se fueron abriendo paso paulatinamente e impregnaron la legislación positiva de países tradicionalmente católicos. En el sentido de proporcionar un matrimonio subsidiario que facilitara una forma matrimonial a los disidentes del culto oficial, a la vez, la tendencia a la secularización fue introduciendo el matrimonio civil obligatorio en los países no católicos, y luego reconocidos por el Código de Napoleón como única forma posible: dicho texto legal establece incluso, su procedencia obligatoria prohibiendo a los ministros de cualquier culto realizar anteriormente la forma religiosa.

### **1.1.3 La Familia Contemporánea**

---

<sup>16</sup> LAGOMARSINO, Carlos A.R. y otro, “Enciclopedia de Derecho de Familia”, Tomo I, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1991, Pag. 922.

La Familia Contemporánea conserva en su estructura familiar el carácter monogámico del matrimonio y el individualismo producto de la Revolución Francesa. La familia se sigue considerando la unidad básica de la organización social en la mayor parte de las sociedades industrializadas modernas. Sin embargo, ha variado con respecto a su forma más tradicional, en cuanto a su composición, a su ciclo de vida y a los roles que desempeñan los padres.

Tanto el padre como la madre participan en proceso de trabajo en la sociedad y es importante destacar el actual rol de la mujer ya que ésta puede ingresar o reingresar luego de haber tenido a sus hijos en el mercado laboral, lo que la ha dotado de mayor autonomía y de recursos económicos. La familia contemporánea toma una mayor conciencia sobre la responsabilidad de controlar el número de hijos, así como asumir sus gastos de salud, educación, diversión, etc.

Otro fenómeno que se observa es la estructura de las familias monoparentales<sup>17</sup>, que anteriormente surgían a consecuencia del fallecimiento de uno de los padres, pero que actualmente se forman a consecuencia de los divorcios y otras están formadas por mujeres solteras con hijos.

Sin embargo, muchas de estas familias monoparentales, se convierten posteriormente en familias con padre y madre, mediante un nuevo matrimonio. Este tipo de familia puede formarse por una madre con hijos y su nuevo cónyuge, o por dos familias monoparentales que se unen, suscitándose problemas de relación entre los padres no biológicos y los hijos de su cónyuge, creando dentro del hogar un foco de tensiones.

---

<sup>17</sup> <http://es.wikipedia.org/wiki/Familia>

En este siglo se ha logrado la regulación de la familia a nivel constitucional, la mayoría de los países se han preocupado por establecer dentro de sus normas fundamentales mandatos de clara protección y promoción a la familia.

## **1.2 Clases de Familia**

Dentro del desarrollo de la historia familiar, se le ha denominado de diferentes formas a la familia, en atención a la limitación, o restricción que se le imponía en las tribus al comercio sexual. Tenemos entonces:

### **1.2.1.1 Familia Consanguínea**

En la familia Consanguínea, todos los grupos conyugales se clasifican por generaciones, es decir, todos los abuelos y abuelas son marido y mujer entre sí.

Lo mismo sucede con sus hijos y con los hijos de sus hijos en todas las generaciones sucesivas, que forman una serie de círculos de cónyuges comunes. Sólo los ascendientes y los descendientes quedan excluidos entre sí de las obligaciones matrimoniales, y el vínculo de hermano y hermana lleva aparejado inevitablemente, la relación sexual. MANUEL OSSORIO Y FLORIT<sup>18</sup> menciona que *esta forma de familia, posteriormente prohibió las relaciones sexuales entre hermanos y hermanas uterinos, es decir, provenientes de la misma madre, y concluyó llegando a vedar el matrimonio entre hermanos.*

Por primera vez, el ser humano tiene una manifestación de la idea del incesto y del valor negativo que tiene frente a la conciencia de los individuos.

---

<sup>18</sup>OSSORIO Y FLORIT, Manuel, Ob.Cit, Tomo XI, Pag. 979.

### **1.2.1.2 Familia Punalúa**

En la Familia Punalúa se restringía e la cohabitación entre hermanos y hermanas uterinos. Un modelo de esta clase de organización familiar es el matrimonio establecido entre un grupo de hermanos que comparten mujeres comunes o un grupo de hermanas con maridos compartidos. Esos maridos no se llamaban entre sí hermanos, sino “Punalúa” que era como decir compañero, asociado, o socio. En esta clase de matrimonio el parentesco con los hijos necesariamente se establece por la línea materna, pues se desconoce quién es el padre. Los hijos son comunes del grupo, aunque lógicamente se da una relación más estrecha entre la madre y el hijo propio, es un matrimonio por grupos, no se establece el vinculo de pareja.

Si el primer progreso de la familia fue la exclusión de los progenitores y de los hijos del comercio sexual recíproco, el segundo fue la exclusión de los hermanos; extendiéndose después la prohibición a toda clase de hermanos y aún entre primos, y a las cuñadas.

### **1.2.1.3 La Familia Sindiásmica**

La Familia Sindiásmica se caracterizaba por un círculo más restringido en las relaciones sexuales, es decir marido y mujer que sostienen reiteradas relaciones.

MANUEL OSSORIO Y FLORIT<sup>19</sup> describe que *fue con el correr del tiempo que fueron cada vez más numerosos los grupos de hermanas y hermanos, entre los cuales estaba prohibido el matrimonio, y con esta creciente complicación de las prohibiciones sexuales se fueron tornando imposibles las uniones por grupos, que fueron sustituidos por la familia Sindiásmica.*

---

<sup>19</sup> OSSORIO Y FLORIT, Manuel, Ob.Cit, Pag. 980.

HERNAN GOMEZ PIEDRAHITA coincide con esta idea al mencionar que *en este grupo familiar, los grupos de maridos y mujeres comunes comienzan a seleccionar de forma temporal una determinada pareja. Marido y mujer mantienen relaciones exclusivas entre si, más o menos de forma permanente estableciéndose dicha permanencia en atención a la procreación, hasta que el hijo nace o la madre deja a amamantarlo, tanto el hombre como la mujer proveen la protección del hijo en común. Correspondiéndole al hombre procurar los alimentos y los instrumentos de trabajo, entre tanto que la mujer conservaba los enseres domésticos*<sup>20</sup>. La estricta exclusividad de la relación sexual es para la mujer, es decir, que el hombre vive con una sola mujer pero se reserva el derecho de serle infiel, en cambio la mujer sí debe serle fiel al hombre mientras dure la unión, “la curios hombresal” puede romperse sin ninguna complicación, pero la mujer debe quedarse con los hijos.

*Este es un primer paso en el avance del hombre a la formación de grupos familiares, según lo mencionan GUSTAVO BOSSERT y EDUARDO ZANNONI*<sup>21</sup>, ya que dichos grupos fueron basados en relaciones individualizadas y con carácter de exclusividad hacia la monogamia la cual se implanta en la mayor parte del mundo civilizado. También podemos afirmar que lo que mantenía unidos a los miembros de la familia primitiva era el parentesco y la religión.

#### **1.1.4.4 La Poligamia**

Este término significa esencialmente pluralidad de cónyuges y en consecuencia incluye tanto a La Poliandria que es en la que una mujer

---

<sup>20</sup> GOMEZ PIEDRAHITA, Hernán, Ob.Cit. Pag.14

<sup>21</sup> BOSSERT, Gustavo A., ZANNONI, Eduardo A. “Manual de Derecho de Familia” Editorial Astrea, 1989, pág. 3

cohabita con varios hombres y La Poligenia en la que un hombre tiene varias esposas.

El término “Poligamia” se usa como equivalente de “Poligenia”, porque la Poliandria es tan extraña a nuestras instituciones sociales que la mención de la existencia de una pluralidad de cónyuges sugiere, de inmediato, la idea de pluralidad de esposas. Un número considerable de sociedades ha considerado durante muchos años a la poligamia como la forma más deseable de matrimonio y la modificación del criterio a éste respecto se debe a la penetración existente en la moral cristiana. Algunos antropólogos que se ocupan de la organización social de los pueblos primitivos explican la poligamia como una derivación hereditaria de la tendencia general del primate cuyo macho hace colección de hembras. Otros estudiosos de las organizaciones humanas no se remontan demasiado lejos, pero como MANUEL OSSORIO FLORIT<sup>22</sup>, reconocen que el homo sapiens ama el cambio y la juventud, y que su tendencia natural se veía acentuada por el hecho de que las mujeres primitivas envejecen muy rápidamente.

Distintos pueblos han practicado la Poligamia, especialmente si la primera esposa era estéril, bajo la forma de *sororato*, que consistía en el derecho del marido de casarse con la hermana de su esposa, cuando ésta fuera estéril. La poligamia también podía adquirir la forma de *hermanazgo* que consistía en el derecho del hombre de contraer matrimonio con las hermanas menores de la primera esposa; y el *levirato* en el que el hombre tenía la obligación de casarse con la viuda de su hermano.

Cualquiera que haya sido el motivo que en general haya inducido al hombre a constituir su hogar con varias mujeres, es indudable que la poligamia se ha

---

<sup>22</sup> OSSORIO Y FLORIT, Manuel, Ob.Cit, Tomo XII, Pag. 566

manifestado a lo largo de la historia, dependía de ese marcado desequilibrio entre el número de hombres y mujeres, lo que se acentuaba por el escaso número de hombres, resultado de las guerras y de la caza, dando como resultado un número excesivo de mujeres dentro de la población.

En cambio la Poliandria, como continua mencionando OSSORIO Y FLORIT<sup>23</sup>, fue *una institución establecida y estaba asociada con condiciones económicas muy difíciles, que llevaban aparejada la necesidad de limitar la población. Para ello se solía recurrir al infanticidio femenino. Después de lograr la disminución del número de mujeres, la poliandria sirvió para proveer de compañeras al excedente de la población masculina y también para asegurar al grupo conyugal la contribución económica de varios hombres.*

En la mayoría de las sociedades poliándricas, los esposos de una mujer se eligen entre un grupo de hermanos, reales o adscriptos socialmente. La poliandria clásica tibetana, se deriva de la situación económica especial, debido a que la escasa tierra cultivable que se distribuyó entre varias familias, pero muchas de las propiedades son tan pequeñas, que no alcanzaron a alimentar a un grupo conyugal, para aliviar en cierta medida esta situación se estableció la costumbre de que uno de los hijos de la familia se dedicara a la vida religiosa, renunciando así a la parte de tierra que le correspondía y sus hermanos se casaban con una sola mujer, cultivando la propiedad para subsistir a las necesidades de su mujer e hijos comunes, y la pasan intacta en herencia a éstos.

La Poliandria al menos en su forma tibetana, es consecuencia de condiciones económicas difíciles ya que sólo se encuentra en las clases inferiores. Los tibetanos de condición económica superior tienden hacia la

---

<sup>23</sup> OSSORIO Y FLORIT, Manuel, Ob. Cit., Tomo XXII, Pag. 570

monogamia, mientras que los nobles ricos algunas veces llegan a ser polígamos.

### **1.3 Antecedentes Históricos del Matrimonio**

Es casi imposible determinar sus orígenes, por el hecho de que se remonta a los inicios de la propia identidad social de la persona. Por ser el matrimonio la forma casi universal de constituir la familia, el panorama histórico del mismo coincide con el de la familia.

El estudio de la evolución del matrimonio a través de la historia nos proporciona también el conocimiento de la situación ancestral de desigualdad de trato entre las personas de ambos sexos, el predominio del varón y el sojuzgamiento de la mujer. Si esto ha sido patente en todo tipo de relaciones, asume su forma más aguda en el matrimonio.

Los estudios antropológicos y sociológicos entre otros, con respecto a la evolución del matrimonio y de las sociedades mismas no presentan de ninguna manera unidad de criterios. En buena parte porque no es posible remontarse con veracidad en la noche de la historia sin datos auténticos verdaderamente comprobables; por otra parte, porque la evolución de las sociedades humanas ha presentado características diferentes en los diversos lugares de la tierra y en las distintas etapas históricas. A falta de datos ciertos de la organización de las sociedades primitivas, menciona SARA MONTERO DUHALT<sup>24</sup>, los estudiosos de la materia toman en consideración las formas actuales de grupos étnicos que han permanecido al margen de la civilización.

---

<sup>24</sup> MONTERO DUHALT, Sara. Ob.Cit. Pág. 98

Por ello, las regulaciones que se han dado en relación al matrimonio, son extensas y que este hecho social ha requerido además, de un vínculo jurídico que le otorgue la estabilidad que crea un nuevo estado de vida, que origina derechos, deberes y obligaciones propias de las relaciones de pareja.

El hombre ha concebido al matrimonio como un acto importante, del que dependían la perpetuidad de la familia y la de los cultos. De ahí proviene el tratamiento religioso que las antiguas culturas le daban, así como el predominio del jefe de familia (Patriarcado), a pesar de que inicialmente en las comunidades primitivas la actividad principal, como era el trabajo agrícola fue realizado primordialmente por la mujer, y la sociedad se organiza en tornaba a la madre, como centro de la familia, (Matriarcado) mientras que el hombre cazaba, pescaba o guerreaba.

Desde esa perspectiva ideológica (Matriarcado- Patriarcado) se determinan las regulaciones acerca del matrimonio, con las solemnidades y características propias de cada pueblo hasta llegar a la época moderna, en la que se consolida plenamente la integración de la pareja y la familia beneficio de la humanidad.

Para conocer acerca de la historia del matrimonio ineludiblemente se tendrá que profundizar en la desigualdad entre los cónyuges, ya que es uno de los elementos que inciden en el estudio histórico, desde las uniones más antiguas que se conocen, siempre el hombre ha predominado y la mujer siempre ha sido sometida. Los primeros humanos en su comportamiento sexual eran guiados solamente por su instinto, es decir, trataban de satisfacerlo cuando sea y con quien sea, de lo cual se concluye que la mujer comienza a ser utilizada simplemente para satisfacer al hombre y a través de las diferentes civilizaciones la misma situación se mantiene, así vemos que

los hombres violan, raptan, se disputan, cambian, se apropian de las mujeres.

La conducta dominante del hombre siempre va implícita aprovechándose de la pasividad de la mujer y con esos mismos modelos llegamos hasta inicios del siglo XX, en donde la mujer aunque en forma incipiente empieza a despertar, a tomar consciencia y tratar de reivindicar sus derechos. Es en la institución del matrimonio que siempre se ha dado la discriminación de la mujer, pero con matices muy suaves, vestidos con lindos ropajes culturales, como la tradición, la moral, los convencionalismos, así se le ha asignado a la mujer la gloria, el privilegio, el don de la maternidad; pero solo ha sido un medio opresor y en menoscabo de su desarrollo cultural.

### **1.3.1. Origen y Evolución del Matrimonio**

Anterior a cada cultura, el ser humano se comportó, seguramente, guiado solamente por su instinto primario, aunque como se dijo anteriormente, no existen datos exactos sobre tal hecho, y es que los primeros grupos humanos, HERNAN GOMEZ PIEDRAHITA<sup>25</sup> señala que estos grupos se encontraban en una total promiscuidad sexual, en la que los hombres se guiaban únicamente por los instintos y la satisfacción personal con la pareja que encontraban a la mano.

Inicialmente las relaciones de promiscuidad sexual, suponen un solo sujeto que se satisface; esta situación implica el poder de un sujeto frente a otro, lo que ha tenido continuidad a lo largo de la historia ya que el hombre violaba, raptaba, compraba, disputaba, cambiaba, perseguía, repudiaba y se apropiaba de la mujer como una cosa. Esto trajo como consecuencia que existieran situaciones de desigualdad hacia la mujer de tipo económico,

---

<sup>25</sup> GOMEZ PIEDRAHITA, Ob.Cit.Pag. 14

social, cultural, ya que el hombre era quien manejaba todas las condiciones del quehacer cotidiano en la familia y era el único que participaba dentro de la sociedad y dejando relegada a la mujer únicamente para la procreación y la servidumbre.

SARA MONTERO DUHALT<sup>26</sup> señala que *“no es el matrimonio en sí él que frustra tanto a hombres como mujeres sino el matrimonio en su forma tradicional, en el que existen desigualdad de condiciones... un matrimonio en condiciones de igualdad, en que ambos cónyuges colaboren en todos los aspectos de la vida en común, es por el contrario fuente permanente de satisfacciones... la lucha estriba en la enorme fuerza de la tradición contra la que hay que combatir con todas las armas de la educación y de la cultura”*.

Al no existir relaciones de igualdad dentro del matrimonio, sino una supremacía del hombre sobre la mujer, ésta era maltratada y abusada dentro del seno familiar y estas conductas abusivas eran reproducidas posteriormente por los hijos cuando éstos formaban su propio hogar. Al carecer además de una cultura de igualdad que se transmitiera de generación a generación, muy difícilmente se obtendrían en nuestra sociedad, matrimonios en los que se hagan valer los derechos que ambos cónyuges poseen. Solamente cuando dentro de la familia misma se equiparen los roles en función de la igualdad y bienestar común, ésta dará paso a una generación de individuos dispuestos a romper paradigmas culturales y formen una sociedad más humana y más justa.

### **1.3.2. Clases de Matrimonios**

La unión del hombre y de la mujer es algo innato, el hombre históricamente se ha unido a una o varias mujeres según su cultura, siendo este hecho el

---

<sup>26</sup> MONTERO DUHALT, Sara. Ob.Cit, Pág 99-100

que determina si el matrimonio ha de ser de tipo monogámico o poligámico. Siendo el matrimonio monogámico el que se encuentra con más frecuencia que el segundo. Dentro de las llamadas sociedades poligámicas hay sin duda un número considerable de matrimonios, pero muchas otras claramente suelen distinguirse entre la primera esposa que es la única verdadera y dotada de los plenos derechos asignadas al estatus marital y las otras, que son a veces poco más que concubinas oficiales. Este privilegio de las sociedades poligámicas de tener varias esposas fue disfrutado por una pequeña minoría privilegiada.

Sin embargo, tal como lo sostiene HARRY L. SHAPIRO<sup>27</sup> *la práctica sistemática de la poligamia se ve automáticamente limitada por el cambio de estructuras que tienen a producirse en la sociedad.* El matrimonio monógamo no ha predominado en las sociedades humanas y es que la monogamia no está inscrita en la naturaleza del hombre, y esto ha sido suficientemente probado por la existencia de la poligamia en formas ampliamente diferentes y en muchos tipos de sociedades.

En las sociedades modernas al existir razones morales, religiosas y económicas éstas han dado lugar a oficializar el matrimonio monógamo siendo esta una regla que en su práctica real es violada por medios diferentes como la libertad premarital, la prostitución y el adulterio. Pero en las sociedades que están en un nivel cultural mucho más bajo y donde no hay prejuicio en contra de la poligamia esta puede llegar a permitirse o desearse.

---

<sup>27</sup> SHAPIRO, Harry L. "Hombre, Cultura y Sociedad" Fondo de cultura económica, Pag.369

En cuanto a la forma de iniciarse el matrimonio, según BELLUSCIO<sup>28</sup> se *suele distinguir el matrimonio por raptó, el matrimonio por compra y el matrimonio por consentimiento de los contrayentes.*

Estas formas de matrimonio han sido los pasos sucesivos en la evolución histórica del mismo. La etapa primitiva del matrimonio por raptó se fundaba únicamente en la superioridad física masculina; su existencia parece indudable por los vestigios que ha dejado en las formas de celebración de las nupcias en algunos países en que se simula la apropiación violenta de la mujer, tal como en algunas de las formas de matrimonio reconocidas en la India, y asimismo en los países de cultura occidental en que es costumbre que el flamante esposo entre con la esposa en brazos al nuevo hogar. Además la forma del matrimonio por compra supone un primer paso en la elevación del rango de la mujer, es decir, que ésta se convierte en cosa valiosa que sus padres negocian, pero sin dejar de ser considerada aún una cosa; el rastro queda también en los esponsales del futuro, en especial en las arras esponsalicias y en la forma de matrimonio que simula la compra, que tuvo aplicación en el derecho romano. Finalmente, el matrimonio fundado en el consentimiento de los contrayentes es relativamente reciente, ya que se presenta claramente sólo en el derecho romano y en cierta etapa de la evolución de las costumbres germánicas; únicamente en esta fase el consentimiento de la mujer asume relevancia en la celebración.

#### **1.3.2.1. Matrimonio por Raptó**

El matrimonio por raptó fue una de las formas más usuales de realizar el matrimonio en diversos pueblos de la tierra y de ello quedan vestigios sin

---

<sup>28</sup> BELLUSCIO, Augusto César. Ob.Cit, Pág. 151

número, tal como lo menciona SARA MONTERO DUHALT<sup>29</sup>, *incluso en las obras de arte en los que se reproducen famosos raptos colectivos. La historia, la literatura y el arte de todos los tiempos, nos ofrecen incontables datos del matrimonio por raptor, dicha costumbre fue generalizada en la mayor parte de los pueblos ya que esta significa la más patente y brutal forma de violencia ejercida por el hombre.*

Pero es a través del matrimonio por raptor que se da el primer paso hacia la monogamia ya que nos damos cuenta que el raptor y la guerra fueron las fuentes principales de las relaciones conyugales, en donde se libraba una guerra, en la cual alguien triunfaba sobre su adversario, quedando sometido a la voluntad del ganador, y este podía disponer consecuentemente de la suerte de las mujeres. El matrimonio por raptor fue especialmente una de las formas más comunes de realizar el matrimonio.

Esta forma de matrimonio por haber sido la más generalizada, es presentada en la historia, en la literatura y en las artes de todos los tiempos; y constituyó una brutal forma de violencia ejercida por el hombre en vez de usar la razón. Pero este tipo de matrimonio, constituyó el primer paso a la monogamia, pues el raptor se casaba con la raptada y ésta era considerada objeto de su propiedad, ya que formaba parte su botín, y ella fue ganada por una lucha y por ende es de su propiedad, por lo que el hombre le exigía fidelidad y obediencia absoluta. Esto trajo como consecuencia el parentesco establecido por la línea paterna, lo que se conoce con el nombre de Régimen Patriarcal, ya que si el hombre tenía tanto control sobre su mujer, no podía dudar de ser el padre de sus hijos, y consecuentemente todos eran sus herederos legítimos.

---

<sup>29</sup> MONTERO DUHALT, Sara. Ob.Cit. Pág. 102

### 1.3.2.2 Matrimonio por Compra

Algunos autores como GUILLERMO BORDA<sup>30</sup>, sostienen que el *“matrimonio por compra significó un progreso hacia la civilización, pues aquí la fuerza estaba siendo reemplazada por una negociación pacífica, y las condiciones que propiciaron este tipo de matrimonio fue la prepotencia del hombre y el hundimiento de la mujer, aceptado en el desarrollo de la época, entonces ya no hubo necesidad de acudir a la violencia, las mujeres eran objeto de propiedad del hombre y éste podía hacer lo que quisiera con ellas y es así como las pone en el comercio”*.

Las condiciones para esto fueron dadas en la época, ya que el hombre por su fuerza física era el encargado de la caza de animales y de las guerras, que eran las fuentes principales de obtener los bienes de subsistencia de la familia, y la mujer tenía que producir y criar la prole y esto la obligaba a estar en el hogar. Consecuentemente con el trabajo del hombre obtenía buenos materiales de subsistencia y cuando excedían las demandas de sus necesidades, la mujer no podía ser objeto de un intercambio económico.

Es el caso del padre, éste vendía a sus hijas y así lograba recuperar parte de los gastos de la crianza; pero la mujer nunca fue libre, primero estuvo como propiedad del padre, y cuando éste la vendía pasaba a ser propiedad del esposo y como éste la había comprado, podía ejercer sobre ella actos del dominio absoluto.

A través del tiempo éste tipo de matrimonio se ha ido suavizando, y así adquiere diferentes formas menos denigrantes para la esposa, luego el padre

---

<sup>30</sup> BORDA, Guillermo. “Tratado de Derecho Civil” Editorial Perrot, Buenos Aires, Argentina 1994. pág. 159

recibía el precio de la hija y lo guardaba para ella misma en caso de viudez o divorcio, en otras ocasiones el pago se hacía a la novia directamente, esto se generalizó y llegó a significar un honor para la novia, ya no se tomaba como un pago, sino como un regalo, y éste variaba en razón de la calidad de la novia, tomándose en cuenta su juventud, belleza, virginidad entre otros.

Una vez sojuzgada totalmente la condición de la mujer y establecida la prepotencia del varón en su calidad de padre o de cónyuge, ya no es necesario acudir a la violencia. Las mujeres son objeto de propiedad y por ello, están en el comercio.

Esta forma cambió, según lo mantiene SARA MONTERO DUHALT<sup>31</sup> *tanto que se volvió a la inversa, después en el sistema de la dote, eran los padres quienes entregaban al novio, cantidades de dinero o bienes, como contribución al sostenimiento del nuevo hogar. Y fue en la antigua Grecia que el matrimonio se desarrolló plenamente.*

El matrimonio por compra asumió otras formas tales como el matrimonio por servicio o por intercambio. En el primero de ellos el novio, en vez de una paga por la novia en dinero o en especies, realizaba conductas de hacer o pagar con servicios propios al padre o la familia de la mujer. El matrimonio por intercambio es otra variante en la que no se compra sino que se permuta a las mujeres. Una situación totalmente inversa al matrimonio por compra la encontramos en el sistema de la dote, tan usual en el reciente pasado y todavía acostumbrado en muchas sociedades, consiste la misma en las cantidades de dinero o bienes que el padre u otros familiares entregan al novio como contribución por las cargas que le significaran el sostenimiento del nuevo hogar.

---

<sup>31</sup> MONTERO DUHALT, Sara. Ob. cit, pág. 104

Como quiera que sea, por compra, por intercambio, por servicios, por regalos o por dotes, todas estas formas de matrimonio implican la cosificación de la mujer, se le considera objeto con un valor determinado.

### **1.3.2.3 Matrimonio Consensual**

NAPOLEON RODRIGUEZ RUIZ p.<sup>32</sup>, menciona que *en el primitivo Derecho Romano el matrimonio era considerado un contrato consensual en el que éste se perfeccionaba por el sólo consentimiento de los contrayentes sin solemnidad alguna.*

Al respecto, SARA MONTERO DUHALT<sup>33</sup> coincide con él, al señalar que *El Matrimonio Consensual o Common law marriage es aquel creado por el mutuo consentimiento de las partes contrayentes y cuya validez no depende de ceremonia alguna, bien sea de tipo civil o religioso.*

El matrimonio consensual está basado en el libre consentimiento de un hombre y una mujer, esto constituye un gran avance en el proceso de desarrollo del matrimonio. Hubo que recorrer un largo camino para llegar a este tipo matrimonio, en que se manifieste la voluntad de dos seres que deciden iniciar compartir una vida en común, de acuerdo con el derecho y con la sociedad en la cual puedan manifestar libremente su deseo de establecer de forma permanente.

### **1.3.2.4 Matrimonio en el Derecho Romano**

El matrimonio en Roma no constituía un acto jurídico que se perfeccionara por el cumplimiento de formalidades especiales sino que estaba integrado

---

<sup>32</sup> RODRIGUEZ RUIZ, Napoleón p."Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas" Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2006, Pag. 316

<sup>33</sup> MONTERO DUHALT, Sara, Ob.Cit.Pag.110

por: un elemento objetivo, derivado de la convivencia de la mujer y el hombre y un elemento subjetivo: *affectio maritales*. El primero estaba constituido por una situación bivalente continuada comenzando la vida en común cuando la mujer era introducida en el domicilio conyugal. El segundo se hallaba representado por la intención de considerarse recíprocamente marido y mujer, publicitado mediante las manifestaciones concordantes que hicieran a parientes y extraños.

*La affectio maritales*, menciona SARA MONTERO DUHALT<sup>34</sup> se manifiesta por la permanencia de la vida en común en que ambos tienen trato recíproco de esposos. La *affectio maritales* es trascendental para la constitución y duración del matrimonio, de allí que el matrimonio era disoluble en vida cuando dejaba de existir el elemento esencial el afecto común entre ambos consortes.

Lo expuesto no significa que el matrimonio no requiera algunas formalidades religiosas y sociales. El marido adquiría sobre su mujer una potestad especial llamada *Manus*, por lo cual la esposa ingresaba en la familia civil del marido, y sus bienes pasaban al dominio de este.

EUGENE PETIT<sup>35</sup>, nos describe que la *Manus* para los romanos era considerada como una potestad organizada por el derecho civil y privativa de los ciudadanos romanos. Presentaba la mayor analogía con la potestad paterna, sólo existía en el matrimonio y no modificaba de por sí la condición de la mujer. Estaba se mantenía siendo lo que antes era, como si hubiese estado sometida a la autoridad paterna de su jefe de familia. Si ella hubiese querido cambiar su condición y entrar en la familia civil del marido, la *Manus*

---

<sup>34</sup> MONTERO DUHALT, Sara. Ob.Cit. Pág. 106

<sup>35</sup> PETIT, Eugene, "Tratado Elemental de Derecho Romano" Cardenas Editor y Distribuidor, México 1989, Pag. 124-125

*le daba el medio de cómo realizarlo, pero necesitaba el consentimiento del jefe de familia o el de sus tutores.*

En el matrimonio, *Cum Manus*, el poder marital se obtenía mediante actos formales, como eran la *Usus*, la *Conferreatio*, y la *Coemptio*.

La *Usus* fue considerado el modo de establecerse la *Manus* de manera más antigua. Era una especie de adquisición por el uso. La posesión de la mujer, continuada por un año, daba al marido la *Manus*. La mujer que quería escapar de ella, tenía que interrumpir esta posesión pasando tres noches cada año fuera del techo conyugal.

La *Conferreatio* se remonta a los primeros tiempos estaba reservada exclusivamente a los patricios, y consistía en una ceremonia que acompañaba al matrimonio y tenía un carácter religioso. Ante el gran pontífice y diez testigos, se pronunciaban palabras solemnes y se ofrecía un pastel de harina a Júpiter. La *Coemptio* era el procedimiento corriente en la época clásica para crear la *Manus*. Debió ser ideado con posterioridad para permitir a los plebeyos que se casaban y no podían hacer uso de la *Conferreatio*, establecer la *Manus* en el momento mismo del matrimonio.

Los efectos de la *Manus* eran que la mujer *in Manus* salía de la casa de su familia y entraba a la de su marido, su situación era igual a la de una hija que estaba bajo la potestad paterna, adquiría los derechos de sucesión inherentes a esta calidad y al poseer algún patrimonio, éste era absorbido por el de su marido, y como si fuera una hija de familia, no podía adquirir ya nada como de su propiedad.

En el matrimonio *Sine Manu*, menciona CARLOS A.LAGOMARSINO<sup>36</sup>, *la mujer no quedaba enfocada bajo el poder marital, y de ahí que ese tipo de matrimonio adquirió singular importancia en los últimos tiempos de la República, llegando a ser justae nuptiae*. HERNAN GOMEZ PIEDRAHITA<sup>37</sup> coincide con CARLOS LAGOMARSINO al señalar que la sociedad romana generalmente usaba el matrimonio *Sine Manu* o matrimonio libre sin que hubiese desaparecido por completo el *Cum Manu Maritti* o Patriarcal.

Con el apareamiento del Derecho Romano, el matrimonio empieza a perfilar sus rasgos actuales y proporciona las bases en que descansa el matrimonio actual, aportando elementos importantes como el amor que debían tenerse los consortes, ya que la consensualidad y su permanencia implicaba la subsistencia del matrimonio y esto revistió tanta importancia que la falta del amor en el matrimonio hacia romperse el vínculo.

### **1.3.2.5 Matrimonio Canónico**

El Imperio Romano se extendió por medio de acciones guerreras, esto hizo que Roma recibiera la influencia de otras culturas más avanzadas, lo cual fue en detrimento de Roma, que le costó mucho salir de tal situación, fue entonces que el cristianismo emprendió la tarea de reivindicar la institución matrimonial, por medio de normas rígidas de tipo moral, que se pronunciaron en contra de los excesos sexuales, de rechazo al divorcio, de dignificación de la mujer. En ese contexto, SARA MONTERO DUHALT<sup>38</sup> menciona que *la iglesia le dio tanta importancia al matrimonio que lo elevó a la categoría de sacramento*; ya en este matrimonio se conoce que es consensual por excelencia, ya que son los propios contrayentes quienes manifiestan su

---

<sup>36</sup> LAGOMARSINO, Carlos A.R. y otro, Enciclopedia de Derecho de Familia, tomo II, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1992, Pag. 635.

<sup>37</sup> GOMEZ PIEDRAHITA, Hernán, Ob.Cit.Pag. 61

<sup>38</sup> MONTERO DUHALT, Sara. Ob.Cit., Pág. 107

voluntad de unirse en matrimonio, y el sacerdote se convierte en un testigo solamente. Este tipo de matrimonio tiene dos características esenciales: Es indisoluble y constituye un sacramento.

El Derecho canónico asume la regulación del matrimonio, institución ligada a la naturaleza humana, a la cual Jesucristo confiere la dignidad de sacramento y dentro de sus antecedentes encontramos:

- a) La creación del hombre como lo relata el primer libro de la Biblia, el Génesis, que revela que Dios los hizo varón y mujer y dispuso que se unieran de manera tan estrecha como para ser “una sola carne”. A través de esa unión, las criaturas deberían de asegurar la perpetuación de la especie y procurar recíprocamente el bien personal y de cada uno.

La creación del hombre y la instauración del matrimonio aparecen como obra del Creador. Ni el hombre ni el matrimonio son fruto de la creación humana, sino que uno a otro fluyen de la creación divina.

Los ordenamientos jurídicos que el hombre fue concibiendo para regular la convivencia social, incluyeron desde la más remota antigüedad, una cierta disciplina matrimonial.

Casi siempre el matrimonio fue identificado como fuente de la vida humana, y tanto su celebración como su disciplina fundamental incluyeron un componente religioso.

- b) El matrimonio como sacramento: la identificación del matrimonio como sacramento ha sido reconocida desde los tiempos iniciales de la cristiandad, y su regulación, es por tanto, competencia de la iglesia, a la

cual le ha sido encomendada la disciplina de los sacramentos en cuanto “son acciones de Cristo”

Según el Derecho Canónico el matrimonio es una institución que regula y determina las relaciones entre los cónyuges, que dentro del Derecho Canónico es elevada a la categoría de sacramento, en el cual debe de respetarse la fidelidad, el amor entre los cónyuges, la asistencia mutua, garantizar la procreación y cuidado de la prole, y posee ciertas características detalladas a continuación:

- 1) Definición de matrimonio regulada en el Canon 1055 establece que es a través de la “Alianza Matrimonial”, es decir, del pacto que celebran el hombre y la mujer que se casan, se establece entre ellos un “consorcio de toda la vida” (*“Totius vitae consortium”*) que esta ordenado, por su misma índole natural, al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole”

Surgen de esta definición varios elementos que determinan la esencia del matrimonio y que procuraremos identificar:

- 2) El origen consensual, que esta implicado en el concepto de “alianza”, y precisado con mayor exactitud en el Canon 1057, “el matrimonio lo produce el consentimiento que ningún poder humano puede suplir”

Es lógico, por la índole personalísima del compromiso que se asume al contraer matrimonio, que sola la voluntad de los interesados pueda originar el vínculo que va a unirlos de allí en adelante.

- 3) La permanencia del vínculo. Que solo se erige en matrimonio si se lo contrae para toda la vida.

Un pacto temporal, aunque estuviera ordenado a los mismos fines que se atribuyen al consorcio matrimonial, no revestiría el carácter de matrimonio. La afirmación vertida en el Canon 1055, “Consortio para toda la vida”, lleva implícita la indisolubilidad, que el Canon 1056 señala como una de las propiedades esenciales del matrimonio.

- 4) La unidad, es decir, que la unión se establece entre un hombre y una mujer, descartándose toda forma de poligamia. Lo mismo que la indisolubilidad, es un carácter propio del matrimonio
- 5) Los fines del matrimonio están establecidos en el Canon 1055, es decir que el matrimonio está “ordenado por su mismo índole natural, al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole”

La jerarquía de ambos fines del matrimonio esta sin embargo reconocida en el inciso 48 de la Constitución de *Gaudium et spes*<sup>39</sup>, “por su índole

---

<sup>39</sup> Constitución Pastoral, *Gaudium et spes*, Capítulo I Dignidad del Matrimonio y la Familia, No. 48 “El Carácter Sagrado del Matrimonio y de la Familia” 7 de diciembre de 1965. Fundada por el Creador y en posesión de sus propias leyes, la íntima comunidad conyugal de vida y amor se establece sobre la alianza de los cónyuges, es decir, sobre su consentimiento personal e irrevocable. Así, del acto humano por el cual los esposos se dan y se reciben mutuamente, nace, aun ante la sociedad, una institución confirmada por la ley divina. Este vínculo sagrado, en atención al bien tanto de los esposos y de la prole como de la sociedad, no depende de la decisión humana. Pues es el mismo Dios el autor del matrimonio, al cual ha dotado con bienes y fines varios, todo lo cual es de suma importancia para la continuación del género humano, para el provecho personal de cada miembro de la familia y su suerte eterna, para la dignidad, estabilidad, paz y prosperidad de la misma familia y de toda la sociedad humana. Por su índole natural, la institución del matrimonio y el amor conyugal están ordenados por sí mismos a la procreación y a la educación de la prole, con las que se ciñen como con su corona propia. De esta manera, el marido y la mujer, que por el pacto conyugal ya no son dos, sino una sola carne (Mt 19,6), con la unión íntima de sus personas y actividades se ayudan y se sostienen mutuamente, adquieren conciencia de su unidad y la logran cada vez más plenamente. Esta íntima unión, como mutua entrega de dos personas, lo mismo que el bien de los hijos, exigen plena fidelidad conyugal y urgen su indisoluble unidad. Cristo nuestro Señor bendijo abundantemente este amor multiforme, nacido de la fuente divina de la caridad y que está formado a semejanza de su unión con la Iglesia. Porque así como Dios antiguamente se adelantó a unirse a su pueblo por una alianza de amor y de fidelidad, así ahora el Salvador de los hombres y Esposo de la Iglesia sale al encuentro de los esposos cristianos por medio del sacramento del matrimonio. Además, permanece con ellos para que los esposos, con su mutua entrega, se amen con perpetua fidelidad, como El mismo amó a la Iglesia y se

natural, la misma institución del matrimonio y el amor conyugal están ordenados a la procreación y educación de la prole, con las que se ciñen como con su propia corona”

- a) El bien de los cónyuges, en donde se considera como uno de los fines más importantes del matrimonio es el amor entre los cónyuges, descartando que el amor humano, entendido como atracción recíproca – física- psíquica – entre dos personas, sea fin del matrimonio. Ese tipo de amor es de ordinario motivo del matrimonio, pero su fin es la conducta que los cónyuges han de observar luego de casados, que es la propia de personas, que se aman y, por lo tanto ha de orientarse a buscar el bien del otro.

---

entregó por ella. El genuino amor conyugal es asumido en el amor divino y se rige y enriquece por la virtud redentora de Cristo y la acción salvífica de la Iglesia para conducir eficazmente a los cónyuges a Dios y ayudarlos y fortalecerlos en la sublime misión de la paternidad y la maternidad. Por ello los esposos cristianos, para cumplir dignamente sus deberes de estado, están fortificados y como consagrados por un sacramento especial, con cuya virtud, al cumplir su misión conyugal y familiar, imbuidos del espíritu de Cristo, que satura toda su vida de fe, esperanza y caridad, llegan cada vez más a su propia perfección y a su mutua santificación, y , por tanto, conjuntamente, a la glorificación de Dios.

Gracias precisamente a los padres, que precederán con el ejemplo y la oración en familia, los hijos y aun los demás que viven en el círculo familiar encontrarán más fácilmente el camino del sentido humano, de la salvación y de la santidad. En cuanto a los esposos, ennoblecidos por la dignidad y la función de padre y de madre, realizarán concienzudamente el deber de la educación, principalmente religiosa, que a ellos, sobre todo, compete. Los hijos, como miembros vivos de la familia, contribuyen, a su manera, a la santificación de los padres. Pues con el agradecimiento, la piedad filial y la confianza corresponderán a los beneficios recibidos de sus padres y, como hijos, los asistirán en las dificultades de la existencia y en la soledad, aceptada con fortaleza de ánimo, será honrada por todos. La familia hará partícipes a otras familias, generosamente, de sus riquezas espirituales. Así es como la familia cristiana, cuyo origen está en el matrimonio, que es imagen y participación de la alianza de amor entre Cristo y la Iglesia, manifestará a todos la presencia viva del Salvador en el mundo y la auténtica naturaleza de la Iglesia, ya por el amor, la generosa fecundidad, la unidad y fidelidad de los esposos, ya por la cooperación amorosa de todos sus miembros.

