

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

SEMINARIO DE GRADUACION EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2005

PLAN DE ESTUDIO 1993



**“PROCEDIMIENTOS QUE SIGUE EL NOTARIO ANTE LA DENUNCIA DE
IMPEDIMENTOS PARA LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO EN EL
SALVADOR”.**

TRABAJO DE GRADUACION PARA OPTAR AL TITULO DE:

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS

PRESENTAN:

Mónica Beatriz Reyes Amaya

Pamela Colette Sánchez Torres

DIRECTOR DE SEMINARIO

Licenciado. Gilberto Ramírez Melara

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, SEPTIEMBRE 2006

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTORA

DRA. MARIA ISABEL RODRIGUEZ

VICE-RECTOR ACADEMICO

ING. JOAQUIN ORLANDO MACHUCA GOMEZ

VICE-RECTORA ADMINISTRATIVO

DRA. CARMEN ELIZABETH RODRIGUEZ DE RIVAS

SECRETARIA GENERAL

LICDA. ALICIA MAGARITA RIVAS DE RECINOS

FISCAL GENERAL

LIC. PEDRO ROSALIO ESCOBA CASTANEDA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANA

LICDA. MORENA ELIZABETH NOCHES DE ALDANA

VICE- DECANO

LIC. OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS

SECRETARIO

LIC. FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNANDEZ

COORDINADORA DE LA UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACION

LICDA. BERTA ALICIA HERNANDEZ AGUILA

DIRECTOR DE SEMINARIO

LIC. GILBERTO RAMIEZ MELARA

Mónica Beatriz Reyes

AGRADECIMIENTOS

Expreso mis más profundos agradecimientos a todas las personas que me han apoyado, acompañado y fortalecido durante todo el proceso de mi formación académica, con las que quiero compartir este momento de triunfo y a las que dedico la culminación de una etapa de mi vida profesional, muy especialmente:

- A Dios

Por que sin el nunca hubiera culminado mi carrera y por darme la fortaleza para seguir adelante.

- A mis padres:

Secundino de Jesús Reyes
Mayra Beatriz Amaya de Reyes.

Con cuyos consejos oportunos y sabios me supieron llevar por un buen camino, hasta ver fructificar sus esfuerzos en un logro que también es de ellos.

- A mi esposo:

Carlos Orlando Alfaro Posada

Por apoyarme en los momentos más duros y difíciles de mi carrera, dándome aliento y seguridad en mí misma para poder seguir adelante.

- A mi hija:

Stephany Alejandra Alfaro Reyes

Cuya inocencia me ha llenado de alegría para sentirle mucho más sabor a este logro tan esperado.

- A mis hermanas:

Karen Ivette y Mayra Alejandra

Por darme el apoyo necesario con mi hija cuando mas lo he necesitado y por brindarme su comprensión en los momentos difíciles de mi carrera.

- A mis Abuelitas:

Eva Alicia Amaya y Paula Eufemia de Reye

Que estuvieron pendientes de mi carrera para darme valor de seguir adelante.

- A mis tíos, y amigos

Que de una u otra manera me apoyaron y me aconsejaron durante mi carrera.

- A mi compañera de tesis

Pamela Colette Sánchez

Por que de ella he aprendido lo que significa el sacrificio y esfuerzo por Salir adelante. Y he comprobado que todo lo que se quiere se puede lograr.

- A mi mejor amiga.

Lorena Lissette Rodríguez

Por estar conmigo siempre que la he necesitado en las buenas y malas por que es en ella donde se materializa la palabra amistad.

- A mi asesor de tesis.

Muchísimas gracias por la eterna buena disposición, la dedicación, paciencia y esfuerzo realizado durante todo este tiempo.

Gracias por haber sido para nosotras como un ángel que con su apoyo nos ayudo a poder culminar la tesis evitándonos más retrasos.

También por la lucha contra viento y marea durante estos últimos tiempos para que finalmente la tesis llegara a buen puerto.

- Al Secretario de Junta:

Lic. Francisco Alberto Granados Hernández

Por su apoyo y sabios consejos que nos ayudaron a culminar nuestra tesis con éxito.

- A mis primas por haberme apoyado en los últimos instantes del desarrollo de la presentación de mi tesis.
- A mi amiga Claudia Figeac por instruirme en los detalles técnicos de la presentación.

Pamela Colette Sánchez

AGRADECIMIENTOS

A DIOS TODOPODEROSO

Por darme la fuerza de levantarme cada mañana y de continuar en las pruebas más difíciles de mi vida

A MIS PADRES Margoth Cristina Torres de Sánchez
Walter Rene Sánchez Galicia

Por su apoyo incondicional y sus sabios consejos que me permitieron tener la fortaleza de luchar por mis metas

A MI NOVIO Roberto Enrique Peña

Por darme su apoyo y su amor desde el inicio de mi carrera y por ayudarme cuando más lo necesito.

A MI COMPANERA DE TESIS Mónica Beatriz Reyes

Por su comprensión, ayuda y por demostrar el verdadero significado de la amistad.

A MI DIRECTOR DE SEMINARIO Lic. Gilberto Ramírez Melara

Por su esfuerzo, paciencia, invaluable ayuda y por ser un enviado del Dios en la culminación de mi carrera

A MI PROFESOR Lic. José Antonio Martínez

Por su comprensión y por ser mi guía a lo largo de mi carrera.

A MIS AMIGOS Wilber Yánes, Victoria Campos, Eva Peña y Beatriz Vásquez

Por estar siempre conmigo y ayudarme en mis dificultades.

A MIS JEFES Fernando Balmaceda, Lucio Amaya, Andrés Ponce, Paulina Escobar y Lenin Álvarez.

Sin su ayuda no habría sido posible la culminación de mi carrera.

A MIS COMPANEROS DE TRABAJO

Por su comprensión, ayuda y su amistad incondicional

INDICE

Introduccion	I
CAPITULO 1.....	1
PROYECTO	1
1.1 PLANTEAMIENTO Y DELIMITACION DEL PROBLEMA.....	1
1.2 ENUNCIADO DEL PROBLEMA	2
1.3 JUSTIFICACION.....	3
1.4 DELIMITACION	4
1.4.1 DELIMITACION TEMPORAL	5
1.4.2 DELIMITACION GEOGRAFICA.....	5
1.4.3 DELIMITACION EN RECURSOS.....	5
1.5 OBJETIVOS.....	6
1.5.1 Objetivo General.....	6
1.5.2 Objetivos Específicos.....	6
1.6 HIPOTESIS	7
1.6.1 HIPOTESIS GENERAL	7
1.6.2 HIPOTESIS ESPECÍFICAS.....	7
1.6.3 OPERACIONALIZACION DE HIPOTESIS	8
1.7 METODOLOGIA.....	9
CAPITULO 2.....	11
MATRIMONIO.....	11
2.1 GENESIS DEL MATRIMONIO	11
2.1.1 EL MATRIMONIO EN LA EPOCA PRIMITIVA	11
2.1.2 CULTURAS ANTIGUAS.....	12
2.1.3 EL PUEBLO HINDU.....	13
2.1.4 EL PUEBLO EGIPCIO	13
2.1.5 EL PUEBLO PERSA.....	14
2.1.6 EL PUEBLO HEBREO.....	14
2.1.7 PUEBLO MUSULMAN	15
2.1.8 ANTIGUA GRECIA	16
2.1.9 ATENAS CLASICA	16
2.1.10 ROMA	17
2.1.11 ANTIGUO DERECHO ALEMAN	19
2.1.12 EL CRISTIANISMO	19
2.1.13 DERECHO CANONICO.....	20
2.1.14 FRANCIA.....	21
2.1.15 ANTIGUO DERECHO ESPAÑOL	22
2.1.16 DERECHO DE INDIAS.....	23
2.1.17 EL MATRIMONIO EN EL SALVADOR	24
2.2 CONCEPTO DE MATRIMONIO	25
2.2.1 CONCEPCION SOCIOLOGICA DE MATRIMONIO	26
2.2.2 CONCEPTO JURIDICO	26
2.3 NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO	28
2.3.1 TEORIA DEL MATRIMONIO COMO CONTRATO CIVIL	28
2.3.2 TEORIA DE LA INSTITUCION DEL MATRIMONIO	33

2.3.3	TEORIA DEL ACTO DE PODER ESTATAL.....	35
2.3.4	TEORIA MIXTA.....	35
2.3.5	TEORIA DEL MATRIMONIO COMO ACTO JURIDICO CONDICION.....	36
2.4	REQUISITOS PARA LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO	38
2.4.1	REQUISITOS DE EXISTENCIA PARA LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO	38
2.4.2	REQUISITOS DE VALIDEZ DEL MATRIMONIO.	41
2.5	FORMALIDADES PREVIAS QUE DEBE OBSERVAR EL NOTARIO PARA LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO	42
CAPITULO 3.....	45	
IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES	45	
3.1	CONCEPTO	45
3.2	GENESIS.....	46
3.2.1	IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES EN EL DERECHO ROMANO	46
3.2.2	IMPEDIMENTOS EN EL DERECHO INDÍGENA.....	47
3.2.3	IMPEDIMENTOS EN EL DERECHO INDIANO.....	47
3.3	LOS IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES EN EL SALVADOR.....	50
3.3.1	Impedimentos en el Código Civil de 1860.	50
3.3.2	Impedimentos en la Ley Reglamentaria Del Matrimonio Civil de 1880.....	51
3.3.3	Impedimentos en el Código de Familia Salvadoreño	52
3.4	CLASIFICACION DE LOS IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES.....	53
3.4.1	Los Impedimentos dirimentes e impedientes.....	53
3.4.2	Los Impedimentos absolutos y relativos.	54
3.4.3	IMPEDIMENTOS ABSOLUTOS O IMPEDIENTES	55
3.4.4	IMPEDIMENTOS RELATIVOS O DIRIMENTES.....	59
CAPITULO 4.....	64	
DERECHO COMPARADO Y REGIMEN LEGAL.....	64	
4.1	OPOSICION Y DENUNCIA DE IMPEDIMENTOS	64
4.1.1	OPORTUNIDAD EN QUE SE REALIZA LA OPOSICION.....	65
4.1.2	TRAMITE DE LA OPOSICION.....	65
4.1.3	SUSTANCIACION DE LA OPOSICION	66
4.1.4	TRAMITE DE LA DENUNCIA DE IMPEDIMENTOS.....	67
4.2	DISPOSICIONES ESTABLECIDAS EN EL CÓDIGO CIVIL HASTA 1994.....	68
4.3	PROCEDIMIENTO A SEGUIR POR EL NOTARIO ANTE LA DENUNCIA DE IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES	69
CAPITULO 5.....	75	
ANALISIS DE RESULTADOS	75	
5.1	RESULTADO DE LAS ENCUESTAS	75
5.2	RESULTADO DE LA ENTEVISTA DIIGIDA A LOS JUECES DE FAMILIA	88
CAPITULO 6.....	89	
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	89	
6.1	CONCLUSIONES	89
6.2	RECOMENDACIONES.....	91
BIBLIOGRAFIA.....	94	
ANEXOS	96	

INTRODUCCION

El presente trabajo de investigación pretende hacer un análisis sobre el modo de proceder del notario ante la denuncia de impedimentos matrimoniales en El Salvador; este tema resulta de importancia para el quehacer judicial en nuestro país ya que nuestra legislación actual, tanto el Código de Familia, la Ley Procesal de Familia así como el Código Civil y la Ley del notariado, no nos dan un procedimiento detallado sobre las diligencias que deberá seguir el notario cuando se le presente una denuncia de impedimentos durante la celebración del matrimonio, constituyendo esto la situación problemática.

De igual forma, este trabajo contiene la justificación dentro de la cual como punto esencial, mencionamos que si bien es cierto el Código de Familia establece la forma de actuar por parte del funcionario autorizante del matrimonio al recibir denuncia de impedimento, no especifica en el caso del notario como debe proceder puesto que la acción denunciada trae consigo efectos no solo para los presuntos cónyuges si no también para el ejercicio de la función notarial.

Esta investigación contiene además la delimitación tanto Temporal, Geográfica, como de Recursos.

Por otra parte también incorporamos en esta investigación objetivos tanto generales como específicos entre ellos, analizar la actuación posterior del notario cuando tiene conocimiento por denuncia de Impedimento al momento de celebrarse el acto matrimonial.

De igual forma, hemos elaborado tanto hipótesis generales como específicas, así por ejemplo, redactamos la siguiente afirmación: La suspensión del instrumento notarial es de obligatorio cumplimiento para el notario cuando se denuncian impedimentos durante la celebración del matrimonio, luego

efectuamos la operacionalización de las hipótesis para posteriormente continuar con la metodología, la cual la realizaremos mediante el método deductivo

Además, este trabajo contiene un amplio marco de referencia histórica de los actuales impedimentos matrimoniales establecidos en nuestra legislación actual, ya que el origen del porque de dichos impedimentos tiene una profunda raíz socio cultural, este proceso de determinación de impedimentos ve sus inicios desde la época colonial; con lo cual no se descarta las influencias del derecho romano, y del derecho primitivo, a todas estas influencias se une el arraigado cristianismo que ha experimentado América Latina a lo largo de 5 siglos, lo cual se ve reflejado en el diario vivir de la población y por consiguiente en su vida jurídica. De igual manera incluimos un análisis detallado del proceso de transformación que ha tenido la legislación civil –hoy de familia- en los diversos códigos civiles de nuestra republica.

Presentamos también un análisis de la institución del matrimonio, sus requisitos, su historia, su naturaleza jurídica, ya que la adecuada definición de dicha institución se convierte en pilar fundamental para nuestro tema central de investigación porque se encuentra intrínsecamente ligado a los impedimentos matrimoniales.

En el cuarto capítulo de esta tesis, presentamos un reporte de la situación actual del procedimiento en estudio en nuestra legislación familiar para así dar paso al análisis de derecho comparado para poder tener una idea de la magnitud del procedimiento a seguir en otros países como Argentina ante estas situaciones.

Finalmente presentamos el análisis obtenido a raíz de las encuestas y entrevistas presentadas a notarios y jueces salvadoreños así como nuestras propias conclusiones y recomendaciones de un tentativo proceso a aplicar ante este vacío legal que ofrece nuestra legislación.

CAPITULO 1

PROYECTO

1.1 PLANTEAMIENTO Y DELIMITACION DEL PROBLEMA.

El año de 1994 marcó un hito para el Derecho de Familia Salvadoreño, ya que, en ése año, entró en vigencia el Código de Familia, creado según Decreto Legislativo número 677 de fecha 22 de noviembre de 1993, que fuera publicado en el Diario Oficial numero 231 Tomo numero 321 de fecha 13 de diciembre del año en mención , en vista que por medio de dicha normativa se recogían “las tendencias modernas del Derecho de Familia y los imperativos establecidos en la constitución; desglosando todo lo relativo a la familia del ya caduco Código Civil.

El nuevo orden jurídico resultante, trajo consigo el reconocimiento de ciertas actividades en las que participaba el Notario, y las cuales, eran similarmente establecidas en el Código Civil .Una de ellas, es el Matrimonio, que como institución jurídica es una atribución no solo del notario sino también de otros funcionarios distintos de aquél, facultados para la misma actividad: la celebración de matrimonios en la Republica la cual correspondía al Procurador General de la Republica, los Gobernadores Políticos Departamentales y sólo dentro de sus circunscripciones geográficas, los Alcaldes Municipales y los Procuradores Auxiliares Departamentales.

De ahí que, para llevarse a cabo un matrimonio es menester que el funcionario autorizante conozca de antemano las condiciones propias de los contrayentes, de uno y otro sexo, ya que, en el caso del Notario, este como medida previa debe dar lectura y explicar a la pareja que acude ante sus oficios una serie de artículos, a fin de conocer si aquellos padecen de alguno de los

denominados IMPEDIMENTOS, situación que de existir, volvería nulatoria la celebración de dicho acto jurídico.

Sin embargo, hay ocasiones en las cuales al omitirse los impedimentos por parte de los contrayentes al celebrarse el acta previa, o por terceros al momento de celebrarse aquel y procederse a la celebración del matrimonio, algún tercero que asista a la celebración de dicho acto jurídico, puede denunciar la existencia de impedimentos por uno de los presuntos cónyuges, o de ambos. Ante ello, si bien es cierto, el Código de Familia En su artículo 25 establece la forma de actuar por parte del funcionario autorizante, no especifica en el caso del Notario cómo debe este proceder, puesto que la actuación denunciada trae consigo efectos no solo para la pareja , sino que afecta la función notarial.

En vista de que los efectos que dicha denuncia trae consigo, no son lo suficientemente claros en cuanto al Notario, consideramos factible de realizar esta investigación a efecto de dar conocer la manera de actuar, por parte del funcionario que desempeña la función notarial.

1.2 ENUNCIADO DEL PROBLEMA

¿Cuál es el procedimiento que sigue el notario ante la denuncia de impedimentos para la celebración del Matrimonio en El Salvador?

1.3 JUSTIFICACION

El matrimonio, definido en el actual Código de Familia en su Art. 11 como “la unión legal de un hombre y una mujer con el fin de establecer una plena y permanente comunidad de vida”, se puede llevar a cabo por intermedio del ejercicio la función notarial; ya que los notarios son funcionarios autorizados por la ley para celebrar este acto, como así lo establece el Art. 13 en su primer inciso.

Actualmente, existe una gran cantidad de matrimonios que se realizan exitosamente por diferentes notarios del país; no obstante ello, en algunas ocasiones los matrimonios no pueden llevarse a cabo, ni concluirse exitosamente debido a la presencia de causas externas al acto matrimonial y que constituyen los llamados impedimentos tanto impeditivos (Art. 14) como dirimentes (Art.15) los cuales al estar presentes en la celebración del acto en cuestión hacen imposible la continuación del acto.

De igual forma, el Código de familia establece la forma de actuar en el caso de que al funcionario autorizante se le haga saber la existencia de dichos impedimentos, cuando se regula en el Art. 25 el cual literalmente dice: “si cualquier persona denunciare algún impedimento legal o prohibición para contraer matrimonio el funcionario autorizante no procederá a su celebración y con noticia de los interesados remitirá el expediente al juez, a fin de que resuelva sobre la denuncia.”

Si bien es cierto la disposición en comento establece la forma de actuar por parte del funcionario autorizante, no especifica en el caso del notario como debe este proceder, puesto que la acción denunciada trae consigo efectos no sólo para los presuntos cónyuges , sino también para el ejercicio de la función notarial misma, por ejemplo, en la ley no se menciona el estado y / o la condición en que debe quedar el instrumento matrimonial, cuando durante la

celebración de este acto se denuncia un impedimento por alguno de los presentes, pues lógicamente debe redactar alguna cláusula en la que manifieste cual fue el motivo de proceder de esa forma, como se lo ordena a este el Art. 38LN y así poder adjuntarlo con el expediente matrimonial para que oportunamente, sea remitido al juez competente; por otra parte, no establece cual es la manera de actuar del notario sino se comprueba el impedimento, si puede o no celebrar el matrimonio posteriormente; ni tampoco menciona como quedaría redactado el respectivo instrumento en caso de ser comprobado el impedimento.

Por esta razón, estamos realizando esta investigación en la que determinamos de alguna forma cual es el modo de proceder por parte del notario cuando existe denuncia de impedimento al momento de celebrar el matrimonio.

Por todo lo anteriormente expresado, la investigación es importante por que viene a llenar un vacío teórico – práctico pues no existe información al respecto nacional ni internacional sirviendo a motu proprio como documento de consulta para futuras investigaciones semejantes a la presente.

1.4 DELIMITACION

Partiendo del hecho que la presente investigación se centraliza en el modo de proceder por parte del Notario cuando existe denuncia de impedimento al momento de celebrarse un matrimonio, la hemos desarrollado mediante la siguiente delimitacion:

1.4.1 DELIMITACION TEMPORAL

Esta investigación la realizamos en el periodo del bienio comprendido en los años 2003 y 2004, ya que se estima que dos años pueden ser medibles estadísticamente sin afectar otras situaciones que se deriven del fenómeno observado.