En el Derecho Canónico, señala CARLOS LAGOMARSINO<sup>40</sup>, *el bien de los cónyuges debe ser procurado en todos los planes, de modo que quienes se casan han de empeñarse en procurar la felicidad, la plenitud personal y la salvación del otro cónyuge.*

Tanto el matrimonio, como los principales actos del estado civil de las personas (nacimiento y muerte) empezaron a ser de la incumbencia de la Iglesia a través de los registros parroquiales. El matrimonio permaneció consensual, sin reglas específicas de constitución y organización, sino como una situación de hecho, reconocido por la Iglesia y por ende por la sociedad medieval.

En este contexto, SARA MONTERO DUHALT<sup>41</sup> menciona que *si bien la mayor parte de los pueblos en que usualmente se contrae este tipo de matrimonio, ya sea como forma única con validez civil, o con validez religiosa solamente, reviste el mismo un carácter ceremonial muy importante, acompañado casi siempre de festividades sociales.*

### **1.3.2.6 Matrimonio Civil Moderno**

A través de la historia vemos que el matrimonio ha estado revestido de diferentes ritos y formalidades, ya que en un principio el matrimonio fue una institución de carácter eminentemente religioso. Y esa connotación de índole religioso, FUSTEL DE COUNLAGES<sup>42</sup> la menciona al señalar que *era que la mujer quien pasaba del hogar de su padre al de su marido, produciéndose*

---

<sup>40</sup> LAGOMARSINO, Carlos A.R. y otro, “Enciclopedia de Derecho de Familia”, Tomo II, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1992, Pags.716-719

<sup>41</sup> MONTERO DUHALT, Sara. Ob.Cit., Pág. 107

<sup>42</sup> FUSTEL DE COUNLAGES, “La Ciudad Antigua”, Madrid, Biblioteca Edaf, 1982 Citado por GOMEZ PIEDRAHITA, HERNAN, Ob.Cit.Pag. 60

*un cambio de religión, de ritos y de oraciones, abandonando al dios de la infancia para colocarse bajo la tutela de otro desconocido.*

En razón de la vinculación a un nuevo culto, el matrimonio llevaba inmersa una ceremonia eminentemente religiosa, que incidía en las consecuencias posteriores del nuevo hogar. La ceremonia para contraer matrimonio es considerada como un acto solemne y en ese sentido el matrimonio es un acto jurídico solemne, y así vemos que la Iglesia Católica conserva un cauteloso respeto por el matrimonio civil y ha eliminado el trato que anteriormente le otorgaba de “Torpe y vergonzoso concubinato”.

La Iglesia Católica, menciona HERNAN GOMEZ PIEDRAHITA<sup>43</sup> *considera el matrimonio civil como un vínculo natural válido al cual se someten los no católicos y los no bautizados.*

El Código Civil derogado parcialmente en los artículos 117 y siguientes se establecía las solemnidades del matrimonio, y en el Código de Familia lo tenemos en los artículos 21 y siguientes.

### **1.3.3 Antecedentes Históricos del Divorcio**

A lo largo de la historia el divorcio ha sido regulado, de acuerdo a los principios normativos de cada pueblo, siendo sus motivos tan diversos, sean estos de índole religioso, o bien por razones económicas, políticas o sociales.

Por lo general el matrimonio no era considerado indisoluble y la iniciativa de ruptura correspondía de ordinario al hombre y esto es debido a la situación de inferioridad de la mujer dentro de las sociedades primitivas, tal como lo

---

<sup>43</sup>GOMEZ PIEDRAHITA, Hernán, Ob.Cit.Pag. 65

señala CARLOS LAGOMARSINO<sup>44</sup>: *La mujer estaba reducida en la antigüedad a la categoría de una cosa, apropiada por el hombre mediante la violencia, luego mediante la compra, siendo desde ésta perspectiva nada más natural que la posibilidad que fuera en algún momento abandonada por su dueño.*

Tal es el caso que en el antiguo Egipto se pasó de la indisolubilidad del matrimonio al repudio fundado en causa grave, siendo ésta una facultad otorgada primero al marido, luego a la mujer.

En Babilonia, las leyes primitivas otorgaban al marido el derecho de repudiar libremente a su esposa, el Código de Hammunrabi fijó causas para que ese derecho pudiera ser ejercido por el marido, pero a falta de causas igualmente podía repudiarla, aunque quedaba obligado a pagarle una indemnización y además admitió el derecho de repudio de la mujer, en ciertos casos.

En la India, las leyes de Manú conferían al marido un derecho de repudio ilimitado, pero no se otorgaba a la mujer, quien aun en caso de ser abandonada lo único que podía hacer era salir en la búsqueda de su esposo. En China, el derecho de repudio del marido era casi ilimitado por la amplitud de las causales, entre ellas, falta de sumisión a los parientes del marido, esterilidad, impudicia, celos, enfermedad crónica, locuacidad y robo.

En Atenas, el derecho del marido era absoluto, sólo limitado por la obligación de devolver inmediatamente la dote de la mujer, ésta a su vez, podía pedir el divorcio por crueldad o excesos del marido, pero la efectividad de su derecho quedaba limitada por su falta de libertad para salir del hogar y recurrir a entablar la demanda, por la dificultad de la prueba y porque en todo caso, los hijos quedaban con el marido.

---

<sup>44</sup> LAGOMARSINO, Carlos A, Tomo I, Pag.916

En Roma, el matrimonio era consensual, y de la misma manera como se constituía se podía disolver, bastando que desapareciera “el afectio maritales” y el matrimonio quedaba disuelto.

Entre los hebreos, el derecho de repudio por parte del marido fue limitado por disposiciones de uno de los libros del Pentateuco, en el Deuteronomio, en su capítulo XXIV, versículos del 1 al 4 expresaban que cuando un hombre tomara mujer y se casara con ella, y luego no le agradara por haber encontrado en ella alguna cosa torpe, le debía escribir una carta de repudio y se le entregaba en su mano, despidiéndola de su casa. Quedando esta mujer libre y pudiéndose casar nuevamente. Pero que si en este segundo matrimonio el nuevo marido la despidiera también de su casa o si bien muriera, no podía su primer marido volverla a tomar por mujer, ya que esto era abominación delante de Jehová. Se establece pues la redacción de la denominada “Carta de Repudio” y su entrega a la mujer. Esta formalidad en aquellos tiempos era una verdadera limitación al derecho absoluto del esposo, o por lo menos, buscaba obtener la seguridad de que la decisión no fuera fruto de un arrebato. Además la escritura no estaba muy difundida entre los hebreos, quienes para redactar la “Carta de Repudio” debían acudir casi necesariamente a un extraño, generalmente el rabino, quien era encargado de asegurarse de la seriedad de la decisión.

Por otra parte, sigue mencionando LAGOMARSINO<sup>45</sup>, *al hablar en la ley de una “cosa torpe” hallada en la mujer, se produjo la duda sobre si la causa podía ser libremente apreciada por el esposo repudiante o debía estar justificada debidamente.*

---

<sup>45</sup> LAGOMARSINO, Carlos, A. “Ob,Cit, Tomo I, Págs. 916-918

Desde la antigüedad, la Iglesia combatió el divorcio y proclamó la indisolubilidad del matrimonio, tomando en pie las palabras de Cristo, esta postura de la Iglesia es reiterada por RAMON MEZA BARROS<sup>46</sup>. El Derecho Canónico influyó en los países occidentales, y con el cristianismo, la indisolubilidad del matrimonio canónico, es elevada a la categoría de sacramento perpetuo. En base a lo cual el Derecho Canónico aceptaba solamente el divorcio relativo, y no el absoluto, por el principio canonista de la indisolubilidad del matrimonio, como un efecto directo de la calidad del sacramento que hasta la fecha la iglesia católica conserva.

MEZA BARROS<sup>47</sup> afirma que *la Reforma Protestante trajo consigo un movimiento a favor del divorcio, que se introdujo en los países protestantes, en contraposición con el Derecho Canónico, considerando que era un contrato que permitía su disolución.*

#### **1.3.4 Origen y Evolución del Divorcio**

HERNAN GOMEZ PIEDRAHITA<sup>48</sup> menciona que *el divorcio ha sido regulado a lo largo de la historia humana de diferentes maneras, en atención a los principios normativos de cada pueblo, y así tenemos que el Código de Hammurabi permitía el divorcio tanto al hombre como a la mujer por causas específicas.* En la India en los Libros Sagrados, es decir, en el Código de Manu, se permitía la anulación del matrimonio y el repudio. En el antiguo Egipto y en Persia existió también el repudio. En la época faraónica y por ser considerado el matrimonio un contrato social, que contenía deberes y obligaciones, podía disolverse por quien incumplía estas obligaciones, sin mayores solemnidades.

---

<sup>46</sup>MEZA BARROS, Ramón, Ob.Cit.Pag. 134

<sup>47</sup>MEZA BARROS, Ramón, Ob.Cit.Pag. 135

<sup>48</sup>GOMEZ PIEDRAHITA, Hernán, Ob.Cit. Pag. 109

En Babilonia de acuerdo a los términos del Código de Hammunrabi, la mujer adúltera y su cómplice debían pagar su delito, con su vida, a menos que el marido fuera benévolo no prefiriera arrojarlos desnudos a la calle, esta posición tan dramática quedaba atenuada por otra que establecía que se juzgaría a los culpables de adulterio únicamente en el caso de que el marido no perdonase a su mujer, o el rey a su súbdito, y dadas las costumbres imperantes, era muy fácil que uno de los dos perdonase.

Se legislaba el repudio y sus formas, en caso de que el matrimonio hubiese tenido descendencia del marido debía restituir toda la dote a la mujer repudiada y la misma conservaba el derecho de educar a sus hijos en una situación muy cómoda. En el Código de Hammunrabi se encuentra un precepto en el cual se establece que si el marido acusa a su mujer de adulterio, sin tener pruebas, bastaba el juramento de ésta, para desestimar la acción. Se establecía además que si el marido debía estar ausente injustificadamente durante mucho tiempo, la mujer podía tomar otro esposo y formar otro hogar, pero si el marido regresaba, los hijos habidos de la segunda unión, le quedaban al padre, mientras que la mujer debía regresar a su primitivo hogar.

Junto al repudio, encontramos en Babilonia la legislación y la práctica del divorcio. MANUEL OSSORIO Y FLORIT<sup>49</sup> al referirse a dicha práctica, señala que *el hombre podía divorciarse devolviéndole la dote, y diciéndole a ella que ya no era más su mujer, las causas que justificaban su actitud eran la esterilidad, el adulterio, la incompatibilidad de humor o la negligencia demostrada en la administración del hogar.* Cuando estos motivos revestían una gravedad extrema, el hombre no sólo estaba autorizado para divorciarse, sino que también podía hacer caer a su mujer en la esclavitud, o arrojarla

---

<sup>49</sup> OSSORIO Y FLORIT, Ob.Cit. Tomo XI, Pags. 982

simplemente al río. Como compensación a la severidad del Código, la mujer podía, si no divorciarse, por lo menos abandonar a su marido, siempre que probase su fidelidad, y la crueldad del mismo. En este caso, podía volver a la casa de sus padres, llevándose íntegramente la dote.

Como resultado de todas estas disposiciones reguladoras de la relación marital, la familia era en Babilonia una institución muy poco estable, y sus miembros podían abandonarla en forma definitiva mediante una simple manifestación de voluntad.

HERNAN GOMEZ PIEDRAHITA<sup>50</sup> aporta que *los griegos empleaban dos términos para designar el rompimiento matrimonial: y llamaban “Repudio” cuando era el marido el que rompía voluntariamente el vínculo conyugal, y “Abandono” cuando lo hacía la mujer. Por lo general, la esposa aceptaba pacíficamente las sucesivas infidelidades de su cónyuge, basando su fuerza en la legitimidad de su prole. Los hombres se casaban generalmente por obligación, para eludir las leyes que castigaban el celibato y para tener descendencia. El adulterio en la mujer era considerado de una manera muy distinta, y el marido estaba obligado a repudiarla, pero rara vez lo hacía. El adulterio femenino no era la única causa de repudio o de divorcio, el marido podía repudiar a la esposa en cualquier momento, sin mencionar el motivo*

En el Derecho Romano el matrimonio era de tipo consensual y de la misma forma como se constituía, se podía disolver; y entre las causas por las cuales se podía disolver, CARLOS LAGOMARSINO<sup>51</sup> menciona que *era por la muerte de uno de los cónyuges, por la pérdida de la capacidad y por la pérdida del “affectio maritalis” por cualquiera de los cónyuges provocaba la disolución del matrimonio por divorcio.* La pérdida de la capacidad tenía lugar

---

<sup>50</sup> GOMEZ PIEDRAHITA, Hernán, Ob.Cit.Pag.109

<sup>51</sup> LAGOMARSINO, Carlos A.R.Ob.Cit.Tomo I, Pag. 918

por la *cappitis deminutio máxima*, ya sea por hacerse esclavo, ser condenado a servidumbre o caer en poder del enemigo, y también por el incesto sobreviniente, especialmente en el caso de adopción de la esposa por el suegro. El divorcio no podía ser prohibido por la ley, y cuando los emperadores cristianos se propusieron limitarlo, sólo pudieron establecer sanciones para quienes se divorciasen sin causa o para quienes dieran causa al divorcio, sin que por eso consiguiesen impedir que el matrimonio se disolviera.

Además el DR.NAPOLEON RODRIGUEZ RUIZ p<sup>52</sup>.señala que el divorcio se consignó en la Ley de las XII Tablas, usado al principio con suma prudencia, tan pronto vino el relajamiento de las costumbres llegó a abusarse del divorcio en tal forma que hubo que reglamentarse limitativamente. Así, la Ley Julia de adulteris ordenó que se celebrara ante siete testigos y enviando un cónyuge a otro carta de repudio conteniendo una fórmula especificada en la ley. Al respecto, CARLOS LAGOMARSINO<sup>53</sup> menciona que *los jurisconsultos se resistieron a admitir que el matrimonio perdurase por el incumplimiento de esa formalidad. Y es que, si bien en un principio el divorcio era raro en la práctica del pueblo romano, en la época clásica el contacto con la civilización griega, entre otras razones, motivó el cambio de las costumbres primitivas y el debilitamiento de la organización familiar y de la estabilidad del matrimonio.*

HERNAN GOMEZ PIEDRAHITA<sup>54</sup>, detalla *cuatro tipos de divorcio conocidos en la época de Justiniano:*

---

<sup>52</sup> RODRIGUEZ RUIZ, Napoléon p., Ob.Cit. Pag. 367

<sup>53</sup> LA GOMARSINO, Carlos A.R., Ob.Cit.Tomo I, Pag.919

<sup>54</sup> GOMEZ PIEDRAHITA, Hernán, Ob.Cit. Pag.110

1. *Divortium ex causa justa, cuando se daba por culpa de uno de los cónyuges y la causa la señala la ley*
2. *Divortium sine causa, o sea, en forma unilateral, y no existiendo causa legal*
3. *Divortium communi consensus, o sea, por acuerdo mutuo*
4. *Divortium bona gratia, esto es, por causa no proveniente del otro cónyuge, por ejemplo, una enfermedad grave e incurable, locura, voto de castidad, cautividad de guerra, entre otros.*

Aunado a esto, JUSTINIANO<sup>55</sup> posteriormente expuso y detalló en la Novela 117, concretamente las causas que podían justificar el divorcio:

1. *Adulterio de la mujer y del marido, si tuviese concubina en el hogar o en el mismo pueblo*
2. *Atentado de un cónyuge contra la vida del otro*
3. *Crimen contra la seguridad del Estado*
4. *Abandono voluntario que la mujer hacía del marido*
5. *Asistencia de la mujer a banquetes con extranjeros, o al circo, sin permiso del marido*
6. *Tentativa del marido para prostituir a la mujer*
7. *Locura de cualquiera de los cónyuges*
8. *Impotencia del varón*

---

<sup>55</sup> RODRIGUEZ RUIZ, Napoleón p., Ob.Cit.Pag. 367-368

## 9. *El aborto procurado de la mujer*

La evolución operada en el Derecho Romano, muestra el paso del antiguo concepto del “Repudio” al moderno del “Divorcio”; éste término no se origina en Roma, donde Repudio significa la disolución del matrimonio por voluntad de uno de los cónyuges-generalmente el marido- sin intervención de la autoridad y divorcio la disolución por mutuo consentimiento o por declaración de la autoridad legítima.

La aparición del cristianismo tuvo una notable influencia sobre el derecho matrimonial y especialmente sobre la disolución del matrimonio, ya que el matrimonio es elevado a la categoría de sacramento perpetuo, por lo que, todos los Estados sometidos a su influencia, se apartaron de los esquemas divorcistas de la antigüedad.

La interpretación de los textos del Evangelio en el punto referente a la admisión o rechazo del divorcio vincular estaba destinada a ser uno de los principales puntos de división del cristianismo. La duda fundamental fue, la de determinar si la prohibición del segundo matrimonio después del divorcio, tenía o no una excepción en el caso de adulterio de la mujer. En efecto, en el Evangelio de San Mateo Capítulo V versículo 9 se halla una frase que parece dar pie a la conclusión afirmativa “*salvo por causa de fornicación*”, sin embargo se sostuvo también que el adulterio era una causa justificada de divorcio, pero que no habilitaba para una nueva unión.

Sólo después de 15 Siglos en el Concilio de Trento, la Iglesia Católica formuló su doctrina que parecía definitiva. CARLOS LAGOMARSINO<sup>56</sup>. menciona que *en los primeros tiempos, los Padres de la Iglesia afirmaron la indisolubilidad del matrimonio, aun en caso del adulterio y lucharon contra la*

---

<sup>56</sup> LAGOMARSINO, Carlos A.R. Ob.Cit.Tomo I, Pag. 921

*legislación civil contraria, sin embargo algunos de ellos sostuvieron que el adulterio de la mujer permitía la disolución del vínculo, habilitando por lo menos al hombre a contraer segundas nupcias. La misma discrepancia se manifestó en los concilios primitivos, cuyas resoluciones fueron disímiles*

Tanto CARLOS LAGOMARSINO como HERNAN GOMEZ PIEDRAHITA<sup>57</sup>, coinciden al señalar que *fue precisamente en el Concilio de Trento, donde se le atribuyó al matrimonio su carácter sacramental y que una vez es celebrado entre los católicos y consumado es indisoluble en vida de los esposos.*

El mismo Concilio de Trento conminó con la excomunión al que negara la indisolubilidad del matrimonio. Elevado a la categoría de sacramento y propugnando su insolubilidad, causas de divorcio relativo estatuidas por el Derecho Canónico, según NAPOLEON RODRIGUEZ RUIZ<sup>58</sup>, son las siguientes:

1. *El adulterio de uno de los cónyuges, no perdonado o correspondido con igual falta por el otro*
2. *Por inscribirse uno de los cónyuges en una secta no católica*
3. *Educar a los hijos fuera de la religión católica*
4. *Llevar uno de los cónyuges vida criminal o infame*
5. *Poner a uno de los cónyuges en inminente peligro para su alma o cuerpo, o hacerle imposible la vida conyugal con malos tratos.*

Mientras la Iglesia Católica aceptaba definitivamente la doctrina de la indisolubilidad del matrimonio, Calvino y Lutero originan la Reforma

---

<sup>57</sup> GOMEZ PIEDRAHITA, Hernán, Ob.Cit. Pag. 111

<sup>58</sup> RODRIGUEZ RUIZ, Napoleón p.Ob.Cit.Pag. 371

Protestante, en la que declaraban falso y negaban el carácter sacramental del matrimonio. Por consiguiente, se le dio un tratamiento diferente al de la Iglesia Católica, considerándose como un simple contrato que permitía su disolución.

Refutaban su carácter sacramental al considerar que no podía ser contraria a la voluntad de Dios la disolución del vínculo por los tribunales en caso de violación o desprecio de los deberes derivados del matrimonio. Pensaban además que Jesús nada dijo sobre el divorcio por mutuo consentimiento ni sobre el fundado en causas determinadas por la ley civil, razón por la cual no habría prohibido uno ni otro. *El propio Lutero al romper con Roma, despreció sus votos y contrajo matrimonio, tal como lo señala LAGOMARSINO<sup>59</sup>, despojando así al matrimonio de carácter sacramental y lo sometió a la autoridad secular.*

En esta propuesta de los protestantes se descubre el antecedente formal y doctrinario en que se apoyaron los revolucionarios franceses para incorporar a la legislación positiva el matrimonio como contrato, regido por la ley civil, independiente en su celebración y en sus efectos del matrimonio religioso.

### **1.3.5 Clases de Divorcio**

Históricamente tenemos que el divorcio ha tenido variedad de tipos, concepciones y clases, teniendo así:

---

<sup>59</sup> LAGOMARSINO, Carlos A.R., Ob.Cit.Tomo I, Pag. 922

### 1.3.5.1 El Divorcio Repudio

Según OMAR U. BARBERO<sup>60</sup>, *el Divorcio Repudio consiste en la facultad del marido de alejar de sí, con ruptura del vínculo matrimonial, a la esposa*. Es una expresión excesiva de la potestad marital que existió en los derechos primitivos. Se practicaba en los sistemas legislativos antiguos, y actualmente en algunas legislaciones islámicas, consagrando la potestad marital, como ya se mencionó, en forma absoluta ya que solamente el marido podía ejercer los derechos emanados de esa normativa.

Entre los ejemplos que podemos encontrar de este tipo de repudio, HERNAN GOMEZ PIEDRAHITA<sup>61</sup> los enuncia, señalando que *lo encuentra en el Derecho Hebreo tal como lo señala el Deuteronomio, y en los libros sagrados de la antigüedad, como por ejemplo, en el Derecho Mahometano, en el Derecho Indio, el Chino, en el Judío del Talmud*.

### 1.3.5.2 El Divorcio por Voluntad Unilateral.

En el Divorcio por Voluntad Unilateral, como lo menciona BARBERO<sup>62</sup>, *cada cónyuge tiene la plena libertad de dejar sin efecto el vínculo matrimonial. Viene a ser como una extensión del divorcio repudio a favor de cualquiera de los cónyuges*. En esta concepción desaparece prácticamente la distinción entre matrimonio y concubinato, aparece en el Libro de los Deberes de los Birmanos, y fue el sistema consagrado originalmente en el Código Civil Soviético de 1918.

---

<sup>60</sup> BARBERO, Omar U. “Daños y Perjuicios derivados del Divorcio”, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1977, Pag. 38

<sup>61</sup> GOMEZ PIEDRAHITA, Hernán, Ob.Cit. 116

<sup>62</sup> BARBERO, Omar U. Ob.Cit. Pag. 39

Además, como ejemplo de este tipo de divorcio, GOMEZ PIEDRAHITA<sup>63</sup> enuncia que fue practicado por el pueblo romano, quienes obtenían el divorcio cuando cesaba la *affectio maritalis*, sin necesidad de proceso especial alguno.

### 1.3.5.3 Divorcio por Mutuo Acuerdo

El Divorcio por Mutuo Acuerdo, para GOMEZ PIEDRAHITA<sup>64</sup> es *producto de la concepción contractualista del matrimonio, ya que si se realiza el contrato matrimonial, es lógico que de la misma manera se pueda dejar sin efecto, siendo permitido en Francia desde 1975 y en legislaciones nórdicas y las inglesas.*

OMAR BARBERO<sup>65</sup> señala *además que el Divorcio Consensual, como también es llamado, se caracteriza por asimilar el matrimonio a los contratos, admitiendo su “rescisión por mutuo consentimiento”.*

### 1.3.5.4 Divorcio Sanción

Para EDUARDO ZANNONI<sup>66</sup>, *el Divorcio por Sanción es cuando las leyes establecen parámetros de conducta mínimos entre los cónyuges con el equilibrio de los deberes y obligaciones familiares. Cuando alguno de los cónyuges viola estas líneas de conducta mínimas, la sanción es el rompimiento del vínculo a petición del cónyuge inocente, para lo cual la ley estable las causales específicas que valorará legalmente el juez según la prueba aportada.* En síntesis, señala el autor, la sentencia de divorcio exige la prueba de la culpa de uno o ambos cónyuges, y por eso mismo, el divorcio

---

<sup>63</sup> GOMEZ PIEDRAHITA, Hernán, Ob.Cit. 116

<sup>64</sup> GOMEZ PIEDRAHITA, Ob.Cit. Pag. 116

<sup>65</sup> BARBERO, Omar U. Ob.Cit.Pag. 39

<sup>66</sup> ZANNONI, EDUARDO A. “Derecho de Familia”, Tomo II, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina 1978, pág. 13

implica *una sanción* contra el o los culpables que se proyecta en los efectos: pérdida o restricción del derecho alimentario, pérdida de la vocación hereditaria, etc.

CARLOS LAGOMARSINO<sup>67</sup>, coincide con la postura de EDUARDO ZANNONI, al mencionar que *el Divorcio Sanción, es como su nombre lo dice, una sanción impuesta a uno de los cónyuges por haber incurrido en hechos que la ley considera suficientes para aplicarla, ya que en este sistema Divorcio Sanción es ordinariamente decretado por la autoridad judicial sobre la base de la causal en que incurrió uno de los cónyuges, a petición del otro.*

#### **1.3.5.5 Divorcio Remedio**

*El Divorcio Remedio surge como respuesta a la concepción que se tiene del matrimonio en su doble naturaleza jurídica de matrimonio acto y matrimonio estado, y éste puede sufrir deterioros que traigan como consecuencia la intolerancia de la vida en común, siendo ésta por culpa de uno o ambos cónyuges, por lo que puede demandarse la disolución del matrimonio por el incumplimiento de los deberes matrimoniales, por las conductas no adecuadas, que perjudiquen la dignidad del otro cónyuge, tal como lo señala EDUARDO ZANNONI.<sup>68</sup> Desde esta perspectiva, continúa mencionando el autor, no se requiere la tipificación de conductas culpables: el divorcio importa, esencialmente un remedio, una solución al desquicio matrimonial, y no una sanción, tendiente a evitar mayores perjuicios para los cónyuges y los hijos. Y por eso, se acepta el divorcio por petición conjunta de los esposos-*

---

<sup>67</sup> LAGOMARSINO, Carlos A.R., Ob.Cit.Tomo I, Pag. 923

<sup>68</sup> ZANNONI, Eduardo A. Ob.Cit. Pág. 395

divorcio por mutuo consentimiento- en que ellos están dispensados de poner de manifiesto las causas que motiven esa petición<sup>69</sup>

OMAR BARBERO<sup>70</sup> coincide en esa postura con ZANNONI, al referirse al Divorcio Remedio *como procedente en todos los casos en que la vida conyugal en común sea imposible o sin objeto, por causas objetivas o subjetivas, inclusive con prescindencia de la imputabilidad de las circunstancias determinantes de la situación. Ya que la intención de la ley al conceder el divorcio, era remediar la imposibilidad de vida en común o la carencia de sentido del matrimonio.*

En éstos últimos años, como bien lo señala LAGOMARSINO<sup>71</sup>, *en Europa Occidental y en Estados Unidos se han manifestado una fuerte tendencia a llevar hasta sus últimas consecuencias el criterio del divorcio-remedio, admitiéndolo sobre la base de la irremediable desunión entre los esposos, independientemente de cuál fuese el culpable de esa situación.* Aun cuando se tenga la posibilidad de que uno de los esposos lo obtenga sobre la base de la conducta del otro, en Alemania, Suecia y en algunos estados norteamericanos, se ha suprimido inclusive, toda posibilidad de indagación de culpas.

#### **1.4 Antecedentes Históricos de los Regímenes Patrimoniales**

Puede suponerse que el matrimonio tiene que producir alteraciones en la esfera patrimonial de cada cónyuge y que los salarios, como los intereses, ganancias y bienes en general pueden seguir siendo administrados como lo han sido antes del matrimonio. Sin embargo, de acuerdo a lo planteado por

---

<sup>69</sup> ZANNONI, Eduardo A. Obra cita, pág. 13

<sup>70</sup> BARBERO, Omar U. Ob.Cit. Pag. 40

<sup>71</sup> LAGOMARSINO, Carlos A.R., Ob.Cit.Tomo I, Pag. 924

GUSTAVO BOSSERT Y EDUARDO ZANNONI<sup>72</sup> *el vínculo conyugal necesariamente genera una vida de comunes intereses que se deriva del compartir responsabilidades tendientes a mantener unida a la pareja.*

Los nuevos cónyuges se plantean entonces interrogantes como: ¿Cómo asumirán los gastos dentro del nuevo hogar?, ¿Cómo harán frente a la necesidad de alimentos de la familia, a los cuidados, atención y educación de los hijos?, así como el destino que se les dará a los ingresos que ambos cónyuges o uno de ellos. Estas cuestiones planteadas a vía de ejemplo sitúan a los cónyuges en el compromiso de escoger un régimen que responda de mejor manera a las aspiraciones de la familia que fundaron y que se adapte a la capacidad económica de ambos y esté acorde a su realidad.

En ese sentido, al formarse el nuevo hogar, se estima que los bienes de los casados no pueden recibir el mismo trato que los que pertenecen a las demás personas, pues el destino de los bienes aportados o adquiridos en el matrimonio, esta enfocado a satisfacer las exigencias familiares. Por ello las relaciones patrimoniales dentro del Matrimonio son de suma importancia por lo que su regulación ha sido elevado a un rango Constitucional.

Para la adopción del régimen al momento de celebrarse el matrimonio, es necesario el acuerdo entre ambos cónyuges, los cuales a su vez pueden formular uno distinto, pero en este caso, no se pueden contrariar las disposiciones que el Código de Familia ha estipulado, es decir, no se puede crear un régimen que no atienda a los principios constitucionales de igualdad y justicia. Pero también al momento de adoptar un régimen patrimonial, los

---

<sup>72</sup> BOSSERT, Gustavo A. ZANNONI, Eduardo A. Ob.Cit. Pág. 181

nuevos esposos deben considerar que éste sea acorde al nivel de vida que ambos han llevado en su vida de solteros, y ahora que desean iniciar una vida en común, compagine con sus expectativas económicas.

#### **1.4.1. Antecedentes Históricos de la Comunidad Diferida**

La característica fundamental de este régimen, tal como lo manifiesta GERARDO TREJOS<sup>73</sup>, es *la existencia de una masa común de bienes, que pertenece a ambos cónyuges, la cual se reparte entre ellos al momento de la disolución del matrimonio. La propiedad de los bienes es común, estableciéndose así una copropiedad entre ambos cónyuges con resultados diversos.*

*Según quien ejerza durante el matrimonio la administración de los bienes, como lo señala MANUEL OSSORIO Y FLORIT<sup>74</sup>, éstos luego van a ser divididos entre los cónyuges y puede distinguirse la comunidad de administración marital, administración separada y la administración conjunta.* El Código de Napoleón y los que lo tomaron como modelo, establecieron una comunidad de administración marital, en la que el esposo administraba no solo los bienes comunes sino también los propios de la mujer. Ya que parece ser que en los primeros tiempos los derechos de los cónyuges eran iguales, fue en esa época en que el marido se hizo señor y dueño de la comunidad, y todos los derechos de la mujer aparecían recién en el momento de la disolución. En esa época empezaron a aparecer las leyes sobre los bienes reservados de la mujer, bienes éstos que aunque comunes, quedaban exceptuados del derecho marital de administración o disposición, el cual se reserva a la mujer. Ordinariamente comprende el producto del trabajo de

---

<sup>73</sup> TREJOS, Gerardo, "Derecho de Familia Costarricense," Editorial Juricentro, 1982, Pag. 161

<sup>74</sup> OSSORIO Y FLORIT, Manuel, Ob.Cit. Tomo XXIV, Pag. 420

ésta. Se forma así una comunidad de administración marital pero con bienes exceptuados de ella.

La separación de bienes durante la unión no excluye la noción de comunidad y los mismos bienes, separados durante la unión pueden hacerse comunes al cesar ésta. La existencia de comunidad después de la disolución de la unión hace deseable el reconocimiento de cierta comunidad de derechos y obligaciones ya durante la unión, los bienes comunes a la partición deben serlo por lo menos en ciertos aspectos durante el matrimonio.

La regulación especial sitúa al régimen de Comunidad Diferida, en una posición *siu generis*, pues participa de aspectos similares del régimen de separación y del de comunidad universal. La separación se aplica estando vigente el matrimonio y en ese período existe independencia total de los bienes de ambos cónyuges, quienes pueden disponer de ellos libremente así como de sus frutos. La comunidad surge en el momento de disolverse el vínculo matrimonial o darse por terminado el régimen. Es entonces cuando los bienes adquiridos se deberán distribuir por mitad entre ambos cónyuges. En efecto, este régimen se caracteriza porque todos los bienes adquiridos durante la existencia del mismo son comunes y pertenecen a ambos cónyuges; pero la administración de los bienes propios o privativos así como su disfrute o disposición, corre a cargo de quien sea titular de los mismos. Esta administración es personal, pues no la comparten entre sí. Por ende, a la disolución del régimen cuando la administración deviene en conjunto, a cargo de ambos cónyuges, a tal grado que ninguno de ellos puede disponer de sus bienes sino cuenta con el consentimiento del otro.

Esta forma tan singular de regular el régimen de bienes, no fue antojadiza. Ya que se ha creído ver el origen de la comunidad en el Derecho Romano,

en las instituciones de los galos en el Derecho Germánico, en la influencia cristiana y en el propio Derecho Consuetudinario francés. En el Derecho Romano clásico y de las épocas posteriores en que los cónyuges estaban separados de bienes, nada obstaba para que se formase una sociedad de bienes entre ellos. Entre las especies particulares de sociedades estaban la universal, que comprendía todos los bienes presentes y futuros de los socios y la de ganancias que comprendía todas las adquisiciones onerosas hechas a partir del día del contrato y de las deudas inherentes a esas adquisiciones. Por consiguiente podía ocurrir que los cónyuges contrajesen alguno de esos tipos de sociedades, con lo que quedaban sometidos a un régimen similar al que después fue la comunidad universal o la comunidad de ganancias; pero las convenciones de éste género eran muy raras y de hecho el sistema de la comunidad era casi desconocido. La comunidad por vía de sociedad contratada entre los esposos no fue desconocida para los romanos, pero su uso fue excepcional y la influencia en la formación de la comunidad de los tiempos modernos fue nula.

Otros autores entendieron hallar el origen de la comunidad en las costumbres de los galos. La tesis se basa en un texto no muy claro de Julio César en el que dice que el marido que recibió de su mujer *pecunia dotis nomine* toma otro tanto de su propia fortuna para unirlo con lo dado por ella, de modo que ese capital y sus frutos formen una masa que pasan a ser propiedad del supérstite al morir uno de ellos. En tal costumbre hay algo distinto de los usos romanos, pero no se presenta un elemento de la comunidad sino un beneficio de supervivencia – institución más antigua que la comunidad, existe en el Derecho de los bárbaros- reducido por otra parte a un grupo limitado de bienes pues parecer ser que César designo en el texto citado con el nombre de *pecunia* al ganado, a los rebaños y no al dinero.

La opinión más difundida en Francia ve el origen de la comunidad en el Derecho germánico de las leyes bárbaras, que habría sufrido una lenta evolución en la Alta Edad Media. Esa evolución algunos autores creen ver la influencia del cristianismo, religión abrazada por los germanos, llegando hasta atribuirle la íntima asociación entre los esposos en su acción común, que determina la formación de la comunidad.

Otros autores ven el origen de la comunidad en la época franca. No provendría de la influencia cristiana ni de las leyes germánicas sobre beneficios de supervivencia sino de un principio de acción común que habría sido consagrado en la legislación de la época franca. El germen de la comunidad está en la organización de la familia franca, caracterizada porque los herederos del jefe de la familia dejan indiviso el patrimonio familiar, constituyendo una copropiedad en mano común.

Otros en cambio señalan que el origen de la comunidad se encuentra en el Derecho consuetudinario francés. Niega el origen romano porque si bien en el Derecho Romano se conocieron las sociedades ordinarias entre marido y mujer, no ocurrió lo mismo con la aplicación sistemática y el desarrollo regular y completo de la comunidad; el galo, porque si hubieran tenido este origen se habrían desarrollado en toda Francia y no solo en los países de Derecho consuetudinario; y el germánico, porque en caso contrario habrían vencido en toda Alemania – lo que no ocurrió-.

Por eso la creación del régimen indicado, por un lado sustenta la idea de que los bienes pertenecen a ambos cónyuges y por otra parte, la administración y disposición independiente a cargo del titular, durante la vigencia del régimen. La comunidad se entiende que ha existido desde que el régimen se constituye o desde que se celebra el matrimonio, aunque se

concreta, hasta que concluye o se disuelve el mismo. La comunidad surge en un momento posterior a la adopción del régimen por eso recibe el nombre de Comunidad Diferida.

La comunidad es diferida por conformarse al momento de su disolución, pero se entenderá que los cónyuges la han tenido desde la celebración del matrimonio o desde la constitución del régimen. Lo cierto es que los bienes adquiridos dentro de este régimen son comunes desde que se opta por él o desde la celebración del matrimonio, en su caso. Parece más lógico establecer que los bienes comunes que estaban administrados por cada cónyuge, se determinan y pasan a formar parte de una sola masa de bienes al disolverse el régimen.

Los bienes adquiridos individualmente por los cónyuges están destinados a entrar a la masa partible a la disolución del régimen. La coparticipación de un cónyuge en los adquiridos por el otro se torna tangible y lo que hasta ese momento fue una mera expectativa se transforma en un derecho concreto.

## **CAPITULO II: Fundamento Doctrinario de la Familia, el Matrimonio, el Divorcio y los Regímenes Patrimoniales**

### **2.1. Teorías sobre la Familia**

Según JOSE CASTAN TOBEÑAS<sup>75</sup>, el vocablo familia procede de la voz “*famulias*”, por derivación de *famulus*, palabra que proviene del osco “*famel*”, que significa siervo y posiblemente del sánscrito “*vama*”, hogar o habitación; por lo cual se entendió como tal el conjunto de personas y esclavos que habitan con el dueño de casa.

Se han clasificado por algunos autores para una mayor comprensión las siguientes clases de familia:

Familia en sentido amplio: La cual es el conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico del matrimonio o del parentesco, es decir, que según esta noción, constituyen familia las personas que tienen relaciones jurídicas de orden familiar, comprendiendo por lo tanto, las conyugales, las paternofiliales y las parentales.

Familia en sentido restringido: Es el grupo de personas que están unidas por vínculos paterno-filial y sometida a la autoridad de los jefes del hogar. Comprende además a los cónyuges y a los hijos que están aun bajo potestad, en el supuesto que los que se han casado han constituido otra familia. Es esta la también llamada familia nuclear, o elemental, simple o básica. Es definida como un grupo formado por un hombre, una mujer y sus hijos socialmente reconocidos. Este tipo de familia goza de especial

---

<sup>75</sup> CASTAN TOBEÑAS, José. “Derecho Civil Español, Común y Foral” Tomo 5to. Derecho de Familia, Volumen I, Relaciones Conyugales, 11ª. Edición, Editorial Reus S.A., Madrid, España, 1987, Pág. 33

protección por parte de los Estados, porque ha sido considerada como elemento natural y fundamental de la sociedad cuando las leyes modernas hablan de familia, no llegan más allá de la llamada Familia Nuclear.

La familia en el sentido intermedio: Es el grupo de personas que viven en una sola casa, bajo la autoridad de quien tenga el gobierno familiar. Sin que importen los vínculos de sangre o jurídicos. Es el prototipo de las originales familias romanas y de las definidas en las Partidas, según las cuales la familia la constituían el señor de ella, o su mujer. Son las que tienen el gobierno como mandamiento entre sus congéneres.

Desde una perspectiva sociológica, la familia es una institución permanente que esta integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco. La sociología ha distinguido además:

La familia compuesta, o sea aquella formada por familias nucleares, o por partes de estas. Sería el caso de la madre viuda que convive con sus hijos casados y los nietos.

La familia conjunta que es la que se presenta cuando dos o mas parientes por línea directa y del mismo sexo, junto con sus cónyuges y sus descendientes comparten una misma vivienda y están sujetos a una misma autoridad o cabeza de familia, como por ejemplo cuando los padres, sus hijos casados y las esposas de estos con sus hijos habitan bajo las órdenes del padre o madre, en una misma casa.

La familia extensa es una familia conjunta cuyos miembros no viven en una misma habitación u hogar, sino separados aunque usualmente vecinos.

La familia agraria (la que se dedica a la explotación del campo). Generalmente los campesinos y sus hijos explotan la tierra en conjunto.

La familia Burguesa: Es aquella constituida por comerciantes, industriales o profesionales que explotan en conjunto estas actividades, es también frecuente ver familias completas de comerciantes, o de profesionales.

La familia proletaria, la constituida por trabajadores rasos únicamente.

La familia de derecho es la que tiene como base el matrimonio, la familia de hecho es la que surge al margen de éste. Se les conoce como matrimonial y extramatrimonial.

Antes de la Revolución francesa la aceptada por la ley era la legítima o matrimonial, los revolucionarios reconocieron la existencia de una familia natural al lado de la legítima, Los hermanos MAZEAUD<sup>76</sup> sostienen que *la verdadera familia es la que nace del matrimonio y que no existe un derecho de familia natural, como tampoco la adoptiva como verdadera familia. Se considera inapropiada la expresión “Familia Legítima” o “Familia Ilegítima” para indicar que esté o no basada en el matrimonio, porque tanto la una como la otra están regidas en el derecho y sus normas y debemos darle cumplimiento.*

### **2.1.1. Naturaleza Jurídica de la Familia**

Según TAMBURRINO la familia es “el núcleo social fundamental basado en vínculos de sangre y de descendencia, formados por sujetos singulares cuya

---

<sup>76</sup> MAZEAUD, Henry León y Jean, “Lecciones de Derecho Civil” Parte I, Volumen 3, Buenos Aires, Editorial Egea, 1959, Pag. 33.

posición jurídica esta determinada y cualificada por la pertenencia a este grupo”.<sup>77</sup>

La familia legítima en sentido estricto es una institución ética, natural, fundada en la relación conyugal de los sexos, como individuos se hayan ligados por lazos de amor, respeto, autoridad, y obediencia. Es la Institución necesaria para la conservación, propagación y desarrollo en todas las esferas de la vida de la especie humana.

El hecho de que algunos autores consideren a la familia como célula social y su reconocimiento por parte del Estado, ha dado a la familia relevancia jurídica, lo cual ha motivado a los tratadistas de la materia a plantear el problema de la naturaleza jurídica de la misma, es decir, si es posible o no, determinar su naturaleza jurídica por lo que al existir relaciones sociales elevadas a la categoría de institución, éstas vienen a ser sancionadas por el Derecho. Lo que significa que éstas trascienden de un ámbito social a uno jurídico en el cual el Estado pasa a formar parte como ente regular. De este modo se virtualizan vínculos jurídicos independientes y recíprocos que en su conjunto se integran y fisonomía a la familia como categoría jurídica.

Con base en la institucionalización de la familia y en el surgimiento de vínculos jurídicos entre sus miembros, se han elaborado por algunos autores, tesis diferentes sobre la naturaleza jurídica de la familia, así:

### **2.1.2. Teoría de la Personalidad Jurídica de la Familia**

La tesis de la jurídica de la familia ha sido desarrollada durante este siglo por SAVATIER, quien sostiene que la familia es “una persona moral desconocida o persona jurídica a quien pueden atribuírse derechos de

---

<sup>77</sup> TAMBURRINO, Giuseppe, “Lineamenti del Nuovo Diritto di Famiglia” Italiano, 2da. Edición, Torino, UTET, 1978, Pag. 7

carácter patrimonial como el de la propiedad del bien de familia, las cargas matrimoniales y derechos de carácter extramatrimonial, tales como el derecho al apellido, al nombre patronímico de la familia. Pero que no pertenecen a ningún miembro en particular si no a la familia considerada como tal”<sup>78</sup>.

En Argentina, los tratadistas Belluscio, Zannoni y Mazzinghi, entre otros, contradicen la tesis de Savatier, dice el primero de ellos: *“Es que no cabe duda de que la familia no es una persona jurídica, pues le falta evidentemente la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones que es la nota distintiva de la personalidad,”*<sup>79</sup> Al respecto Zannoni opina que *“en la realidad del fenómeno familiar cada uno de sus miembros no debe actuar en función exclusiva de su interés, sino también en atención al interés familiar que en cierta forma limitan su interés individual por mantener el vínculo familiar, porque solamente familiarizando el interés común como un medio de protección del intereses de sus miembros, es posible lograr el bienestar familiar”*<sup>80</sup>.

Pero, el reconocimiento de la existencia de un interés familiar no implica que la familia sea una persona jurídica, pues no tienen capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones que es la principal característica de las personas jurídicas de acuerdo a lo planteado por Zannoni.

Las limitaciones al ejercicio del interés individual no están impuestas por la existencia de un ente con voluntad e intereses distintos de los individuales de los miembros de la familia: cada uno de los miembros de la familia tienen

---

78 ZANNONI, Eduardo A. “Derecho de Familia” Tomo I. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina 1978, pág. 14

79 BELLUSCIO, Augusto César, Ob.Cit. Pag. 8

80 ZANNONI, Eduardo A. Ob. Cit. Pág. 15

derecho a exigir la observancia de ciertas limitaciones o a acatar los actos que no las respeten, lo tienen individualmente y no como órganos o representantes de un órgano jurídico familiar.

### **2.1.3. Teoría de la Familia como Organismo Jurídico**

La Tesis de la familia como organismo jurídico ha sido sostenida por el profesor italiano ANTONIO CICU<sup>81</sup>, quien afirma que “la familia es un agregado de formación natural y necesaria que en ese carácter se coloca frente al Estado, pero es anterior y superior a él”. Lo que puede entenderse como que anterior a la formación del Estado existía la familia y éste surgió como respuesta a las necesidades de la misma. Además manifiesta que la familia no es una persona jurídica, sino que es un organismo jurídico cuyo carácter principal estaría dado por el hecho de que entre los miembros de la familia no existen derechos individuales sino vínculos recíprocos de interdependencia entre los sujetos y subordinación de ellos a un fin superior: el interés familiar. Dicho interés se cumple en base a la asignación de funciones que hace la ley a cada miembro de la familia. Sin embargo existen críticas a esta teoría ya que a pesar de existir siempre una interdependencia entre individuos y dependencia de un interés superior, lo cual en palabras de Cicu podría comprenderse como un vínculo jurídico. “Hay organismos aunque no exista personalidad; porque hay vínculo recíproco de interdependencia personal lo que significa que falta en las relaciones familiares la independencia, la libertad, la autonomía que contradistinguen las relaciones especialmente las patrimoniales del derecho privado”

---

<sup>81</sup> CICU, Antonio. “El Derecho de Familia” Trad. de Santiago Sentis Meléndez. Buenos Aires, Argentina 1947, pág. 109

La familia pasa a ser entonces a ser un organismo similar al Estado pues en él, hay relaciones de interdependencia entre los sujetos y subordinación de ellos al Estado, las mismas relaciones de interdependencia se dan en la familia.

Los argumentos del tratadista Cicu, han sido rechazados por la mayoría de los doctrinantes, puesto que ese paralelismo entre el Estado y la familia conduce a una abstracción de esta última en la cual los poderes se deshumanizan y despersonalizan, ante un hecho social y concreto como lo es la familia.

Esta teoría no ha tenido seguidores, puesto que la mayoría de autores opinan que la idea de establecer un paralelo entre el Estado y la familia, hacen perder toda perspectiva histórica y social además deshumanizarla por completo, tal como lo afirma ENRIQUE DÍAZ DE GUIJARRO *“El poder familiar y el organismo que vislumbra el paralelismo entre el órgano familiar y el organismo estatal conduce a una abstracción de la familia en la cual los poderes se deshumanizan, se despersonalizan, en holocausto a una pretendida voluntad familiar ajena a la voluntad individual”*<sup>82</sup>

Esta teoría en palabras de ZANNONI<sup>83</sup> además traza una permanente analogía entre el ser de la familia y el ser del Estado, ambos como estructuras orgánicas y quizá sea ésta la razón que concentra las críticas. El sostener que en la familia, como en el Estado los miembros singulares se hallan entre sí en una relación de subordinación a un poder superior, aunque en la familia falte una organización permanente y unitaria de la voluntad y una organización del poder único.

---

<sup>82</sup> DIAZ DE GUIJARRO, Enrique. “Tratado de Derecho de Familia” Buenos Aires, Argentina 1953, pág. 157

<sup>83</sup> ZANNONI, Eduardo A. Ob. Cit., Tomo I, Pág. 16

#### **2.1.4. Teoría de la Familia como Institución**

La Teoría de la Familia como Institución fue iniciada en Francia por Maurice Hauriou<sup>84</sup>, quien dice que “Institución es todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados, tales como la familia, la propiedad, un estado en particular, que no pueden ser destruidos ni siquiera por la legislación, es una idea objetiva transformada en una obra social y que sujeta así, a su servicio voluntades subjetivas indefinidamente renovadas”.

El concepto de institución es eminentemente sociológico ya que la familia como institución trasciende como un conjunto de pautas de conductas internalizadas y que se aplican a una determinada categoría de relaciones sociales, en este caso las familiares. Por lo tanto la familia puede ser considerada una institución social y participa de éste concepto entendida ésta como toda configuración o combinación de pautas de comportamiento compartidas por una colectividad y centradas en la satisfacción de alguna necesidad básica del grupo. Muchos aceptan la tesis de que la familia es una Institución Jurídica, otros afirman que la familia existen independientemente del Estado o que se le asigne un estatuto jurídico, y por lo tanto la familia es una institución natural, y la gran mayoría de autores entre ellos Zannoni, Díaz de Guijarro, y Guastavino, se inclinan por aceptar que la familia es una institución social pues para reconocer el carácter de institución de la familia dentro del ámbito jurídico, debe acudirse al concepto sociológico de familia.

Tal como lo afirma ZANNONI: “El derecho reconoce el carácter institucional, pero no lo crea, la institución se impone y trasciende en función de los

---

84 HAURIOU, Maurice. “Principios de Derecho Público y Constitucional” Traducción de Carlos Ruíz Castillo, Madrid, España 1927, pág. 83

procesos de socialización”.<sup>85</sup> Aunado a esto HERNÁN GÓMEZ PIEDRAHITA manifestó que el Derecho mediante principios propios, organiza con carácter normativo y sistemático la realidad ontológica, erigiendo en instituciones *jurídicas el matrimonio, la filiación, la adopción, etc.*<sup>86</sup>

## 2.2. Teorías del Matrimonio

Etimológicamente el vocablo matrimonio proviene del latín *matris munium*, que quiere decir gravamen o carga que incumbe a la madre, esta definición es la aceptada por las Decretales de Gregorio IX y por las Partidas que dicen que la madre sufre mayores trabajos con los hijos que el padre. Por su parte Santo Tomás da las siguientes etimologías: 1) *Mater muniens*, que equivale a defensa de la madre;

2) *matrens monens*, lo que equivale al aviso dado a la madre para que no se separe del marido,

3) *Matre nato*, porque por el matrimonio la mujer se hace madre del recién nacido

4) *Monos y materia*; porque con el matrimonio los dos se convierten en un solo cuerpo o materia.

De estos conceptos el mas aceptable es el primero, puesto que indica la protección de la madre por el marido. La cuarta definición identifica la naturaleza filosófica y religiosa del matrimonio.

Se dice que tiene su origen en la palabra sánscrita *mátar* en el latín *mater* o en la voz indo europea *ma* y en hebreo *am*, que indican amor, amarse. Es

---

<sup>85</sup> ZANNONI, Eduardo A. Ob. Cit. Tomo I, Pág.17

<sup>86</sup> PIEDRAHITA GÓMEZ, Hernán, Ob.Cit, Pag. 9.

decir, el matrimonio equivale a la unión de un hombre y una mujer con fines de procreación y protección de la madre y los hijos.

Existen algunas voces sinónimas de matrimonio que indican indistintamente aspectos sustanciales del mismo y que señalan inequívocamente a la institución, son las siguientes: 1) Aquellas que expresan ideas de vínculo o enlace, como es *conjunctico* o *conjunguim* voces latines de donde se deriva cónyuge y conyugal. La palabra española boda indica así mismo enlace matrimonial.

2) Las que indican “engendramiento” como la palabra proveniente del griego *gamos* y del sánscrito *gahama* y *gahamana*, derivadas de la raíz gam, expresiva del matrimonio. De ahí *monogamia*, *monogamo*, que quiere decir matrimonio de dos personas de diferente sexo.

3) Las que expresan ideas de convivencia, como *consortium* en latin compuesta de *cum* y *sors* suerte comun, la española *casamiento* se deriva de casa u hogar.

4) Himeneo es otra palabra utilizada para indicar matrimonio, proviene del griego *imenaius*, dios del matrimonio.

El Derecho de Familia institucionaliza el reconocimiento de las dos relaciones biológicas básicas que dan origen a la familia: la unión intersexual, es decir, la unión de un hombre y una mujer, y la procreación, a través de la cual se constituye la relación entre padres e hijos. Ambas a su vez, son el origen de las relaciones que determina el parentesco.

El matrimonio desde el punto de vista sociológico, constituye la institucionalización de las relaciones que tienen por base la unión intersexual. Es evidente que el matrimonio trasciende como una institución social, ya que está gobernado por normas institucionalizadas, en cuanto marido y mujer y

también los hijos conceptualizan posiciones sociales o roles que la sociedad reconoce, respeta y de algún modo organiza. El derecho, tal como lo manifiesta GUSTAVO BOSSERT, *constituye una recepción de la institución al establecer las condiciones mediante las cuales ha de ser legítima la unión intersexual entre un hombre y una mujer en el sentido de que ha de ser reconocida y protegida como tal. El matrimonio, pues, es desde este punto de vista, tributario de la noción sociológica, que a su vez incorpora también los componentes éticos y culturales que denotan el modo en que cada sociedad, en un tiempo o época dada, considera legítima la unión intersexual.*<sup>87</sup>

Y es que debido a la clásica oposición que ha surgido referente a las teorías del matrimonio como contrato o como institución se suele confundir ambos aspectos en el estudio de su naturaleza jurídica. El problema de la naturaleza jurídica del matrimonio, se refiere al acto mismo por el cual se celebra, en cambio las relaciones jurídicas que se siguen de esa celebración, sean patrimoniales o extrapatrimoniales conciernen al estado familiar de casados que revisten los contrayentes, haciendo surgir los derechos y deberes personales, así como los derivados del régimen legal patrimonial que hayan adoptado.

Y así existen diferentes teorías que determinan la naturaleza jurídica del matrimonio:

---

<sup>87</sup> BOSSERT, Gustavo A. , ZANNONI, Eduardo A. “Manual de Derecho de Familia” 3º Edición actualizada. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina 1991. pág. 67

### 2.2.1. Teoría de la Concepción Contractual Civil

El Derecho Romano consideró al matrimonio como un contrato consensual, que se perfeccionaba por el consentimiento de los contrayentes, este criterio perduró durante mucho tiempo, sin discusión alguna. Los seguidores de la teoría contractual se basaron en las opiniones de los canonistas disidentes, quienes sustentaban la idea de la separabilidad entre el contrato y el sacramento. Esta concepción fue elaborada en Francia y constituyó la base de la secularización del matrimonio producida tras la revolución de 1789, cuando los grandes pensadores que orientaron la filosofía revolucionaria conceptuaron que el papel de la voluntad en la conformación del acto matrimonial era lo que constituía el verdadero contrato, siendo por lo tanto libre de formarse y disolverse por mutuo acuerdo de las partes. Según HERNÁN GÓMEZ PIEDRAHITA<sup>88</sup>, *en esta teoría fue decisiva la influencia del protestantismo que niega el carácter sacramental al matrimonio; los iusnaturalistas no católicos que dan al matrimonio un sello netamente humano negando su indisolubilidad.*

La idea de contrato como origen de las relaciones de derecho privado, se cristalizaron en las ideas de los filósofos del siglo XVIII, como Rousseau, Montesquieu y Voltaire y provocó en las ideas jurídicas de la Ilustración el replanteo del fundamento último de las instituciones civiles. Es así como según GUSTAVO BOSSERT<sup>89</sup>, *el contrato viene a explicar también la naturaleza del matrimonio y en general, de las relaciones domésticas. Claro que, encaminado a explicar los fundamentos del matrimonio, de tal forma que el contrato no solo trataba de destacar el rol de la voluntad libre en su*

---

<sup>88</sup> GÓMEZ PIEDRAHITA, Hernán. Ob. Cit, pág. 69

<sup>89</sup> BOSSERT, Gustavo A. , ZANNONI, Eduardo A. Ob. Cit., pág. 123

*constitución, sino también de virtualizar el rol de esa voluntad en el mantenimiento de la unión conyugal.*

El fundamento principal de esta teoría radica en la necesidad del consentimiento de los contrayentes, ya que el matrimonio es el resultado de una concordancia de voluntades que produce obligaciones, este criterio no es precisamente la concepción clásica de contrato. Sin embargo, se ha negado la noción tradicional del matrimonio como contrato, afirmando que el matrimonio constituye un estado reglamentado por la ley.

Modernamente se ha sostenido por la doctrina francesa y la italiana que aunque se trate de un verdadero contrato, éste no está regido por la disciplina total de los contratos destinados a producir efectos patrimoniales, pero sí constituye un contrato de derecho familiar.

A pesar de haberse generalizado la idea doctrinaria de que el matrimonio es un contrato, por contener uno de los elementos primordiales del mismo, como el acuerdo de voluntades entre las partes, los opositores de esta teoría opinan que existen marcadas diferencias, entre el matrimonio y los contratos patrimoniales en general; por ello se considera al matrimonio como un negocio jurídico bilateral de orden familiar y de carácter solemne. La idea moderna del contrato, implica una admisión de las partes a un conjunto de reglas obligatorias, que la autonomía de la voluntad se encuentra limitada y en muchas ocasiones la declaración de la voluntad es ya solo necesaria para reconocer la sumisión de una de las partes a la situación impuesta por la ley.

En el contrato la supremacía de la voluntad es la regla; en cambio en el matrimonio se encuentra limitada. Desde el punto de vista de su formación existen en los contratos en general, en donde el consentimiento es ilimitado y los vicios del mismo, en relación a la nulidad, tienen aplicación diversa en el

matrimonio. En relación a su objeto, en los contratos es eminentemente económico.

Esta teoría ha sido sometida a pruebas al afirmarse que el matrimonio no se constituye solo por el acuerdo de voluntades de los contrayentes sino que interviene en la constitución del vínculo además la voluntad del Estado a través de un oficial público. Ello hizo decir a Cicu según *“que lo que constituye el vínculo matrimonial no es el consentimiento de los contrayentes sino el pronunciamiento del oficial público: la voluntad concordante de los esposos no es mas que la condición para el pronunciamiento, éste y sólo éste es constitutivo del matrimonio”*.

En palabras de ZANNONI<sup>90</sup> *el Estado es el que une en matrimonio a los contrayentes, no es el consentimiento de éstos*. Lo que significa que existe una subordinación de los contrayentes a un interés superior, el cual es el del Estado; éste a través de sus órganos, constituye el vínculo, claro si se da el presupuesto de la voluntad de los contrayentes. Pero esa sola voluntad aunque sea plena, no logra constituir por sí el matrimonio.

---

90 ZANNONI, Eduardo, A. Ob. Cit. Tomo I, Pág. 125

### 2.2.2. Teoría de la Institución del matrimonio

Cuando se alude al matrimonio como institución, se lo califica en realidad a partir del estado de familia determinante de relaciones jurídicas cuyo contenido se traduce en derechos y obligaciones que el vínculo creado dinamiza. Sin embargo, tradicionalmente se ha querido resumir la cuestión de la naturaleza en la concepción institucional, como reacción a las concepciones contractualistas que dominaron el siglo XVII y buena parte del siglo XIX. Entonces se planteó la clásica contraposición que si el matrimonio es un contrato o una institución.

La teoría de la institución del matrimonio nace como una reacción al principio de la libertad individualista, se según lo expuesto por HERNÁN GÓMEZ PIEDRAHITA<sup>91</sup>, *el matrimonio no pertenece al orden jurídico de los contratos, porque no se permite a los contrayentes estipular libremente todo cuanto deseen, y por lo tanto se tendría que establecer muchas excepciones a los principios generales de los contratos.*

Además esta teoría no presenta al matrimonio como un acto jurídico sino como estado de familia y ésta sostiene por lo tanto que si bien el matrimonio en su forma es un acto contractual, en el fondo es un acto de institución, por cuanto funda una familia que exterioriza su realidad independientemente de sus componentes. Es decir, que el estatuto de los casados está por encima de los intereses particulares de los contrayentes.

MAZZINGHI<sup>92</sup> manifiesta que *“El hombre y la mujer que concurren a formular una familia no son, una vez producida la fundación los dueños absolutos de su destino, en cuyo logro están interesados los eventuales hijos que nazcan*

---

<sup>91</sup> GÓMEZ PIEDRAHITA, Hernán. Ob. Cit., pág. 70

<sup>92</sup> MAZZINGNI, Jorge Alberto. “Derecho de Familia”. Tomo I, Buenos Aires, Argentina. Edición Depalma, pág. 41

*de la unión y la sociedad entera, cuya solidez es ya un lugar común que está condicionada por la solidez de las familia ”*

La concepción institucional negará a los contractualistas el poder creador de la voluntad en el desenvolvimiento de las relaciones matrimoniales, pero olvidara que estas reconocen en el acto voluntario su autentica virtualidad. La concepción institucional propone hacer de la familia y por ende del matrimonio una estructura autoritaria y jerárquica que gobierna la idea impersonal del bien común, mediante el principio de autoridad. Aparece esta teoría como reacción contra el principio de la libertad individualista, pero se adscribe a una concepción totalitaria del derecho.

El matrimonio como institución tal como lo manifiesta ZANNONI<sup>93</sup> se *cristaliza así en relaciones institucionalizadas que escapan al arbitrio individual y que el Derecho hace imperativas*. Además el jurista colombiano Dr. ROBERTO SUAREZ FRANCO<sup>94</sup> sostiene que *“La teoría institucional es tal vez la que se ajusta mas a la realidad jurídica porque involucra en el concepto de matrimonio tanto su característica contractual como su aspecto de estado: en efecto, la institución del matrimonio es una realidad jurídica, esencialmente objetiva, que existe y perdura independientemente de las personas que aceptan y ponen en movimiento todo ese conjunto estático de normas legales. Conjunto de normas que reúnen por lo demás, todas las características antes expuestas, tienen una idea directriz, una finalidad propia y permanente, tiene una jerarquía convenientemente organizada y produce una comunidad de vida que es asimismo estable”*

---

93 ZANNONI, Eduardo A. Ob. Cit, Tomo I, Págs. 130

94 SUAREZ FRANCO, Roberto. “Derecho de Familia ” Tomo I, Bogotá, Colombia. Editorial Temis 1984, pág. 54

### 2.2.3. Teoría del matrimonio como Acto del Poder Estatal

El italiano ANTONIO CICU, exponente de la Teoría del Matrimonio como un acto de poder estatal *niega que el matrimonio sea formalmente un contrato, y lo considera un acto de poder estatal con fundamento en la intervención directa de un funcionario público revestido de autoridad para la celebración del matrimonio, cuya presencia es constitutiva, no declarativa, en consecuencia su ausencia implica la nulidad del vínculo matrimonial.*<sup>95</sup>

El Estado en esta teoría, tratándose del matrimonio menciona que lo que une a los contrayentes, no lo es el consentimiento de éstos, ya que hay una subordinación de los contrayentes a un interés superior, el del Estado: éste a través de sus órganos constituye el vínculo, si se da el presupuesto de la voluntad de los contrayentes. Pero esa sola voluntad, aunque plena, no logra constituir por sí el matrimonio.

Según CICU<sup>96</sup>, *lo que constituye el vínculo matrimonial no es el consentimiento de los contrayentes; sino el pronunciamiento del oficial público, la voluntad concordante de los esposos no es más que la condición para el pronunciamiento; éste y sólo éste es constitutivo del matrimonio.*

El matrimonio crea un estado el cual une a los contrayentes, el consentimiento de éstos no crea estado. Hay una subordinación de la voluntad de los contrayentes al interés del Estado que a través de sus órganos constituye el vínculo, si se da el presupuesto de la voluntad de los contrayentes, pero esa voluntad sola, aunque plena no lograría constituir por sí sola el matrimonio.

---

<sup>95</sup> CICU, Antonio. Ob. Cit. pág. 125-126

<sup>96</sup> CICU, Antonio. Ob. Cit., pág. 309

Las críticas a esta teoría han estado ubicadas en el punto medular de la cuestión, como es el hecho de considerar al matrimonio como acto de poder estatal, que margina la voluntad de los contrayentes a la autoridad total y plena del Estado.

#### **2.2.4. Teoría Mixta**

La Teoría Mixta surge en respuesta a la oposición de algunos autores que sostienen que la oposición entre la Teoría Contractual y la Institucional es más aparente que real. En ese orden de ideas, se ha considerado que la Contractual solamente da importancia al acto de celebración y constitución del matrimonio y la segunda le da importancia al estado que resulta de aquel acto.

Al tratar de conciliar ambas posiciones, indicando que el matrimonio es contrato e institución a la vez, porque su nacimiento se origina en el consentimiento contractual. Pero que, una vez nacido a la vida jurídica, el matrimonio tiene unas proyecciones y efectos jurídicos provenientes de la voluntad de las partes que no pueden modificarse tan fácilmente. La autonomía de la voluntad solamente opera al momento inicial de la constitución del matrimonio.

Esta es la teoría mayormente aceptada en Francia, Italia y así mismo en Latinoamérica en Argentina, ya que los autores opinan que el matrimonio es un contrato solemne por medio del cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente. Este puede ser considerado el concepto social y natural del matrimonio: la procreación y educación de la prole, la mutua ayuda.

Aunque ésta puede sufrir ligeras modificaciones con respecto a su disolución por medio del divorcio consensual. Esta doctrina ha tenido aceptación entre las doctrina modernas.

### **2.2.5. Teoría del Matrimonio como Acto Jurídico-Condición**

La Tesis del Matrimonio como Acto Jurídico-Condición, se debe a León Duguit quien la define como: *“el acto condición referido al Derecho Constitucional y opina que es el acto que tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de Derecho a un individuo o a un conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado, por cuanto que no se agotan en la realización de las mismas, sino que permiten su renovación continua”*<sup>97</sup>

Otros autores sostienen que es un acto jurídico mixto, como distinción entre los actos jurídicos públicos y privados; en los primeros intervienen los órganos estatales y en los segundo sólo particulares, en tanto que los actos jurídicos mixtos intervienen los particulares y también los funcionarios públicos. El papel constitutivo lo tiene el representante oficial que declara unida la pareja en matrimonio.

Actualmente parte de la doctrina moderna discute si el matrimonio es un acto jurídico familiar, por lo tanto esta posición no es incompatible con la del matrimonio- estado.

Algunos autores cuestionan si el matrimonio es un acto jurídico bilateral simple o si la intervención oficial del funcionario público en su celebración lo convierte en complejo; al respecto se han dado diferentes opiniones. Por

---

97 DUGUIT, León citado por CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel. “La Familia en el Derecho” Editorial Porrúa S.A., México 1984 pág. 53

ejemplo ZANNONI<sup>98</sup> considera que *“la presencia del oficial público es por su parte un control de legalidad, por ser un acto administrativo. La voluntad de los contrayentes y el acto administrativo son inseparables y aunque pueden considerarse separadamente la naturaleza del acto bilateral es decir el consentimiento expresado por los contrayentes y la del acto administrativo con la intervención del funcionario autorizado”*. Lo importante es que la celebración del matrimonio sintetiza la conjunción de los demás actos.

Gran parte de la doctrina opina, que el matrimonio es un acto jurídico familiar con lo que se caracteriza el acto de celebración del mismo, lo cual no se opone a ver al matrimonio-estado como una institución jurídica y social de carácter permanente; es decir, que modernamente se afirma que el matrimonio tiene una doble naturaleza.

Y además enseña que si el matrimonio por su fuente es acuerdo de voluntades (matrimonio-acto) por sus efectos es estado, en virtud de su carácter institucional (matrimonio-estado).

### **2.3. Teoría del Divorcio**

Se denomina divorcio vincular a la disolución del vínculo matrimonial mediante sentencia judicial. Al aludir a la disolución del vínculo se entiende que ella opera extinguiendo, para el futuro, la relación jurídica matrimonial.

La palabra divorcio deriva de la voz latina *“divortium”* que significa separar, otros en cambio, ven su más remoto origen en el término *“divertere”* que significa salir de casa, imprimiéndole a la vida de ambos cónyuges un rumbo diferente fuera del matrimonio.

---

98 ZANNONI, Eduardo A. Ob. Cit, Tomo I, Pág. 28

El divorcio es según HERNÁN GÓMEZ PIEDRAHITA<sup>99</sup> *“una institución jurídica que versa sobre la ruptura o destrucción del vínculo matrimonial mediante la decisión de juez competente. El término divorcio se entiende como el rompimiento del lazo jurídico que une legalmente a los contrayentes”*.

Esta es una noción diferente a la utilizada en las antiguas legislaciones y que se denominaba anteriormente repudio, pues esta institución, hace referencia al acto unilateral de naturaleza privada mediante el cual uno de los cónyuges, generalmente el hombre, rompía el lazo jurídico sin intervención de juez alguno.

El divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido y sólo puede ser decretado por autoridad competente, en base a causas específicamente señaladas por la ley; teniendo como consecuencia directa desvincular totalmente a los cónyuges dejándoles en libertad de contraer un nuevo matrimonio.

### **2.3.1 Razones en contra del Divorcio vincular**

El termino divorcio según SARA MONTERO DUHALT<sup>100</sup>, *tiene dos acepciones. Por una parte, significa la mera separación de cuerpos y bienes, sin disolución del vínculo conyugal, razón por la cual ninguno de los contrayentes puede formalizar un nuevo matrimonio. En cambio la otra acepción considera que el divorcio trae como consecuencia la disolución del vínculo, lo cual habilita a los cónyuges a celebrar nuevas nupcias. La sentencia de divorcio implica el cese del deber de cohabitación entre los esposos; cada uno de ellos puede establecer su domicilio, se dividen los*

---

99 GÓMEZ PIEDRAHITA, Hernán. “Disolución del matrimonio Civil y Católico” Editorial Librería Jurídicas Wilches. Santa Fe de Bogotá, Colombia 1993 pág. 7

<sup>100</sup> MONTERO DUHALT, Sara. Ob. Cit. Pág. 199

*bienes, se acuerda la tenencia de los hijos a alguno de los progenitores y solo en determinados supuestos los cónyuges conservan el derecho-deber de asistencia. Los divorciados dejan de tener el estado de casados y pueden volver a adquirir libremente ese estado, pueden volver a casarse.*

Es el divorcio vincular el que ha producido polémicas de diversa índole, tales como de carácter religioso, ético, político y psicológico. El catolicismo proscribía el divorcio vincular, aunque sí regula la anulación del mismo cuando se ha contraído mediante impedimentos. Y es que la iglesia católica considera el matrimonio como un lazo indisoluble en vida de los casados. Por esa razón el rompimiento del vínculo civil sería inoperante para los católicos en cuanto a la libertad de contraer un nuevo matrimonio.

Pero con independencia al dogma religioso, se aducen argumentos morales en contra del divorcio en el sentido de que el mismo implica una solución contraria a los principios morales que deben regir la constitución de la familia, los cuales son la estabilidad y la permanencia de la misma basada en una comunidad espiritual de los cónyuges. Afirman que el divorcio fomenta la disgregación de la familia, pues los que se casan saben de antemano que si la unión que inician no da los resultados deseados, pueden darla por terminada mediante el divorcio, lo que les permitirá experimentar con otra persona cuantas veces lo deseen.

El argumento de la ética es irrefutable porque lesiona gravemente los derechos de los terceros: los hijos cuando los hay. Desde el punto de vista político social se plantea la cuestión relativa a la necesidad de mantener la cohesión doméstica a fin de lograr una solidaridad estrecha en las relaciones familiares según las costumbres, ideas morales y religiosas de cada pueblo. El Estado como representante máximo del poder social debe tener interés en el mantenimiento y salud de la célula social que es la familia. Tal pareciera

que el divorcio contradice estas finalidades, pues en lugar de ser una institución de solidaridad, es un medio de desunión. Además las repercusiones psicológicas del divorcio son otros de los argumentos más serios en contra del mismo. Constituye un hecho totalmente comprobado que la separación conyugal afecta casi siempre la psiquis de los divorciados.

### **2.3.2. Razones a favor del Divorcio**

El divorcio es considerado un mal necesario y todos los argumentos en contra del divorcio pueden sintetizarse así: El divorcio es un mal ya que es en sí mismo factor de disolución de disgregación familiar. Es inmoral porque fomenta la liviandad e irresponsabilidad de los cónyuges. En ese orden de ideas puede decirse: si el divorcio es el causante de la descomposición familiar con todas sus negativas consecuencias.

Que el divorcio es un mal es algo indiscutible porque, en el mejor de los casos, cuando no hay hijos y los que se divorcian lo hacen de mutuo acuerdo y ambos pueden rehacer su vida matrimonial con pareja diferente.

Pero, en innúmeros casos más el divorcio constituye la única salida para eliminar males mayores. El divorcio va en contra de la ética, aducen los moralistas. No es el divorcio en sí mismo el inmoral. Es más bien la solución a la convivencia inmoral de los que ya nada tienen entre sí de lazos afectivos.<sup>101</sup>

---

<sup>101</sup> MONTERO DUHALT, Sara. Ob. Cit. Pág. 200

### 2.3.3. Teoría según la cual el divorcio vincular es un bien

Esta posición es sólo un aspecto de otra que reviste mucha mayor amplitud y que constituye toda una visión de las relaciones entre los sexos, prácticamente incompatible con la idea de familia.

En efecto, solo se puede pensar que el divorcio absoluto es un bien cuando se cree que la familia es una institución abusiva; cuando se piensa que el hombre tiene siempre derecho a satisfacer sus pasiones; cuando la estabilidad de las uniones se pretende basar exclusivamente en el amor mutuo, pero entendido éste como atracción sexual y física, no como obra de recíproca elevación, sino que consiste en buscar el bien del otro.

En esta teoría en la cual el divorcio es considerado al divorcio como un bien, encontramos a Montesquieu y a ENGELS<sup>102</sup> y al respecto éste manifiesta: *“La indisolubilidad del matrimonio es en parte de la situación económica de que saliera la monogamia, y es en parte, una tradición de los tiempos en que, todavía mal comprendido el enlace de esta situación económica con la monogamia, fue exagerado hasta lo último por la religión”*.

Esta teoría no cuenta con un apoyo científico de nivel aceptable, subyace a veces tras la fachada de posiciones diversas y aparece aceptada por importantes sectores de la doctrina. En efecto, los medios de difusión que de algún modo influye en la orientación de la sensibilidad popular, dan muchas veces por supuesta la libertad individual para deshacer el matrimonio, invocando el desvanecimiento del amor entre los cónyuges.

Es bueno mencionar que la aceptación a tal criterio solo es concebible en la cúspide de la frivolidad; es necesario comprender que la idea de que el

---

<sup>102</sup> ENGELS, Federico. “Origen de la Familia” citado por MAZZINGHI, Jorge Alberto “Derecho de Familia” Tomo III, Divorcio, Filiación, Adopción y Patria Potestad. Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo-Perrot S.A. 1981 pág. 19

divorcio es un bien, solo resulta congruente si se declara, que el matrimonio es un mal, es decir, si se niega la estabilidad de la familia y se hace de ella un hecho contingente.

#### **2.3.4. Teoría según la cual el Divorcio Vincular es un Mal Menor necesario**

Esta posición tiene un atractivo propio de las posturas intermedias que suelen presentarse como derivadas de la virtud de prudencia. Aunque no siempre el término medio es una garantía de acierto y tampoco lo es en este caso. Quienes se inclinan por la teoría de que el divorcio vincular es un mal necesario, obviamente descartan la primera posibilidad y procuran demostrar la insuficiencia de la separación personal.

Los argumentos principales según JORGE ADOLFO MAZZINGHI<sup>103</sup> son los siguientes:

- a. *En primer lugar, no hay diferencia entre los aspectos negativos que implica una y otra situación; porque la separación de cuerpos es suficiente para producir la quiebra del nuevo hogar creado por los cónyuges.*
- b. *Como lo único que subsiste en caso de separación personal es el vínculo, factor que impide de un nuevo matrimonio, parece que la indisolubilidad no es otra cosa que una condena. Todo ello sin beneficio para nadie; pues no lo tienen los cónyuges, ni los hijos, ni la sociedad.*
- c. *El divorcio es un mal, pero soluciona otro mayor que sería la falta de conceso para enfrentar los problemas. Y como se considera un mal,*

---

<sup>103</sup> MAZZINGHI, Jorge Alberto. Ob. Cit. Tomo III, pág. 19

*suele proponerse una regulación restrictiva que, por lo general, consiste en admitir un reducido número de causas, y la intervención del Estado a través de los órganos encargados para el trámite de los juicios.*

*Se puede creer que el divorcio es un bien, y entonces luchar por introducirlo.*

#### **2.4. Teoría de los Regímenes Patrimoniales**

Se llaman Régimen Matrimonial o Patrimonial del matrimonio, al conjunto de relaciones jurídicas de orden o de interés patrimonial que el matrimonio establece entre los cónyuges, y entre éstos y terceros. De la definición dada se desprende un doble orden de relaciones:

- a) Relaciones patrimoniales de los cónyuges entre sí. Si bien el contenido particular de estas relaciones variara según cual fuera el régimen patrimonial, lo esencial es que tienen a satisfacer requerimientos fundamentales de orden económico que provoca la unión matrimonial: la adecuada contribución en los gastos comunes o cargas comunes: los *onera matrimonii* (sostenimientos económico del hogar, educación de los hijos, etc.) y simultáneamente la gestión de los bienes del patrimonio de cada uno de los cónyuges, a partir de la celebración de las nupcias.
- b) Relaciones patrimoniales de los cónyuges con terceros: Estas tienen, fundamentalmente, a mantener un adecuado equilibrio entre el interés patrimonial de cada cónyuge o el de ambos y el de quienes con ellos han establecido relaciones jurídicas, obviamente de orden patrimonial. Se contraponen aquí, de algún modo, el interés patrimonial que se reconoce en el *consortium*, que por diversas circunstancias se reputa común de marido y mujer, y el interés patrimonial de los terceros, que exige seguridad.

Tal como lo menciona VICTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA<sup>104</sup>, el Régimen patrimonial del matrimonio *“lo constituye un pensamiento prácticamente común en el derecho comparado contemporáneo, es la necesidad que la institución matrimonial, para el adecuado cumplimiento de sus fines naturales, tenga facilitado un estatuto-base del ordenamiento económico del hogar por el que se sepa cómo se pondrán a contribución los patrimonios del marido y de la mujer, para satisfacer las cargas y necesidades económicas de la familia, por el que se sepa la repercusión que el matrimonio tendrá sobre la propiedad, la administración y la facultad dispositiva de los bienes integrantes de aquellos, por lo que se sepa en fin la especial y concreta afección de los bienes todos a las distintas situaciones de responsabilidad”*.

De lo anterior podemos decir que el régimen patrimonial debe ser elegido por común acuerdo entre los cónyuges, ya que éste al momento de su disolución afectará los bienes de ambos cónyuges y una tendrá una repercusión económica dentro del patrimonio de cada uno de ellos.