1.4.2 DELIMITACION GEOGRAFICA

Esta investigación la dirigimos hacia los Juzgados de Familia del Distrito Judicial de San Salvador, en los cuales se siguieron diligencias de denuncia de impedimentos matrimoniales por ser éstos los competentes para conocer en caso de existir denuncia de impedimento en cuanto a matrimonio se refiera.

1.4.3 DELIMITACION EN RECURSOS.

Para el desarrollo de esta investigación se tomó en cuenta la información de 12 notarios con experiencia en dicha materia, así como también los datos obtenidos de los Juzgados de Familia del Distrito Judicial de San Salvador, todo ello con el propósito de conocer la forma en que debe actuar el notario en caso de denuncia de impedimentos, puesto que como se ha expuesto la actuación denunciada trae consigo efectos tanto para la pareja como para el ejercicio de la función notarial.

1.5 OBJETIVOS

1.5.1 Objetivo General.

- Analizar la actuación posterior que realiza el notario, cuando tiene conocimiento por denuncia de impedimentos al momento de celebrarse el Acto Matrimonial.

1.5.2 Objetivos Específicos.

- Identificar los problemas que afronta el Notario, en el ejercicio de su función, cuando durante la celebración del acto matrimonial se denuncia impedimento sobre alguno de los comparecientes.
- Definir la situación jurídica del instrumento matrimonial, al momento de recibirse la denuncia de impedimento por parte del notario, así como al recibir el expediente matrimonial por parte del Tribunal estableciendo la no existencia de dicho impedimento.
- Recomendar alternativas de solución a los notarios según la práctica y costumbre notarial vigente.
- Proponer un trámite para resolver el problema de la Denuncia de impedimento Matrimonial.

1.6 HIPOTESIS

1.6.1 HIPOTESIS GENERAL

- La suspensión del instrumento notarial es de obligatorio cumplimiento para el notario, cuando se denuncian impedimentos durante la celebración del acto matrimonial.

1.6.2 HIPOTESIS ESPECÍFICAS

- El vacío legal que contiene la ley de familia en materia de impedimentos, dificulta el quehacer del notario cuando existe denuncia de estos al momento de celebrar el matrimonio.
- La anulación del instrumento notarial por autoridad competente será la situación legal aplicable ante la denuncia de impedimentos.
- La desestimación de la denuncia del impedimento por parte de juez competente valida la celebración del acto matrimonial.
- El otorgamiento de un acta notarial como medio de acreditar un impedimento denunciado constituye ser una alternativa de solución para el notario cuando este tiene conocimiento de la existencia de aquel al celebrarse un matrimonio.

1.6.3 OPERACIONALIZACION DE HIPOTESIS

Hipótesis	Variable Independiente	Variable Dependiente
<p>La suspensión del instrumento notarial es de obligatorio cumplimiento para el notario, cuando se denuncian impedimentos durante la celebración del acto matrimonial.</p>	<p>Denuncia de impedimento durante la celebración del acto matrimonial.</p>	<p>Suspensión del instrumento notarial.</p>
<p>El vacío legal que contiene la ley de familia, en materia de impedimentos dificulta el quehacer del notario cuando existe denuncia de estos al momento de celebrar el matrimonio</p>	<p>Vacío Legal del Código de Familia en materia de impedimento</p>	<p>Dificulta la actuación notarial cuando existe denuncia del impedimento.</p>
<p>La anulación del instrumento notarial por autoridad competente será la situación legal aplicable ante la denuncia de impedimentos.</p>	<p>Denuncia de impedimentos.</p>	<p>Anulación del instrumento notarial.</p>

<p>La desestimación de la denuncia del impedimento por parte de juez competente valida la celebración del acto matrimonial.</p>	<p>Desestimación de la denuncia de impedimento por parte del Juez competente.</p>	<p>Validación de la celebración del acto matrimonial.</p>
<p>El otorgamiento de un acta notarial como medio de acreditar un impedimento denunciado constituye ser una alternativa de solución para el notario cuando este tiene conocimiento de la existencia de aquel al celebrarse un matrimonio.</p>	<p>Otorgamiento de un acta notarial que acredite el impedimento denunciado</p>	<p>Constituye ser una alternativa de solución para el ejercicio de la función notarial</p>

1.7 METODOLOGIA

El desarrollo de la investigación requirió el siguiente proceso de organización, con el propósito de alcanzar los objetivos planteados.

La investigación fue apoyada por el método deductivo, por lo que comenzamos con lo más general sobre el matrimonio hasta llegar a lo mas específico, que serian los impedimentos matrimoniales es decir el tema que

nos compete. Además utilizamos algunas técnicas e instrumentos que explican y determinan como la investigación fue desarrollada.

Primero, fue importante considerar diferentes puntos de vista acerca del modo de proceder por parte del notario cuando existe denuncia de impedimento al momento de celebrar el matrimonio, ya que no existe uniformidad de criterios por los mismos Notarios en ejercicio en cuanto a esto se refiere, dado que la ley no lo regula, ni tampoco existe diferentes formas de hacerlo, y por ello, realizamos cédulas de entrevista a informantes claves para poder comprobar nuestras hipótesis y de esta forma darle solución al problema de investigación.

La primera etapa del trabajo, fue recolectada mediante la información documental obtenida de libros, revistas e Internet, entre otros.

En cuanto a la parte práctica del trabajo es decir la parte empírica o trabajo de campo, se tomó en cuenta la opinión de 12 notarios con experiencia acerca del tema de Investigación, así como también de la información obtenida de los Juzgados de Familia del Distrito Judicial de San Salvador.

CAPITULO 2

MATRIMONIO

2.1 GENESIS DEL MATRIMONIO

Trataremos de hacer una breve referencia sobre el desenvolvimiento que ha tenido el matrimonio a través de la historia de la humanidad a fin de señalar su evolución, hasta lograr hoy en día una igualdad jurídica coherente entre los cónyuges y considerarlo como la base legítima y fundamental de la institución familiar.

Resulta sumamente difícil determinar el origen exacto de la institución matrimonial ya que se remonta a los inicios de la existencia del ser humano como ente social.

2.1.1 EL MATRIMONIO EN LA EPOCA PRIMITIVA

En los inicios de la sociedad primitiva, el ser humano se comportó seguramente guiado solamente por sus instintos primarios, ya al realizar un análisis general acerca del comportamiento sexual de los primeros grupos humanos, se ha encontrado una total promiscuidad en al que los hombres se regían únicamente por sus instintos y la satisfacción personal con la pareja que encontraban al alcance de la mano; esta hipótesis es discutida por varios autores, que sostienen que la teoría de la primitiva promiscuidad no es absoluta, ya que por primitiva que sea la cultura, se han encontrado vestigios de un tratamiento sexual selectivo y se aduce al hecho de que los primeros primates tenían este tipo de comportamiento entre las parejas reproductoras.

Los estudios antropológicos y sociológicos del matrimonio en las culturas antiguas arrojan resultados dispares ya que las costumbres y formalismos sociales varían dependiendo de la cultura que se trate y del momento histórico que dicha cultura este viviendo.

En base a lo anterior, la teoría tradicional de la evolución histórica del matrimonio distingue diversas etapas; el matrimonio por grupos que asume a su vez sus variantes, el totemismo y la exogamia que son la prohibición sanguínea y la restricción moral de la tribu para el establecimiento de uniones conyugales, las personas que estaban unidas por lazos de sangre común, no podrían unirse; los varones y hembras de una misma tribu tenían que buscar pareja en otras tribus.

Surge así el matrimonio por raptos, por compra, hasta llegar al consensual, solemne, canónico y a la concepción mixta del acto jurídico matrimonial integrado por su doble naturaleza jurídica como matrimonio acto y como matrimonio estado.

2.1.2 CULTURAS ANTIGUAS

En las culturas antiguas, el matrimonio tuvo su desenvolvimiento en las costumbres la religión y las formalidades especiales propias de cada pueblo la institución de la pareja humana, como matrimonio, se debe, quizá a reglas de convivencia que aparecieron en las sociedades mas avanzadas dentro de un contexto social que requería la permanencia de la pareja.

2.1.3 EL PUEBLO HINDU

Con relación a las costumbres de este pueblo podemos establecer un parámetro similar al común denominador de las culturas antiguas el cual se basaba en el predominio absoluto del hombre sobre los derechos de la mujer. En el código de leyes de Manú, se le daba a la mujer un trato inferior y era sometida a sufrir humillaciones hasta ser considerada un ser impuro así como también establecía que la mujer debía reverencia a su marido como a un dios. El matrimonio tenía como finalidad esencial la procreación de un hijo varón y se llegó a autorizar que en caso de fallecimiento del marido sin dejar hijos, un hermano suyo asegurara la descendencia, permitiéndose incluso que aún viviendo el marido, la mujer infecunda procurara descendencia con un pariente de su esposo. Estas reglamentaciones colocan a esta cultura dentro de las características de los pueblos bárbaros, ya que se aproxima bastante a las relaciones de promiscuidad.

2.1.4 EL PUEBLO EGIPCIO

Según Herodoto, los egipcios establecieron leyes e instituciones muy diferentes a las de los otros pueblos. Las mujeres ejercían el comercio e iban al mercado y los hombres permanecían en su casa tejiendo las telas, teniendo así la familia egipcia muchos rasgos del antiguo matriarcado.

Era costumbre imperante en este pueblo los desposorios entre hermanos y si bien, se practicaba primitivamente la poligamia, se fue poco a poco evolucionando hacia el matrimonio monogámico.

Para D'Aguzzo los egipcios conocieron tres formas de matrimonio: a) el servil en que la mujer quedaba convertida en esclava del hombre a quien se unía; b) el que estaba basado en la igualdad de derechos y una cierta comunidad en los bienes de los cónyuges, y c) un tercero que estaba en posición intermedia con relación a los anteriores y que se fundaba sobre cierta dote que el marido hacía a la mujer.

2.1.5 EL PUEBLO PERSA

Dentro de las costumbres y características peculiares de este pueblo con el matrimonio, podemos destacar además del predominio absoluto del hombre (admitiéndose la poligamia de una manera restringida), el derecho al repudio que este tenía sobre su mujer permitiéndosele incluso tener el derecho de vida y muerte sobre sus hijos. Se fomenta en la legislación persa el matrimonio y se ordena a todos los que conozcan a un hombre célibe que traten de hacerle abandonar ese estado. Lo que llama la atención es la costumbre persa del matrimonio a plazo, es decir por tiempo determinado, vencido el cual los cónyuges pueden renovarlo o no.

2.1.6 EL PUEBLO HEBREO

Las costumbres entre los hebreos estaban basadas en el predominio del hombre, admitían igual que otros pueblos la poligamia y la facultad de repudiar

a la mujer, exigiéndose en tal caso como lo señala el Deuteronomio -"que el marido entregará a la mujer carta de repudio en su propia mano".

Era tal el dominio que se ejercía sobre la mujer en las relaciones conyugales que existían situaciones muy peculiares como por ejemplo: "Entre los hebreos, cuando los hermanos vivieran juntos y muriera alguno de ellos sin tener hijos, la mujer del muerto debía casarse con el sobreviviente, quien estaba obligado a darle un primogénito, que levantara el nombre del hermano fallecido"¹

Se distinguen varias formas de matrimonio como: "a) Matrimonio por captura que era el celebrado con mujeres cautivas tomadas como botín de guerra; b) Matrimonio sabico en el que los hijos son criados en el clan de la madre; c) Matrimonio poligámico y d) matrimonio monogámico: que habría comenzado a practicarse cuando desapareció la poligamia, a fines del siglo IV de la era cristiana"²

2.1.7 PUEBLO MUSULMAN

Se practicaba la poligamia y en el CORAN (libro sagrado de los musulmanes) se destaca con particular referencia el matrimonio y así: " la azora cuarta dedicada a "las Mujeres" autoriza la poligamia en su aleya tercera. En las aleyas veintiséis y veintisiete se establece el régimen de los impedimentos matrimoniales, mandando no casarse con las esposas del padre, expresando además: "...os están vedadas vuestras madres y vuestras hijas, y vuestras

¹ Osorio y Florit, Manuel. Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo 19. Edit. Driskill S.A. Buenos Aires. 1991 Pág. 149.

² Ibidem Pág. 149.

hermanas, vuestras tías y tíos y las hijas del hermano y las hijas de la hermana y vuestras madres..."³

El matrimonio se basaba sobre la potestad marital, la mujer era considerada inferior y era repudiada por esta debiendo pensionarla al disolverse la unión.

2.1.8 ANTIGUA GRECIA.

El matrimonio tenía lugar por compra, pagando el novio al padre de la novia el precio correspondiente, a bueyes o su equivalente. La ceremonia tenía, carácter religioso y familiar.

2.1.9 ATENAS CLASICA

Corrientemente el matrimonio se negociaba por medio de parientes o por casamenteros profesionales, a quienes no les importaba la integración de la pareja, sino la dote que poseía la mujer. El padre entregaba a su hija como aporte al matrimonio una suma de dinero joyas y hasta esclavos como era la costumbre. Estos bienes continuaban siendo de propiedad de la esposa y a ella volvían en caso de separación. Lo que sirvió para desanimar en el marido la compra de la mujer tan frecuentemente utilizada en los tiempos homéricos, tuvo un tratamiento diferente en la época de Pericles.

“En Atenas la edad matrimonial se adquiría al llegar el hombre a los treinta y cinco años y la mujer a los veinticinco y existieron leyes que decretaron la pública infamia contra el celibato. El mismo día de la boda, la mujer debía

³ Ibídem Pág. 149.

entregar al esposo la dote, la que en un comienzo fue limitada, sobre todo, por quien no quiso que en el matrimonio se buscara la acumulación de dos fortunas. Posteriormente la dote fue creciendo en importancia y se declaró que debía ser respetada por los acreedores del marido, no teniendo éste, más facultad que la de administrador, debiendo restituirla en caso de separación o de muerte sin hijos”.⁴ Conservándose el dominio del hombre en las relaciones conyugales, ya que éste ejercía amplias facultades sobre los bienes de la mujer, tanto en su administración, como en su representación familiar.

2.1.10 ROMA

Conforme a las reglas del Derecho Civil aplicables de la Roma antigua, al matrimonio legítimo se le llamaba justae nuptiae o justum matrimonium. Modestino, define el matrimonio como “la unión del hombre y de la mujer, implicando igualdad de condición y comunidad de derechos divinos y humanos”.⁵

En la sociedad primitiva romana, el interés político y el interés religioso hacían necesaria la continuación de cada familia por el bien de los hijos sometidos a la autoridad del jefe. De aquí la importancia del matrimonio, cuyo fin principal era la procreación de los hijos. Y de ahí también la consideración que disfrutaba la esposa en la casa del marido y en la ciudad, en donde por el solo efecto del matrimonio, participaba en el rango social del marido, así como de los honores de que este se encontraba investido y de su culto privado. La mujer entraba a formar parte de la familia civil del marido, quien

⁴ Osorio y Florit, Manuel. Ob. Cit. pág. 149

⁵ Rodríguez Ruiz, Napoleón. Instituciones jurídicas salvadoreñas. Tomo II

tenía autoridad sobre ella, como un padre sobre su hijo y se hacía además propietaria de todos sus bienes.

Durante esta época, el matrimonio requería de cuatro condiciones para la validez del mismo: 1. La pubertad de los esposos, 2. Su consentimiento, 3. El consentimiento del jefe de la familia, 4. El *connubium*; explicando cada uno de ellos, tenemos:

1. Pubertad: Es la edad en que las facultades físicas del hombre y de la mujer están suficientemente desarrolladas para permitirles realizar el principal objeto del matrimonio: tener hijos que perpetúen la familia. Para las hijas a los 12 años y para los hijos, el padre de familia encontraba señales de pubertad mediante un examen corporal que a éstos practicaba.

2. Consentimiento: de los esposos: Las personas que se casan deben consentir libremente, lo cual manifestaban de manera expresa sin la necesidad del consentimiento de sus padres, atendiendo a su calidad de adultos.

3. Consentimiento del jefe de familia: Aplicado para los hijos que se encontraban bajo su autoridad, quienes para realizar algún tipo de acto de obligación deberían contar previamente con el consentimiento del jefe de la familia para ejecutar algo.

4. *Connubium*: Es la aptitud legal para contraer las *justae nuptiae*. Lo primero que se necesitaba es ser ciudadano Romano. Por tanto, en el derecho antiguo estaban privados del *connubium* los esclavos, los latinos, salvo los *latini veteres*, y los peregrinos, excepto concesiones especiales.

2.1.11 ANTIGUO DERECHO ALEMAN

Primitivamente se admitía la poligamia y la repudiación de la mujer, pero posteriormente sufrió transformaciones significativas hasta llegar al matrimonio monogámico.

El matrimonio se diferencia del romano, en que éste se basó en el acuerdo de voluntades que, una vez concluido, no podía disolverse y éste acuerdo de voluntades se materializaba en un contrato que primitivamente sería de compra de la esposa y luego, más espiritualizado, de adquisición del poder o "Mundium" sobre ella. Este contrato se celebraba en el matrimonio legítimo, entre el varón y el tutor de la mujer; a su lado surge el "Friedelehe" o matrimonio libre, contrato que tiene lugar directamente entre los esposos. Se considera históricamente que el pueblo germánico, a diferencia del romano presentaba una austeridad de costumbres familiares, respeto y consideración a la mujer, a pesar de haber sido considerada inferior al hombre como en la mayoría de las civilizaciones antiguas, dándose como excepción como la prohibición del matrimonio entre hombres libres y siervas. Llegamos así hasta la época de Carlomagno a comienzos del siglo IX de la era moderna, en donde se impone el matrimonio eclesiástico, unificándose así la normativa matrimonial alemana con base en el derecho canónico.

2.1.12 EL CRISTIANISMO

El cristianismo ejerció una enorme importancia en la transformación histórica del derecho matrimonial, que se fundamenta sobre la base de la igualdad de la pareja; se le considera una asociación familiar de tan estrechos lazos, basada en amor, la unidad, el respeto, la solidaridad de los cónyuges

etc., y representa una transformación valorativa que se aleja de las tradicionales ideas patriarcales de la antigüedad.

La concepción cristiana del matrimonio se aproxima más a la germánica que a la romana. El matrimonio cristiano, queda fundado indiscutiblemente por la recíproca prestación del Consentimiento de cada uno de los esposos.

Por la importancia e incidencia del Pensamiento cristiano en nuestra era, señalaremos brevemente su organización, formalización y jerarquización porque ciertamente ha sido la Iglesia Católica después de la caída del imperio romano, la que más directamente ha influido sobre la concepción del matrimonio monogámico que hoy conocemos.

2.1.13 DERECHO CANONICO

La iglesia se adjudicó inicialmente un poder jurisdiccional. Como consecuencia de ello, se vio obligada a constituir una legislación sistemática y completa que la apoyara. Impuso ciertas y determinadas reglas a los esposos cristianos, pero hasta el siglo X no tuvo ninguna influencia sobre el régimen civil del matrimonio no obstante en ese mismo siglo la iglesia regula toda la materia de matrimonio e impone la competencia de los tribunales eclesiásticos. El decreto de Graciano (1140) concilia las dos tesis (la consensualista y la que exigía consumación) por cuanto se estableció que el matrimonio precedía el consentimiento, seguido de la consumación. Luego Pedro Lombardo conceptualizó al matrimonio cristiano como el sacramento que los esposos se confieren por acto de voluntad. El concilio de Letrán de 1215, sancionó con excomunión a los esposos casados clandestinamente, aunque el matrimonio continuara siendo válido.

Después el Concilio de Trento de 1563 exigió una formalidad: el cambio del consentimiento realizado in facie ecclesiae: en presencia del párroco de la feligresía de uno de los esposos. Esos ministros del sacramento, son los esposos y el párroco es un simple testigo. Surge en contraposición a estos postulados el movimiento de la reforma protestante que da inicio a un quebrantamiento de los dogmas religiosos cristianos. sobre toda en cuanto a la indisolubilidad y sacra mentalidad del matrimonio.

2.1.14 FRANCIA

A raíz de la revolución francesa de 1789, se da un paso gigantesco en el cambio de las estructuras jurídico-legales existentes así tenemos que al matrimonio se le despojo de su carácter religioso y se le conceptuó civilmente como un contrato, considerándosele como la simple manifestación del consentimiento de los contrayentes.