#### **2.4.1. Clases de Regímenes Patrimoniales**

Teniendo en cuenta que todo régimen patrimonial en el matrimonio responde al doble orden de relaciones básicas antes mencionadas, los criterios de clasificación se elaboran a partir del modo en que cada legislación positiva organiza la interdependencia patrimonial entre los cónyuges y las relaciones entre éstos con terceros. Así por ejemplo, tal como lo menciona ZANNONI<sup>105</sup> *se pueden distinguir los regímenes sobre la base de la incidencia del matrimonio en la propiedad de los bienes de los cónyuges y,*

---

<sup>104</sup> GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel “El Matrimonio y su régimen económico en el nuevo derecho de familia español, citado en el Anteproyecto del Código de Familia, Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña, 1990, Pag. 206

<sup>105</sup> ZANNONI, Eduardo A. Ob. Cit., Tomo I, Pág. 386

*simultáneamente, en la titularidad de su gestión (en sentido amplio: administración y disposición), según que esa gestión corresponda a ambos esposos –conjunta o separadamente- o sólo a uno de ellos –administración marital.*

En cuanto a la responsabilidad por las obligaciones contraídas con terceros, los regímenes pueden distinguirse según la responsabilidad común (solidaria) por las deudas o, en cambio, la separación de responsabilidades.

#### **2.4.1.1. Régimen de Separación de Bienes**

*En palabras de GUILLERMO CABANELLAS<sup>106</sup>, en este régimen los cónyuges conservan la propiedad de sus bienes anteriores al matrimonio y les pertenece lo que cada uno gane u obtenga después, con administración separada también y sin más nexos económico que contribuir proporcionalmente al sostenimiento de las cargas matrimoniales (el hogar común y la prole).*

Este régimen asegura la independencia económica de la mujer, desde luego, si ésta posee capital; pero no puede participar en las adquisiciones del marido. En su concepción más pura, la característica principal de éste régimen es la ausencia total de bienes y patrimonio entre los cónyuges, ya que cada uno de ellos mantiene el dominio de los suyos y la administración de éstos. Los productos del esfuerzo personal, del trabajo y las rentas que puedan producir, cualesquiera clases de bienes, siempre pertenecerán a su dueño, y serán del dominio de la esposa o del esposo. Un régimen de separación llevado a extremos teóricos, nos muestra a una pareja en

---

<sup>106</sup> CABANELLAS, Guillermo, “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual” Tomo VII, 24ª.Edición, Revisada, Actualizada y Ampliada, Editorial Heliasta, S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1996, Pag. 92

permanente competición de intereses y compensaciones que hacen de la vida difícil.

Este régimen es aplicable generalmente a bienes y derechos de importancia, con los cuales cada cónyuge realiza sus actividades productivas. En efecto, no es posible imaginar una absoluta separación de los bienes pecuniarios de dos personas que vivan juntas. Dentro de un criterio distintivo general, los regímenes de separación se diferencian de los de comunidad en las algunas características, ya que éstos no confieren a los esposos expectativas comunes sobre los bienes adquiridos o ganados por cada uno de ellos. Es decir, el matrimonio no altera el régimen de propiedad de los bienes, que siguen perteneciendo al cónyuge adquirente: cada cual adquiere para sí, administrando y disponiendo lo adquirido. A su vez, cada cónyuge responde individualmente por las deudas que contrae y los bienes del otro no quedan afectados, en principio, por esa responsabilidad.

Modernamente estos regímenes de separación han afianzado la evolución hacia la plena capacidad de la mujer casada en materia patrimonial, aunque tal como lo expresa ZANNONI *a éste régimen se les critica por ser una negación de toda comunidad económica entre los cónyuges.*<sup>107</sup>

Pero eso no es estrictamente así porque, es importante destacar que la separación no obsta a la obligación de ambos cónyuges de contribuir a las necesidades del hogar, la asistencia mutua, y la de los hijos, y a la de responder por las deudas contraídas por cualquiera de ellos para atender tales requerimientos- típicas cargas del matrimonio- con sus bienes o ingresos. Este régimen tiene la ventaja de armonizar completamente con la capacidad absoluta de la mujer casada, la cual a lo largo de la historia ha

---

<sup>107</sup> ZANNONI, Eduardo A. Ob. Cit. Tomo I, Pag. 395

estado subyugada a la autoridad del hombre, siendo considerada parte del patrimonio de éste, siendo además despojada de sus propios bienes, pasando al haber del marido.

#### **2.4.1.2. Régimen de Participación en las Ganancias**

Se suele aludir a él como régimen mixto por que éste opera como el régimen de separación durante el matrimonio, ya que acuerda derechos de participación entre los cónyuges- de allí su nombre- a su disolución. Es decir, es una mezcla de los regímenes de separación de bienes y el de la comunidad y es el enunciado más moderno. Pero, he aquí lo fundamental, en este régimen no se constituye una masa partible (lo típico en los regímenes de comunidad), sino que la participación se resuelve en un crédito a favor de uno de los cónyuges contra el otro, para equiparar las ganancias operadas dentro del matrimonio. Además al momento de la disolución del régimen no se constituye una comunidad o masa común con los bienes adquiridos o ganados por ambos cónyuges, sino que los patrimonios de cada cual mantienen su independencia, naciendo en cabeza de uno de ellos el derecho a obtener mediante un crédito, una participación en las ganancias del otro, a efecto de lograr una equiparación, si las suyas fueron menores.

Dentro del régimen de comunidad pueden aparecer ciertos rasgos de participación en las ganancias, ya que, no obstante existir una categoría de bienes que son comunes, y en virtud de que están separadas las responsabilidades de los esposos frente a los terceros, a la finalización del régimen patrimonial del matrimonio, cada esposo participa del saldo líquido en el fondo de ganancias acumuladas por cada uno de ellos; se participa de este modo de las ganancias de cada esposo, ya que los activos de cada uno a la disolución de la comunidad no pasan a ser una sola masa, con solo

pasivo, sino que cada masa además aporta su pasivo. Luego los saldos líquidos activos se suman para su distribución por mitades.

En este régimen se participa no en los bienes adquiridos sino en las ganancias recientes en la diferencia entre el patrimonio inicial y final; este último se constituye por los bienes que se tienen al finalizar el régimen, mientras que aquel, se representa por los bienes que se tienen al iniciarlo. La compensación se realiza mediante la entrega por el que tiene la ganancia mayor al que tiene la menor, de la diferencia entre una y otra. A esta diferencia se agrega otra, también capital que es la inexistencia de una masa común pues el régimen se resuelve en el nacimiento de un crédito de que dispone un cónyuge contra el otro y la participación es un valor.

Existe una diferencia de matiz entre lo que puede llamarse estrictamente Régimen de Participación de las ganancias y lo que funcionaría como Régimen de Gananciales. La similitud consiste en que ambos regímenes, los cónyuges mantienen incomunicados sus respectivos patrimonios, de suerte que siempre puede hablarse de la existencia de tres patrimonios: uno de cada cónyuge y otro que es común, este patrimonio común puede consistir solamente en rentas, frutos a dividirse como ganancias en caso de disolución del matrimonio, y que por tanto, existen separados contablemente pero no realmente, ya que cada cónyuge sigue manteniendo la ganancia propia para unirlos a la del otro. Y a su momento nivelar ambas para dividir por mitades o bien, puede existir ese patrimonio como entidad real a causa de las adquisiciones comunes realizadas con los frutos y ganancias de los patrimonios individuales como se advierte la diferencia clara esta dada por el régimen de administración de tales ganancias, ya que cada cual administra sus propios bienes. Para que funcione este régimen patrimonial, es necesario que cada uno de los cónyuges tenga un patrimonio inicial, al momento de celebrar el matrimonio, ya que de otro modo, no se entiende

que puede ser posible. Por tal razón, debe fijarse claramente el régimen por el cual los cónyuges habrán de solventar las cargas familiares, ya que como quiera que cada uno de ellos administre sus propios bienes separadamente, no hay manera de concebir un patrimonio común, en virtud de ello, es que se considera que este régimen patrimonial, constituye una sociedad conyugal, que se actualiza al momento de su disolución o liquidación y no antes. Porque antes solo existen dos patrimonios actuando independientemente, sin ninguna conexión, el ligamen es solo legal, y se hace patente al momento de la liquidación, que es cuando los cónyuges habrán de comunicarse las ganancias obtenidas. No se puede hablar de tres patrimonios plenamente identificables, constante matrimonio. Solamente existen identificados dos patrimonios, el de cada uno de los cónyuges. No puede hablar de un patrimonio común o masa consorcial, porque esta masa no existe como tal, sino solamente el derecho que cada cónyuge tiene al momento de la liquidación de participar en las ganancias de su consorte o viceversa.

De acuerdo con CARLOS IRUZUBIETA VÁSQUEZ<sup>108</sup> *este es un régimen patrimonial que tiene por objeto mantener aislados dos patrimonios personales o familiares, de importante cuantía, contraído el matrimonio por los responsables, tales patrimonios siguen existiendo con absoluta identificación y autonomía.*

En doctrina no existe una definición exacta de lo que suele llamarse bienes gananciales. Esto obedece a que por lo general las legislaciones no definen el término sino que señalan en forma taxativa y casuística qué bienes tendrán ese carácter y cuales no, lo que viene determinado en principio por

---

<sup>108</sup> IRUZUBIETA VÁSQUEZ, Carlos, “Régimen económico del matrimonio” Editorial Revista de Derecho Privado y Editorial de Derecho Reunidas, Buenos Aires, Argentina, Pag. 364

el régimen legal que se acoge en cada caso, que puede ser alguna forma de comunidad o de participación, con la que estos bienes varían en cada ordenamiento.

#### **2.4.1.3. Régimen de la Comunidad Diferida**

Este régimen del patrimonio conyugal está concebido en puridad para regir en aquellos ordenamientos jurídicos incididos por la influencia religiosa. En lo que al cristianismo se refiere, nada más inapropiado que admitir un régimen de separación de bienes, más propio de un sistema jurídico que admita la disolución del vínculo, en vida de los esposos.

La idea cristiana y principalmente la católica, repele por principio, otra idea que no sea la de comunidad de cuerpos, almas y bienes de los cónyuges, así, pues, la introducción legal de otro sistema separatista en sociedad pretendidamente religiosa, constituye un anatema jurídico disimulado con fundamento sociológico siempre insuficiente.

Este régimen de comunidad supone una estrecha y permanente colaboración entre los cónyuges, sin que un pacto expreso haya dado a cada cual una responsabilidad concreta en el desenvolvimiento de las tareas del hogar y una individualización del que está destinado a soportar las cargas comunes.

*Todo se hace de consuno, como lo señala el autor CARLOS IRUZUBIETA VÁSQUEZ<sup>109</sup> y el patrimonio familiar que pertenece a ambos por igual, es el que soporta las cargas familiares.*

---

<sup>109</sup> IRUZUBIETA VÁSQUEZ, Carlos, Ob. Cit. pág. 14

Suele decirse que el elemento típico de los regímenes de comunidad es la formación de una masa de bienes que pertenece a los dos esposos y que ha de repartirse entre ellos o entre el sobreviviente y los herederos del muerto al disolverse. Pero la formación de esta masa no importa en principio, atribuir a ambos cónyuges el dominio o propiedad de los bienes comunes al estilo del clásico *condominio*. En efecto, la comunidad no trasciende en general como cotitularidad de los bienes, sino en el derecho al goce común de ellos durante el matrimonio. La masa- en sentido de patrimonio en comunidad- se forma estrictamente entonces, aunque desde la celebración del matrimonio se aluda a bienes comunes para determinar su régimen de administración, o la forma de hacerse efectiva sobre ellos la responsabilidad por la deuda de los cónyuges, etc.

Es decir, tal como lo señala EDUARDO ZANNONI<sup>110</sup>, *que la comunidad se caracteriza por conferir a ambos esposos expectativas comunes sobre los bienes adquiridos o ganados por cualquiera de ellos, que serán partidos al liquidarse.*

En cuanto a la titularidad de los bienes, se puede decir, que la comunidad es total y perfecta; o sea, que alcanza a toda clase de bienes presentes y futuros, formando una masa común, sin que sea menester el negocio individual de cada uno de ellos, para integrarlos en un solo patrimonio, por cuanto, el efecto opera como una sucesión universal de bienes y de hechos.

A su vez, este régimen tiene entre sus múltiples variantes, una dualidad que es la más corriente o distinguible en el orden académico, y que en algún sentido, ya lo tenemos expuesto. Se trata de una comunidad universal y de la comunidad de gananciales. En el primer caso, la comunidad de bienes abarca a la totalidad de ellos, y de ambos esposos, y tanto a los bienes

---

<sup>110</sup> ZANNONI, Eduardo A. Ob. Cit., Tomo I, Pág. 390

presentes, o futuros, es decir, entran a pertenecer a la categoría de los gananciales, tanto los bienes traídos por ambos al matrimonio, como los adquiridos constantes matrimonios con bienes prenupciales o gananciales propiamente dichos. En esta comunidad, ninguno de los esposos tiene el dominio de ningún bien, todos ellos se encuentran en condominio y solamente son separables mortis causa o judicialmente por causales determinadas taxativamente en la ley. Pocos son los países que adoptan este sistema, como por ejemplo Portugal, Brasil, y Finlandia.

La otra modalidad la constituye la comunidad de gananciales y es admitida por un gran número de legislaciones entre ellas la francesa, suiza, argentina, alemania y española; en algunos, como sistema legal imperativo y en otros como régimen convencional.

*La comunidad de gananciales, tal como lo expone CARLOS IRUZUBIETA VASQUEZ<sup>111</sup>, la constituyen los bienes adquiridos por ambos cónyuges durante el matrimonio, conservando cada cual el dominio de sus privativos sobre los que tendrán ambos o no, la administración de ellos, según sea el régimen jurídico de la mujer casada, de ahí que dada su composición se puede decir que existen real o virtualmente tres patrimonios: uno de cada esposo y el común a ambos.*

#### **2.4.1.3.1. Características del Régimen de la Comunidad Diferida**

Sus características más importantes son las siguientes:

1. Es el régimen legal supletorio.
2. El Régimen de la Comunidad Diferida se caracteriza por la formación de una masa común de bienes, la que se divide ente los cónyuges o

---

<sup>111</sup> IRUZUBIETA VÁSQUEZ, Carlos, Ob. Cit., Pag. 16

sus sucesores a la disolución del régimen. Además implica una unión de intereses los cuales al momento de la disolución del régimen se reparten entre sí los bienes que hayan sido adquiridos dentro de la comunidad dejando a un lado bienes propios.

3. Existen dos clases de bienes. Se caracteriza además, porque está constituido de dos tipos de bienes: Los bienes propios y los bienes comunes; los primeros son aquellos que pertenecen en forma exclusiva a cada cónyuge; y los segundos son aquellos que pasan a formar parte del haber común. Los propios de cada cónyuge y los de la comunidad. Durante la vigencia del régimen cada cónyuge administra y dispone de sus bienes libremente. Esta administración se dice que es personal, no la comparten los cónyuges, pero al momento de la disolución del régimen la administración de los bienes en comunidad deviene en conjunto, a tal grado que ninguno de ellos puede disponer de los mismos, sino tiene el consentimiento del otro cónyuge o hasta que se les distribuya a cada quien su parte de los bienes comunes.
4. Cuando se disuelve el régimen, cada cónyuge posee el derecho de beneficiarse o participar en los bienes de la comunidad en una proporción del cincuenta por ciento.
5. Existen cargas y obligaciones que son propias de la comunidad.

## **CAPITULO III: Los Regímenes Patrimoniales en la Legislación Vigente**

### *3.1. Constitución de El Salvador*

Hablar de lo que ha ocurrido a lo largo de la historia, en las diversas Constituciones en lo que respecta a la regulación de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, implica hacer un breve análisis de éstas; ya que las mismas han ido manifestando una evolución progresiva, de en un principio limitarse a hacer puras menciones genéricas y posteriormente a ir incorporando los Regímenes Patrimoniales dentro del Ordenamiento Jurídico

En un comienzo el tema de la familia era tocado de forma superficial, ya que no ahondaban en su estructura, ni tampoco retomaban la importancia de un Régimen patrimonial que normara el ámbito económico de la familia. Por ejemplo, en la Constitución de 1864, en su artículo 76 se establecía lo siguiente: “El Salvador reconoce derechos y deberes anteriores y superiores a las leyes positivas. Tiene por principios la libertad, la igualdad, la fraternidad; y por base la familia, el trabajo, la propiedad, el orden público”

Esta misma disposición ha sido el fundamento del artículo 32 de la actual Constitución, el cual manifiesta: “La familia es la base fundamental de la sociedad...”. Posteriormente en la Constitución Política Centroamericana de 1921, por primera vez incorporó a su normativa los Derechos Sociales, específicamente en el Título III en su artículo 171, se reguló lo siguiente: “Se establecerá un Centro Técnico, bajo el nombre de “Instituto de Reformas Sociales” cuyas atribuciones y deberes serán las siguientes: a) Proteger el matrimonio y la familia como base y fundamento de la sociedad y organizar el patrimonio de la familia...”. Con esta institución, se regulaban aspectos más específicos en el entorno familiar, ya que para que la familia sea totalmente protegida, deben regularse los diferentes aspectos que la integran,

incorporando un enfoque patrimonial que sirva de soporte económico indispensable para su desarrollo integral y pueda cumplir así su verdadera finalidad.

La Constitución de 1939 fue la primer Constitución Salvadoreña como Estado unitario, en ella aunque de forma deficiente se continuaba regulando respecto de los derechos sociales; y en sus artículos 60 y 61, hacían referencia a la familia y al patrimonio de ésta, éstos artículos establecían, respectivamente lo siguiente: “La familia, como base fundamental de la nación deberá ser protegida especialmente por el Estado, él cual dictará leyes y disposiciones necesarias para su mejoramiento, para fomentar el matrimonio y para la protección de la maternidad y de la infancia”, “Se establece el bien de familia en beneficio de los salvadoreños; una ley especial lo reglamentará...”.

Con estas disposiciones se reglan varios principios que son de vital importancia:

- a) La familia se seguía considerando como la base fundamental de la sociedad. Este principio, es una repetición de las Constituciones anteriores y actualmente continúa vigente, pues este principio es tan importante que difícilmente podría ser alterado.
- b) Aparece el Estado obligado a dar protección a la familia, dictando leyes y disposiciones tendientes a dar a la misma.
- c) Se tutela el patrimonio familiar, a través de lo que la ley denominó el “Bien de Familia”.

En la Constitución de 1945 se regulan las relaciones familiares en forma similar a como se regulaban en la Constitución de 1939. El artículo 153 literalmente establecía lo siguiente: “La familia como base fundamental de la nación, será protegida especialmente por el Estado, el cual dictará las leyes

y disposiciones necesarias para su mejoramiento moral, físico, económico, intelectual y social, para fomentar el matrimonio y para la protección de la maternidad y de la infancia”. Como puede advertirse, el contenido de esta disposición es casi el mismo que el de la Constitución de 1939.

En relación a la Constitución de 1950, ésta hizo mucha referencia a lo que es el Estado Social, dedicando buena parte de su articulado a los derechos sociales. En su Título XI, se denominó “Régimen de Derechos Sociales” y el Capítulo I, fue llamado “Familia”, quedando redactado el artículo 180 de la siguiente manera: “La familia, como base fundamental de la sociedad, debe ser protegida especialmente por el Estado, el cual dictará las leyes y disposiciones necesarias para su mejoramiento, para fomentar el matrimonio y para la protección y asistencia a la maternidad y de la infancia. El matrimonio es el fundamento legal de la familia y descansa en la igualdad de los cónyuges”. Con este artículo surgieron algunas innovaciones de consideración. El matrimonio, por ejemplo, fue proclamado como el fundamento legal de la familia y además fue elevado a rango constitucional el principio de igualdad entre los cónyuges en igualdad de derechos y de obligaciones, lo cual operaría plenamente en lo que respecta al patrimonio de los cónyuges, tal como lo regula la Constitución de 1983, ya que en ésta se creó el epígrafe titulado “Derechos Sociales”, considerando de vital importancia regular y más ampliamente que en las Constituciones anteriores, todo lo referente a la familia.

En este sentido, se toma en consideración cada uno de los aspectos que configuran en esta institución normativizándolos con rango constitucional, para garantizar su efectiva protección.

### **3.1.1. Derechos Sociales, Sección Primera “La Familia”.**

En efecto, en la familia no sólo hay relaciones personales, sino también patrimoniales y esta distinción se hace muy claramente en los artículos 32 y 33 de la Constitución de El Salvador, que de manera literal expresan lo siguiente: Artículo 32: “La familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictará la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico”. Así mismo el artículo 33 manifiesta: “La ley regulará las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges entre sí y entre ellos y sus hijos, estableciendo los derechos y deberes recíprocos sobre bases equitativas y creará las instituciones necesarias para garantizar su aplicabilidad. Regulará así mismo, las relaciones familiares resultantes de la unión estable de un varón y una mujer”.

Con esta regulación se confirmó que la base de la sociedad es la familia y que el fundamento de ésta es el matrimonio, en el cual los cónyuges gozan de iguales derechos y deberes y que además de las relaciones personales entre ellos y sus hijos, existen las relaciones patrimoniales y es por ello que se da el mandato Constitucional para que la Ley secundaria lo regule. Tal es la importancia que el Constituyente designó a las relaciones patrimoniales que existen entre los cónyuges y de éstos con terceras personas, que fue necesario incorporarlas dentro de la Constitución, haciendo de los Regímenes Patrimoniales una condición de necesaria observancia para poder celebrarse el acto matrimonial.

De los artículos anteriormente citados, podemos desprender 3 cosas:

a) Que el patrimonio que se regula a través de los regímenes patrimoniales, se da con relación a ese grupo social que es la base fundamental de la

sociedad, la familia y es evidente que para que cumpla con su finalidad, debe estar respaldada por un soporte económico que le garantice su desarrollo e integración.

b) El Estado tiene la obligación constitucional de proteger a la familia creando la legislación y organismos adecuados para ello y velando por la igualdad de derechos de los hijos, la protección integral de los menores y demás incapaces, de las personas de la tercera edad y de la madre cuando fuere la única responsable del hogar.

c) En las relaciones patrimoniales entre los cónyuges este principio tiene plena operatividad y es por ello que los regímenes se han creado con atención al mismo. Para la adopción del régimen al momento de celebrarse el matrimonio, basta el simple acuerdo entre los cónyuges, los cuales a su vez pueden formular uno distinto, pero en este caso, no se pueden contrariar las disposiciones del Código de Familia, es decir, no se puede crear un régimen que no atienda a los principios constitucionales de igualdad y justicia.

### *3.2. Tratados Internacionales*

La Constitución de El Salvador en su Sección Tercera “Tratados”, Artículo 144 señala literalmente que: “Los Tratados Internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo Tratado y de esta Constitución....”.

De lo anterior se puede colegir que al considerarse los Tratados como Leyes de la República éstos pasan a ser de observancia obligatoria y forman parte de la legislación vigente. Entre los Tratados que abordan los temas de igualdad, justicia y equidad entre hombre y mujer y que se acoplan por lo

tanto al tema de los regímenes patrimoniales tenemos los siguientes: Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José.

### **3.2.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos**

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en su artículo 16 que: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derechos sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante al matrimonio y en caso de disolución del mismo.” Además en el Artículo 17 se dice que: “Toda persona tiene derecho a la propiedad individual y colectivamente. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”

Tal como lo desarrollan los dos artículos anteriores de La Declaración Universal de los Derechos Humanos, firmada en 1948, hasta este momento histórico se le reconoce a la mujer, el derecho a la propiedad, ya que con anterioridad los bienes de la mujer eran trasladados a la propiedad del marido, no pudiendo ella administrarlos y en muchas ocasiones, siendo estos despilfarrados por una mala o fraudulenta administración, lo que conlleva un paso muy importante porque eleva a un rango de igualdad y autonomía a la mujer, dignificándola en sus ámbitos sociales, económicos, políticos y jurídicos.

### **3.2.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**

El artículo 23.4 de dicho Tratado prescribe: “Los Estados Partes en el presente pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de

derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. Como vemos, en el Tratado anteriormente citado se vela por la igualdad de responsabilidades, derechos y deberes de los cónyuges en el matrimonio, extendiéndose éste imperativo durante toda la vigencia del matrimonio, previniendo además la disolución del mismo.

### **3.2.3. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer**

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer en su Artículo 13 establece que: “Los Estados partes adoptaran todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en otras esferas de la vida económica y social a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

- a) El derecho a prestaciones familiares,
- b) El derecho a obtener préstamos bancarios, hipotecas y otras formas de crédito financiero;
- c) El derecho a participar en actividades de esparcimiento, deportes y en todos los aspectos de la vida cultural”.

A partir del año 1979 los países suscriptores de dicho Tratado se comprometieron a reconocerle a la mujer la capacidad jurídica para contraer obligaciones en igualdad de derechos y condiciones que el hombre, pudiendo ésta administrar y disponer libremente de sus bienes.

Además en el artículo 15 del mencionado Tratado se establece:

1. Los Estados Partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley.
2. Los Estados Partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales.
3. Los Estados Partes convienen en que todo contrato o cualquier otro instrumento privado con efecto jurídico que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer se considerará nulo.
4. Los Estados Partes reconocerán al hombre y a la mujer los mismos derechos con respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y a la libertad para elegir su residencia y domicilio.

De lo anterior se puede colegir el reconocimiento de la capacidad jurídica que hasta ese momento había sido limitada a la mujer consignándole un estatus inferior en relación al hombre, manteniéndola supeditada a éste. Rompiendo la costumbre de que al momento de que se constituyera el matrimonio, la mujer debía seguir al hombre a donde éste estableciera su domicilio, dándole la oportunidad de que ella pudiera escoger su lugar de habitación y así mismo poder disponer de las oportunidades que en ese momento se le reconocían.

### **3.2.4. Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José**

El Artículo 23 de dicha Convención establece de manera literal:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.
3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

De lo anteriormente expuesto se colige la importancia que tiene la regulación de los Regímenes Patrimoniales del matrimonio en cualquier ordenamiento jurídico, ya que es a través de éstos que el Derecho resuelve situaciones patrimoniales en las relaciones conyugales que se establecen en virtud de la comunidad de vida matrimonial, con el propósito de garantizar el interés económico de los cónyuges y de terceros; para resolver así múltiples cuestiones en las que se ve involucrado el patrimonio conyugal, tal como el destino que tendrán los bienes que los cónyuges aporten y las adquisiciones que realicen, a quien competirá su administración y con qué facultades, cuál será la contribución de los cónyuges a los gastos de vida en común, en que

bienes podrán los acreedores hacer efectivos sus créditos, que derechos tendrán los cónyuges cuando se disuelva el vínculo matrimonial, etc.

### **3.3. Código de Familia**

Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, primeramente fueron reguladas por el Código Civil de 1860, por lo que es de importancia hablar de las reformas que éste sufrió concernientes a la familia y a las relaciones patrimoniales que se dan en ella, y que con la creación del Código de Familia en 1993, éstas pasaron a ser reguladas por dicho Código.

El régimen económico del matrimonio, mientras era regido por el Código Civil fue el de la Comunidad de Bienes denominado en ese momento “Sociedad Conyugal”. Este régimen era del tipo legal, por el hecho de que el matrimonio se constituida la referida sociedad teniendo el marido la administración de los bienes de la mujer dando como resultado la potestad marital y la incapacidad legal a la que era sometida al casarse la mujer. En el Artículo 134 del Código en mención “La potestad marital es el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer”. Cuando entró en vigencia el Código Civil en el Título referente a los derechos y obligaciones entre los cónyuges, éste regulaba las excepciones en virtud de las cuales, la mujer podía administrar sus bienes. Estas eran: La insolvencia, la administración fraudulenta del marido y el hecho de caer éste en un estado de demencia. En tales supuestos se debía de recurrir a la separación de bienes por vía judicial, éste régimen, en consonancia con la incapacidad de la mujer casada, produjo serios desajustes en el seno de la familia salvadoreña, pues si el hombre administraba descuidadamente los bienes de la mujer y de la sociedad conyugal, no obstante el recurso de la separación antes mencionada, cuando ésta se decretaba acontecía que los

bienes se habían consumido dejando en algunos casos a la mujer totalmente desprovista de sus haberes. Si se toma en consideración que el matrimonio era indisoluble hasta el año de 1893, la sociedad conyugal en esas condiciones también lo fue, pues aunque se permitía el divorcio sin ruptura del vínculo matrimonial el mismo no producía la disolución de la sociedad conyugal.

Al optar por el Régimen de Sociedad Conyugal, el legislador de 1902 estableció: “que la administración de los bienes estaría a cargo de cualquiera de los cónyuges según su propia decisión, puesta de manifiesto en las capitulaciones matrimoniales”. Tal régimen se podía modificar como cualquier otro mediante dichas capitulaciones. Por otro lado el legislador de 1902 concibió un Régimen Legal Supletorio. Éste fue el de Separación Absoluta de Bienes, mediante el cual “cada cónyuge conservaría la propiedad exclusiva y la libre administración de los bienes que tenía al contraer el matrimonio y de los que adquiriera durante él por cualquier título y de los frutos de unos y otros”. (Artículo 186 del Código Civil actualmente derogado).

Las reformas de 1902 se inspiraron en los principios del derecho natural que imponía como imperativo legal y moral, el trato equitativo entre el hombre y la mujer. Ninguna justificación pudo encontrarse a la luz de tal derecho, para relegar a la mujer respecto del esposo, subordinándola a éste, menos para considerarla jurídicamente incapaz. Y es así que la condición de la mujer fue restablecida a su verdadero rango, actuando en un plano de igualdad respecto del hombre dándole la facultad de administrar sus bienes y disponer de ellos.

Sin embargo, el Régimen Patrimonial del matrimonio existente en aquella época que era la Sociedad Conyugal no conciliaba con este nuevo estado de

igualdad de la mujer respecto del hombre; de ahí que el legislador basado a la vez en la ineficacia del Régimen de Comunidad de Bienes y en los abusos cometidos, radicalmente se apartó del mismo abriendo la posibilidad a las regulaciones convencionales sobre los bienes mediante las capitulaciones matrimoniales. Surgió un nuevo principio para orientar tales regulaciones: El de Libertad de Estipulación, y en su defecto, un régimen que supliría la falta de determinación de los cónyuges.

Uno de los aspectos novedosos que presenta la Legislación Secundaria en materia de Familia actualmente lo presenta la institucionalización del Régimen Patrimonial que regularía las diferentes relaciones económico-patrimoniales dentro del matrimonio mismo. La regulación del régimen parte de los fines del matrimonio y de las relaciones recíprocas e igualitarias que la nueva normativa proyecta en torno al matrimonio, pero además de los hechos cotidianos en donde es evidente que en la relación de pareja el principio de igualdad jurídico no ha cobrado aun vigencia. Un régimen de bienes equitativo era absolutamente necesario pues el de Separación régimen que la totalidad de matrimonios acepto supletoriamente produjo injusticias palpables, cuyos efectos inmediatos recaen en la mujer y los hijos. Por ello, lo primero que en la nueva Legislación cambia es el Régimen de Separación de Bienes, que a juicio de los redactores acentuó las injusticias señaladas. Como Régimen Legal Supletorio el de la Separación de Bienes fue sustituido por el de la Comunidad Diferida, éste Régimen junto al mismo al de Separación de Bienes y al de Participación en las Ganancias, se estructuraron en el Código de Familia como voluntarios tal como lo señala el artículo 41 de dicho Código.

### **3.3.1. Régimen Patrimonial del Matrimonio**

El matrimonio es el acto jurídico esencial y como todo acto jurídico produce efectos propios, unos son de carácter personal y otros de carácter patrimonial. Entre los efectos del matrimonio está el surgimiento de una relación patrimonial entre los cónyuges de la cual emergen no solo relaciones pecuniarias entre éstos, si no también relaciones de éstos con terceros y esto requiere de una regulación legal. Mientras las reglas que gobiernan los efectos personales en el matrimonio tienden a ser de orden privado, por no poder derogarse mediante la voluntad de los contrayentes, las que rigen a los bienes son de orden privado, pues los contrayentes pueden regular por su propia voluntad la situación jurídica de los bienes que poseen antes de contraer el matrimonio, así como las que adquieren por cualquier causa dentro de él.

Al conjunto de reglas jurídicas que regulan el conjunto de bienes de los cónyuges se les denomina “Régimen Patrimonial o Económico del Matrimonio”. Y mediante éste se pretende dar respuesta a las diferentes cuestiones como son: Determinar a quién le corresponderá la titularidad de los bienes, quién tendrá el poder de administración de ellos, quien habrá de soportar los gastos del hogar y la atención de los hijos, a quien corresponderá atender las obligaciones contraídas con terceros, en que medida esos bienes afectan verdaderamente a la institución del matrimonio, qué ocurrirá con el patrimonio familiar si se disuelve el matrimonio. Así, pues el régimen es de orden metódico al gobernar las cosas o las personas o sus relaciones entre ellas, y es así que puede definirse el régimen patrimonial del matrimonio como el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y de éstos con terceros, como lo señala el Artículo 40 del Código de Familia.

Además el artículo 41 del mismo cuerpo legal estipula las clases de Regímenes Patrimoniales bajo los cuales puede constituirse el matrimonio los cuales son: 1) Separación de bienes; 2) Participación en las ganancias y 3) Comunidad Diferida.

Estos tres Regímenes se denominan legales pero no tienen el efecto de ser impositivos, son legales porque están contemplados en la Ley pero los interesados pueden optar por cualquiera de ellos e incluso no tomar ninguno; también pueden conformar otro distinto siempre que éste no contraríe las disposiciones del Código; pues la libertad de escogitación es amplia según lo señala el artículo 42 del Código de Familia. Los Regímenes pueden modificarse, darse por terminado de mutuo acuerdo y sustituirse por otro, a veces la extinción del Régimen puede provenir de la voluntad de los cónyuges cuando quieran cambiarlo por otro; pero el artículo también prevé la extinción de pleno derecho y la judicial. Todo esto se ampara en la igualdad jurídica de los cónyuges, libertad de estipulación y la solidaridad familiar que pretende erradicar la desigualdad en el seno de la familia, generando así más unidad y responsabilidad entre sus miembros.

El artículo 43 del Código de Familia manifiesta que: “El régimen patrimonial producirá efectos entre los contrayentes inmediatamente después de celebrado el matrimonio o desde que se otorgan las capitulaciones, y frente a terceros, desde su correspondiente inscripción”. Dicho artículo obliga a los contrayentes a respetar el régimen patrimonial bajo el cual hayan celebrado su matrimonio, sea cual fuere éste así como obliga a los cónyuges frente a terceros desde el momento en que el régimen ha sido debidamente inscrito. Los cónyuges siempre que estén de acuerdo podrán modificar o sustituir el Régimen Patrimonial bajo el cual se constituyó el matrimonio no habiendo límite para poder hacerlo, pero antes deberán disolver y liquidar el régimen vigente y obviamente el régimen modificado surtirá efectos entre los

cónyuges al momento de su adopción y frente a terceros cuando se inscriba, todo de conformidad al artículo 44 del Código de Familia.

En cuanto a la Disolución del Régimen Patrimonial del matrimonio, de acuerdo al artículo 45 del mismo cuerpo legal, éste puede disolverse por la declaración de nulidad o la disolución de éste, por declaración judicial o por existir convenio entre los cónyuges y surtirá efectos entre éstos inmediatamente y frente a terceros desde el momento en que éste sea inscrito.

#### **3.3.1.1. Régimen de Separación de Bienes**

El Régimen de Separación de Bienes puede considerarse el régimen más sencillo de todos los regímenes, ya que por medio de este, cada cónyuge conserva la propiedad, la administración y la libre participación de los bienes que tuviere al contraer el matrimonio, de los adquiriera durante el a cualquier título y los frutos de unos y otros. En su concepción más pura consiste en la ausencia de comunidad, o masa común de patrimonio entre los cónyuges, ya que cada uno de ellos mantiene la propiedad sobre sus bienes y los que adquiere en el futuro durante el matrimonio, suponiendo patrimonios separados. Los productos del esfuerzo personal, del trabajo y de las rentas que puede producir cualquier clase de bienes, siempre pertenecerán a su origen y serán del dominio de cada cónyuge, a su vez, cada uno de ellos responde por las deudas que contrae y los bienes del otro no quedan afectados por esa responsabilidad.

Y de acuerdo a lo dispuesto en el Capítulo II del Código de Familia “Régimen Patrimonial del Matrimonio” en su Sección Segunda “Régimen de Separación de bienes” en el artículo 48 se establecen las características específicas de éste régimen, en el que cada cónyuge conserva la propiedad, administración y libre disposición de los bienes que poseía antes de la constitución del

matrimonio, además de los bienes que pueda adquirir durante la vigencia del mismo siendo éstos a cualquier título, salvo la excepción regula en el Artículo 46 el cual establece que independientemente cual sea el régimen patrimonial del matrimonio la enajenación y constitución de derechos reales o personales sobre el inmueble que sirve de habitación al grupo familiar necesitará del consentimiento de ambos cónyuges so pena de nulidad.

Según el artículo 49 del Código de Familia éste régimen opera en los siguientes casos: 1) Cuando los cónyuges hubieren optado por el régimen de separación de bienes y 2) Cuando se decreta judicialmente la disolución del Régimen de Participación en las Ganancias, la disolución de la Comunidad Diferida o de cualquier otro régimen de comunidad y cuando los cónyuges no hubieren optado por otro régimen. El artículo 50 del Código de Familia establece una presunción legal de copropiedad ya que si no se puede comprobar quien de los cónyuges es el propietario de un determinado bien, la ley determina que existe una copropiedad por partes iguales entre ambos cónyuges sobre dicho bien.

### **3.3.1.2. Régimen de Participación en las Ganancias**

De conformidad al artículo 51 del Código de Familia en éste régimen cada uno de los cónyuges adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su cónyuge durante el tiempo que dicho régimen haya estado vigente. Dichas ganancias están representadas por la diferencia entre el patrimonio inicial y el patrimonio final de cada cónyuge. El patrimonio inicial es el que tenían los cónyuges al contraer matrimonio descontándose de éste las deudas, más lo adquirido después por donación; el patrimonio final es el que tienen al concluir el régimen, también a éste deduciéndole las deudas más lo adquirido después por donación; el patrimonio final, es el que tienen al concluir el régimen, también deducidas las deudas, más el importe en que

este disminuido por su culpa de uno de los cónyuges en virtud de una enajenación gratuita o por actos ejecutados con el propósito de perjudicar al otro cónyuge. Cuando en el momento de la liquidación la ganancia de uno de los cónyuges exceda a la del otro, el que tiene la menor tiene derecho de crédito de compensación y cuyo monto es la mitad de la diferencia entre una y otra ganancia. Efectuado el pago quedan iguales las ganancias.

En este régimen la administración, el disfrute, y la libre disposición corresponde a cada cónyuge tanto de los bienes que le pertenecen al momento de contraer matrimonio, como de lo que pueda adquirir después por cualquier título, de acuerdo a lo establecido en el artículo 52 del Código de Familia; pero si los cónyuges adquieren conjuntamente algún bien les pertenecerá según las reglas de la proindivisión, según lo estipulado en el artículo 53 del mismo cuerpo legal. Como se dijo anteriormente, éste es un régimen legal por estar contemplado en la Ley; pero serán los cónyuges los que podrán optar por este régimen, tomando en cuenta su capacidad económica, sus ingresos y sus obligaciones, debiéndose adaptar a la realidad socio económica de cada matrimonio.

### **3.3.1.3. Régimen de la Comunidad Diferida**

Según el artículo 62 del Código de Familia la Comunidad Diferida se caracteriza porque: “Los bienes adquiridos a título oneroso, los frutos, rentas e intereses obtenidos por cualquiera de los cónyuges durante la existencia del régimen pertenecen a ambos, y se distribuirán por mitad al disolverse el mismo”. Además se entiende que la comunidad es diferida al momento de su disolución; pero se entiende que los cónyuges la han tenido desde la celebración del matrimonio o desde la constitución del régimen. Lo que puede entenderse como que la comunidad diferida surge a la vida al momento de la disolución del vínculo matrimonial. Ahora bien, dentro de la

Comunidad existen diferentes tipos de bienes tales como los bienes propios de cada cónyuge como también los bienes de la comunidad.

Según el artículo 63 del Código de Familia lo que constituye los bienes de cada cónyuge son entre otros: Los que tuviere al momento de constituirse el régimen, los que adquiere durante la vigencia del régimen a título gratuito, los que hubiere adquirido en sustitución de cualquiera de los bienes comprendidos en las dos menciones anteriores, etc. Dentro de los bienes de la comunidad están: los salarios, sueldos, honorarios, pensiones, premios, recompensas y demás emolumentos provenientes del trabajo de cada uno de los cónyuges; los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes propios como los comunes, deducidos los gastos de producción, reparación, conservación y cargas fiscales y municipales; además los adquiridos a título oneroso por cualquiera de los cónyuges, de conformidad al artículo 64 del mismo cuerpo legal. Es importante mencionar que el Código hace la diferencia entre bienes propios y bienes de la comunidad con el propósito de conservar la independencia de cada cónyuge en lo que respecta a la libre administración de sus bienes.

Pero existe una excepción contemplada en el artículo 65 del mencionado Código, ya que manifiesta que se presumen en comunidad los bienes existentes en poder de cualquiera de los cónyuges, mientras no se pruebe que son bienes propios. Lo que significa que se puede disponer de ellos siempre que con ellos se sufraguen gastos propios de la comunidad.

Ahora bien, la comunidad también posee cargas propias las cuales están contempladas en el artículo 66 del Código de Familia, las cuales son: los gastos de familia y los de educación de los hijos comunes; los gastos de sostenimiento y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges, cuando vivan en el hogar conyugal; en caso contrario los gastos derivados de estos

conceptos serán siempre sufragados por la comunidad diferida; pero darán lugar e reintegro en el momento de la liquidación; los alimentos que cualquiera de los cónyuges esté obligado a suministrar por ley a sus descendientes, etc., lo que significa que no corresponde a uno solo de los cónyuges sufragar las cargas de la comunidad sino por el contrario a ambos; pero debe dejarse claro que es con los bienes de la comunidad que son sufragados esas cargas, también vale la pena mencionar que si uno de los cónyuges no posee bienes que puedan cumplir con esa función; es con su trabajo dentro del hogar que se tendrán por sufragados esos gastos.

Según el artículo 67 del mismo Código que los bienes en comunidad responderán en todo caso de las obligaciones contraídas por los cónyuges; pero además en el artículo 68 del mencionado Código establece que el cónyuge que tomare de los bienes en comunidad alguna suma para pagar sus deudas u obligaciones personales y en general el que tuviera provecho personal de dichos bienes, deberá compensar a la comunidad. Asimismo se aplicará lo dispuesto en el artículo 61 el cual manifiesta de forma textual manifiesta que: “Cuando uno de los cónyuges hubiere realizado actos en fraude de los derechos del otro, será deudor del mismo por su importe, y además si el adquirente hubiere procedido de mala fe, el acto será nulo”. Lo que significa que no se va a financiar con los bienes de la comunidad gastos en los que ha incurrido uno solo de los cónyuges, por que para eso están los bienes propios, los bienes de la comunidad solo son para cumplir con su función principal ya antes mencionada la cual es sufragar las deudas propias de la comunidad.

También si uno de los cónyuges hubiere hecho aportaciones de sus propios fondos para satisfacer obligaciones a cargo de la comunidad diferida, tendrá derecho a que le sean reintegradas por ésta, con los intereses legales, todo de conformidad al artículo 69, vale la pena recalcar que las deudas que se

hayan cubierto con los bienes de uno de los cónyuges en particular deben ser cargas de la comunidad y no cargas individuales, porque de ser así no tendría derecho a que se reincorporen a su haber ni la cantidad aportada ni mucho menos los intereses legales. Algo muy importante es que durante el matrimonio cada uno de los cónyuges conserva la libre administración y disposición de los bienes propios y comunes, según lo establecido en el artículo 70.

### **3.4. Ley Procesal de Familia**

En la Ley Procesal de Familia en su Capítulo V “Disposiciones Especiales”, Sección Tercera denominada “Relaciones Personales y Patrimoniales”, en su Artículo 131 “Disolución Judicial” en el cual se manifiesta que en el proceso de disolución judicial de la comunidad diferida, se emplazará por edictos a los acreedores para que hagan valer sus créditos; además el demandante podrá solicitar como medida cautelar la anotación preventiva de la demanda y el secuestro preventivo que puedan ser objeto de gananciales y de los comunes que estuvieren en cabeza de la otra parte, en este caso siempre se respetarán los derechos de terceros.

Si se declarare la disolución del régimen patrimonial, la medida cautelar continuará vigente durante el trámite de liquidación del mismo.

El Artículo anterior señala que cuando se inicien los trámites para el divorcio constituido bajo el Régimen de la Comunidad Diferida, a fin de garantizar el derecho de cobro de los acreedores, éstos tienen prioridad al ser emplazados por medio de edictos publicados tres veces en los diarios de mayor circulación nacional para que éstos se presenten y puedan hacer efectivo su derecho. En el caso de que los cónyuges no contaran con dinero suficiente para saldar la deuda adquirida con los acreedores, y éstos pidieren con justa causa la venta de bienes, cualquiera de las partes podrá solicitar al

Juez vender determinados bienes para efectuar el pago, de conformidad con el Artículo 132 de la Ley Procesal de Familia.

Además, el cónyuge que presentó la demanda puede solicitar la anotación preventiva de la misma y el secuestro de los bienes que pueden ser objeto de disputa entre los cónyuges por haber sido adquiridos estos bienes dentro de la comunidad diferida en cuyo caso, es necesario la distribución equitativa de los mismos.

En el Artículo 133 de La Ley Procesal de Familia denominado “Formación de Inventario” se designan ciertos parámetros para elaborar el inventario de bienes los cuales son:

a) Que las partes presentarán por escrito y bajo juramento, un inventario privado de los bienes, con expresión de su valor así como del Activo y del Pasivo correspondiente y de los valores que asignen de los bienes.

Para el caso concreto esta declaración jurada se otorgará ante notario, en la cual se consignarán las generales del compareciente además de especificar que se otorga a fin de inventariar, separar y liquidar los bienes que se encuentran bajo el régimen de la comunidad diferida, además se especifica los bienes adquiridos durante la existencia del Régimen de la Comunidad Diferida y que constituyen el activo a que se refiere el Artículo 75 del Código de Familia.

b) En el pasivo se incluirán las obligaciones que consten en Título que tengan fuerza ejecutiva, así como de las que a pesar de no tenerlas sean aceptadas expresamente por las partes en audiencia. Se entenderá que quienes estando obligados no concurren a la audiencia, aceptan las deudas que los demás hayan admitido, salvo prueba en contrario.

Vale la pena mencionar que el pasivo está constituido por: Las deudas existentes a cargo de la comunidad a la fecha de la disolución; el importe actualizado del valor de los bienes propios de algunos de los cónyuges cuando su restitución debe hacerse por haber sido gastado en interés de la comunidad; el importe actualizado de los deterioros producidos en los bienes por su uso en beneficio de la comunidad; el importe actualizado de las cantidades que algunos de los cónyuges hubiere aportado de sus propios fondos para satisfacer obligaciones que eran a cargo de la comunidad y las cantidades que constituyen créditos de los cónyuges contra la comunidad.

c) No se incluirán las obligaciones que consten en título que tengan fuerza ejecutiva, si son objetadas por cualesquiera de las personas que intervinieron en la audiencia.

En virtud del Derecho de Defensa, previsto y regulado en el Artículo 11 de la Constitución de la República, las partes pueden objetar las obligaciones que quieran atribuírseles y que por el Principio de Comunidad de la Prueba estas deben ser aportadas por ambas partes y conocidas en el proceso y no aprovecharán exclusivamente a la parte que las presentó ya que forman ahora parte del proceso mismo.

d) Los acreedores cuyos créditos no fueron inventariados podrán hacerlos valer mediante incidente o en proceso separado.

A pesar que los acreedores no se presentaron en el momento procesal oportuno, es decir, cuando fueron emplazados mediante edictos esto no los excluye del proceso porque se les da la oportunidad de presentar un incidente o en un proceso separado, para hacer valer su derecho al pago de la deuda que se le imputa a las partes.

e) Presentado el inventario el Juez citará a audiencia a las partes y a todas las personas que tengan interés en su formación y si hubiere acuerdo sobre el mismo se aprobará.

El literal anteriormente citado, se refiere al común acuerdo que puede existir entre las partes para la formación del inventario en cuyo caso al no existir oposición, el Juez puede resolver sobre el mismo.

f) Si hubieren oposiciones a que incorpore al inventario alguno de los bienes, aquellas se resolverá conjuntamente mediante incidentes.

Es decir que mediante un incidente se oirán las oposiciones que resulten en la formación del inventario y si las partes no se pusieren de acuerdo, ellas podrán solicitar se resuelva.

g) Si se hubiere dejado de inventariar bienes, se podrá solicitar inventarios y evaluos adicionales.

Este literal responde a fin de garantizarle a cualquiera de los cónyuges el resultar perjudicado al momento de la disolución de los bienes adquiridos en la comunidad diferida.

Al momento de elaborar el inventario las partes deberán incluir las compensaciones debidas a la masa común de bienes, cuando se denuncien por la parte obligada o ésta acepte expresamente las que denuncie la otra además se incluirán los reintegros que la masa común de bienes debe a cualquiera de los cónyuges, vale la pena mencionar que no se incluirá en el inventario los bienes propios de los cónyuges y en el caso ser incluidos, podrán estos ser excluidos mediante incidente.

El Artículo 134 denominado “Exclusión de Bienes” regula que cuando se promoviere proceso sobre la propiedad de bienes inventariados en un

proceso de familia, las partes de éste, podrán solicitar que se excluyan total o parcialmente del inventario; sin perjuicio de realizar posteriormente un inventario y evalúo adicional.

Esta disposición obedece a que el legislador pretendió que las partes gozaran de plena libertad al incorporar o excluir bienes al inventario, y esto en virtud de intereses que no solo pudiesen resultar afectados, sino además de continuar gozando de ciertos beneficios o dándole cumplimiento a un contrato previamente celebrado. Para el caso y manera de ejemplo, podemos señalar la exclusión de un inmueble que está siendo arrendado mediante un contrato, que forma parte de la comunidad diferida y que no es el denominado “Bien de Familia”, las partes, pueden disponer excluirlo del inventario y seguir gozando del precio que en virtud del alquiler se sigue percibiendo. Es importante señalar que esta petición de excluir o incluir bienes dentro del inventario, solo podrá ser formulada antes de dictarse el fallo y a la misma se anexará constancia sobre la existencia de otro proceso.

### **3.5. Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar y de los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio**

Con el objeto de conservar y facilitar la localización y consulta de la información sobre hechos y actos jurídicos constitutivos, modificativos o extintivos del estado familiar de las personas naturales, así como sobre los Regímenes Patrimoniales del matrimonio y sobre los demás hechos y actos jurídicos que legalmente se determinen entro en vigencia la Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar y de los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio el veintitrés de noviembre de mil novecientos noventa y cinco.

Los principios registrales que regirán el funcionamiento de dicho Registro, son los de la Publicidad de la Información, ya que la información contenida en los registros es pública y pueden ser consultados por cualquier persona,

debiéndose tomar siempre las medidas para evitar la alteración, pérdida o deterioro de la información expresada en los asientos.

La Gratuidad de los servicios registrales es otra de las características, así como la Obligatoriedad, ya que todos los hechos o actos constitutivos, modificativos o extintivos del estado familiar de las personas naturales y de los regímenes patrimoniales del matrimonio, deberán ser inscritos. Además, el Principio de Legalidad determinará los hechos y actos que reúnan los requisitos que la Ley establece.

El Artículo 44 denominado “Actos que deben inscribirse” en el cual se determina que deberán inscribirse en el Registro de Regímenes Patrimoniales del Matrimonio:

- a) Los regímenes legales por los que opten los contrayentes o el que supletoriamente corresponda; y
- b) Las capitulaciones matrimoniales.

El artículo 45 de la mencionada Ley el cual se denomina “Contenido de la Inscripción principal”, señala que la inscripción del régimen legal debe efectuarse inmediatamente después de haberse asentado la partida de matrimonio correspondiente y que contendrá:

- a) El nombre propio, apellido, edad, estado familiar, nacionalidad, profesión u oficio, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes;
- b) Lugar, día, hora y funcionario o notario ante quien contrajeron matrimonio;

- c) Número de la correspondiente partida de matrimonio y del Libro y folio en que se encuentre asentado o los datos de identificación de dicha partida, si se utilizan otros sistemas de inscripción; y,
- d) El régimen patrimonial por el que se haya optado o el que supletoriamente corresponda.

En el artículo 64 de la Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar y de los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio se faculta al Juez de Familia de la misma jurisdicción de los Registros para que sea el competente de conocer de cualquier asunto que de conformidad con esta Ley requiera de la actuación judicial.

## **CAPITULO IV: Disolución, Liquidación y Distribución del Régimen de la Comunidad Diferida y su Trámite en los Juzgados de Familia**

La disolución implica la terminación de la sociedad conyugal por llegar a ocurrir una de las causales previstas en el Código de Familia suficientes para ponerle fin.

*La disolución de la sociedad conyugal ocurre por vía principal o por vía de consecuencia; por vía principal cuando la causal ocasiona como único efecto la disolución de la sociedad conyugal; por vía de consecuencia, cuando se afecta el vínculo matrimonial o la vida en común de los casados, lo cual a su vez da origen a la disolución de la sociedad conyugal, según lo manifiesta ROBERTO SUAREZ FRANCO.<sup>112</sup>*

### **4.1. Causas de Disolución del Régimen Patrimonial**

Es importante mencionar antes de iniciar con el desarrollo del presente capítulo que la legislación familiar es considerada novedosa, en el sentido de que anteriormente las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges eran legisladas por el Código Civil y con el surgimiento del actual Código de Familia es que se incorporan elementos importantes que con anterioridad no habían sido retomados. Elementos tales como la constitución de los Regímenes Patrimoniales del matrimonio, que son de trascendencia al momento de celebrarse éste, ya que del que seleccionen los contrayentes dependerá el posterior trámite que se desarrollará en los Juzgados competentes, con el fin de proteger y salvaguardar el patrimonio con el que cuenta el matrimonio, dejando atrás la desigualdad imperante en el Código Civil.

---

<sup>112</sup> SUAREZ FRANCO, Roberto. “Derecho de Familia, Derecho Matrimonial” V Edición, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1990, pág., 272

La Comunidad Diferida es el Régimen que permite llevar un inventario de los bienes propios y de la comunidad, pero en la realidad no se hace de esta forma y en consecuencia al momento de la disolución del vínculo matrimonial, no se cuenta con un elemento objetivo que permita la liquidación y distribución de los bienes. Por otra parte si los cónyuges no definen bajo que régimen patrimonial se regirá el matrimonio, la ley automáticamente los remite al régimen de la Comunidad Diferida, según lo estipulado en el artículo 42 del Código de Familia.

De conformidad al artículo 72 del Código de Familia la comunidad diferida se disuelve por resolución judicial, a solicitud de alguno de los cónyuges, en cualquiera de los casos siguientes: 1) Cuando el otro cónyuge fuere declarado incapaz, ausente, en quiebra o concurso de acreedores, o condenado por incumplimiento de los deberes familiares de asistencia económica; 2) Por realizar el otro, actos dispositivos o de gestión que fueren fraudulentos o que irrogaren daño o peligro a sus derechos en la comunidad; 3) Si el otro cónyuge lo hubiere abandonado, o estuvieren separados durante seis meses consecutivos por lo menos. En todos estos casos, se podrá solicitar la anotación preventiva de la demanda y los efectos de la terminación judicial del régimen se producirán desde la fecha en la cual quede firme la resolución que la decreta respecto de los cónyuges y frente a terceros, desde el momento de su inscripción en el registro respectivo. Es importante mencionar que no basta únicamente la decisión de uno de los cónyuges de disolver la comunidad diferida sino que es necesario presentarse ante un Juez para que sea él que quien decreta la disolución y para que pueda surtir efectos frente a terceros y por supuesto frente a los mismos cónyuges.

Además existen otras causales de disolución del Régimen que se derivan tanto de la extensión del vínculo matrimonial, como también por causas que

aunque manteniéndose el vínculo matrimonial se produce la separación de bienes, las cuales según GUSTAVO A. BOSSERT<sup>113</sup> son : *Disolución por Sentencia de Divorcio, Disolución por Muerte Real o Presunta de uno de los cónyuges, Disolución por Incapacidad de uno de los cónyuges, Disolución por Ausencia de uno de los cónyuges, Disolución por Concurso de Acreedores o por Quiebra, Disolución por Incumplimiento de los Deberes Familiares de Asistencia Económica, Disolución por Realizar uno de los cónyuges Actos Dispositivos o de Gestión en Forma Fraudulenta, Disolución por Abandono o Separación de uno de los cónyuges.*

#### **4.1.1. Disolución por Incapacidad de uno de los cónyuges**

Esta causal se encuentra regulada en el artículo 72 del Código de Familia ordinal primero, del cual anteriormente se hizo mención. Además el artículo 1318 del Código Civil, nos manifiesta quienes son considerados absolutamente incapaces, al establecer lo siguiente: “Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordos que no pueden darse a entender de manera indudable”.

Para que pueda invocarse esta causal de disolución pueda operar, es necesario que sea declarada judicialmente por el Juez competente y así lo establece el artículo 72 del Código de Familia; pues habla de esta causal de disolución cuando el otro cónyuge fuere declarado incapaz, lo que supone, pues declaración judicial.

La incapacidad genera la imposibilidad para poder disponer apropiadamente de los bienes que se poseen e impide al incapaz dar válidamente su consentimiento en cualquier acto jurídico, por lo que en tal condición no se

---

<sup>113</sup> Bossert, Gustavo A., Manual de Derecho de Familia, Buenos Aires, 1º edición. Editorial Astrea, 1991, Pág. 292

puede optar por la administración fructífera y solvente y por lo tanto el legislador ha considerado pertinente establecerla como causal de disolución, por no permitir que la comunidad cumpla con sus fines.

#### **4.1.2. Disolución por Concursos de Acreedores o por Quiebra**

Esta causal de disolución se ha establecido con el ánimo de proteger al cónyuge solvente del peligro de perder su eventual derecho sobre la mitad de los bienes gananciales ya que el patrimonio del quebrado o concursado queda sujeto a la acción colectiva de los acreedores y no sería justo que el otro cónyuge saliera perjudicado por la mala gestión de su consorte. Y peor aún, a que se viera obligado a dividir con él los bienes gananciales que haya adquirido con su propio esfuerzo. Constituye, desde este punto de vista, una norma de protección basada en la comunidad de intereses que está fundada en el aporte común y el esfuerzo mutuos. Permite en consecuencia, separar los bienes y liquidar la sociedad conyugal existente hasta ese momento, si la mala gestión de uno de los cónyuges irroga al otro un perjuicio cierto. A partir de la separación de bienes las adquisiciones de uno y otro cónyuge serán personales.

#### **4.1.3. Disolución por Incumplimiento de los Deberes Familiares de Asistencia Económica**

Con el matrimonio se genera una plena y permanente comunidad de vida, de conformidad al Artículo 11 del Código de Familia, que crea efectos personales y patrimoniales entre los cónyuges y entre éstos con sus hijos, produce una serie de derechos y obligaciones que deben ser satisfechas en el seno del hogar, por tanto es responsabilidad de los cónyuges, y más aun cuando se encuentran sujetos al régimen de la Comunidad Diferida, asistir económicamente las necesidades del hogar.

Esta responsabilidad es de vital importancia para el desarrollo familiar en forma integral, es por ello que se ha elevado a un rango constitucional, específicamente se ha regulado en el artículo 32 de la Constitución de El Salvador el cual reza: “La familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictará la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico”. A su vez el artículo 36 del mismo cuerpo legal establece lo siguiente: “Los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio y los adoptivos tienen iguales derechos frente a sus padres. Es obligación de éstos dar a sus hijos protección, asistencia, educación y seguridad”.

De los artículos antes mencionados se desprende que además de la protección que debe dar el Estado a la familia para garantizarle su desarrollo y bienestar, económico, social y cultural, etc., es obligación y responsabilidad de los cónyuges asistir de manera conjunta las necesidades del hogar.

Además el artículo 247 del Código de Familia ha regulado expresamente los deberes de asistencia familiar, los cuales van principalmente en atención a la satisfacción de las necesidades de sustento, habitación, vestido, conservación de la salud y la educación.

Así también el artículo 36 del mismo Código estatuye que los cónyuges tienen iguales derechos y deberes; y por la comunidad de vida que entre ellos se establece, deben vivir juntos, guardarse fidelidad, asistirse en toda circunstancia y tratarse con respeto, tolerancia y consideración. Resulta lógico pensar, que al formar una comunidad de vida y estando los cónyuges sujetos al régimen patrimonial de la Comunidad Diferida, su responsabilidad para con el hogar también debe ser común, por lo que si uno de ellos incumple, el otro no tiene por qué cargar con toda esas obligaciones,

únicamente con su patrimonio y por tanto, tal situación indudablemente debe considerarse como razón suficiente para disolver el régimen.

Se debe también mencionar que el incumplimiento de los deberes familiares de asistencia económica, no sólo es causal de disolución del régimen, sino que además, se ha tipificado como delito en el Código Penal salvadoreño en su artículo 201.

#### **4.1.4. Disolución por realizar uno de los cónyuges actos dispositivos o de gestión en forma fraudulenta**

Esta causal se encuentra regulada también en el artículo 72 ordinal segundo del Código de Familia, en los términos siguientes: “La comunidad se disuelve... en cualquiera de los siguientes casos: Por realizar el otro cónyuge actos dispositivos o de gestión que fueren fraudulentos o que irroguen daño o peligro a sus derechos en la comunidad”. GUSTAVO A. BOSSERT, define la administración fraudulenta como: *“Aquella en que mediante dolo específico, incurre uno de los cónyuges para defraudar al otro en el derecho a participar en los gananciales”*.<sup>114</sup>

La anterior causal de disolución del régimen ha sido establecida con el objeto de proteger al cónyuge de la mala gestión del otro librándolo de todo riesgo que pueda llevarlo a perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales. Como ya anteriormente se mencionó, la comunidad de bienes es diferida ya que sus efectos se producen al momento de la disolución del régimen, por tanto y en virtud de lo que establece el artículo 70 del Código de Familia, cada cónyuge, durante el matrimonio tiene libre administración y disposición de los bienes de la comunidad, lo cual facilita que cualquiera de ellos pueda efectuar actos fraudulentos en perjuicio del otro y por eso es

---

<sup>114</sup> BOSSERT, Gustavo A., ZANNONI, Eduardo A. Ob. Cit., pág. 295

viable que la administración y disposición de los bienes en comunidad se ejerza en forma conjunta para evitar en gran medida que cualquiera de los cónyuges pueda verse defraudado por el actuar del otro.

El sólo establecer el actuar fraudulento como causal de disolución del régimen no es suficiente para proteger la parte ganancial que le corresponde al otro cónyuge, ya que el fraude ya debe haberse efectuado para que tenga plena operatividad y el mismo no sólo puede afectar al cónyuge solvente, sino incluso, a terceros acreedores, por tanto, se hace necesario tener una visión más protectora y crear mecanismos más eficaces que reduzcan el riesgo de fraude, lo cual se lograría, legislando la administración y disposición conjunta de los bienes, por lo menos de los inmuebles.

#### **4.1.5. Disolución por abandono o separación de uno de los cónyuges**

El esfuerzo conjunto es el que sostiene a la familia y cuando los consortes están sujetos al régimen patrimonial de la Comunidad Diferida, la cooperación recíproca se hace necesaria para crear, mantener y usufructuar los bienes comunes, pero cuando uno de los cónyuges se ausenta o se separa del otro por más de seis meses la comunidad se pierde y por tanto la carga del hogar recae en uno sólo de los consortes.

Es por ello, y en virtud de que la comunidad ya no se ve justificada, que el abandono y la separación de uno de los cónyuges por el tiempo estipulado en la ley constituye una causal para disolverse el régimen, pues en realidad, los fines de aquella ya no se pueden ver satisfechos. Esa separación puede ser simplemente de hecho, producida por el mutuo acuerdo entre los cónyuges o por el abandono que uno de los cónyuges hace del hogar conyugal. Pero a esa resolución se puede llegar también por resolución judicial cuando el juzgador declara la existencia de una causal de divorcio.

Es necesario establecer, que todas las causales señaladas en el artículo 72 del Código de Familia, son facultativas y por tanto deberán hacerse valer a petición de parte en cada caso concreto y probarse satisfactoriamente ante la autoridad competente, para que tenga operatividad.

El Código de Familia además, clasifica las causas de disolución en dos formas: Las que necesitan ser declaradas judicialmente y que se encuentran establecidas en el artículo 72 y las que se dan de pleno derecho como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial. Tal es el caso de la muerte real o presunta, divorcio o nulidad del matrimonio, de acuerdo al artículo 45 del mismo Código. Causas que a continuación se detallan:

#### **4.1.6. Disolución por Muerte Real o Presunta**

Tal como se ha expresado anteriormente el Régimen patrimonial de conformidad con el artículo 45 del Código de Familia, se termina por la disolución del matrimonio, que entre otras razones, puede darse por muerte real o presunta de uno de los cónyuges de conformidad al artículo 104 del mismo Código.

Resulta lógico pensar que muerto uno de los cónyuges no puede continuar existiendo el régimen de comunidad diferida entre el cónyuge sobreviviente y los herederos, esta causal ocasiona la disolución del Régimen de pleno derecho, lo que significa que no necesita ser declarada judicial ni extrajudicialmente por lo que presentada esta causal al cónyuge sobreviviente lo que le queda es solicitar la liquidación del régimen, que se hará extrajudicialmente si hubiese acuerdo con los herederos, de lo contrario deberá efectuarse judicialmente, según lo estipulado en el artículo 74 del Código de Familia.

En el caso que la disolución sea ocasionada por muerte presunta de uno de los cónyuges, es necesario previa declaración judicial de tal estado por juez competente tal como lo contempla el Artículo 79 y siguientes del Código Civil. Los cuales en lo medular establecen la forma como deberá solicitarse ante el Juez de Primera Instancia del último domicilio que el desaparecido haya tenido en El Salvador y que desde la fecha de las últimas noticias que se supieron de su existencia haya transcurrido cuatro años.

Al respecto, JORGE ADOLFO MAZZINGHI<sup>115</sup> opina que *mientras que la muerte real opera automáticamente, y por ende disuelve el matrimonio y consecuentemente la comunidad diferida, la presunción del fallecimiento es insegura, y sólo con el transcurso del tiempo pueden observarse sus consecuencias y queda equiparada a la muerte real.*

No obstante, cabe sentar el principio de que el fallecimiento presunto produce la disolución de la comunidad diferida y que los efectos de la declaración presunta del fallecimiento se asimilan básicamente, a los de la muerte comprobada o real, pero no se producen de idéntica manera.

#### **4.1.7. Disolución por la Sentencia de Divorcio**

Esta causal se da en virtud de haberse disuelto el vínculo matrimonial y en el artículo 45 del Código de Familia, se establece que el Régimen patrimonial del matrimonio se disuelve por la declaración de nulidad, o la disolución de éste, por declaración judicial o por convenio entre los cónyuges. Y surtirá efectos entre éstos inmediatamente y frente a terceros desde su inscripción. Además puede ser disuelto entre otras causas por la sentencia de divorcio, según lo establecido en el artículo 104 del mismo

---

<sup>115</sup> MAZZINGHI, Jorge Adolfo, “Derecho de Familia”, Tomo II, Efectos Personales y Régimen de Bienes del Matrimonio, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1972, Pag. 438

Código. Entiéndase por divorcio, la disolución del vínculo matrimonial decretado por el Juez de conformidad al Artículo 105 del mencionado Código.

Es importante mencionar que el Divorcio puede decretarse por los siguientes motivos: 1. Por mutuo consentimiento de los cónyuges, 2. Por separación de los cónyuges por uno o más años consecutivos y 3. Por ser intolerable la vida en común entre los cónyuges. Se entiende que concurre este motivo en caso de incumplimiento grave o reiterado de los deberes del matrimonio, mala conducta notoria de uno de ellos o cualquier otro hecho grave o semejante.

Tal como lo establece el artículo 115 del Código de Familia en el numeral segundo como efecto de la sentencia de divorcio, se disuelve el Régimen patrimonial que hubiere existido en el matrimonio.

#### **4.1.7.1. Divorcio por Mutuo Consentimiento**

Se considera por la mayoría de autores que el divorcio por mutuo consentimiento es aquel en el cual se pretende que las parejas cuyo matrimonio ha fracasado no tengan que recurrir a procedimientos y pruebas simuladas para obtener el divorcio.

La diferencia entre esta causal y el divorcio por cualquiera de las otras causales que establece el artículo 106 del Código de Familia, reside en que en el primero es necesaria la concurrencia de voluntades para interrumpir la vida en común mientras en los restantes existe el supuesto de la decisión unilateral de cualquiera de los cónyuges que interpone la demanda de divorcio ante el juez de familia.

Es importante mencionar que los cónyuges que quieren divorciarse por mutuo consentimiento deberán suscribir un convenio el cual deberá ser

calificado por el Juez, quien lo aprobará si los acuerdos adoptados no vulneran los derechos de los hijos si los hubiere, y de los mismos cónyuges, de conformidad al artículo 109 del Código de Familia. Dicho convenio deberá contener por lo menos las siguientes cláusulas: 1) La determinación del cónyuge bajo cuyo cuidado personal quedaran los hijos, el régimen de visitas...,2) Determinación del cónyuge por cuenta por cuenta de quien deberán ser alimentados los hijos; o expresión de la proporción con que contribuirá cada uno de los cónyuges...,3) Determinación de la pensión alimenticia especial cuando está proceda..., 4) Expresión del cónyuge a quien corresponderá el uso de la vivienda y bienes muebles en uso familiar...,5) Fijación de las bases para la liquidación del patrimonio conyugal cuando exista Régimen Económico de Comunidad o para la liquidación de las ganancias o determinación de la pensión compensatoria en su caso, según lo establecido en el artículo 108 del mismo cuerpo de leyes.

#### **4.1.7.2 Divorcio Contencioso**

El divorcio contencioso es la disolución del vínculo matrimonial a petición de un cónyuge decretada por autoridad competente y en base a causa expresamente señalada en la ley.<sup>116</sup>

El divorcio contencioso ofrece en el nuevo ordenamiento de familia una nueva imagen que está basada en la teoría del divorcio remedio, que trata de poner fin a una relación conyugal insostenible y que evidencia al desquebrantamiento de la unión matrimonial, en todo caso se convierte en la liquidación total del vínculo matrimonial con los siguientes efectos jurídicos:

- a) La disolución del vínculo matrimonial,

---

<sup>116</sup> Exposición de motivos del Código de Familia, Comisión Coordinadora para el Sector de Justicia, San Salvador 1994, pág., 313

- b) La disolución del régimen patrimonial del matrimonio;
- c) Los relativos al cuidado personal de los hijos menores de edad,
- d) Cuantía de pensiones alimenticias,
- e) Régimen de visita;
- f) y la pensión compensatoria si hubiere lugar a ella.

Además si el divorcio contencioso se decretará por la intolerabilidad de vida en común entre los cónyuges y los hechos constituyeren causa de pérdida de suspensión o pérdida de la autoridad parental en la Sentencia de Divorcio el Juez deberá decretar dicha pérdida o suspensión.

#### **4.1.7.3 Disolución por Nulidad**

Al estudiar la nulidad del acto jurídico matrimonial es menester precisar algunos conceptos fundamentales sin perjuicio de la remisión al Derecho Civil propiamente dicho con lo que se facilitara la comprensión del tema.

El concepto de nulidad en general como lo define LOPEZ OLACIREGUI<sup>117</sup> es: “la ineficacia del acto jurídico dispuesta por la ley en razón de defectos constitutivos”. Así mismo señala que dicha ineficacia se traduce en la privación de los efectos propios del acto.

La nulidad del acto jurídico matrimonial se traduce obviamente en la privación de sus propios efectos, lo que implica que los contrayentes del matrimonio inválido no logran efectivizar la atribución subjetiva de las relaciones jurídicas familiares que son determinadas por ministerio de ley y

---

<sup>117</sup> LOPEZ, Olaciregui, José M., citado por ZANNONI, Eduardo A., Ob. Cit., Tomo I, pág., 253

que son el contenido mismo del estado de familia, por ende no es posible materializar sus efectos.

Suele surgir la confusión al conceptualizar las figuras de nulidad e inexistencia del matrimonio, y la doctrina suele establecer ciertos parámetros de distinción, según EDUARDO ZANNONI<sup>118</sup>:

- a) *La declaración de nulidad exige la promoción de la acción judicial respectiva, mientras que la inexistencia comprobada por el Juez en el proceso, permite a éste negar todo efecto al pretendido matrimonio.*
- b) *La inexistencia del matrimonio, en los supuestos clásicos, provoca que el acto sea privado de todo efecto, en cambio la declaración de nulidad no obsta al reconocimiento de ciertos efectos, en los supuestos del matrimonio putativo.*
- c) *La inexistencia del matrimonio puede ser opuesta por cualquier interesado, aunque su interés sea únicamente de índole moral mientras que la acción de nulidad solo puede ser iniciada por las personas legitimadas que pudieron oponerse a la celebración del matrimonio, y por el cónyuge que ignora la existencia del impedimento, tratándose de nulidad absoluta.*
- d) *La inexistencia del matrimonio impide la confirmación, o en su caso, la caducidad del derecho a alegarla a diferencia de la nulidad que, en determinados supuestos, no obsta a la caducidad de la acción respectiva.*

---

<sup>118</sup> ZANNONI, Eduardo A., Ob. Cit., Tomo I, pág., 268

## **4.2 Nulidades Absolutas**

El artículo 90 del Código de Familia establece las causales de nulidad absoluta del matrimonio las cuales son:

- 1) El haberse contraído ante funcionario no autorizado,
- 2) La falta de consentimiento de uno de los contrayentes,
- 3) Cuando los contrayentes sean del mismo sexo y
- 4) El haberse celebrado el matrimonio existiendo alguno de los impedimentos señalados por el Código de Familia, excepto el impedimento por la minoría de edad.

Asimismo el artículo 101 del mismo Código señala los efectos de la sentencia ejecutoriada de nulidad del matrimonio producirá respecto de los bienes de los cónyuges, los mismos efectos del divorcio de conformidad al artículo 115 del Código de Familia, la cual consiste en la disolución del Régimen patrimonial.

## **4.3 Nulidades Relativas**

En cuanto a la nulidad relativa, el Código de Familia en su artículo 93 enumera sus causas en las siguientes:

- 1) El error en la persona del otro contrayente. Esta nulidad por error en la persona del contrayente solo podrá ser solicitada por quien padeció el error y podrá ser saneada en el transcurso de tres meses contados a partir del día en que se tuvo conocimiento del mismo. Se entenderá que el error en la persona del otro contrayente, comprende el que recae sobre su identidad física o sobre alguna cualidad personal determinante en la

prestación del consentimiento para contraer matrimonio, según lo regulado en el artículo 94 del Código de Familia.

- 2) La fuerza física o moral suficiente para obligar a consentir; en cuanto a esta nulidad la cual está regulada en el artículo 95 del Código de Familia, dicha fuerza puede provenir del otro contrayente o de un tercero, la cual puede ser solicitada solamente por quien ha sido víctima de la fuerza y se podrá sanear transcurridos tres meses contados desde el día en que ceso dicha fuerza.
- 3) La falta o inhabilidad de los testigos indispensables o la falta del secretario en su caso; en este tipo de nulidad los únicos facultados para alegarla los contrayentes de dicho acto, y además podrá ser saneada en el transcurso de tres meses contados a partir del día de la celebración del matrimonio, de acuerdo al artículo 96 del Código de Familia; y
- 4) La minoría de edad. En cuanto a la causa de nulidad relativa del matrimonio por minoría de edad, ésta se revalida por el transcurso del tiempo que hiciere falta para que los contrayentes alcancen la edad requerida por la ley para celebrarlo o bien si siendo púberes hubieren decidido hacer vida en común durante dicho lapso o si la mujer hubiere concebido, según lo establece el artículo 92 del Código de Familia.

*Cuando la comunidad de vida, según MAZZINGHI<sup>119</sup> que constituye la esencia del matrimonio, se torna imposible por la muerte de uno de los esposos o cuando se extingue el deber jurídico de cohabitación, se dan los supuestos necesarios para que el régimen basado en la vida en común, sufra las alteraciones que anteriormente fueron citadas. Producida alguno de estos hechos, que identificamos como causas de disolución surgen los efectos que*

---

<sup>119</sup> MAZZINGHI, Jorge Adolfo. Ob. Cit., Tomo II, pág.,434

operan en dos sentidos distintos. Por una parte, la disolución mira el pasado, en que incide sobre los bienes gananciales que ambos cónyuges adquirieron durante la vida en común. De esa comunidad de vida deriva la caracterización de ciertos bienes como gananciales, que se basa en la presunción de una concurrencia de esfuerzos equivalentes para su adquisición. Y terminada dicha comunidad, es natural que el conjunto de bienes acumulados mientras aquella duró, se divida entre quienes contribuyeron a formarlo. Por otra parte, la disolución opera hacia el futuro, no solamente en cuanto autoriza la división de la masa de bienes, que se torna común, sino en cuanto elimina toda distinción respecto de los bienes que adquiere en el futuro cualquiera de los cónyuges los cuales serán siempre propios del adquirente.

#### **4.4 Efectos de la Disolución del Régimen de la Comunidad Diferida**

El desconocimiento de los regímenes patrimoniales hace que los cónyuges no puedan optar al régimen que se adecue a su situación económica y al momento de la disolución del vínculo matrimonial se les presenta la dificultad de tener que liquidar y distribuir los bienes de la comunidad; como consecuencia de esta problemática al no existir un procedimiento en la ley, como lo define el artículo 74 del Código de Familia, no existe un criterio uniforme de cómo hacer la liquidación de los bienes. La disolución del Régimen patrimonial de Comunidad Diferida, significa ponerle fin a la existencia del régimen, y en consecuencia dar origen a sus efectos.

La problemática inicia cuando los cónyuges al seleccionar el Régimen Patrimonial que regulará su matrimonio, no están conscientes de la complejidad de factores que se desencadenan en caso de la disolución del vínculo matrimonial, ya que los funcionarios autorizados para celebrar el

matrimonio, por lo general no les explican en qué consiste el régimen y los pasos a seguir cuando tenga que disolverse.

Para el caso que nos ocupa, el Régimen de la Comunidad Diferida, en su disolución y posterior liquidación y distribución como anteriormente se dijo, opera en aquellos casos en que los cónyuges optan voluntariamente por sustituir este Régimen, pero la causa más común es a través del divorcio entre los cónyuges, sea éste por cualquiera de las causales contempladas en el artículo 106 del Código de Familia. Y es precisamente en este momento que las partes que intervienen en dicho proceso se enfrentan al problema de disolver, liquidar y distribuir dicho Régimen.

La disolución del Régimen de Comunidad Diferida produce los efectos siguientes:

- a) Se conforma una comunidad entre los cónyuges

Tal como lo señala el artículo 62 del Código de Familia, la Comunidad Diferida se tiene desde que los cónyuges han celebrado su matrimonio o desde el momento en que se ha constituido el Régimen, pero se conformará al momento de su disolución. Además el artículo 70 del mismo cuerpo legal, señala que cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de los bienes propios y comunes durante el matrimonio, lo cual significa que no existe una verdadera comunidad, sino que es hasta el momento de su disolución es que surge a la vida jurídica.

Entre los efectos de la disolución del Régimen de Comunidad Diferida se encuentra la creación de la comunidad de bienes y como consecuencia de ello la administración y disposición de los bienes en comunidad corresponderá conjuntamente a los cónyuges. Es decir, que creada la comunidad, cada uno de los cónyuges pierde la libertad de administrar y

disponer de los bienes de la comunidad, por lo que cualquier tipo de negocio o contrato que desearan celebrar con respecto a los bienes habidos en comunidad deberán contar con la autorización del otro cónyuge.

b) La comunidad es administrada por ambos comuneros

En efecto el artículo 73, numeral 1º. del Código de Familia, en su parte final establece: "...La administración y disposición de los bienes en comunidad corresponde a ambos cónyuges". Esto significa que para constituir algún derecho real sobre alguno de los bienes que forma parte de la comunidad, es necesario el consentimiento de ambos, y si uno de los cónyuges lo hiciera sin éste, el cónyuge afectado puede ejercer la acción reivindicatoria con respecto a la cuota que le corresponde sobre el bien enajenado, por lo que es importante que pueda solicitarse una anotación preventiva en los diferentes registros donde los cónyuges tuvieran bienes inscritos adquiridos durante la vigencia del régimen a título oneroso, en el sentido de que puedan estar comprendidos dentro de la masa común de bienes partibles, por encontrarse el régimen en proceso de disolución y liquidación judicial, y poder así evitar algún perjuicio, ya sea a los cónyuges o a terceros.

c) Se consolida el Activo y el Pasivo de la Comunidad

De conformidad al artículo 73 del Código de Familia, uno de los efectos de la disolución del Régimen de la Comunidad Diferida, es que se consolida el activo y el pasivo de ambos cónyuges, es decir, se unifican los derechos y obligaciones de éstos y pasan a formar parte de la comunidad. Y es a partir de ésta consolidación del activo y del pasivo que los bienes que cada uno de los cónyuges adquiere, éstos no entran a formar parte del haber social de la comunidad, sino que incrementan los bienes propios del cónyuge que los adquirió; tampoco pasan a formar parte del haber común las rentas que los

mismos produzcan, esto de conformidad al artículo 63 que enumera los bienes que son propios de cada cónyuge.