En 1791 se dicta en Francia una Constitución en la que se miraba al matrimonio como un contrato civil y por que un año mas tarde, 1792 se sanciono una ley admitiendo el divorcio absoluto por mutuo consentimiento y aún contra la voluntad de uno de los cónyuges por incompatibilidad de caracteres.

Sin embargo esta situación no fue duradera. Una década más tarde cuando se discutía el Proyecto de Código Civil francés, Portalis sostuvo que la naturaleza asociaba al hombre por medio del matrimonio a su obra creadora y que las nupcias llevaban implícitas un carácter de permanencia para el logro de su doble fin de organizar la familia y perpetuar la especie.

Y así fue como el Código de Napoleón adoptó una postura transaccional, si bien mantuvo la secularización del matrimonio y admitió el divorcio solamente lo hizo para casos excepcionales, llegándose mas tarde en 1816 cuando cae Napoleón a su total supresión.

Pero con el transcurso del tiempo se suaviza y humaniza la autoridad marital, en el grupo familiar y se produce un fenómeno emancipador con respecto a la mujer y a las relaciones conyugales; con base en la idiosincrasia de cada cultura las legislaciones han observado cambios, que se relacionan muy satisfactoriamente hasta llegar a proclamar la igualdad jurídica de los cónyuges.

2.1.15 ANTIGUO DERECHO ESPAÑOL

Ninguna institución fue tan perfectamente reglamentada como el matrimonio en el Derecho Español. Desde luego debemos sentar como premisa esencial que, como excepción hecha de la época de dominio de los godos en la cual imperó siempre el matrimonio civil, siempre existió únicamente el matrimonio canónico hasta la ley de junio de 1870 que estableció el matrimonio civil al estilo del Derecho Francés.

Bien es cierto que esta ley, no tuvo vigencia más que por cinco años, pues el 9 de febrero de 1875 se dictó otra en la que se daba igual validez que el matrimonio civil al religioso con tal de que éste último se inscribiera en el registro Civil. Se aplicaban pues, dos sistemas: 1) el matrimonio religioso regido por el derecho canónico y 2) el matrimonio civil, por el derecho del mismo nombre. El Código Civil de 1º de mayo de 1889 incorporó en su texto ambos sistemas.

2.1.16 DERECHO DE INDIAS

La política general de España, fue orientada en el sentido de lograr por todos los medios posibles, la fusión de las dos razas, la española y la india. Así como el de evitar a todo trance la fusión con la raza negra o la mulata.

En el Derecho de Indias, la familia no sólo se componía de los ascendientes, descendientes y colaterales “sino también de los indios y esclavos que se encargaban del trabajo” bajo la dirección del jefe de familia español.

De todos es conocido que la poligamia, la promiscuidad y el amancebamiento fueron cosa común a todo lo largo del oscuro y dudoso periodo del coloniaje.

De manera especial, los reyes españoles se preocuparon por reglamentar la institución matrimonial. Siendo esta la célula primordial de la familia, era natural que ocupara un lugar preferente dentro del régimen jurídico indiano.

Resumiendo, podemos afirmar que las bases de aquella reglamentación eran:

1. Libre voluntad para la realización del matrimonio, con el objeto de evitar “coacciones de los virreyes y otras autoridades coloniales”,
2. Se permitía el matrimonio entre españoles y negras y/o mulatas.

3. El matrimonio entre indios fue todo el tiempo estimulado y mantenido como regla general de buen gobierno.
4. Habían reglas especiales de matrimonios de los indios entre sí.
5. Los hijos de familia menores de 25 años necesitaban para contraer matrimonio el consentimiento previo de su padre, y en su defecto, de su madre , abuelos, parientes mas cercanos que no tuvieran interés manifiesto en consentir o negar el consentimiento, y en ultimo lugar, de sus tutores; pero en estos dos últimos casos era necesaria la aprobación judicial.

2.1.17 EL MATRIMONIO EN EL SALVADOR

Antes de la promulgación del Código Civil de 1860 regía en El Salvador, en materia de matrimonio, la ley española la cual fue promulgada en 1812. Desde la independencia hasta 1857 año de la promulgación del Código de Procedimientos Judiciales y de fórmulas no hay ninguna ley salvadoreña que reglamente el matrimonio por ello, había que atenerse a las leyes ya dichas, las españolas. A lo largo de la historia solo se ha encontrado referente ha la institución que estudiamos, la ley 8, del libro IX, Titulo I de la recopilación de leyes del padre Meléndez, dicha ley fue dictada por la Asamblea Nacional Constituyente el 29 de septiembre de 1824 y la cual textualmente dice : “ Todo militar podrá en adelante contraer matrimonio sin mas licencias ni requisitos que aquellos a que están sujetos por las leyes los demás ciudadanos”, eso requisitos no era otros que los establecidos por las leyes españolas, que ya hemos mencionado.

2.2 CONCEPTO DE MATRIMONIO

La palabra matrimonio es de origen latino y se deriva de las raíces latinas matriz (madre) y monium (carga o gravamen) que significa originalmente carga de la madre. Con relación a la etimología de la palabra matrimonio, se tienen diferentes opiniones al respecto; para Santo Tomas de Aquino existen cuatro interpretaciones diferentes así:

- a. de matrem muniens, defensa de la madre;
- b. de matrem monensque, aviso a la madre para que no abandone a su marido.
- c. de matrey nato, por que para el matrimonio la mujer se hace madre;
- d. de monos y materia, cuyo significado es la unión que produce una sola materia.

La palabra matrimonio ha motivado una serie de definiciones e incluso, ha tenido una variedad de sinónimos, conforme las diferentes costumbres y ordenamientos jurídicos; así en el sentido de matrimonio-acto, se emplean también los vocablos nupcias y casamiento-nupcias (del latín nuptiae y éste de nubere, velar) deriva del velo con el cual desde la antigüedad se acostumbró cubrir a la novia durante el acto, y casamiento de casa, en el sentido de hogar. Otros sinónimos de matrimonio, de acuerdo al matrimonio-estado han desaparecido del lenguaje actual. Tales eran consorcio (de cum y sors), que da idea de que se ha de correr una suerte común, y cónyuge (de cum y jugum), yugo común, que señala que las cargas del matrimonio deben soportarse por igual por los cónyuges, palabra de la cual subsisten los derivados cónyuges y conyugal.

Para Modestino "matrimonio es la unión del marido y la mujer y la fusión de toda vida y comunicación del derecho divino y humano".⁶

2.2.1 CONCEPCION SOCIOLOGICA DE MATRIMONIO

Desde el punto de vista sociológico. El matrimonio es, en efecto, una institución social, en cuanto esta gobernado por normas institucionalizadas, o sea, en cuanto marido, mujer y los hijos, conceptualizan posiciones sociales o roles que constituyen expectativas del sistema social integro, para la consecución de funciones que le son propias.⁷

Para Prayones el matrimonio es: "Institución social, mediante la cual se estable la unión entre dos personas de distinto sexo, para realizar la propagación de la especie y los demás fines materiales y morales necesarios para el desarrollo de la personalidad"⁸.

2.2.2 CONCEPTO JURIDICO

Los tratadistas consideran que doctrinariamente al matrimonio se le han dado diferentes significados, de los cuales sólo dos tienen interés desde el punto de vista jurídico. "En un primer sentido, matrimonio es el acto de

⁶ Lagomarsino, Carlos A.R, Salerno, Marcelo U. Ob. Cit Pág. 633

⁷ Zannoni, Eduardo, A. Derecho de Familia tomo I, pág 113

⁸ Chávez Asencio, Manuel F. Op. Cit. pág 69

celebración; en un segundo es el estado que para los contrayentes deriva de ese acto; y en el tercero es la pareja formada por los esposos”.⁹

Debido a la doble naturaleza jurídica de la institución matrimonial, es oportuno señalar que "matrimonio-fuente, es, pues, el acto por el cual la unión se contrae, y matrimonio-estado es la situación jurídica que para los cónyuges deriva del acto de celebración”.¹⁰

Para Montero Duhalt “matrimonio es la forma legal de constitución de la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellas una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos determinados por la propia ley. “¹¹

Nuestra legislación familiar, ha innovado nuestro sistema jurídico al establecer un concepto de matrimonio, tomando en consideración la doble naturaleza jurídica del mismo por lo cual se establece la complementariedad de la institución como matrimonio- acto y matrimonio- estado. En cuanto al matrimonio- acto, es un acto jurídico familiar. Y en cuanto al matrimonio- estado, se trata de una institución- cosa, por cuanto es un régimen legal.

El Art. 11 del Código de Familia regula el concepto de matrimonio de la siguiente manera: “El matrimonio es la unión legal de un hombre y una mujer, con el fin de establecer una plena y permanente comunidad de vida”.

⁹ Belluscio, Augusto C. Derecho de Familia tomo I, págs. 284-285

¹⁰ Ibid, pág 283.

¹¹ Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia. Editorial Porrúa, S.A. 1984. Pág. 97

Luego de haber analizado los conceptos anteriormente vertidos, concluimos que el matrimonio: Es una institución jurídica de carácter público, estable y permanente, que regula la unión entre un hombre y una mujer que conviven para realizar los fines esenciales de la familia como institución social.

2.3 NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO

Con respecto a la naturaleza jurídica del matrimonio, la doctrina nos brinda una serie de teorías, que estudian los diversos matices legales que pretenden explicar la constitución del matrimonio (matrimonio-acto) como el estado de vida que se origina del, (matrimonio- estado).

2.3.1 TEORIA DEL MATRIMONIO COMO CONTRATO CIVIL

En sus orígenes, el derecho romano considero al matrimonio como un contrato consensual, que se perfeccionaba por el consentimiento de los contrayentes, los seguidores de esta tesis se basaron en las opiniones de los canonistas disidentes, quienes promulgaban la idea de separar el contrato civil del sacramento religioso. Este concepto fue elaborado en Francia y constituyo la base de la secularización del matrimonio, producida tras la revolución de 1789, la base de esta concepción radicaba en la necesidad del consentimiento de los contrayentes. Fue decisiva en esta tendencia la influencia del movimiento protestante que negaba el carácter sacramental del matrimonio y los ius naturalistas no católicos. Modernamente esta tesis ha sido sostenida por la doctrina francesa con tratadistas como Pianol, Colin, Capitant, Esta teoría se encuentra dividida entre los que sostienen la concepción contractualista y los

que señalan que se trata de un contrato de derecho familiar ya que no puede ser regulado por las normas de los contratos verdaderos y propios, pues su estructura especial, ligada íntimamente a los fines sociales que el matrimonio se propone, lo distinguiría de todos los demás contratos y justificaría los límites que la ley le impone a la autonomía de la voluntad de los contrayentes.

Gangui señala que “se trata de un contrato de derecho familiar, netamente distinto a todos los otros contratos de carácter patrimonial en cuanto a sus condiciones de existencia y validez, y particularmente la capacidad de los contrayentes, los vicios del consentimiento, la forma y los efectos, que tienen una regulación jurídica propia”.¹²

Los tratadistas Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida, sostienen que aun cuando se le califique de contrato, nunca se olvida de sus profundas diferencias con los contratos patrimoniales, ni la distinción entre el momento consensual de la formación del vínculo y el régimen sucesivo conformado por el estatuto conyugal.

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 es 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 consideran al matrimonio como un negocio jurídico bilateral de orden familiar y de carácter solemne.

Opuesto a estas argumentaciones, Castan Tobeñas manifiesta “si por contrato entendemos un acto creador de obligaciones patrimoniales, el

¹² Chavez Asencio, Manuel F. La familia en el derecho. Editorial Porrúa, México S.A. 1984

matrimonio tiene con el contrato la analogía de ser acto jurídico; pero ni crea obligaciones , pues no hace mas que reconocer y prometer el cumplimiento de los deberes que del matrimonio emanan son de carácter moral no mesurables monetaria mente.

Herbada y Lombardía dicen que “el matrimonio no es un contrato, por la sencilla razón de que es una relación jurídica. El contrato lo será en todo caso la causa del matrimonio, el pacto conyugal. La cuestión de contrato reside en la naturaleza jurídica del pacto conyugal”.¹³

En el contrato la supremacía de la voluntad es la regla; en cambio en el matrimonio se encuentra fuertemente limitada. Desde el punto de vista de su formación, señala las diferencias que existen en los contratos en general, en donde el consentimiento es ilimitado y los vicios del mismo, en relación a la unidad, tienen aplicación diversa en el matrimonio; no existiendo el dolo en el contrato matrimonial . En relación a su objeto, ya se ha dicho, que en los contratos es eminentemente económico. En lo que respecta a la invención de la voluntad también hay diferencias, ya que en los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezcan que quiso obligarse; en general se habla de la intención de los contratantes y del consentimiento, el que esta limitado en el matrimonio.

En cuanto a la disolución, los contratos pueden disolverse por el acuerdo de ambos contratantes. EN el matrimonio la disolución requiere de la sentencia judicial por medio de la cual se declare el divorcio y sus consiguientes efectos jurídicos. Las formalidades y solemnidades en el matrimonio tienen un tratamiento especial; dada la naturaleza jurídica del mismo (matrimonio- acto y

¹³ Ibid, Pág. 43

matrimonio estado). En cambio en los contratos en general como la compraventa valdrá simple y sencillamente por la voluntad autónoma de las partes sin ningún otro requisito, salvo las disposiciones de orden público. Las formalidades en los contratos son un requisito intrínseco y de muy distinto tratamiento, a las formalidades y solemnidades establecidas para la celebración y perfeccionamiento del matrimonio. Además sin estas el matrimonio sería nulo a pesar de la voluntad de las partes, lo que implica una dimensión distinta a la de cualquier otro tipo de contrato, ya que se requiere también de la capacidad de los contrayentes, del consentimiento libre de vicios y demás elementos esenciales que permiten la existencia y validez del mismo. En el Derecho de Familia, el cumplimiento de los derechos y deberes son de orden privativo con relación a los cónyuges, en cambio los derechos y obligaciones que nacen de los contratos civiles pueden cumplirse por terceros.

En el matrimonio se encuentran prohibidos los términos y condiciones que limitan la voluntad de los cónyuges.

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-contrato, afirmando que el matrimonio constituye un estado reglamentado por la ley. Si se quiere decir con esto que el matrimonio no es un contrato como los demás porque la voluntad autónoma de las partes no pueden regular libremente sus efectos ni decidir la disolución o introducir en el modalidades, como puede hacerse en los contratos referentes al patrimonio, no tenemos inconveniente en afirmar que el matrimonio presenta una enorme importancia con relación a los contratos en general por ejemplo: un arrendamiento, una promesa de venta, una constitución de sociedad, etc.

La tesis contractualista ha sostenido que el matrimonio, participa de las características generales de los contratos de adhesión, toda vez que los consortes no pueden estipular derechos y obligaciones distintas de aquellas que imperativamente determina la ley; esta afirmación encuentra oposición cuando la doctrina argumenta que en los contratos de adhesión es una de las partes la que formula todas las cláusulas y consigna los derechos y obligaciones a las que la otra parte se debe adherir, en cambio, en el matrimonio es la ley quien fija con claridad los requisitos para su celebración, así como los derechos y obligaciones que nacen de la comunidad de vida. El Código Civil de 1860 en el Art. 99 establecía que “el matrimonio es un contrato solemne, por el cual un hombre y una mujer se unían indisolublemente por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”. Como podemos observar nuestra legislación civil de 1860 estaba claramente determinada por la teoría contractualista del matrimonio, aun cuando se establecieron solemnidades como requisitos de existencia y validez para su celebración, siguiendo la influencia de la doctrina contractual francesa, hasta el año de 1902, en que fue derogada la anterior conceptualización estableciéndose únicamente requisitos y formalidades para contraerlo, esta disposición se encuentra actualmente derogada por la normativa familiar vigente (Art. 11 del Código de Familia), que nos da un concepto de matrimonio tomando en consideración la moderna teoría de la doble naturaleza jurídica del matrimonio.

Para Zannoni, la concepción contractual civil tradicional “no dejó de mostrar pronto serios reparos, porque aplicaba la idea de contrato no solo al acto constitutivo de matrimonio, sino también a la relación jurídica matrimonial, a diferencia de la concepción contractualista canónica, se advirtió que dejaba libradas las relaciones jurídicas entre los cónyuges, y particularmente la perdurabilidad o la estabilidad de la unión, a los dictados de la autonomía de la

voluntad, esta concepción tradicional llevó a muchas críticas las cuales iban dirigidas a cuestionar la autonomía privada de las relaciones conyugales; es por ello que en este siglo comienza a concebirse una concepción contractual de otros alcances, que distingue al contrato como acto jurídico de la disciplina normativa de contrato, que puede o no estar regida por la autonomía privada o la autonomía de la voluntad.

2.3.2 TEORIA DE LA INSTITUCION DEL MATRIMONIO

Esta teoría se desarrolla en Francia a principios del presente siglo en contraposición a la teoría contractualista, impuesta por el código de Napoleón.

Entendemos por institución en términos generales “el establecimiento o fundación de una cosa”¹⁴, o “el conjunto de reglas creadas por el legislador a los particulares para la satisfacción de intereses colectivos o privados. La institución puede presentarse bajo la forma de una persona moral de Derecho Público”.¹⁵

Aparece por primera vez la tesis institucional del matrimonio en una obra publicada en Lyon en 1877; posteriormente Charles Le Febvre afirma que el matrimonio es una institución, que no pertenece al orden jurídico de los contratos, restándole valor incluso al antecedente de la Constitución Francesa de 1971 pues la expresión contrato civil habría prevalecido, por la tendencia secular del matrimonio.

¹⁴ Chávez Ascencio, Manuel F. Ob. cit. Pág. 46

¹⁵ Diccionario Jurídico Abeledo- Perrot. José Alberto Garrone. Editorial Abeledo Perrot. 1986. Pág. 322

Hauriou “relacionaba la teoría de la institución con la indisolubilidad del matrimonio, afirmando que la consecuencia de la concepción contractual es la disolubilidad del vínculo por todo incumplimiento grave de uno de los esposos”.¹⁶ Esta teoría se basó en el principio de la libertad individual afirmándose que el matrimonio no pertenece al orden jurídico de los contratos porque no se permite a los contrayentes estipular libremente todo cuanto deseen.

Esta tesis presenta al matrimonio como estado de familia y sostiene que en su forma es un acto contractual y en el fondo es un acto institucional por cuanto funda una familia que exterioriza su realidad independientemente de sus componentes. Es decir, que el estatuto de los casados esta por encima de los intereses particulares de los contrayentes.

Bonnecase, al aplicar el concepto de institución del matrimonio señala que “matrimonio es una institución formada de un conjunto de reglas de Derecho, esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos, y por lo mismo a la familia una organización social y moral, que a la vez corresponde a las aspiraciones del momento y a la naturaleza permanente del hombre, como también a las directrices que en todos los dominios proporciona la noción de Derecho. En consecuencia, se comprende que una institución jurídica tan compleja se derive una situación jurídica no menos compleja: el estado de esposos, y no solamente simples relaciones de Derecho más o menos coordinadas entre sí.

¹⁶ Belluscio, Augusto C. Derecho de Familia. Tomo I. Editorial De Palma. Buenos Aires. 1979. Pág 296

2.3.3 TEORIA DEL ACTO DE PODER ESTATAL

El italiano Antonio Cicu expone 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.

Esta tesis es criticada por autores como Bossert y Zannoni cuando sostienen que esta teoría mantiene la supremacía del estado sobre la voluntad de los contrayentes, porque la voluntad de los esposos, no es más que la condición para el pronunciamiento del oficial público

2.3.4 TEORIA MIXTA

Algunos autores sostienen que la oposición entre la teoría contractual y la institucional es más aparente que real. En ese orden de ideas han 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 q 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. Aunque puede sufrir ligeras modificaciones con respecto a su disolución por medio del divorcio consensual. Esta doctrina ha tenido aceptación en las doctrinas modernas.

2.3.5 TEORIA DEL MATRIMONIO COMO ACTO JURIDICO CONDICION

El principal exponente de esta teoría es León Duguit, quien la define como “el acto jurídico 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 permite su renovación continua.”¹⁷

Al referirse Duguit al Derecho Privado, el autor nos expresa lo siguiente:

“En el Derecho Privado tenemos también situaciones semejantes en el matrimonio y en la tutela. Por virtud del matrimonio se condiciona la aplicación de un estatuto que vendrá a regir la vida de los consortes de forma permanente. Es decir un sistema de Derecho en su totalidad puesto en movimiento por virtud de un acto jurídico que permite la realización constante de consecuencias múltiples y la creación de situaciones jurídicas permanentes”.¹⁸

Otros autores sostiene que los actos jurídicos mixtos, como distinción entre los actos jurídicos públicos y privados; en los primeros intervienen los órganos estatales y en los segundos sólo los particulares, en tanto que en 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.

¹⁷ Chavez Ascencio, Manuel F. Ob. Cit. pág. 53

¹⁸ Ídem

Actualmente los autores modernos discuten si el matrimonio es un acto jurídico familiar, por lo tanto esta posición no es incompatible con la del matrimonio- estado. Gran parte de la doctrina opina, apoya esta teoría del matrimonio como acto jurídico familiar con lo que se caracteriza el acto de celebración del matrimonio, 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.

El Art. 11 del Código de Familia, nos da el concepto matrimonio enmarcado bajo el criterio de la doble naturaleza jurídica del matrimonio; ya que al establecerse la unión de ambos cónyuges se genera la continuidad de las relaciones conyugales a través de la unidad de vida permanente que se crea porque conjuga tanto el acto constitutivo, como el estado de vida que se genera de él.

El acto constitutivo del matrimonio, requiere por su importancia pública y privada de ciertos y determinados requisitos especiales para surgir a la vida jurídica, tales como los requisitos de existencia determinados por el consentimiento de los contrayentes, la diversidad de sexos, las solemnidades legales y la presencia del funcionario autorizado por la ley para su celebración. Por otra parte tenemos, los requisitos de validez determinados por el consentimiento libre y espontáneo, la capacidad de los contrayentes o sea la ausencia de Impedimentos legales y que su celebración revista de las formalidades establecidas por la ley.

La variedad de las tesis doctrinales nos dan a demostrar la complejidad del tema, pero a pesar de las diferencias existentes entre ellas hay semejanzas, porque la definición del matrimonio no puede dividirse y

desvertebrarse a tal grado que transforme y cambie su propia naturaleza jurídica, sino que hay que buscar su complementariedad; Valencia Cea, al comentar esta teoría afirma que “ la doctrina moderna enseña que si el matrimonio por su fuente es acuerdo de voluntades, por sus efectos es estado, en virtud de su carácter institucional. Una institución es algo muy superior a un acuerdo de voluntades tanto por sus efectos como por su duración; lo es por sus efectos, porque se ha dicho, no depende de la voluntad de los contrayentes, quienes de ordinario las desconocen en el momento de su celebración, lo que es por su duración, porque aunque el matrimonio se extinga, sus efectos se perpetúan en los hijos habidos en él”¹⁹

2.4 REQUISITOS PARA LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO

La generalidad de los actos jurídicos se constituyen con dos elementos: la voluntad y el objeto. El matrimonio, en casi todas las legislaciones, es un acto solemne ya que además de los dos requisitos anteriores requiere de la solemnidad.

2.4.1 REQUISITOS DE EXISTENCIA PARA LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO

➤ LA VOLUNTAD

El matrimonio es un acto jurídico bilateral que requiere de consentimiento expreso de ambos cónyuges. Esta doble voluntad se manifiesta en dos

¹⁹ Valencia Cea, Arturo. Derecho Civil tomoV. Derecho de Familia, sexta edición editorial Temis, S.A. Bogotá, Colombia, 1988. pág 81

momentos: primero en la solicitud de matrimonio que se presenta ante el funcionario competente; segundo momento en la ceremonia misma de la boda al contestar “sí” a la pregunta del funcionario en el sentido de si acepta como cónyuge a la persona con quien se va a casar. Es en este segundo momento que se configura realmente el consentimiento. La voluntad, por lo tanto, se da siempre en forma expresa y verbal, por comparecencia personal de los consortes o por apoderado especial. El matrimonio es por excelencia un acto libre, por tanto, aun habiéndose expresado previamente la voluntad por escrito a través de la solicitud de matrimonio es necesario, ratificar la misma, verbalmente o a través de otros medios de comunicación de manera inequívoca, en el caso de las personas que no puedan darse a entender de forma verbal y en presencia del funcionario competente. Si en el momento de la pregunta uno de los cónyuges (o los dos) contestaran negativamente, o no contestaran el matrimonio no tendría efecto. Y si el que se negare a contraer matrimonio en el momento de la ceremonia, y constreñido por la violencia o la amenaza del otro cónyuge o de sus parientes otorgara el sí podría posteriormente invocar la nulidad del matrimonio por vicio de la voluntad.

➤ EL OBJETO

Consiste en establecer una comunidad de vida total y permanente entre dos personas de distinto sexo.

La comunidad de vida total y permanente entre los casados implica ayuda mutua, el “socorrerse mutuamente”. Por que la esencia misma del matrimonio, es compartir la vida de la manera más armónica posible, en la cual está implícita forzosamente la ayuda mutua.

➤ LAS SOLEMNIDADES

El matrimonio es por definición un contrato solemne, pues requiere de la intervención de un funcionario autorizado, de ciertas palabras expresas y del levantamiento de un acta en que estén incluidos ciertos requisitos forzosos.

Nuestro Código de Familia en su Art. 27 establece las solemnidades que deben observarse durante la celebración del acto matrimonial por el funcionario autorizante.

Una segunda manifestación de las solemnidades del acto matrimonial, está regulado en el Art. 28 en cuanto al levantamiento del acta respectiva, dicho artículo nos señala detalladamente los requisitos y las formalidades que dicha acta debe contener para poder tener validez y ser posteriormente inscrita en el registro del estado familiar.

Los requisitos anteriormente señalados son auténticamente requisitos de existencia por que sino se cumplen, el matrimonio no se llevara a cabo o si se efectuó faltando alguno o varios de los mismos, el matrimonio no existirá como acto jurídico y no podrá producir las consecuencias jurídicas.

2.4.2 REQUISITOS DE VALIDEZ DEL MATRIMONIO.

CAPACIDAD DE LAS PARTES

En materia de familia se debe entender la capacidad para contraer matrimonio, como la actitud legal en que se encuentra un hombre o una mujer para contraer matrimonio. El Art. 344 Código de Familia establece la mayoría de edad en los dieciocho años. Por lo tanto es necesario que quien quiera contraer matrimonio haya alcanzado dicha edad. Salvo las excepciones legales que aparecen en los Arts. 14 inciso final y 92 del Código de Familia.

Es importante tener en cuenta que también en materia de familia el Art. 33 inciso segundo considera aptos y capaces para contraer matrimonio a una persona que pudiera darse a entender por escrito por lenguaje especializado.

CONSENTIMIENTO

Si el matrimonio, expresa el Art. 12 del Código de Familia, se perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes, expresado ante el funcionario autorizado. Esto hace resaltar la importancia de este requisito para la celebración del matrimonio y de cualquier acto jurídico en general específicamente, en el caso del matrimonio, debe estar libre de vicios: error y fuerza.

OBJETO LÍCITO

El objeto consiste en crear obligaciones. En el matrimonio surgen obligaciones y derechos entre los cónyuges.

CAUSA LÍCITA

La causa es el motivo por el que una persona contrae matrimonio, por lo que la causa lícita se equipara en el matrimonio con los fines de éste, ya que se le considera un acto jurídico familiar (matrimonio- acto y matrimonio-estado), que se formaliza con las solemnidades de su celebración y luego se convierte en una institución permanente que genera una comunidad de vida entre los cónyuges, que buscan además del amor conyugal, la solidaridad, la procreación, el auxilio mutuo, etc.

2.5 FORMALIDADES PREVIAS QUE DEBE OBSERVAR EL NOTARIO PARA LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

a. Manifestación o petición ante el funcionario autorizado, Art. 21 del Código de Familia (efecto jurídico nulidad absoluta: Art. 90. No. 1° del Código de Familia.

b. Concurrencia de por lo menos dos testigos mayores de edad, que sepan leer y escribir el idioma castellano y que conozcan a los contrayentes y secretario, Art. 26 del Código de Familia.

c. Los menores de 18 años que, carecieran de documentos de identidad deberán ser acompañados de dos testigos y de quienes dieren el asentimiento para casarse (Art. 22 Código de Familia).

d. El asentimiento para contraer matrimonio debe constar en instrumento público o privado autenticado, que se agregará al expediente matrimonial. (Art. 22 Código de Familia).

e. Acta prematrimonial, Art. 21 del Código de Familia.

f. Documentos Especiales que se agregarán al expediente matrimonial
Art. 23. Código de Familia

- Instrumento legal en qué conste su edad media.
- Certificación de la partida de defunción de quien fue su cónyuge.
- Certificación de la partida de divorcio o, de la sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del matrimonio,
- Certificación de las partidas de nacimiento de los hijos comunes que reconocerán,
- Constancia médica por una entidad pública de salud, con la que se compruebe que la mujer menor de 18 años, esté embarazada, o de que no lo está la mujer que va a contraer nuevas nupcias, si se encontrare en el caso del Art. 17.

- Certificación de la sentencia ejecutoriada que apruebe las cuentas del guardador y en su caso, el recibo donde conste auténticamente el pago del saldo que hubiere resultado en su contra, y,

- Documento legalizado donde conste el poder especial para contraer matrimonio.

g. Funcionarios autorizados para contraer matrimonio, se elimina el domicilio de uno de los contrayentes como lugar de celebración del matrimonio Art. 13 Código de Familia.

h. Señalamiento del lugar, día y hora para la celebración del acto jurídico matrimonial Art. 24, del Código de Familia.

i. Gratuidad y Exención del Matrimonio (Art. 34, del Código de Familia).

j. publicidad del acto de celebración del matrimonio Art. 27, del código de Familia;

k. Lectura y explicación de los Arts. 11, 12, 14, 16,17, 18,36; y 39, del código de Familia, en el acto de celebración del matrimonio. (Art. 27 C. F)

l. Contrayentes que no se expresan en castellano, o solo pueden darse a entender en un lenguaje especializado. (Art... 33, Código de Familia).

m. Razón firmada y sellada de los documentos de identidad personal de los Contrayentes (Art. 29, del Código de Familia).

n. Matrimonio en articulo Mortis (Art. 32, del Código de Familia).

CAPITULO 3

IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES

3.1 CONCEPTO

El Licenciado Luis Vásquez López, en su libro Estudio del Código de Familia Salvadoreño nos expresa que los Impedimentos matrimoniales pueden conceptualizarse como los obstáculos que la ley pone para que en determinados casos, pueda celebrarse un matrimonio.

Se dice también en doctrina que los Impedimentos matrimoniales “son restricciones legales al Derecho de contraer matrimonio, obstáculos para su celebración que son intrínsecos a la persona de los contrayentes”.²⁰

Guillermo Cabanellas nos expresa su concepto de Impedimentos de la siguiente manera: “Por antonomasia, cualquiera de las circunstancias que hacen ilícito o nulo el matrimonio”.²¹

A su vez Bossert y Zannoni consideran que: "son impedimentos matrimoniales aquellas prohibiciones de la Ley que afectan a las personas para contraer un determinado matrimonio. Se trata de hechos o situaciones jurídicas preexistentes que afectan a uno o ambos contrayentes. Sin embargo, es conveniente señalar que el impedimento no es en si mismo el hecho o situación

²⁰ Méndez Costa y D’Antonio. Derecho de Familia. Tomo I. Editorial Rubinzal- Culzoni. 1990, pág. 86

²¹ Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta. Pág .195

jurídica preexistente, sino la prohibición., que, en consideración a ellos formula la ley”²²

Según nuestro criterio podemos definir a los Impedimentos matrimoniales son situaciones jurídicas que existen con anterioridad a la celebración del acto matrimonial, expresadas de forma taxativa en la ley, en relación a uno o ambos contrayentes y que al ser denunciados antes o durante la celebración del matrimonio impiden la realización del mismo o conllevan un resultado de nulidad al acto matrimonial, siempre y cuando dicho Impedimento sea comprobado.

3.2 GENESIS

3.2.1 IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES EN EL DERECHO ROMANO

El Derecho Romano, admite ciertas causas de incapacidad relativa, fundadas, unas por causa de parentesco y de alianza, otras sobre motivos de moral o de convivencia, y otras, en fin, por razones de orden político. He aquí las más principales:

a) Parentesco: no podían contraer matrimonio entre si, los parientes que estuviesen en línea directa, es decir entre parientes descendiendo unos de otros, encontrándose por ende estaba prohibido hasta lo infinito.

En línea colateral, es decir entre parientes descendiendo de un mismo autor común, el matrimonio estaba prohibido únicamente entre hermano y

²² Méndez Costa y D’Antonio. Manual de Derecho de Familia. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1991. Pág. 99.

hermana y entre personas de las cuales alguna sea hermano de un ascendiente del otro, o sea entre tío y sobrina y viceversa.

b) Afinidad: es decir el lazo que une cada esposo a los parientes del otro esposo. Entre afines, está prohibido hasta lo infinito el matrimonio en línea directa; en cambio en línea colateral, y desde Constantino, solo hubo prohibición entre cuñado y cuñada, manteniendo Justiniano esta disposición.

c) otros impedimentos: desde el origen de Roma, el matrimonio estaba prohibido entre patricios y plebeyos; pero la ley de las XII tablas sancionó esta interdicción. Bastante tiempo después estuvo también prohibido el matrimonio entre ingenuos y manumitidos

3.2.2 IMPEDIMENTOS EN EL DERECHO INDÍGENA.

Había en el Derecho Indígena privilegios en cuanto a los impedimentos para contraer matrimonio, pues mientras los caciques y nobles podían casarse con cualquier persona, para los plebeyos el pueblo en general, el matrimonio estaba prohibido entre parientes consanguíneos así: en línea recta, indefinidamente, en la colateral hasta el cuarto grado, estando también prohibido entre los afines inmediatos o cuñados.

3.2.3 IMPEDIMENTOS EN EL DERECHO INDIANO.

En el Derecho de Indias se legisló de forma minuciosa sobre los impedimentos para contraer matrimonio. Por regla general se establecieron similares Impedimentos a los que estaban ya reconocidos en las leyes castellanas, pero debido a razones especiales, se dictaron disposiciones que creaban impedimentos singulares que tendrían aplicación solo aquí, en

América. Tales eran: “prohibición de matrimonio de los Virreyes, Presidentes, Oidores, Gobernadores, Corregidores, Fiscales, Alcaldes Mayores, y del Crimen y sus Tenientes Letrados, salvo licencia real previa, con mujeres que residieran en su jurisdicción”.comprendiendo esta prohibición a los hijos de los funcionarios mencionados.

Nuestra legislación guardó silencio en cuanto a matrimonio se refiere y fue hasta el año 1857 en que se promulgó el Código de Procedimientos Judiciales y de Fórmula, siendo en éste en el cual nos encontramos con el capítulo 2 que trata de: “ escrituras correspondientes al matrimonio y a la sociedad conyugal “, en el que desde la fórmula primera hasta la undécima, se encuentran modelos de las siguientes escrituras: Escritura de palabra de matrimonio o esponsales, escritura de separación o disolución de esponsales; licencia de padre a hijo para casarse; capitulaciones matrimoniales de capital que introduce el marido al matrimonio; de carta de pago y recibo de dote en virtud de capitulaciones matrimoniales; de carta de dote confesada de aumento de dote; de arras; de dominación esponsalicia, etc.

Posteriormente y con la vigencia del Código Civil de 1860, creado por decreto ejecutivo de 23 de agosto de 1859, publicado en el Diario Oficial del 8 de junio de 1860. El cual estatuye que el matrimonio “es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente “.

De la definición transcrita se concluye: que el matrimonio es considerado como una institución indisoluble; que las finalidades de éste matrimonio son la convivencia, la procreación, y el auxilio mutuo; características todas del matrimonio canónico.

Veinte años después se creó la Ley Reglamentaria del Matrimonio Civil – de 4 de mayo de 1880- en la que aparecen suprimidas las palabras actual e indisolublemente y por toda la vida. En la edición del Código Civil de 1880 la disposición permaneció invariable por que no se tomaron en cuenta ahí las reformas respectivas, posteriores al 1º de marzo de ese año. Y por la ley de 4 de agosto de 1902, fue suprimido el Artículo dando a la Comisión respectiva las siguientes razones:

“El Código Civil de 1880 se limita a definir el matrimonio. Tal definición no solo carece de objeto, ya que no trata el Código de ningún acto con el cual el matrimonio pudiera confundirse, sino que también a juicio de la comisión, es incompleta y defectuosa; razón por la que la Comisión propone la supresión del Artículo 99.

El Código Civil de 1860 reglamentó pues, el matrimonio. Según el régimen introducido por ese Código, el matrimonio estaba limitado por la ley civil solo para las personas que profesaban la religión católica, y era celebrado con arreglo a las solemnidades establecidas por la Iglesia Católica siendo la autoridad eclesiástica la competente para decidir sobre la validez de los matrimonios que se trataban de contraer, o que ya estaban contraídos; y también la que tenía competencia para decidir sobre la existencia de impedimentos, y la dispensa de estos.

De todo el articulado que el Código de familia dedica al matrimonio, se nota el esfuerzo del legislador por incorporar a la jurisdicción del Estado – quitándola de la Iglesia.- la institución matrimonial. Tomando en cuenta la época en que dicha situación se verificó, de innegable hegemonía de la Iglesia, significó un paso trascendente y la iniciación de lo que podríamos llamar el período de transición entre el derecho canónico y el derecho civil para llegar al laicismo del matrimonio.

3.3 LOS IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES EN EL SALVADOR

3.3.1 Impedimentos en el Código Civil de 1860.

El Código Civil de 1860 admitía los mismos impedimentos declarados por la Iglesia Católica en el Derecho Canónico.

Los Art. 105, 119 y 120 de aquel Código no dejan lugar a ninguna duda en lo que respecta a la afirmación que se acaba de sostener. Así el Art. 105 decía: “toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre la validez del matrimonio que se va a contraer o que se ha contraído. La ley civil reconoce como impedimentos para el matrimonio, los que han sido declarados tales por la Iglesia Católica, y toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre su existencia y conceder dispensa de ellos”

El Art. 119 decía: “el matrimonio entre personas católicas se celebrara con las solemnidades prevenidas por la Iglesia y compete a la autoridad eclesiástica velar sobre el cumplimiento de ellas.” Y por ultimo el Art. 120, declaraba

“una ley especial determinara las formalidades y requisitos con que deban contraerse en el territorio de la Republica los matrimonios entre personas que no profesan la religión católica”.

Este Código introdujo un impedimento especial el cual se encontraba regulado en el Art. 106, cuyo texto era el siguiente: “El matrimonio entre personas que fueren afines en cualquier grado de la línea recta, no producirá efectos civiles, aunque el impedimento haya sido dispensado por autoridad eclesiástica”.

Podemos mencionar después de todo lo descrito, que es notable el esfuerzo del legislador por incorporar a la jurisdicción del Estado – quitándola de la de la Iglesia- la institución matrimonial. Tomando en cuenta la época en que se

hizo, de innegable hegemonía de la Iglesia, significó un paso trascendente y la iniciación de lo que podríamos llamar período de transición entre el Derecho Canónico y el Derecho Civil para llegar al laicismo del Matrimonio.

Es evidente la timidez con que los legisladores del 60, acometieron la empresa por demás dura, de arrebatarse a la Iglesia el control absoluto de uno de sus más esenciales sacramentos: el matrimonio

3.3.2 Impedimentos en la Ley Reglamentaria Del Matrimonio Civil de 1880.

Respecto a los Impedimentos, por primera vez el poder civil los estatuyó independientes de los admitidos por la iglesia católica. Los Art. 6 y 7 de esta normativa enumeraban los impedimentos, y respectivamente decían:

“Artículo 6. No pueden contraer matrimonio con ninguna persona:

1. los impúberes
2. los que no se hallen en el pleno ejercicio de su razón
3. los que adolezcan de impotencia física para el concubito de una manera patente, perpetua e incurable.
4. los que se hallen ligados con vinculo matrimonial no disuelto legalmente.
5. los católicos que se hallen ordenados insacris o hayan profesado en alguna orden religiosa”.