- d) Cese del usufructo que tenía la comunidad diferida sobre los bienes propios de cada cónyuge

El artículo 73 Numeral 3º del Código de Familia establece como un efecto de la disolución, el cese del usufructo del cual gozaba la comunidad y que pertenecía a uno de los cónyuges.

A manera de ejemplo, si uno de los cónyuges adquiere un inmueble, sin importar el título por medio del cual ha entrado a formar parte de sus bienes propios, y éste inmueble no es destinado a la vivienda de uso familiar, entonces, si es dado en arrendamiento a un tercero, el canon de arrendamiento que reciban como pago, pasará a formar parte de los ingresos de la comunidad, ya que ésta es la dueña de esta renta como usufructuaria de dicho inmueble, lo que implica que al momento de la disolución del régimen, el cónyuge que no es el propietario de dicho inmueble, no podrá participar más de percibir el canon de arrendamiento del citado bien.

- e) Exigibilidad de las recompensas y créditos existentes, de los cónyuges entre si y de estos con la comunidad.

Otro efecto de la disolución del régimen patrimonial de la comunidad diferida es la exigibilidad de las recompensas y créditos existentes, de los cónyuges entre si y de estos con la comunidad, dicho efecto se encuentra contemplado en el numeral cuarto del artículo 73 del Código de Familia.

Si bien este régimen permite determinar sobre qué bienes se liquidarán las obligaciones, puede ocurrir que, de hecho, éstas hayan sido efectivamente satisfechas con fondos, o bienes propios. Y a la inversa, que con fondos o

bienes gananciales se haya pagado deudas propias, esto es, que no son a cargo de la sociedad conyugal.

Si así sucede es necesario hacer efectiva una recompensa tendiente a evitar que uno de los cónyuges cargue exclusivamente con una deuda que debió ser coparticipada por ambos, o que ambos soporten una deuda que debe pesar exclusivamente sobre el cónyuge que la contrajo. Estas recompensas se liquidarán al disolverse la sociedad conyugal.

Entendiéndose por recompensas o compensaciones, según MARIA JOSEFA MENDEZ COSTA<sup>120</sup> *las indemnizaciones entre los cónyuges con el propósito de asegurar a ambos esposos la exacta participación por mitades en los bienes gananciales. Las recompensas deberán establecerse y saldarse durante la liquidación de la sociedad conyugal, nunca antes de su disolución.*

Según GUSTAVO A. BOSSERT<sup>121</sup>, el ámbito propio en que operan las compensaciones debidas al liquidarse la sociedad conyugal nos las muestra más bien como créditos u obligaciones respectivamente, debidos entre los cónyuges y no como impropriamente suele decirse, entre los patrimonios, a causa de su participación en la comunidad de gananciales.

Si uno de los cónyuges se ha enriquecido a expensas de los bienes de la comunidad, éste debe restituir los valores que en su provecho obtuvo, caso contrario, si fue la comunidad la que se enriqueció a expensas de los bienes propios de alguno de los cónyuges, deben restituirse los valores que enriquecieron a la comunidad. Por lo tanto se vuelven exigibles las recompensas entre los cónyuges, las cuales pueden ser generadas entre

---

<sup>120</sup> MENDEZ COSTA, María Josefa y otro. "Derecho de Familia" Tomo II, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina 1990, pág., 231

<sup>121</sup> BOSSERT, Gustavo A., ZANNONI, Eduardo A. Ob. Cit. Pág. 253

otras por las siguientes razones: cuando con bienes propios de uno de los cónyuges se hubieran pagado, ya sea voluntaria o forzosamente, deudas de carácter personal del otro cónyuge o cuando con los bienes propios de uno de los cónyuges se adquirió, mejoró o modificó un bien propio del otro o cuando dolosamente uno de los cónyuges hubiere causado deterioro en los bienes del otro cónyuge, etc.

Además la recompensa entre los cónyuges opera cuando uno de ellos le debe al otro determinada suma de dinero. Las recompensas a la comunidad por su parte deben efectuarse cuando uno de los cónyuges hubiere dispuesto de los bienes comunes para pagar deudas personales, mejorado o modificando un bien propio, o cuando por negligencia hubiere ocasionado deterioro en los bienes de la comunidad, o hubiere tomado dinero de la comunidad para gastos personales. En todos estos casos se debe recompensar a la comunidad.

#### **4.5 Liquidación del Régimen**

*La liquidación a diferencia de la disolución, según ROBERTO SUAREZ FRANCO<sup>122</sup>, implica un proceso, vale decir, una serie continua de actos u operaciones tendentes a pagar las acreencias de los terceros, a pagarles a los cónyuges o a la sociedad sus derechos por recompensas y, por último a distribuir los gananciales.*

La liquidación es, pues, según MAZZINGHI<sup>123</sup> el proceso mediante el cual, *cada uno de los cónyuges o sus herederos, traduce la suma de los valores correspondientes a sus derechos indivisos sobre los bienes comunitarios, en el dominio o la propiedad plena y exclusiva sobre bienes determinados que*

---

<sup>122</sup> SUAREZ FRANCO, Roberto. Ob. Cit., pág., 274

<sup>123</sup> MAZZINGHI, Jorge Adolfo. Ob. Cit., Tomo II, pág., 80

*representen aquellos valores. El proceso de liquidación tiende pues, a transformar las porciones ideales que cada cónyuge adquiere sobre cada cosa, crédito o derecho ganancial, en el derecho de dominio o propiedad sobre los bienes que representen el valor de su participación.*

Según AUGUSTO CESAR BELLUSCIO<sup>124</sup>, *la masa postcomunitaria está destinada a ser dividida entre los cónyuges o sus sucesores. Pero antes de proceder a la partición es necesario establecer con precisión la composición de la masa por dividir. Para ello es necesario concluir los negocios pendientes, determinar el carácter de los bienes y fijar su valor, pagar las deudas a favor de terceros, ajustar las cuentas entre la sociedad conyugal los cónyuges, y separar los bienes propios de cada cónyuge para finalmente establecer el saldo partible. Todo ese conjunto de operaciones es lo que configura la liquidación de la sociedad conyugal.*

HERNAN GOMEZ PIEDRAHITA<sup>125</sup>, dice que: *“La liquidación consiste en el conjunto de operaciones que debe hacer el liquidador para llegar a obtener la masa partible y adjudicarla por iguales partes a los cónyuges”.*

Para RAMÓN MEZA BARROS<sup>126</sup>, *la liquidación de la comunidad es un conjunto de operaciones encaminadas a determinar los gananciales y reglamentar el pasivo social, previo reintegro a los cónyuges de sus bienes propios y el pago de lo que por concepto de recompensas se deba.*

---

<sup>124</sup> BELLUSCIO, Augusto César. “Manual de Derecho de Familia” Tomo II, Quinta Edición Actualizada, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993 pág., 154

<sup>125</sup> GOMEZ PIEDRAHITA, Hernán. “Derecho de Familia. Régimen de Bienes en el Matrimonio”. Editorial Temis, Santa Fe, Bogotá, Colombia., pág. 406

<sup>126</sup> MEZA BARROS, Ramón. Ob. Cit. Pág. 339

Además MONROY CABRA <sup>127</sup> la define como *el conjunto de operaciones que tienen por objeto señalar la masa de gananciales, deducir los pasivos y las recompensas y dividir el activo restante.*

Pero para GUSTAVO A. BOSSERT<sup>128</sup>, *la liquidación comprende trámites, operaciones y actos destinados a establecer los saldos líquidos de cada masa de gananciales, para realizar luego la partición; de manera que abarca los actos relativos al inventario de los bienes gananciales, a la determinación y pago de las deudas de cada cónyuge ante terceros, a la dilucidación del carácter ganancial o propio de algunos bienes, a la determinación de las recompensas que se adeuden entre sí las masas gananciales y las masas propias, y también a la estimación del valor de los bienes comunes.*

Producida la disolución de la comunidad, habrá que determinar los bienes partibles, porque sólo a través de ello, es posible establecer el “Haber Líquido” sometido a partición. Llamamos disolución de la sociedad conyugal, al fin del régimen patrimonial legal. Como consecuencia de haber creado para los cónyuges en sus relaciones patrimoniales entre sí y con respecto a terceros, un régimen imperativo estructurado sobre la distinción entre bienes propios y gananciales, y destinados los últimos a dividirse según los términos del artículo 80 del Código de Familia.

Es importante señalar que Disolución y Liquidación son dos fases o etapas que parecen ir siempre unidas, lo cual es lógico, pues no tendría objeto de Disolver el Régimen sino se pretende liquidar; pero puede suceder que la Liquidación no se efectúe inmediatamente después de la Disolución, como ocurre cuando a consecuencia de la muerte de uno de los cónyuges, ya que

---

<sup>127</sup> MONROY CABRA, Marco Gerardo. “Derecho de Familia y de Menores” Cuarta Edición, Librería Jurídica Wilches, Bogotá, Colombia 1996, pág. 413

<sup>128</sup> BOSSERT, Gustavo A., ZANNONI, Eduardo A. Ob. Cit. Pág. 309

en este caso el vínculo matrimonial se disuelve, y también lo hace el Régimen Patrimonial.

Para realizar la liquidación judicialmente no hay un procedimiento único establecido por lo general, se trata de un trámite accesorio otro así, en caso de disolución de la sociedad conyugal por muerte comprobada o presunta la liquidación se realiza en el juicio sucesorio conjuntamente con el trámite de éste; en caso de nulidad del matrimonio, divorcio vincular o separación judicial de bienes se hará en cambio, por vía de ejecución de la sentencia respectiva, en todos los casos, es posible que sea necesario tramitar por separado incidentes sobre fijación del carácter de los bienes, determinación de créditos entre la sociedad conyugal y los cónyuges, rendición de cuentas, etc.

Pero la Liquidación puede practicarse en cualquier tiempo, ya que el legislador no estableció plazo para su práctica, lo cual perjudica a terceros acreedores en la reclamación de sus créditos, ya que éstos no saben qué bienes perseguir. El problema surge cuando uno de los cónyuges pide la Disolución y Liquidación y el otro no está de acuerdo en que se lleve a cabo dicha liquidación simultáneamente con la disolución, amparándose en el artículo 74 del Código de Familia y es así como el aludido artículo establece que disuelta la Comunidad Diferida, se procederá a su liquidación, previo inventario del activo y del pasivo, no estipulando el procedimiento a seguir en tal caso.

Si los cónyuges no se pusieren de acuerdo en la liquidación, esta se practicará judicialmente; esto debe entenderse que primero hay que decretar la Disolución del Régimen, mediante la sentencia para proceder al proceso de liquidación vía judicial, solo se procederá a la Disolución y aunque el legislador da margen en el artículo 74 inciso 2º del Código de Familia al

establecer que si no se pusieren de acuerdo en la Liquidación, ésta se practicará judicialmente; sin embargo el legislador omitió determinar el procedimiento para liquidar y distribuir los bienes de la comunidad.

Producida la disolución de la comunidad por las causas indicadas en los artículos 54 y 72 del Código de Familia, se abre un período liquidatorio, sin embargo podría suceder que las partes no efectúen la liquidación y que esta fase se prolongue durante un largo tiempo. La liquidación es un proceso que rigurosamente se emplea en materia de sociedades, ya que se liquida porque no solamente hay que distribuir y adjudicar bienes, sino que además hay que dejar resuelto el destino de las obligaciones pendientes de ejecución; pero sobre todo habrá que determinar los bienes partibles porque solo a través de ello es posible establecer el “Haber Líquido” sometido a partición. Luego se procederá a la formación del inventario del activo y del pasivo, y si los cónyuges no se pusieren de acuerdo en la liquidación ésta se practicará judicialmente de conformidad al Artículo 74 del Código de Familia. Lo que significa que la disolución puede operar voluntariamente siempre que no perjudique a uno de ellos pero si éstos no pueden ponerse de acuerdo en la práctica de la disolución tendrán que presentarse frente al Juez competente.

El artículo 75 del Código de Familia manifiesta que el activo comprenderá:

1. Los bienes en comunidad existentes a la fecha de la disolución,
2. El importe actualizado del valor que tenían los bienes que hubieren sido enajenados ilegal o fraudulentamente por uno de los cónyuges; y
3. El importe actualizado de las cantidades que hubieren sido pagadas por la comunidad y que eran a cargo sólo de uno de los cónyuges y en

general, las que constituyan créditos de la comunidad contra alguno de los cónyuges.

El pasivo de la comunidad está integrado, según lo señala el Artículo 76 por:

1. Las deudas existentes a cargo de la comunidad a la fecha de la disolución;
2. El importe actualizado del valor de los bienes propios de alguno de los cónyuges, cuando su restitución deba hacerse, por haber sido gastado en interés de la comunidad;
3. El importe actualizado de los deterioros producidos en los bienes a que se refiere el ordinal anterior, por su uso en beneficio de la comunidad,
4. El importe actualizado de las cantidades que alguno de los cónyuges hubieres aportado de sus propios fondos, para satisfacer obligaciones que eran a cargo de la comunidad;
5. Las cantidades que constituyan créditos de los cónyuges contra la comunidad.

Para realizar la liquidación judicialmente no hay procedimiento único establecido; por lo general se trata de un trámite accesorio de otro, para el caso concreto, y luego de una exhaustiva búsqueda, solo se logró identificar un proceso en el que se disolvió, liquidó y distribuyó el Régimen de la Comunidad Diferida a que estaban sujetas las partes, que antes de iniciar el juicio decidieron disolver el vínculo matrimonial que los unía. En el proceso de referencia UN-F- 703/72/07.6, desarrollado en el Juzgado de Familia de Usulután, a partir del diecisiete de julio del año dos mil siete, uno de los ex cónyuges promovió el juicio por medio de la demanda con nena de

“Liquidación del Régimen Patrimonial de la Comunidad Diferida”, en la cual se hace constar que anterior a la presentación de la demanda, se disolvió el vínculo matrimonial que unía a las partes, y dicha demanda consistió en una serie concatenada de actos con los cuales se pretendió dar a los ex cónyuges lo que les correspondía conforme a la ley, sin perjuicio de los derechos de terceros, es decir los acreedores. La realización de estas operaciones indispensables consiste entonces en destinar los bienes necesarios con el fin de cubrir el pasivo social, reconocer las recompensas, distribuir los gananciales y adjudicar los bienes por tales conceptos. El proceso liquidatorio lo integran básicamente: 1) La formación de los inventarios; 2) Determinación del avalúo y tasación de los bienes inventariados; 3) Formación del activo bruto social; 4) Determinación del pasivo social; 5) Establecimiento del haber líquido social; 6) Liquidación de las recompensas; 7) Fijación de gananciales y su distribución; 8) Adjudicación de bienes.

No existe hoy día una norma que concretamente fije los pasos que se deben seguir en la liquidación. Es justamente por ello que, la falta de un criterio uniforme en relación al proceso que ha de llevarse a cabo para disolver, liquidar y distribuir los bienes que forman la Comunidad Diferida, que se plantea una propuesta para solventar dicho problema, tomando en cuenta para ello las normas legales dispersas.

#### **4.5.1 Formación del Inventario**

Tal como fue mencionado en el Capítulo III, por mandato judicial se deberá realizar previo a la disolución del régimen de la Comunidad, un inventario privado de los bienes de cada uno de los cónyuges de conformidad al artículo 74 del Código de Familia.

Tal como lo manifiesta GUSTAVO A. BOSSERT<sup>129</sup>, *en caso de no ponerse de acuerdo los cónyuges a través de una manifestación conjunta sobre la composición de las masas gananciales, será necesario designar un perito inventariador.*

Según MEZA BARROS<sup>130</sup>, *la confección de un inventario es el antecedente lógico de la liquidación de la sociedad, ya que mediante él se sabrá con certeza cuales son los bienes con que cuenta la sociedad.*

Este inventario será realizado ante notario mediante una declaración jurada, en el que se especificará cada uno de los bienes que fueron adquiridos durante estuvo vigente la comunidad, especificando además la fecha y el valor en que éstos han sido adquiridos. Si los cónyuges son poseedores de acciones se especificarán por los títulos que los representan, en los cuales deberá detallarse la fecha, valor nominal, intereses o dividendos pendientes a la disolución de la sociedad, garantías que los respalden y demás especificaciones pendientes. Deberán además especificarse dentro de la formación del inventario los derechos litigiosos, si ha existido una cesión de derecho litigioso, las personas que intervienen como demandantes y demandados, el estado en que se encuentra la causa, el funcionario ante quien se tramita y demás circunstancias que los identifiquen.

Los bienes muebles deberán ser clasificados de forma homogénea, por ejemplo, deberán detallarse todos aquellos bienes inmuebles que no es posible desplazar de un lugar a otro, sin alterar su composición, como es el caso de los edificios, terrenos, comprendiendo además, los bienes muebles

---

<sup>129</sup> BOSSERT, Gustavo A., ZANNONI Eduardo A. Ob. Cit. Pág. 314

<sup>130</sup> MEZA BARROS, Ramón. Ob. Cit., pág. 339

como los vehículos a los cuales habría que detallarse la depreciación que han sufrido por el desgaste, uso y tiempo de vida útil.

El pasivo forma parte del inventario que deberán presentar las partes, donde se detallarán las deudas que consten en título ejecutivo, y que sean aceptadas expresamente por las partes en audiencia. El inventario deberá comprender asimismo los títulos de propiedad, es decir las escrituras públicas que hayan sido otorgadas, los créditos y deudas de que hubiere comprobante, los libros de comercio o de cuentas y en general todos los objetos presentes.

Además es necesario que las partes designen un perito para que realice la formación de los inventarios, el cual deberá practicarse con la citación de ambos cónyuges y de los acreedores cuyos créditos afecten al régimen; dándose notificación o aviso a las partes, quienes podrán observar la pericia peticionando la inclusión o la exclusión de los bienes propios o comunes. Dichos inventarios se realizan a fin de establecer los bienes adquiridos durante la vigencia del régimen de comunidad, no importando quien es el titular de dichos bienes, sino que el momento en el que fueron adquiridos.

La formación del acervo o haber bruto inventariado, resulta de una operación aritmética en la que se suman todos los valores provenientes del avalúo de los bienes sociales, tanto muebles como inmuebles. Esta suma será la que nos da el valor del activo bruto consolidado de la comunidad, desde luego tomando como base el día de la disolución.

#### 4.5.2 Determinación del Pasivo

En el pasivo según lo planteado por RAMON MEZA BARROS<sup>131</sup> *en el pasivo se distinguen igualmente tres patrimonios y en consecuencia, existen deudas comunes, denominadas sociales y deudas propias del marido o de la mujer, llamadas personales.*

Pero el concepto de deudas sociales y de deudas personales puede enfocarse desde un doble ángulo: desde el punto de vista de los acreedores y desde el punto de vista de los cónyuges. Para los acreedores, en verdad, no hay tres patrimonios sino solamente dos: el patrimonio del marido y el de la mujer. Entre los cónyuges en cambio, habrá deudas de la sociedad, del marido y de la mujer porque, en sus relaciones que podríamos llamar domésticas, no se confunden el marido y la sociedad, como sucede frente a terceros y es indispensable que así ocurra para el deslinde de los derechos y obligaciones de los cónyuges entre sí.

En la determinación del pasivo que es el paso siguiente en el desarrollo de la liquidación, se deben determinar las deudas que cada uno de los cónyuges contrajeron y que están latentes al momento de disolverse la comunidad y cuáles de ellas se consideran comunes.

Cuando la liquidación procede por mutuo acuerdo, la simple aceptación de ambos cónyuges produce plenos efectos de la obligación y su monto entre ellos, más no frente a terceros, quienes no pueden sufrir menoscabo en sus derechos por una liquidación convencional entre cónyuges. Si hubiere duda sobre el valor total o parcial de alguno de los bienes o si hubiere desacuerdo entre los interesados sobre dicho valor, resolverá el juez previo dictamen pericial. Concretado el pasivo ha de procederse en forma similar a como se

---

<sup>131</sup> MEZA BARROS, Ramón. Ob. Cit., pág. 269

hace con el activo, sumando su valor total tomando con fecha de la liquidación.

#### **4.5.3 Determinación de líquido social**

La determinación del líquido social se trata de una simple operación aritmética con la que se pretende establecer el líquido social, que consiste en determinar en forma clara cuales son las deducciones sociales y cuáles son las propias de cada cónyuge de conformidad con los mandatos legales. Y es así como el artículo 77 del Código de Familia establece que una vez practicada la liquidación de la comunidad, se pagará en primer lugar las deudas de la comunidad, gozando de preferencia el pago de deudas alimentarias. Si al momento de cancelar las deudas de la comunidad no se lograran solventarse éstas, supletoriamente se observara lo dispuesto en el Código Civil para la prelación de créditos. Además el artículo 78 del mismo cuerpo legal, señala que el pago de las deudas podrá hacerse en efectivo o por la adjudicación de bienes comunes, pero si cualquier participe o acreedor debidamente justificado lo pidiere se deberá proceder a enajenarlos y se les pagara con su importe.

Las deudas sociales se deducen del activo bruto y el resultado será el activo líquido social sobre el cual se hará la respectiva partición.

#### **4.5.4 Liquidación de recompensas**

*Según BELLUSCIO<sup>132</sup>, reciben la denominación de recompensas los créditos entre uno de los cónyuges y la sociedad conyugal que surgen con motivo de la gestión patrimonial de los bienes propios y gananciales durante la sociedad conyugal y que deben ser determinados después de su disolución, para establecer con exactitud la masa que ha de entrar en la partición.*

---

<sup>132</sup> BELLUSCIO, Augusto César. Ob. Cit. Tomo II, pág., 156

Su propósito es pues, el de restablecer la debida composición de las masas patrimoniales propias de cada cónyuge, teniendo en cuenta los bienes que las constituían al iniciarse la sociedad conyugal y los que fueron adicionándose o sustrayéndose después. La determinación de las recompensas tiende a evitar que el haber propio de cada cónyuge aumente a expensas del común o disminuya en beneficio de la masa ganancial.

La liquidación de recompensas se desarrolla así: determinado el valor del acervo líquido social, sobre su resultado se procederá a liquidar las recompensas. La forma en la que deberá hacerse efectiva la recompensa según GUASTIVANO<sup>133</sup> es *mediante un arreglo único y centralizado de cuentas. Esta tesitura requiere la existencia de tres masas de bienes, a saber, los propios del marido, los propios de la esposa y gananciales de la sociedad conyugal, dotadas por lo tanto, de personalidad ideal.*

Si la sociedad resulta deudora de los cónyuges con el fin de liquidar la recompensa bastará deducir del líquido el valor debido al cónyuge acreedor. En la etapa de las adjudicaciones se le sumará a la cuota de gananciales.

Sí, por el contrario es el cónyuge quien debe a la sociedad el valor de la recompensa se suma imaginariamente al líquido social pero teniendo cuidado de que en la etapa de las adjudicaciones deberá deducirse del monto de gananciales del cónyuge respectivo.

Las recompensas activas son aquellas que los cónyuges deben a la sociedad y por tanto deben acumularse imaginariamente en el activo del inventario. Las pasivas son las que la sociedad debe a cada uno de los

---

<sup>133</sup> GUASTAVINO, Elías P. “El Sistema de Indemnizaciones o Recompensas de la Sociedad Conyugal en Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales número 98 y 99” San Fe, 1959, citado por MENDEZ COSTA, María Josefa. Ob. Cit., Tomo II, pág., 233

cónyuges y por tanto deben figurar en el pasivo del mismo inventario. Las recompensas tanto activas como pasivas son simples créditos y por tanto los cónyuges obran como deudores o acreedores en relación con ellas.

Y es que las recompensas, en principio no se resuelven en pagos sino en operaciones contables previas a la partición del fondo común de ganancias.

#### **4.5.5. Determinación de gananciales y distribución**

*Es importante resaltar que los gananciales no son copropiedad de ambos cónyuges, tal como lo señala BELLUSCIO<sup>134</sup> sino propiedad exclusiva de aquel a quien pertenecen, salvo que hayan sido adquiridos en común.*

*SUAREZ FRANCO<sup>135</sup> añade que cumplida la operación de liquidación de recompensas, lo que queda son realmente los gananciales si los hubiere. Es decir, que si el resultado es positivo, hubo gananciales y estos han de adjudicarse entre los cónyuges por partes iguales. Si la suma es negativa, deberá analizarse cuál es su causa; si se debe a que el pasivo es mayor que el activo, quiere decir que no hubo gananciales y que la totalidad de los bienes inventariados se adjudicarán a uno o ambos cónyuges pero con la carga de cubrir determinado pasivo.*

Si la suma aparece ya en la etapa de las recompensas quiere decir que el cónyuge perjudicado causa un crédito a su favor y en contra del beneficiado, crédito este que pasa a someterse al régimen del derecho común. Podría suceder que un cónyuge posea acciones de una sociedad anónima propias, y que durante la sociedad conyugal adquiriera otras como consecuencia del derecho de preferencia otorgado a los accionistas, pero que las acciones adquiridas se coticen inmediatamente por un valor superior. En ese caso, las

---

<sup>134</sup> BELLUSCIO, Augusto César. Ob. Cit., Tomo II, pág., 161

<sup>135</sup> SUAREZ FRANCO, Roberto, Ob. Cit., pág.

nuevas acciones son consideradas como gananciales, pero el cónyuge accionista tiene derecho a recompensa por la diferencia entre el valor de adjudicación y el de cotización, que representa un beneficio para la sociedad conyugal a expensas del capital propio, al cual correspondía el derecho de preferencia.

#### **4.5.6 Adjudicación de bienes**

Terminado el proceso de la liquidación, viene el de la adjudicación que reviste dos etapas: La primera mediante la cual se determinarán los valores que corresponden a cada cónyuge por concepto de gananciales o de recompensa a su favor o en su contra. La segunda que determina el valor de lo que corresponde a cada cónyuge por conceptos de gananciales o recompensas y conocido el valor del pasivo, deberá procederse mediante los respectivas hijuelas, a adjudicar las cantidades numéricas sobre derechos concretos en relación con los bienes inventariados.

Es importante tener en cuenta que debe constituirse una hijuela del pasivo y adjudicársela a quien se crea más prudente par efectos del pago, con el fin de que cancele las obligaciones a terceros de buena fe. La hijuela del pasivo social no debe confundirse con la del pasivo sucesorio cuando la causa de disolución de la sociedad sea la muerte de uno de los cónyuges.

Esta es la última fase en el proceso de la liquidación de la Comunidad, tal como lo señala el artículo 81 del Código de Familia, en dicho artículo se regulan determinados bienes como preferenciales, es decir que los cónyuges pueden solicitar que se le adjudiquen preferentemente ya que si fueran objeto de una partición igualitaria podrían verse vulnerados. Los bienes que se adjudican preferentes son:

1. Los bienes de uso personal: Estos bienes deban adjudicarse preferentemente al cónyuge que los utiliza.
1. El local donde hubiere estado ejerciendo su profesión u oficio: Por ejemplo el local donde el cónyuge tiene establecida su clínica particular, el cónyuge interesado podrá pedir que se le incluya en forma preferente en el haber que le corresponderá pues lo utiliza para ejercer su profesión.
2. La explotación agrícola, comercial o industrial llevado con su trabajo personal: Para el caso, el esposo que con su esfuerzo a cultivado o sembrado una porción de tierra, este cultivo es una explotación agrícola a la que él tiene derecho a solicitar que se adjudique en forma preferente.
3. La vivienda donde tuviesen su residencia habitual, en el caso de muerte del otro cónyuge: Por ejemplo, los cónyuges que habían establecido su residencia en una Colonia determinada, al liquidar el régimen por muerte del otro cónyuge fallecido, el cónyuge sobreviviente puede solicitar se le adjudique preferentemente ese inmueble.

#### **4.5.7 Partición de Bienes**

De conformidad a lo planteado por GUSTAVO A. BOSSERT y EDUARDO A. ZANNONI<sup>136</sup> *la cuenta particionaria es la operación por la cual se determinan los bienes que se adjudican a cada una de las partes.*

---

<sup>136</sup> BOSSERT Gustavo A., ZANNONI Eduardo A. Ob. Cit., pág. 315

El Artículo 135 de la Ley Procesal de Familia menciona que cuando el inventario y evalúo de bienes este aprobado, las partes presentarán por escrito la partición respectiva; salvo que existiera objeciones, si es así, éstas se tramitarán y resolverán conjuntamente en un solo incidente. Si hay acuerdo entre las partes en la elaboración del inventario, el Juez lo aprueba y las partes previo a la partición de los bienes deben presentar un escrito, detallando en lo que desean que se les distribuya de la manera que ellos han decidido. Pero si se presentaran objeciones, el Juez no podrá aprobarlo, sino que deberá resolver en un solo incidente. Además ordenará que se hagan las modificaciones pertinentes en un término máximo de treinta días con expresión concreta del sentido en que deben ejecutarse las modificaciones. El Juez ordenará que la partición se repita cuando no esté conforme a derecho. Lo significa, que elaborada nuevamente la partición el Juez revisará que se hayan incorporado las modificaciones que ordenó, en caso contrario realizará las modificaciones necesarias. La certificación de la Sentencia será inscrita en el Registro correspondiente cuando contenga actos sujetos a dicha formalidad. Además las partes podrán pedir que el Juez les entregue materialmente los bienes que les corresponden.

No obstante el artículo 135 establece la partición respectiva a la que pueden acceder cada uno de los cónyuges, se contempla una excepción, la cual está regulada en el artículo 136 denominado "Partición Adicional", el cual permite a las partes incorporar nuevos bienes que debieron haberse inventariado, lo cual se llevará a cabo mediante solicitud por escrito en la que detallara la relación de los bienes y el valor dado a los mismos. Esta partición adicional seguirá el procedimiento establecido en el artículo 135 y se tramitará en el mismo expediente.

En el artículo 137 se regula el desacuerdo que pueda existir en la partición de los bienes inventariados en cuyo caso se deberá nombrar un partidador

quien la realizará y luego deberá ser aprobada por el Juez sino no existiere ninguna objeción.

Es importante mencionar que a pesar de que en la Ley Procesal de Familia en el Apartado de la Disolución Judicial de la Comunidad Diferida, el legislador se limitó a establecer los pasos básicos para poder liquidar los bienes de la comunidad, mas no estableció ciertos criterios tales como: Si los cónyuges están de acuerdo en la partición, cuáles son los criterios que el juzgador tomará en cuenta para otorgar los bienes a cada uno de ellos, qué elementos se tomarán en cuenta para distribuir los bienes de manera equitativa, ya que el pilar fundamental de la comunidad diferida es la igualdad entre los cónyuges de participar en la partición de los bienes que la conforman, así como de soportar las cargas de la misma, pero si uno de ellos no trabaja y tampoco posee bienes, podrá colaborar en el sentido de trabajar en el hogar y cuidar de los hijos y esto se traduce como su aporte de los gastos de la familia. Dándole un justo valor al trabajo doméstico al cónyuge que queda en casa, siendo generalmente la esposa, ya que ésta no tiene ingresos directos de un oficio o profesión pero su aporte a la familia debe ser tomado en cuenta por el principio anteriormente mencionado.

Por lo que es necesario que se elabore un procedimiento claro, para facilitar las futuras disoluciones, liquidaciones y distribuciones de los bienes de la Comunidad Diferida, lo que justifica el presente trabajo de investigación.

Para desarrollar los siguientes apartados, es objeto de estudio el análisis del proceso bajo referencia UN-F 703/72/07.6, dictada en el Juzgado de Familia de Usulután. En el cual se logro determinar los puntos que a continuación se detallan:

#### **4.5.8 Resolución sobre la disolución del vínculo matrimonial**

Las partes intervinientes en este proceso, decidieron disolver el vínculo matrimonial el cual estaba sujeto al Régimen Patrimonial de la Comunidad Diferida, dicho vínculo duró aproximadamente 12 años y se disolvió por la causal de separación de los cónyuges durante uno o más años consecutivos, de conformidad al artículo 106 ordinal 2° del Código de Familia. En la audiencia de sentencia el Juez de Familia de Usulután decretó el divorcio entre los ahora ex cónyuges.

#### **4.6 Apertura de un nuevo proceso**

Con fecha 17 de julio de 2007, se inició un nuevo proceso con el noma “Liquidación del Régimen Patrimonial”, luego de nueve meses de haberse disuelto el vínculo matrimonial, la parte demandante solicitaba al Juez de Familia de Usulután que disolviera, liquidara y distribuyera los bienes adquiridos durante el tiempo que estuvo vigente el matrimonio, el cual estaba sometido al Régimen Patrimonial de la Comunidad Diferida, ya que este régimen es el que único que permite que los cónyuges puedan repartirse los bienes adquiridos durante su vigencia, no importando cual de los cónyuges, es el titular de dichos bienes.

##### **4.6.1 Inadecuadas pretensiones de las partes**

Como se mencionó anteriormente, las partes decidieron disolver el vínculo matrimonial que estaba sujeto al Régimen Patrimonial de la Comunidad Diferida, al presentar la demanda de divorcio al Juez de Familia de Usulután, los cónyuges optaron por mentir, en el sentido de ocultar los bienes adquiridos durante la vigencia del régimen. Por lo que el Juez de Familia de Usulután a solicitud de lo peticionado por las partes, disolvió el vínculo matrimonial que los unía y como éstas ratificaron el no haber adquirido

bienes durante el matrimonio, el Juez tuvo por disuelto además del vínculo matrimonial, el régimen patrimonial al que estaban sometidos; ya que no tenía sentido distribuir los bienes que según las partes, no existían. Por lo que, cuando fue presentada la demanda con el noma de “Liquidación del Régimen Patrimonial” promovida por el ex cónyuge, el Juez de Familia de Usulután previo a resolver con lo expresado por la Procuradora de la parte demandada, determinó que existía cosa juzgada, ya que en la sentencia de divorcio se tuvo por disuelto el régimen patrimonial al que estuvo sometido el matrimonio durante su vigencia. Ya que los ex cónyuges manifestaron y ratificaron lo expresado en la demanda de divorcio, presentada con anterioridad, en el sentido que no habían adquirido bienes durante el tiempo que estuvo vigente el régimen, por lo que el Juez determinó que si anteriormente ya se había planteado en la demanda de divorcio lo relacionado a la liquidación del régimen patrimonial, era improcedente conocer del citado proceso.

#### **4.6.2 Medios Probatorios incorporados al proceso**

De conformidad al artículo 51 de la Ley Procesal de Familia, en el proceso de familia son admisibles los medios de prueba reconocidos en el derecho común, la prueba documental y los medios científicos. Para el caso concreto la parte demandante presentó como prueba dentro del proceso:

- a. Poder general judicial otorgado a su representante
- b. Certificación de partida de divorcio extendida por el registrador de familia interino, de la Alcaldía Municipal de Usulután
- c. Certificación de partida de matrimonio extendida por el registrador del estado familiar de la Alcaldía Municipal de Usulután

- d. Declaración jurada otorgada ante Notario en la que se especifica los bienes adquiridos dentro del matrimonio
- e. Escritura de Compra Venta de dos inmuebles adquiridos durante la vigencia del régimen patrimonial
- f. Razón y constancia de segregación por venta extendida por el Registro de la propiedad, raíz e hipoteca de la Segunda Sección de Oriente
- g. Solicitud de inscripción de establecimiento comercial en la que se tramitaba el registro de un restaurante, dicha solicitud fue presentada por la ex cónyuge

#### **4.6.3 Duda y conflicto en relación a la liquidación y distribución de los bienes que forman la Comunidad Diferida**

El conflicto al que fueron sometidos las partes inició al momento de dictarse la sentencia por el Juez de Familia de Usulután, en la que se disolvía el vínculo matrimonial, así como el régimen patrimonial a que estaban sujetos, ya que se disolvió el vínculo mediante la sentencia de divorcio, pero no se liquidó el régimen patrimonial, ya que los cónyuges mintieron respecto a los bienes que adquirieron durante la vigencia del régimen, provocando incertidumbre al cónyuge que había quedado desprovisto de los bienes que por ministerio de ley le correspondían, a pesar de haberse ocultado la información relacionada con ellos. Como consecuencia de esto, la parte demandante promovió un proceso en el que solicitaba se disolviera y se liquidara el régimen de la Comunidad Diferida. Luego el problema se incrementa cuando el Juez de Familia falla declarando improcedente dicha demanda, alegando cosa juzgada, por lo que la parte demandante apela dicha resolución el 6 de noviembre de 2007 ante y para la Cámara de Familia

de la Sección de Oriente, manifestando que: "... es materialmente imposible que la aquo en la sentencia de divorcio se haya pronunciado sobre los bienes por el simple hecho de que los ahora ex cónyuges manifestaron que NO tenían bienes; pues ello da lugar a presumir que en principio optarían por la liquidación voluntaria pero no implica que no puedan optar por la vía judicial, lo cual es legal y permitido". Además manifiesta "...en consecuencia por actuaciones infundadas y carentes de valor, es inconcebible tratar de poner fin a la pretensión de mi mandante, aduciendo que existe cosa juzgada". Se manda a oír posteriormente a la Procuradora de Familia que representa a la parte demandada para que se pronuncie sobre dicho recurso, la cual manifestó que : "...que ciertamente de la disolución del régimen depende la liquidación pero se hace la interrogante, Qué se iba a liquidar si no habían bienes?, basándose en el artículo 73 del Código de Familia que explica los efectos de la disolución y dice: La disolución del régimen de la comunidad diferida surte los siguientes efectos: 1. Se crea la comunidad de bienes..., preguntándose Cuál comunidad de bienes se formó? Si los cónyuges manifestaron que no habían bienes...Por otro lado el apelante argumenta que se debió presumir que las partes optarían por la liquidación voluntaria, con todo respeto debo aclarar que en la disolución y liquidación no se puede presumir nada, simplemente existe o no existen bienes y eso se debe de dejar claro...por lo que pido se confirme la resolución pronunciada por la señora Jueza de Familia en la que se declara la improcedencia de la demanda por existir cosa juzgada, en el sentido que ya se resolvió en sentencia de divorcio que no existen bienes que liquidar por haberlo manifestado así el apelante".

#### **4.6.4 Administración Fraudulenta de los bienes de la Comunidad Diferida**

La noción genérica de mala administración según ZANNONI<sup>137</sup> *comprende o abarca la administración fraudulenta, es decir aquella en que mediante dolo específico, incurre uno de los cónyuges para defraudar al otro en el derecho a participar en los gananciales.*

Administrar bien una sociedad quiere decir apreciar en cada caso la conveniencia de resolver en un sentido o en otro, determinado asunto o de adoptar una iniciativa oportuna o de llevar a cabo proyectos que de antemano es difícil calificar de prudentes o temerarios. *Lo que queda claro es que el administrador no puede ampararse en su ignorancia o en su inexperiencia para eludir las responsabilidades derivadas de su gestión, de conformidad a lo expuesto por DAVID BAIGUN Y SALVADOR D. BERGEL.*<sup>138</sup>

Ya que no resulta descartable que en el camino surjan intereses en pugna, en un momento determinado puede ser conveniente para la comunidad diferida que se sufra de algún perjuicio o sea privada de un beneficio, la conducta que se asuma por los cónyuges en esta emergencia puede provocar con su opción un daño a los intereses comunes, en tal caso, la responsabilidad es clara. No deberían existir excusas que justifiquen una actitud contraria a la lealtad que se debe a la comunidad.