“Artículo 7. Tampoco podrán contraer matrimonio entre si:

1. los parientes por consanguinidad legitima o ilegítima, en cualquier grado de la línea recta.
2. los hermanos legítimos o ilegítimos.
3. los adúlteros que hubieren sido condenados como tales por sentencia ejecutoriada.

4. los que hubieren sido condenados como actores, o como actor y cómplice de la muerte del cónyuge de alguno de ellos, aunque no hubieren cometido adulterio”.

Como podemos ver en estos Artículos, los impedimentos estaban regulados de manera independiente de los admitidos por la Iglesia Católica, todo ello tras un esfuerzo realizado por el Poder Civil ya que de esta manera podía hacerse una enumeración taxativa de los impedimentos Matrimoniales tal como se acaban de mencionar cada uno de ellos.

3.3.3 Impedimentos en el Código de Familia Salvadoreño

El Código de Familia, que como ya se ha venido diciendo entro en vigencia el uno de octubre de 1994. Regula los impedimentos matrimoniales, separándolos en Impedimentos Absolutos y Relativos.

Art.14. No podrán contraer matrimonio:

1. Los menores de 18 años de edad.
2. Los ligados por vinculo matrimonial; y ,
3. Los que no se hallaren en el pleno uso de su razón y los que no puedan expresar su consentimiento de manera inequívoca.

No obstante lo dispuesto en el ordinal primero de este artículo, los menores de 18 años podrán casarse si siendo púberes, tuvieren ya un hijo en común o si la mujer estuviere embarazada.

Art.15 No podrán contraer matrimonio entre si:

1. Los parientes por consanguinidad en cualquier grado de la línea recta ni los hermanos;
2. El adoptante y su cónyuge con el adoptado o con algún descendiente del adoptante, o con los hijos adoptivos del mismo adoptante; y

3. El condenado como autor o cómplice del homicidio doloso del cónyuge del otro. Si estuviere pendiente juicio por el delito mencionado, no se procederá a la celebración del matrimonio hasta que se pronuncie sentencia absolutoria o sobreseimiento definitivo.

En el Código de Familia se han omitido algunos de los impedimentos contenidos en las legislaciones anteriores y se ha modificado la terminología debido a los cambios sociales ocurridos con el transcurso del tiempo. Así por ejemplo en el actual Código de Familia ya no se regula como impedimento lo relativo a la impotencia física, tampoco lo relativo a personas que hayan profesado en alguna orden religiosa, y cambia algunos términos pues ya no se consideran a los hermanos como legítimos o ilegítimos, sino que hace una sola definición al impedir el matrimonio entre hermanos y amplía un poco más el alcance de los impedimentos pues incluye también a los adoptados, también en los actuales impedimentos se suprime lo del adulterio por considerarse un termino desfasado.

3.4 CLASIFICACION DE LOS IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES

Los impedimentos matrimoniales son susceptibles de ser clasificados desde varios puntos de vista en tal sentido tenemos:

3.4.1 Los Impedimentos dirimentes e impedientes

Los primeros constituyen un óbice u obstáculo para un matrimonio para un matrimonio válido “erga omnes”; pero, si, el matrimonio se contrajese no

obstante la prohibición de la ley, queda habilitada la acción de nulidad para este matrimonio. En cambio se denominan impedientes aquellos Impedimentos que afectan la regularidad de la celebración del matrimonio, sin provocar su invalidez, pero en caso de contraerse las nupcias, se resuelven en sanciones a los contrayentes y a los funcionarios contraventores. Los Impedimentos dirimentes se han clasificado a su vez en absolutos y relativos, según la prohibición alcance a todas las personas o solamente a algunas de ellas.

3.4.2 Los Impedimentos absolutos y relativos.

Esta clasificación atiende a la extensión del Impedimento en cuanto a las personas a las cuales se aplica. Así son absolutos aquellos que impiden la celebración del matrimonio con cualquier persona. Otros impedimentos representan obstáculos para la celebración del matrimonio; constituyen prohibiciones solo con respecto a determinadas personas comprendidas en dicho obstáculo tales como el matrimonio entre parientes por consanguinidad de cualquier grado de la línea recta, o entre los hermanos, entre el adoptante y su cónyuge, con el adoptado o descendiente de éste; el condenado como autor o cómplice del homicidio doloso del cónyuge del otro.

La regulación de los Impedimentos dentro del acto jurídico matrimonial es importante pues la existencia y validez del matrimonio están subordinados ciertos y determinados requisitos y condiciones que aseguran de una manera eficiente la celebración del mismo y evitan uniones contrarias al orden natural y social, todo esto con la finalidad de proteger la legalidad del matrimonio.

3.4.3 IMPEDIMENTOS ABSOLUTOS O IMPEDIENTES

El Código de familia enumera los Impedimentos absolutos en el Art. 14.

No podrán contraer matrimonio:

- 1º Los menores de 18 años de edad;
- 2º Los ligados por vinculo matrimonial; y
- 3º Los que no se hallen en el pleno uso de sus razones

No obstante lo dispuesto en el ordinal primero de la disposición antes citada el legislador establece: los menores de dieciocho años podrán casarse si siendo púberes, tuvieren ya un hijo en común o si la mujer estuviere embarazada.

A. MINORIDAD

Para tener una mejor comprensión de esta causal de impedimento comenzaremos definiendo el mismo, de acuerdo al art. 345 del código de familia.

Meno de Edad: Son menores de edad toda persona natural que no hubiere cumplido dieciocho años. Incluiría entonces en el caso de el tema que nos ocupa a los impúberes (varón que no ha cumplido 14 años y mujer que no ha cumplido 12 años) y al menor adulto (el que ha dejado de ser impúber pero menor de 18 años) Art.26C.

El Código de Familia en los Arts. 345, 14 No 1, 18 y 92, regula la minoría de edad de una forma especial atendiendo a criterios jurídicos que sostienen la conveniencia del aumento de la edad para casarse, nuestro legislador se ha basado tanto en la realidad nacional, como en las nuevas corrientes modernas

del Derecho comparado, que hacen coincidir la edad para contraer matrimonio con la mayoría de edad.

La enumeración taxativa de los Impedimentos absolutos para contraer matrimonio, prevé dos excepciones a la ley, tratándose únicamente de la minoría de edad; la primera cuando no obstante los menores siendo púberes tuvieren ya un hijo en común y segundo, en caso de que la mujer menor de edad estuviera embarazada, con estas excepciones el legislador ha querido proteger el núcleo familiar ya que si invalidara el matrimonio en unos de estos dos eventos, rompería la unidad familiar y en consecuencia la mujer quedaría totalmente desprotegida, permitiendo la proliferación de los abusos sexuales entre los menores, que requieren de una total asistencia por parte del estado y de la sociedad en general (Art. 344 Código de Familia).

B. VINCULACION ANTERIOR NO DISUELTA.

Este impedimento hace referencia a que uno o ambos cónyuges no se ha divorciado y pretende contraer nuevas nupcias .Para lo cual se hace necesario definir en que consiste el divorcio.

Divorcio: Es la disolución del vínculo matrimonial decretada por el juez. (art. 105 C. Familia.

El segundo numeral del artículo 14 del referido cuerpo de leyes, citado hace referencia a las personas que se encuentran ligadas por vínculo matrimonial no disuelto. Esta prohibición ha sido recogida por todas aquellas legislaciones que consagran como principio matrimonial la monogamia, en oposición a los regímenes jurídicos que, bajo la influencia de la cultura islámica, aceptan la pluralidad de esposas.

En cuanto a este Impedimento lógicamente se conserva en el Código como una consecuencia del carácter monogámico del matrimonio al que alude el artículo 11 del Código de Familia, con la diferencia en cuanto al ordinal cuarto

del artículo 102 del Código Civil que igualmente lo establece, de haberse suprimido la frase “no disuelto legalmente”, que aparece en ese cuerpo legal, por haberse considerado innecesaria.

C. DEMENCIA Y SORDOMUDEZ.

Para comprender mejor este impedimento damos a continuación la definición de estos conceptos.

Demencia, deterioro psíquico debido a una afección orgánica del cerebro que se produce de forma global y progresiva.

Sordomudez: Cualidad de sordomudo (no escucha, ni habla)

El tercer impedimento absoluto hace referencia al pleno uso de la razón para expresar el consentimiento expreso e inequívoco al contraer matrimonio. Esta prohibición es una consecuencia de la esencia del matrimonio. Ya que éste, “como acto libre y voluntario, presupone el discernimiento, por lo que el Derecho comparado coincide en señalar a la demencia, locura., privación de la razón o de la conciencia, como factores que obstan su celebración válida: en algunos casos, se le menciona expresamente como impedimento dirimente, y en otros, solo como un vicio del consentimiento que produce la nulidad del vínculo. Hay controversias con respecto a la determinación de los dementes interdictos o de hecho, existiendo entre ambas realidades solo una diferencia: la carga de la prueba. Diversos supuestos se plantean en atención al problema:

a. La interdicción no es indispensable para la aplicación del impedimento. Si uno de los contrayentes está interdicto, bastará acreditar esa circunstancia para que el matrimonio no se celebre. Si no lo está, su privación del discernimiento (sea permanente o accidental) deberá ser manifiesta para que el funcionario o notario no autorice el matrimonio.

b. Si el interdicto se encuentra en un intervalo lúcido se entiende que no podría celebrarse su matrimonio; en tanto se acredite la declaración de demencia, no se tendrían elementos para la evaluación de una situación tan imprecisa y discutida como el intervalo lúcido, y por la tanto no deberá permitir la celebración.

c. Es importante la ampliación conceptual que significa la privación permanente o transitoria de la razón, con relación a la figura mas limitada de la locura. .

Se comprende así no solo a los que causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona, o administrar sus bienes, sino también a quienes, como consecuencia de alguna sicopatología o afección neurológica no puedan tener la debida comprensión del acto y expresar con plena conciencia su consentimiento, y a los privados accidentalmente del discernimiento por embriaguez, drogas a hipnosis.

La imposibilidad de expresar la voluntad claramente es un impedimento absoluto, que obedece a que la manifestación de voluntad en el matrimonio debe ser libre y expresa, de tal manera que no quede duda de lo que la persona desea realizar y de que conoce lo que está haciendo, es decir, que esté conciente de sus actos. Si la persona puede expresar claramente su voluntad de contraer matrimonio, es capaz de celebrar dicho acto jurídico.

En el Art. 1318C se dispone que: “son absolutamente incapaces, los dementes, los impúberes y los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito.” O sea que no existía la posibilidad de que un sordomudo pudiera casarse en el régimen civil anterior. Pero en la actualidad han aparecido lenguajes especializados que permiten que una persona pueda manifestar de manera inequívoca su voluntad, aunque padezca de una limitación física. Por lo

que la nueva legislación de familia permite el matrimonio de personas limitadas físicamente.

3.4.4 IMPEDIMENTOS RELATIVOS O DIRIMENTES

En al Art. 15 del Código de Familia se hace referencia a los Impedimentos relativos, disponiendo: “No podrán contraer matrimonio entre sí”:

1º Los parientes por consanguinidad en cualquier grado de la línea recta ni los hermanos.

2º El adoptante con el adoptado o con algún descendiente de éste; el adoptado con los ascendientes o descendientes del adoptante, o con los hijos adoptivos del mismo adoptante; y

3º El condenado como autor o cómplice de homicidio doloso del cónyuge del otro. Si estuviere pendiente juicio por el delito mencionado, no se procederá a la celebración del matrimonio hasta que se pronuncie sentencia o sobreseimiento definitivo.

A. PARENTESCO POR CONSANGUINIDAD

Parentesco por consanguinidad: Es la relación de familia que existe entre personas que descienden unas de otras, o de un ascendiente común. (Art. 128 C.F)

Este impedimento afecta dentro del parentesco por consanguinidad en la línea recta a todos los grados, sin distinción entre ascendientes y descendientes, y en la línea colateral hasta el segundo grado que es en el que se encuentran los hermanos.

Este Impedimento con mayor o menor extensión, aparece en todas las legislaciones; se reconoce su fundamento en el denominado tabú del incesto

que constituye uno de los pilares de la formación de la familia monogámica y de la exogamia (prohibición antigua de contraer matrimonio con ascendientes o descendientes).

B. PARENTESCO POR ADOPCION

Parentesco por adopción: Es la relación de familia que se origina entre el adoptado, los adoptantes y los parientes de estos, con los mismos efectos de el parentesco consanguíneo.

Con relación al impedimento de adopción otras legislaciones distinguen la adopción plena y la adopción simple.

En nuestro Código de Familia ya no se hace mención a esta clasificación pues la adopción produce la incorporación del adoptado a la familia de los adoptantes como un hijo matrimonial.

Como la adopción confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen, deben aplicarse respecto al adoptado los mismos Impedimentos que los derivados de la consanguinidad, como lo establece el Art. 15 No 1 Código de Familia.

C. HOMICIDIO DOLOSO DEL CONYUGUE DEL OTRO

Homicidio Doloso, delito que comete con intención, quien da muerte a otra persona. Y de acuerdo al tema que nos ocupa, el que con intención da muerte al cónyuge del otro.

Resulta intolerable y contrario a la moral familiar que se pretenda contraer matrimonio con el homicida o cómplice de uno de los cónyuges. Es este Impedimento donde se palaba la influencia de la moral en las relaciones de familia. Es contrario al orden social la celebración de un matrimonio que se

valió del crimen para dar origen a una nueva familia. He allí, la razón de su prohibición. Por supuesto que debe tratarse de homicidio doloso, quedando por tanto excluidos los casos de homicidios culposos o los casos de inimputabilidad previstos en el Código Penal, e incluso el homicidio ocasionado en legítima defensa; se ha dado un tratamiento especial a estos Impedimentos por considerarlos como simples prohibiciones.

Mientras el juicio por aquel delito esta pendiente, el matrimonio no se puede celebrar, sino hasta después que la sentencia absolutoria queda ejecutoriada o el sobreseimiento sea definitivo.

REGLA ESPECIAL EN EL CASO DE LOS TUTORES

Tutor: Quien ejerce la tutela; el encargado de administrar los bienes de los incapaces y, además, de velar por las personas de los menores no emancipados ni sujetos a autoridad parental y ciertos incapacitados.²³

El Art. 16 lleva el título de regla especial para el caso del tutor y expresa que los tutores no pueden contraer matrimonio con sus pupilos mientras no hayan sido aprobadas las cuentas de su administración.

Con lo cual se quiere proteger al pupilo contra la insolvencia del tutor y se exige que además de aprobada la cuenta, debe estar pagado el saldo que resultare en contra de éste.

Si se viola este precepto, la sanción que se impone al tutor es la pérdida de la remuneración a que tiene Derecho por el ejercicio de la tutela, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurriere en el desempeño de su cargo.

²³. Cabanellas de Torres, Guillermo... p. 392

REGLA ESPECIAL EN CASO DE NUEVO MATRIMONIO

El Art. 17 con el acápite “regla especial en caso de nuevo matrimonio”, dice que la mujer cuyo matrimonio ha sido disuelto, ya sea por muerte de su cónyuge, por divorcio o por anulación, no podrá casarse sino después de 300 días contados desde el fallecimiento o la declaratoria del divorcio o de la declaratoria de nulidad del primer matrimonio. Para evitar la confusión de paternidad y los conflictos emocionales y jurídicos del hijo.

El mismo Código facilita el matrimonio si la mujer comprueba que no esta embarazada o si el divorcio se decretó por separación. Y también por el hecho de que hubiere dado a luz antes del vencimiento del plazo.

EXCEPCION POR MINORIDAD

El Art. 18 plantea otra prohibición, se refiere al asentimiento en las situaciones excepcionales en que se les permite a los menores de dieciocho años contraer matrimonio.

El asentimiento de sus padres, de su tutor o del Procurador General de la República, en los respectivos casos es necesario. Lo novedoso en esta prohibición es que el Procurador dará el asentimiento cuando el menor a casarse fuere huérfano, abandonado o de filiación desconocida; tal disposición tiene por objeto facilitar el matrimonio, pero al mismo tiempo proteger a los menores, de matrimonios inconvenientes o interesados. La verdad es que no siempre será conveniente para el menor contraer matrimonio; en tales casos y con el fin de protegerlo en lo posible, se establece en el Art. 18 del Código de Familia la exigencia y en el Art. 19 los motivos que justifican el disenso, los

cuales son similares a los que el Código Civil contemplaba, con algunas ampliaciones como la afición al consumo de drogas, estupefacientes o alucinógenos.

La sanción para la contravención a las prohibiciones anteriores, es una multa para el funcionario que autorizare el matrimonio, o para el notario o el contrayente mayor de dieciocho años que fueren responsables.

CAPITULO 4

DERECHO COMPARADO Y REGIMEN LEGAL

4.1 OPOSICION Y DENUNCIA DE IMPEDIMENTOS

De acuerdo a Bossert y Zannoni, debe distinguirse “entre la oposición a la celebración del matrimonio propiamente dicha y la denuncia de Impedimentos; de este modo sostienen que tiene un interés legítimo en deducir oposición, el cónyuge de la persona que quiere contraer otro matrimonio, los ascendientes, descendientes y hermanos de cualquiera de los esposos, el adoptante y el adoptado en la adopción simple, los tutores o curadores y la autoridad competente que deberá deducir oposición cuando tenga denuncia de estos Impedimentos”.²⁴

Pero la denuncia de Impedimentos esta abierta a toda persona que, aun careciendo de interés legítimo para deducir oposición, tenga conocimiento de Impedimentos entre quienes pretenden casarse.

La diferencia fundamental reside en que mientras quienes están legitimados para oponerse han de ser parte en el trámite de la oposición, el denunciante se limita a poner en conocimiento el Impedimento a efectos de que la autoridad competente deduzca en su caso la oposición.

²⁴ Bossert y Zannoni. Manual de Derecho de Familia. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina. Pág. 122

4.1.1 OPORTUNIDAD EN QUE SE REALIZA LA OPOSICION

La oposición a la celebración del matrimonio, por cualquiera de los legitimados para promoverla, exige su presentación ante la autoridad competente para celebrarlo.

En la práctica puede resultar sumamente difícil, establecer ante que funcionario debe realizarse la oposición. Esto, entre otros aspectos ha tornado excepcional el trámite de oposición, incluso en las líneas jurisprudenciales de países como Argentina son escasos los precedentes de casos en los que se ha resuelto judicialmente la oposición basada en impedimentos matrimoniales no reconocidos por los contrayentes.

La doctrina recomienda que toda oposición deba deducirse antes de la celebración del matrimonio, o a lo sumo hasta el momento en que se celebra el matrimonio. No puede deducirse oposición antes de los que pretenden casarse hayan comparecido ante el funcionario competente, pues obviamente antes de esa diligencia, no existe intención cierta, exteriorizada, de celebrar matrimonio, ni después que el matrimonio se hubiere celebrado, pues en ese momento solo cabría la acción de nulidad del matrimonio.

4.1.2 TRAMITE DE LA OPOSICION

La oposición puede hacerse verbalmente o por escrito. Quien la deduce tendrá que denunciar sus datos personales, es decir, el nombre, apellido, edad, estado de familia, profesión y vínculo que tiene con el contrayente que esta afectado del Impedimento. Deberá también señalar en que Impedimento funda su oposición y los motivos que tiene para considerar su existencia.

Si el oponente tiene documentos que prueban la existencia del Impedimento, debe presentarlos ante el funcionario competente que celebrará el matrimonio. Si no tiene documentos pero tiene referencias del lugar en que ellos se encuentran, deberá brindar los datos necesarios para producir la prueba del Impedimento.

En caso de que se trate de una oposición hecha verbalmente y no por escrito, el funcionario competente deberá levantar un acta circunstanciada que firmará con el oponente o con quien firme a su ruego para el caso de que este no supiese o no pudiese firmar. Cuando se deduce por escrito, la oposición se transcribe en el libro de actas con las mismas formalidades.