---

<sup>137</sup> BOSSERT, Gustavo A., ZANNONI Eduardo A. Ob. Cit., pág. 295

<sup>138</sup> BAIGUN, David. BERGEL, D., Salvador. “El Fraude En La Administración Societaria”. Ediciones Depalma Buenos Aires, Argentina 1988, pág. 34

En un sentido amplio, TRABUCCHI<sup>139</sup> entiende que *administrar consiste en la actividad dirigida a obtener la razonable utilidad de los elementos que componen el patrimonio sin que disminuya el valor sustancial del conjunto. La actividad de administrar por tanto se orienta a tareas de variada naturaleza que comprenden cuanto es conducente al cumplimiento de los fines indicados, custodia, rendimiento conforme a su destino y enajenación de los elementos singulares que componen el patrimonio.*

La administración societaria presenta una serie de notas que la singularizan y diferencian de la administración civil en primer lugar se trata de una administración necesaria e insustituible. Para el caso concreto formada por los cónyuges y con una esfera propia de competencia en este particular, el vínculo matrimonial. Debe además ser continua y permanente. Debe tener su origen legal.

Como ya se menciona anteriormente esta causal se encuentra regulada en el artículo 72 ordinal segundo del Código de Familia, y ha sido establecida con el propósito de proteger al cónyuge de la mala gestión del otro y librarlo de todo riesgo que pueda llevarlo a perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales.

Para el caso concreto en la sentencia que esta siendo analizada la parte demanda alego que el ex cónyuge se había comprometido a aportar una cuota alimenticia a favor de sus hijos y que éste se había atrasado por un año; pero el demandante dijo de manera textual *“que él había dejado el negocio a fin de que no le pidiera cuota alimenticia y que si ella se la reclama*

---

<sup>139</sup> A. Trabucchi, Amministrazione en Novissimo Digesto Italiano, Tomo I Pag. 544 citado por BAIGUN, David. BERGEL, D. Salvador. Ob. Cit., Pag. 1

*él estaba dispuesto a pelear los dos años de las ganancias que ha dejado dicho negocio”.*

Por lo que el Juez que estaba conociendo del proceso les hizo saber a las partes que el incumplimiento de la cuota alimenticia debe ventilarse en el proceso en el que fueron fijados, que las partes en éste deben de ubicarse con lo que esta siendo demandados.

De lo anterior puede colegirse que por parte de ambos ex cónyuges existió administración fraudulenta ya que en primer lugar, al momento de disolver el vínculo matrimonial que los unía pretendieron establecer una cuota alimenticia “ficticia”, ya que era solo para cumplir un requisito pero en realidad la parte que se había comprometido a pagarla disfrutaba del aval de la otra parte de no pagarla; porque con un arreglo que ellos habían estipulado se cubriría ese punto. En segundo lugar, la ex cónyuge ya esta de acuerdo a no hacer efectiva esa cuota alimenticia pero al momento de presentarse el nuevo proceso, lo ventilo nuevamente, lo que quiere decir que ella exclusivamente disfrutaba de los gananciales de los cuales obviamente también tenía derecho su ex cónyuge.

#### **4.6.5 Arreglo extrajudicial de las partes para distribuir los bienes y cargas de la Comunidad Diferida.**

Siguiendo con el análisis de la sentencia es posible establecer que se presento cuando las partes habían sido convocados para la celebración de la Audiencia de Sentencia, ya que al principio del desarrollo de la misma entre las partes no existía acuerdo en relación a la distribución de los bienes con los que contaban pero luego de la intervención del Juez decidieron conciliar en los términos siguientes: que la demandada entregaría al demandante la

cantidad de tres mil dólares, en concepto de la venta del vehículo que había sido adquirido durante estuvo vigente el régimen. Se continuó tratando el punto de la liquidación del negocio que también fue adquirido durante la vigencia del matrimonio y por ende cuando estuvo vigente también el régimen, y el demandante manifestó que *“quería que la demandada entregara la cantidad de quince mil dólares, ya que en éste se invirtió en la construcción de la galera y los muebles y demás cosas que existen de uso propio del negocio”*. A lo que la parte demandada no estaba de acuerdo por lo que el Suscrito hizo notar que no se contaba con un inventario que facilitara la distribución de dicho negocio, entonces no se conoció a fondo sobre ese punto por lo que el apoderado de la parte demandante presento Recurso de Apelación, solicitando se liquidará dicho negocio. Siendo necesario mandar a escuchar a la Procuradora de Familia quien representa a la parte demandada. Y la Cámara de Familia de la Sección de Oriente en ese sentido se pronunció de la siguiente manera: *“Admitiendo e Recurso presentado, confirmando la Sentencia impugnada, dejando a salvo el derecho de las partes de liquidar el negocio por acuerdo o replanteándose judicialmente”*.

En relación a los otros bienes existentes se llego a siguiente acuerdo: En cuanto a la casa de sistema mixto las partes deciden que cada uno de ellos donará su cincuenta por ciento que les corresponde a favor de cada uno de sus hijos; en relación a los lotes que eran dos en total, corresponderá uno a cada uno y en finalmente como se menciona anteriormente por el vehículo se entregaría la cantidad de tres mil dólares ya que el mismo fue vendido por la cantidad de seis mil dólares, por lo que correspondía la mitad de ese precio a cada uno de las partes.

## **CAPITULO V: Procedimiento para la liquidación y distribución de la Comunidad Diferida.**

### **5.1. Aspectos Generales**

Las normas relativas a las cargas y obligaciones de la Comunidad pretenden en su conjunto, solucionar un problema interno entre los cónyuges el cual puede plantearse a lo largo de toda la vida del régimen; al mismo tiempo resolver el problema que surge al momento de la liquidación, dividiendo entre los patrimonios, los gastos y desembolsos hechos o pendientes de pago finalmente, el problema de responsabilidad frente a terceros. La comunidad de vida que surge del matrimonio independientemente del régimen patrimonial que hayan adoptado los cónyuges, trae consigo responsabilidades económicas para cada uno de ellos con respecto al hogar, quienes deberán contribuir según sus posibilidades con las cargas del matrimonio, atender las necesidades del hogar, educación de los hijos y la gestión de los bienes del matrimonio así como la conservación de los mismos.

Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a la alimentación de la familia, a la educación de los hijos, en los términos que la ley establece ya que ambos gozan de igualdad jurídica elevada a rango Constitucional, sin perjuicio de distribuirse las cargas en la forma y proporción que acuerden para tal efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el cónyuge que se encuentre imposibilitado para trabajar y no posea bienes propios, en tal caso el trabajo que éste desempeñe en el hogar y en el cuidado de los hijos, se verá como el aporte a los gastos de la familia.

### **5.1.1. Cargas de la Comunidad**

Por cargas entenderemos los deberes que son propios de un estado o situación; se comprende en ellas los supuestos en que media la responsabilidad para los cónyuges de satisfacer las necesidades del hogar, la educación de los hijos o la conservación de los bienes de cada cónyuge.

El Código de Familia en su artículo 66 menciona como cargas de la Comunidad Diferida los siguientes:

- a. Los gastos de familia y los educación de los hijos comunes
- b. Los gastos de sostenimiento y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges, cuando vivan en el hogar conyugal; en caso contrario los gastos derivados de estos conceptos serán siempre sufragados por la Comunidad Diferida pero darán lugar a reintegro al momento de la liquidación;
- c. Los alimentos que cualquiera de los cónyuges este obligado a suministrar por ley sus ascendientes,
- d. Los gastos de adquisición, administración y disfrute de los bienes comunes,
- e. Los gastos de administración ordinaria de los bienes propios de los cónyuges,
- f. Los gastos que ocasionare la explotación regular de los negocios o el desempeño del trabajo, empleo, profesión u oficio de cada cónyuge;
- g. Los gastos de establecimiento de los hijos comunes que los padres acordaren sufragar; y

- h. Las deudas contraídas por cualquiera de los cónyuges en la administración del hogar.

#### **5.1.1.1. Los gastos de familia y los de educación de los hijos comunes**

Al respecto el artículo 38 del Código de Familia establece: *“Los cónyuges deben sufragar en proporción a sus recursos económicos los gastos de la familia. Si uno de ellos no tuviere bienes ni gozare de emolumento alguno, el desempeño del trabajo del hogar o el cuidado de los hijos se estimará como su contribución a tales gastos con el mismo significado que las aportaciones del otro”*.

Por ejemplo los gastos en los que puede incurrir una familia promedio pueden ser los siguientes:

- ❖ Los gastos de vivienda, ya sea pagando el canon de arrendamiento o cancelando mensualmente el pago por la adquisición de ésta.
- ❖ Los gastos de alimentación.
- ❖ Los servicios básicos: tales como agua, energía eléctrica, teléfono, servicio de cable y conexión de internet.
- ❖ Gastos de servicios médicos y farmacéuticos.
- ❖ Gastos de colegiatura de los hijos.
- ❖ Gastos de vestuario.
- ❖ Gastos de recreación.

**5.1.1.2. Los gastos de sostenimiento y educación de los hijos que uno solo de los cónyuges cuando vivan en el hogar conyugal; en caso contrario, los gastos derivados de estos conceptos serán siempre sufragados por la Comunidad, pero darán lugar a reintegro al momento de la liquidación.**

Es carga de la Comunidad el sostenimiento de los hijos de uno de los cónyuges, siempre y cuando convivan en el hogar conyugal pero sino conviven en éste; siempre el progenitor está obligado a sufragar los gastos de crianza y educación del hijo, pero como la Comunidad los asume, el obligado deberá compensar a la Comunidad los referidos gastos, al momento de liquidar ésta.

**5.1.1.3 Los alimentos que cualquiera de los cónyuges este obligado a suministrar por ley a sus ascendientes.**

Según lo manifiesta ZANNONI<sup>140</sup>, se trata de las obligaciones que la ley pone a cargo de la comunidad, pues constituyen manifestación del deber de asistencia debido a los vínculos familiares que la ley privilegia. Las erogaciones que con tal imputación haga marido o mujer cargarán sobre el activo ganancial y si, se hubiesen satisfecho con fondos propios de uno de ellos, tendrán derecho a exigir el reintegro correspondiente.

MANUEL OSSORIO Y FLORIT<sup>141</sup> al hablar de los alimentos, señala que el vocablo proviene del latín *alimentum*, de *alo*, nutrir y jurídicamente comprende todo aquello que una persona tiene derecho a percibir de otra –

---

<sup>140</sup> ZANNONI, Eduardo A., Derecho Civil, Derecho de Familia, Tomo I, 2da. Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, Pag. 278

<sup>141</sup> OSSORIO Y FLORIT, Manuel, “Enciclopedia Omeba”, Ob. Cit. Tomo I, Pag. 645- 647

por ley, declaración judicial o convenio- para atender a su subsistencia, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción. La acción de alimentos es la que se promueve para obtener estos medios. El fundamento de la obligación se vincula al orden familiar y al parentesco, y es precisamente en el recinto familiar donde las exigencias de subvenir a las necesidades ajenas, adquiere un relieve mayor. Se trata de un interés individual tutelado por razones de humanidad, teniendo en cuenta la defensa de la familia y la existencia de un vínculo de parentesco. La obligación legal de prestar alimentos está subordinada a la existencia de determinado vínculo, que une al alimentario con el obligado, y que presupone un estado de necesidad del alimentario y la posibilidad económica del obligado a socorrerlo después de haber subvenido sus propias necesidades, que pueden siempre variar, según las necesidades del beneficiado legalmente, y los medios del obligado. De la propia naturaleza de la obligación alimentaria derivan sus caracteres esenciales: obligación personal, intransmisible, irrenunciable, recíproca, indivisible, indeterminada, no susceptible de embargo, novación, compensación ni transacción. Las obligaciones alimentarias relativas a la familia, forman el gran caudal de las obligaciones legales en la materia que nos ocupa. Y abarcan a los parientes legítimos por consanguinidad y afinidad, parientes ilegítimos y cónyuges, con la extensión y particularidades que corresponden a cada caso.

#### **5.1.1.4 Los gastos de adquisición, administración, y disfrute de los bienes comunes.**

Son cargas de la Comunidad las erogaciones en dinero que puedan hacer los cónyuges para la adquisición, administración y disfrute de los bienes que pasan a engrosar la lista de los bienes en Comunidad.

#### **5.1.1.5 Los gastos de administración ordinaria de los bienes propios de los cónyuges.**

El buen estado y conservación de los bienes particulares del marido o de la mujer son cargas de la Comunidad por la vínculo que los une, es decir, que pertenecen a ambos cónyuges durante la existencia del régimen y se distribuirán por mitad al disolverse el mismo.

#### **5.1.1.6 Los gastos que ocasionara la explotación regular de los negocios o el desempeño del trabajo, empleo, profesión u oficio de cada cónyuge.**

En vista que los frutos resultantes de la realización del trabajo, empleo, profesión u oficio de cada uno de los cónyuges (emolumentos, salarios, aguinaldos, etc) conforman la masa de bienes en comunidad, es justo que los gastos que surjan en el desempeño de esas actividades constituyan cargas de la comunidad, al igual que la erogaciones hechas por cada cónyuge en la explotación regular de los negocios, ya que también constituyen bienes gananciales.

#### **5.1.1.7 Los gastos de establecimiento de los hijos comunes que los padres acordaren sufragar.**

Según el tratadista argentino EDUARDO A. ZANNONI<sup>142</sup> : *son también cargas de la comunidad, lo que se diere o gastare en la colocación de los hijos del matrimonio. Se trata de aquellos gastos realizados por los padres para facilitar el establecimiento de los hijos; adquisición de una oficina o un taller, instrumental técnico, etc.*

---

<sup>142</sup> ZANNONI, Eduardo A, Ob.Cit. Tomo I, 2da. Edición Pag. 270

#### **5.1.1.8 Las deudas contraídas por cualquiera de los cónyuges en la administración del hogar.**

Las deudas contraídas por cualquiera de los cónyuges en la administración del hogar son las cargas por excelencia puesto que éstas deudas son adquiridas por alguno de los cónyuges con la finalidad de contribuir en la administración del hogar; en todo caso el cónyuge que ha adquirido la deuda será responsable de su pago ante el acreedor, pero si él la cancela, tendrá derecho a que se le reintegre por la Comunidad al momento de la liquidación.

Según el artículo 77 del Código de Familia luego de practicada la liquidación, se pagarán en primer lugar las deudas de la Comunidad, comenzando por la alimentarias, que en cualquier caso gozaran de preferencia.

Dentro de la categoría de los bienes de familia deben considerarse incorporados no solo los gastos relacionados a los alimentos (vivienda, sustento, vestido, asistencia médica, educación) sino también todo lo que conforma la economía del hogar. El fundamento de esta normativa es garantizar la protección del hijo y darle vigencia al principio rector de todo el Código de Familia, como lo es la igualdad de derechos de los hijos, sin tomar en cuenta el origen de su filiación. Esta normativa se considera básica puesto que la obligación esencial de un matrimonio es cumplir con solvencia sus deberes; el buen manejo de la administración de la masa de bienes es determinante ya que en la economía familiar se encuentra el disfrute de los bienes familiares no solo materiales, sino espirituales. Al no cumplirse con responsabilidad este deber, se entenderá con facilidad la dificultad con que se verían satisfechas las cargas familiares.

### **5.1.2. Obligaciones de la Comunidad**

En lo que respecta a las obligaciones, el Régimen de la Comunidad Diferida es justo ya que los bienes comunes responden a las obligaciones contractuales contraídas por los cónyuges de conformidad con el artículo 67 del Código de Familia. En este sentido hay que dejar claro a qué tipo de obligaciones responden esos bienes, puesto que no va a pagar deudas que hayan significado utilidad únicamente para uno de los cónyuges; diferente es de esa obligación, se haya beneficiado la comunidad; lo justo sería que se responda de la misma manera con los bienes comunes ya que ha significado utilidad o aumento en el activo de la comunidad.

Tal como lo establece el artículo 36 del Código de Familia en cuanto a la igualdad de derechos y deberes entre los cónyuges, éstos deben asistirse en todas las circunstancias de la vida, por lo que en el supuesto que si un bien fue adquirido onerosamente por medio del esfuerzo de ambos, no es justo que uno de ellos sea quien solamente saque provecho de dicho bien. En tal sentido el legislador previó dicha situación ya que si la Comunidad respondía por deudas que fueron de provecho para un solo cónyuge, éste deberá compensarlo a la Comunidad cuando ésta se liquide, en observancia a lo previsto en el artículo 68 del Código de Familia. Además si la obligación ha sido a cargo de la Comunidad pero uno de los cónyuges la ha pagado ésta deberá reintegrar el aporte hecho, con los intereses legales correspondientes de conformidad al artículo 69 del mismo cuerpo.

### **5.2. Operación de la Liquidación**

Luego de haber expuesto en los capítulos anteriores los conceptos correspondientes a la disolución, liquidación y distribución de los bienes que han sido adquiridos durante la vigencia del Régimen de la Comunidad

Diferida, a manera de ejemplo se plantea un caso concreto el cual a continuación se detalla:

Los señores AMADEO RAMOS ARTIGA de cuarenta y dos años de edad, médico neurocirujano contrajo matrimonio con la señorita SONIA ARGUETA FIGUEROA quien es de treinta y cuatro años de edad, abogada el día uno de octubre de dos mil tres ante los oficios del notario LUIS ANTONIO LÓPEZ, habiendo optado luego de escuchar la explicación detallada por el referido notario por el Régimen Patrimonial de la Comunidad Diferida, ya que según sus condiciones económicas era el que mejor se adaptaba a su estilo de vida. Vale la pena mencionar que el señor RAMOS ARTIGA, antes de contraer matrimonio con la señorita ARGUETA FIGUEROA tuvo una relación sentimental con la señora LORENA CASTILLO BATRES y de dicha relación procrearon al menor EDWIN RAMOS CASTILLO, quien a la fecha de la celebración de dicho matrimonio contaba con tres años de edad.

Al momento de contraer matrimonio cada uno de los contrayentes poseía los siguientes bienes:

**INVENTARIO PRIVADO DEL SEÑOR AMADEO RAMOS ARTIGA DEL  
AÑO 2003**

CONCEPTO	DEBE	HABER
Casa, ubicada en Colonia Satélite, San Salvador	\$ 70,000.	
Vehículo Toyota Hilux año 2006	\$ 25,000	
Vehículo Honda Civic año 2003	\$ 10,000	
Crédito Banco Promerica		\$ 10,000
Clínica médica ubicada en Condominios Villavicencio (Local y Mobiliario)	\$ 50,000	
Cuota alimenticia aportada en el año 2003 a su menor hijo EDWIN RAMOS CASTILLO		\$ 9,000
Saldo cuenta corriente a su nombre en el Banco Agrícola	\$ 7,000	
<b>TOTALES</b>	<b>\$162,000</b>	<b>\$19,000</b>

**INVENTARIO PRIVADO DE LA SEÑORA SONIA ARGUETA DEL AÑO  
2003**

<b>CONCEPTO</b>	<b>DEBE</b>	<b>HABER</b>
Casa, ubicada en Colonia Miralvalle, San Salvador	\$ 71,000	
Vehículo Toyota Corolla año 2006	\$ 25,000	
Oficina Jurídica ubicada en Colonia Médica, San Salvador (Local y Mobiliario)	\$25,000	
Crédito Banco CITI (Gastos personales)		\$ 7,000
Saldo de cuenta corriente a su nombre en el Banco CITI	\$ 15,000	
<b>TOTALES</b>	<b>\$136,000</b>	<b>\$7,000</b>

Durante la vigencia del Régimen adquirieron bienes y obligaciones que a continuación se detallan:

1) Los gastos mensuales de alimentación de la familia RAMOS- ARGUETA ascendían mensualmente a la cantidad \$350

2) Los gastos básicos de pagan de la siguiente forma:

- Pago de agua potable..... \$ 10
- Pago de energía eléctrica..... \$ 45
- Pago de servicio telefónico.....\$ 35

**TOTAL GASTOS BASICOS** **\$ 90**

3) Los gastos de vestuario para la familia ascienden anualmente a \$ 500

4) Ingreso anual en concepto de salario de la señora SONIA ARGUETA FIGUEROA \$15,600 y en concepto de honorarios por consultas y otras diligencias jurídicas anualmente percibe \$ 2,400

5) Ingreso anual en concepto de honorarios del señor AMADEO RAMOS por los servicios prestados a sus pacientes \$ 22,000 y por las horas clases impartidas obtuvo el ingreso anual de \$ 4,000

6) En enero del año dos mil cuatro adquirieron una casa nueva ubicada en Colonia Arcos de Santa Elena, Avenida Dos, Pasaje 5, casa número "7-E", la cual es de sistema mixto de dos plantas valorada en \$150,000, para lo cual contrajeron un crédito hipotecario con el Banco Salvadoreño por el monto total de la vivienda a quince años plazo a un interés anual de 18%, pagando una cuota mensualmente de \$ 1,371.44

- 7) En enero del año dos mil cuatro se dieron en arrendamiento las dos casas que cada uno de los cónyuge posee, de las cuales mensualmente perciben como canon \$300 por cada una de ellas
- 8) En las vacaciones de agosto del año dos mil cuatro viajaron hacia la República de Guatemala vía terrestre gastando un total de \$ 700. Y así acostumbraron hacerlo durante estuvo vigente el Régimen.
- 9) En diciembre de ese mismo año se invirtió en la reparación de las dos casas que habían sido dadas en arrendamiento un total de \$ 300 por cada una de ellas haciendo un total de \$600
- 10) En 17 de mayo del año dos mil cinco procrearon un hijo al cual llamaron GUSTAVO ADOLFO RAMOS ARGUETA, nacido en el Hospital Centro Ginecológico gastando \$ 5,000
- 11) En octubre del año dos mil cinco adquirieron un purificador de agua marca OZONOMATIC por un valor total de \$1,000
- 12) En concepto de cuota alimenticia el señor AMADEO RAMOS deposita en el banco HSBC la cantidad de \$600 mensuales, por un período de seis años, mientras el menor EDWIN RAMOS CASTILLO convivía con su madre.
- 13) En el año dos mil seis se invirtió en gastos de mantenimiento de las dos casas arrendadas \$ 200 por cada una de ellas haciendo un monto total de \$ 400
- 14) En diciembre del año dos mil seis el menor EDWIN RAMOS CASTILLO, hijo del señor AMADEO RAMOS ARTIGA se muda a vivir a la casa de la nueva familia de su padre, por lo que a esta fecha

cuenta con seis años de edad y ahora ya no tendrá que aportar la cuota alimenticia a la madre sino que los gastos de sostenimiento del menor pasan a formar parte de las cargas de la Comunidad

15)A partir de enero del año dos mil siete la Comunidad gasta como sostenimiento de EDWIN RAMOS CASTILLO hijo del señor AMADEO RAMOS en educación los rubros siguientes:

1. Matrícula del Colegio García Flamenco.....	\$
350	
2. Pago de cuota de mensualidad.....	\$
1,140	
3. Uniforme escolar.....	\$
50	
4. Útiles escolares.....	\$
150	
5. Transporte escolar.....	<u>\$ 495</u>
<b>TOTAL EN EL AÑO ESCOLAR</b>	<b>\$ 2,185</b>

16) En enero de dos mil siete los gastos de alimentación se incrementaron a un monto de \$ 450 mensuales.

17) Los gastos básicos aumentaron de la siguiente manera:

- Pago de agua potable..... \$ 10
- Pago de energía eléctrica..... \$ 50
- Pago de servicio telefónico..... \$ 40

**TOTAL GASTOS BASICOS** **\$ 100**

18) Los gastos de vestuario a partir del año dos mil siete ascienden a \$ 700

19) En noviembre del año dos mil siete, la familia RAMOS ARGUETA adquiere una camioneta Prado del año valorada en \$ 45,000 para lo cual el señor AMADEO RAMOS vendió sus vehículos Toyota Hilux y Honda Civic, por los cuales recibió en concepto de la venta \$ 30,000 pagándose la diferencia por medio de cheque girado de la cuenta corriente a nombre de la señora SONIA ARGUETA

20) En noviembre del mismo año la familia RAMOS ARGUETA adquiere un lote de 350 mts<sup>2</sup> urbanizado ubicado sobre la Calle Principal 250 mts., al norte de la Alcaldía de Zaragoza, Departamento de La Libertad cercano al proyecto habitacional que próximamente se realizara en dicha zona, valorado en \$ 20,000 el cual se cancelo mediante un cheque girado a favor de la Lotificación ARGOZ, de la cuenta corriente a nombre de la señora SONIA ARGUETA

21) En diciembre del año dos mil siete la señora SONIA ARGUETA DE RAMOS recibe en su trabajo un bono navideño por un valor de \$ 500

#### **5.2.1. Formación de Inventario de Activo y Pasivo**

En septiembre del año dos mil ocho los cónyuges luego de una serie de inconvenientes que fueron surgiendo con el pasar del tiempo deciden divorciarse por la causal de Mutuo consentimiento y para tal efecto presentan el siguiente inventario:

**INVENTARIO DE ACTIVO DE LA COMUNIDAD DIFERIDA DE LOS  
SEÑORES AMADEO RAMOS Y SONIA ARGUETA AÑOS 2003-2008**

**AÑO 2003**

<b>CONCEPTO</b>	<b>DEBE</b>	<b>HABER</b>
Ingreso en concepto de salarios de la señora SONIA ARGUETA FIGUEROA (octubre-diciembre)	<b>\$ 3,900</b>	
Ingreso en concepto de honorarios de la señora SONIA ARGUETA FIGUEROA (octubre-diciembre)	<b>\$ 600</b>	
Ingreso anual del señor AMADEO RAMOS ARTIGA en concepto de honorarios por servicios prestados a sus pacientes (octubre-diciembre) menos cuota alimenticia del menor EDWIN RAMOS CASTILLO	<b>\$5,500<sup>-</sup></b> <b><u>\$1,800</u></b> <b>\$ 3,700</b>	
Ingreso anual del señor AMADEO RAMOS ARTIGA en concepto de honorarios por horas clases impartidas	<b>\$ 1,000</b>	
Gastos de alimentación (octubre-diciembre)		<b>\$ 1,050</b>
Gastos básicos (octubre-diciembre)		<b>\$ 270</b>
Gastos de vestuario		<b>\$ 125</b>
<b>TOTALES</b>	<b>\$ 9,200</b>	<b>\$1,445</b>

**AÑO 2004**

<b>CONCEPTO</b>	<b>DEBE</b>	<b>HABER</b>
Casa ubicada en Arcos de Santa Elena valorada en \$150,000 menos cuota pagada de préstamo hipotecario	<b>\$ 133,542.72</b>	
Pago de préstamo por casa adquirida ubicada en Arcos de Santa Elena		<b>\$16,457.28</b>
Arrendamiento de casa del señor Amadeo Ramos ubicada en Colonia Satélite	<b>\$3,600</b>	
Arrendamiento de casa de la señora Sonia Argueta Colonia Satélite	<b>\$3,600</b>	
Gastos de viaje		<b>\$700</b>
Gastos de mantenimiento de ambas casas arrendadas		<b>\$600</b>
Gastos básicos		<b>\$1,080</b>
Gastos de Alimentación		<b>\$ 4,200</b>
Gastos de vestuario		<b>\$ 500</b>
Ingreso en concepto de salarios de la señora SONIA ARGUETA FIGUEROA	<b>\$ 15,600</b>	
Ingreso en concepto de honorarios de la señora SONIA ARGUETA FIGUEROA	<b>\$ 2,400</b>	
Ingreso anual del señor AMADEO RAMOS ARTIGA en concepto de honorarios por servicios prestados a sus pacientes menos cuota alimenticia del menor EDWIN RAMOS CASTILLO	<b>\$ 22,000-</b> <b><u>\$ 7,200</u></b>	
	<b>\$ 14,800</b>	
Ingreso anual del señor AMADEO RAMOS ARTIGA en concepto de honorarios por horas clases impartidas	<b>\$ 4,000</b>	
<b>TOTALES</b>	<b>\$ 177,542.72</b>	<b>\$ 23,537.28</b>

**AÑO 2005**

<b>CONCEPTO</b>	<b>DEBE</b>	<b>HABER</b>
Casa ubicada en Arcos de Santa Elena valorada en \$150,000 menos cuota pagada de préstamo hipotecario	<b>\$ 117,085.44</b>	
Pago de préstamo por casa adquirida en casa ubicada en Arcos de Santa Elena		<b>\$16,457.28</b>
Arrendamiento de casa del señor Amadeo Ramos ubicada en Colonia Satélite	<b>\$3,600</b>	
Arrendamiento de casa de la señora Sonia Argueta Colonia Satélite	<b>\$3,600</b>	
Gastos de viaje		<b>\$700</b>
Pago de Hospital por el nacimiento de hijo común		<b>\$5,000</b>
Pago por comprar purificador de agua marca OZONOMATIC		<b>\$1,000</b>
Gastos de Alimentación		<b>\$ 4,200</b>
Gastos Básicos		<b>\$ 1,080</b>
Gastos de Vestuario		<b>\$ 500</b>
Ingreso en concepto de salarios de la señora SONIA ARGUETA FIGUEROA	<b>\$ 15,600</b>	
Ingreso en concepto de honorarios de la señor SONIA ARGUETA FIGUEROA	<b>\$ 2,400</b>	
Ingreso anual del señor AMADEO RAMOS ARTIGA en concepto de honorarios por servicios prestados a sus pacientes menos cuota alimenticia del menor EDWIN RAMOS CASTILLO	<b>\$ 22,000-</b> <b>\$ 7,200</b>	
	<b>\$ 14,800</b>	

Ingreso anual del señor AMADEO RAMOS ARTIGA en concepto de honorarios por horas clases impartidas	<b>\$ 4,000</b>		
<b>TOTALES</b>	<b>\$ 161,085.44</b>	<b>\$ 28,937.28</b>	

### AÑO 2006

CONCEPTO	DEBE	HABER
Casa ubicada en Arcos de Santa Elena valorada en \$150,000 menos cuota pagada de préstamo hipotecario	<b>\$ 100,628.16</b>	
Pago de préstamo por casa adquirida en casa ubicada en Arcos de Santa Elena		<b>\$ 16,457.28</b>
Arrendamiento de casa del señor Amadeo Ramos ubicada en Colonia Satélite	<b>\$ 3,600</b>	
Arrendamiento de casa de la señora Sonia Argueta Colonia Satélite	<b>\$ 3,600</b>	
Gastos de viaje		<b>\$ 700</b>
Gastos de mantenimiento de ambas casas arrendadas		<b>\$ 400</b>
Gastos de Alimentación		<b>\$ 4,300</b>
(enero-noviembre)		<b>\$ 3,850+</b>
(diciembre)		<b>\$ 450</b>
Gastos Básicos		<b>\$ 1,090</b>

(enero-noviembre)		<b>\$ 990+</b>
(diciembre)		<b>\$ 100</b>
Gastos de Vestuario		<b>\$ 500</b>
Ingreso en concepto de salarios de la señora SONIA ARGUETA FIGUEROA	<b>\$ 15,600</b>	
Ingreso en concepto de honorarios de la señor SONIA ARGUETA FIGUEROA	<b>\$ 2,400</b>	
Ingreso del señor AMADEO RAMOS ARTIGA en concepto de honorarios por servicios prestados a sus pacientes menos cuota alimenticia del menor EDWIN RAMOS CASTILLO de los meses de enero a noviembre	<b>\$ 22,000<sup>-</sup></b> <b><u>\$ 6,600</u></b>	
	<b>\$ 15,400</b>	
Ingreso anual del señor AMADEO RAMOS ARTIGA en concepto de honorarios por horas clases impartidas	<b>\$ 4,000</b>	
<b>TOTALES</b>	<b>\$ 145,228.16</b>	<b>\$ 23,447.28</b>

### AÑO 2007

CONCEPTO	DEBE	HABER
Casa ubicada en Santa Elena valorada en \$150,000 menos cuota pagada de préstamo hipotecario	<b>\$ 84,170.88</b>	
Pago de préstamo por casa adquirida en casa ubicada en Arcos de Santa Elena		<b>\$ 16,457.28</b>
Arrendamiento de casa del señor Amadeo	<b>\$ 3,600</b>	

---

Ramos ubicada en Colonia Satélite		
Arrendamiento de casa de la señora Sonia Argueta Colonia Satélite	<b>\$ 3,600</b>	
Compra de un lote de 350 mts <sup>2</sup> ubicado Zaragoza, Departamento de La Libertad	<b>\$ 20,000</b>	
Gastos de viaje		<b>\$ 700</b>
Gastos de Alimentación		<b>\$ 5,400</b>
Gastos Básicos		<b>\$ 1,200</b>
Gastos de Vestuario		<b>\$ 700</b>
Ingreso en concepto de salarios de la señora SONIA ARGUETA FIGUEROA	<b>\$ 15,600</b>	
Ingreso en concepto de honorarios de la señora SONIA ARGUETA FIGUEROA	<b>\$ 2,400</b>	
Compra de camioneta Prado año 2007	<b>\$ 45,000</b>	
Bono navideño entregado a la señora SONIA ARGUETA	<b>\$ 500</b>	
Ingreso anual del señor AMADEO RAMOS ARTIGA en concepto de honorarios por servicios prestados a sus pacientes	<b>\$ 22,000</b>	
Ingreso anual del señor AMADEO RAMOS ARTIGA en concepto de honorarios por horas clases impartidas	<b>\$ 4,000</b>	
Educación del EDWIN RAMOS CASTILLO		<b>\$ 2,185</b>
<b>TOTALES</b>	<b>\$ 195,870.88</b>	<b>\$ 26,642.28</b>

---

**AÑO 2008**  
**ENERO-SEPTIEMBRE**

<b>CONCEPTO</b>	<b>DEBE</b>	<b>HABER</b>
Casa ubicada en Arcos de Santa Elena valorada en \$150,000 menos cuota pagada de préstamo hipotecario	<b>\$ 71,827.92</b>	
Pago de préstamo por casa adquirida en casa ubicada en Arcos de Santa Elena		<b>\$ 12,342.96</b>
Arrendamiento de casa del señor Amadeo Ramos ubicada en Colonia Satélite	<b>\$ 2,700</b>	
Arrendamiento de casa de la señora Sonia Argueta Colonia Satélite	<b>\$ 2,700</b>	
Gastos de viaje		<b>\$ 700</b>
Gastos de Alimentación		<b>\$ 4,050</b>
Gastos Básicos		<b>\$ 900</b>
Gastos de Vestuario		<b>\$ 525</b>
Ingreso en concepto de salarios de la señora SONIA ARGUETA FIGUEROA	<b>\$ 11,700</b>	
Ingreso en concepto de honorarios de la señora SONIA ARGUETA FIGUEROA	<b>\$ 1,800</b>	
Ingreso anual del señor AMADEO RAMOS en concepto de honorarios por servicios prestados a sus pacientes	<b>\$ 16,500</b>	
Ingreso anual del señor AMADEO RAMOS ARTIGA en concepto de honorarios por horas clases impartidas	<b>\$ 3,000</b>	

Educación del EDWIN RAMOS CASTILLO		<b>\$ 1,776.25</b>
<b>TOTALES</b>	<b>\$ 110,227.92</b>	<b>\$ 20,294.21</b>

### 5.2.2. Avalúo y Tasación de los bienes

Según MANUEL OSSORIO<sup>143</sup>, avalúo es “la acción y efecto de valorar, o evaluar, de señalar a una cosa el valor correspondiente a su estimación, así como también ponerle precio. Esta expresión tiene importancia jurídica en diversos actos, ya que, por equivalente a tasación es aplicable para la valoración de los bienes, a efectos de su partición”.

Para el Doctor GUILLERMO CABANELLAS<sup>144</sup> la tasación se define como “justiprecio, avalúo, estimación del precio de las cosas, la tasación es tanto la operación o serie de operaciones avaluadoras como el resultado al que llega la persona competente a quien se encomienda que determine el valor justo que corresponde dadas todas las circunstancias que para ello deben tenerse en cuenta: valor de adquisición, estado actual, uso, demanda, situación, aplicaciones, e incluso afección para las partes en algunos supuestos”.

Al respecto la doctrina establece que “si no hay acuerdo de partes sobre los valores, es necesario designar perito tasador. La designación recaerá en el perito cuyos conocimientos se vinculan con la materia; si se trata de activos de sociedades o de fondos de comercio o establecimientos, se designará un perito contable; si se trata de un inmueble (finca, casa, etc.); se podrá

<sup>143</sup> OSSORIO, Manuel. “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales” Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina pág. 75

<sup>144</sup> CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. “Diccionario Jurídico Elemental” Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina 1979, pág. 306

designar un ingeniero topógrafo. Si hay variedad de bienes tantos tasadores como resulten necesarios.

Tal como lo establece el artículo 133 de la Ley Procesal de Familia, la tasación de los bienes debe elaborarse de una vez en el inventario privado del activo y del pasivo del haber común que deben presentar las partes al Juez cuando se solicita la disolución y liquidación del Régimen de Comunidad por lo que el inventario no solo contendrá la descripción de los bienes sino su respectiva apreciación.

### **VALUO DE CASA ADQUIRIDA POR LA FAMILIA RAMOS-ARGUETA EN ENERO 2004**

Para la realización del peritaje es necesario aclarar algunos términos para facilitar su comprensión:

En primer lugar debemos diferenciar entre el valor del terreno y el valor de la construcción. Para efecto de váluos se utilizan para el terreno un cálculo en varas cuadradas y metros cuadrados y para la construcción en metros cuadrados. Es importante mencionar que una vara cuadrada equivale a 1.4308 metros cuadrados para efectos de realizar la operación aritmética de conversión.

Para calcular el valor del terreno, se multiplica el valor de las 500 varas cuadradas por el precio de mercado estipulado para cada vara cuadrada. Este precio se obtiene considerando los siguientes aspectos: ubicación geográfica del inmueble, acceso a los servicios básicos (agua potable, energía eléctrica, telecomunicaciones, transporte, vías de acceso, entre otros) y así poder determinar su valor en el mercado, el cual puede variar según la apreciación del perito autorizado.

## **TERRENO**

$500\text{vrs}^2/1.4308= 349.45 \text{ mts}^2$ .

Para el presente caso el valor en el mercado establecido para vara cuadrada en la Colonia Arcos de Santa Elena es de \$125. Entonces se multiplica el valor asignado a la vara cuadrada, es decir los \$ 125 por  $500\text{vrs}^2$  lo que determinara el precio total del terreno reflejando \$ 62,500.

## **CONSTRUCCION**

El área construida en el terreno equivale a  $250 \text{ mts}^2$ , el cual en el mercado tiene un valor comercial de \$350 por metro cuadrado construido, lo cual significa que el precio total de la construcción es de \$ 87,500. Este resultado se obtuvo multiplicando el valor asignado al metro cuadrado construido por el área total de construcción.

Lo que significa que al sumar el valor total del terreno de \$ 62,500 mas el valor total de las construcciones equivalentes a \$ 87,5000 se obtiene un valor de \$ 150,000, que es el precio por el cual fue adquirida la casa por la familia RAMOS-ARGUETA al inicio de su matrimonio.

CLIENTE Colonia Arcos de Santa Elena, Avenida Dos, Pasaje 5, casa número "7-E"  
 FECHA 18-enero-04  
 PERITO

TERRENO	AREA	VALOR			TOTAL	
	mts <sup>2</sup>	mts <sup>2</sup>	¢/vrs <sup>2</sup>	US\$	SV¢	
	349.45	1,093.75	¢/vrs <sup>2</sup>			
	500.00	125.00	\$/vrs <sup>2</sup>	62,500.00	546,875.00	
CONSTRUCCION	AREA	VALOR		TOTAL		
		Nuevo	Depreciado			
	250.00	350.00	350.00	87,500.00	3,062.50	
		mts <sup>2</sup>	-	\$/mts <sup>2</sup>	-	
		mts <sup>2</sup>	-	\$/mts <sup>2</sup>	-	
		mts <sup>2</sup>	-	\$/mts <sup>2</sup>	-	
		mts <sup>2</sup>	-	\$/mts <sup>2</sup>	-	
		mts <sup>2</sup>	-	\$/mts <sup>2</sup>	-	
		mts <sup>2</sup>	-	\$/mts <sup>2</sup>	-	
		mts <sup>2</sup>	-	\$/mts <sup>2</sup>	-	
<b>TOTAL DEPRECIADO</b>				87,500.00	765,625.00	
<b>TOTAL NUEVO</b>				87,500.00	765,625.00	
Depreciación promedio		0%				
<b>VALÚO INMUEBLE</b>				<b>\$ 150,000.00</b>	<b>1312,500.00</b>	

**VALUO DEL TERRENO ADQUIRIDO POR LA FAMILIA RAMOS-  
 ARGUETA EN NOVIEMBRE 2007**

Inicialmente es necesario convertir los metros cuadrados en varas cuadradas, de la manera siguiente:  $350 \text{ mts}^2 \times 1.4308 = 500.78 \text{ vrs}^2$ .