4.1.3 SUSTANCIACION DE LA OPOSICION

Deducida la oposición por la parte interesada, el funcionario público debe poner en conocimiento de ella a quienes pretenden contraer matrimonio. Se trata de un procedimiento de naturaleza administrativa en el cual el funcionario público oirá a quienes pretenden contraer matrimonio, sea que reconozcan o que desconozcan el Impedimento que se ha alegado para celebrar válidamente el matrimonio. El funcionario público dará traslado de la oposición, y si alguno de los contrayentes o ambos, admitiesen la existencia del Impedimento legal, el funcionario público lo hará constar en acta, y se abstendrá de celebrar el matrimonio.

Puede suceder que quienes desean contraer matrimonio no reconozcan la existencia de Impedimento; es decir, que al contestar el traslado controviertan la existencia del Impedimento y pretendan, no obstante, celebrar su matrimonio. En este caso, el funcionario público debe limitarse a tomar la declaración de los

que pretenden contraer matrimonio, o recibir la presentación escrita que éstos hiciesen ante su oficina dentro de los tres días siguientes al de la notificación, levantar un acta remitiéndola al juez competente, con copia autorizada de todo lo actuado con los documentos presentados, suspendiendo la celebración del matrimonio.

A partir de este momento el trámite de la oposición deja de ser de naturaleza administrativa y se transforma en un proceso jurisdiccional, de modo que la oposición se tramitará en juicio verbal, actuado e informativo, con la intervención del Ministerio Público.

Mientras se sustancia la oposición ante el juez competente el funcionario competente no debe celebrar el matrimonio. Dictada la sentencia que, en su caso, desestime la oposición deducida, y pasada aquella en autoridad en cosa juzgada, el matrimonio podrá tener lugar dejando constancia el funcionario competente al margen del acta de matrimonio de la parte dispositiva de la sentencia.

4.1.4 TRAMITE DE LA DENUNCIA DE IMPEDIMENTOS

Si otras personas a quienes la ley no reconoce interés legítimo en oponerse pusiese en conocimiento del funcionario competente la existencia de Impedimentos, se trata, de una mera denuncia. En este caso, el notario o funcionario competente se limitará a remitir la denuncia al Juez quien dará vista al Ministerio Público. Este, deducirá la oposición o considerará que la denuncia es infundada.

En ningún caso el denunciante es parte en el trámite, a diferencia de lo que sucede en la oposición.

4.2 DISPOSICIONES ESTABLECIDAS EN EL CÓDIGO CIVIL HASTA 1994

Nuestro Código Civil establecía el proceso para la denuncia de Impedimentos matrimoniales de la manera siguiente:

En el Art. 123 establecía “Toda persona mayor de dieciséis años podía denunciar ante el notario o funcionario competente que ha de autorizar el matrimonio, los Impedimentos legales que afecten a los contrayentes.

Además establecía en el Art. 124 que dicha denuncia se podría realizar en forma verbal o por escrito; si la denuncia se hiciera verbalmente ante un alcalde municipal, este recibirá incontinenti al denunciante, declaración jurada sobre ella y la remitirá a la autoridad que este conociendo del matrimonio. (Art. 125)

Al día siguiente de concluido el termino señalado en los edictos, los alcaldes de los lugares en donde se hubieren fijado, remitían al funcionario competente los escritos de denuncia de Impedimentos que les hubieran sido presentadas y las declaraciones que hubieran recibido.

Se establecía que solo podían ser denunciados los Impedimentos establecidos expresamente en la ley.

La denuncia de cualquier Impedimento legal hecha en tiempo oportuno produciría el efecto de suspender el matrimonio, hasta que fuere declarada su improcedencia o falsedad. (Art. 128)

Transcurridos quince días después de la publicación de los edictos en los casos a que hubiere lugar, el funcionario competente agregaba al expediente matrimonial las denuncias de Impedimento que se le hubieren remitido y las hacía saber, juntamente con los que el mismo hubiere recibido, a los pretendientes, manifestándoles que dentro de los ocho días subsiguientes a la notificación pueden recibirse las pruebas que quiere aducir el denunciante si lo solicitare, procediendo en todo gubernativamente y decidiendo, pasado dicho término, sobre si puede o no celebrarse el matrimonio (Art. 129)

De la misma forma procedía el alcalde que hubiere recibido de parte del notario que va a autorizar un matrimonio, las denuncias de Impedimentos que éste le hubiere remitido. (Art. 130).

Ejecutoriada la resolución que declaraba la inexistencia del Impedimento el funcionario a quien competía autorizar el matrimonio, procedía a su celebración.

4.3 PROCEDIMIENTO A SEGUIR POR EL NOTARIO ANTE LA DENUNCIA DE IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES

La denuncia de impedimentos matrimoniales sigue un procedimiento uniforme, a excepción del matrimonio entre menores de edad el cual sigue un proceso previo llamado disenso, dicho proceso se explica a continuación.

En el caso del matrimonio a celebrarse entre menores de edad, se vuelve requisito el consentimiento de los padres o quienes ejerzan la autoridad parental y en ultima instancia por representación del Procurador General de la Republica cuando sea huérfano, no tenga ascendientes o sea de filiación desconocida.

Los padres del menor o su representante legal podrán expresar su negativa a que dicho menor contraiga matrimonio por medio del disenso de acuerdo a las causales establecidas en los literales a) al d) del art. 19 Código de Familia.

En el caso de presentarse el disenso ante un posible matrimonio entre menores, en el Código Civil Argentino en sus artículos 408 y 409 se establece que el proceso a seguir será el mas breve que la legislación actual disponga, en el caso de El Salvador, este seria un juicio verbal, para así obtener una pronta resolución para evitar perjuicio en el menor afectado.

El Código civil argentino en sus artículos 411 al 418, nos da una explicación detallada del procedimiento a seguir tanto por parte del notario, de las posibles partes afectadas, como del Juez competente en cada caso.

Este procedimiento se sigue de manera uniforme para la denuncia de la mayoría de impedimentos matrimoniales a excepción del matrimonio entre menores de edad el cual sigue un proceso previo arriba descrito.

ARTÍCULO 411.- Causas de oposición. Sólo pueden alegarse como motivos de

Oposición los impedimentos establecidos por ley.

La oposición que no se funde en la existencia de alguno de esos

Impedimentos debe ser rechazada sin más trámite.

En primer lugar, el procedimiento a seguir para ventilar impedimentos matrimoniales tiene el carácter de taxativo, se deben aceptar como causas de oposición a la celebración del matrimonio solo las expresamente establecidas en la ley, ningún proceso deberá iniciarse ni de oficio ni a petición de parte por alguna causa ajena a las que registra nuestra legislación familiar.

ARTÍCULO 412.- Derecho de deducirla. El derecho a deducir la oposición a la Celebración del matrimonio por razón de impedimentos compete:

- a) Al cónyuge de la persona que quiere contraer otro matrimonio.
- b) A los ascendientes, descendientes y hermanos de cualquiera de los futuros Cónyuges.
- c) Al adoptante y al adoptado en la adopción simple.
- d) A los tutores y curadores.
- e) Al Ministerio Público, que debe deducir oposición cuando tenga conocimiento de esos impedimentos.

Este artículo se refiere a que el derecho de acción para deducir impedimentos matrimoniales no es público, este derecho compete solo a las personas directamente afectadas por el potencial matrimonio y en última instancia al Ministerio Público quien podrá iniciar de oficio un procedimiento de esta naturaleza siempre y cuando tenga conocimiento del impedimento en cuestión.

ARTÍCULO 413.- Ante quién y cuándo se deduce. La oposición debe deducirse

Ante el oficial público que intervenga en la celebración del matrimonio, desde que se hayan iniciado las diligencias previas hasta el momento de la celebración.

Este artículo nos da el margen temporal en que se puede presentar la denuncia, lo cual se limita desde las diligencias prematrimoniales, que en nuestra legislación se podría deducir como el acta prematrimonial y diligencias previas a la celebración del matrimonio Art. 21-28 Código de Familia.

El art. 25 del Código de Familia, nos establece de una manera general el único procedimiento que nuestra legislación prevé para la denuncia de impedimentos matrimoniales, el cual someramente establece que ante la denuncia de

impedimentos durante la celebración del matrimonio, el funcionario competente no procederá a su celebración y remitirá el expediente ante el juez competente.

ARTÍCULO 414.- Formalidades. La oposición se hace verbalmente o por escrito

Expresando:

- a) El nombre y apellido, fecha de nacimiento, número de documento de identidad, estado civil, profesión y domicilio del oponente.
- b) El vínculo que lo liga con alguno de los futuros cónyuges.
- c) El impedimento en que funda su oposición.
- d) Los motivos que tiene para creer que existe el impedimento.
- e) Si tiene o no documentos que prueben la existencia del impedimento y sus referencias. Si el oponente tiene documentos, debe presentarlos en el mismo acto.

Si no los tiene, debe expresar el lugar en donde están y detallarlos, si tiene noticia de ellos.

Si la oposición se deduce verbalmente, el oficial público debe levantar acta circunstanciada, que debe firmar con el oponente o con quien firme a su ruego, si aquél no sabe o no puede firmar. Cuando se deduce por escrito, se debe transcribir en el libro de actas con las mismas formalidades.

Este artículo amplía lo establecido en nuestro art. 25 del Código de Familia, ya que establece la forma en la que puede denunciarse un impedimento, la cual puede ser verbal o escrita; la relación que el oponente debe hacer de su derecho de acción para denunciar el impedimento; y la manera en la que puede presentar la prueba oportuna para iniciar el trámite de denuncia de impedimentos ante el juez competente.

Este artículo también amplía lo que establece nuestra legislación familiar, ya que define el tipo de acta a levantarse, que en nuestro caso podría traducirse

como una suspensión de acta de matrimonio donde se especifique el motivo de dicha suspensión ya que debe esperarse la decisión final del juez quien es, en ultima instancia, quien decide o no, si el matrimonio podrá proceder a celebrarse.

ARTÍCULO 415.- Vista. Deducida en forma la oposición, el oficial público que deba celebrar el matrimonio debe dar conocimiento de ella a los futuros cónyuges.

Si alguno de ellos o ambos aceptan la existencia del impedimento, el oficial público lo debe hacer constar en acta y no celebrar el matrimonio.

Ante la denuncia de impedimentos durante la celebración del matrimonio, se presentan dos posibles escenarios: que uno o ambos conyugues acepten la veracidad de los impedimentos o que no lo acepten; en el primer caso, se procederá a la suspensión del instrumento matrimonial y sin mayor tramite, se suspende la celebración de dicho matrimonio.

ARTÍCULO 416.- Contestación. Si los futuros cónyuges no reconocen la existencia del impedimento, deben expresarlo ante el oficial público dentro de los

tres (3) días siguientes al de la notificación. Aquél debe levantar acta y remitir al tribunal competente copia certificada de todo lo actuado con los documentos presentados, suspendiendo la celebración del matrimonio.

Los tribunales deben sustanciar y decidir la oposición por el procedimiento más breve que prevea la ley local, y, consentida o ejecutoriada la sentencia, remitir

testimonio de ella al oficial público.

En el caso que los futuros conyugues no reconozcan el impedimento denunciado, estos tienen 3 días (hábiles) para expresarlo mediante acta, en este caso el notario celebrante debe remitir el expediente ante el tribunal competente; si seguimos la regla de el proceso mas breve que prevea la

legislación tal y como establece el Código Civil argentino; un proceso para ventilar impedimentos matrimoniales deberá presentarse ante un Juez de Paz y deberá seguirse un Juicio Verbal , para, de esta manera, contar con un resolución del juez a la brevedad posible.

ARTÍCULO 417.- Efectos de la sentencia. Recibida por el oficial público el testimonio de la sentencia que desestima la oposición, debe proceder a la celebración del matrimonio.

Si la sentencia declara la existencia del impedimento que funda la oposición, no puede celebrarse el matrimonio.

Tanto en un caso como en el otro, el oficial público debe anotar al margen del acta la parte dispositiva de la sentencia.

Este artículo establece que no se levantara instrumento aparte del que se suspendió ante la denuncia del posible impedimento, tanto en el caso como que la posición sea desestimada o que dicho impedimento exista, se marginara el acta matrimonial original.

ARTÍCULO 418.- Denuncia de impedimentos. Cualquier persona puede denunciar ante el Ministerio Público o ante el oficial público que celebre el matrimonio, la existencia de alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 405.

Presentada la denuncia ante el oficial público, éste la debe remitir al tribunal competente, el que dará vista al Ministerio Público. Éste, dentro de tres (3) días, debe deducir oposición o manifestar que considera infundada la denuncia.

Aunque solo las personas directamente afectadas con el potencial matrimonio tienen lo que podríamos llamar “derecho de acción”, cualquier persona que tenga conocimiento de un impedimento puede denunciar ante el Ministerio Publico el cual deberá iniciar el procedimiento correspondiente de oficio por el derecho de acción que la ley le reconoce.

CAPITULO 5

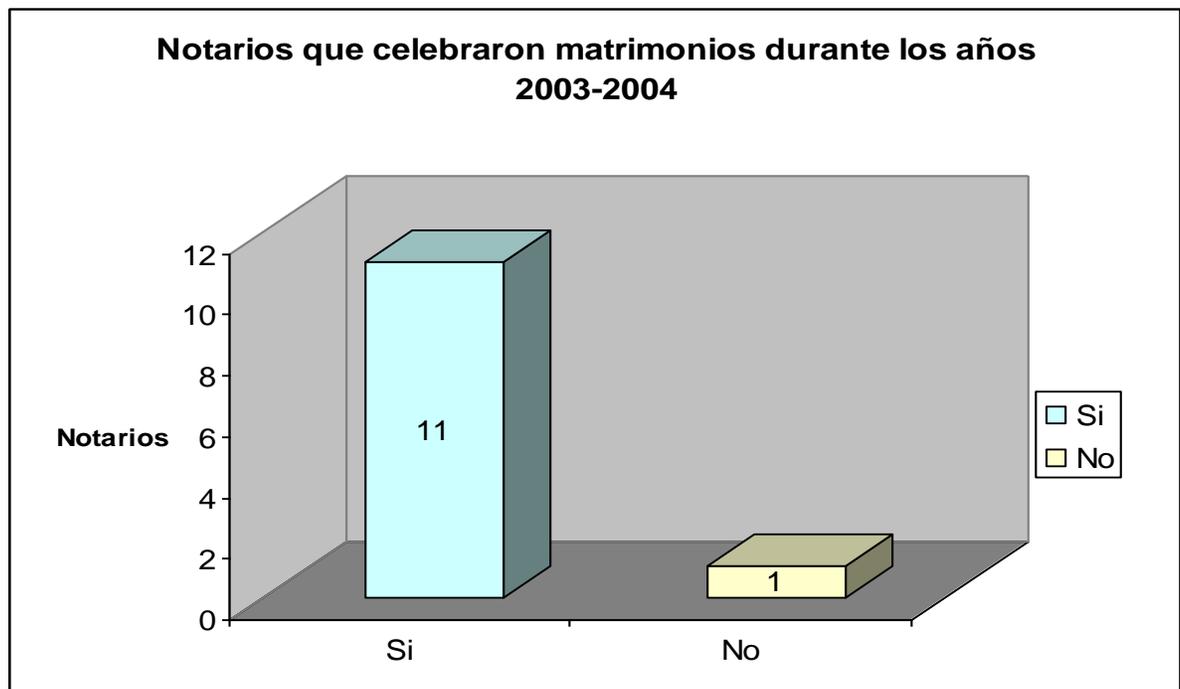
ANALISIS DE RESULTADOS

Este es el resultado obtenido de encuestas realizadas a doce Notarios de la Zona Metropolitana de San Salvador, y de los jueces de Familia del distrito Judicial de San Salvador los cuales fueron tomados como muestra para conocer acerca del tema que nos corresponde.

De la muestra de las encuestas realizadas a notarios, y entrevistas a jueces, ejecutada en la Sección del Notariado y en la Corte Suprema de Justicia respectivamente podemos deducir lo siguiente:

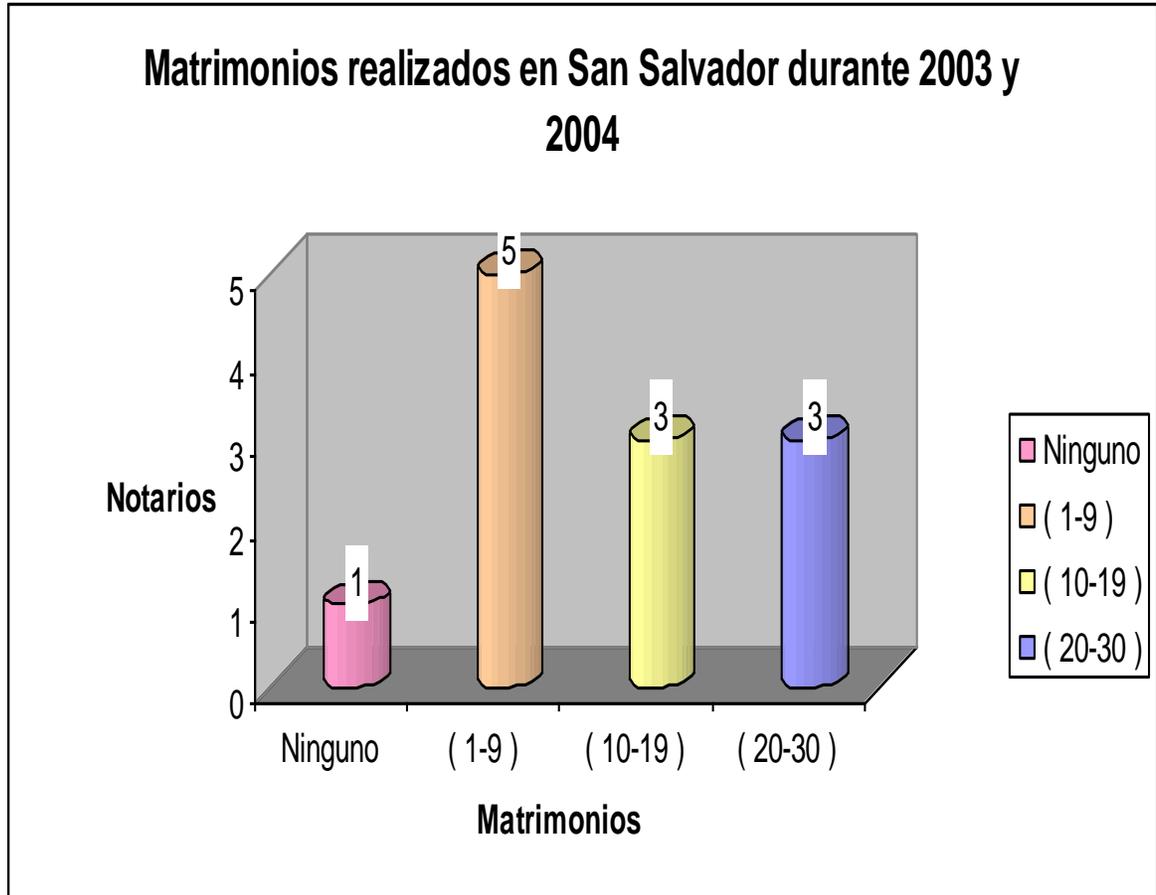
5.1 RESULTADO DE LAS ENCUESTAS

GRAFICO N° 1



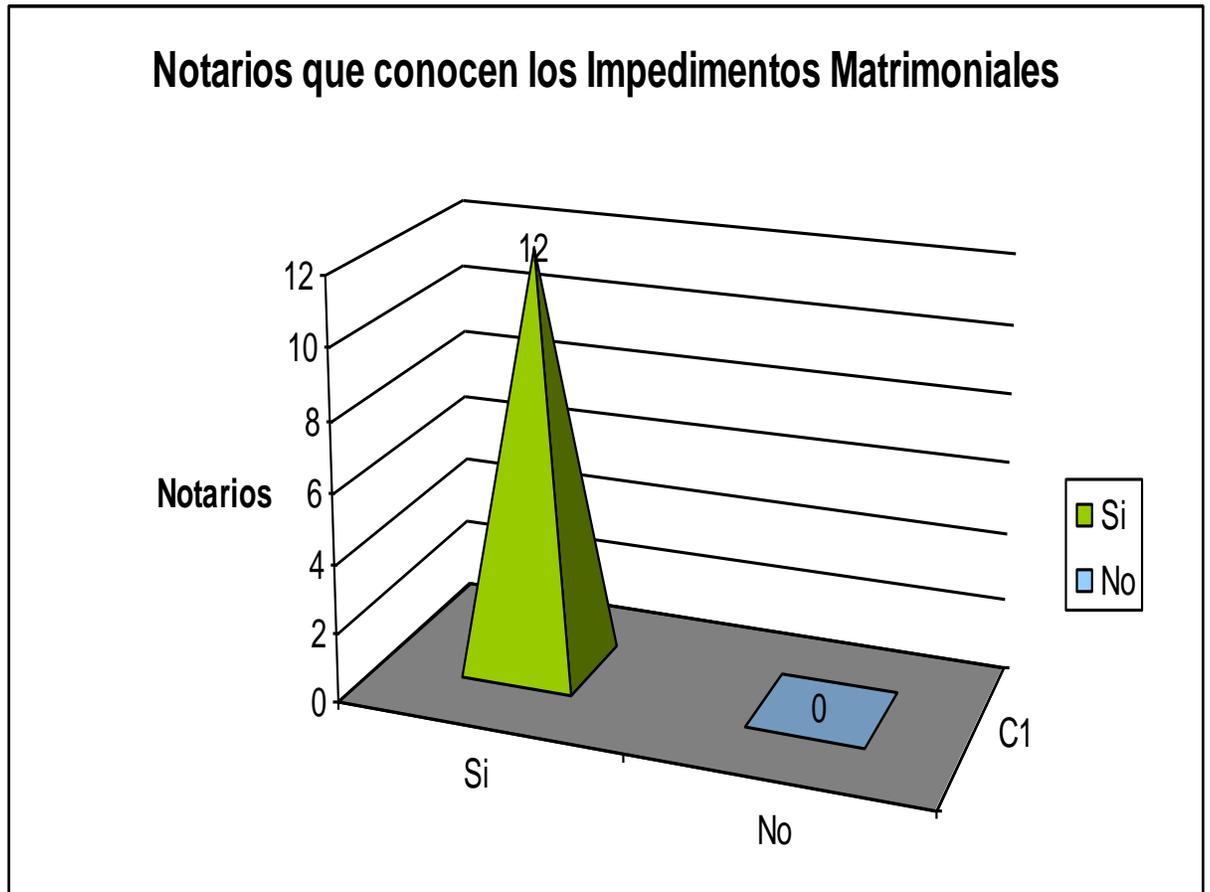
En el gráfico N° 1 Mostramos la cantidad de notarios que celebraron matrimonios Durante los años 2003 y 2004 a lo cual el resultado de las encuesta reflejó que durante este periodo 11 notarios habían celebrado matrimonios y 1 no había celebrado ninguno.

GRAFICO N° 2



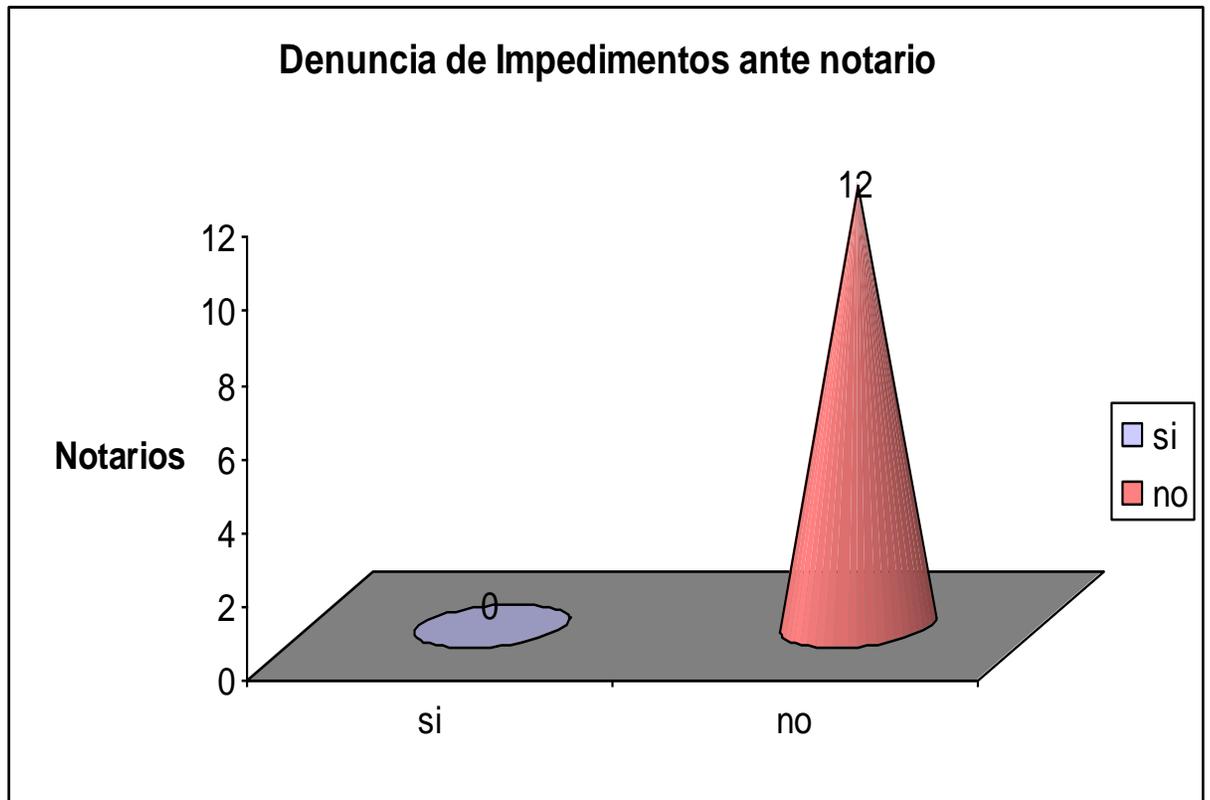
En el gráfico N° 2 reflejamos la cantidad de matrimonios que se realizaron durante los años 2003-2004 Obteniendo como resultado lo siguiente: 1 notario no celebro ningún matrimonio; 5 notarios celebraron de uno a nueve matrimonios; 3 notarios celebraron de diez a Diecinueve matrimonios; y los últimos 3 celebraron aproximadamente de veinte a treinta matrimonios durante los años 2003-2004.

GRAFICO N° 3



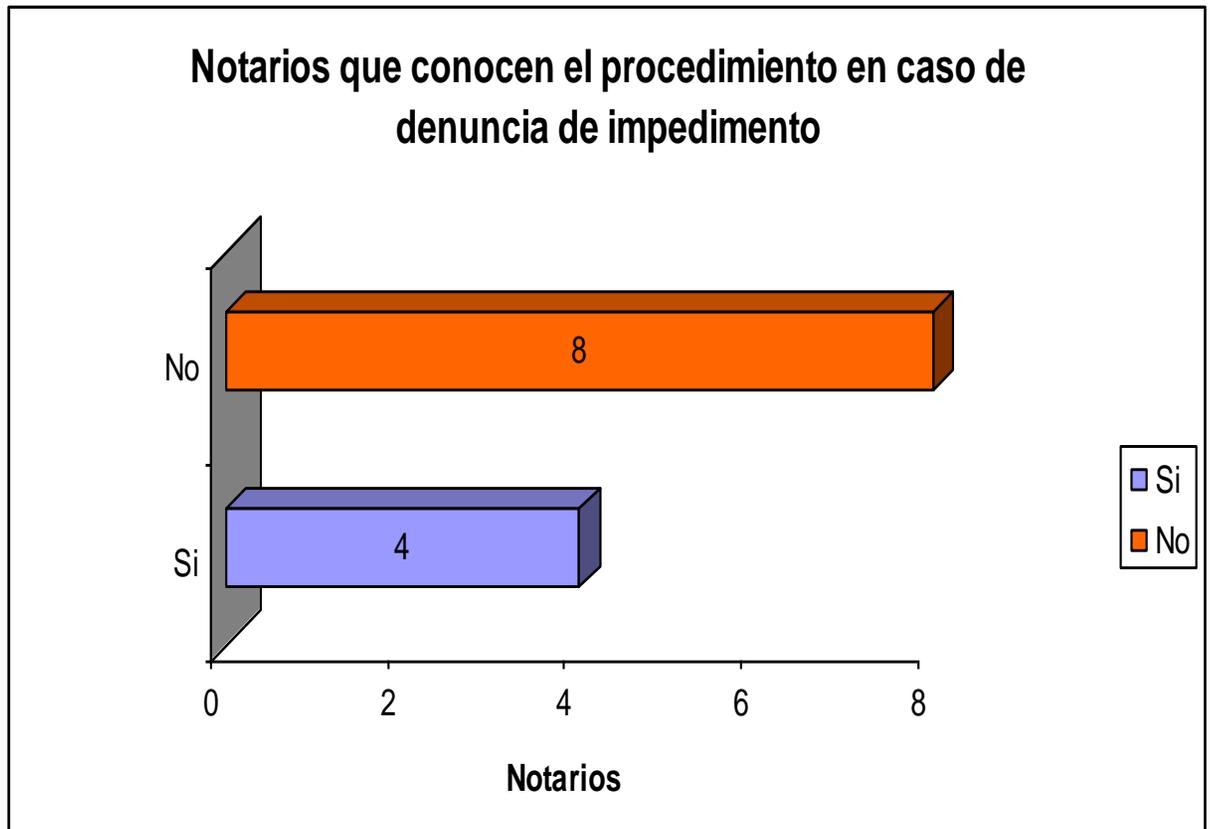
El grafico N° 3 refleja el numero de notarios que conocen los impedimentos matrimoniales a lo que los 12 notarios encuestados respondieron que si conocían los impedimentos matrimoniales.

GRAFICO N° 4



En el campo notarial, la celebración de matrimonios constituye una de las practicas mas comunes ya que de todos los notarios encuestados, en su mayoría respondieron haber celebrado matrimonios durante los años 2003 y 2004, mas no se observa de la misma manera que durante la celebración de dichos matrimonios se hayan presentado algún tipo de impedimentos matrimoniales, tal como lo demuestran las encuestas ya que de los 12 notarios encuestados a ninguno se le ha presentado denuncia de impedimentos durante la celebración del matrimonio.

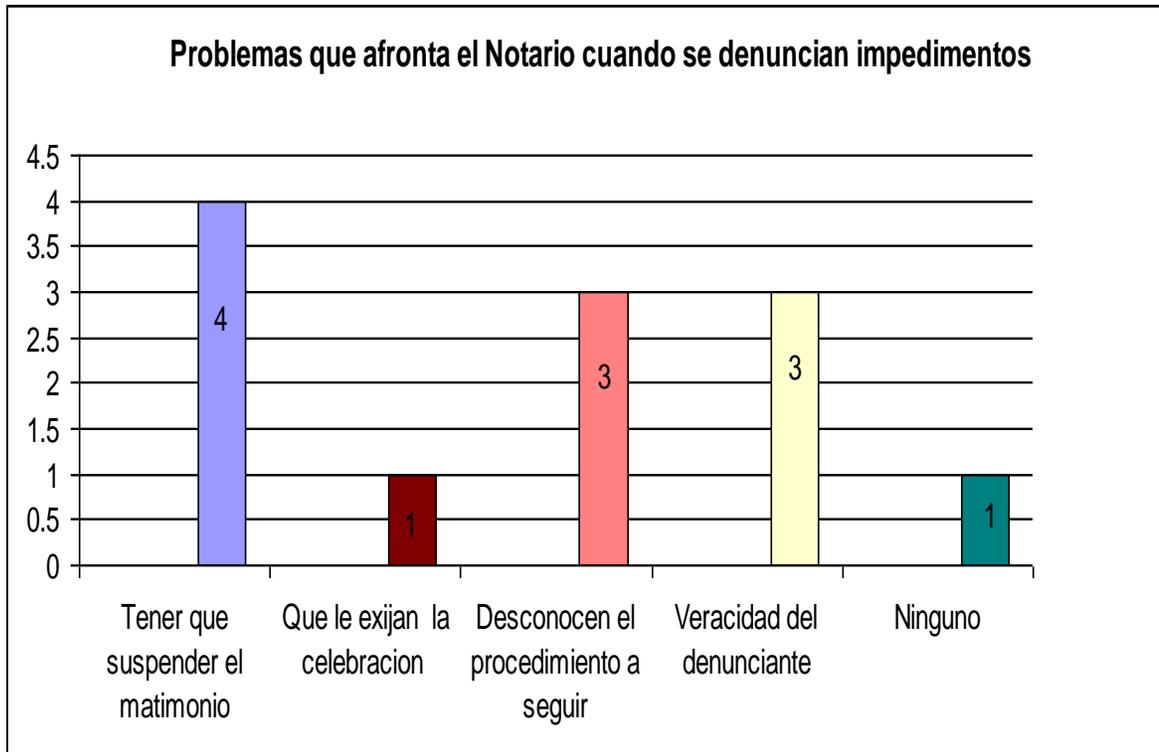
GRAFICO N° 5



El grafico N° 6 refleja el número de notarios que conocen el procedimiento que sigue el Notario en caso de denuncia de impedimento durante la celebración del matrimonio.

De los 12 Notarios encuestados 8 contestaron que no conocían el procedimiento a seguir y 4 notarios mostraron conocimiento del procedimiento, mas este conocimiento se muestra de una manera literal y no empírica, ya que en la práctica este tipo de eventualidades rara vez se presentan en el quehacer diario del notario.

GRAFICO N° 6



Los notarios encuestados también expresaron los posibles inconvenientes que se les podrían presentar ante la denuncia de impedimentos matrimoniales durante la celebración del matrimonio, de entre los problemas 4 notarios destacan el hecho de tener que suspender la celebración del matrimonio civil, ya que ha sido un acto que se ha preparado con antelación y un hecho como este acarrea inconvenientes al notario en la medida que se ve afectado el instrumento que este lleva preparado y revisado y el cual ya esta adscrito a su respectivo protocolo . 1 Notario manifestó que otro problema seria que los contrayentes le exigieran la celebración del matrimonio si el denunciante no le presenta pruebas. 1 notario respondió que no existe ningún problema cuando se denuncian impedimentos Matrimoniales.

3 notarios expresaron que otro inconveniente que podría presentárseles ante una situación de denuncia de impedimentos matrimoniales constituye el desconocimiento que estos presentan ante el adecuado procedimiento que debe seguirse tanto frente a la situación jurídica del instrumento matrimonial que en ese momento ya está preparado, como frente al proceso a seguir frente al tribunal competente ya que el art. 25 del Código de Familia establece que deberá remitirse el expediente al tribunal competente sin mayor explicación de cómo debe realizarse dicha remisión, por lo tanto algunos notarios incluso son de la opinión que el expediente debería ser remitido a la Fiscalía General de la República y se debe seguir un proceso penal ya que al incurrir en un impedimento uno de los futuros conyugues incurriría en responsabilidad penal tal como lo establece el art. 192 y 193 del Código Penal

MATRIMONIOS ILEGALES

Art. 192.- El que contrajere matrimonio ocultando la existencia de un impedimento, será sancionado con prisión de seis meses a un año.

BIGAMIA

Art. 193.- El que contrajere segundo o ulterior matrimonio, sin hallarse legalmente disuelto el anterior, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.

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

Para 3 notarios otro problema que afrontan ante la denuncia de impedimentos matrimoniales durante la celebración del matrimonio la constituye la veracidad del denunciante ya que en estos casos, las personas que denuncian podrían

verse influenciadas por motivos personales o incluso económicos. En este caso también podría darse una consecuente responsabilidad civil o incluso penal, en el caso que el denunciante no tenga pruebas del impedimento o dicho impedimento sea falso, la responsabilidad civil en que se podría incurrir podría constituir un falso testimonio, la responsabilidad penal en este caso podría ir desde una injuria hasta la falsificación de documentos (art. 177-179 y 283-287 Código Penal)

CALUMNIA

Art. 177.- El que atribuyere falsamente a una persona la comisión de un delito o la participación en el mismo, será sancionado con prisión de uno a tres años. La calumnia realizada con publicidad será sancionada con prisión de dos a cuatro años. Las calumnias reiteradas contra una misma persona serán sancionadas con prisión de dos a cuatro años y multa de cincuenta a cien días multa. Si las calumnias reiteradas se realizaren con publicidad, la sanción será de dos a cuatro años y multa de cien a doscientos días multa.

DIFAMACION

Art. 178.- El que atribuyere a una persona que no esté presente una conducta o calidad capaz de dañar su dignidad, menoscabando su fama o atentado contra su propia estimación, será sancionado con prisión de seis meses a dos años. La difamación realizada con publicidad será sancionada con prisión de uno a tres años. La difamación reiterada contra una misma persona será sancionada con prisión de uno a tres años y multa de cincuenta a cien días multa.

INJURIA

Art. 179.- El que ofendiese de palabra o mediante acción la dignidad o el decoro de una persona presente, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.

La injuria realizada con publicidad será sancionada con prisión de uno a tres años y multa de cincuenta a cien días multa. Las injurias reiteradas contra una misma persona serán sancionadas con prisión de uno a tres años y multa de cincuenta a cien días multa. Si las injurias reiteradas se realizaren con publicidad, la sanción será de uno a tres años de prisión y multa de cien a doscientos días multa.

DE LA FALSIFICACION DE DOCUMENTOS FALSEDAD MATERIAL

Art. 283.- El que hiciere un documento público o auténtico, total o parcialmente falso o alterare uno verdadero, será sancionado con prisión de tres a seis años. Si la conducta descrita en el inciso anterior se realizare en documento privado, se impondrá la misma pena si el agente actuare con ánimo de causar perjuicio a un tercero.

FALSEDAD IDEOLOGICA

Art. 284.- El que con motivo del otorgamiento o formalización de documento público o auténtico, insertare o hiciere insertar declaración falsa concerniente a un hecho que el documento debiere probar, será sancionado con prisión de tres a seis años.

Si la conducta descrita en el inciso anterior se realizare en documento privado, se impondrá la misma pena si el agente actuare con ánimo de causar perjuicio a un tercero

FALSEDAD DOCUMENTAL AGRAVADA

Art. 285.- En los casos de los artículos anteriores, si el autor fuere funcionario o

empleado público o notario y ejecutare el hecho en razón de sus funciones, la pena se aumentará hasta en una tercera parte del máximo y se impondrá, además, inhabilitación especial para el ejercicio del cargo, empleo o función por igual tiempo.

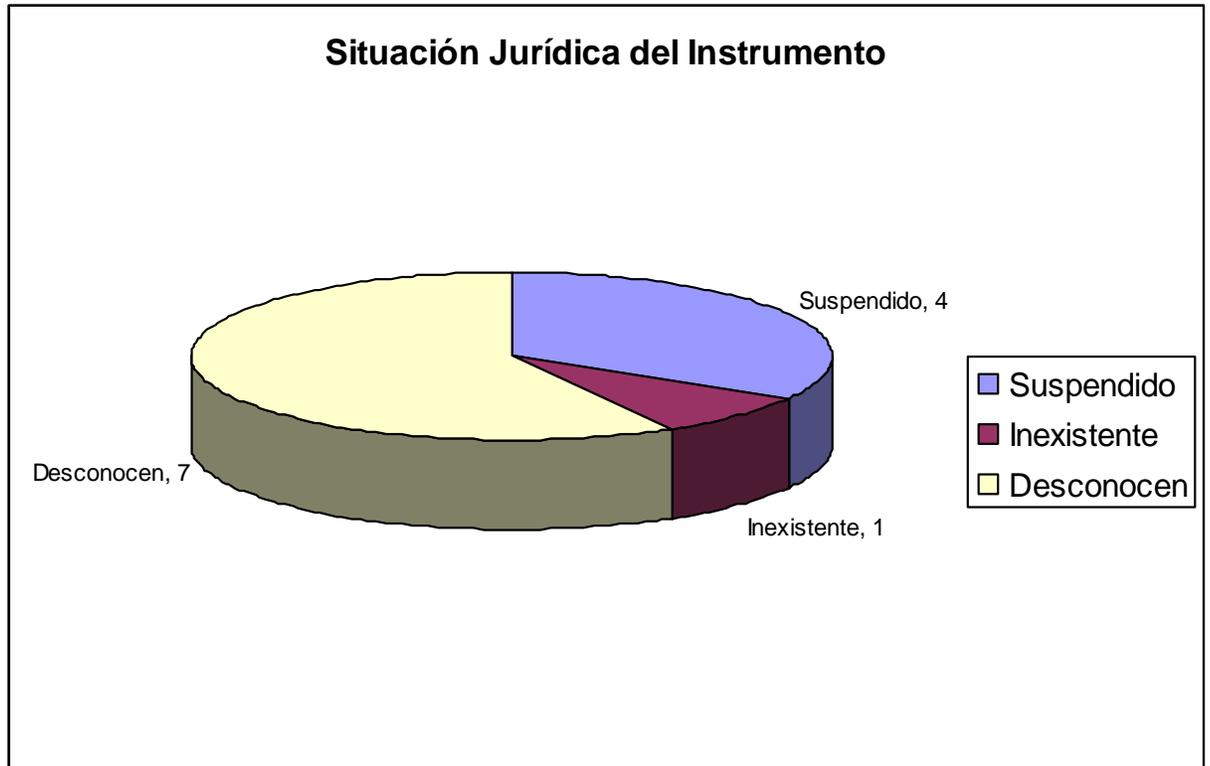
SUPRESION, DESTRUCCION U OCULTACION DE DOCUMENTOS VERDADEROS

Art. 286.- El que en todo o en parte haya suprimido, destruido u ocultado un documento público, auténtico o privado verdadero o una certificación o copia que lo sustituya legalmente, si de ello pudiere resultar perjuicio al Estado, a la sociedad o a los particulares, será sancionado con prisión de uno a tres años.