Para calcular el valor del terreno, se multiplica el valor de los 350 metros cuadrados equivalente a 500.78 varas cuadradas, por el precio de mercado estipulado para cada vara cuadrada. Este precio es fijado en el mercado considerando el entorno del lote urbanizado en mención, las vías de acceso, entre otros.

## TERRENO

Para el presente caso el valor en el mercado establecido para vara cuadrada del lote de 350 mts<sup>2</sup> urbanizado ubicado sobre la Calle Principal 250 mts. al norte de la Alcaldía de Zaragoza, Departamento de La Libertad cercano al proyecto habitacional que próximamente se realizara en dicha zona, asciende a \$ 39.93769 . Entonces se multiplica el valor asignado a la vara cuadrada, es decir los \$ 39.93769 por 500.78 vrs<sup>2</sup> lo que determinara el precio total del terreno reflejando \$ 20,000.

TERRENO	Ubicación	VALOR			TOTAL	
	AREA				US\$	SV¢
	350.00	mts <sup>2</sup>	349.47	¢/vrs <sup>2</sup>		
	500.78	vrs <sup>2</sup>	39.94	\$/vrs <sup>2</sup>	20,000.00	174,999.97

CONSTRUCCION	AREA	VALOR		TOTAL
		Nuevo	Depreciado	
-	mts <sup>2</sup>	-	\$/mts <sup>2</sup>	-
-	- mts <sup>2</sup>	-	\$/mts <sup>2</sup>	-
<b>TOTAL DEPRECIADO</b>				-
<b>TOTAL NUEVO</b>				-
		<b>Depreciacion promedio</b>		

**VALÚO INMUEBLE**

**\$20,000.00 174,999.97**

El 5 de septiembre de dos mil ocho los señores Amadeo Ramos Artiga y Sonia Argueta Figueroa deciden contratar los servicios profesionales del Ingeniero a fin de revaluar los inmuebles adquiridos durante estuvo vigente su matrimonio para poder liquidar y distribuir dichos bienes.

**REVALUO DE CASA Y LOTE ADQUIRIDOS POR LA FAMILIA RAMOS-  
ARGUETA A SEPTIEMBRE 2008**

El perito que revaluó los inmuebles consistentes en una casa ubicada en Colonia Arcos de Santa Elena, Avenida Dos, Pasaje 5, casa número "7-E" y en un lote de 350 mts<sup>2</sup> urbanizado ubicado sobre la Calle Principal 250 mts., al norte de la Alcaldía de Zaragoza, Departamento de La Libertad cercano al proyecto habitacional que próximamente se realizara en dicha zona, tomó en consideración el auge residencial y comercial así como la seguridad que brinda la Colonia, el acceso inmediato al inmueble, y el mantenimiento preventivo que la familia le dio al bien y para el terreno se considero que en sus cercanías la Urbanización Lomas de Zaragoza Primera Etapa y la Ingenieros constructores demostraron interés para ampliar la Urbanización, es importante mencionar que la Calle Principal que conduce a dicho terreno

ha sido recarpeteada por el FOVIAL. Por lo que a septiembre de 2008 les proporciono el siguiente revaluó.

CLIENTE Colonia Santa Elena, Avenida Dos, Pasaje 5, casa número "7-E"

FECHA 5-Sep-08

**PERITO**

	AREA		VALOR			TOTAL	
<b>TERRENO</b>	349.45	mts <sup>2</sup>	1,531.25		¢/vrs <sup>2</sup>	US\$	SV¢
	500.00	vrs <sup>2</sup>	175.00		\$/vrs <sup>2</sup>	<b>87,500.00</b>	<b>765,625.00</b>
<b>CONSTRUCCION</b>			VALOR			TOTAL	
			Nuevo	Depreciado			
	250.00	mts <sup>2</sup>	350.00	-	\$/mts <sup>2</sup>	87,500.00	3,062.50
		mts <sup>2</sup>	-	-	\$/mts <sup>2</sup>	-	-
			<b>TOTAL NUEVO</b>			87,500.00	765,625.00

Depreciacion promedio 0%

**VALÚO INMUEBLE**

\$ 175,000.00 1531,250.00

Revision

	AREA		VALOR			TOTAL	
<b>TERRENO</b>	350.00	mts <sup>2</sup>	525.00		¢/vrs <sup>2</sup>	US\$	SV¢
	500.78	vrs <sup>2</sup>	60.00		\$/vrs <sup>2</sup>	<b>30,046.80</b>	<b>262,909.50</b>
<b>CONSTRUCCION</b>			VALOR			TOTAL	
			Nuevo	Depreciado			
	-	mts <sup>2</sup>	-	-	\$/mts <sup>2</sup>	-	-
	-	mts <sup>2</sup>	-	-	\$/mts <sup>2</sup>	-	-
	-	mts <sup>2</sup>	-	-	\$/mts <sup>2</sup>	-	-
			<b>TOTAL DEPRECIADO</b>			-	-
			<b>TOTAL NUEVO</b>			-	-

Depreciacion promedio

**VALÚO INMUEBLE**

\$ 30,046.80 262,909.50

<b>Bien a tasar</b>	<b>Valor inicial</b>	<b>Calculo de plusvalía</b>	<b>Valor actual</b>
Casa ubicada en Colonia Santa Elena, Avenida Dos, Pasaje 5, casa número "7-E", la cual es de sistema mixto de dos plantas	\$ 150,000	\$ 25,000	\$ 175,000
Terreno de 350 mts <sup>2</sup> urbanizado ubicado sobre la Calle Principal 250 mts., al norte de la Alcaldía de Zaragoza, Departamento de La Libertad cercano al proyecto habitacional que próximamente se realizara en dicha zona	\$ 20,000	\$10,046.80	\$30,046.80
<b>TOTALES</b>	<b>\$ 170,000.00</b>	<b>\$ 35,046.80</b>	<b>\$ 205,046.80</b>

Los señores Amadeo Ramos y Sonia Argueta para efecto de calcular la depreciación que había sufrido la camioneta Prado año 2007, utilizaron la siguiente fórmula:

**Valor Original (VO)/Tiempo (t)**

VO= \$45,000

t= 4 años de vida útil de conformidad al artículo 30 de la Ley de Impuesto sobre la Renta.

A continuación se divide el valor original, es decir los \$45,000 entre 4 años que es la vida útil del automóvil.

$\$45,000/4=\$ 11,250$  esta es la depreciación por año del bien.

Dividimos entonces los  $\$11,250/12$  para obtener la depreciación mensual, esto es igual a  $\$937.50$ , por 11 meses comprendidos a partir de noviembre del año 2007 hasta septiembre de 2008, cuando se disuelve la Comunidad Diferida. Dando como resultado  $\$ 10,312.50$  siendo esto el cálculo de la depreciación, la cual se le resta al valor original del bien estableciéndose así el valor actual de la camioneta; así:  $\$937.50 \times 11 = \$10,312.50$ . Por último se resta a los  $\$ 45,000$  la depreciación total es decir  $\$ 10,312.50$ ; dándonos como resultado el valor actual del bien, lo cual se detalla a continuación:  $\$ 45,000 - \$ 10,312.50 = \$ 34,687.50$ .

<b>Bien a tasar</b>	<b>Valor inicial</b>	<b>Calculo de depreciación</b>	<b>Valor actual</b>
Camioneta Prado año 2007	\$ 45,000	\$ 10,312.50	\$34,687.50
<b>TOTALES</b>	\$ 45,000	\$ 10,312.50	\$34,687.50

---

## VALUO DE UN INMUEBLE

---

### 1. Identificación del inmueble

Propietario del inmueble: Señores Amadeo Ramos y Sonia Argueta.

Dirección del inmueble: Colonia Arcos de Santa Elena, Avenida Dos, Pasaje 5, casa número "7-E", la cual es de sistema mixto de dos plantas, Departamento de San Salvador.

Naturaleza del inmueble: Urbano

Registro del inmueble: Matrícula número M05008234 del Registro de la Propiedad Raíz e Hipoteca de la Primera Sección del centro, departamento de La Libertad.

---

---

## **2. Constitución del inmueble**

El inmueble está constituido de la siguiente manera:

- Un terreno rectangular y plano con un área 500 vrs<sup>2</sup>, es decir 349.45 mts<sup>2</sup>.
- Una casa de habitación sistema mixto, de dos plantas.

## **3. Linderos del inmueble según escritura**

Lindero Norte: En línea recta mide 12.5 metros

Lindero Sur: En línea recta mide 12.5 metros.

Lindero Poniente: En línea recta mide 28 metros.

Lindero Oriente: En línea recta mide 28 metros.

Área del inmueble según escritura: 349.45 mts<sup>2</sup> equivalente a 500 vrs<sup>2</sup>

## **4. Descripción del Entorno**

La Colonia Arcos de Santa Elena está ubicada a inmediaciones de la Carretera Panamericana que conduce de Santa Tecla a San Salvador y viceversa, en dicha zona se encuentra además la Embajada de los Estados Unidos de Norteamérica, la zona es residencial y altamente comercial.

## **5. Características de la construcción**

La construcción es una casa de habitación de dos plantas de sistema mixto.

---

---

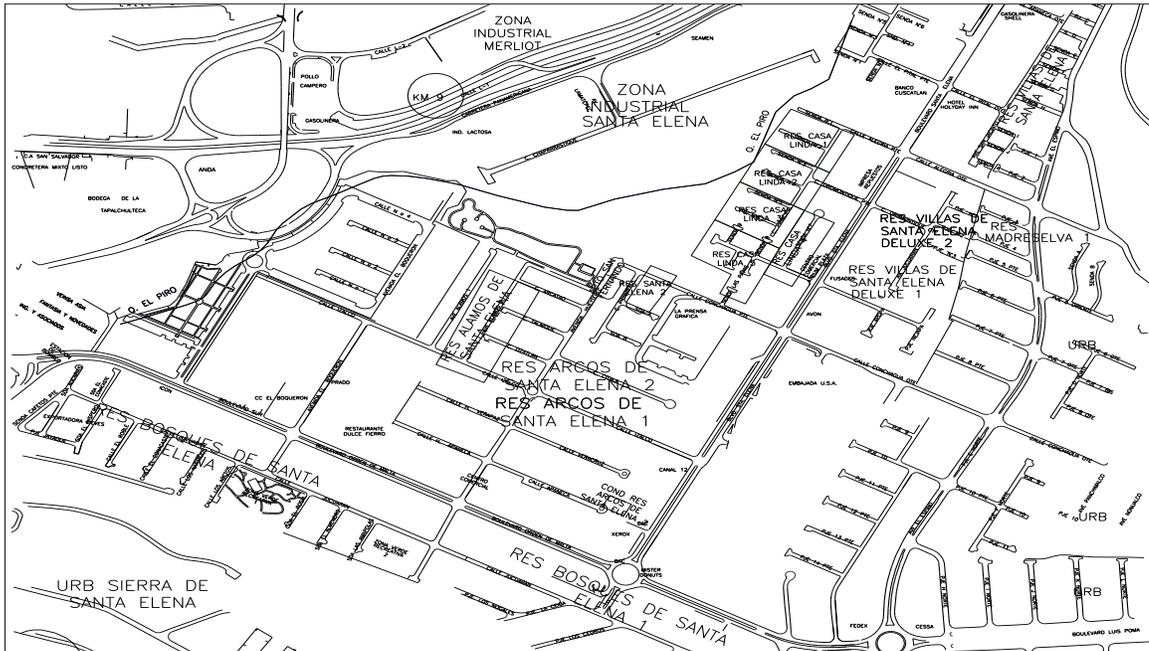
**Primera planta,** con los ambientes siguientes: Sala, comedor, cocina, un baño social, dos habitaciones, patio interno, sección de lavandería, habitación de servicio con baño independiente y cochera techada para tres vehículos.

**Segunda planta,** con los ambientes siguientes: área para escalinata, tres habitaciones cada una con closet, un baño en cada habitación con ducha y tina, con una terraza interna.

- ◆ El piso de es ladrillo de cerámica de 0.50x0.50.
- ◆ Las paredes son de saltex repellido, afinado y pintado.
- ◆ Las estructuras son de concreto reforzado.
- ◆ La losa del entepiso es densa de concreto reforzado.
- ◆ La escalinata es de concreto reforzado con pasa manos en madera de cedro.
- ◆ El techo es de fibro cemento.
- ◆ El cielo raso de tabla roca.
- ◆ Las puertas externas son de madera de cedro con finos acabados tallados a mano.
- ◆ Las puertas internas son de madera de cedro y la de los baños de vidrio corredizas.
- ◆ Las ventanas son tipo francesas.
- ◆ Los sanitarios son de porcelana de color.

---

## 6. Esquema



## 7. Infraestructura

Calle de acceso: Avenida dos de 8 metros de ancho.

Acera y arriate: Acera de 2 metros a ambos lados de la vía.

Cordón y cuneta: De concreto simple, monolíticos, de dimensiones estándar.

Energía Eléctrica: Sistema administrado por DELSUR.

Alumbrado público: Sistema administrado por la Alcaldía Municipal de Antigua Cuscatlán.

---

---

Teléfono: Sistema administrado por TELECOM.

Drenaje agua lluvia: Sistema administrado por el MOP.

Drenaje sanitario: Sistema administrado por ANDA.

Agua potable: Sistema administrado por ANDA.

## 8. Fotografías









## 9. Valor del inmueble

Construcción con una edad aproximada de 4 años y 4 meses

Componente	Área		Valor en dólares		Observaciones
	Metros cuadrados	Varas cuadradas	unitario	total	
Construcción Total del inmueble	250 mts <sup>2</sup>	357.70 vrs <sup>2</sup>	\$350 por mt <sup>2</sup>	\$87,500	Distribución arquitectónica funcional. Con suficiente luz y ventilación natural.
Terreno	349.45 mts <sup>2</sup>	500 vrs <sup>2</sup>	\$175 por vr <sup>2</sup>	\$87,500	
<b>TOTAL</b>				<b>\$175,000</b>	Paredes en

		perfecto estado, acabados de cerámica en baños y piso en ambos niveles de la casa.
--	--	--

Se considera que este inmueble tiene un valor de \$ 175,00.00 dólares de los Estados Unidos de América. Dieciocho de septiembre de dos mil ocho.

\_\_\_\_\_

Ing.

\_\_\_\_\_

Arq.

---

### 5.2.3. Pagos de las deudas de la Comunidad

Después del inventario y la tasación de los bienes, el siguiente paso es pagar las deudas de la comunidad o establecer las reglas operativas de su pago, según lo regula el artículo 77 del Código de Familia, los acreedores alimentarios tienen preferencia o prioridad en la satisfacción de sus créditos lo que armoniza con la nueva normativa que en materia de alimentos nuestro Código de Familia ha adoptado, según lo dispuesto en el artículo 247 del mismo cuerpo legal, en donde se termina con las reglas tradicionales de la prelación de créditos, por lo que en el artículo 82 del mismo Código se manda que mientras dure la liquidación del haber común se deben dar alimentos a los cónyuges o al sobreviviente y a los hijos; luego de satisfechas las deudas alimentarias, se procederá a cancelar las demás; pero si en el haber de la comunidad no hubiere lo suficiente para tal efecto,

el artículo 77 en el inciso segundo ordena que en este caso se observaran las reglas de la prelación de créditos, regulados en los artículos 2212 y siguientes del Código Civil.

El pago de todas las deudas debe efectuarse en dinero o por adjudicación de bienes comunes, pero puede ocurrir que algún acreedor solicite la enajenación de tales bienes para pagar sus créditos, dicha solicitud debe ser por justa causa, en este caso se procederá a enajenarlos y con su importe se pagaran las referidas deudas, según lo regula el artículo 78 del Código de Familia.

#### **APORTE MENSUAL PARA PAGO DE CUOTA DE CASA**

<b>NOMBRE</b>	<b>APORTE</b>
SONIA ARGUETA FIGUEROA	\$ 685.72
AMADEO RAMOS ARTIGA	\$ 685.72
<b>TOTAL</b>	<b>\$ 1371.44</b>

#### **APORTE ANUAL PARA PAGO DE CUOTA DE CASA**

<b>NOMBRE</b>	<b>APORTE</b>
SONIA ARGUETA FIGUEROA	\$ 8,228.64
AMADEO RAMOS ARTIGA	\$ 8,228.64
<b>TOTAL</b>	<b>\$ 16,457.28</b>

El mencionado aporte se realizara por un período de cuatro años consecutivos, aportando en dicho período un total de \$ 65,829.12. Además se realizarán pagos por cuatro meses, haciendo un montón total de \$ 5,485.76 y finalmente se aportara una cuota de \$ 513.04 de la cual cada uno de los señores aportara \$ 256.52. Cancelando la deuda pendiente de liquidar que asciende a \$ 71,827.92. De conformidad al siguiente cuadro:

Aporte total para pago de deuda (4 años)	\$ 65,829.12
Aporte total para pago de deuda (4 meses)	\$ 5,485.76
Cuota única para finalizar pago de deuda	\$ 513.04
<b>TOTAL</b>	<b>\$ 71,827.92</b>

#### 5.2.4. Pagos de Indemnizaciones y Reintegros

El artículo 79 del Código de Familia que regula lo relativo a indemnizaciones y reintegros, dispone que una vez pagadas las deudas y cargas de la comunidad, se debe hacer la indemnización y reintegro correspondiente a cada cónyuge. Esto significa que después de cancelar o establecer la forma en que pagaran las deudas de la comunidad, debe reintegrarse a los cónyuges el importe de los bienes o fondos propios que estos hubieren gastado en beneficio de la comunidad o aportado a la misma; lo cual está en relación con los artículos antes mencionados pues tal como lo señala el

artículo 69 del Código de Familia se establece el deber de realizar tales reintegros a los cónyuges, con los intereses legales así también en el artículo 76 numeral 4 del mismo Código, se incluyen los mismos como parte del pasivo de la comunidad. Además deben hacerse las compensaciones o recompensas respectivas a la comunidad según lo mencionado en el artículo 79 del mismo cuerpo legal.

MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA<sup>145</sup> define recompensas como el conjunto de créditos o indemnizaciones en dinero que se hacen valer al momento de liquidar la sociedad, a fin de que cada cónyuge aproveche los aumentos y soporte en definitiva las cargas que legalmente le corresponden. En otras palabras, recompensas son los créditos que marido, mujer y sociedad pueden reclamarse recíprocamente.

El citado autor menciona que las recompensas tienen cuatro objetivos primordiales los cuales son:

- a) Evitar todo enriquecimiento de un patrimonio a expensas del otro,
- b) Evitar que los cónyuges se hagan donaciones disimuladas en perjuicio de sus legitimarios o acreedores,
- c) Mantener el patrimonio entre el patrimonio de la mujer, el marido y de la sociedad, y
- d) Proteger a la mujer contra los abusos del marido.

---

<sup>145</sup> SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. "Derecho de Familia" Editorial Nascimento, Santiago de Chile 1946, pág 235.

La comunidad debe ser compensada por todos aquellos fondos o bienes que se tomaron de ella y que hubieren servido para pagar deudas propias de alguno de los cónyuges, o en general para utilizarlo en provecho personal; tal como lo dispone el artículo 68 del Código de Familia.

El artículo 75 numeral 3° del Código de Familia incluye tales recompensas como parte del activo de la comunidad.

### **5.3. Determinación del Haber Líquido y su Distribución**

El artículo 80 del Código de Familia establece que una vez realizada las deducciones del patrimonio inventariado, el remanente constituye el haber de la comunidad diferida, que será dividido por mitad entre los cónyuges o sus respectivos herederos sin interesar quien de los dos cónyuges haya sido quien aporto los bienes al matrimonio o haya efectuado actividades productivas remuneradas. Según MONROY CABRA<sup>146</sup> la división de los bienes sociales o gananciales esencialmente consiste en formar dos lotes iguales con la masa de gananciales, después de hechas las deducciones y agregaciones correspondientes.

---

<sup>146</sup> MONROY CABRA, Marco Gerardo. Ob. Cit. Pág. 424

**ESTADO DE RESULTADO DE LOS SEÑORES AMADEO RAMOS ARTIGA  
Y SONIA ARGUETA FIGUEROA**

CONCEPTO	DEBE	HABER
<b>Ingreso</b>		
Salario de la señora Sonia Argueta Figueroa		\$ 78,000
Honorarios de la señora Sonia Argueta Figueroa		\$ 12,000
Bono navideño de la señora Sonia Argueta Figueroa		\$ 500
Salario del señor Amadeo Ramos Argita		\$ 87,200
Honorarios del señor Amadeo Ramos Artiga		\$ 20,000
Canon de arrendamiento por casa de la señora Sonia Argueta Figueroa		\$ 17,000
Canon de arrendamiento por casa del señor Amadeo Ramos Artiga		\$ 17,000
<b>TOTAL INGRESOS</b>		<b>\$ 231,700</b>
<b>Gastos</b>		
Gastos de alimentación	\$ 23,200	
Gastos básicos	\$ 5,620	

Gastos de vestuario	\$ 2,850	
Gastos de viaje	\$ 3,500	
Pago por préstamo de casa	\$ 78,172.08	
Educación del menor Edwin Ramos Castillo	\$ 3,961.25	
Compra camioneta Prado año 2007	\$ 45,000	
Compra purificador de agua marca Ozonomatic	\$ 1,000	
Gastos hospitalarios por maternidad	\$ 5,000	
Gastos de mantenimiento de casas de los señores Amadeo Ramos Artiga y Sonia Argueta Figueroa	\$ 1,000	
<b>TOTAL GASTOS</b>	<b>\$ 169,303.33</b>	
<b>TOTALES</b>	<b>\$ 169,303.33</b>	<b>\$ 231,700</b>

De los resultados anteriores se deduce la utilidad que la Comunidad Diferida obtuvo mientras estuvo vigente, es decir, que a los ingresos que en se obtuvieron se le resta los egresos que constituyen todos aquellos gastos en que la comunidad incurrió para el sostenimiento, así:

<b>TOTAL INGRESOS</b>		<b>\$ 231,700.00</b>
Menos	<b>TOTAL</b>	<b>\$ <u>169,303.33</u></b>
<b>GASTOS</b>		
<b>UTILIDAD</b>		<b>\$ 62,396.67</b>

En el caso práctico, la utilidad no se ve reflejada en una cuenta bancaria, o en dinero en efectivo sino que se entiende como utilidad los bienes que fueron adquiridos, es decir la casa que adquirió plusvalía, lo mismo que el terreno, y la camioneta que sufrió depreciación.

Valor actual de casa	\$ 175,000
Valor actual del terreno	\$ 30,046.80
Valor actual de la camioneta	\$ 34,687.50

### **5.3.1. Adjudicación de los bienes**

La última fase en el proceso de liquidación de la comunidad, es la adjudicación de bienes comunes a cada uno de los cónyuges, en el artículo 85 del Código de Familia se regulan determinados bienes como preferenciales, es decir, que los cónyuges pueden solicitar que se les

adjudiquen preferentemente, ya que si fueran objeto de una partición igualitaria podrían verse vulnerados.

### **5.3.2. Partición de los bienes**

Puede entenderse por partición de bienes la división o reparto de uno o más bienes entre los comuneros, es decir los sujetos que sobre ellos tienen un solo y mismo derecho.

El objetivo de la partición de bienes es poner término a la titularidad común del derecho sobre los bienes indivisos de la sociedad conyugal, mediante la adjudicación. Este es el acto por medio del cual se pretende que la cuota abstracta de un comunero en la totalidad de los objetos indivisos se singularicen en partes determinadas de dicha totalidad de bienes.

La Ley Procesal de Familia en el artículo 135, menciona que una vez aprobado el inventario y evaluó de bienes como lo estipula el artículo 133 literal “e” del mismo cuerpo legal, las partes interesadas presentaran por escrito la partición respectiva y de no existir ninguna objeción el Juez de Familia la aprobará y si existieren objeciones se tramitaran y resolverán conjuntamente en un solo incidente. En caso que la objeciones prosperen el Juez ordenara que se hagan las modificaciones pertinentes estableciendo como el plazo de 30 días con expresión concreta del sentido en que deben hacerse las modificaciones; teniendo el Juez la potestad de ordenar que la partición se repita cuando no esté conforme a derecho. En este caso deberá elaborarse nuevamente la partición la cual deberá ser aprobada por el Juez si incluye las modificaciones que éste ordenó, en caso contrario realizara las modificaciones necesarias.

La certificación de la sentencia deberá ser inscrita en el Registro correspondiente cuando ésta contenga actos sujetos a dicha formalidad, quedando las partes facultadas de solicitar al Juez les entregue materialmente los bienes que les corresponden.

Como último paso, se realiza la partición de bienes, es decir la utilidad de la Comunidad, que como se menciono anteriormente consiste en: la casa ubicada en Arcos de Santa Elena, el lote en Zaragoza y la camioneta. Llegando al siguiente arreglo que el Juez considero el más justo y apegado a derecho: Tomando en cuenta que los señores Amadeo Ramos Artiga y Sonia Argueta Figueroa procrearon al menor Gustavo Adolfo Ramos Argueta durante estuvo vigente el matrimonio, y siendo que el menor cuenta a la fecha del divorcio con la edad de tres años y cuatro meses, se decidió por mutuo acuerdo que la casa seria destinada al uso familiar, entendiéndose que habitaran en ella, la señora Sonia Argueta Figueroa y su menor hijo. De conformidad a los artículos 46 y 120 del Código de Familia, relacionado con la protección de la vivienda de uso familiar que literalmente dicen:

#### **PROTECCION PARA LA VIVIENDA FAMILIAR**

*Art. 120.- Será aplicable al inmueble que sirve de habitación a los convivientes y a su familia lo que dispone el artículo 46.*

#### **PROTECCION PARA LA VIVIENDA FAMILIAR**

*Art. 46.- Cualquiera que sea el régimen patrimonial del matrimonio, la enajenación y constitución de derechos reales o personales sobre el inmueble que sirve de habitación a la familia necesita del consentimiento de ambos cónyuges, so pena de nulidad.*

*La constitución del derecho de habitación sobre un inmueble para la vivienda familiar, deberá ser otorgada en escritura pública o en acta ante el Procurador General de la República o los procuradores auxiliares departamentales, instrumentos que deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipoteca correspondiente.*

*No se podrá destinar más de un inmueble a dicha habitación; este no deberá estar en proindivisión con terceros, ni embargado o gravado con derechos reales o personales que deban respetarse. La sustitución del inmueble afectado también deberá efectuarse por mutuo acuerdo de los cónyuges y en la forma prevista en el inciso precedente.*

*Cuando no pudiere obtenerse el consentimiento de uno de los cónyuges, el juez, a petición del otro, podrá autorizar la destinación, la enajenación, la constitución de derechos reales o personales o la sustitución, según el caso, atendiendo al interés de la familia.*

En este caso, es primordial salvaguardar el bienestar y la seguridad de la ex esposa y del menor hijo, por lo que se procede a destinar dicho inmueble para el uso y habitación de los anteriormente mencionados.

En cuanto al lote de 350 mts<sup>2</sup> urbanizado ubicado sobre la Calle Principal 250 mts., al norte de la Alcaldía de Zaragoza, Departamento de La Libertad, ambos ex cónyuges decidieron que el inmueble antes mencionado se distribuirá entre el hijo en común el menor GUSTAVO ADOLFO RAMOS ARGUETA y el hijo del señor Amadeo Ramos, menor EDWIN RAMOS CASTILLO para que ambos menores puedan gozar de la plusvalía y de los derechos inherentes al dominio de dicho inmueble. En cuanto a la Camioneta Prado decidieron venderla, ya que ésta sufrió depreciación y por

lo tanto actualmente está valorada en \$ 34,687.50 por lo que se la venden mediante acta notarial al Ing. Francisco Valle por la suma antes mencionada, repartiéndose cada uno de los cónyuges \$17,343.75.

## **CAPITULO VI: Conclusiones y Recomendaciones**

### **6.1 Conclusiones**

En la legislación de familia no se establece el plazo en que debe culminarse el proceso de liquidación del régimen de la comunidad diferida lo que da origen a que terceros acreedores salgan perjudicados en la reclamación de sus créditos.

El procedimiento existente para liquidar el régimen de la comunidad diferida, necesita del apoyo de otros profesionales especializados en su área para llevarse a cabo, tal es el caso de auditores, peritos, ingenieros civiles, entre otros, para no ocasionar:

- a. Conflicto entre los cónyuges porque cada quien reclama lo que a su parecer le corresponde, ya que un bien una vez ingrese a la Comunidad Diferida deja de pertenecer al cónyuge que lo adquirió.
- b. Crea incertidumbre entre los cónyuges sobre la manera en que serán distribuidos los bienes.

Hace el trámite en los Juzgados de Familia engorroso dilatando el proceso.

En algunas ocasiones las partes prefieren evitar el trámite engorroso en los Juzgados de Familia y optan por un arreglo extrajudicial que no es necesariamente el más justo.

El Régimen de la Comunidad Diferida pretende ser justo en cuanto a las obligaciones y responsabilidades que cada uno de los cónyuges tiene

dentro del hogar, tanto en el momento de su vigencia como dentro del proceso de liquidación; pero lamentablemente no puede materializarse debido a que en nuestra cultura no se acostumbra llevar un registro ordenado de los ingresos, gastos y bienes de la Comunidad.

El Régimen de la Comunidad Diferida se constituyó en primer término para garantizar el reparto justo de los bienes reconociendo el común esfuerzo de los cónyuges sin alterar el manejo de los actos de administración y disposición de los bienes.

No existe un criterio unificado por parte de los Jueces de Familia y abogados en el libre ejercicio para llevar a cabo el proceso de liquidación de la Comunidad Diferida.

La legislación de familia está orientada a la protección de la familia especialmente a la mujer y a los hijos, ya que anteriormente al disolverse el vínculo matrimonial éstos quedaban sin las condiciones básicas para subsistir y sin las condiciones de vida más dignas ya que según el Código Civil que había regulado anteriormente las relaciones patrimoniales de la familia, los bienes eran administrados solamente por el hombre provocando como consecuencia desigualdad dentro del matrimonio y al momento que éste se disolviera.

A pesar que la Legislación de Familia es relativamente nueva, el Régimen Patrimonial de la Comunidad Diferida no se aplica a la realidad social y económica que vive el país, pese a que la mayor parte de los matrimonios están constituidos bajo este régimen legal supletorio, los cuales no poseen un patrimonio significativo para efecto de liquidarlo y distribuirlo entre los cónyuges.

## **6.2 Recomendaciones**

Se recomienda que con la sentencia de divorcio, se disuelva el vínculo matrimonial, el régimen patrimonial de los ex cónyuges y a la vez se liquide simultáneamente la comunidad diferida

Se recomienda unificar los criterios de los Jueces y abogados en el libre ejercicio para llevar a cabo el proceso de liquidación de bienes de la Comunidad Diferida.

Establecer dentro de la Ley Procesal de Familia un plazo para realizar el proceso de liquidación y distribución de bienes del Régimen Patrimonial de la Comunidad Diferida.

Incorporar dentro de la Ley Procesal de Familia un procedimiento que facilite la liquidación y distribución de los bienes de la Comunidad Diferida, por el vacío de ley que da origen a la incertidumbre en cuanto al reparto equitativo de los bienes y agilice el trámite dentro de los Juzgados de Familia.

Se recomienda que al momento de redacta el Acta Pre-Matrimonial los contrayentes que obtén por este Régimen anexen su inventario privado de bienes.

Incentivar a los notarios por medio capacitaciones con el propósito de que éstos orienten a los contrayentes a elaboren un registro de los ingresos, egresos y bienes adquiridos dentro del vínculo matrimonial para facilitar en un momento dado la liquidación y distribución de los bienes que forman la Comunidad.

## **Bibliografía**

### **Libros**

A. Trabucchi, Amministrazioni en Novissimo Digesto Italiano, Tomo I citado por BAIGUN, David, BERGEL, D. Salvador, "El fraude en la administración societaria" Ediciones Depalma, Buenos Aires Argentina, 1988

BAIGUN, David. BERGEL, D., Salvador. "El Fraude En La Administración Societaria". Ediciones Depalma Buenos Aires, Argentina 1988

BARBERO, Omar U. "Daños y Perjuicios derivados del Divorcio", Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1977

BELLUSCIO, Augusto César. "Manual de Derecho de Familia" Tomo II, Quinta Edición Actualizada, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993

BELLUSCIO, Augusto César. "Derecho de Familia" Tomo I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina 1993

BORDA, Guillermo. "Tratado de Derecho Civil" Editorial Perrot, Buenos Aires, Argentina 1994

BOSSERT Gustavo A., ZANNONI Eduardo A. "Manual de Derecho de Familia" 2º Edición Ampliada, Editorial Astrea Depalma, Buenos Aires 1989

Bossert, Gustavo A., Manual de Derecho de Familia, Buenos Aires, 1º edición. Editorial Astrea, 1991

BOSSERT, Gustavo A. , ZANNONI, Eduardo A. "Manual de Derecho de Familia" 3º Edición actualizada. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina 1991

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. "Diccionario Jurídico Elemental" Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina 1979

CABANELLAS, Guillermo, "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual" Tomo VII, 24ª.Edición, Revisada, Actualizada y Ampliada, Editorial Heliasta, S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1996

CABANELLAS, Guillermo, "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual", Tomo II, C-CH, 24ª.Edición, Editorial Heliasta, 1996

CASTAN TOBEÑAS, José. "Derecho Civil Español, Común y Foral" Tomo 5to.Derecho de Familia, Volumen I, Relaciones Conyugales, 11ª.Edición, Editorial Reus S.A., Madrid, España, 1987

CICU, Antonio. "El Derecho de Familia" Trad. de Santiago Sentis Meléndez. Buenos Aires, Argentina 1947

CIMBALI. "La nueva fase del Derecho Civil en sus relaciones económicas y sociales" Madrid 1983

Constitución Pastoral, Gaudium et spes, Capitulo I Dignidad del Matrimonio y la Familia, No. 48 "El Carácter Sagrado del Matrimonio y de la Familia" 7 de diciembre de 1965

DIAZ DE GUIJARRO, Enrique. "Tratado de Derecho de Familia" Buenos Aires, Argentina 1953

DUGUIT, León citado por CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel. "La Familia en el Derecho" Editorial Porrúa S.A., México 1984

ENGELS, Federico, "El Origen de la familia, la propiedad privada y el Estado" citado por GOMEZ

PIEDRAHITA, Hernán, "Derecho de Familia" Editorial Temis, S.A. Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1992

ENGELS, Federico. "Origen de la Familia" citado por MAZZINGHI, Jorge Alberto "Derecho de Familia" Tomo III, Divorcio, Filiación, Adopción y Patria Potestad. Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo- Perrot S.A. 1981

Exposición de motivos del Código de Familia, Comisión Coordinadora para el Sector de Justicia, San Salvador 1994

FUSTEL DE COUNLAGES, "La Ciudad Antigua", Madrid, Biblioteca Edef, 1982 Citado por GOMEZ PIEDRAHITA, HERNAN "Derecho de Familia" Editorial Temis, S.A. Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1992

GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel "El Matrimonio y su régimen económico en el nuevo derecho de familia español, citado en el Anteproyecto del Código de Familia, Comisión Revisora de la Legislacion Salvadoreña, 1990

GOMEZ PIEDRAHITA, Hernán, "Derecho de Familia" Editorial Temis, S.A. Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1992

GOMEZ PIEDRAHITA, Hernán. "Derecho de Familia. Régimen de Bienes en el Matrimonio". Editorial Temis, Santa Fe, Bogotá, Colombia

GÓMEZ PIEDRAHITA, Hernán. "Disolución del matrimonio Civil y Católico" Editorial Librería Jurídicas Wilches. Santa Fe de Bogotá, Colombia 1993

GUASTAVINO, Elías P. "El Sistema de Indemnizaciones o Recompensas de la Sociedad Conyugal en Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales número 98 y 99" San Fe, 1959, citado por MENDEZ COSTA, María Josefa. "Derecho de Familia" Tomo II, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina 1990

HAURIOU, Maurice. "Principios de Derecho Público y Constitucional" Traducción de Carlos Ruíz Castillo, Madrid, España 1927

RUZUBIETA VÁSQUEZ, Carlos, "Régimen económico del matrimonio" Editorial Revista de Derecho Privado y Editorial de Derecho Reunidas, Buenos Aires, Argentina 1998

LAGOMARSINO, Carlos A.R. y otro, "Enciclopedia de Derecho de Familia", Tomo I, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1991

LAGOMARSINO, Carlos A.R. y otro, Enciclopedia de Derecho de Familia, tomo II, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1992

LOPEZ, Olaciregui, José M., citado por ZANNONI, Eduardo A., "Derecho de Familia" Tomo I. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina 1978

MAZEAUD, Henry León y Jean, "Lecciones de Derecho Civil" Parte I, Volumen 3, Buenos Aires, Editorial Egea, 1959

MAZZINGHI, Jorge Adolfo, "Derecho de Familia", Tomo II, Efectos Personales y Régimen de Bienes del Matrimonio, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1972

MAZZINGNI, Jorge Alberto. "Derecho de Familia". Tomo I, Buenos Aires, Argentina. Edición Depalma, 2003

MENDEZ COSTA, María Josefa y otro. "Derecho de Familia" Tomo II, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina 1990

MEZA BARROS, Ramón, "Manual de Derecho de la Familia" Tomo I, Segunda Edición Actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 1989

MONROY CABRA, Marco Gerardo. "Derecho de Familia y de Menores" Cuarta Edición, Librería Jurídica Wilches, Bogotá, Colombia 1996,

MONTERO DUHALT, Sara. "Derecho de Familia" Editorial Porrúa S.A., México 1984

OSSORIO Y FLORIT, Manuel, "Enciclopedia Omeba", Tomo XI, Editorial Driskill, Buenos Aires, 1991

OSSORIO Y FLORIT, Manuel, "Enciclopedia Omeba", Tomo XII, Editorial Driskill, Buenos Aires, 1991

OSSORIO Y FLORIT, Manuel, "Enciclopedia Omeba", Tomo XXII, Editorial Driskill, Buenos Aires, 1991

OSSORIO Y FLORIT, Manuel, "Enciclopedia Omeba", Tomo XXIV, Editorial Driskill, Buenos Aires, 1991

OSSORIO, Manuel. "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales" Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina 1999

PETIT, Eugene, "Tratado Elemental de Derecho Romano" Cardenas Editor y Distribuidor, México 1989

RODRIGUEZ RUIZ, Napoleón p."Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas" Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2006

SHAPIRO, Harry L. "Hombre, Cultura y Sociedad" Fondo de cultura económica. 1992

SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. "Derecho de Familia" Tomo I, Ediar Editoriales, Ltda., Santiago de Chile, 1983

SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. "Derecho de Familia" Editorial Nacimiento, Santiago de Chile 1946

SUAREZ FRANCO, Roberto. "Derecho de Familia" Tomo I, Bogotá, Colombia. Editorial Temis 1984

SUAREZ FRANCO, Roberto. "Derecho de Familia, Derecho Matrimonial" V Edición, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1990

TAMBURRINO, Giuseppe, "Lineamenti del Nuovo Diritto di Famiglia" Italiano, 2da. Edición, Torino, UTET, 1978

TREJOS, Gerardo, "Derecho de Familia Costarricense," Editorial Juricentro, 1982

ZANNONI, Eduardo A. "Derecho de Familia" Tomo I. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina 1978

ZANNONI, EDUARDO A. "Derecho de Familia", Tomo II, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina 1978

ZANNONI, Eduardo A., Derecho Civil, Derecho de Familia, Tomo I, 2da. Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993

### **Internet**

<http://mecacheendie.wordexpress.com/la-revolucion-francesa/>. 27 de agosto de 2008

<http://wikipedia.org/wiki/familia>. 5 octubre de 2008