USO DE DOCUMENTOS FALSOS

Art. 287. El que con conocimiento de la falsedad y sin haber intervenido en ella, hiciere uso de un documento falsificado o alterado, sea público, auténtico o privado, será sancionado con prisión de tres a cinco años.

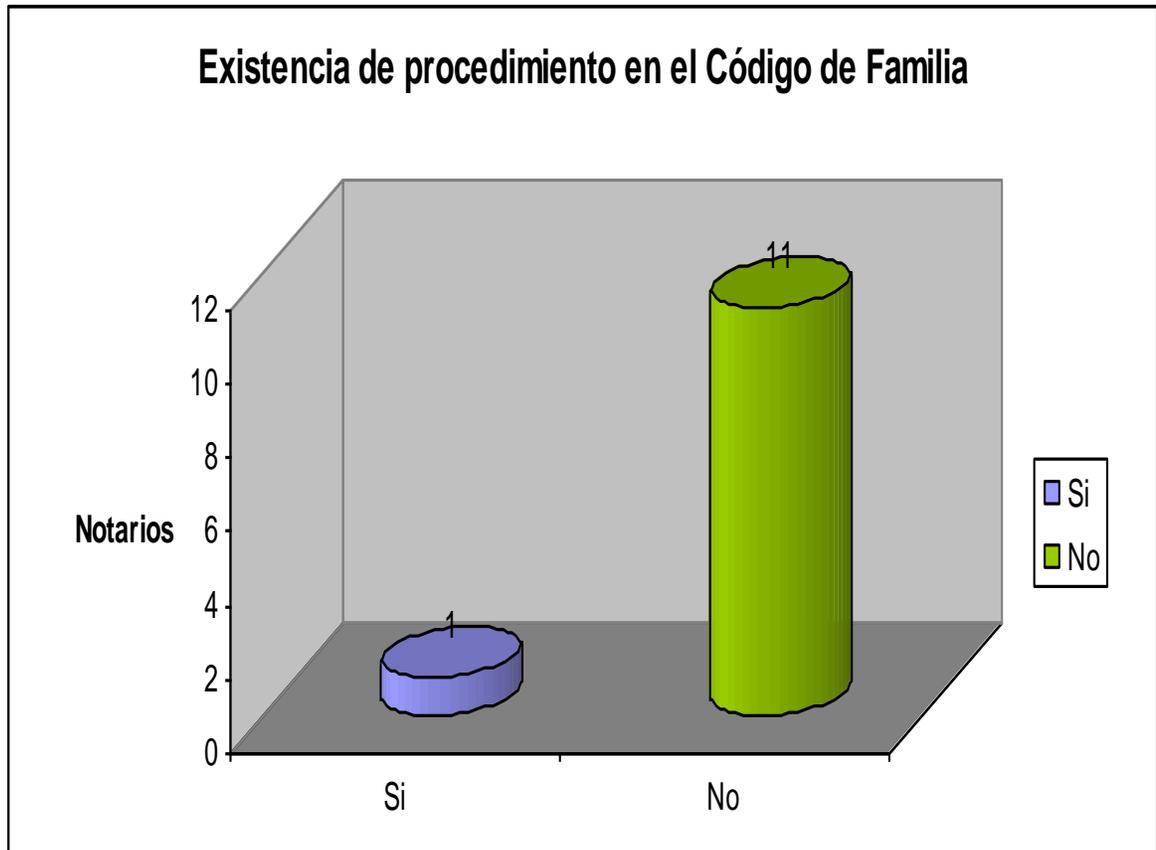
GRAFICO N° 7



En el grafico N° 6 reflejamos la situación jurídica del instrumento después de la denuncia de impedimento durante la celebración del matrimonio.

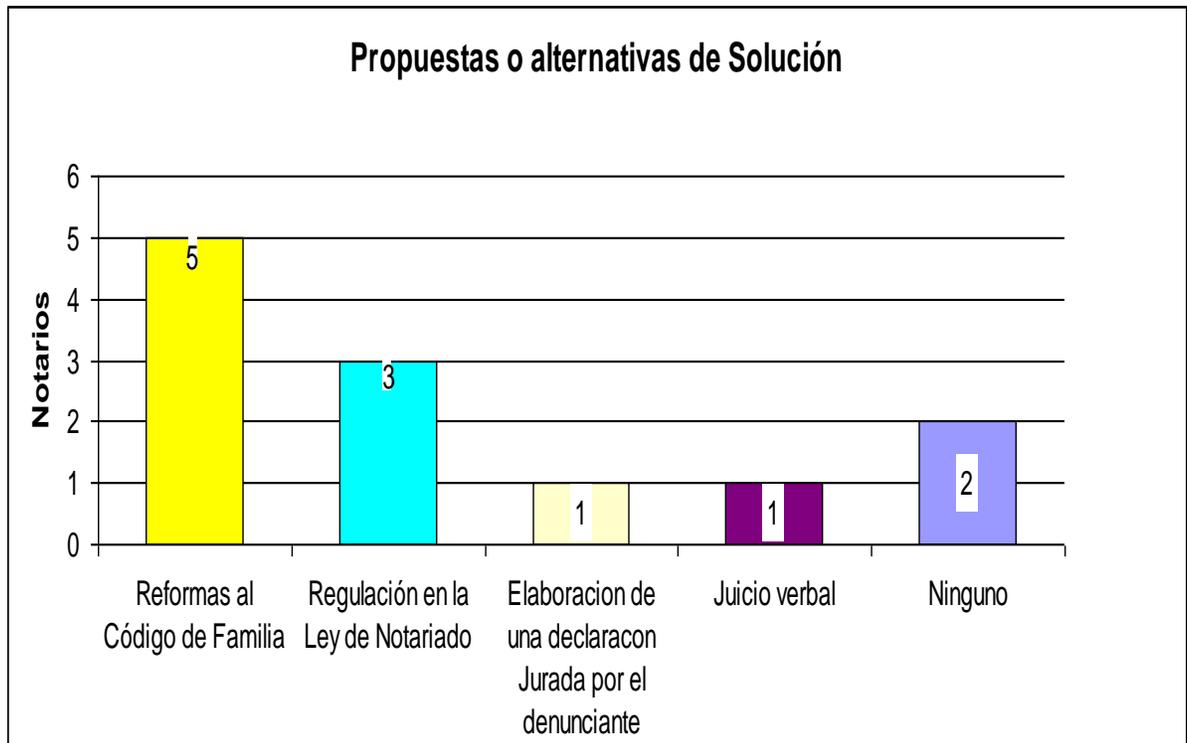
En cuanto a la situación jurídica del instrumento 7 de notarios coinciden en no conocer en que situación jurídica quedaría el instrumento previamente preparado ya que la ley no lo establece claramente, 4 Notarios opina que el instrumento notarial deberá quedar suspendido y 1 es de la opinión que el instrumento deberá tomarse como inexistente.

GRAFICO N° 8



Respecto a la pregunta que establece si existe o no procedimiento claramente establecido en el Código de Familia, la gran mayoría de notarios entrevistados (11 de ellos) es de la opinión que no existe dicho procedimiento establecido con claridad ya que el art. 25 del referido Código no especifica quien es el Juez competente a quien el expediente matrimonial deberá remitirse o que ocurre después de dicha remisión. Y solamente 1 de ellos respondió que si existe procedimiento en la ley.

GRAFICO N° 9



Las alternativas de solución que los notarios entrevistados proponen en el grafico 8, son, muy variadas, pero en su mayoría se inclinan hacia una reforma en la legislación 5 notarios manifestaron que debería reformarse el Código de Familia; 3 de ellos que debería regularse en la ley notarial, aunque 1 de ellos se inclinan por un proceso que iniciaría por parte del notario y consistiría en una declaración jurada por parte del denunciante y firmada por dos testigos, todo esto para evitar posibles malicias en el proceso que deberá seguirse ante los tribunales; 1 notario opinó que se debería seguir un proceso verbal para ventilar la denuncia de impedimentos matrimoniales durante la celebración del mismo. Y 2 Notarios no proponen ninguna alternativa de solución.

5.2 RESULTADO DE LA ENTEVISTA DIRIGIDA A LOS JUECES DE FAMILIA

En cuanto a las Entrevistas que fueron dirigidas a los Jueces de Familia del Distrito Judicial de San Salvador pudimos obtener la siguiente información:

Que hasta el momento nunca ha existido algún proceso o diligencia por denuncia de impedimento durante la celebración del acto matrimonial ante los oficios de un notario.

Pero que en caso de que se presentara se trataría de Diligencias de jurisdicción voluntaria, (Diligencias de Impedimento Matrimonial) puesto que no hay conflicto, pero estas diligencias no están reguladas en la ley, por lo que en caso que se presentaran se tomarían analógicamente como el disenso es decir oralmente en una sola audiencia resolutive.

En cuanto al procedimiento que se sigue después que el notario remite al juzgado el expediente matrimonial por haberse denunciado impedimento durante la celebración del matrimonio nos menciona la Jueza Segundo de familia que en primer lugar da por recibidas las diligencias junto con un oficio que debe mandar el notario expresando lo sucedido y expresando los datos de los que pretendían casarse y del denunciante y la razón por la que no se llevo a cabo el matrimonio. Después cita a los novios y al que alego el impedimento dándoles tres días hábiles para que presenten las pruebas pertinentes y finalmente resuelve en una sola audiencia, mediante una Sentencia Interlocutoria. Y si no se prueba nada ordena que se celebre el matrimonio caso contrario no se podrá celebrar el mismo.

CAPITULO 6

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1 CONCLUSIONES

Después de haber realizado un estudio minucioso con respecto a los impedimentos matrimoniales y luego de haber indagado mediante encuestas y entrevistas dirigidas a Notarios y jueces concluimos lo siguiente:

- El notario, al estar ante una denuncia de impedimentos matrimoniales durante la celebración del matrimonio se encuentra en la obligación de remitir el expediente matrimonial ante el tribunal competente que en este caso es el Juzgado de Familia de su localidad o municipio.
- El notario no puede proceder a la celebración del matrimonio si se tiene conocimiento de la posibilidad de la existencia de un impedimento matrimonial ya que de ser cierto dicho impedimento el notario incurriría en responsabilidad penal e inhabilitación de ejercer el notariado.
- La situación jurídica del instrumento notarial matrimonial ante la denuncia de impedimentos durante la celebración del mismo debe ser suspendido, ya que es el Juez competente quien decide la veracidad del impedimento impugnado, puesto que en caso de ser falso el impedimento el matrimonio puede proceder a celebrarse.
- Existe una estrecha relación entre la legislación de familia y el código penal, ya que nuestra ley penal establece que la persona que contrajere matrimonio ocultando la existencia de un impedimento incurre en el delito

de matrimonio ilegal o bigamia en el caso de matrimonio anterior tal como lo establece los art. 192 y 193 del Código Penal.

- El otorgamiento de un acta notarial como medio de acreditar un impedimento denunciado no constituye ser una alternativa de solución para el notario cuando existe denuncia de impedimento.
- Que no existe procedimiento en caso de denuncia de impedimentos en el Código de familia ni en ley de Notariado, lo cual dificulta el quehacer del notario cuando existe denuncia de estos al momento de celebrar el matrimonio.
- La desestimación de la denuncia del impedimento por parte del juez competente valida la celebración del acto matrimonial.
- Que hasta el momento no ha existido denuncia de impedimento al momento de la celebración del acto matrimonial ante los oficios del notario.

6.2 RECOMENDACIONES

A Continuación daremos algunas recomendaciones que nos parecen adecuadas después de haber concluido nuestro trabajo de investigación.

- Que se hagan reformas al código de familia para llenar ese vacío legal en cuanto al procedimiento en caso de denuncia de impedimentos. El actual Código de Familia debería incluir una explicación más amplia acerca del procedimiento a seguir por parte del notario ante la denuncia de impedimentos matrimonio durante la celebración del matrimonio incluyendo el tribunal competente en cada caso, los plazos y la naturaleza del proceso
- Que se regule en la ley de notariado el procedimiento a seguir por parte del notario al existir denuncia de impedimento al momento de celebrar el matrimonio.
- Que el notario se asegure antes de celebrar el matrimonio que no existe ningún impedimento para contraer matrimonio por parte de los contrayentes.
- Que se elabore una declaración jurada por el denunciante con la firma de dos testigos para evitar posibles malicias en el proceso que deberá seguirse ante los tribunales.

- **LA PROPUESTA DE TRÁMITE PARA RESOLVER EL PROBLEMA DE LA DENUNCIA POR IMPEDIMENTO MATRIMONIAL QUE CON GUSTO PROPONEMOS ES LA SIGUIENTE:**

Cuando durante la celebración del acto matrimonial existiere denuncia de impedimento por cualquiera de los comparecientes; el notario se abstendrá de celebrar el mismo, tomando los datos personales del denunciante y escuchando el motivo de impedimento para ver si está establecido en la ley como causal de impedimento, si efectivamente constituye ser causal de impedimento tal como lo regulan los artículos 14 y 15 del código de familia, dará por suspendido el matrimonio expresando las razones por las cuales no pudo realizarse el mismo.

Posteriormente remitirá al Juez de familia un oficio conteniendo los datos personales de los contrayentes y del denunciante y explicando las razones por las que no pudo celebrar el matrimonio, anexando con este oficio el expediente matrimonial al Juez de Familia a fin de que resuelva.

Después que el notario remite al juzgado el expediente matrimonial por haberse denunciado impedimento durante la celebración del matrimonio, el Juez de familia da por recibidas las diligencias junto con el oficio que elaboró el notario manifestando lo sucedido, expresando los datos de los que pretendían casarse y del denunciante y la razón por la que no se llevo a cabo el matrimonio.

Posteriormente el juez, debe citar a los novios y al que alego el impedimento dándoles tres días hábiles para que presenten las pruebas pertinentes y finalmente resuelve en una sola audiencia, mediante una Sentencia Interlocutoria.

Y si no se prueba el impedimento, ordena que se celebre el matrimonio; caso contrario no se podrá celebrar el mismo.

Cabe mencionar también, que si no se comprueba el impedimento, el denunciante podría responder tanto civil como penalmente si así lo desearan los contrayentes.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario Jurídico Elemental**. Editorial Heliasta. Decimocuarta Edición 2000.

Calderón de Buitrago, Anita y otros. “**Manual de Derecho de Familia**”. Tercera Edición 1996. Centro de Información Jurídica. Ministerio de Justicia. El Salvador.

Petite Eugene. **Tratado Elemental de Derecho Romano**. Editorial Época, S. A. 1977. Emperadores 185 México 13 D.F

Rodríguez Ruiz, Napoleón. **Instituciones Jurídicas Salvadoreñas**. Segunda Edición. Editorial Universitaria. 1959.

Rossel Saavedra, Enrique **Manual de Derecho de Familia**. Tomo I Editorial Jurídica de Chile. Quinta Edición Actualizada. Santiago de Chile 1986

Somarriva Undurraga, Manuel. **Derecho de Familia**. Santiago de Chile 1946.

Vásquez López, Luis. **Estudio del Código de Familia Salvadoreño**. Editorial Liz. S.A. Edición 2003

Vásquez López, Luis. **Derecho y Práctica Notarial en El Salvador**. Editorial Lis. Segunda edición. El Salvador. 2001

LEGISLACIÓN

Código Civil de la República de El Salvador. Publicado en el Diario Oficial del 18 de mayo de 1860. Con reformas hasta 1988. Otero Hermanos Editores.

Código Civil de la Republica de Argentina, Libro I, Título I, Capítulo III. Artículos 166-175. con reformas hasta año 1933.

Código de Familia de la República de El Salvador 1994. Publicado en el Diario Oficial Número 231 Tomo número 321, del 13 de Diciembre de 1993. Con reformas hasta 1998.

Código Penal de El Salvador ,D.L. N° 957, del 08 de Febrero del 2006, publicado en el D.O. N° 28, Tomo 370, del 09 de Febrero del 2006

ANEXOS



**Universidad de El Salvador,
Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales**

Encuesta dirigida a los notarios de San Salvador

1. ¿Ha celebrado Ud. Matrimonios durante los años 2003 y 2004?

Sí _____ No _____

2. ¿Si su respuesta fue afirmativa, mencione aproximadamente cuantos matrimonios realizó en San Salvador? _____

3 ¿Conoce Ud. Los Impedimentos matrimoniales regulados en el Código de Familia?

Sí _____ No _____

4. ¿Alguna vez se le ha presentado la denuncia de cualquiera de los Impedimentos a que se refiere el Código de Familia durante la celebración del matrimonio?

Sí _____ No _____

Si su respuesta es afirmativa, mencione ¿cual fue el Impedimento denunciado?

—

5. ¿Cual fue su actuación ante este hecho?

/ Suspensión del acto _____

/ Anulación del acto _____

/ Levantamiento de acta_____

/Certificación de Documentos_____

/ Otros

(explique)

6. ¿Conoce Ud. La forma de proceder por parte del notario en caso de denuncia de Impedimento al momento de la celebración del matrimonio?

Sí_____ No_____

Explique_____

7. ¿Cuales considera Ud. Que pueden ser los problemas que afronta el notario, cuando durante la celebración del acto matrimonial se denuncia impedimento sobre alguno de los comparecientes?

8. ¿Cual cree usted que debería ser la situación jurídica del instrumento matrimonial, al momento de recibirse la denuncia de Impedimentos?

9. ¿Cual considera Ud. Que sea el procedimiento que se sigue después de haber establecido por parte del juez de familia, la Existencia o Inexistencia de un impedimento? Y cual seria la situación jurídica del instrumento Matrimonial?

10. ¿Considera Ud. Que existe o no un procedimiento en el Código de Familia en cuanto a la actuación del notario frente a los impedimentos que se denuncian durante la celebración del acto matrimonial?

Sí _____ No _____

11. ¿Que procedimiento propone Ud. Ante la falta del mismo en el Código de familia?

Universidad de El Salvador

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales

ENTREVISTA DIRIGIDA A LOS JUECES DE FAMILIA DEL DISTRITO JUDICIAL DE SAN SALVADOR.

1. ¿Sabe usted si alguna vez ha existido en este juzgado algún proceso o diligencias por denuncias de impedimento durante la celebración del acto matrimonial ante los oficios de un notario?

2. ¿Si su respuesta fue afirmativa, mencione cual fue la causal de impedimento y que se resolvió al respecto?

3. ¿Que tipo de juicio o diligencia es la que se debe seguir, ante este caso concreto de denuncia de impedimento durante la celebración del matrimonio?

4. ¿Cual es el procedimiento que se sigue después que el notario remite al juzgado el expediente matrimonial, por haberse denunciado un impedimento durante la celebración del mismo?

5. ¿Cual seria la situación Jurídica del instrumento matrimonial después del proceso de denuncia de impedimento?
